



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

HR-2024-334-A Domstolledere – grunnlovfestet stillingsvern (forflytningsforbudet)

Innledning

Det var en sjelden sak som her var oppe for Høyesterett, om rekkevidden og innholdet av forflytningsforbudet i Grunnloven § 22 annet ledd. Sjelden for det første på grunn av hvem som var parter: Embetsmennene det gjaldt var to domstolledere som mente seg urettmessig fratatt oppgaver etter domstolsreformen i 2021. For det andre skilte den nedlagte påstanden seg fra de fleste stillingsvernsaker; den gikk nemlig ut på at de skulle beholde lønn og tittel, men uten arbeidsplikt i de nye (endrede) embetene. For det tredje var rettskildebildet i saken spesielt; siden saker om forflytningsforbudet svært sjelden har vært behandlet av Høyesterett, fikk rettspraksis og litteratur helt tilbake til 1800-tallet betydelig plass.

Sakens bakgrunn

Ansettelser i staten har enkelte særtrekk sammenlignet med andre sektorer. Et av disse er at en liten andel av statlige arbeidstakere (om lag én prosent) utnevnes i ulike *embeter*. Embetsmannsordningen har lang tradisjon og er senest utredet i NOU 2023:21 Embetsmannsutvalget. Dommere i de alminnelige domstolene hører til embetsmennene, herunder også domstolledere. I 2020 vedtok Stortinget en domstolsreform, som ble gjennomført i 2021, og som innebar

en reduksjon av antall tingretter/byfogdembeter fra 60 til 23, og antall jordskifteretter fra 34 til 19.

To domstolledere – en jordskifteleder og en sorenskriver – var blant dem som ble berørt av reformen. Domstolene de ledet var blant dem som ble slått sammen med andre. De søkte på embetene som ledere for de sammenslåtte domstolene, men fikk ikke tilbud om dem. I stedet fikk de beskjed om at deres embeter ble videreført i de sammenslåtte domstolene, men uten lederansvar. De beholdt tittel og lønn. Endringene for de to gikk følgelig ut på at de ble fratatt lederoppgaver og at de fikk en viss økning i oppgaver innen dømmende virksomhet.

Grunnloven har egne regler om stillingsvern for embetsmenn, som gjelder i tillegg til reglene i statsansatteloven. Grunnloven § 22 annet ledd regulerer stillingsvernet til såkalte *uavsettelige embetsmenn*, som denne saken gjaldt. Her heter det blant annet at slike embetsmenn ikke kan "... avsettes uten etter dom og heller ikke forflyttes mot sin vilje". Siste alternativ oppstiller det såkalte *forflytningsforbudet*. De to domstollederne mente dette forbudet var overtrådt ved at de ble fratatt sine lederoppgaver. De tok derfor ut søksmål mot staten, og mente de hadde krav på å beholde tittel, lønn og andre ytelser, men uten arbeidsplikt (også tidvis kalt "entledigelse" i embetet). De tapte både i tingrett og lagmannsrett, men saken ble altså fremmet for Høyesterett.

Høyesteretts tolkning av Grunnloven § 22 annet ledd
Høyesterett tok utgangspunkt i at et særskilt vern for embetsmenn var begrunnet i hensynet til "... folkestyret og ... balansen mellom faglig uavhengighet, nøytralitet og lojalitet". For dommere er det særlig hensynet til rettsstaten som begrunner det særskilte vernet og den uavhengigheten det gir dommerne (avsnitt 34).

Høyesterett anvendte derfor domstolenes uavhengighet som et viktig moment ved tolkningen av Grunnloven § 22 annet ledd (avsnitt 39-47). Uavhengigheten og stillingsvernet som følger av den, er ikke til for den enkelte dommers skyld, men er begrunnet i hensynet til rettsstaten. Omorganiseringer i staten må ikke brukes til å påvirke utøvelsen av den dømmende myndighet. Det finnes en del praksis fra EMD om tilfeller

Innhold nr. 3:

Arbeidsrett	1
Forsikringsrett	6
Kontraktsrett	9

der "brysomme" dommere har blitt fratatt funksjoner, under påskudd av å være en omorganisering. Det var imidlertid ikke omtvistet at den norske domstolsreformen 2021 var saklig begrunnet.

Høyesterett fastslo deretter at det vanligvis ikke er problematisk å tilføre et embete nye oppgaver, forutsatt at embetet har tilstrekkelige ressurser. Det å frata et embete oppgaver, slik det her var tale om, kan derimot være mer problematisk. Det er imidlertid lang og sikker praksis for at Grunnloven § 22 annet ledd ikke utgjør noe absolutt hinder for saklig begrunnede reformer av statlig virksomhet.

Dersom et embete som følge av omorganisering endres i slik grad at det er i strid med forflytningsforbudet, kan konsekvensen bli at embetet anses som bortfalt og embetsmannen fristilt. Der det er tilfelle, har embetsmannen krav på å beholde lønn, andre ytelser og tittel, men fritas fra arbeidsplikt. Der det skjer, vil omorganiseringer nødvendigvis bli mer ressurskrevende (avsnitt 47). –

Eldre høyesterettsavgjørelser om forflytningsforbudet var relevante for sakens spørsmål, ettersom det er lenge siden slike spørsmål har vært oppe. En rekke høyesterettsavgjørelser fra 1800-tallet ble derfor gjennomgått (avsnitt 48-55). Førstvoterende sluttet fra avgjørelsene at embetsmenn i utstrakt grad må finne seg i å bli pålagt nye oppgaver av samme art, men at dommene gir liten veiledning i tilfeller der embetsmannen fratas oppgaver (avsnitt 74).

Et annet forhold som Høyesterett la vekt på, er den langvarige praksis med å ta generelle forbehold om stedlige og innholdsmessige endringer av embetet ved utnevning av embetsmenn. Høyesterett pekte på at forbeholdene har rettskildemessig betydning fordi det gir uttrykk for Stortingets og regjeringens syn på rekkevidden av forflytningsforbudet (avsnitt 56). Det at det er inntatt mer vidtrekkende forbehold i utlysinger og arbeidsavtale kan derimot ikke anses som et gyldig samtykke av betydning for forflytningsforbudet, ettersom et slikt generelt forhåndssamtykke ville uthule grunnlovsvernet (avsnitt 80).

Også uttalelser som har vært fremme i forbindelse med forslag om å endre Grunnloven § 22 ble berørt, men ga liten veiledning (avsnitt 62). Det samme gjaldt dokumenter fra tidligere omorganiseringer i staten (avsnitt 66-71).

Høyesterett oppsummerte sin tolkning av Grunnloven § 22 annet ledd slik (avsnitt 73): "Ved en saklig begrunnet omorganisering må embetsmannen finne seg i at embetet endres så lenge han eller hun beholder tittel, lønn og andre goder ved stillingen. Om embetsmannen kan kreve seg løst fra sine embetsplikter avhenger av om endringene kvalitativt og kvantitativt er så vesentlige at de etter en samlet vurdering forandrer embetets art eller beskaffenhet. I så fall må embetet anses som bortfalt, og § 22 andre ledd er til hinder for at embetsmannen kan pålegges å tre inn i et nytt embete. Dersom embetets art eller beskaffenhet ikke

er endret, har embetsmannen derimot både rett og plikt til fortsatt å utføre sine embetsplikter."

Høyesteretts konkrete vurdering

Høyesterett la etter dette til grunn at det må foretas en samlet vurdering av hvordan endringene påvirker embetet. Her må det opprinnelige innholdet i embetene sammenholdes med de pliktene som ble pålagt etter omorganiseringen (avsnitt 82). I den anledning anførte domstollederne at det måtte ses bort fra tilleggsavtaler inngått i forbindelse med omorganiseringen, hvor de ble skjermet fra noen av de (for dem) uheldige virkningene av endringene. Høyesterett ga dem ikke medhold i dette; det var følgelig embetene med de plikter som faktisk lå til dem, som var gjenstand for sammenligning (avsnitt 83).

