



# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

## ARBEIDSRETT

### Om søksmålsfrist ved virksomhetsoverdragelse: Høyesteretts kjennelse om arbeidstakers frist for å reise søksmål ved virksomhetsoverdragelse – HR-2021-2554-A

I desember i fjol avgjorde Høyesterett frågan om inom vilken tid en arbetstagarare som vill yrka på ogiltigförklaring av uppsägning vid en verksamhetsövergång måste väcka talan (reise søksmål). Frågeställningen aktualiserades i samband med att arbetstagarare som sagts upp när ett företag förlorat en upphandling (anbudskonkurrans) krävde fortsatt anställning hos det vinnande företaget. Skulle fristen för när en sådan talan går förlorad (søksmålsfristen) räknas från uppsägningstidpunkten eller från (den senare) övergångstidpunkten? Domstolen kom enhälligt (enstemmig) fram till slutsatsen att fristen för att väcka talan (reise søksmål) i en sådan situation ska gälla från tidpunkten för verksamhetsövergången.

Efter att hösten 2019 utlyst anbudsförfarande stod det i november 2019 klart att OAI (Oceaneering Asset

Integrity AS) skulle förlora kontraktet med Equinor om att utföra driftsinspektioner på Osebergfeltet till Aker Solutions AS, valde man att omorganisera och nedbemanna. Det hölls s.k. *drøftingsmøter* med de förtroendevalda (tillitsvalgte), allmöte och s.k. *individuelle drøftingsmøter* hölls. OAI sade upp tre anställda pga. övertalighet i december 2019. Ingen av dessa tre angrep uppsägningarna såsom ogiltiga. En fjärde person som inte sagts upp blev erbjuden och accepterade 3 april 2020 en annan anställning hos OAI som han tillträdde den 1 juli 2020. Som en följd av att man vunnit anbudskontraktet utlyste Aker Solutions lediga anställningar. De uppsagda arbetstagararna sökte de lediga anställningarna, men utan att få svar.

Inspektionsverksamheten skulle övertas redan till årsskiftet 2019/2020, men övergången blev uppskjuten till den 1 april 2020. Vid denna senare tidpunkt fick de berörda arbetstagararna kännedom om att fyra tidigare anställda i OAI som hade arbetat i inspektionsverksamheten hade blivit anställda i Aker Solutions. De berörda arbetstagararna krävde därför att deras anställningar skulle vara överförda till Aker Solutions med hänvisning till aml. §§ 16-1 och 16-2, samt att de skulle tillerkännas såväl ekonomiskt som icke-ekonomisk ersättning med hänvisning till aml. § 15-12 (2) och § 16-4 (3). Aker Solutions hävdade emellertid att saken skulle avvisas eftersom talan var preskriberad (søksmålsfristen var oversittet) enligt aml. § 17-4.

Båda underinstanserna kom till att det gällde en absolut talefrist (søksmålsfrist) som löpte från övergångstidpunkten, inte redan från uppsägningstidpunkten. Däremot kom de båda instanserna till att talan om att anställningarna skulle vara överförda på Aker Solutions enligt aml. §§ 16-1 och 16-2 hade väckts (fremmet) efter sexveckorsfristen och alltså för sent. Men talan om ersättning var inom sexmånadersfristen och hade således väckts inom talefristen.

Överklagandet (anken) till Høyesterett gällde för Aker Solutions del lagmannsrettens beslut om de fyra arbetstagararnas rätt till ersättning, medan arbetstagararnas överklagande gällde avgörandet om att avvisa talan om att anställningarna övergått på Aker Solutions. I Høyesterett kom frågan att gälla talefristens (søksmålsfristens) utgångspunkt (avsn. 19).

### Innhold nr. 2

Arbeidsrett.....	1
Fast eiendoms rettsforhold .....	8
Internasjonal privatrett.....	9
Kontraksrett.....	12
Panterett .....	20
Pengekravsrett .....	21

Domstolen konstaterade att lagmannsrettens tolking av reglerna om talefrist var «et riktig rettslig utgangspunkt» (42, jfr 89). I avsnitten där Høyesterett presiserer problemstillingen (46–52) framgår det att den inte är enig med kårdeparten (den ankende part) om att det skulle vara ått avvika frått en klar ordalydelse om man utgick frått övergåttstidpunktten i stället for uppsåttningstidpunktten vid beståttmandet av når talefristen ska bórja løpa. Åttven om det i aml. § 16-4 (3) anges ått utgåttspunktten ått fristreglerna i aml. kap. 17, oppståttlls emellertid en viktig reservasjon i det ått kap. 17 gåttller bara «så langt de passer». «Lovgiveren innbyr gjennom valget av formulering i § 16-4 tredje ledd brukerne av loven til ått vurdere om enkelte av bestemmelsene i kapittel 17 likevel ikke skal fått anvendelse» (51). Reservasjonen, som infördes med 2005 års aml. – uttrycket fanns inte i motsvarande beståttmelse i 1977 års aml. – ått ått anse som en undantagsregel och det kråttvs dåttfor skåttl (begrunnelse) for ått avvika frått huvudreglen om ått kap. 17 ska ått ått tillåttmpning (anvendes) (53). Hur mycket som ska till for ått en regel inte ska anses passa beror pått den beståttmelse som man ska avvika frått, som t.ex. behovet for klare fristregler (55 f.). Domstolen uttalade ått anpassningar till fristreglerna primåttt ska vara en oppgitt for lagstiftaren (58), men avvikelset frått fristreglerna i det åttuelle fallet åttsåts tydligen vara en sak for domstolarna.

Høyesterett fann såttledes inte stød i den knappe ordalydelsen i § 16-4 (3), men fann desto mer ått håttmta i de ulike åttndamåttshåttnsyn (formåttlbetråttkninger) som den identiferte for ått kunne avvika frått uppsåttningstidpunktten som utgåttspunkt for når fristen ska bórja løpa vid verksamhetövergåttng (59–73). Redan åttndamåttlet (formåttlet) med aml. åttsåts vara «av særskilt interesse i et tilfelle som vårt, der loven gjennom reservasjonen ‘så langt de passer’ inviterer til ått presisere en henvisning til andre bestemmelset» (62). Vidare uttalade domstolen ått håttnsyn inte bara ska tas till arbetstagsarsidans intressen vid tolkningen av aml. men ått håttnsyn åttven ska tas till arbeidsgiversidans intressen (63). Argumentet frått arbeidsgiversidan om ått lagens skyddssyft (verneformått) kunde tillvaratas genom ått avbryta talefristen (søktfristen) genom ått kråttve forhandlinger eller ått væcka talan mot (saksøkt) överlåtaren hørsmåttades inte av Høyesterett (64–67). I stället sympatiserte Høyesterett med arbeidstagsarsidans argument om ått uppsåttningstidpunktten kunde utgøre «en mulig prosessuell ‘felle’» (68). Denna fåttlla skulle alltså bestått i ått fristavbrytttende omståttndigheter kunde bli synlige for arbeidstagsarna først når de förstod ått tidligere kollegor blivitt anståttllda hos Aker Solutions som øvertog ansvaret for inspektionerna den 1 april 2020, dvs. drygt tre månader efter ått de sagts opp. Stød for ått uppsåttningstidpunktten ikke skulle anses passa som starttidpunkt for når talefristen ska bórja løpa vid verksamhetövergåttng fann domstolen øttså i det s.k. uppsåttningstidpunktten i § 16-4 (1). Enligt domstolen skulle uppsåttningstidpunktten som friststart

kunna medføre ått arbeidstagsarna i måttnga situationer ikke skulle kunne kråttve sin rätt (70).

