



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Rikslønnsnemnda, materiell kompetanse i relasjon til parter avtaleadgang, ugyldighet – Arbeidsrettens dom 6. november 2017 (AR-2017-29)

Dommen underkjenner Rikslønnsnemndas kjennelse av 27. februar 2017 om løsning av interesselvisten mellom Akademikerne helse/Den norske legeforening og Arbeidsgiverforeningen Spekter ved tariffrevisjonen i 2016. At en avgjørelse av Rikslønnsnemnda kan settes til side (bl.a.) hvis den er i strid med lov, er konvensjonelt, men sjeldent. Arbeidsrettens dom (med dissens 4–3) er da også spesiell. Flertallet konkluderte med at loven som la avgjørelsen av interesselvisten til Rikslønnsnemnda, ikke gav «tilstrekkelig klar hjemmel» for Rikslønnsnemnda til å forlenge bestemmelsene om arbeidstid etter aml. § 10-12 (4) slik de lød i den tariffrevisjonen som var gjenstand for tariffrevisjonen.

Arbeidsmiljølovens § 10-12 (4) gir hjemmel for unntak fra lovens arbeidstidsregler ved tariffavtale med «fagforening med innstillingsrett». En slik regulering var en del av overenskomsten for sykehus 2014–2016 mellom Akademikerne helse/Den norske legeforening og Arbeidsgiverforeningen Spekter, i dens § 3. Det var uenighet mellom partene om forståelsen og anvendelsen av unntaksreglene, spesielt knyttet til organiseringen av arbeidstid gjennom tjenesteplaner. Ved

tariffrevisjonen i 2016 var det et sentralt krav fra Legeforeningen at bestemmelsene om dette skulle presiseres for å slå fast foreningens avtaleforståelse. Etter forhandlinger og meglings ende oppgjøret med streik, fra 7. september 2016. Streiken ble trappet opp med nye streikeuttak i perioden 9. september til 3. oktober. Ny tvungen meglings 5. oktober ledet ikke til noen løsning. Ved proposisjon 28. oktober fremmet regjeringen forslag om at interesselvisten mellom Akademikerne helse og Spekter skulle avgjøres av Rikslønnsnemnda. Lov om tvungen lønnsnemnd ble vedtatt og trådte i kraft 20. desember 2016. Dens § 1 har den klassisk standardiserte, kursoriske formen «[t]visten ... skal avgjøres av Rikslønnsnemnda».

Ved behandlingen for Rikslønnsnemnda var en sentral uenighet mellom partene hvorvidt nemnden hadde kompetanse til å «prolongere» tariffavtalens bestemmelser med hjemmel i aml. § 10-12 (4) om unntak fra arbeidstidsregler, det vil si å ta disse bestemmelsene med uten endringer. Rikslønnsnemnda drøftet kompetansespørsmålet i sin kjennelse og la til grunn at «tariffavtale med avvikende arbeidstidsordning også kan komme i stand gjennom kjennelse fra Rikslønnsnemnda» (jfr. dommens avsnitt 36). Ved nemndens kjennelse 27. februar 2017 ble overenskomsten for Legeforeningen prolongert med enkelte unntak, men uten at de omtvistede arbeidstidsbestemmelsene ble endret.

I tvisteforhandlingsmøte 20. april 2017 med Spekter gjorde Akademikerne helse gjeldende at Rikslønnsnemnda hadde gått ut over sin kompetanse når den «uten fagforeningens samtykke, har fastsatt arbeidstidsbestemmelser som fraviker arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser». I protokollen fra møtet heter det også at Akademikerne helse «varslet at det vil bli reist søksmål for Arbeidsretten med påstand om at overenskomstens arbeidstidsbestemmelser kjennes ugyldige så langt de er et utslag av at Rikslønnsnemnda har gått utover [sic] sin kompetanse». Tvisteforhandlingene ledet ikke til enighet mellom partene. Akademikerne helse reiste så søksmål ved stevning 26. april 2017.

Akademikerne helse tok utgangspunkt i at inngrepsloven (loven av 20. desember 2016) ikke kunne «tas

Innhold nr. 4

Arbeidsrett	1
Arverett	5
Erstatningsrett	7
Familierett	11
Immaterialrett	11
Kontraktsrett	12
Selskapsrett	15

til inntekt for at nemnda hadde kompetanse til å gjøre unntak i henhold til arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd. Når ikke annet er sagt, må nemndas avgjørelse ligge innenfor rammen av ufravikelig lovgivning» (avsnitt 47). Kjennelse måtte anses som meget inngripende og måtte derfor «ha klar lovhjemmel» (avsnitt 43). Det hadde den etter saksøkerens syn ikke hverken i arbeidsmiljøloven eller i inngrepsloven. Det ble videre pekt på forholdet til arbeidstidsdirektivet, 2003/88/EF, og anført at Rikslønnsnemndas avgjørelse «om legenes arbeidstid» var uforenlig med vernet av organisasjonsfriheten etter Grunnlovens § 101, EMK artikkel 11 og menneskerettsloven, og «andre internasjonale konvensjoner Norge er bundet av» (avsnitt 53). Akademikerne helse la ned påstand om *partiell* ugyldighet; det «er ikke grunnlag for å kjenne hele kjennelsen ugyldig» (avsnitt 57). – Spekter argumenterte på sin side med at inngrepsloven gav Rikslønnsnemnda den nødvendige kompetanse. «Rikslønnsnemndas avgjørelse kan omfatte alt det en tariffavtale kan omfatte. Det måtte kreves «klare holdepunkter for at [nemnda] ikke skulle ha den samme kompetanse som partene selv har til å avtale unntak fra arbeidsmiljøloven», og inngrepsloven måtte sees som *lex specialis* som «går foran § 10-12 fjerde ledd» (avsnitt 62, 63). Hverken arbeidstidsdirektivet eller organisasjonsfrihetsvernet kunne lede til en annen løsning (avsnitt 64–66). Spekter la ned påstand om frifinnelse med *subsidiær* påstand om *hel* ugyldighet (avsnitt 71 jfr. 69).

Arbeidsretten – *flertallet* – konkluderte med at inngrepsloven ikke gav «tilstrekkelig klar hjemmel» for Rikslønnsnemnda til å forlenge bestemmelsene om unntak fra arbeidstidsreglene etter aml. § 10-12 (4) «ut over det Legeforeningen nedla påstand om» (avsnitt 127), og med å kjenne Rikslønnsnemndas avgjørelse i interessetvisten ugyldig i sin *helhet*. «Saken» – å avgjøre hele interessetvisten – ble dermed hjemvist «til fortsatt behandling i Rikslønnsnemnda» (avsnitt 129–132).

Veien frem til konklusjonene var lang.

En samlet rett innledet med – unødig omstendelig – å etablere at Arbeidsretten har kompetanse til å prøve Rikslønnsnemndas saksbehandling og hvorvidt nemnda har gått utenfor sin materielle kompetanse (avsnitt 82–85). Derneft følger en kortfattet presentasjon av noen utgangspunkter i arbeidsmiljølovens kapittel 10 og lovgrunnlaget i inngrepsloven. Derefter delte retten seg i drøftelsene av kompetanse- og gyldighetsspørsmålene.

Flertallet knyttet først (avsnitt 95–98) noen bemerkninger til Grunnlovens § 101 og EMK artikkel 11, med et sideblikk til en av flertallsuttalelsene i Høyesteretts dom i «Holship-saken» (HR-2016-2554-P). Det er gjort under overskriften «Grunnlovens betydning for tolkningen av lovvedtaket om tvungen lønnsnemnd». Men bemerkningene er ytterst kursoriske, og det er ikke lett å spore noen betydning av dem i de følgende drøftelsene. Derneft følger en mer omfattende diskusjon

av «[a]ldgangen til å avtale unntak fra arbeidsmiljøloven kapittel 10», sentrert om lovens § 10-12 fjerde ledd (avsnitt 100–108), og videre om «[f]orholdet til arbeidstidsdirektivet», der det er «derogasjonsbestemmelsene» i direktivets artikler 17 og 18 som vies oppmerksomhet (avsnitt 109–117). Begge deler tjener som en slags springbrett for den avgjørende drøftelsen som leder flertallet frem til dets konklusjoner; det er spørsmålet om inngrepslovens «hjemler vedtak om videreføring av overenskomstens unntak fra arbeidsmiljøloven kapittel 10 (avsnitt 118–127).

Forut for flertallets drøftelser heter det som et felles utgangspunkt at «[d]en umiddelbare slutningen fra ordlyden i [inngrepsloven] er at nemnda har samme kompetanse som tariffpartene til å fastsette nye lønns- og arbeidsvilkår. Dette vil inkludere den adgangen som Akademikerne har i kraft av å være fagforening med innstillingsrett» (avsnitt 93). *Problemstillingen* i saken er da: «Spørsmålet er imidlertid om lovgiver har ment å gi nemnda hjemmel til å videreføre arbeidstidsbestemmelser med grunnlag i arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd» (avsnitt 93; min kursivering).

Dette er en ren skinnformulering. Rettens flertall svarer ikke på dette spørsmålet. Flertallet bygger derimot på hva de selv mener at lovgiveren burde ha drøftet og gjort eksplisitt for at de kunne ha kommet til at det forelå en «tilstrekkelig klar hjemmel» (jfr. formuleringen i avsnitt 127).

Flertallets drøftelser har som grunnleggende utgangspunkt, og kretser om, at det etter arbeidsmiljølovens § 10-12 (4) er «fagforening med innstillingsrett» som kan inngå «tariffavtale» om slike unntak som bestemmelsen åpner adgang til. Flertallet fremholder at det «er et grunnleggende trekk ved en tariffavtale at den bygger på enighet mellom partene» (avsnitt 107). En avgjørelse av Rikslønnsnemnda er derimot et «offentlig vedtak» (mer presist, med mine ord, et vedtak av et uavhengig forvaltningsorgan). Det har «samme virkning som en tariffavtale» (lov om lønnsnemnd 27. januar 2012 nr. 10, § 2 annet ledd). Så langt er dette selvfølgeligheter.

Men da er det altså slik at en avgjørelse av Rikslønnsnemnda ikke er det samme som at den er en tariffavtale. Bestemmelsen om avgjørelses virkning er nødvendig nettopp fordi en avgjørelse rettslig sett ikke er en tariffavtale (avsnitt 107, 108). Dermed, fremholder flertallet, kan man ikke slutte fra inngrepsloven og dens henvisning til lønnsnemndsloven at begrepet om «tariffavtale» i aml. § 10-12 fjerde ledd omfatter avgjørelser av Rikslønnsnemnda (avsnitt 108). Isolert sett er heller ikke dette mer enn en selvfølgelighet. Hverken lønnsnemndsloven eller inngrepsloven definerer begreper i annen lovgivning. Her blander flertallet kortene med det som, også etter dets eget syn, er det springende punkt, om et vedtak av Rikslønnsnemnda kan ha *virkning som* en tariffavtale i § 10-12 fjerde ledds forstand. Dette er temaet i den siste delen av flertallets drøftelse (avsnitt 118 flg.)

Der er utgangspunktet, slik flertallet formulerer det, at *ordlyden* i inngrepsloven «taler umiddelbart for at nemnda kan ta stilling til alle de spørsmål tariffpartene kan forhandle om. Når spørsmålet om arbeidstid for leger var et sentralt tema i forhandlingene, taler det for at det inngår som del av tvisten mellom partene, og at nemnda kan bestemme det samme som partene kunne ha inngått tariffavtale om» (avsnitt 120). Formuleringsmåten er ikke vellykket. Det var ingen tvil om at arbeidstidsspørsmålet var en del av interesse-tvisten – «tvisten» etter ordlyden i inngrepslovens § 1. Men da er det ikke vanskelig å være enig i at lovens ordlyd taler for at arbeidstidsspørsmålet faller inn under den kompetansen inngrepsloven gir Rikslønnsnemnda til å avgjøre «tvisten».

Det er likevel ikke den eneste mulige tolkningen av inngrepslovens ordlyd «sammenholdt med § 10-12 fjerde ledd», fortsetter flertallet. «Fagforeningers adgang til å inngå avtaler med hjemmel i § 10-12 fjerde ledd er ikke fullt ut et fritt skjønn». Arbeidstagerne må sikres kompenserende hvile eller annet passende vern. Akademikerne helse/Legeforeningen hevdet at det ikke ble sikret med en slik forståelse av overenskomstens unntaksbestemmelser som Spekter gjorde gjeldende. Derved, sa rettens flertall, er dette «en tvist om vilkårene for bruken av avtaleadgangen etter fjerde ledd første punktum, og dermed en uenighet om *rettslige* spørsmål. Henvisningen i 2016-loven til løsning av interesse-tvisten *kan* derfor tolkes slik at den ikke åpner for å gå ut over den påstand fagforeningen med innstillingsrett har nedlagt på grunnlag av § 10-12 fjerde ledd» (avsnitt 121; mine kursiveringer).