I den konkrete vurderingen var det hovedsakelig to endringer som ble vurdert av Høyesterett. For det første utvidelse av den dømmende myndigheten; domstollederne ble pålagt å delta (noe) mer i dømmende virksomhet. Dette var "åpenbart ikke i seg selv i strid med forflytningsforbudet" (avsnitt 85). Det ble vist til at det var tale om to av landets minste domstoler, og at dømmende virksomhet allerede før omorganiseringen utgjorde kjernen i embetene.

For det andre var det også nødvendig å se på fratakelse av lederfunksjoner. Høyesterett påpekte at dette hadde en kvalitativ og en kvantitativ side. Kvalitativt innebar det at oppgavetilfanget ble snevret inn. Høyesterett påpekte likevel at å bli fratatt lederoppgaver må anses mindre inngripende enn å bli pålagt oppgaver av annen art (avsnitt 87). Kvantitativt ble det også i denne forbindelse understreket at dømmende virksomhet hele tiden hadde vært den dominerende del av stillingene. Her la Høyesterett til at en fullstendig fristilling ville medføre at domstollederne "også ble fristilt fra det som både før og etter endringene har utgjort hoveddelen av embetspliktene" (avsnitt 88).

Etter en samlet vurdering kom Høyesterett enstemmig til at selv om endringene (særlig bortfall av lederfunksjoner) i noen grad endret embetenes karakter, var ikke endringene så vesentlige at embetene nå er av en annen art eller beskaffenhet (avsnitt 92). Forflytningsforbudet i Grunnloven § 22 annet ledd var derfor ikke overtrådt.

Hva kan vi ta med oss fra dommen?

Dommen avklarer rekkevidden av forflytningsforbudet, oppstiller typetilfeller og angir retningslinjer for de tilfellene der embeter endres som følge av saklige omorganiseringer i staten. Særlig avklarende er dette for tilfeller der embeter fratas oppgaver – dette hadde ikke vært oppe tidligere. Så lenge en omorganisering er saklig begrunnet, tilsier ikke hensynet til rettsstaten at domstolledere skal være vernet mot endringer, men avgjørelsen viser at det går en grense for hvilke endringer som ligger innenfor forflytningsforbudet også i slike tilfeller.

Dommen slår også fast at dersom et embete endres i tilstrekkelig høy grad som følge av omorganisering, kan resultatet bli at embetsmenn har rett til å beholde tittel, lønn og andre ytelser selv om de fritas fra arbeidsplikt. I så fall kan omstillingen bli kostbar for staten. Dette var ikke omtvistet mellom partene i saken, og er på sett og vis en pris samfunnet betaler for å sikre uavhengighet mellom statsmaktene.

Selv om domstollederne tapte saken for samtlige tre instanser, bemerket dessuten Høyesterett at saken reiste prinsipielle spørsmål som gjentatte ganger hadde vist seg å oppstå ved omorganisering av statlig virksomhet, men som ikke hadde blitt behandlet av Høyesterett på svært lang tid. Retten tilkjente derfor ikke sakskostnader for noen instanser.

I et større bilde kan dommen være en påminnelse om at gamle regler som skal beskytte grunnleggende rettsstatsprinsipper stadig har – og gjenvinner – aktualitet. Nylig utvikling i andre land, også europeiske, viser dessverre at slike prinsipper ikke kan tas for gitt, og understreker dermed betydningen av denne type konstitusjonelle regler.

Embetsmannsordningen er med andre ord neppe gått ut på dato, se også konklusjonene til Embetsmannsutvalget i NOU 2023:21. For den som synes at selve begrepet er lite tidsmessig, kan det være verdt å merke seg at utvalget foreslår å bytte det ut med det kjønnsnøytrale "embetsholder".

Simen McAdam Lium

Plikt til å tilby alternativt arbeid ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold. HR-2024-1188-A Oslo kommune

Innledning

Etter arbeidsmiljøloven (aml.) § 15-7 (1) er det et grunnleggende krav at oppsigelse av arbeidstaker må ha saklig grunn. Ved oppsigelse begrunnet i *virksomhetens forhold* – ved nedbemanning som følge av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringer – er det særskilt fastsatt i annet ledd at oppsigelsen ikke er saklig «dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker», jf. aml. § 15-7 (2) første punktum. Det gjelder ingen tilsvarende lovfestet tilbudsplikt ved oppsigelse på grunn av *arbeidstakers forhold*. Spørsmålet i saken var om det likevel kan gjelde en plikt til å tilby alternativt arbeid ved oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold, og hvor langt en slik plikt eventuelt strekker seg.

Spørsmålet har nær sammenheng med forståelsen av kravet om saklig grunn. Lovfestingen av tilbudsplikt i nedbemanningstilfellene ble i sin tid begrunnet blant annet i rettspraksis om forståelsen av saklighetskravet. Kravet innebærer ikke bare at det må foreligge en legitim og tilstrekkelig tungtveiende grunn for opp-

sigelse. I tillegg skal det foretas en interesseavveining, der virksomhetens behov for å avslutte arbeidsforholdet veies opp mot de konsekvensene oppsigelsen har for arbeidstaker, se blant annet Rt. 2009 s. 865 *Web-redaktør* og HR-2021-2389-A *Pasientjournal*. Saklighetskravet rommer med andre ord et krav om at oppsigelsen ikke utgjør en uforholdsmessig streng reaksjon.

Sakens bakgrunn og resultat

Saken gjaldt en arbeidstaker (A) med ansettelsesforhold i Oslo kommune fra 2004. Han hadde først vært midlertidig ansatt som ufaglært, og senere fått fast ansettelse. Med støtte fra kommunen tok han fagbrev og fikk autorisasjon og ansettelse som helsearbeider fra 2017. Det viste seg raskt at han ikke mestret arbeidet, og etter flere klager og tiltak for å bedre situasjonen mistet han autorisasjonen i 2022. Kort tid etterpå ble det gitt oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold. A tok ut søksmål med påstand om at oppsigelsen var ugyldig. Han fikk medhold av både tingrett og lagmannsrett med den begrunnelse at oppsigelsen ikke var saklig begrunnet fordi kommunen skulle tilbudt alternativt arbeid. Anken til Høyesterett var avgrenset til rettsanvendelsen.

Partene i saken var enige om at begrunnelsen for oppsigelsen isolert sett var saklig. Saken var følgelig spisset inn mot spørsmålet om hvilken plikt til å tilby alternativt arbeid som kan utledes av den interesseavveiningen som inngår i saklighetskravet. Oslo kommune med partshjelperne KS og Spekter anførte at det ikke er grunnlag for en slik plikt utover det som er særskilt fastsatt for oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, at en eventuell plikt må være mer begrenset, og atplikten var oppfylt i dette tilfellet. Arbeidstaker med Fagforbundet som partshjelper anførte at det gjelder en plikt med tilsvarende innhold som ved nedbemanninger, og at oppsigelsen var ugyldig fordi denne plikten ikke var ivaretatt.

En samlet Høyesterett fant at det gjaldt en «begrenset og situasjonsbestemt» plikt, og la flere generelle føringer for pliktens nærmere rekkevidde. I den konkrete vurderingen fant retten at manglende tilbud om alternativt arbeid ikke ledet til at oppsigelsen var en uforholdsmessig streng reaksjon. Oppsigelsen var dermed saklig og gyldig.

Eksistensen av en tilbudsplikt

Høyesterett vurderte særskilt betydningen av at plikt til å tilby «et annet passende arbeid» er særskilt fastsatt i nedbemanningstilfellene, jf. aml. § 15-7 (2) første punktum. Analogibetraktninger kunne ikke gi grunnlag for å anvende denne regelen tilsvarende ved oppsigelsen begrunnet i arbeidstakers forhold, ettersom situasjonene var vesensforskjellige og «for ulike» for en slik analogi (avsnitt 39). I begrunnelsen ble det vist til den klarere koblingen mellom oppsigelsesgrunn og tilbudsplikt i nedbemanningssituasjonene; det er reelt sett ikke et nedbemanningsbehov dersom det

også er annet passende og ledig arbeid i virksomheten. Det ble også trukket inn som «naturlig» at arbeidsgivers plikter i nedbemanningstilfellene strekker seg lenger enn ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. Dette viser seg blant annet ved sterkere vektlegging av rimelighetshensyn i interesseavveiningen og i regler om fortrinnsrett. På den annen side ble det heller ikke funnet grunnlag for å slutte motsetningsvis og legge avgjørende vekt på at en tilbudsplikt utover nedbemanningstilfellene *ikke* er uttrykkelig fastsatt (avsnitt 40).