Vidare fann Høyesterett stød i den EU-råtttslige effektivitetsprincipen, åttven principen om effektivt domstolsskydd (72 f.). Principen innebår ått nasjonella råtttsmedel och processuelle regler ikke får vara utformade så ått det i praktiken ått omøttjligt eller orimligt svårt ått gøre gåttllende åttspåttk som grundas pått uniøttnsråtttten.

Høyesterett fann inget stød i foråttarbetena for vad lagstiftaren ska ha avsett med lokutionen «så langt de passer» (80 och 83). Man spekulerade nåttgot i om uttrycket redan føre lagåttndringen 2005 innehøttl en møttjlighet till reservasjon av ått tillåttmpa (anvende) reglerna i motsvarande aml. kap. 17 (79). Inte heller i råtttspraxis fann domstolen nåttgot særskilt stød for tolkningen av «så langt de passer», åttnt ått en ått avgøttrende dår Høyesterett føre lagåttndringen utvekklat processreglerna vid verksamhetövergåttng (Rt. 1995 s. 745 *Smevig*) och ått utrymmet «i hvert fall ikke blitt mindre etter lovendringen» (87).

Efter denna genomgåttng konstaterade domstolen ått kåttllmaterialet gav starkt stød for ått uppsåttningstidpunktten ikke skulle anses passa som tidpunkt for friststart (89 f.) och undersøktte i stället vad friststart vid øvertgåttngstidpunktten for verksamhetøvertgåttngen skulle innebåttre (84–97, jfr 40 och 52). Om detta resonerte Høyesterett i termer av ått uppsåttningstidpunktten visserligen ått en tydlig tidpunkt for friststart (93) men ått øvertgåttngstidpunktten beåttktar skyddssyfttet (verneformåttlet) i § 1-1 och ått øvertgåttngstidpunktten anvåttnds i flere beståttmmelser i kap. 16 (91). En regel om ått friststart ska gåttlla frått øvertgåttngstidpunktten åttsåts domstolen ikke øttlåttmplig (uegnet) och en såttan tidpunkt måttte beståttmmas efter objektiva kriterier (94). Høyesterett drog av dette slutsatsen ått «fristen for ått reise søktmåttlet etter arbeidsmiljøloven § 16-4 mot det øverttakende selskap basert pått ått en oppsigelse er ugyldig, løper fra øvertdragelsestidpunktten» (95). Det samme skulle gåttlla for den fjåtttte arbeidstagsaren som visserligen ikke blev uppsåttgd, men fikk ny – ikke fortsett – anståttllning hos Aker Solutions (98 f.).

Avgøttndet ger øttnekligen våttgledning om hur fristerna for ått væcka talan (søktmåttlsfristene) i aml. ska tolkas når det håttvdas ått det føttreligger en øvertgåttng av verksamhet. Når det i det åttuelle fallet ikke fanns nåttnga klare regler ått forhåttlla sig till vare sig i lag, foråttarbetsuttalanden eller råtttspraxis, la domstolen stor vikt pått syfttet (formåttlet) med beståttmmelsene som ått ått skydda arbeidstagsarnas råttttigheter vid verksamhetøvertgåttng. Høyesterett beåttktade øttså EU-råtttslige principer om effektivt domstolsskydd. Resultatet av denna øvning blev ått Høyesterett åttsåts ått råtttskåttllorna gav stød for ått uppsåttningstidpunktten var en opassande starttid for talefristen och i stället skulle tidpunktten for øvertgåttngen av verksamheten tas som utgåttspunkt. Dette ståttmmer for all del øttså øvertens med ått anståttllningen ska øvertgåttt samtidig med verk-

samhetsøvergången som sådan, § 16-4 (1). Samma tidpunkt läggs till grund också för arbeidsgivarens reservasjonsrett enligt § 16-4 (2) och for friststart for arbetstagare att göra företrådesrett till ny anställning gällande hos överlåtare, § 16-3 (3). Detta nämnde också Høyesterett (92). Övergångstidpunkten som startpunkt for talefristen kan ge arbetstagarna ett inte så obetydligt förstärkt skydd vid verksamhetsøvergångssituationer, jämfört med om friststart skulle börja løpa vid uppsägningstillfället, något som det aktuelle rättsfallet visar. Det gäller inte minst i branscher där det är vanlig forekommende med opphandlingar och anbudsforfaranden. Den fasta anställningen hos en och samma arbeidsgivare blir dock inte någon realitet i høgre grad i dessa branscher med detta synsätt. Kanske just därför finns det større skäl att beakta regelverkets skyddssyften når lagtexten är oklar, for att ge arbetstagarna ett anställningsskydd vid verksamhetsøvergång. Men det är inte utan att man kan reflektera över vad som skulle gälla om ett foretag redan tidigare i själva opphandlingsprocessen vidtagit uppsägning under åberopande av att det är osikkert om man kommer att vinna opphandlingen varfor det råder øvertalighet av personal på uppsägningstidpunkten. En sådan uppsägning skulle ikke vara i anslutning eller pga. en verksamhetsøvergång och derfor ikke tråffas av uppsägningforbudet i § 16-4 (1), jfr Temco, C-51/00. Reglerne om att arbeidsgivaren ska berede annat arbeid (annet passende arbeid) gäller ju hos sig, «i virksomheten», § 15-7 (2), se om dette tema exv. HR-2018-880-A *Linjebygg*. Åven om scenariot skulle vara sådant att ny arbeidsgivare är känd, men situationen ändå ikke vore att anse som verksamhetsøvergång enligt kap. 16 gäller ikke kravet på att finne «annet passende arbeid» hos ny arbeidsgivare.

Till sist: når nu Høyesterett konstaterer at reglerne i kap. 17 ikke passer vid øvergång av virksomhet enligt kap. 16, ska det forstås så att det også uteløser at parterne i det enskildte fallet kan komme øverens om lāngre talefrist, jfr § 17-4 (1) *in fine* (jfr 51 og 62)?