Kvintessensen i flertallets videre resonnementer sammenfattes i realiteten av introduksjonspassasjen i det følgende avsnittet (122): «Utformingen av arbeidsmiljøloven § 10-12 fjerde ledd og de hensyn den bygger på, taler mot at den generelle bestemmelsen om at tvisten skal avgjøres av nemnda gir tilstrekkelig hjemmel til å videreføre unntaket fra arbeidstidsreglene ...» Her står «tilstrekkelig hjemmel» som synonym for «tilstrekkelig klar hjemmel». Partene, og retten, la til grunn at Rikslønnsnemnda «ikke tidligere har hatt oppe spørsmål om unntak i kraft av den særlige avtaleadgangen etter arbeidsmiljølovens regler». Det gjorde man uten å gå nærmere inn på det empiriske. Dagens aml. § 10-12 fjerde ledd har sin forløper i § 23 nr. 6 i arbeidervernloven av 1956, som ny bestemmelse der i 1968, og har forøvrig en broget forhistorie frem til dagens arbeidsmiljølov av 2005. Det får stå åpent om et tilsvarende spørsmål som i denne saken ikke har vært oppe i saker for Rikslønnsnemnda tidligere. Flertallets syn var at ettersom det var et spørsmål som ikke hadde vært oppe tidligere, «tilsier [det] at lovgiver klart vurderer behovet for å gi nemnda kompetanse til å treffe det valg som etter § 10-12 fjerde ledd til-ligger fagforening med innstillingsrett» (avsnitt 122). Det gjaldt forholdet til såvel arbeidsmiljøloven som arbeidstidsdirektivet. Men det, mente flertallet, hadde

lovgiver ikke gjort. Det var ingen holdepunkter i proposisjonen til inngrepsloven. Et mindretall i stortingskomitéen uttalte at en videreføring av en avtale etter § 10-12 fjerde ledd måtte kreve «at begge parter kan slutte opp om det» (sitert i dommens avsnitt 123). Dette så rettens flertall formodentlig som uttrykk for at komitéens mindretall hadde «vurdert forholdet til arbeidsmiljøloven». Flertallets kontante avvisning av komitéinnstillingens betydning som lovforarbeid er talende: «Det kan ikke slutes motsetningsvis fra mindretallets merknader at flertallet har vurdert forholdet til arbeidsmiljøloven og arbeidstidsdirektivet» (avsnitt 124).

Det samme kan – uten sammenligning forøvrig – sies om flertallets resonnement i det hele om lovtolkning og hjemmelsspørsmål. Det illustreres godt av mindretallets premisser. Slik den ble, fremstår flertallets konklusjon som meget villet.

Som nevnt allerede konkluderte rettens flertall med at inngrepsloven ikke gav «tilstrekkelig klar hjemmel» for Rikslønnsnemnda til å forlenge bestemmelsene om arbeidstid etter aml. § 10 12 fjerde ledd. Men det føyet til en slags modifikasjon: «ut over det Legeforeningen nedla påstand om» (avsnitt 127).

Denne tilføyelsen innebærer et åpenbart dilemma. Når flertallet kom til at Rikslønnsnemndas avgjørelse skulle kjennes ugyldig i sin helhet, bygget det dette på at «[h]vorvidt en presisering i samsvar med Legeforeningens påstand tilsier at det bør gjøres justeringer i andre bestemmelser i overenskomsten, hører under Rikslønnsnemndas videre behandling. Det bør derfor overlates til den å vurdere om det er grunnlag for justeringer i andre deler av overenskomsten» (avsnitt 133). Det er ikke lett å se at dette er konsistent med flertallets resonnement om Rikslønnsnemndas (manglende) kompetanse:

Det helt grunnleggende i flertallets syn er at Rikslønnsnemnda ikke hadde kompetanse til å gi unntaksbestemmelsen i overenskomsten fortsatt virkning. En adgang for nemnda til å gi en ny unntaksbestemmelse var betinget av at den nye bestemmelsen ble utformet slik Akademikerne helse/Legeforeningen stilte krav om. Men når begrunnelsen er at unntak etter aml. § 10-12 fjerde ledd krever at det inngås en – forutsetningsvis frivillig – tariffavtale, kan det ikke godt hevdes at Rikslønnsnemnda kan fastsette en ny, endret unntaksbestemmelse uten at også tariffmotparten, Spekter, er enig i utformningen av den. Ut fra det resonnementet flertallet har lagt til grunn, kan ikke Rikslønnsnemnda anses å ha kompetanse til på egen hånd å «kompensere» en endret unntaksbestemmelse med andre endringer i «andre deler av overenskomsten», som det heter i flertallets premisser (avsnitt 132). I flertallets egen terminologi burde det forøvrig hete «i andre deler av det vedtaket som skal ha virkning som tariffavtale mellom partene». Dermed er Rikslønnsnemnda stilt sjakk matt. Hvis ikke partene kommer til enighet om en løsning – eller har gjort det når dette leses – kommer Rikslønnsnemnda ikke videre

før lovgiver har sørget for en «tilstrekkelig klar hjemmel». Nødutveien for nemnden får eventuelt være å ta Arbeidsrettens flertall på ordet: Uenigheten om unntaksbestemmelsen er en «uenighet om rettslige spørsmål» – med andre ord en *rettstvist*. Da kan alternativet være å la unntaksbestemmelsen være som den er i et nytt vedtak og henweise partene til å la *den* rettslige uenigheten bli avgjort av Arbeidsretten.

Med den konklusjonen det kom til, fant rettens flertall «ikke grunn til å prøve om vedtaket oppfyller kravet til et forholdsmessig inngrep etter Grunnloven § 101 og EMK artikkel 11» (avsnitt 128). Det som da blir stående om dette, er de høyst kursoriske bemerkningene innledningsvis (avsnitt 95–98; jfr. ovenfor). Det uheldige ved dette er, på lignende måte som i Høyesteretts dom i «Holship», at uttalelsene ikke går inn på, enn si i det hele tatt peker på, det rettskildegrunnlaget som har betydning for tolkningen av disse bestemmelsene og deres rekkevidde når det er tale om inngrep i forhandlingsretten og arbeidskampretten i interesselvtsammenheng. Rettens mindretall berører problemstillingen (avsnitt 141), men for kortfattet til å avhjelpe det som forblir usagt i flertallets premisser.

Stein Evju

Nedbemanning, konsernansiennitet – selskapsansiennitet, fri bevegelighet – HR-2017-1943-A

CHC Helikopter Service AS (HS) er et – norsk – selskap i CHC-gruppen. De to arbeidstagerne saken gjaldt, kom fra ansettelse i et av gruppens selskaper, henholdsvis i Danmark og Skottland, til ansettelse i HS. Begge var piloter. I forbindelse med nedbemanning i HS ble begge sagt opp. Den ene, som var kaptein, ble senere plassert i stilling som styrmann, uten kapteinstillegg, uten at det hadde egentlig betydning for saken.

Problemstillingen i utgangspunktet var for begges del om «ansiennitet» var riktig beregnet og om beregningen i så fall var i strid med EØS-avtalens artikkel 28. Tariffavtalen mellom NHO/HS og Norsk Flygerforbund/HS Flygerforening hadde en bestemmelse om ansiennitetsliste og beregning av ansiennitet fra dato for ansettelse. Det var uomtvistet at det siste betød dato for ansettelse i det norske selskapet, HS, enkelt sagt «selskapsansiennitet». Etter tariffavtalens bestemmelser skulle selskapsansienniteten følges ved driftsinnskrenkninger (jfr. dommens avsnitt 44). Det innebar, med andre ord, at tjenestetid i andre selskaper i CHC-gruppen – «konsernansiennitet» – ikke kunne legges til grunn.

Et første spørsmål for Høyesterett gjaldt forholdet til EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for arbeidstagere. Arbeidstagerne hadde bedt om at de EØS-rettslige spørsmålene i saken ble forelagt EFTA-domstolen, men saksforberedende dommer i Høyesterett besluttet at dette ikke skulle gjøres (avsnitt 20). Det

var klart at det å ikke beregne ansiennitet som konsernansiennitet, ikke var direkte diskriminering basert på nasjonalitet. Høyesterett kom til at det heller ikke var tale om indirekte diskriminering, basert på et resonnement om at det bare var piloter som kom til HS fra et CHC-selskap i et annet EØS-land, som ville ha fordel av konsernansiennitet. De «fleste av dem er formodentlig utlendinger», men «det er en fordel som går på bekostning også av piloter i de andre EØS-landene som søker seg til [HS] fra selskaper *utenfor* CHC-konsernet» (avsnitt 56; min kursivering). Med andre ord var utenlandske piloter med ansettelse i eller utenfor konsernet på like fot ansiennitetsmessig ved ansettelse i HS. Dette kunne etter Høyesteretts syn heller ikke innebære en utillatelig ikke-diskriminerende restriksjon på den frie bevegelighet for arbeidstagere etter EØS-avtalens artikkel 28 (avsnitt 57–61).

Spørsmålet var da om tariffavtalens bestemmelse om selskapsansiennitet kom i strid med saklighetskravet for oppsigelser etter arbeidsmiljølovens § 15-7 første (jfr. annet) ledd (avsnitt 62). Høyesterett pekte poengtert på at *lovteksten* ikke gir et svar på spørsmålet (avsnitt 63). Lovens § 15-3 nr. 6 har en særskilt regel om beregning av oppsigelsesfrister ved «sammenhengende ansettelse» i «annen virksomhet innenfor konsern» e.l. I en uttalelse i lovforarbeidene (til loven av 1977) het det at «[r]egelen bør få betydning når det skal vurderes om en oppsigelse er saklig i henhold til § 60, hvor vedkommendes tilsetningstid jevnlig er en viktig faktor i forbindelse med saklighetsvurderingen, ...» (jfr. dommens avsnitt 64). Men som Høyesterett bemerket, uttalelsen «ledet ikke frem til en lovregel om konsernansiennitet som utvelgelseskriterium ved nedbemanning», og det «må ses på som et bevisst valg fra lovgivers side, ...» (avsnitt 67).

Standpunktet gir ingen grunn til forundring. Ansettelsestid som grunnlag for beregning av oppsigelsesfrister og som seleksjonskriterium ved nedbemanning er to ganske forskjellige ting. Begreper om 'ansiennitet' er forskjellige. Det siste – seleksjonskriteriet – gir loven ingen bestemmelser om. Her er det det generelle og skjønnsmessige saklighetskriteriet i § 15-7 første ledd som råder grunnen. Og det gir spillerom for ulike løsninger, slik avtaleregulering og rettspraksis viser til fulle. Høyesterettsdommen her er en tydelig påminnelse om dette, også når førstvoterende avslutningsvis bemerker at «[v]ed nedbemanning er det gode grunner til å bruke kriterier som gir forutberegnelighet og størst mulig grad av likebehandling. Da må man også akseptere at rommet for konkret rimelighet blir mindre, og at kriteriene kan slå hardere ut for noen arbeidstakere enn for andre» (avsnitt 69). Det kan trygt sies at dette også faller godt inn i de generelle tilnærmingene Høyesterett har bygget på i senere tids avgjørelser om «utvelgelsesekretser» og seleksjon i nedbemanningssaker.

Stein Evju

«Masseoppsigelser», arbeidsgivers ensidige endring av arbeidsvilkår, betydning av opphør ved arbeidstagers nektelse, informasjons- og drøftelsesplikt – EU-domstolens dommer 21. september 2017, C-149/16, Socha, ECLI:EU:C:2017:708, og C-429/16, Ciupa, ECLI:EU:C:2017:711

De to sakene – begge fra Polen – har litt ulikt faktum, men kvintessensen er felles. En ensidig endring av lønns- og arbeidsvilkår til skade for arbeidstager kan være å anse som «oppsigelse» som skal regnes med i begrepet om «masseoppsigelse» etter Direktiv 98/59/EF artikkel 1(1)(a), jfr. vår arbeidsmiljølov § 15-2 (1). Det gjelder dersom det er tale om en «betydelig endring av vesentlige elementer i arbeidsavtalen». Det samme gjelder dersom arbeidstager nekter å godta endringene og det leder til opphør av arbeidsforholdet. Det skal regnes som «opphør av arbeidskontrakter som ikke er begrunnet i de enkelte arbeidstakers forhold» (jfr. likeledes aml. § 15-2 (1)). Domstolen bygget her direkte på sin tidligere avgjørelse i C-422/14, *Pujante Rivera*, EU:C:2015:743.

Det de to dommene her i tillegg gjør klart, er forholdet til informasjons- og drøftelsesprosedyren etter direktivets artikkel 2, jfr. vår arbeidsmiljølov § 15-2 (2). Plikten til å «innlede» denne prosedyren inntreffer når arbeidsgiveren «vurderer» å gå til slike ensidige endringer som eventuelt kan lede til regulære oppsigelser eller opphør på grunn av arbeidstagers nektelse av å godta endringene. Formålet med direktivet vil ikke bli ivaretatt dersom prosedyren ikke settes i gang før arbeidsgiveren treffer beslutninger som kan lede til «masseoppsigelse». Her viste domstolen til sine tidligere avgjørelser i C-188/03, *Junk*, EU:C:2005:59 (omtalt i *Nytt i privatretten* 2005 nr. 3, s. 1–2), og C-44/08, *Fujitsu Siemens*, EU:C:2009:533 (omtalt i *Nytt i privatretten* 2009 nr. 4, s. 5–6).

Stein Evju

Indirekte kjønnsdiskriminering, krav om kroppshøyde ved opptak til politiutdanning – EU-domstolens dom 18. oktober 2017, C-409/16, Kalliri, ECLI:EU:C:2017:767

Et presidentdekret fra 2003 stilte krav om kroppshøyde på minst 1,70 m for opptak til det greske politiakademiets skoler for utdanning av polititjenestemenn («politiembesmenn» og «betjenter»). Kravet gjaldt for både menn og kvinner. Det var på det rene at det ville få virkning for langt flere kvinner enn menn. Dermed innebar det utvilsomt indirekte diskriminering etter likebehandlingsdirektivet 76/207/EØF som endret ved direktiv 2002/73/EF (nå Direktiv 2004/54/EF om likebehandling i sysselsetting og yrke). Domstolen anså at det ikke forelå «et saklig formål, [som] ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering». Det formål dekretet hadde, kun-

ne nås med mindre inngripende midler. Den endelig vurderingen av dette ble henvist til de nasjonale domstoler – som seg hør og bør ut fra arbeidsdelingen mellom dem og EU-domstolen. Men EU-domstolens uttalelse er meget klar og ville ikke gi de nasjonale domstolene mye spillerom.