Spørsmålet om det gjelder en tilbudsplikt ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold berodde etter dette på hva som kan utledes av saklighetskravet og plikten til å avveie partenes interesser. Høyesterett fant grunnlag for en «begrenset og situasjonsbestemt» plikt (avsnitt 41). Saklighetskravet kan tilsi en vurdering av om virksomhetens behov kan ivaretas tilstrekkelig gjennom mindre inngripende tiltak enn oppsigelse, og tilbud om en annen passende stilling kan være et slikt tiltak. Det er imidlertid ikke tale om «en ubetinget plikt», men «et moment som kan inngå i avveiningen av partenes interesser» (avsnitt 42). Som støtte ble det vist til rettspraksis, der tilbud om annen stilling eller mangel på slikt tilbud har blitt vektlagt i den konkrete interesseavveiningen, blant annet HR-2019-928-A *Hurtigruten*. Også lovens formål og uttalelser i juridisk litteratur ble trukket frem.

Tilbudspliktens nærmere rekkevidde

Som utgangspunkt for å vurdere pliktens nærmere rekkevidde, utdypet Høyesterett begrunnelsen for at det måtte være tale om en «begrenset og situasjonsbestemt plikt».

En plikt om å tilby annet arbeid *griper inn i arbeidsgivers styringsrett* idet den går utenfor rammene av arbeidsavtalen og det i utgangspunktet er opp til arbeidsgiver å organisere sin virksomhet. Høyesterett har tidligere lagt til grunn at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt overfor arbeidstaker med redusert arbeids-evne etter aml. § 4-6 må avgrenses ut fra arbeidsgivers behov for å styre virksomheten, blant annet ved å bestemme organisasjons- og stillingsstruktur, se HR-2022-390-A *Widerøe*. Det ble uttalt at «det samme må gjelde» for rekkevidden av tilbudsplikten.

Videre er plikten et *inngrep i kvalifikasjonsprinsippet*, som skal sikre at den best kvalifiserte ansettes i ledige stillinger i offentlig sektor. Det virker til ugunst både for arbeidsgiver og andre, bedre kvalifiserte arbeidstakere. Arbeidsmiljølovens verneformål ble heller ikke ansett egnet til å avklare pliktens rekkevidde, ettersom lovens stillingsvernsregler bygger på en balansering av partenes interesser.

Høyesterett minnet også om at det ved vurdering av oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold i utgangspunktet er tale om *mislighold av arbeidsavtalen* fra arbeidstakers side. Ut fra dette ble lagt tre generelle føringer for pliktens nærmere rekkevidde.

For det første har *årsaken til oppsigelsen* betydning. Det henger sammen med den ene siden ved interesseavveiningen; arbeidsgivers behov for å avslutte arbeidsforholdet. Omplussing til annet arbeid ble i utgangspunktet bare ansett aktuelt «der årsaken til oppsigelsen kun har betydning for den nåværende stillingen eller stillingskategorien» (avsnitt 54). Kjerneområdet ble ansett å være saker der arbeidstaker ikke kan bebreides. På den annen side ble det klart uttrykt at det ikke gjelder noen tilbudsplikt ved alvorlige pliktbrudd eller adferd som står i veien for tilliten til arbeidstakeren.

For det andre har *styrken i arbeidstakers interesser* i å fortsette i virksomheten betydning. Dette er den andre siden ved interesseavveiningen. En «forutsetning» for en tilbudsplikt er at denne interessen er «av særlig styrke» (avsnitt 55). Det kan være tilfelle der sosiale hensyn gjør seg sterkt gjeldende på grunn for eksempel høy alder eller forsørgelsesbyrde. Sosiale hensyn har generelt mindre vekt ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold enn ved nedbemanning, men der arbeidstaker ikke kan bebreides, fant retten det likevel «naturlig» at slike hensyn veier tyngre. Det ble også pekt på at forhistorien mellom partene, blant annet lang ansiennitet, kan begrunne en tilbudsplikt.

For det tredje må det finnes en *ledig passende stilling* i virksomheten, og dette må som klart utgangspunkt være en alternativ stilling som allerede eksisterer (avsnitt 56 og 58). Et udekket behov for arbeidskraft er derfor normalt ikke tilstrekkelig. Dette ble forankret i hensynet til arbeidsgivers styringsrett og behov for å bestemme hvilke arbeidskraftbehov som skal dekkes og på hvilken måte. Plikten er dermed mer begrenset enn i nedbemanningstilfellene og ved tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeids-evne etter aml. § 4-6. Høyesterett var bevisst det og viste til de ulike hensynene som gjør seg gjeldende. Samtidig ble det ikke utelukket at et udekket arbeidskraftbehov «i helt spesielle tilfeller» kan vektlegges (avsnitt 59). For øvrig ble det poengtert at tilbudsplikten må stå tilbake for lovbestemt fortrinnsrett, som etter aml. § 14-2.

I tillegg ble det fremhevet at den nærmere vurderingen av om det foreligger en ledig passende stilling – på samme måte som i nedbemanningstilfellene – som utgangspunkt må foretas innenfor hele virksomheten, altså hele rettssubjektets aktivitetssfære (avsnitt 60). Også her ble det imidlertid lagt inn en begrensning; undersøkelsene kan begrenses til hva som «fremstår som rimelig», og vurderingen må være konkret. Dermed avviste Høyesterett at det gjelder en formodning om at store arbeidsgivere vil ha en passende stilling ledig. Tilbudspliktens rekkevidde ble oppsummert med at «det skal en del til før oppsigelse blir en uforholdsmessig streng reaksjon» på grunn av manglende tilbud om annet arbeid (avsnitt 61).

Den konkrete rettsanvendelsen

Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens vurdering

av at det forelå en legitim og tungtveiende grunn for oppsigelse av A, noe som heller ikke var omtvistet. Interesseavveiningen og vurderingen av at kommunen ikke hadde tilbudt en annen passende stilling ble foretatt i tråd med de oppstilte føringene. Tilbud om annen stilling var aktuelt ettersom årsaken til oppsigelsen – tapet av autorisasjonen – i utgangspunktet kun hadde betydning for stillingen som helsefagarbeider, og A ikke var å bebreide for oppsigelsen. Samtidig ble det ut fra erfaringene med As arbeidsprestasjoner lagt til grunn at det kun var stilling som ufaglært utenfor helsetjenesten han var aktuell for. As interesse i å beholde et arbeidsforhold i kommunen ble videre ansett å ha en særlig styrke, primært på grunn av hans ansiennitet og alder. Det springende punktet ble derfor om det forelå en annen passende, ledig stilling i kommunen, og hvorvidt kommunens undersøkelser fremstod som rimelige. Oslo kommune har en egen omstillingsetat med oppgave å finne annet passende arbeid på tvers i kommunen i situasjoner der det kan gjelde en slik plikt. Staten hadde blitt kontaktet og opplyst om at det ikke var meldt inn stillinger som passet A. Høyesterett fant at dette var rimelige undersøkelser. I den samlede avveiningen ble det også lagt vekt på at kommunen hadde gjort en rekke tiltak for å få arbeidsforholdet til å fungere. Oppsigelsen var derfor saklig og gyldig.