*Bernard Johann Mulder*

### **Multimedieprodusent: oppsigelse på grunn av redusert arbeidsevne – arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge arbeidstid – HR-2022-390-A**

#### *Twisten i korthet*

En arbeidstaker hadde over lēngre tid hatt redusert arbeidsevne, i hovedsak som følge av psykisk sykdom. Det var gjennomført flere forgjeves tilretteleggings tiltak med formål å få ham tilbake til full stilling. Arbeidsgiver var imidlertid ikke villig til å tilrettelegge i form av varig redusert arbeidstid i arbeidstakers stilling som multimedieprodusent. Arbeidstaker ble derfor sagt opp. Han reiste søksmål og hevdet at oppsigelsen var usaklig, men tapte i alle instanser. Høyesterett uttaler seg primært om tilrettelegging for

arbeidstaker med « redusert arbeidsevne » etter arbeidsmiljøloven § 4-6. Videre er domstolen inne på plikten til tilrettelegging for arbeidstaker med « funksjonsnedsettelse » etter likestillings- og diskrimineringsloven § 22 samt den individuelle retten til redusert arbeidstid på « helsemessig[.] » grunnlag etter arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd. Disse bestemmelsene har delvis overlappende virkeområde, og gir alle anvisning på en konkret avveining av arbeidstakers behov mot de ulemper tilretteleggingen medfører for arbeidsgiver. Endelig går Høyesterett inn på arbeidsgivers dokumentasjonskrav i oppsigelsessaker.

#### *Saklighetskravet ved oppsigelse på grunn av redusert arbeidsevne*

Saken gjaldt oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, som etter arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd må være « saklig begrunnet ». I tidligere høyesterettspraksis er det lagt til grunn at terskelen for oppsigelse er høyt, og at det skal foretas en « konkret, skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser », se bl.a. Rt. 2009 s. 685 *Webredaktør*. Høyesterett formulerer fremgangsmåten slik i *Multimedieprodusent* avsnitt 34: « Det skal først vurderes om det foreligger en legitim og tungtveiende interesse for oppsigelse. Videre må arbeidsgiverens og arbeidstakerens interesser i utfallet av saken veies mot hverandre ». Hovedfokus i *Multimedieprodusent* var imidlertid om arbeidsgiver hadde oppfylt sin plikt til individuell tilrettelegging etter arbeidsmiljøloven § 4-6. Dette ble i praksis avgjørende for om det forelå saklig grunnlag for oppsigelse. Det foretas bare en helt kort tilleggs vurdering av hvilke ulemper oppsigelsen medførte for arbeidstaker, avsnitt 68.

*Plikt til tilrettelegging etter arbeidsmiljøloven § 4-6*  
Arbeidsmiljøloven § 4-6 første ledd omfatter tiltak med det formål at « arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid ». Deretter presiserer bestemmelsen at arbeidstaker fortrinnsvis skal gis anledning til å fortsette i « sitt vanlige arbeid », og det gis en eksemplifisering av hvilke tiltak som kan være aktuelle. Denne omfatter bl.a. « særskilt tilrettelegging av ... arbeidstiden ». Pliktens omfang angis til « så langt det er mulig ».

Høyesterett kommer, ikke overraskende, til at plikten også kan omfatte redusert arbeidstid. Forutsetningsvis kan arbeidsgiver da « bli henvist til å skaffe annen arbeidskraft til å fylle resten av stillingen », avsnitt 44. Videre viser domstolen til forarbeidsuttalelser om at arbeidsgivers plikter begrenses dersom « det oppstår betydelige problemer med å skaffe andre som kan overta arbeidet i den resttid som blir ledig ». Arbeidsgivers plikter går ikke så langt som til å opprette en « ny stilling » for den aktuelle arbeidstakeren, avsnitt 45.

Høyesterett presiserer at tilretteleggingspliktens omfang beror på en konkret, skjønnsmessig helhets-

vurdering. Her tas blant annet hensyn til om stillingsstrukturen allerede innebærer bruk av deltidsstillinger. Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt må imidlertid tolkes «i lys av hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstruktur», avsnitt 46. Dersom det er tale om «permanente endringer i organisasjons- eller stillingsstrukturen i bedriften» må det etter Høyesteretts mening «foreligge vektige grunner før § 4-6 medfører en plikt for arbeidsgiver for det», avsnitt 48.

#### *Plikt til tilrettelegging etter arbeidstids- og diskrimineringslovgivningen*

Høyesterett går deretter inn på en drøftelse av om arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd om arbeidstidstilpasninger eller likestillings- og diskrimineringsloven § 22 om tilrettelegging for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse kan gi bidrag til tolkningen av arbeidsmiljøloven § 4-6. Bidraget fra arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd avvises hovedsakelig på grunnlag av at denne bare gjelder midlertidig arbeidstidsreduksjon, avsnitt 49. Bidraget fra likestillings- og diskrimineringsloven § 22 avvises etter en kort drøftelse av forarbeidene, hvor Høyesterett utleder at hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme stillings- og organisasjonsstruktur kan være relevant også her, avsnitt 51.

#### *Arbeidsgivers dokumentasjonsplikt*

Saken reiste endelig spørsmål om arbeidsgivers saksbehandling og kravene til dokumentasjon av at tilretteleggingsplikten var oppfylt. Fra arbeidstakersiden var det særlig gjort gjeldende at arbeidsgiver ikke hadde dokumentert hvilke konkrete ulemper det ville innebære å legge til rette for permanent deltidsarbeid. En argumenterte ut fra de begrunnelseskrav som er satt i HR-2019-424-A *Skanska* samt vilkårene for at arbeidsgiver skal kunne supplere begrunnelsen med ny dokumentasjon, jf. HR-2021-2389-A *Pasientjournal*. Høyesterett finner imidlertid at når det gjelder dokumentasjon av ulempene med et tilretteleggings tiltak, må domstolene kunne bygge prøvingen også på parts- og vitneforklaringer, avsnitt 59.

#### *Kommentar*

Det er første gang siden 1995 at Høyesterett tar stilling til omfanget av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt for arbeidstakere med yrkeshemming/reduisert arbeidsevne. Rt. 1995 s. 227 gjaldt den parallelle bestemmelsen i arbeidsmiljøloven av 1977 § 13 nr. 2. Domstolen har ikke hatt noen heldig hånd med tolkningen av bestemmelsen. Kanskje har dette sammenheng med at arbeidsgiver i begge saker hadde strukket seg langt for å tilrettelegge for arbeidstaker. Sakenes konkrete utfall fremstod derfor som rimelig. Men Høyesteretts utledninger av mer generelle prinsipper for interesseavveiningen, virker lite overbevisende. Her tar jeg for meg den siste dommen.

#### *Om tolkningen av § 4-6 og varigheten av tilretteleggingsplikter*

Det er helt klart ut fra så vel lovtekst som forarbeider at § 4-6 også omfatter organisatoriske tiltak, som tilpasset arbeidstid. I denne saken hadde arbeidsgiver-siden problematisert i hvilken utstrekning tilretteleggingsplikten også omfattet *varig* redusert arbeidstid. Et slikt tiltak vil ikke ha som formål å øke arbeidstakers arbeidsevne i den stillingen hen er ansatt i, men å gjøre det mulig for arbeidstaker å beholde en del av stillingen.