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, skifte av oppdragstager, virksomhets identitet – EU-domstolens dom 19. oktober 2017, C-200/16, Securitas, ECLI:EU:C:2017:780

I saken var det tale om skifte av oppdragstager etter anbudsutlysning av vakttenester. Den portugisiske tariffavtalen for den aktuelle sektoren hadde en bestemmelse om at en ervervsdrivendes tap av en klient som følge av at en kontrakt om tjenesteydelser tildeles en annen ervervsdrivende, ikke skulle anses som overdragelse av virksomhet. Den bestemmelsen erklærte EU-domstolen kontant som uforenlig ved virksomhetsoverdragelsesdirektivet, 2001/23/EF, artikkel 1 nr. 1. I spørsmålet om det var tale om «en økonomisk enhet som beholder sin identitet», viste domstolen til og holdt bestemt fast ved sin tidligere rettspraksis, sist dommen i C-509/14 *Aira Pascual*, EU:C:2015:781. Domstolen understreket at det skal tas hensyn til «alle de omstendigheter som kjennetegner den aktuelle transaksjonen, herunder hvilken form for virksomhet eller bedrift det er tale om» osv., inkludert spørsmålet om arbeidsstokken eller deler av den overtas fra den foregående oppdragstageren. I disse henseender bringer dommen ikke noe egentlig nytt. Den konkrete vurderingen ble henvist til den nasjonale domstol, som ventelig kunne være.

Stein Evju

ARVERETT

Overdragelse av en gård til to sønner. Frostating 29. juni 2017 (LF-2017-36733)

Retten kom til at avdøde ikke var på dødsleie og at det dreide seg om en livsdisposisjon.

I april 2017 fikk vi en høyesterettsdom om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner ved overdragelse av en gård til den ene av to sønner. Dommen er kommentert i *Nytt i privatretten* nr. 2 for i år. Også denne saken gjaldt overdragelse av en gård til to sønner og spørsmålet om avdøde var på dødsleie da overdragelsen fant sted.

Fakta i saken: A var skilt og gift på nytt. Han eide en odelsgård. Sønnen G fra andre ekteskap hadde bodd på gården hele sitt liv og overtok driften av griseproduksjon i 2005. Sønn D, også fra andre ekteskap hadde overtatt alle maskinene på gården og var ansvarlig for vedlikehold av maskinene som han leased til A. I september 2012 fikk A diagnosen at han led av uhelbredelig kreft. I desember 2013 solgte han gården til D og

G. A døde i februar 2015, altså mer enn 2 år etter prognosen. Ett av As barn fra første ekteskap mente overdragelsen var en dødsdisposisjon og at det dreide seg om en gave på dødsleie. Fristen for å reise odelssak var utløpt. Taksten på gården var kr. 7.5 mill. og det ble gjort 25 % åsetesfradrag slik at verdien ble kr. 5 625 000 (pussig nok nøyaktig samme verdi som i høyesterettsdommen av 5. april). Etter fradrag for borett og en gave ble sluttsummen kr. 4 695 000 som ble gjort opp ved at sønnene overtok personlig ansvar for et pantelån for denne summen.

Retten kom naturlig nok til at A ikke var på dødsleie i 2012. Det ble vist til at det ikke finnes noen høyesterettsdom med konklusjon dødsleie hvor det er gått mer enn fire måneder fra en overføring til dødstidspunktet. A fortsatte å arbeide på gården til høsten 2014. Medisinsk var det ikke mulig å angi nøyaktig hvor lang tid han ville leve etter høsten 2012. Hverken det objektive eller subjektive vilkår for dødsleie var oppfylt i 2012.

Retten nevnte først at motivet er av liten betydning i avgjørelsen av om det foreligger en livs- eller dødsdisposisjon. Dessuten var motivet i denne saken ikke å gjøre særkullsbarna arveløse. Derne st var det spørsmål om overføringen hadde realitet i levende live for A. Overdragelsen ble tinglyst i desember 2013 og generasjonsskifte på gården var planlagt før A fikk kreftdiagnosen. G og D hadde ønsket å overta gården og vist at de var egnet til det. At foreldrene forbeholdt seg borett er helt vanlig ved overføring av gårder til barn. Etter overdragelsen flyttet D med familie tilbake til gården og G og D satte i gang et omfattende restaureringsarbeid. Overdragelsen var gjennomført i selv-angivelsene. Lagmannsretten viste til høyesterettsdommen av 5. april 2017 avsnitt (60) hvor det nevnes at overdragelsen var grundig planlagt i lengre tid. I denne saken (Frostating) la retten til grunn at generasjonsskifte for gården begynte allerede i 2005.

Kommentar. Dommen bekrefter – som høyesterettsdommen fra april 2017 – at det er svært sjeldent at man ut fra medisinske kriterier kan konkludere med at en kreftpasient bare har tre-fire måneder igjen å leve. I nevnte høyesterettsdom ble det, når det gjelder kriteriet realitet, presisert at det avgjørende er hvilke disposisjoner som var nødvendige og naturlige ved den aktuelle type overdragelse. I denne saken var alt gjort som er naturlig ved generasjonsskifte ved driften av gårdsbruk.

Peter Hambro

Kartverkets retting av grunnboken

Borgarting lagmannsretts kjennelse 12. oktober 2017 – **LB-2017-99726** – gjelder Statens kartverks vedtak om å rette grunnboken. Kjennelsen behandler imidlertid også i hvilken grad en særlivsarving (særkullsbarn) kan samtykke i uskifte.

Fakta: I desember 1974 ble eiendommen gnr. 75 bnr. 11 i ... kommune overført vederlagsfritt fra X til

hans barn A, B og C. I skjøte var det blant annet bestemt:

«[A, B og C] skal ha eiendommen i sameie med like retter for alle tre. [...] Ingen av sameierne har lov til å selge eller på annen måte overdra sin andel i eiendommen til andre enn de øvrige sameierne. [...] Hver sameieandeler skal være de respektive sameieres særie.

[...]

Etterhvert som de nåværende sameiere faller bort, skal deres eldste barn, i eventuelt første ekteskap, tre inn i deres respektive foreldres del, [...]»

Da B døde i desember 2015, ble en ideell 1/3 overført i juni 2016 fra B til hans ektefelle ved tinglysing av hjemmelsklæring i henhold til uskifteattest. Vedlagt fulgte også ektefellenes felles testament, hvor det blant annet fremgikk:

«Lengstlevende av oss har rett til å sitte i uskiftet bo. Dog forutsetter uskifte for kvinnen at mannens særkullsbarn samtykker i uskifte.

[...]

Dersom [B] faller fra først og etterlater seg livsarvinger, skal arven fordeles på følgende måte:

Hans særkullsbarn [D] skal arve ideell andel i fridtidseiendom gnr. 75, bnr. 11 ... hytte bygget på denne eiendommen.»

Da overførselen ble kjent for de øvrige sameierne – A og C – anførte de i brev at Bs enke feilaktig hadde fått hjemmel til en ideell 1/3 av gnr. 75 bnr. 11. Det ble vist til at det fremgikk av skjøte tinglyst 24. desember 1974 at Bs ideelle 1/3 av eiendommen var hans særie, som skulle gå videre til hans eldste særlivsarving D. Ved vedtak av oktober 2016 rettet Statens kartverk grunnboken ved at hjemmelen ble tilbakeført fra enken til B. Enken protesterte på dette. Hun viste til det felles testamentet, hvor det var bestemt at den lengstlevende har rett til å sitte i uskiftet bo, og til at Bs særlivsarving D hadde samtykket til dette. Ved rettingsvedtak av november 2016 omgjorde Statens kartverk rettingen av oktober 2016, ved å overføre grunnbokshjemmelen på ny til enken etter B. A og C anket dette vedtaket til lagmannsretten.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i tinglysingsloven § 18 første ledd første punktum, som lyder:

«Dersom registerføreren blir oppmerksom på at en innføring i grunnboken er uriktig eller at det på annen måte er gjort feil, skal han rette feilen.»

Her var det alternativet «på annen måte er gjort feil» som var aktuelt. Spørsmålet var om det var feil å rette grunnboken som følge av bestemmelsen i skjøtet tinglyst i 1974, hvor det bl.a. var bestemt at gaven skal være

den enkeltes mottagers særeie, og at det eldste barn trer inn i den enkeltes sameiers part ved dennes død.

Lagmannsretten uttalte under henvisning til juridisk litteratur at alternativet «på annen måte er gjort feil» i praksis blir tolket utvidende slik at også feil som tinglysingsmyndigheten ikke kan lastes for, rettes. Det fremgår nå klart av Rt-2014-723 avsnitt 23 at det ikke er noe vilkår for rettingsplikt at registerføreren kan klandres for at det er begått en feil. Retting etter tinglysingsloven § 18 krever en høy grad av sannsynlighet for at grunnbokens innhold er uriktig, jf. Rt-1997-1154 og Rt-2010-252. Dersom et dokument først er tinglyst, foretas ikke retting med mindre det er på det rene at tinglysing ikke skulle ha skjedd. Tinglysingsmyndigheten skal ikke ta standpunkt til en eventuell tvist om det underliggende rettsforhold mellom partene. Også opplysninger som har fremkommet etter tinglysingstidspunktet er relevante i vurderingen av rettingsspørsmålet, jf. Rt-2014-723.

Det springende punkt var om bestemmelsen i ekteskapsloven § 48 medførte at D ikke ved samtykke kunne bestemme at avdødes ideelle andel av hytteeiendommen kan inngå i uskifteboet, i strid med ordlyden i skjøtet fra 1974.

Lagmannsretten kom til at gjenlevende ektefelle, med arvingenes samtykke, kan sitte i uskifte med avdødes særeieformue også i de tilfeller hvor et særeie er bestemt av en giver, som i dette tilfellet. Det ble vist til Hambro, *Arveloven Kommentarutgave*, 4. utg. 2007 side 58, og Holmøy, Lødrup og Asland, *Ekteskapsloven med kommentarer* (2013) side 376. Selv om særeie beror på bestemmelse fra giver – som i foreliggende sak – er ikke ekteskapsloven § 48 til hinder for at mottagerens arvinger gir samtykke til uskifte med særeie.

Tinglysingsmyndigheten hadde derfor rett til å rette grunnboken i medhold av tinglysingsloven § 18, og anken ble forkastet. Bs ideelle andel av eiendommen blir først å overføre til D når uskifteboet skiftes, jf. arveloven § 22.

Per Racin Fosmark
Borgarting lagmannsrett

ERSTATNINGSRETT

Erstatningsansvar for brudd på plikter etter plan- og bygningsloven. Høyesteretts dom 28. september 2017 (HR-2017-1834-A)

Innledning

Avhendelse, oppføring og rehabilitering av bolig gir opphav til mange konflikter i rettsvesenet. For en stor del er det tale om saker som gjelder misligholdsbeføyelser i kontrakt. Men det har også versert flere saker mellom parter som ikke står i noe direkte kontraktsforhold, og hvor spørsmålet har vært om det er grunnlag for erstatning på deliktsrettslig grunnlag. Erstat-

ningskravene gjelder i slike tilfelle rene formuestap, for eksempel uforutsette utbedringskostnader på eiendommen eller betaling av overpris for eiendommen.

En av disse sakene er inntatt i Rt. 2015 s. 276 (Bori BBL). Her kom Høyesterett til at pliktbrudd overfor plan- og bygningsmyndighetene kunne medføre et erstatningsansvar direkte overfor kjøperen. Andre saker inkluderer de såkalte «Informasjonsansvarsdommene», jf. Rt. 2008 s. 1078 («ACE»), Rt. 2015 s. 556 («Informasjonsansvar II») og HR-2016-2264-A («Informasjonsansvar III»). I disse sakene har Høyesterett avgjort at takstmenn og eiendomsmeglere, samt deres ansvarsforsikringsselskap, kan være erstatningsansvarlige direkte over et eierskifteforsikringsselskap – det vil si for eierskifteforsikringsselskapets dekning av et prisavslag som en selger har måttet betale ved avhendelse av eiendommen.

Sakene har spilt en viktig rolle for Høyesteretts utvikling av den generelle erstatningsretten i de senere år. De har ringvirkninger for spørsmålet om det erstatningsrettslige vern for rene formuestap i sin alminnelighet, og for forholdet mellom erstatningskrav basert på delikt og erstatningskrav basert på kontrakt eller direktekravsregler.

Den 28. september 2017 avsa Høyesterett en ny erstatningssak om dekning av rent formuestap i forbindelse med oppføring og senere avhending av en bolig.

Saksforhold

En tømmer hadde for en del år siden gått god for at en eiendom han hadde oppført tilfredsstilte forskriftsmessige brannkrav. Ved to anledninger, senest i 2008, hadde han krysset av for at det «ikke var avdekket feil og mangler som hindrer ferdigattest» ved utstedelse av kontrollerklæring og ferdigmelding. Han var ansvarlig utførende og ansvarlig kontrollerende etter plan- og bygningsloven.

Avviket skyldtes at det i taket på hybelen, som skulle være en egen boenhet, var montert inn MDF-plater i stedet for gipsplater. Dermed ble det pålagte brannskillet mellom ellers separate boenheter brutt. Løsningen ble valgt som følge av at hybelbeboerne – eiernes egne foreldre – ønsket spotlights i taket. Eiendommen ble solgt i 2008 og deretter videresolgt to ganger før siste kjøper i 2013 avdekket store feil og mangler. Dette førte til at siste selger ble ilagt et stort prisavslagskrav, og dette prisavslagskravet ble dekket av selgers eierskifteforsikringsselskap.

Forsikringsselskapet gikk deretter til søksmål mot tømmeren. Kravet gjaldt ca. 270 000 kroner, og skulle representere den delen av prisavslagskravet som hadde sammenheng med avviket fra branntekniske krav. Som førstvoterende senere bemerket, var tapet naturligvis avhengig av at siste kjøper også ønsket å bevare hybelen som egen boenhet (se avsnitt 44); i motsatt fall stilles det ingen tilsvarende offentligrettslige krav til brannskille mellom etasjene.

Begge underinstansene hadde frifunnet tømmeren. Også Høyesteretts flertall avviste kravet.