Kommentar

Det er ikke overraskende at Høyesterett fant at interesseavveiningen som inngår i saklighetskravet *kan* innebære at manglende tilbud om annet passende arbeid leder til at oppsigelsen ikke har saklig grunn. Dette var det allerede relativt bred rettskildemessig støtte for. De nærmere føringene for når og hvordan manglende tilbud om alternativt arbeid skal vektlegges, er imidlertid klargjørende og etter mitt syn velfunderte.

Å betegne dette som en begrenset og situasjonsbestemt *plikt* er likevel interessant. Høyesterett uttrykker selv at det dreier seg om et «*moment* som kan inngå i avveiningen av partenes interesser», men at det «i realiteten [er] tale om en plikt for arbeidsgiver i det konkrete tilfellet» dersom manglende tilbud blir utslagsgivende (avsnitt 42, kursivert her). Kombinert med de nokså utførlige føringene for «plikdens» rekkevidde er hovedinntrykket at Høyesterett søker å strukturere denne siden ved interesseavveiningen gjennom en tydeligere (pliktnorm).

Betegnelsen av plikten som «begrenset og situasjonsbestemt» inviterer til å strukturere plikten ytterligere ut fra de føringene Høyesterett nå har lagt. At plikten er «situasjonsbestemt» kan sees i lys av føringene om betydningen av årsaken til oppsigelsen og tyngden av hensyn på arbeidstakersiden. Dette er direkte knyttet til avveiningen av partenes interesser i den konkrete oppsigelsessituasjonen. At plikten er «begrenset» er naturlig å knytte til føringen om at det

må finnes en ledig passende stilling i virksomheten, og at det er tilstrekkelig med rimelige undersøkelser av dette fra arbeidsgivers side, noe som gir en klart mer begrenset tilbudsplikt enn i nedbemanningstilfellene. Man kan derfor antakelig uttrykke det slik at tilbudsplikt ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold *utløses* av visse situasjoner mellom partene, men at pliktens *innhold* er begrenset ut fra hvilke stillinger som er tilgjengelige og hva som er rimelig å forvente av arbeidsgiver. Høyesteretts uttalelse om at det «ikke [er] tale om en ubetinget plikt» er dermed dekkende for både «plikdens» vilkårsside og dens virkningsside. Høyesterett er imidlertid også tydelig på at «plikten» ikke skal vurderes helt separat, men inngå i vurderingen av om oppsigelse er en uforholdsmessig streng reaksjon (avsnitt 61 og 77).

Saklighetskravet ved oppsigelse er en rettslig standard, og interesseavveiningen bidrar til å gjøre den bred, konkret og kompleks. Selv om avgjørelsen er klargjørende og bærer preg av et ønske om å strukturere vurderingen for oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold, viser den også vanskelighetene med dette. De føringene som oppstilles, er ikke helt enkle. De etablerer noen viktige utgangspunkter, men rommer hver for seg flere skjønsmessige vurderingstemaer og begrensninger. Alt i alt er det fremdeles et betydelig rom for konkret skjønn ved vurderingen av om en oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold har saklig grunn.

I utøvelsen av dette skjønn er det dessuten vanskelig å trekke et klart skille mellom bevisvurderinger og rettslige vurderinger. Høyesterett skulle bygge på det faktum lagmannsretten hadde funnet bevist, men velger å poengtere at det i en bevisvurdering kan ligge «elementer av rettslige vurderinger», og at det kan være «en subtil overgang» mellom bevisvurderingen og rettsanvendelsen (avsnitt 66). Den konkrete vurderingen i saken bærer etter mitt syn først og fremst preg av at Høyesterett har vurdert faktum opp mot en annen norm – en mindre vidtgående tilbudsplikt – enn lagmannsretten, og derfor trekker andre slutninger (se for eksempel avsnitt 75 og 76). Men det er også vurderinger som ligger nokså nær en overprøving av lagmannsrettens bevisvurdering (se kanskje særlig avsnitt 71). Uansett har erkjennelsen om at bevismessige og rettslige vurderinger vanskelig kan skilles klart, overføringsverdi til andre sammenhenger der rettsregelen gir anvisning på et bredt og konkret skjønn. Det gjelder ikke minst vurderingen av arbeidstakerstatus etter aml. § 1–8 (1), der en ny «bevispresumsjon» i siste punktum kan sette forholdet mellom bevismessig og rettslig vurdering på spissen.

Marianne Jenum Hotvedt

HR-2024-1117-A Lovvalg for direktekrav mot forsikringsselskapet*Innledning*

Avgjørelsen gjelder spørsmålet om hvilket lands rett som skal anvendes på skadelidtes direktekrav mot et forsikringsselskap. En dansk kranbilfører ansatt i et dansk selskap ble skadet da den danskregistrerte kranbilen veltet under utførelse av et oppdrag i Norge. Kranbilføreren fikk erstatning etter danske yrkesskadederegler, men erstatningen dekket ikke førerens fulle tap. Føreren anla søksmål i Norge mot det danske bilforsikringsselskapet med krav om erstatning. Førerskade var imidlertid ikke dekket i forsikringsavtalen inngått mellom førerens danske arbeidsgiver og det danske forsikringsselskapet. Dansk rett tillater å unnta førerskade fra forsikringen. Etter norsk rett må derimot bilforsikringen dekke også førerskade. Sakens utfall var derfor avhengig av om dansk eller norsk rett skulle anvendes. Spørsmålet om lovvalg ble avgjort særskilt i henhold til tvisteloven § 16-1 annet ledd bokstav b. Jeg opplyser for ordens skyld at jeg har kollokvert om denne saken med ankemotpartens advokat.

Høyesterett konstaterer at skadelidtes direktekrav er erstatningsrettslig, og at bakgrunnsretten derfor skal velges etter EUs lovvalgsregler for erstatningsrett. Med dette føyer avgjørelsen seg til rettspraksis som i de siste 15 år konsistent har valgt bakgrunnsretten på grunnlag av faste kriterier – som oftest tuftet på EUs internasjonale privatrett.

Dette besvarer imidlertid kun delvis lovvalgsspørsmålet i denne saken. Det finnes nemlig ikke ett felles lovvalg for hele sakskomplekset. Lovvalget må splittes opp i minst tre adskilte deler som hver har sin lovvalgsregel. Høyesterett begynner ved å avklare at skadelidtes direktekrav er erstatningsrettslig og utpeker erstatningskravets bakgrunnsrett ved å anvende lovvalgsregelen for erstatningsrett (første lovvalgsregel). Høyesterett nevner også lovvalgsregelen som gjelder grunnlaget for å anlegge direktekrav mot forsikringsselskapet (annen lovvalgsregel). Begge disse lovvalgsregler er drøftet i dommen. Imidlertid tar Høyesterett ikke hensyn til en ytterligere side ved direktekravet, nemlig forsikringsselskapets forpliktelse og dens bakgrunnsrett (tredje lovvalgsregel, som burde ha kommet til anvendelse). Forsikringsselskapets forpliktelse er basert på forsikringsavtalen mellom forsikringsselskapet og skadevolderen (i dette tilfellet, mellom forsikringsselskapet og skadelidtes arbeidsgiver), som i sin tur er underlagt bakgrunnsretten som gjelder for forsikringskontrakter. Forsikringsavtalen og dens bakgrunnsrett danner således en kontraktsrettslig ramme for det erstatningsrettslige kravet. Deres Høyesterett hadde vurdert også denne siden av saken, ville resultatet ha blitt et annet og mer i tråd med rettspraksis fra EU-domstolen – en rettspraksis

som dog Høyesterett med rette har en uttalt målsetning om å ta hensyn til med tanke på harmonisering.

Intet tyder på at Høyesterett bevisst i denne saken avviker fra sin konsistente tilnærming som legger vekt på EU-retten og rettspraksis fra EU-domstolen. Høyesterett drøfter imidlertid ikke den delen av EU-rettspraksis som den nevnte tredje lovvalgsregelen er forankret i. Høyesterett begrunner heller ikke dette avviket. Det er dermed grunn til å tro at Høyesterett ikke var oppmerksom på denne delen av EU-domstolens rettspraksis – hadde Høyesterett vært oppmerksom på den, ville den nok ha fulgt den, eller den ville ha begrunnet et eventuelt bevisst avvik.