Verken lovtekst eller i forarbeider gir direkte støtte til en slik begrensning av arbeidsgivers plikter. Paragraf 4-6 har opphav i den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977 § 13 nr. 2, som gjaldt arbeidsgivers tilretteleggingsplikt overfor arbeidstaker som er blitt yrkeshemmet, altså i utgangspunktet en varig tilstand. Bestemmelsen ble omfattende revidert i 2003, og rettsstilstanden ble i hovedsak videreført i arbeidsmiljøloven av 2005. I forarbeidene til 2003-endringen, Ot.prp. nr. 18 (2002–2003), fremhever Arbeids- og administrasjonsdepartementet at tilpasning av arbeidstid er et «svært hensiktsmessig» virkemiddel ved oppfølging av arbeidstakere med redusert arbeidsevne. Ut fra dette bør arbeidsgiver pålegges en «vidtrekkende» plikt til å tilrettelegge arbeidstiden. Plikten er likevel ikke absolutt: Unntak kan tenkes dersom det vil oppstå «betydelige problemer» med å skaffe andre som kan overta arbeidet i den ledige resttiden. Videre uttales at avveiningen beror på en «konkret skjønnsmessig helhetsvurdering». Disse forarbeidsuttalelsene er ikke begrenset til å gjelde tilpasninger som er midlertidige. Tvert imot vises det samme sted til muligheten for å kombinere nedsatt arbeidstid med graderte trygdeytelser, inkludert varige ytelser som uførepensjon.

Høyesterett viser videre til uttalelser i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 om at arbeidsgiver ikke trenger å opprette en «ny stilling» til arbeidstaker med redusert arbeidsevne. Dette tolkes som et konkret utslag av et generelt prinsipp om at bestemmelsen må tolkes i lys av arbeidsgivers «behov for å kunne bestemme organisasjons- og stillingsstruktur», avsnitt 45. Det angis ikke noe nærmere grunnlag for denne slutningen. Etter min mening er det vel så nærliggende å tolke uttalelsen i samsvar med tilsvarende forarbeidsuttalelser om plikten til å tilby ‘annet passende arbeid’ ved nedbemanningsoppsigelse, se Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 72. Poenget er at arbeidsgiver ikke trenger å opprette nye stillinger *som det ikke er behov for*. Dette er ikke situasjonen hvor man reduserer en persons arbeidstid og som følge av dette får et udekket arbeidskraftbehov på deltid.

#### *Kravet om ‘vektige grunner’*

Høyesterett utleder som nevnt at et krav om varig tilrettelagt arbeidstid som innebærer «permanente endringer i organisasjons- og stillingsstrukturen» forutsetter at det foreligger «vektige grunner». Arbeidsgivers be-

hov for å kunne bestemme organisasjons- og stillingsstruktur gis altså her en type egenvekt, utover det som følger av konkrete vansker med å skaffe kvalifiserte søkere til deltidsstillinger. I praksis synes dette å innebære svakere krav til arbeidsgivers vurdering, og dokumentasjon, av konkrete ulemper ved et tilretteleggingstiltak.

Dette kriteriet introduseres uten overbevisende rettskildedekning. Det innebærer at det legges flere vektlodd i arbeidsgivers vektskål i den konkrete vurderingen av «så langt det er mulig», og som følge av dette, også i saklighetsvurderingen ved oppsigelse på grunnlag av redusert arbeidsevne. Det kan virke som om vurderingen av krav om varig nedsatt arbeidstid løftes opp som en type ‘virksomhetsledelse’, som domstolene skal være tilbakeholdne med å prøve. Men dette dreier seg om individuelle tilretteleggingstiltak overfor en konkret arbeidstaker, noe som skulle tilsi en høy prøvingsintensitet.

*Forholdet til arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd*  
Drøftelsen, i avsnitt 49, er svært kort og overfladisk. Høyesteretts poeng synes å være at slike individuelle arbeidstidsrettigheter er ment å være relativt kortvarige. Det fremheves at arbeidstaker har rett til å komme tilbake etter avtalt periode. Følgelig kan arbeidsgiver ikke ha plikt til varige tiltak. En kan imidlertid ikke slutte fra en rett for arbeidstaker til en manglende plikt for arbeidsgiver. Er behovet fortsatt til stede ved avtalt periodes slutt, vil jo avtalen måtte fornyes. I tillegg kan denne type tiltak i praksis være relativt langvarige. For eksempel kan dette gjelde tiltak overfor eldre arbeidstakere og tiltak som er begrunnet i arbeidstakers omsorgsoppgaver for barn med funksjonsnedsettelse.

#### *Forholdet til likestillings- og diskrimineringsloven § 22*

Også drøftelsen av denne bestemmelsen, avsnitt 50–51, er overfladisk. Det er ikke engang vist til lovens kriterier for vurdering av «uforholdsmessig byrde». Heller ikke bestemmelsens EU-rettslige bakgrunn er vurdert. Liknende spørsmål oppstod i *Ring og Skouboe Werge*-sakene, forente saker C-335/11 og C-337/11 for EU-domstolen. I dansk rett hadde det vært hevdet at Rammedirektivet om likebehandling (2000/78/EF) artikkel 5 om tilrettelegging for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse ikke omfattet varig nedsatt arbeidstid. Resonnementet synes å ha vært at bestemmelsen bare omfattet tiltak som kompenserte for nedsatt arbeidsevne, altså økte denne. EU-domstolen finner imidlertid at Rammedirektivets begrep «disability» ikke utelukkende omfatter tilstander som kan kompenseres med et særlig hjelpemiddel, og at (varig) nedsatt arbeidstid faller inn under arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Dommen gir ingen holdepunkt for at vurderingen av «uforholdsmessig byrde» er annerledes her enn ved andre typer tilretteleggingstiltak.

Diskrimineringsnemnda har i flere saker, se bl.a. LDN-2014-69 og DIN-2018-413, lagt til grunn at arbeidsgiver ikke nødvendigvis kan avvise en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse på det grunnlag at vedkommende bare kan arbeide deltid. Dette forutsetter at arbeidsgiver kan ha plikt til å dele en stilling på permanent grunnlag.

#### *Hva er det med Høyesterett og arbeidstidstilpasninger?*

I HR-2016-867-A satte Høyesterett til side Tvisteløsningsnemndas faste praksis i en sak som gjaldt krav om *utvidet* arbeidstid. Spørsmålet var om deltidsansattes fortrinnsrett kunne omfatte en del av en stilling. Det var et praktisk behov for dette, ettersom rettigheten ellers ville blitt av liten verdi for deltidsansatte som fra før hadde relativt høye stillingsprosent. Tvisteløsningsnemnda hadde lagt til grunn at bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-3 i prinsippet kunne omfatte fortrinnsrett til deler av en stilling, samtidig som dette relativt ofte ville medføre «vesentlige ulemper» for arbeidsgiver. Høyesteretts flertall fant at imidlertid en slik rett falt helt utenfor § 14-3. Som følge av Høyesteretts dom, besluttet lovgiver i 2018 å endre bestemmelsen slik at det klart fremgikk at fortrinnsretten også kunne omfatte del av en stilling.