Flertallets begrunnelse

Flertallet, ved dommer Bergh, fastslo at et sentralt utgangspunkt for saken var Høyesteretts dom i Rt. 2015 s. 276 (Bori). Han fastslo at denne dommen avklarer to utgangspunkter (jf. avsnitt 34–36): Det første er at den ansvarlige etter plan- og bygningsloven kan ha et ansvar overfor tredjemann, selv om pliktene i første rekke gjelder overfor tiltakshaver og det offentlige. Det andre er at den ansvarlige kan måtte svare erstatning for feil i dette henseende, utenfor kontrakt. Disse synspunktene sett i sammenheng, fastslo førstvoterende, innebærer at det «ikke er utelukket» at forsikringsselskapet kunne kreve erstatning av tømmeren.

Et slikt ansvar måtte bero på «en nærmere vurdering» (jf. avsnitt 37). Og denne vurderingen måtte være «bred» (jf. samme avsnitt). Han siterte deretter følgende formulering fra Bori-dommen:

«Svaret på spørsmålet om Lørenfallet Borettslag bør kunne kreve sitt tap erstattet av Bori BBL vil måtte bero på en bredere avveining, hvor taps-situasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter vil inngå.»

Førstvoterende bemerket at forsikringsselskapets krav mot tømmeren «er et regresskrav som må anses å bygge på at tilsvarende krav kunne ha vært fremmet» av de to tidligere selgerne (avsnitt 42). I stedet for å fremme kravet mot tømmeren, kunne man i prinsippet også tenke seg et krav mot de opprinnelige eierne som solgte i 2008. Men dette var uaktuelt i denne saken fordi forsikringsselskapet også hadde forsikret dem (avsnitt 42).

I forlengelsen av dette bemerket førstvoterende at kravet var «nært knyttet til kontraktsforholdet som forelå ved salget av eiendommen til tredje eier», (avsnitt 46). At erstatningskravet skulle dekke et prisavslagskrav, og ikke et erstatningskrav, mente han imidlertid ikke hadde så stor betydning, og viste til at prisavslagskrav ofte settes ut fra størrelsen på utbedringskostnader, jf. avhendingslova § 4-12 annet ledd (avsnitt 46).

Ved gjennomgangen av momentene, tok førstvoterende utgangspunkt i at tømmeren hadde begått et grovt pliktbrudd overfor kommunen (avsnitt 50). Opptreden var også klanderverdig overfor tiltakshaver, altså de opprinnelige eierne, selv om han vek tilbake for å karakterisere pliktbruddet i denne relasjonen som grovt uaktsom (avsnitt 51). Det var bl.a. uklart i hvilken grad disse var kjent med at hybelen ikke tilfredsstilte brannkravene.

Videre fastslo førstvoterende at de faktiske konsekvensene var «vesentlig annerledes» enn i Bori-saken, ettersom det var tale om bygningstekniske feil «som lot seg utbedre ved relativt begrensede kostnader», og

som uansett ikke ville ha gitt grunnlag for heving (avsnitt 52). Tvert imot festet førstvoterende seg ved at det var «et begrenset prisavslagskrav», som inngikk blant flere andre påberopte feil og mangler (avsnitt 53), og kom til at «pliktbruddets karakter og de øvrige forholdene» skilte seg «vesentlig» fra Bori-saken. Oppsummert ble tømmeren frifunnet etter det førstvoterende selv karakteriserte som «en bredere avveining som beskrevet i Bori-dommen avsnitt 26» (avsnitt 55).

Annenvoterende, dommer Noer, ga sin tilslutning til førstvoterende, men fant å komme med noen presiseringer: Et omfattende deliktsansvar for brudd på offentligrettslige forpliktelser ville, ifølge henne, kunne «undergrave de vilkårene som er satt i loven for å kunne fremme direktekrav mot tidligere selger og hans avtaleparter» (avsnitt 62). Videre viste hun til at Stortinget nylig hadde nedstemt et forslag om bedre rettigheter for nyboligkjøpere, i form av obligatorisk garantistillelse eller byggforsikring ved kjøp av ny bolig og utvidelse av reklamasjonsfristen til 10 år (avsnitt 63).

Mindretallets begrunnelse

Mindretallet, dommer Tønder, forkastet å benytte Bori-dommen som utgangspunkt for de rettslige avveiningene. Slik dommer Tønder så det, måtte Bori-dommens anvisning på en «bred» vurdering, ses i sammenheng med at spørsmålet der var om det «i det hele tatt» var noe erstatningsrettslig vern – eller mer, presist, om det var noe erstatningsrettslig vern når «forsømmelsen gjelder offentligrettslige plikter som ikke kan påberopes av tredjemann som grunnlag for erstatning etter skadeserstatningsloven § 2-1», jf. avsnitt 24 (avsnitt 68).

Mindretallet mente altså at Bori-dommen ikke kunne tas til inntekt for å løse denne saken ut fra «andre prinsipper enn det som følger av alminnelig erstatningsrett» (avsnitt 68).

Mindretallet gikk deretter videre til å fastslå at det er pliktbruddet overfor kommunen som måtte være gjenstand for aktsomhetsvurderingen, ikke forholdet til tiltakshaverne (avsnitt 70). Og dette pliktbruddet mente mindretallet utvilsomt var grovt uaktsomt, det var tale om brudd på regler som var av «sentral betydning for beboernes liv og helse» (avsnitt 71). Det ble også bemerket at den utviste skylden her så ut til å være mer alvorlig enn i Bori-dommen (avsnitt 70).

Deretter forankret mindretallet sin rettsanvendelse i de såkalte informasjonsansvarsdommene, for det er «den feilaktige informasjonen om byggets tilstand – her brannsikring – som danner grunnlaget for skadelidtes tap» (avsnitt 72). Mindretallet fant at de vilkårene som er oppstilt i disse dommene var oppfylt. Også kravet til adekvat årsakssammenheng ble drøftet og funnet oppfylt (avsnitt 74–76). Blant annet var hensynet til skadevolder ikke like tungtveiende når grov uaktsomhet var utvist (avsnitt 76).

Avslutning

I denne saken har flertallet og mindretallet forskjellige innfallsvinkler til samme sakskompleks. De formulerer problemet forskjellig, med utgangspunkt i henholdsvis Rt. 2015 s. 276 (Bori) og «Informasjonsansvarsdommene». Som et generelt poeng kan det spørres om man retts teknisk sett er tjent med at svaret skal bero på en så bred vurdering som Høyesteretts flertall tenderer mot i denne saken. På den annen side skal det innrømmes at det også er vanskelig å formulere et klarere alternativ; også kriteriene etter «Informasjonsansvarsdommene» er nokså generelle.

Slik saken sto for Høyesterett, var det ikke spørsmål om å vurdere om tømmeren kunne være ansvarlig etter reglene om direktekrav i avhendingslova § 4-16 eller bustadoppføringslova § 37. Det har ellers vært et spørsmål om direktekrav basert på kontrakt bør ha forrang for krav basert på erstatning utenfor kontrakt, se bl.a. Lasse Simonsens kommentar til Rt. 2015 s. 276 i *Nytt i privatretten* nr. 3 2015 samt generelt Amund Bjøranger Tørum *Direktekrav – særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entreprise. Formuerettslige analyser i komparativ belysning* (Universitetsforlaget 2007) bl.a. s. 528–538.

For øvrig hadde flertallet og mindretallet en noe forskjellig omtale av brannforskriftene. Mindretallet valgte i noe større grad å understreke betydningen av risikoen for liv og helse. Det fremgår ikke av dommen om det var lett å se for kjøpere av eiendommen om brannskillet mellom etasjene var intakt. Har etterfølgende kjøpere bare papirene å forholde seg til, kan man se de potensielt uheldige konsekvensene av at disse papirene er feil. Oppdeling av en bolig i flere boenheter medfører formentlig en økt risiko og skadepotensiale ved brann.

Johannes Hygen Meyer

Regress og spørsmål om grov uaktsomhet. Høyesteretts dom 18. oktober 2017 (HR-2017-1977-A)

Innledning

I januar 2013 sto en bygård i Kirkeveien i brann. Årsaken var at noen i en leilighet i fjerde etasje hadde forsøkt å tine et av bygårdens frosne vannrør ved hjelp av en hårføner. Å bruke hårføner for dette formål er i utgangspunktet ikke uvanlig i seg selv. Under normale omstendigheter er det en så liten fare for at dette vil kunne forårsake brann, at fremgangsmåten har vært anbefalt av forsikringsselskaper.

I erstatningssaken som ble avgjort i Høyesterett 18. oktober 2017, var spørsmålet om bruken av hårføneren var grovt uaktsom. Forut for den sivile saken, hadde saken versert som straffesak. Personen som hadde brukt hårføneren ble ilagt forelegg for overtredelse av brann- og eksplosjonsvernloven. Han nektet å vedta dette, og ble dømt først i tingretten, men etter anke frifunnet av lagmannsretten.

Vedkommende var ikke fast bosatt i leiligheten, men var kjæresten til en av de fire døtrene som bodde i leiligheten sammen med deres mor. Han var tømmer av yrke, og hadde ansvarsforsikring opp til 5 millioner kroner. Slik saken sto for Høyesterett var spørsmålet om forsikringsselskapet som hadde lagt ut for skadene, med totalt 34 millioner kroner, kunne kreve regress for 5 millioner kroner av ansvarsforsikringsselskapet.

Det følger av forsikringsavtaleloven § 7-6 at skadevolders ansvarsforsikringsselskap kan saksøkes direkte. Videre følger det av samme bestemmelse at ansvarsforsikringsselskapet kan påberope seg de samme friinnelsesgrunner som skadevolderen selv, jf. forsikringsavtaleloven § 7-6 fjerde ledd. Regressadgangen mot ansvarsforsikringsselskapet er derfor i utgangspunktet identisk med regressadgangen mot privatpersoner direkte. Og etter skadeserstatningsloven § 4-3, jf. § 4-2 nr. 1 bokstav a, kan det for tingsskader kreves regress dersom skadevolderen har handlet med forsett eller grov uaktsomhet. Mot dette bakteppet, var spørsmålet for Høyesterett om vedkommende hadde handlet grovt uaktsomt.

Nærmere om sakens faktum

Selv om anken for Høyesterett gjaldt rettsanvendelsen, er det nær sammenheng mellom klanderverdighetsvurderingen, og vurderingen av sakens fakta. For eksempel vil vurderingen av hvilken skadeevne eller skaderisiko en handling har, nødvendigvis bero på en nokså inngående vurdering av sakens fakta.

Selv med forutgående politietterforskning og flere sakkyndige uttalelser, var det ikke til å unngå at det i saken var flere uklare omstendigheter rundt bruken av hårføneren i dette spesielle tilfellet.

Det var på det rene at det frosne vannrøret var kasset inn, og at man fikk tilgang til vannrøret gjennom et trekantet hull som var ca. 11,5 cm på det bredeste. Hårfønerens munning var på sin side ca. 5,8 cm bred (avsnitt 49). Det hadde vært uenighet om hårføneren hadde blitt stukket inn i munningen eller ikke, men lagmannsretten hadde kommet til at dette var «klart mest sannsynlig» (sitert i avsnitt 50). Lagmannsretten hadde ikke tatt stilling til om hullet hadde blitt undersøkt før hårføneren ble stukket inn, men la til grunn at han uansett hadde begrenset mulighet til å se inn (avsnitt 51). Og partene så ut til å være uenige for Høyesterett om det kunne legges til grunn, ut fra lagmannsrettens avgjørelse, om hårføneren hadde blitt forlatt uten tilsyn. Både flertallet og mindretallet i Høyesterett valgte her å legge til grunn at hårføneren ikke ble forlatt uten tilsyn (avsnitt 52 og 79).

Det var uklart hvordan det kan ha kommet antennbart materiale inn i hårføneren. Grunnen til at forsikringsselskaper anbefaler bruk av hårføner for å tine opp vannrør, er formentlig at dette representerer en liten risiko for brann. Vannrøret er ikke antennbart i seg selv. Selv om hårføneren ikke skal rettes mot brennbart materiale, fulgte det av sakkyndige undersøkelser

at varmen som produseres foran munningen normalt vil representere liten fare for antenning av brennbart materiale (avsnitt 56). Det må spesielt tørt materiale til, som gammelt papir eller lignende, eller treffiser, og disse må sannsynligvis komme i kontakt med de glødende trådene som er trukket tilbake fra munningen på hårføneren, og bak et gitter (avsnitt 56 og 57).

Noen opplysninger om hvordan brannen kan ha oppstått, var tilgjengelige: Det var rester av innsmeltet papir på selve munningen. I følge en sakkyndig kunne dette tyde på at papir hadde vært tøylet rundt føneren (sitatet i avsnitt 50). Og moren som bodde i leiligheten skal ha pleid å «tette igjen hullet ved å bruke tørkerullhoder som hun surret litt papir rundt» (avsnitt 65). Men ettersom det var et gammelt bygg, kunne det også være andre kilder til papir inne i selve innkassingen (samme avsnitt). Lagmannsretten hadde kommet til at det ikke var sannsynlig at brannen oppstod ved såkalt «støveksplasjon» (avsnitt 50).

Av betydning var det også at leiligheten manglet brannslukningsapparat. Det fremgår ikke av dommen hvor effektivt man kunne anta at brannslukningsapparatet ville ha vært for å slukke brannen inne i innkassingen, men momentet blir nevnt (avsnitt 62).

Flertallets begrunnelse

En samlet Høyesterett kom til at mannen hadde opptrådt uaktsomt. Høyesteretts dommere var også enige om den generelle formuleringen av kravet til grov uaktsomhet.

Men i den konkrete vurderingen av om vedkommende var grovt uaktsom, delte Høyesterett seg i flertall og et mindretall.