Generelt om lovvalg

Lovvalget foretas ved å anvende lovvalgsregler. Siden *Bokhandleren i Kabul*-dommen (Rt. 2009 s. 1537) har Høyesterett konsistent anvendt faste regler for lovvalg og har etterstrebet harmonisering med EUs internasjonale privatrett. Utgangspunktet er at det er den retten som saksforholdet har sin nærmeste tilknytning til, som skal anvendes. Etter den alminnelige internasjonalprivatretslige metode avgjøres hva som utgjør den nærmeste tilknytning etter faste kriterier for typetilfeller – basert på sedvane, norsk lovgivning eller EU-rett. For EU-rettens vedkommende har Høyesterett i de siste 15 år spesielt tatt hensyn til de to forordningene Roma I (593/2008) og Roma II (864/2007), som regulerer lovvalg for henholdsvis kontraktsrettslige forpliktelser og forpliktelser utenfor kontrakt. Forordningene omfattes ikke av EØS-avtalen og er ikke formelt bindende i Norge, men Høyesterett har altså konsistent tatt hensyn til dem, samt til EU-domstolens rettspraksis om EU-lovvalgsregler, der det ikke er en egen fast norsk lovvalgsregel. Denne tilnærmingen sikrer forutsigbarhet og harmonisering og er i tråd med Justisdepartementets og litteraturens anbefaling. Tilnærmingen finnes igjen også i utredningen som undertegnede skrev for Justisdepartementet om en lov om lovvalg på formuerettens område. Høyesterett følger denne tilnærmingen også i denne saken, men kun med hensyn til to av de tre aktuelle lovvalgsregler. Som nevnt ovenfor tyder intet på at Høyesterett bevisst ser bort fra sin uttalte og konsistente målsetning om å ta hensyn til EU-retten. At EU-retten er lagt til grunn på en ufullstendig måte synes snarere å bero på at den aktuelle problemstillingen er oversett enn på et overveid avvik fra Høyesteretts konsistente metode.

Høyesteretts rettskildebruk

Rettskildebildet er sammensatt. Høyesterett drøfter først utførlig bilansvarsloven. Deretter drøfter Høyesterett forsikringslovvalgsloven, samt forordningene Roma I og Roma II. At en avgjørelse om lovvalg drøfter bilansvarsloven, er etter min mening unødvendig og kompliserende. Bilansvarsloven gir ikke lovvalgsregler, men materiellrettslige regler. Lovvalget avgjøres av tilknytningskriteriene som er nedfelt i lovvalgs-

reglene og ikke av bestemmelsenes materiellrettslige innhold. Derfor er en inngående drøftelse av bilansvarsloven ikke relevant i lovvalgssammenheng. Å ta utgangspunkt i bilansvarsloven er dessuten kompliserende fordi denne loven gir, som Høyesterett riktig påpeker, en blanding av erstatningsrettslige og forsikringsrettslige regler. Dette kan gjøre skillet mellom de erstatningsrettslige og de kontraktsrettslige sider ved direktekravet uklart. Samtidig er det nettopp dette skillet som er nøkkelen til lovvalget i nærværende sak, ettersom lovvalgsreglene er ulike alt ettersom spørsmålet er erstatningsrettslig eller kontraktsrettslig. I avgjørelsen identifiserer Høyesterett de erstatningsrettslige sidene ved direktekravet og korrekt foretar lovvalget deretter. De kontraktsrettslige sider som definerer forsikringsdekningen, er derimot oversett, og det er følgelig heller ikke foretatt et lovvalg for denne delen av saken.

Forsikringslovvalgsloven

Høyesterett drøfter så forsikringslovvalgsloven (lov om lovvalg for forsikringsavtaler av 27. november 1992 nr. 23). Denne loven gir lovvalgsregler for forsikringsavtaler. Den gjennomfører to EU-direktiver (direktiv 88/357 EØF og direktiv 90/619 EØF), som senere er inkorporert i forordningen Roma I artikkel 7 som følge av direktiv 2009/138 (Solvens II) artikkel 178. Solvens II ble tilpasset i EØS-komiteens beslutning nr. 78/2011, derfor gjelder lovvalgsregimet i Roma I artikkel 7 også for Norge. Beslutningen er ikke gjennomført i norsk rett ennå, men gjennomføringen vil ikke føre til vesentlige endringer og er følgelig ikke relevant for denne saken.

Det følger så vel av forsikringslovvalgsloven § 6 som av Roma I artikkel 7 (4) at domstolene skal anvende ufravikelige regler i retten som pålegger forsikringsplikt. I den aktuelle saken innebærer dette at bilansvarsloven § 4 om forsikringsselskapets objektive ansvar overfor skadelidte skal anvendes *på den kontraktsrettslige delen av saken*.

Lagmannsretten hadde anvendt forsikringslovvalgsloven § 6 også *på skadelidtes direktekrav* mot forsikringsselskapet. Høyesterett avviser med rette dette under henvisning til at skadelidtes direktekrav ikke er kontraktsrettslig. I avsnitt 44 heter det:

Jeg kan likevel ikke se at dette vil være en riktig forståelse av forsikringslovvalgsloven. Det alminnelige utgangspunktet er at det må skilles mellom regler om erstatningsansvar og regler som gjelder forsikringsforholdet. At det ved ansvarsforsikring foreligger direktekravsregler som gir skadelidte adgang til å fremme sitt krav mot forsikringsselskapet, endrer ikke at dette kravet er et erstatningskrav. Dette er lagt til grunn blant annet når det gjelder foreldelse, se HR-2023-2252-A avsnitt 33 med videre henvisninger.

Lovvalg for skadelidtes erstatningskrav

Høyesteretts innordning av direktekravet er riktig: Skadelidtes direktekrav faller ikke inn under forsikringslovvalgsloven eller Roma I – begge instrumenter gir lovvalgsregler for kontrakter, og skadelidtes direktekrav springer ikke ut av kontrakt. Skadelidtes direktekrav faller derfor inn under Roma II, som gir regler om lovvalg for forpliktelser utenfor kontrakt (avsnitt 55). Høyesterett oppsummerer dette forbillig i avsnitt 46:

[...] lovvalgsreglene utenfor kontrakt gjelder for erstatningsansvaret, mens lovvalgsreglene i kontrakt gjelder for forsikringsdekningen.

Til støtte for denne innordningen viser Høyesterett i avsnitt 47 til EU-domstolens dom i forente saker C-359/14 og C-475/14 (Ergo Insurance og Gjensidige Baltic). EU-domstolen uttaler her at eksistensen og rekkevidden av en erstatningsforpliktelse avhenger av den skadevoldende handling og derfor skal behandles som et spørsmål om erstatning utenfor kontrakt. Høyesterett bemerker med rette at det er den alminnelige bestemmelsen i Roma II artikkel 4 som utpeker bakgrunnsretten for direktekravet. Roma II artikkel 4, som dessuten også norsk sedvanerett, utpeker skadesteds rett som bakgrunnsrett for erstatningskrav utenfor kontrakt eller, dersom det finnes, partenes felles hjemlandsrett.

Høyesteretts resonnement er i denne delen altså helt i overensstemmelse med EU-domstolens praksis og den internasjonalprivatrettslige metode forøvrig: For å kunne anvende den riktige lovvalgsregelen må kravet først innordnes under det riktige rettsområde (noe som i internasjonalprivatrettslig terminologi heter at kravet må «kvalifiseres») – og Høyesterett kvalifiserer skadelidtes direktekrav som erstatningsrettslig og ikke som kontraktsrettslig;¹ deretter må den aktuelle lovvalgsregelen anvendes – og Høyesterett anvender de faste lovvalgsregler i Roma II artikkel 4, som fører til at erstatningskravet reguleres av partenes felles hjemlandsrett, dansk rett.