‘Heltid en rettighet, deltid en mulighet’ har vært et slagord innenfor kvinnebevegelsen. Hvor Diskrimineringsnemnda og Tvisteløsningsnemnda har hatt en relativt offensiv praksis med hensyn til arbeidstidsrettigheter, har Høyesterett ført en restriktiv linje som synes å være i dårlig samsvar med lovgiverviljen. At det ikke legges til rette for deltidarbeid, har åpenbare negative konsekvenser for arbeidsmiljølovens formål om inkluderende arbeidsliv og likebehandling. Høyesteretts rettsoppfatning kan virke utstøtende for kvinner, eldre og personer med funksjonsnedsettelse, og kan føre til forskjellsbehandling mellom personer med fysiske og psykiske funksjonsnedsettelse. Det er også vanskelig å se at en virksomhets ønske om å bare ha fulltidsstillinger, isolert sett utgjør noe viktig argument mot en plikt til individuell arbeidstidstilpasning.

Det er ingen tvil om at individuell tilrettelegging av arbeidstid kan medføre ulemper for arbeidsgiver og at disse ulempene er relevante i en konkret avveining av om tiltaket kan kreves. Dette gjelder etter arbeidsmiljøloven § 4-6 så vel som arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd og likestillings- og diskrimineringsloven § 22. Høyesteretts krav om «viktige grunner» for varig tilrettelagt arbeidstid har imidlertid dårlig dekning i rettskildene. Lovgiver bør, på tilsvarende måte som for deltidsansattes fortrinnsrett, endre loven for å presisere at den også omfatter varig tilrettelagt arbeidstid.

*Tine Eidsvaag  
Det juridiske fakultet  
Universitetet i Bergen*

**EU-domstolens dom (Tredje avdeling)  
10. februar 2022 i sak C-485/20 HR Rail SA:  
tilrettelegging for arbeidstaker med funksjons-  
nedsettelse – omplassering til annen stilling**

*Twisten i korthet*

Arbeidstaker var prøvetidsansatt i en stilling som vedlikeholder av jernbaneskinner. I løpet av prøvetiden ble han diagnostisert med en hjertefeil og fikk innsatt pacemaker. Dette apparatet er følsomt for elektromagnetiske felter, og han kunne derfor ikke lenger arbeide med jernbaneskinner. Han ble midlertidig omplassert til en stilling som lagerarbeider, men sagt opp til utløp av den opprinnelige prøvetiden, fordi han var ute av stand til å fylle den stillingen han var ansatt i. Arbeidstaker mente seg diskriminert som følge av funksjonsnedsettelse. Den belgiske forvaltningsdomstolen Conseil d'État ba om tolkningsuttalelse fra EU-domstolen. Kort formulert var spørsmålet om plikten til individuell tilrettelegging etter artikkel 5 i Rammedirektivet om likebehandling, 2000/78/EF (heretter: Rammedirektivet), også kunne omfatte en plikt til å tilby omplassering til andre stillinger enn den arbeidstaker var ansatt i. EU-domstolen kommer til at et slikt tiltak kan omfattes av bestemmelsen. Rammedirektivet tolkes på bakgrunn av FN-konvensjonen fra 2006 om rettighetene til mennesker med funksjonsnedsettelse (heretter: FN-konvensjonen), samt EUs eget charter om grunnleggende rettigheter fra 2000 (heretter: Charteret).

*Om anvendelsesområdet for direktivet*

EU-domstolen legger til grunn at Rammedirektivet finner anvendelse i både offentlig og privat sektor, og at det kan omfatte arbeidstakere som er prøvetidsansatte, dommens avsnitt 28–32. Med hensyn til innholdet i direktivets begrep «handicap» viser domstolen til sin tidligere rettspraksis. Begrepet omfatter «en begrensning som følge av bl.a. fysiske, mentale eller psykiske skader, som i samspill med forskjellige barrierer kan hindre den berørte person i fullt og effektivt at delta i arbeidslivet på like fod med andre arbeidstakere», avsnitt 34. Saksøker hadde et helseproblem som gjorde det nødvendig med pacemaker, og dette medførte at han ikke kunne utføre arbeid i den stilling han var ansatt i. En slik situasjon faller inn under direktivets virkeområde, jf. dommens avsnitt 35–36.

*Om plikten til tilrettelegging*

Domstolen tar i avsnitt 37 utgangspunkt i ordlyden i Rammedirektivets artikkel 5, sammenholdt med fortalens avsnitt 20 og 21. Direktivet bør så vidt mulig tolkes i samsvar med FN-konvensjonen, som blant annet definerer nektelse av rimelige tilpasningstiltak som diskriminering, dommens avsnitt 38.

EU-domstolen legger til grunn at de tiltak som oppregnes i fortalens avsnitt 20, ikke er uttømmende. Artikkel 5, sammenholdt med FN-konvensjonen, tilsier at begrepet «tilpasninger i rimelig omfang» tolkes vidt,

avsnitt 40. I samsvar med generaladvokatens forslag til avgjørelse, tolker Domstolen henvisningen til «arbeidspladsen» i fortalen avsnitt 20 slik at arbeidsgiver i første omgang skal søke å innrette arbeidsplassen. Tilretteleggingsplikten kan likevel omfatte tiltak utover dette, blant annet tiltak «der giver den handicappede mulighed for at bevare sin ansættelse, såsom at omplacere denne til en anden stilling», dommens avsnitt 41.

Domstolen viser til at Rammedirektivet konkretiserer det generelle diskrimineringsforbudet i Charterets artikkel 21. Dessuten henvises til Charterets artikkel 26 om retten for mennesker med funksjonsnedsettelse til å nyte godt av blant annet tiltak som skal styrke deres deltakelse i samfunnslivet, avsnitt 42. Domstolen legger til grunn at «når en arbeidstager varigt bliver ude af stand til at bestride sin stilling på grund af, at der er opstået et handicap, kan omplacering af den pågældende til en anden stilling udgøre en passende foranstaltning» etter artikkel 5, dommens avsnitt 43. Artikkel 5s formulering om «tilpasninger i rimelig omfang» må forstås ut fra formålet, som er å fjerne de ulike barrierer som hindrer personer med funksjonsnedsettelse i fullt og effektivt å delta i arbeidslivet på like fot med andre arbeidstakere, avsnitt 44.