Flertallets votum, som ble ført i pennen av dommer Indreberg, tok utgangspunkt i Høyesteretts formulering av kravet til grov uaktsomhet i Rt. 1989 s. 1318, som gjaldt advokatansvar. Det må foreligge et «markert avvik fra kravet til forsvarlig handlemåte», det må dreie seg om en «opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet», s. 1322 (sitert i avsnitt 44 i vår dom). Førstvoterende påpekte at formuleringene siden er gjentatt i flere dommer, jf. Rt. 1995 s. 486, som gjaldt vegfrakt og Rt. 2004 s. 499, som gjaldt tyveri fra betalingskort.

Hva som er grovt uaktsomt, måtte ta utgangspunkt i aktsomhetsvurderingen, som førstvoterende oppsummerte slik (avsnitt 47):

«Sentralt ved vurderingen står handlingens skadeevne. Ved bedømmelsen av skadeevnen inngår både risikoen for skade og omfanget av den potensielle skaden. Jo større sannsynlighet det er for skade - skaderisikoen - eller jo større den potensielle skaden er, jo større forsiktighet kreves. Dette innebærer at en handling kan være uaktsom selv om skaderisikoen er lav, når skadepotensialet er stort. Videre står det sentralt om skadevolderen hadde handlingsalternativer. Andre relevante momenter

må også trekkes inn i en totalvurdering av om det burde vært handlet annerledes, og om det eventuelt er tale om et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte.»

Førstvoterende ga en grundig vurdering av om mannen hadde opptrådt med vanlig uaktsomhet. Det ble lagt på vekt på at handlingen innebar «reell brannrisiko», og at selv om denne «ikke var stor», var skadepotensialet stort, med «fare for liv og helse» (avsnitt 54–61). Det ble tatt i betraktning at handlingen hadde et «fornuftig formål», men at situasjonen ikke var akutt, og at man her hadde tid til både å tenke seg om og til å konstatere at leiligheten ikke hadde brannslukningsapparat (avsnitt 61). Anbefalinger fra forsikringselskaper om bruk av hårføner til opptining, og tidligere bruk til dette formål i bygården, ble ikke tillagt vekt – ettersom det ikke var tale om «denne måten å tine opp røret på» (avsnitt 62). Dessuten ble det påpekt at når munnstykket var inne i kassen, var det ikke mulig å følge med på hva som skjedde under opptiningen, og han hadde begrenset mulighet til å slukke brannen så lenge det ikke var noen åpning der (avsnitt 63).

Men det springende punkt var om handlingen var grovt uaktsom. Førstvoterende ga uttrykk for tvil, men begrunnet resultatet slik (avsnitt 69):

«Når jeg likevel er kommet til at uaktsomheten er grov, er det først og fremst fordi brann i denne bygården, med 10 leiligheter, kan få så fatale konsekvenser. Et slikt skadepotensiale skjerper aktsomhetsplikten. Jeg mener derfor det må anses som sterkt klanderverdig å bruke en hårføner som han visste har glødetråd og som produserer atskillig varme, inne i et lite lukket rom uten å vite hva det inneholdt, og som han ikke hadde oversikt over mens tiningen fant sted. Det er unødvendig skapt en fare for stor skade.»

Mindretallets begrunnelse

Mindretallet, annenvoterende dommer Høgetveit Berg med følge av dommer Falch, var enige i at handlingen var uaktsom. Det ble fremhevet at han ikke hadde oversikt over det frosne røret eller den samlede situasjonen (avsnitt 79).

Annenvoterende hadde derimot «eit anna syn på skaderisikoen» (avsnitt 76). Og dette førte med seg «eit anna syn på den skadeevna som handlingane skal vurderast opp mot.» (samme avsnitt). Annenvoterende advarte i denne samanheng mot å feste seg ved «den kunnskapen vi no har om den brannen som braut ut» - den «skal sjåast bort frå» (avsnitt 78). Utgangspunktet måtte være hvor vanlig eller uvanlig skaden er, og i dette tilfellet var det ikke dokumentert lignende branntilfelle (avsnitt 79).

Avslutning

Selv om saken for Høyesterett bare gjaldt rettsanvendelsen, illustrerer dommernes argumentasjon i både flertall og mindretall, at det er nær sammenheng mellom rettsanvendelse og vurderingen av sakens fakta ved uaktsomhetsvurderinger. Dommerne gjør her utstrakt bruk av momenter fra sakens faktum for å trekke slutninger om skaderisiko og skadeevne.

Samlet sett illustrerer avgjørelsen at det noen ganger kan være vanskelig å forutse resultatet av klander- og verdighetsvurderinger, og i dette tilfellet vurderingen av om en handling var grovt uaktsom. Slike avgjørelser er preget av skjønn. Denne saken ser ut til å ha voldt mye tvil, ettersom den er avgjort under skarp dissens og flertallets votum uttrykkelig gir uttrykk for tvil.

Johannes Hygen Meyer

FAMILIERETT

Ny lov om adopsjon

Ny lov om adopsjon er datert 16.6 2017 og dato for ikrafttreden er ikke fastsatt. Forarbeidene daterer seg tilbake til først NOU 2009:21 fra Hove-utvalget. Deretter kom NOU 2014:9 fra oktober 2014 og så Prop. 88 (2016-2017) datert 5.4 2017.

Den eksisterende loven fra 1986 inneholder 23 paragrafer mens den nye loven omfatter 51 paragrafer. Loven fra 1986 er supplert med en rekke forskrifter og i Prop. 88 betegnes den eksisterende loven som uoversiktlig og lite systematisk. Man ønsket at praksis og retningslinjer skulle bli lovfestet og en ny lov skulle bli bedre systematisert. I Prop. 88 presiseres at en ny lov dermed vil bli «mer oversiktlig og brukervennlig og være et enklere verktøy for adopsjonsmyndighetene i deres saksbehandling. Den nye loven vil kunne bidra til større trygghet, likebehandling og forutsigbarhet».

Lovens oppbygging er som følger:

Kap. 1 omhandler lovens formål, virkeområde og adopsjonsmyndighet.

Kap. 2 dekker så de generelle vilkår for adopsjon og for forhåndsgodkjennelse til å adoptere og gjelder for både nasjonale og internasjonale adopsjoner.

Kap. 3 gjelder for nasjonal adopsjon mens kap. 4 gjelder internasjonal adopsjon.

Kap. 5 omhandler virkningen av adopsjon og i § 24 fastsettes hovedregelen som tilsvarende gjeldende rett.

Kap. 6 har tittelen formidling av adopsjon fra utlandet og kap. 7 saksbehandlingsregler.

Kap. 8 dekker så interlegale forhold.

Peter Hambro

IMMATERIALRETT

Varemerkerett

Avgjørelse av Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR) av 13. november 2017, sak 16/00148 m.fl., kunst som varemerker (Vigeland)

Saken gjelder registrering av en rekke avbildninger av Gustav Vigelands kunstverk som varemerker. Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR) kom til at registrering av verkene som varemerker ville stride mot «offentlig orden eller moral» og derfor måtte nektes, jf. varemerkeloven § 15 første ledd bokstav a). Klagenemndas vedtak er truffet etter rådgivende avgjørelse fra EFTA-domstolen, omtalt i NIP nr. 2-2017.

Klagenemnda har behandlet 7 varemerkesøknader, blant annet 2- og 3-dimensjonale avbildninger av skulpturene Sinnataggen og Monolitten, og avbildninger av utsnitt av smijernsarbeider. Søknadene er plukket ut som et representativt utvalg av mer enn 100 søknader om registrering av Gustav Vigelands verker som varemerker, som Oslo kommune har sendt inn til Patentstyret. Siden sakene reiser svært like spørsmål, har Klagenemnda og Patentstyret kommet frem til at denne saksbehandlingen er hensiktsmessig. Søknadene dekker mange vareklasser, konsentrert om varer som er typiske «merchandise» og museumsvirksomhet, som 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, med mer.

Klagenemnda legger til grunn, som også uttalt av EFTA-domstolen, at det forhold at et verk faller i det fri, ikke i seg selv er til hinder for at et varemerke som gjengir åndsverket kan registreres som varemerke, så lenge de alminnelige vilkårene er oppfylt, som kravet til særpreg, jf. varemerkelovens § 2 og § 14 (avsnitt 16). Opphavsrettens begrunnelse er å sikre opphavsrettshaver en tidsbegrenset konkurransebeskyttelse blant annet for å skape muligheter for å dekke inn kostnadene – i vid forstand – med å skape åndsverk. Den er uttømt når vernetiden løper ut. Etter dette er det ikke meningen at opphavsrettshaverne eller deres arvinger skal ha noen beskyttet eksklusiv stilling (avsnitt 17). Det er imidlertid heller ingen grunn til at tredjepersoner skal oppnå noen beskyttet konkurranseposisjon gjennom registrering av verkene som varemerker.

Verk som er særlig kjente eller av særlig kjente kunstnere, vil kunne være attraktive som varemerker fordi de bringer assosiasjoner til kunstverket og kunstnerens åndsproduksjon. Klagenemnda fremhever i avsnitt 18 at dette kan føre til at varemerke innehaver i tilfelle i realiteten utnytter verkets verdi som åndsverk og dermed funksjoner som det er meningen skal falle i det fri når den opphavsrettslige vernetiden er utløpt.

En slik beskyttelse er attraktiv både for innehaveren av opphavsretten selv og tredjeparter.

De alminnelige registreringsvilkårene vil langt på vei forebygge en konflikt mellom opphavsretten og varemerkeretten, blant annet fordi kravet til særpreg vanskelig vil være oppfylt for kjente kunstverk (avsnitt 19 og 20). Et kjent kunstverk skaper assosiasjoner til kunstneren, og er ikke egnet til å kommunisere den kommersielle opprinnelsen for en vare til forbrukerne. Patentstyret hadde også avslått de aktuelle søknadene med den begrunnelse at kravet til særpreg ikke var oppfylt, jf. varemerkelovens § 2 jf. § 14.

I sin begrunnelse (avsnitt 22 flg.), peker Klagenemnda på at det er spesielle omstendigheter som taler for å ta et prinsipielt standpunkt til varemerkesøknadene. Gustav Vigelands verker har stor kulturell verdi og tilhører vår felles kulturarv. Vigelandsparken er en av de mest besøkte turistattraksjonene i Norge. Fordi vi har så positive assosiasjoner rundt Vigelandsanlegget, ville det gi en næringsdrivende en konkurransemessig svært fordelaktig stilling sammenlignet med andre næringsdrivende, om en tillot registrering av verkene som varemerker. Konkurransfordelen må tilskrives verkene som kunstverk. I en slik situasjon bør registrering nektes på prinsipielt grunnlag etter varemerkeloven § 15 første ledd bokstav a), som stridende mot hensynet til offentlig orden. Denne begrunnelsen er viktig, og gjør seg tilsvarende gjeldende for andre nasjonalt kjente kunstverk.

I avsnitt 24 tar Klagenemnda opp Oslo kommunes uttalte motivasjon for søknadene – et ønske om fortsatt kontroll med Vigelands verk, som følge av det arbeidet kommunen har nedlagt for å fremme kulturarven etter Gustav Vigeland. Klagenemnda mener at varemerke-registrering på det grunnlaget ville stride mot de hensyn som begrunner begrensning av vernetiden for åndsverk og den grunnleggende samfunnsinteressen som ligger i det (avsnitt 24). En registrering av så mange av Gustav Vigelands verker (mer enn 100), ville sette kommunen i omtrent samme situasjon som om opphavsretten ikke hadde løpt ut. Varemerkeregistrering bør ikke brukes til å oppnå et slikt resultat.

Det er velkomment at Klagenemnda tar et prinsipielt standpunkt til et prinsipielt spørsmål, og dermed bidrar til å avklare rettsstillingen både konkret for mulige varemerkesøknader for andre kjente kunstverk, men også generelt om forholdet mellom varemerkerett og opphavsrett. For ordens skyld – dette er en forvaltningsavgjørelse, og resultatet kan bli overprøvd av domstolene.

Inger Berg Ørstavik

KONTRAKTSRETT

Tilbakekallelse re integra (HR-2017-1782-A)

1. Saken gjelder to spørsmål, *for det første* om avtale er inngått og *for det annet* om den ene avtaleparten i tilfelle er ubundet etter regelen om tilbakekallelse av løfter re integra, slik førstvoterende formulerer problemstillingen (avsnitt 1). Det kan presiseres at tilbakekallelsen i det aktuelle tilfellet gjelder en aksept, ikke et tilbud (løfte), men siden også aksepten har løftevirkninger knyttet til seg er formuleringen av problemstillingen i og for seg presis nok.
2. Lagmannsretten la til grunn at det var inngått bindende avtale, men at akseptanten var ubundet etter regelen om tilbakekallelse re integra. Høyesterett opphevet enstemmig lagmannsrettens dom. Også Høyesterett la til grunn at partene hadde inngått bindende avtale, men kom til at det ikke var grunnlag for at akseptanten kunne anse aksepten rettmessig tilbakekalt etter re integra-regelen.
3. Partene – Nordisk Utleie AS og Idium AS – forhandlet i perioden 28. til 30. april 2014 om å inngå en avtale, som innebar at Idium skulle utvikle en nettside med publiseringsløsning for Nordisk Utleie. Nordisk Utleie var den gang et nystartet selskap, som fra juni 2014 skulle tilby nettbasert utleie av maskiner og andre anleggsaktiva. Partene møttes 28. april 2014. Dagen etter oversendte Idium «tilbud» til Nordisk Utleie på e-post. Tilbudet inneholdt en nærmere presentasjon av publiseringsløsningen, oversikt over designtemaer for nettsider, beskrivelse av leveranseprosessen, beskrivelse av produkt og tjenester, omtale av serviceavtale, estimat for bruk av konsulenttimer og pristilbud. Vedlagt var også Idiums standardvilkår som i noen grad var tilpasset særskilt. Nederst i tilbudet, mellom overskriften «[a]ksept av tilbud» og signaturfeltet, fremgikk:

«Vi håper tilbudet gir tilstrekkelig informasjon til å treffe en beslutning om å innlede et samarbeid med Idium. Signert tilbud anses som en avtale mellom kunden og Idium AS.»