Lovvalg for adgang til å fremme direktekrav

Riktignok gir Roma II en lovvalgsregel spesielt for

1 Det bør påpekes i sammenheng med kvalifikasjon at Høyesterett antyder i avsnitt 41 at begrepet «kontraktlige forpliktelser» i EU-retten i det vesentlige har samme innhold som etter en alminnelig norsk forståelse – i nærværende sak sammenfaller EUs og den norske kvalifikasjon, men på generelt grunnlag kan man ikke forutsette at EUs og de norske kategorier sammenfaller. EU-rettens forståelse av «kontrakt» er smalere enn den norske og omfatter blant annet ikke pre-kontraktuelt ansvar, kjøpers direktekrav mot produsenten eller kausjonistens regresskrav, se G. Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett*, Universitetsforlaget 2021, pkt. 15.3.1

direktekrav i artikkel 18. Etter artikkel 18 kan adgang til direktekrav forankres enten i retten som regulerer erstatningskravet eller i retten som regulerer forsikringsavtalen. Denne bestemmelse gjelder imidlertid *lovvalget for adgang til å anlegge direktekrav*, og ikke for det materielle kravets bakgrunnsrett. Under henvisning til EU-domstolens dom i sak C-240/14 (Prüller-Frey) slår Høyesterett fast i avsnitt 50 at bestemmelsen i artikkel 18 ikke regulerer lovvalget for de materielle erstatningsrettslige spørsmål. Basert på dette foretar Høyesterett, som nevnt ovenfor, lovvalget for det erstatningsrettslige kravet på grunnlag av lovvalsreglene for erstatningsretten i Roma II artikkel 4.

Tilnærmingen er i overensstemmelse med blant annet den nevnte dom i forente saker C-359/14 og C-475/14 (Ergo Insurance og Gjensidige Baltic). Også Generaladvokaten sier i sin betenkning (avsnitt 72) for den nevnte dom i sak C-240/14 (Prüller-Frey) at skadevolderens erstatningsansvar (og følgelig skadelidtes erstatningskrav) skal bedømmes etter retten som utpekes av den alminnelige lovvalsregel for erstatningsrett. Roma II artikkel 18 anvendes ikke på kravets innhold eller rammer.

Forholdet mellom forsikringsselskapets forpliktelse og direktekravet

Med dette har Høyesterett korrekt utpekt balgrunnsretten for skadelidtes erstatningskrav *utenfor kontrakt* (i henhold til Roma II artikkel 4), samt for adgang til å fremme direktekrav (i henhold til Roma II artikkel 18). Det som Høyesterett imidlertid *ikke* gjør, er å drøfte lovvalg for rammene for det erstatningskravet som skadelidte kan gjøre gjeldende overfor forsikringsselskapet *etter forsikringsavtalen*, som er et krav *i kontrakt*. I sistnevnte sammenheng burde Høyesterett ha anvendt lovvalsreglene i forsikringslovvalsloven eller Roma I.

Forsikringsselskapets forpliktelser springer ut av forsikringsavtalen mellom forsikringsselskapet og skadevolderen (i nærværende sak, mellom forsikringsselskapet og skadelidtes arbeidsgiver). Forsikringsavtalens virkning er basert på polisens avtalte vilkår og på dens bakgrunnsrett. Skadelidte kan gjøre direktekrav gjeldende innenfor disse rammer. Som oftest utgjør disse rammer en begrensning for forsikringsselskapets ansvar, men de kan også, som i nærværende sak, utvide det ved for eksempel at dekning av førerskade pålegges. Det er derfor ikke tilstrekkelig å utpeke bakgrunnsretten for erstatningskravet; det bør også utpekes bakgrunnsretten for forsikringsselskapets forpliktelser. Behovet for dette doble lovvalg er fremhevet i de allerede nevnte dommene fra EU-domstolen som Høyesterett viser til, om enn i en annen sammenheng.

I Ergo Insurance-dommen slår EU-domstolen først fast at selve erstatningskravet er underlagt retten som regulerer erstatningsrettslige spørsmål – noe som Høyesterett slutter seg til. Deretter forklarer EU-domsto-

len behovet for å foreta et lovvalg for forsikringsselskapets forpliktelser – noe Høyesterett ikke kommenterer. EU-domstolen uttaler følgende:

54. For det andet bemærkes, at en forsikringsgivers forpligtelse til at yde erstatning for den skade, som er blevet påført et offer, ikke følger af den skade, der er blevet påført sidstnævnte, men af den kontrakt, som knytter forsikringsgiveren til den ansvarlige forsikringstager. En sådan forpligtelse udspringer derfor af en kontraktlig forpligtelse, og den lov, der finder anvendelse på en sådan forpligtelse, skal fastlægges i overensstemmelse med bestemmelserne i Rom I-forordningen.

55. Det skal derfor i lyset af den lov, der finder anvendelse på henholdsvis forsikringsaftalen for trækkende køretøjer såsom de i hovedsagerne omhandlede og forsikringsaftalen for de hermed forenede påhængskøretøjer, undersøges, om forsikringsgiverne for disse to typer køretøjer i overensstemmelse med de nævnte aftaler faktisk var forpligtet til at yde erstatning til ofrene for ulykker, som blev forårsaget af påhængskøretøjerne.

Likeså heter det i den nevnte Prüller-Frey-dommen avsnitt 42:

Den skadelidtes ret til at reise krav direkte mod den erstatningsansvarliges forsikringsgiver har imidlertid ingen indvirkning på de kontraktlige forpliktelser for den pågældende forsikringsaftales parter.

EU-domstolens knappe bemerkning i Prüller-Frey-dommen er mer utførlig forklart i Generaladvokatens betenkning i samme sak, som EU-domstolen slutter seg til. Etter å ha fastslått, som nevnt ovenfor, at Roma II artikkel 18 kun gir en lovvalsregel for adgangen til å anlegge direktekrav, og at erstatningskravet bedømmes etter den bakgrunnsretten som følger av lovvalsregelen for erstatningsrett, sier Generaladvokaten i avsnitt 77:

Uafhængigt af spørgsmålet, om selve tilstedeværelsen af retten til at gøre et direkte krav gældende og i givet fald vilkårene for udøvelsen af en sådan adgang, er forsikringsgiverens pligt fortsat reguleret af den lovgivning, der finder anvendelse på forsikringsaftalen. I denne henseende har nævnte artikel 18 ingen indvirkning på det lovvalg, der er foretaget af parterne i forsikringsaftalen.

Høyesterett viser til Prüller-Frey-dommen i forbindelse med rekkevidden til Roma II artikkel 18 (lovvalg for adgang til å fremme direktekrav) og slutter seg til

den; imidlertid kommenterer Høyesterett ikke den delen av dommen som nevner forsikringsselskapets forpliktelser.

Den nevnte EU-rettspraksis er i overensstemmelse med det Explanatory Memorandum som Kommisjonen skrev i forbindelse med forslaget til forordningen Roma II, KOM (2003) 427 endelig (det nærmeste man kommer til forarbeider til Roma II). I sin forklaring av artikkel 14 (som i den endelige versjonen ble artikkel 18) heter det at:

Omfanget af forsikringsselskabets forpligtelser afgøres under alle omstændigheder ud fra den lov, der finder anvendelse på forsikringsaftalen.

Ikke ett felles lovvalg

Det følger av den nevnte EU-domstolspraksis at det ikke finnes ett felles lovvalg for hele sakskomplekset. Lovvalget splittes opp i tre adskilte deler som hver har sin lovvalgsregel. Slik oppsplitting, som i internasjonalprivatrettslig terminologi omtales som *dépeçage*, følger av lovvalgsreglenes rekkevidde. Hver lovvalgsregel anvendes kun på en bestemt type spørsmål. I komplekse saker med ulike juridiske spørsmål vil lovvalget for hvert av disse foretas på grunnlag av hver sin lovvalgsregel. Således kommer tre ulike lovvalgsregler til anvendelse på tre ulike aspekter av skadelidtes direktekrav mot forsikringsselskapet:

1. Skadelidtes erstatningskrav mot skadevolder som følger av den skadevoldende handling skal bedømmes etter bakgrunnsretten for erstatningsrettslige forpliktelser – som utpekes av Roma II artikkel 4;
2. Skadelidtes adgang til å anlegge direktekrav mot forsikringsselskapet hjemles, i henhold til Roma II artikkel 18, enten i retten som utpekes av Roma II for erstatningskravet, eller i retten som utpekes av Roma I for forsikringsavtaler; og
3. Omfanget av forsikringsselskapets forpliktelse overfor skadelidte reguleres av bakgrunnsretten for forsikringsavtalen – som utpekes av Roma I artikkel 7 eller forsikringslovvalgsloven.