Plikten til tilrettelegging omfatter likevel ikke tiltak som påfører arbeidsgiveren en uforholdsmessig stor byrde, avsnitt 45. Den konkrete bedømmelsen av dette kriteriet ligger under nasjonal domstols kompetanse, men EU-domstolen gir noen anvisninger for tolkningen: Det må foreligge minst en ledig stilling hos arbeidsgiver, som arbeidstaker er kompetent til å ivareta, avsnitt 48. Arbeidsgiver har altså ikke plikt til å si opp andre arbeidstakere eller å tvinge disse til å skifte stilling, for å tilrettelegge for arbeidstakeren med funksjonsnedsettelse.

*Kommentar*

Spørsmålet om plikten til individuell tilrettelegging for arbeidstaker med funksjonsnedsettelse også kan omfatte omplassering til annen stilling i arbeidsgivers virksomhet, har ikke vært tatt opp tidligere av EU-domstolen. Spørsmålet har stor praktisk betydning.

Ordlyden i Rammedirektivets artikkel 5 gir få begrensninger med hensyn til hvilken art tiltak som omfattes: Arbeidsgiver skal «træffe de foranstaltninger, der er hensigtsmæssige i betragtning af de konkrete behov, for at give en handicappet adgang til beskæftigelse, til at udøve den eller have fremgang i den eller for at give vedkommende adgang til uddannelse, medmindre arbeidsgiveren derved pålægges en uforholdsmæssig stor byrde». Noen eksempler nevnes i fortalens avsnitt 20, men det er klart at denne opplistingen ikke er uttømmende.

Fortalens avsnitt 17 kunne isolert sett peke mot at tilretteleggingsplikten var begrenset til å gjelde tiltak for å tilrettelegge i den stillingen arbeidstaker innehar. Her heter det at «[m]ed forbehold af forpligtelsen til i rimelig omfang at foretage tilpasninger af hensyn til

personer med handicap kræver dette direktiv hverken ansættelse, forfremmelse, fortsat ansættelse eller uddannelse af en person, der ikke er kompetent, egnet og disponibel til at udføre de væsentlige funktioner i forbindelse med den pågældende stilling ...». Henvi-ningen til «den pågældende stilling» gjelder imid-ler-tid ikke selve tilretteleggingsplikten. EU-domstolen har nå klart avgjort at omplassering til annen stilling kan omfattes. Dommen reiser likevel en rekke nye problemstillinger.

#### *Valg mellom tilrettelegging i egen stilling og omplassering?*

En problemstilling som ikke var direkte aktuell i den- ne saken, er om arbeidsgiver kan velge omplassering som tilretteleggingstiltak, hvor dette er billigere eller enklere enn tilrettelegging i arbeidstakers egen stil-ling. Domstolen uttaler imidlertid i avsnitt 41 at ar- beidsgiver «i første omgang skal indrette [arbeidstakers arbeidsplass], inden der hernæst iværksættes andre foranstaltninger ...». Omplassering vil altså ikke nød- vendigvis være en «passende foranstaltning» etter fortalens avsnitt 20 hvor arbeidstaker ønsker tilrette- legging i egen stilling.

#### *Hvem har rett til å bli tilbudt alternativ stilling?*

EU-domstolens standpunkt omfatter tilfeller hvor «en arbeidstaker varigt bliver ude af stand til at bestride sin stilling på grund af, at der er opstået et handicap», avsnitt 43. Saken gjaldt en arbeidstaker i prøvetid, og plikten vil selvsagt også gjelde overfor fast ansatte. Dommen gir ikke støtte til at en tilsvarende plikt til å tilby en 'alternativ stilling' kan foreligge i en anset- telse situasjon. Hva som gjelder dersom arbeidstakers opprinnelige stilling var midlertidig, men stillingen som vedkommende krever omplassering til, er fast, er det ikke tatt standpunkt til i dommen.

#### *Arbeidstakers kvalifikasjoner for den alternative stillingen*

En plikt til å tilby omplassering i en ledig stilling, må selvsagt forutsette at arbeidstakeren oppfyller mini- mumskvalifikasjonene for denne stillingen. Men dom- men forutsetter at arbeidstaker skal tilbys stillingen uten 'ekstern' konkurranse, altså selv om vedkom- mende ikke ville ha vært den best kvalifiserte i en vanlig søknadsprosess. En slik plikt vil gripe inn i arbeidsgivers rett – og eventuelt også plikt – til å byg- ge på kvalifikasjoner ved ansettelse. Sett fra norsk rett er det ikke noe uvanlig med dette. Den norske arbeids- miljøloven forutsetter at arbeidstakere med ulike typer 'fortrinnsrett' kan skyve til side bedre kvalifiserte eksterne interessenter til en stilling. Dette gjelder for eksempel arbeidsmiljøloven § 4-6 (omplussing av arbeidstaker med redusert arbeidsevne), aml. § 15-7 annet ledd første punktum (tilbud om «annet passen- de arbeid» ved nedbemanningsoppsigelse) og aml. § 14-2 (fortrinnsrett for tidligere ansatte).

Hvor godt kvalifisert arbeidstakeren er for den alter- native stillingen, utover minstekravene, vil antakelig kunne få betydning for den skjønnsmessige vurderin- gen av «uforholdsmessig byrde», jf. artikkel 5. Gene- raladvokaten er også inne på at omplassering vil være lettere å gjennomføre alt etter arbeidstakers større eller mindre grad av egnethet for den aktuelle stil- lingen, avsnitt 77.

#### *Individuell tilrettelegging eller positiv særbehandling?*

Et spørsmål som var tatt opp av arbeidsgiverparten, var om en rett til å bli tilbudt annet ledig arbeid i virk- somheten er å anse som positiv særbehandling av ar- beidstaker med funksjonsnedsettelse, jf. Ramme- direktivets artikkel 7. Dette ble anført i to relasjoner: 1. overfor andre arbeidstakere som blir sagt opp på grunn av tap av nødvendige kvalifikasjoner for stil- lingen, uten at dette har sammenheng med funksjons- nedsettelse; 2. overfor eksterne arbeidssøkere med bedre kvalifikasjoner. Generaladvokaten tar opp den- ne problemstillingen i avsnitt 81–83 og finner at en plikt til å tilby annet arbeid ikke innebærer positiv særbehandling. En grunn til dette er at positiv særbe- handling bygger på en gruppe logikk, mens individu- ell tilrettelegging tar sikte på å løse den konkrete ar- beidstakers situasjon. EU-domstolen uttaler seg ikke direkte om positiv særbehandling, men bygger på at en plikt til å tilby annen stilling faller inn under be- stemmelsen om individuell tilrettelegging.

#### *Fra likebehandling til inkludering?*

Formålet bak plikten til individuell tilrettelegging for personer med funksjonsnedsettelse, har tradisjonelt vært å oppnå (reell) likebehandling. Tilretteleggings- tiltaket skal kompensere for vansker som oppstår i mø- tet mellom individets forutsetninger og samfunns- skapte barrierer og skape en 'tilsvarende situasjon', hvor arbeidstakers funksjonsnedsettelse ikke har be- tydning for arbeidsutførelsen. Senere praksis i EU- domstolen går imidlertid lenger enn dette.