Dagen etter, den 30. april 2014, hadde partene kontakt på e-post og telefon. Idium formidlet da et sterkt ønske om å inngå avtale samme dag, slik at selskapet kunne fakturere og inntektsføre avtalen i april måned. Om kvelden dreide forhandlingene seg særlig om prisen. Etter å ha oversendt «oppdatert» tilbud, skrev Idium på e-post kl. 21.40: «Som avtalt på telefonen får

dere fast pris på prosjektet». Fem minutter senere svarte Nordisk Utleie:

«Den er grei, da aksepterer vi tilbudet.»

Idium sendte allerede samme kveld faktura, med krav om betaling av 181 587,50 kroner innen 20. mai 2014. Idium erkjente senere at beløpet var for høyt. Partene ble som del av de videre forhandlinger enige om å holde oppstartsmøte 2. mai 2014, men møtet fant ikke sted. Nordisk Utleie tok flere ganger i løpet av den påfølgende uken kontakt både på telefon og e-post for å beramme møte, men først fredag 9. mai 2014 lovet Idiums kontaktperson å ringe tilbake den påfølgende mandagen.

Den 10. mai oversendte Nordisk Utleie e-post, hvor det blant annet fremgikk:

«Nordisk Utleie AS takker nei til videre samarbeid med Idium».

Nordisk Utleie viste dels til at det var «useriøst» av Idium å sende faktura før avtale var signert, en faktura som attpåtil var uriktig. Dels viste selskapet til den manglende oppfølgingen fra Idiums side de siste ti dagene. Dette hadde ført til at Nordisk Utleie «ikke hadde tillit til at dere kan gjennomføre vårt web prosjekt etter våre forventninger».

4. Høyesterett behandlet først spørsmålet om avtale ble inngått. Etter kort å ha referert til avgjørelsen HR-2017-971-A, avsnittene 36 til 45, der retten anså det avgjørende for å være om og i hvilken grad det var oppnådd enighet om sentrale vilkår (avsnitt 45), påpeker Høyesterett at det sentrale når det gjelder spørsmålet om kriterier for binding ligger annerledes an i inneværende sak, fordi Idium hadde oversendt et tilbud og Nordisk Utleie svarte at selskapet «aksepterte» tilbudet. Førstvoterende fremhever at i en slik situasjon vil spørsmålet om avtale er inngått, i første rekke måtte avgjøres ut fra en tolkning av partenes respektive utsagn (avsnitt 24).
5. Førstvoterende drøfter deretter (avsnitt 25) om det kan være grunnlag for å tolke Nordisk Utleies aksept innskrenkende, da slik at endelig aksept var betinget av at partene kom til enighet om en del ytterligere forhold i det møtet som skulle holdes kort tid etterpå. Denne muligheten ble så ganske klart avvist, noe som ut fra de foreliggende fakta må anses ganske så utvilsomt. Førstvoterende la videre til grunn at det ikke forelå uavklarte forhold da aksepten ble

sendt, med den følge at det aksepterte tilbudet regulerte de sentrale vilkårene. Heller ikke dette kan det sies å ha vært noen særlig begrunnet tvil om. Førstvoterende avviste også Nordisk Utleies anførsel om at det fra Idiums side var tatt signaturforbehold. Også dette må anses som ganske så utvilsomt ut fra de foreliggende forhold.

6. Drøftelsene i dommen av de nevnte forholdene i avsnittene 25 til 27 fremstår etter dette som ganske så utvilsomme ut fra saksforholdet og påkaller egentlig ingen særlig faglig interesse, likevel slik at Høyesterett som følge av anførselene naturligvis var nødt til å ta stilling til dem. Det er på denne bakgrunn lett å være enig med Høyesterett i at partene den 30. april 2014 inngikk bindende avtale.
7. Høyesterett går så over til å behandle spørsmålet om Nordisk Utleie var berettiget til, den 10. mai 2014, å trekke aksepten tilbake – spørsmålet om tilbakekallelse re integra. Først gjøres det kort rede for det generelle innholdet i prinsippet om tilbakekallelse re integra, i form av en analogisk anvendelse av avtaleloven § 39 annet punktum, jfr senest Rt. 2012 s. 1904. Som det fremgår der, er et vilkår at mottakeren ikke har «indrettet sig» på løftet. I inneværende sak har Idium erkjent at selskapet ikke hadde gjort det, slik at vilkåret måtte anses oppfylt. Dermed var spørsmålet for Høyesterett om det andre (kumulative) vilkåret – om det kan sies å foreligge «særlige grunde» som det kan tas hensyn til – kunne sies å være oppfylt. Som retten fremholder (avsnitt 29), legger dette vilkåret opp til en bred, skjønnsmessig vurdering.
8. Idium gjorde gjeldende at retten til å tilbakekalle løftet ikke kan begrunnes i en adferd som etter sin art kan utgjøre mislighold av avtalen, og som derved har skjedd *etter* at avtalen ble inngått. Nordisk Utleie bygget således sin tilbakekallelse på at selskapet ikke lenger hadde tillit til at Idium kunne gjennomføre prosjektet, og viste i den forbindelse til den fakturaen som ble sendt, og til at kontakt ikke var oppnådd med sikte på å holde oppstartsmøte.
9. Førstvoterende påpeker (avsnitt 30) at ordlyden i avtaleloven § 39 annet punktum, isolert sett, kan gi en viss støtte for dette synspunktet. Bestemmelsen forskyver det tidspunktet som mottakeren fikk eller burde fått kunnskap om en relevant begivenhet; løftet bortfaller også om kunnskapen kom sent. Men, fremholder førstvoterende, synes ordlyden ikke å utvide de begivenheter kunnskapen skal knyttes til.

Begivenhetene må da forutsetningsvis, om man kun forholder seg til ordlyden, ha foreligget allerede på løftetidspunktet.

10. Førstvoterende forlater så ordlyden som rettskil-deargument, ved å betone at det her ikke er et spørsmål om å anvende § 39 annet punktum direkte. Den direkte anvendelsen av regelen gjelder jo bedømmelsen av tidspunktet for «god tro» relatert til avtalelovens svake ugyldighetsgrunner – her er det tale om anvendelsen av regelens prinsipp pr analogi ved tilbakekallelse. Dermed blir spørsmålet om hvor langt analogien kan strekkes (avsnitt 31). Etter å ha fremholdt at det er lite rettspraksis om spørsmålet, likevel slik at Rt. 1926 s. 597 ble ansett for å gi et visst argumentasjonsgrunnlag, viser førstvoterende til juridisk teori som synes å åpne for å legge vekt på etterfølgende begivenheter. Førstvoterende viser også til svensk rett, som ikke synes å utelukke en slik rettsanvendelse. Førstvoterende inntar på denne bakgrunn det standpunkt at også begivenheter som er inntruffet etter at avtalen er inngått etter omstendighetene kan utgjøre en særlig grunn som gir en part adgang til å trekke sitt løfte tilbake etter re integra-regelen (avsnitt 32). Dermed lå det i saken at førstvoterende kom til at man ikke helt kan utelukke relevansen av etterfølgende adferd som etter sin art kan utgjøre mislighold av avtalen.
11. Etter å ha lagt til grunn at man prinsipielt kan tenke seg at etterfølgende forhold kan anses som særlige grunner ved tilbakekallelse re integra (relevansspørsmålet), tar førstvoterende et forbehold når det gjelder den betydning slike forhold kan ha i den konkrete helhetsvurderingen som må foretas (vektspørsmålet). Han fremholder at særlig i kommersielle avtaleforhold mellom profesjonelle og likeverdige parter, som i inneværende sak, ligger det til rette for at partene selv avtaler hvilke konsekvenser ulike begivenheter som kan inntre under avtalens løp kan ha (avsnitt 33). Dette fører ham frem til det standpunkt at tilbakekallelse re integra vil være «lite aktuelt hvis grunnlaget er en etterfølgende adferd fra den andre parten som typisk reguleres av misligholdsreglene».
12. Dette leder førstvoterende over til det standpunkt at selv om det prinsipielt sett ikke er utelukket å trekke inn etterfølgende forhold fra den andre avtaleparten, så vil slik adferd – i alle fall alene – i praksis vanskelig gi grunnlag for bruk av re integra-regelen, dersom det er inngått en avtale mellom profesjonelle og likeverdige parter (avsnitt 34).

13. Etter å ha redegjort for sin oppfatning av det foran nevnte generelle rettsspørsmålet, går førstvoterende så over til å bedømme hvorvidt de særlige grunner som er påberopt av Nordisk Utleie vil kunne tas i betraktning. Han tar først for seg forholdene rundt fakturaen, og fremholder at han anser disse som bagatellmessige i den aktuelle sammenhengen – det var forhold som kunne ha vært avklart ved en dialog mellom partene (avsnitt 37). Mer vesentlig anser førstvoterende vanskelighetene som Nordisk Utleie hadde med å få til oppstartsmøte, ettersom dette kunne gi det inntrykk at Idium nedprioriterte oppfyllelsen av avtalen (avsnitt 38). På dette punkt kommer imidlertid førstvoterende tilbake til det han tidligere i votumet har fremholdt om den svært høye terskelen som i et tilfelle som det aktuelle må gjelde for at kravet til særlige grunner skal kunne anses oppfylt – at avtalen var inngått mellom kommersielle og likestilte parter og at det ville ha vært nærliggende for partene å regulere virkningen av slik adferd direkte i avtalen. På den bakgrunn la førstvoterende til grunn at det ikke var grunnlag for å anse aksepten tilbakekalt etter prinsippet om tilbakekallelse re integra.
14. Det er vanskelig å melde sin uenighet om noe punkt når det gjelder Høyesteretts begrunnelse og resultat. Det er ikke på noen måte oppsiktsvekkende at retten ikke prinsipielt utelukker at etterfølgende forhold vil kunne ha betydning som særlige grunner ved anvendelsen av prinsippet om tilbakekallelse re integra og like lite oppsiktsvekkende at retten samtidig presiserer at dette i praksis svært sjelden vil være aktuelt i kommersielle avtaler mellom likeverdige parter. Ut fra sakens faktum og partenes anførsler, fremstår det videre som godt begrunnet at vilkårene ikke ble ansett oppfylt i det aktuelle tilfellet. Dommen må også forstås i det lys at det – helt uavhengig av om de aktuelle begivenheter som analyseres som potensielle særlige grunner har inntrådt før eller etter avtalens inngåelse – av Høyesterett og teori er lagt til grunn at prinsippet om tilbakekallelse re integra utgjør en snever unntaksregel, og at dette unntaket er *helt spesielt snevert* når det gjelder kommersielle avtaleforhold.

Geir Woxholth

Om avtalt forkjøpsrett ble utløst ved fusjon (HR-2017-1664-A)

Spørsmål om en avtale om forkjøpsrett ved «salg» av seksjon i næringseiendom omfattet overdragelse av seksjonen ved fusjon, eventuelt om forkjøpsrett fulgte av lov om løysingsrettar § 11 femte ledd.

Tjelle Eiendom AS og Troll-Tinn AS kjøpte i 1996 hver sin seksjon i en næringseiendom, og startet opp hver sin virksomhet. De avtalte året etter at ved en av partenes «salg» av sin seksjon, skulle den andre ha forkjøpsrett. Rauma kommune eide alle aksjene i Troll-Tinn AS. I 2015 fusjonerte selskapet med Astero AS, hvor Molde kommune og Møre og Romsdal fylkeskommune var de dominerende aksjeeierne med til sammen 70,1 % av aksjene. Troll-Tinn var overdragende selskap i fusjonen, Astero var overtagende selskap. Rauma kommune hadde før fusjonen en aksjepost på 1,49 % i Astero, og etter fusjonen øket denne til 11,3 %.

Tjelle Eiendom anførte at forkjøpsretten ble utløst ved fusjonen, da denne innebar at styringsretten over eiendommen ble overført til andre. Astero bestred at forkjøpsretten var utløst.

Høyesterett foretok en objektivt tolkning av avtalen, og tok utgangspunkt i en uttalelse fra Rt. 1965 s. 140 om at «en bestemmelse om forkjøpsrett i tvilstilfelle bør tolkes innskrenkende». Førstvoterende viste videre til at «salg» normalt innebærer at selgeren «gir slipp på kjøpsgjensstanden» (avsnitt 40) både når det gjelder utnyttelsesmuligheter og ansvar. Dette ble ikke ansett å gjelde fusjon, fordi den innebærer fortsatt eierskap i funksjonell forstand. I den aktuelle fusjonen var det åpenbart at det var kontinuitet i virksomheten, da denne skulle drives videre i Astero. Avtalen isolert sett utløste dermed ikke forkjøpsrett.

Høyesterett vurderte deretter om Tjelle Eiendom fikk forkjøpsrett basert på lov om løysingsrettar § 11 femte ledd. Det følger av denne bestemmelsen at en forkjøpsrett utløses dersom så stor andel av aksjene i eierselskapet skifter eier, at styringsretten i selskapet kommer på andre hender. Førstvoterende slo fast at fusjon kunne være omfattet av ordlyden, men at hvis dette hadde vært meningen hadde det vært naturlig at dette ble markert i loven eller tatt opp i forarbeidene, noe det ikke er. Det ble videre vist til at juridisk litteratur, både tingsrettslig og aksjerettslig, er negativt til å la fusjon utløse forkjøpsrett ved salg. Konklusjonen var dermed at forkjøpsrett heller ikke kunne baseres på lovbestemmelsen.

Saken gjelder forkjøpsrett til seksjon av næringseiendom ved salg. Ut fra begrunnelsen, må dommen også være relevant ved tolkning av avtaler som gjelder forkjøpsrett til andre aktiva, herunder vedtektsfestede klausuler om forkjøpsrett til aksjer.