Konklusjon

Høyesterett resonnerer på korrekt vis i denne saken, men fullfører ikke resonnementet. Det er riktig at forsikringslovvalgsloven § 6 ikke skal anvendes på direktekravet ettersom dette er et erstatningsrettslig krav og faller utenfor forsikringsavtalelovens (eller Roma Is) anvendelsesområde. Det er skadestedets eller partenes felles hjemlands rett (dansk rett i denne saken), som regulerer skadelidtes erstatningskrav utenfor kontrakt.

Dermed er imidlertid ikke alt besvart. Høyesterett har som nevnt selv påpekt i avsnitt 46 at lovvalgsreglene utenfor kontrakt gjelder for erstatningsansvaret

utenfor kontrakt, mens lovvalgsreglene for kontrakt gjelder for forsikringsdekningen. Forsikringsselskapets forpliktelser sammenfaller med forsikringsdekningen. Erstatningskravet kan gjøres gjeldende innenfor rammene av forsikringsselskapets forpliktelser, og disse springer ut at forsikringsavtalen mellom forsikringsselskapet og skadevolderen (i denne saken, mellom forsikringsselskapet og skadelidtes arbeidsgiver). Forsikringsavtalen må leses i lys av sin bakgrunnsrett. Forsikringslovvalgsloven § 6 har følgelig betydning også i direktekravets sammenheng i og med at den utpeker bakgrunnsretten for forsikringsdekningen. Etter denne bestemmelsen kommer bilansvarslovens preceptoriske regler om forsikringsplikt til anvendelse på kjøretøyer som brukes i Norge. Forsikringsavtalens unntak for førerskade burde derfor ikke ha blitt gitt virkning selv om en slik begrensning er tillatt etter dansk rett.

Giuditta Cordero-Moss

KONTRAKTSRETT

EFTA-domstolens rentedom E-13/22 og E-1/23 – en vekker om utformingen av standardvilkår

23. mai avsa EFTA-domstolen den mye omtalte dommen om rentereguleringen i noen islandske låneavtaler var rettmessig. Dommen kan få dramatiske konsekvenser for norske banker. Dommens betydning rekker imidlertid videre enn rentereguleringsklausuler. Den bør gi næringsdrivende på mange områder – ikke bare i banksektoren – grunn til å gå gjennom hvilke standardvilkår de presenterer forbrukerne for.

Dommen gjaldt to saker, E-13/22 *Gylfason og Gröndal mot Landsbankinn* og E-1/23 *Sverrisdóttir og Sigurðsson mot Íslandsbanki*. Begge sakene gjaldt forbrukere som hevdet at banken deres urettmessig hadde økt lånerentene. Bankene hadde vist til låneavtalenes bestemmelser om regulering av renten, men forbrukerne hevdet at disse reguleringsklausulene var i strid med EØS-retten og ikke kunne gjøres gjeldende. I den ene låneavtalen stod det at banken når som helst i låneperioden kunne øke eller senke renten i samsvar med bankens rentebeslutninger. Disse skulle «blant annet» «ta hensyn til» rentefastsettelsen til Islands sentralbank, rentene på markedet og «andre [for banken] tilgjengelige betingelser». I den andre låneavtalen het det at rentene ville endres i tråd med rentindeksen som banken offentliggjorde på sine nettsider. Endringene skulle blant annet ta hensyn til bankens finanskostnader, driftskostnader, offentlige avgifter, andre uforutsette kostnader, renten fra Islands sentralbank og endringer i konsumprisindeksen.

Domstolen i Reykjavik stilte spørsmål om slike klausuler var forenlig med bestemmelser i direktivet

om forbrukerkredittavtaler, direktiv 2008/48 og boliglånsdirektivet, direktiv 2014/17. EFTA-domstolen bemerket innledningsvis at ingen av disse direktivene var anvendelige på de to sakene: direktivet om forbrukerkredittavtaler gjelder etter artikkel 2.2 bokstav a ikke for lån som er sikret med pant i fast eiendom, og boliglånsdirektivet var ikke trådt i kraft som del av EØS-avtalen før de aktuelle låneavtalene ble inngått. EFTA-domstolen kom likevel til at den burde gi retningslinjer for tolkningen av boliglånsdirektivet. EFTA-domstolen fant imidlertid også, fordi den kan gi den nasjonale domstolen «all the elements of interpretation of EEA law which may be of assistance in adjudicating in the cases pending before them» (avsnitt 67), at den burde gi domstolen i Reykjavik retningslinjer for hvordan klausulene skulle vurderes i forhold til direktiv 93/13 om *urimelige kontraktsvilkår i forbrukerforhold*. Dette direktivet er en av hjørnesteinene i EUs forbrukervern og grunnlag for en omfattende rettsutvikling fra EU-domstolen. Avtaleloven §§ 36 og 37 anses for å gjennomføre dette direktivet i norsk rett. I forbindelse med gjennomføringen skrev Justis- og politidepartementet: «En samlet vurdering av kriteriene for å foreta lemping viser at det skal mer til for å tilsidesette eller endre et avtalevilkår etter direktivet enn etter avtaleloven § 36. Norsk rett oppfyller derfor direktivet på dette punkt.» Rettsutviklingen har imidlertid vist at terskelen for å tilsidesette avtalevilkår etter direktivet *ikke* alltid er høyere enn terskelen etter en tradisjonell «norsk» forståelse av avtaleloven § 36. Den kan stundom være lavere. EFTA-domstolens dom er et godt eksempel på det. Hovedbestemmelsen i direktivet er artikkel 3(1):

Et avtalevilkår som ikke er individuelt forhandlet, skal anses som urimelig dersom det til tross for kravet om god tro, medfører en betydelig skjevhet i de rettigheter og plikter partene har i henhold til avtalen, til skade for forbrukeren.

Etter artikkel 4(2) dekker denne bestemmelsen ikke «definisjonen av avtalens hovedgjenstand» eller «overensstemmelsen mellom prisen og betalingen på den ene side, og tjenestene eller varene som skal leveres som motytelse på den annen side», så sant disse vilkårene er formulert på en klar og forståelig måte. EFTA-domstolen slår imidlertid fast – i tråd med EU-domstolens praksis – at avtalte mekanismer for prisendringer faller utenfor dette unntaket (avsnitt 73).

Basert på flere bestemmelser i direktivet, punkter i fortalen og EU-domstolens praksis fremhever EFTA-domstolen at det må stilles krav til gjennomsiktighet – *transparency* – i kontraktsvilkårene. Spesifikt om klausuler om flytende rente, sier EFTA-domstolen:

In particular, in the context of a variable interest rate clause in a mortgage agreement, the transpa-

rency requirement must be understood as requiring not only that the term in question must be formally and grammatically intelligible to the consumer, but that an average consumer, who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect, is in a position to understand the specific functioning of the method used for calculating that rate and thus to evaluate, on the basis of clear, intelligible criteria, the potentially significant economic consequences of such a term on his or her financial obligations (avsnitt 77, mine uthevinger).

Dette betyr, sier EFTA-domstolen, at den nasjonale domstolen som konkret skal vurdere om en klausul rammes av direktivet, må se hen til ikke bare innholdet i informasjonen långiveren har gitt, men også «the fact that the main elements relating to the calculation of that rate are easily accessible to anyone intending to take out a mortgage loan, on account of the publication of the method used for calculating that rate» (avsnitt 78, min understrekning).