I *Ring og Skouboe Werge*-sakene, forente saker C-335/11 og C-337/11, finner EU-domstolen at tilret- teleggingsplikten ikke bare omfatter tiltak som har direkte betydning for arbeidsutførelsen, men også tiltak som gjør det mulig for arbeidstaker å fastholde ansettelsen hos arbeidsgiver, som redusert arbeidstid. I *HR Rail SA* tar EU-domstolen et nytt skritt på denne utviklingsveien, og legger til grunn at tilretteleggings- plikten også kan omfatte omplassering til annen stil- ling i arbeidsgivers virksomhet. Dette synes å innebære at hensynet til denne gruppens integrasjon på arbeids- markedet er tillagt økt betydning i forhold til hensynet til likebehandling i 'snever' forstand.

*Tine Eidsvaag  
Det juridiske fakultet  
Universitetet i Bergen*

### Kan en kommune forby utleie av el-sparkesykler i medhold av eiendomsrett til gater og fortau? Ja, hvilken kompetanse gir egentlig eierrådigheten det offentlige? HR-2021-2510-A

Sommeren 2019 skrev The New York Times: “The electronic-scooter scene in Paris is a mess. But there’s no better way to get a taste of a city”! Amerikanske start-ups og andre hadde dumpet tusenvis – kanskje titusenvis – av el-sparkesykler i Paris. Senere om sommeren fikk Paris’ ordfører nok: hun forbød parkering av “trottinettes” på fortauene.

Trondheim by var ikke dårligere. Den 13. august 2019 fattet formannskapet vedtak om at el-sparkesykler for utleie på kommunal grunn ikke var tillatt uten eie-avtale, og at el-sparkesyklene ville bli fjernet for utleieaktørens regning. Hjemmelsgrunnlaget var kommunens eiendomsrett til gater, fortau, torg og parker.

En av el-sparkesykkelaktørene ville ikke godta kommunens eiendomsrett som hjemmelsgrunnlag. Neste vår satte derfor aktøren ut el-sparkesykler i Trondheim sentrum – uten avtale med kommunen. Trondheim kommune fulgte opp med å stevne operatøren for tingretten. Samtidig ble det begjært midlertidig forføyning for å stanse utplasseringen. Kommunen fikk ikke medhold i forføyningssaken. Hovedsaken endte etter hvert i Høyesterett, der kommunen også tapte. En dommer dissenterer.

Retsspørsmålet for Høyesterett var følgende: Var kommunens vedtak offentlig myndighetsutøvelse av slik karakter at den krevde hjemmel i lov, eller dreide det seg om kommunal håndheving av eiendomsretten som ikke trengte ytterligere hjemmelsgrunnlag?

Nå hadde Stortinget før behandlingen i Høyesterett vedtatt lov 18. juni 2021 nr. 139 om utleie av små elektriske kjøretøy på offentlig grunn, og Trondheim kommune hadde da lovhjemmel til å kreve at utleie av el-sparkesykler på offentlig grunn bare kan skje med tillatelse fra kommunen. Høyesterett fant imidlertid at det sentrale for Trondheim var å få avklart om grunneierposisjonen i seg selv gir rett til å bestemme dette, og at den avklaringen i prinsippet kan få selvstendig betydning, om lovgiver senere skulle endre eller fjerne forskriftshjemmelen. Og, heter det i avsnitt 40: «Spørsmålet om rekkevidden av kommunens eierrådighet har dessuten en prinsipiell interesse ut over dette.» Trondheim hadde fortsatt rettslig interesse i saken.

Flertallet tar utgangspunkt i at «det offentlige» har samme eierrådighet som private, men antar også at det gjelder spesielle skranker for «det offentliges» utøvelse av privatautonomien (avsnitt 64). Både flertall og mindretall viser i så måte til Rt. 2009 s. 1356, som nevner offentligrettslige skranker mht. «kompetanse, saksbehandling og innhold». Disse skrankene eksem-

plifiseres der med alminnelige regler om habilitet og veiledningsplikt, det ulovfestede kravet om forsvarlig saksbehandling, og myndighetsmisbrukslærens forbud mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet (den dommen avsnitt 31).

Flertallet i dommen om el-sparkesyklene vektlegger spesielt uttalelsen om at det gjelder *innholdsmessige skranker* for det offentlige. Det forutsetter at slike skranker kan lede til krav om lovhjemmel i tillegg til privatautonomien, men medgir at avgjørelsen fra 2009 ikke gikk inn på grensdragningen.

Mindretallet er mindre villig til å legge så mye i 2009-dommen, og finner det uklart om henvisningen til innholdsmessige skranker gikk videre enn til det eksemplet dommen selv ga (dvs. myndighetsmisbrukslæren). Men heller ikke mindretallet vil helt avvise at legalitetsprinsippet i noen tilfeller vil kunne kreve lovhjemmel for det offentlige.

Flertallet åpner imidlertid et atskillig større handlingsrom for å oppstille lovkrav enn mindretallet, og støtter seg på noe ytterligere rettspraksis, etterarbeider (Forvaltningslovutvalget, NOU 2019: 5) og juridisk teori, når det i avsnitt 64 oppsummerer rettsstillingen slik:

«Jo større likhet det er med vanlig forvaltning, jo større grunn er det til å la offentligrettslige regler få anvendelse i tillegg til de privatrettslige – herunder kravet om lovhjemmel. Det vil oftest kunne være tilfelle når reguleringen virker inngripende og skal ivareta politiske eller samfunnsmessige hensyn. Særlige begrensninger gjelder på grunn som er beregnet til allmenn bruk, som veger og torg».

I avsnitt 69 gis det en noe nærmere presisering, i det vesentlige basert på NOU 2019: 5. I kjernen av tilfeller som krever lovhjemmel, sier flertallet, «ligger forbud og tillatelser og andre disposisjoner som har en klar offentligrettslig karakter». I tillegg nevner flertallet at formålet med tiltaket vil spille inn, og om det dreier seg om ensidige pålegg, eller om gjensidige ytelser.

Kommunesektorens organisasjon (KS), som opptådte som Trondheim kommunes partshjelper (ved siden av Staten v/Samferdselsdepartementet), hadde vist til at også hensynet til det lokale selvstyret måtte få betydning for vurderingen (jf. Grunnloven § 49 annet ledd første punktum: «Innbyggerne har rett til å styre lokale anliggender gjennom lokale folkevalgte organer»). Flertallet avviste imidlertid dette hensynet som relevant for rekkevidden av legalitetsprinsippet. På bakgrunn av forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen, mente flertallet at bestemmelsen mer snevert gjelder forholdet mellom offentlige myndigheter på ulike nivåer.