Margrethe Buskerud Christoffersen

SELSKAPSRETT

En europeisk modell-aksjeselskapslov – European Model Company Act (EMCA)

I høst kom det foreløpige sluttpunktet i et ti-års arbeid under ledelse av professor Paul Krüger Andersen ved universitetet i Århus: en akademisk utformet mal for en europeisk aksjeselskapslov. Intensjonen er at den skal fungere som en modell for aksjeselskapsretten i Europa, samtidig som den gir fleksibilitet, siden lovgivere kan velge hvor mye av den de vil ta inn – naturlig nok, siden det er en modell og ikke f.eks. et direktiv fra EU. Tanken er at modellen også lettere vil kunne endres etter hvert som vi får ny kunnskap eller nye erkjennelser, eller forholdene endrer seg. Dette vil dermed, ifølge gruppen, bøte på et av problemene med aksjeselskapslovgivning: at den som annen lovgivning er vanskelig å få endret raskt. Men dersom modellen skal implementeres i nasjonal lovgivning rundt omkring i Europa, er selvfølgelig problemet fortsatt der på lovgivningsnivå.

Den europeiske modell-aksjeselskapsloven, *European Model Company Act (EMCA)*, er utarbeidet av en gruppe bestående av akademikere fra 22 EU-land. Gruppen understreker at de er politisk uavhengige, og at de ikke har fått finansiering fra noen selskaper. EU-kommisjonen har imidlertid uttrykt interesse for EMCA-prosjektet, og ble invitert til å delta i gruppens møter som observatør og diskusjonspartner. EMCA-gruppen sammenligner sitt arbeid med den amerikanske *Model Business Corporation Act*, som først ble publisert for 67 år siden, og som kom ut i 2016 i revidert utgave (se nærmere https://www.americanbar.org/publications/blt/2017/01/08_mbca.html). De trekker også linjer til The American Law Institutes *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation (ALI Principles)*, som ble skrevet av en komité av akademikere og praktikere over en 15-års periode fra slutten av 1970-tallet. Også dette arbeidet kommer fortsatt ut i nye utgaver (se <https://www.ali.org/publications/show/corporate-governance-analysis-and-recommendations/>).

Selv om EMCA har EUs medlemsland (og indirekte også Norge, Island og Liechtenstein) som målgruppe, har EMCA-gruppen sett bort fra eksisterende EU-lovgivning der gruppen har ment at den ikke er tilfredsstillende. Det er forståelig som akademisk prosjekt, men gjør samtidig at full implementering også kan være avhengig av endringer i EU-retten. Dermed er man for så vidt tilbake til noe av begrunnelsen for dette prosjektet: selskapslovgivning er vanskelig å få reformert, og det er nær umulig å se for seg fullharmonisering av EUs selskapsrett (se Anker-Sørensen og Sjøfjell, «Vår europeiske selskapsrett», 2016, tilgjengelig på selskapsrettsdidsskriftet.no). I den grad full implementering av EMCA innebærer endringer av EU-retten, betyr det også at den kun delvis svarer på utfordringen den selv tar utgangspunkt i.

EMCA-gruppen har lagt til grunn som overordnede kriterier for utforming av EMCA, at reglene skal innebære forenkling, fleksibilitet, og reduksjon av agent- og transaksjonskostnader. EMCA legger seg dermed på samme linje som EU, og viser med henvisning til agentteori at de er påvirket av dominerende amerikansk-influert rettsøkonomisk tenkning. Gruppen uttaler imidlertid at de tar en noe annen tilnærming enn den dominerende, som fokuserer på forholdet mellom aksjonærer og styret og ledelsen i selskapet, ved at de med henvisning spesielt til kontinentaleuropeiske tradisjoner også trekker inn forholdet til ansatte, kreditorer og samfunnet for øvrig. Dette har, ifølge gruppen, influert utformingen av punkt 9, om styrets rolle og plikter (se nærmere nedenfor).

Målet er å tilby en modell-lov som inneholder alt en aksjelov bør inneholde, uten for detaljerte regler. EMCA har som mål å tilby regler for selskaper som tilsvare våre aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper, og børsnoterte allmennaksjeselskaper, samtidig som de vil ta hensyn også til de små- og mellomstore selskapene. EMCA består av 16 kapitler, som kan deles inn i følgende bolker: innledende bestemmelser, generelle prinsipper og selskapers stiftelse og registrering (kapittel 1–4), om aksjer og selskapets kapital (kapittel 5–7), om selskapets organer (kapittel 8–12), om restrukturering og oppløsning av selskapet (kapittel 13–14), og om konsern og filialer (kapittel 15–16). Vi gir her en oversikt over hovedinnholdet, uten at det er rom for å gå detaljert inn i hvert enkelt regel eller analysere disse nærmere. Vi har oversatt enkelte sitater fra EMCA til norsk.

Innledende bestemmelser, generelle prinsipper og selskapers stiftelse og registrering (kapittel 1–4)

Kapittel 1 inneholder generelle bestemmelser, definisjoner og prinsipper. Kapitlet har med grunnleggende selskapsrettslige utgangspunkt, slik som at selskapet er en egen juridisk enhet fra registreringstidspunktet, og at aksjonærene (normalt) kun er ansvarlig for å betale det de har tegnet aksjer for, og at aksjonærer kun kan få ut midler fra selskapet der og på slike måter som det er direkte regulert i lov. Kapitlet fastslår om selskapets formål at det skal være å «øke selskapets verdi», dersom ikke annet er fastsatt i vedtektene. Dersom dette er ment å reflektere europeisk selskapsrett, og ikke skru den i en amerikansk «shareholder primacy»-retning, er det lite dekkende. Utgangspunktet burde ha vært å skape verdier, ikke nødvendigvis gjennomgående øke verdien. For mange næringsdrivende, spesielt små- og mellomstore, vil det å bevare grunnlaget for driften og fortsette å skape verdier, være målet. EMCA foreslår her i realiteten å lovfeste et påbud om kontinuerlig vekst som mål.

Kapittel 1 fastslår videre at en aksje kan omsettes uten begrensninger, og at alle aksjer skal ha like rettigheter, for begge punkter om ikke annet fremgår av vedtektene. Det åpnes dermed for forskjellige aksje-

klasser, som også reflekteres i en bestemmelse om at alle aksjonærer «i samme posisjon» skal behandles likt. Majoritetsprinsippet fastslås også – at avgjørelser tas med simpelt flertall i generalforsamlingen, om ikke annet fremgår av lov eller vedtekter.

Tydelig influert av angloamerikansk terminologi, omtales styremedlemmer som «directors» og det fastsettes at styremedlemmer har en omsorgsplikt («duty of care») og en lojalitetsplikt, som i finsk aksjelovgivning, inspirert av Delawares lovgivning og rettspraksis.

Utgangspunktet som er velkjent fra norsk rett om at aksjonærer utøver øverste myndighet i selskapet gjennom generalforsamlingen er tatt med, i tillegg til et punkt, inspirert av finsk rett, om at vedtektene kan inneholde punkter om hvordan selskapet skal drives. Dette er ment å være en prinsippbasert fastslåelse av det EMCA kaller «aksjonærdemokratiet», og målet er å legge til rette for og oppmuntre aksjonærene til å engasjere seg i selskapet.

Tydelig inspirert av den europaretslige debatten om selskapers mobilitet, søker EMCA-gruppen å regulere dette. Det henvises til traktatbestemmelser om fri etableringsrett, til *Sevic*-avgjørelsen om grenseoverskridende fusjon, til direktivet om grenseoverskridende fusjoner, og til arbeidet med direktiv om flytting av selskaper, som ser ut til å ha strandet. EMCA fastslår at dersom ikke det motsatte er regulert i lov, skal et selskap kunne flytte sin aktivitet og/eller hovedsete, enten i form av faktisk ledelse eller registrering, til et annet land i EU, uten at den juridiske personligheten endres.

Kapittel 2 regulerer stiftelse av selskaper, om stiftelsesdokumentet og selskapets vedtekter og om aksjer, og om selskapets navn. En interessant detalj er at EMCA følger det finske eksemplet om at det skal være tillatt med aksjer uten pålydende («no par value shares»), selv om det ikke er generelt akseptert i EU. I EMCA foreslås det dermed at man kan velge om man vil ha aksjer uten pålydende, eller med pålydende verdi (slik vi har i Norge). Det fastsettes at alle selskaper skal ha en aksjekapital, med 25,000 Euro som minimum for allmennaksjeselskaper, og et valgfritt beløp for aksjeselskaper. I allmennaksjeselskaper må 25 prosent av aksjekapitalen være innbetalt før stiftelse, og det gis regler om ansvaret for det resterende beløpet.

Kapittel 3 gir regler om registrering av selskapet, og styrets ansvar i den forbindelse. Det gis også regler om selskapsregistret, og blant annet om hva som et minimum må være registrert, om elektronisk registrering og om sammenkobling av selskapsregistre i EU med henvisning til direktiv 2012/17/EC, om selskapets plikt til å synliggjøre informasjon om selskapet stilling, og om registerførerens rolle.

Kapittel 4 regulerer omgjøring av selskap fra en selskapsform til en annen, og bestemmer blant annet at dersom ikke det motsatte fremgår av lov eller av virksomhetens vedtekter, skal en hvilken som helst næringsform kunne omdannes til aksjeselskap eller

allmennaksjeselskap i henhold til EMCA. Det gis også regler om omdanning fra aksjeselskap til allmennaksjeselskap og motsatt.

Om aksjer og selskapets kapital (kapittel 5–7)

Kapittel 5 gir detaljerte regler om aksjer, derunder om forskjellige typer av aksjer (registrerte og ihendehaver), om ulike rettigheter tilknyttet aksjer (bl.a. bruk av aksjeklasser), om verdifastsettelse av aksjer, om aksjeregister og om identifisering av aksjonærer. Det gis også regler om situasjonen hvor det er flere som hevder å være rettighetshavere til en aksje. Videre gis det regler om overdragelse av aksjer, og eventuelle begrensninger i retten til å gjøre det.

Kapittel 6 regulerer det EMCA kaller finansiering av selskapet, med vekt på utvidelse av kapitalen blant annet ved emisjon, og med regler om forskjellige hybridinstrumenter. Gjeldsobligasjoner og konvertible obligasjoner er tillatt. En kapitalforhøyelse krever en overordnet beslutning på generalforsamlingen. I likhet med den finske modellen tillater EMCA at det utstedes gratis aksjer.

Kapittel 7 gir regler om utdelinger fra selskapet til aksjonærer eller andre. Dette inkluderer ordinært og ekstraordinært utbytte, utbetaling ved selskapets erverv av egne aksjer, ved nedsettelse av aksjekapital, ved innløsning av aksjer, ved oppløsning av selskapet, og gaver fra selskapet. Det aksjeselskapsrettslige grunnprinsippet om at utdeling kun kan skje med hjemmel i lov gjentas. Grenser for utdeling presiseres, derunder at utdeling ikke må skje dersom selskapet ikke vil være i stand til å dekke gjeld etter utdeling.

Selskapets ansvarlige ledelsesorgan (normalt styret) må sørge for utdeling ikke går ut over det som er rimelig, hensyntatt selskapets finansielle stilling, og for morselskap, hensyntatt konsernets stilling. Utdeling må ikke være til skade for selskapet eller selskapets kreditorer, med henvisning til styrets plikter i kapittel 9. Det understrekes at disse reglene ikke kan settes til side av aksjonærene, heller ikke ved enstemmighet. Deretter gis det detaljerte regler om ordinært utbytte, ekstraordinært utbytte, og gaver til veldedighet.

Det gis også detaljerte regler, som vi kjenner igjen fra vår europeiske selskapsrett, om forbud mot at selskapet tegner egne aksjer, og regulering av selskapets rett til å erverve egne aksjer som i hovedsak kun foreslås begrenset ved at midlene som brukes må ligge innenfor det som kan utdeles. Også selskapsfinansiering av aksjeerverv er regulert i den retningen som 2006-liberaliseringen av EUs kapitaldirektiv åpnet for.

Kapittel 7 gir videre generelle regler om utdeling *in natura* og om konsekvensene av ulovlig utdeling, inkludert om styrets ansvar for eventuelt tap for selskapet.

Om selskapets organer (kapittel 8–12)

Kapittel 8 fastslår at selskapet skal ha generalforsamling og styre, og har regler både for selskaper med ett

styre og med to styrenivåer, og med en rekke regler felles for begge systemer. Noen land, slik som de nordiske landene, har systemer som ikke passer helt inn i enstrengs- eller tostrengsmodellen. Modifikasjoner er mulige innenfor begge systemene, og særskilt i Skandinavia og Finland finnes forskjellige hybridmodeller. Implementering av SE-forordningen har gjort at alle land må tilby begge systemer (minst) for SE-selskaper, og i Norge er det bedriftsforsamlingen som regnes som det overordnede styret i et tostrengs-SE. Kapitlet inneholder også regler om valg av styremedlemmer, en kort henvisningsregel om ansattevalgte styremedlemmer, gjennomføring av styremøter, styremedlemmenes taushetsplikt; godtgjørelse for styremedlemmer inkludert regulering av incentivbasert godtgjørelse, og en generalklausul slik vi kjenner i Skandinavia og Finland.

Kapittel 8 inneholder videre regler om avtaler med enkeltaksjonærselskaper, og om styrets rett til å representere selskapet og til å binde selskapet. Styrets handlingsplikt ved tap av kapital er også tatt med, her formulert slik at dersom minst halvparten av aksjekapitalen er tapt, slik som i norsk allmennaksjelov, eller hele egenkapitalen er tapt, må styret iverksette tiltak på lignende måte som etter norsk rett.