EFTA-domstolen understreker at den nasjonale domstolen må foreta den konkrete urimelighetsvurderingen, «having regard to the particular circumstances of the case». Men domstolen må i den vurderingen påse at klausulen tilfredsstiller kravene til gjennomsiktighet som vi allerede har nevnt, god tro og balanse (avsnitt 82). Kravet til god tro innebærer, sier EFTA-domstolen, en vurdering av hvorvidt den næringsdrivende dersom vedkommende opptrådte fair og rimelig overfor forbrukeren, med rimelighet ville kunne regne med at forbrukeren i individuelle forhandlinger ville akseptere det aktuelle vilkåret (avsnitt 84). For det formål vil det være av «fundamental viktighet» om en klausul som gir en bank rett til ensidig å regulere renten, gir forbrukeren mulighet til å forutse «med tilstrekkelig grad av forutsigbarhet» vilkårene for en regulering, og om forbrukeren har mulighet til å si opp avtaleforholdet dersom renten blir justert.

I vurderingen av om klausulen innebærer en «betydelig skjevhet» i partenes rettigheter og plikter, må domstolen sammenligne hvilke rettigheter og plikter partene har etter kontrakten med de rettigheter og plikter partene hadde hatt etter bakgrunnsretten, dersom kontrakten ikke hadde fraveket denne. Det er også relevant å sammenligne rentereguleringen i avtalevilkårene med «the methods of calculation generally used, the statutory interest rate and the interest rates applied on the market at the date of conclusion of the agreements at issue... for a loan of a comparable sum and term to those of the loan agreement under consideration».

Domstolen kommenterer deretter enkelte av de forhold som de aktuelle klausulene sa at bankene kunne basere rentefastsettelsen på. Rentefastsettelsen til Islands sentralbank mente retten det var akseptabelt å vise til. Men retten bemerket at rentefastsettelsen til bankene i de aktuelle sakene ikke fulgte denne auto-

matisk. Om en del av de andre forhold som etter klausulene kunne påvirke rentefastsettelsen – som «driftskostnader», «offentlige avgifter» og «andre uforutsette kostnader» – uttalte EFTA-domstolen:

The Court observes that such general references to unforeseen potential increases in the creditor's costs are, by definition, unverifiable by an average consumer. As such, the inclusion of such elements will render it impossible for a consumer who is reasonably circumspect to determine the economic consequences of the term for his or her financial obligations. Subject to the verifications to be carried out by the referring court, such contractual terms seem liable to cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations.

Endelig peker domstolen på at det at avtalenes liste med faktorer som ville bestemme rentefastsettelsen, ikke var *uttømmende*, kontraktene hadde formuleringer som «blant annet», styrket uklarheten.

EFTA-domstolen følger etter dette opp med noen tolkningsuttalelser om *boliglånsdirektivet*, som vi ikke skal redegjøre detaljert for her. Men en kan merke seg følgende uttalelse om at rentereguleringen skal være forutsigbar:

[T]he consumer should be able to readily and independently access the information that constitutes the indexes or reference rates that are used to calculate the borrowing rate at any time, including the impact of any changes in such rates (avsnitt 111).

Where the conditions for adjusting the rate are not sufficiently clear, for example because they are referred to in a too generic or open-ended manner, they will not provide the transparency which is necessary for the consumer to be able to compare different offers and take an informed decision on whether to conclude the agreement (avsnitt 124).

EFTA-domstolen gir uttrykk for at tilsvarende krav også gjelder etter direktivet om forbrukerkredittavtaler, noe domstolen også har uttrykt i en tolkningsuttalelse i en tvist mellom Íslandsbanki og islandske forbrukermyndigheter, sak 4/23 *Neytendastofa*.

Avslutningsvis går domstolen inn på *hvilke konsekvenser* det får om de aktuelle reguleringsklausulene skulle være urimelige etter de aktuelle direktivene. Først presiserer domstolen at en klausul som er i strid med *boliglånsdirektivet* fort vil kunne anses å være urimelig etter *direktivet om urimelige kontraktsvilkår i forbrukerforhold*. I så fall kan virkningen etter sistnevnte artikkel 6 bli drakonisk: Reguleringsklausulen – men bare den – vil falle bort. Det er i utgangspunktet ikke rom for å skrive den om, for eksempel med

en lavere rente eller mer forutsigbar reguleringsadgang (avsnitt 133-139). Dette kunne bety at renten må settes til det den var da avtalen ble inngått, uten mulighet til banken for å regulere den i fremtiden.

EFTA-domstolen understreker imidlertid at det er adgang til å supplere avtalen med vilkår fra nasjonal bakgrunnsrett, dersom det å fjerne den urimelige klausulen ville medføre at hele avtalen ville bortfalle, og dette ville skade forbrukeren. *Om* dette er tilfelle i de aktuelle sakene, går EFTA-domstolen ikke inn på.

Dommens betydning

Norske banker har hatt reguleringsklausuler i sine låneavtaler som er temmelig like de islandske i denne dommen. EFTA-domstolens avgjørelse gir grunn til å tro at de norske avtalenes rettmessighet vil bli tema for våre domstoler. Det gjenstår å se om norske domstoler, for eksempel på grunn av informasjon forbrukerne fikk ved låneopptaket eller muligheten for å refinansiere lånet med låneopptak i annen bank, vil komme til at klausulene står seg. Dommen fra EFTA-domstolen gir imidlertid klare føringer i retning av at klausulene er ugyldige. Konsekvensen kan bli økonomisk dramatisk for norske banker.

Dommen bør imidlertid være et varsko til langt flere enn bankene. På mange områder opererer næringsdrivende med standardvilkår som gir dem en vid adgang til å endre vilkårene på grunn av «økte kostnader», «endrede markedsforhold» eller lignende. Ofte kan slike formuleringer være tatt fra amerikanske eller engelske kontrakter. Jurister i norske selskaper har vel tenkt at de gir dem en ekstra sikkerhet, og at det ikke er risiko for at klausulene rammes av avtaleloven § 36 så lenge man ikke *utnytter* klausulene til å gjøre urimelige endringer i avtaleforholdet. Men EU-retten vil ikke ha slike klausuler i forbrukeravtaler. Næringsdrivende må gjøre reguleringsklausulene forutsigbare, ellers risikerer de å ikke få noen reguleringsadgang overhodet.

Harald Irgens-Jensen

Eva Jarbekk og Simen Sommerfeldt: *Personvern og GDPR i praksis*

Cappelen Damm Akademisk, 2024
372 sider | kr 489,-

GDPR-forordningen er et sentralt regelverk nesten uansett hvilken bransje man er en del av. I Personvern og GDPR i praksis sammenfattes kunnskap fra et spredt og uoversiktlig kildetilfang, samtidig gir forfatterne praktiske råd og løsningsforslag. Boken er utstyrt med sjekklister og har konkrete tips fra erfarne personvernombud samt er ajourført med regelverk og praksis.

Personvern og GDPR i praksis tar blant annet for seg:

- sentrale begreper, roller og ansvarsforhold
- behandlingsgrunnlag som samtykke, avtale og «berettiget interesse»
- utforming av personvernerklæring
- dokumentasjonskrav og rutiner
- smidig utvikling av IT-systemer med innebygd personvern
- risikovurdering (ROS) og personvernkonsekvenser (DPIA)
- anonymisering og pseudonymisering
- hva databehandleravtalen bør inneholde

Andre emner som behandles, er individets rettigheter og innsynsrett, gjenbruk av personopplysninger til andre formål og avvikshåndtering. Det er lagt vekt på en tverrfaglig tilnærming slik at både ledere, jurister, markedsførere og systemutviklere kan få et felles begrepsapparat og forstå hverandres roller og behov.



Nytt i privatretten

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

Redaktør: Olav Torvund
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 (2024) på *Nytt i privatretten* koster kr 720,-. Studentabonnement koster kr 400,-. 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 2024
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer desember 2024.