Kapittel 9 regulerer styrets plikter, først på et overordnet nivå, deretter mer detaljert, med arbeids- og kompetansefordeling mellom de to styrenivåene i tostrengsmodellene, og med angivelse av omsorgs- og lojalitetsplikt. Etter dette gis regler om interessekonflikter, og regulering av spesielle tilfeller slik som begrensningen i styremedlemmers mulighet til å benytte seg av «corporate opportunities» (inspirert av angloamerikansk rett), til å konkurrere med selskapet, og til å motta fordeler fra tredjepersoner. Til slutt reguleres inhabilitetstilfeller.

EMCA-gruppen gir en kort oversikt over forskjellige europeiske tilnærminger til kjernen i styrets plikter, nemlig å fremme selskapets interesse. Til tross for målet om å tilby en «europeisk visjon», legger EMCA seg svært tett opp til den britiske aksjeselskapsloven, som vi blant annet ser i angivelse av lojalitetsplikten. Her spesifiseres at styremedlemmene skal «fremme selskapets suksess til fordel for selskapets medlemmer [aksjonærer] som helhet», og styremedlemmene i dette arbeidet bør ta hensyn til en lang rekke faktorer slik som selskapets langsiktige interesse, de ansatte, kreditorene, og virkningen av selskapets virksomhet på samfunnet og på miljøet.

EMCA-gruppen har bevisst brukt begrepet «suksess» i stedet for «verdi» fordi, som de påpeker, så har ikke alle selskaper som det primære målet og kanskje ikke som mål i det hele tatt å maksimere profitt for sine investorer. Dette rimer dårlig med kapittel 1, som vil kreve at det spesifiseres i vedtektene dersom vekst ikke er målet. For øvrig sies det uttrykkelig at «suksess» skal tolkes likt som i britisk selskapsrett.

Kapittel 10 regulerer styremedlemmers erstatningsansvar. Også her trekker EMCA i stor grad på anglo-amerikansk rett, med henvisning til en studie som indikerer at denne alt har påvirket europeiske lands regulering av erstatningsansvaret. Hovedbestemmelsen er formulert som en pliktbestemmelse om styremedlemmers plikt til å utføre sine oppgaver og skjøtte sin rolle, og med erstatningsansvar dersom det ikke oppfylles. Erstatningsansvarsbestemmelsen er sammenlignbar med regulering av dette i norsk aksjeselskapsrett. Det er også tatt med en forsøksvis kodifisering av en slags europeisk versjon av «business judgement rule» – altså at retten ikke overprøver styremedlemmets forretningsmessige skjønn, dersom det fremstår som en rasjonell og informert avgjørelse i god tro og ikke influert av utenforliggende hensyn. Styremedlemmet er unntatt fra ansvar dersom avgjørelsen er en gjennomføring av et lovlig generalforsamlingsvedtak. Det er ingen nærmere opptrekking av grensen mellom spørsmål som ligger helt og holdent til generalforsamlingen å avgjøre, og spørsmål hvor generalforsamlingen, i land der det er tillatt, kan gi instruks innenfor temaer som primært ligger til styrets oppgaver.

For øvrig reguleres bevisbyrden (ligger hos saksøker), det fastsettes solidaransvar der det er flere styremedlemmer, og det tas med en «wrongful trading»-regel fra britisk lovgivning (og nordisk rettspraksis): at styremedlemmer er ansvarlige dersom de forsto eller burde ha forstått at de drev selskapet på kreditorenes regning. I tillegg inkluderes en tre-årig foreldelsesfrist, og det fastsettes at selskapet kan sørge for forsikring av styremedlemmer som etter selskapets ønske er styremedlemmer eller daglige ledere i andre selskaper. Morselskapets ansvar er regulert i kapittel 15, se nedenfor.

Kapittel 11 gir regler om generalforsamlingen og minoritetsbeskyttelse. Bestemmelsene er basert på utgangspunktet om «aksjonærdemokrati» i EMCA kapittel 1. Bestemmelsene er fleksible for å tilpasse de ulike styringskulturer i nasjonal rett. Hovedregelen er at generalforsamlingen må ta viktige beslutninger som gjelder selskapet. EMCA har ikke til hensikt å utfordre styringssystemet i de medlemsstatene som følger det tysk-orienterte systemet, inkludert Finland, hvor generalforsamlingens kompetanse er begrenset slik at den ikke kan gi instruks til styret. Ellers forsøker EMCA å øke aksjonærenes, inkludert institusjonelle investorer, aktivitet ved f.eks. å oppmuntre til bruk av elektroniske midler. EMCA tar også hensyn til endringene i aksjonærrettighetsdirektivet, for eksempel «say on pay»-regelen. I tillegg inkluderer EMCA generelle kjente minoritetsbeskyttelsesrettigheter, som for eksempel regler om innløsning av minoritetsaksjer, minoritetsaksjonærenes erstatningskrav på selskapets vegne og regler om særskilt granskning som vi kjenner fra skandinavisk og finsk rett.

Kapittel 12 regulerer årsregnskap og revisor. Årsregnskapet skal utarbeides i henhold til EU-rettslige og nasjonale regler, presenteres for og godkjennes av generalforsamlingen samt registreres i henhold til nasjonale regler. Generalforsamlingen velger revisorer i henhold til nasjonal lov, mulig vedtektsbestemmelse og innenfor disse grensene etter eget skjønn. I likhet med skandinavisk og finsk rett har en aksjonærminoritet på minimum ti prosent rett til å kreve utnevning av en ekstra revisor.

Kapittel 12 inneholder også to alternative regelsett for revisjonsutvalg. Alternativ 1 er en fullstendig implementering av det reviderte revisjonsdirektivet. Alternativ 2 er en kortere versjon som gjør revisjonsutvalgene obligatoriske, men refererer til en mer omfattende regulering i nasjonal lov.

Om restrukturering og oppløsning av selskapet (kapittel 13–14)

Kapittel 13 gjelder omstrukturering. Kapitlet inneholder EU-rettsbaserte regler for oppkjøp, fusjon, grenseoverskridende fusjon og fisjon. Kapitlet introduserer også ikke-direktivbaserte regler for en «scheme of arrangement», et verktøy til å restrukturere selskapets virksomheter for å redde dette fra en konkurs, basert opprinnelig på irsk og britisk lov og i stadig større grad brukt av selskaper også i andre EU-land. Regler om grenseoverskridende omdanning av selskaper, inspirert av EU-domstolens praksis, er også med.

Kapittel 14 omhandler oppløsning av selskapet. Hvor linjen trekkes mellom selskapsrett og insolvensrett varierer i nasjonal rett. EMCA tar en «funksjonell tilnærming», hvor og selskapsrett og insolvensrett hører naturlig sammen. På denne bakgrunn inkluderer EMCA oppløsning og likvidasjon, mens spørsmål knyttet til selve insolvensen overlates til den nasjonale insolvenslovgivningen.

Om konsern og filialer (kapittel 15–16)

Kapittel 15 inneholder definisjon av konsern, mor- og datterselskap. I tillegg defineres både juridisk og faktisk kontroll. EMCA-gruppen foreslår en presisering av morselskapets adgang til å instruere datterselskapsstyret. Forslaget søker å bringe lovgivning i tråd med praksis. Adgang og rekkevidde av konsernstyring fra morselskapet er et tema som varierer i medlemslandene. Flere land vil måtte endre preseptorisk aksje-lovgivning dersom et morselskap skal kunne ha åpen adgang til å instruere datterselskapets styre med bindende virkning. Det er likevel bare styremedlemmer som er valgt av morselskapet som skal være underlagt en direkte instruksjonsmyndighet i EMCA.

Det vil kunne være formålstjenlig med harmoniserte regler om konsernstyring i lys av Kommisjonens handlingsplan som inkluderer ‘konserninteresse’ som et begrep som bør ha et EU-rettslig innhold (uten at dette har blitt fulgt opp videre på EU-nivå). EMCA-gruppen foreslår å unnta styreansvar i tilfeller et styremedlem

i datterselskapet handler i tråd med en konserninteresse på bekostning av den individuelle datterselskapsinteressen. Minoritetsaksjonærer er søkt ivaretatt ved rett til innløsning av sine aksjer, og har i tillegg en rett til å be om granskning av morselskapet for beslutninger som har hatt betydning for datterselskapet. Kreditorerne er søkt ivaretatt ved en egen bestemmelse om morselskapsansvar. Morselskapet har et direkte ansvar for å restrukturere eller oppløse et datterselskap som ikke har tilstrekkelig likviditet til å oppfylle sine økonomiske forpliktelser i tilfeller der datterselskapet har fulgt morselskapets instruksjoner. Dersom morselskapet ikke iverksetter nødvendige tiltak vil morselskapet selv kunne holdes ansvarlig for datterselskapets forpliktelser. Tilsvarende kan morselskapet holdes ansvarlig dersom instruksjonsretten har vært benyttet på bekostning av datterselskapets selskapsinteresse og konserninteressen med betydning for datterselskapets økonomiske situasjon. Det er likevel kun i tilfeller der datterselskapet er tatt under konkursbehandling at morselskapsansvar kan gjøres gjeldende. Bostyrer skal fremme slikt krav dersom kreditorer som representerer ti prosent av datterselskapets gjeld krever det.

Kapittel 16 handler om den traktatfestede retten til å utøve økonomisk aktivitet gjennom utenlandske filialer, samt hvilken opplysningsplikt som gjelder for slike enheter. Retten til å utøve økonomisk aktivitet gjennom en filial er anerkjent i EU ved *Centros*-saken og regulert i filialdirektivet. Både EU-baserte selskaper og selskaper utenfor EU skal ha den samme retten til å benytte filialer i EU.

Mer informasjon om EMCA er tilgjengelig på: <http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/>.

Betydningen av EMCA

Ifølge EMCA-gruppen er EMCA inspirert av de beste løsninger i de europeiske land, og skal slik sett være en kumulert «best practice» for europeisk aksjeselskapsrett. Hva som er de beste løsninger for de enkelte temaene er imidlertid spørsmål som ikke har opplagte svar. Det kommer blant annet på hva slags syn man har på selskapers formål, aksjonærenes stilling, styrets rolle og plikter, og forholdet mellom selskaper og samfunn.

EMCA ønsker å presentere en «europeisk visjon» til inspirasjon også for andre land i verden som måtte ønske å modernisere sin selskapsrett. Tanken er at EMCA skal være et alternativ til innflytelsen fra amerikansk selskapsrett og til den amerikanske modell-loven og prinsippene nevnt innledningsvis. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om EMCA-gruppen er bredt nok sammensatt eller har foretatt nok dybdeforskning på europeisk selskapsrett til å kunne presentere en «europeisk visjon». Symptomatisk på et amerikansk fokus i en gruppe som vil motvirke amerikansk innflytelse er litteraturhenvisningen til et punkt om hva europeiske selskaper bør legge vekt på ved oppkjøp

av kontroll. Her vises det hovedsakelig til amerikanske forfattere, i tillegg til ett bidrag av to danske forfattere knyttet til gruppen. Det er også påfallende at Storbritannia i så stor grad har vært retningsgivende for en europeisk modell for kjernen i selskapsretten: styrets rolle og plikter, for en gruppe som mener å trekke på kontinentaleuropeiske tradisjoner.

EMCA vil utvilsomt stimulere til debatt i tiden fremover, og er slikt sett et godt bidrag, også med den fortløpende drøftelsen av EUs selskapsrettslige regler og korte komparative sammenstillinger for hvert av de 16 hovedpunktene. Det egner seg mer som et diskusjonsgrunnlag enn som en konklusjon i debatten om hvordan europeisk selskapsrett bør reguleres. EMCA-gruppen oppfordrer da også alle interesserte til å sende inn kommentarer, som kan tas med i betraktning i det videre arbeidet.

*Beate Sjøfjell, Jukka Mähönen og
Linn Anker-Sørensen*

Litteratur

Jannik Woxholth: *Aksjonæravtaler*, 3. utg. Gyldendal Juridisk, 2017. 506 sider

Tittelen 3. utgave kan forlede til den misforståelsen at det her bare dreier seg om en oppdatering av en tidligere bok. Første utgave kom i 2012 og var basert på forfatterens masteroppgave fra Universitetet i Oslo. Denne nye utgaven bygger på forfatterens doktoravhandling avlagt ved Universitetet i Bergen i 2017 og er omtrent fire ganger så omfattende som den opprinnelige masteroppgaven. Boken fremstår derfor som et nytt verk.

For advokater vil nok spesielt del III og IV være særlig praktisk. Del III av boken omhandler avtaleforholdet mellom partene, herunder inngåelse og endring av aksjonæravtaler, ugyldighet og revisjon, tolking og utfylling, oppsigelse og opphør og så til slutt mislighold av aksjonæravtaler.

Del IV dekker så tredjemannsvirkninger, hvilket betyr selskapsrettslige virkninger og virkninger for partenes rettsetterfølgere. Det var kapittel 11 om selskapsrettslige virkninger som var emnet for forfatterens masteroppgave og som var utgangspunktet for denne nå samlede og helhetlige fremstilling av aksjonæravtaler.

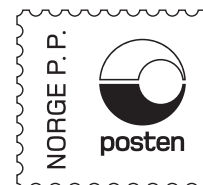
Forfatteren er svært godt kvalifisert til å skrive om disse praktiske emner, siden han i en del år nå har arbeidet i et internasjonalt konsulentfirma.

Boken inneholder et omfattende litteratur- og domsregister. Boken avsluttes med et tillegg på engelsk hvor forfatteren gir en komparativ fremstilling av aksjonæravtaler etter amerikansk, engelsk, tysk, svensk og dansk rett.

Advokater som arbeider med selskapsrett, vil selvsagt ha meget stor nytte av denne nye boken.

Peter Hambro

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Kjøpes hos

Akademika, St. Olavs plass 5, 0166 Oslo,
tlf. 40 76 13 64
eller bestilles via e-post:
bestilling-skriftserien-ifp@jus.uio.no

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 670,-. Studentabonnement koster kr 335,-. 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 februar 2018.