Flertallets rettsoppfatning etterlater altså et vesentlig skjønnsrom, som gir domstolene betydelige manøvreringsmuligheter fremover, men som går tilsvarende på bekostning av forutberegneligheten for både det offentlige og borgerne.



Når det gjaldt den konkrete vurderingen av Trondheim kommunens vedtak, talte beslutningens *art* (forbud kombinert med tillatelser etter nærmere retningslinjer) for et lovkrav; det samme gjaldt *samfunnsområdet* som berøres av vedtaket (ferdsel på sentral offentlig infrastruktur); og *formålet* med vedtaket (atferdsregulering av mer vidtrekkende betydning for næringsutøvere). I tillegg la flertallet til grunn at det er svært ulike syn i befolkningen på hvor strengt utleie av el-sparesykler bør reguleres, og at de forskjellige interessene da bør avveies gjennom en annen og grundigere prosess enn som ledd i en kommunal eiendomsrettslig disposisjon.

At kommunen hadde legitime behov for å regulere allmennhetens bruk av offentlig eiendom i dette tilfellet, ble ikke bestridt av flertallet, men hensynet veide ikke tungt nok til å oppveie hensynene for at slik regulering krever hjemmel i lov.

Hva så med mindretallet? Hennes generelle merknader etterlater inntrykk av en sterk hovedregel om at det offentliges privatautonomi ikke blir å supplere av lovkrav. Derimot vil den *innholdsmessige* prøvingen i hovedsak skje i samsvar med myndighetsmisbrukslæren. Mindretallets konklusjon på den generelle rettslige drøftelsen er at «eierrådigheten til grunnen som kompetansegrunnlag står sterkt» (avsnitt 115).

Ved den konkrete avveilingen av om vi likevel står overfor et tilfelle der legalitetsprinsippet medfører krav om lovhjemmel ved siden av eierrådigheten, drøfter mindretallet de samme hensyn som flertallet, men gir andre vurderinger: Beslutningens *art* har for mindretallet mer preg av kommunal utleie («ikke ulikt den utleie som skjer til salgsboder, matvogner, ute-servering og annet», avsnitt 117), enn av typisk myndighetsutøvelse. *Samfunnsområdet* (veger, fortauer og andre steder som er ment for allmennhetens ferdse) taler for mindretallet i begge retninger: forbudet innebærer at ferdselen blir vanskeliggjort for el-sparesykkelbrukere, men andres mulighet til trygt å ferdes, blir større. Og et *formål* om å ivareta fellesskapets interesser, kan etter mindretallets oppfatning godt ivaretas i kraft av eierrådigheten: At spørsmålet om regulering av el-sparesykkelutleie bør avveies gjennom en grundig prosess, er hun ikke uenig i, men kommunen oppfylte dette ved den eiendomsrettslige disposisjonen – vedtaket ble fattet av formannskapet, som er et politisk organ.

Mindretallets standpunkt har mye for seg. På mange områder har Stortinget overlatt vedtakskompetanse til det offentliges diskresjonære skjønn. Når det gjelder arealbruk, er plan- og bygningslovens utgangspunkt at kommunens politiske organer har vedtakskompetanse på denne måten. De kommunale beslutningene kan her ha vidtrekkende økonomiske og andre virkninger, men overprøving skjer likevel i hovedsak etter samme retningslinjer som mindretallet vil oppstille overfor bruk av eierrådigheten: om kommunen

har overtrådt det ulovfestede «forbudet mot myndighetsmisbruk – vilkårlighet eller usaklig forskjellsbehandling – samt regler om habilitet og forsvarlig saksbehandling for øvrig, jf. Rt-2009-1356» (avsnitt 122). Det er da vanskelig å se behovet for at *domstolene* skal trekke grensene snevrere for arealbruksbestemmelser som følger av eierrådigheten.

Også fra et privatrettslig perspektiv er mindretallets standpunkt godt. Det rettslige konseptet om eiendomsrett er uhyre praktisk og anvendelig. I norsk rett representerer det et helt generelt, firskåret, «defaultalternativ», se f.eks. Rt. 2011 s. 780 avsnitt 59: «Eiendomsretten beskrives gjerne som en rett til å råde rettslig og faktisk over ting eller fast eiendom så langt dette ikke er forbudt ved lov eller strider mot rettigheter som tilkommer andre. Eiendomsretten har også en negativ side, ved at eieren kan hindre andre i å disponere og bruke tingen og eiendommen, se Falkanger og Falkanger: Tingsrett, 6. utgave side 40–41».

Eiendomsrettskonseptet gir altså et svært forutberegnelig utgangspunkt. At *lovgiver* gjør inngrep i konseptet ved hjelp av skjønnspregede vilkår, kan det være gode grunner for – den politiske prosessen vil gjerne medføre kompromisser og tvetydighet, særlig på et fundamentalt område som dette. Men at *domstolene* skulle unnta «det offentlige» som helhet fra eiendomskonseptets enkle og praktiske anvendelighet, er noe annet. Dét ville vel snarere vært et *lovgivergrep*.

Geir Stenseth

## INTERNASJONAL PRIVATRETT

### Domsmyndighet ved foreldretvister, tidspunktet for vurderingen etter barneloven § 82 – HR-2022-847-A

Et barn ble født i løpet av ekteskapet mellom en norsk mann og en mor fra Guatemala. I flere år bodde barnet for det meste hos mannen i Norge. Da barnet var seks år, ble det rettskraftig avgjort at mannen ikke var barnets far. Det verserte da allerede en tvist i Norge om foreldreansvar, bosted og samvær. Tingretten avgjorde at moren skulle ha foreldreansvar alene, at barnet skulle ha bosted hos moren, og at den «tidligere faren» skulle ha samvær med barnet. Dommen ble anket, og under forberedelsen til ankeforhandlingen flyttet moren til Guatemala med barnet. Spørsmålet som Høyesterett avgjorde er om mannen kunne kreve del i foreldreansvar, bosted hos seg og samvær med barnet. Jeg kommer ikke til å kommentere denne delen av dommen, men skal konsentrere meg om et annet spørsmål som ble behandlet, og hvor Høyesterett delte seg i et flertall og to ulike mindretall: Om norske domstoler beholder jurisdiksjon over foreldretvister dersom barnets vanlige bosted flyttes til utlandet etter at saken er innledet.

### Spørsmål om fortsatt jurisdiksjon

Ettersom barnets vanlige bosted ble flyttet til Guatemala, og Guatemala ikke er medlem i 1996 Haagkonvensjon om foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn, avgjøres spørsmålet om jurisdiksjon etter barneloven § 82. Bestemmelsens første ledd, som er relevant her, lyder: «Sak om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, kven barnet skal bu fast saman med eller samvær kan reisast for norsk domstol dersom barnet har vanleg bustad i Noreg.»

Etter denne bestemmelsen er det barnets vanlige bosted på stevningstidspunktet som avgjør om saken kan reises i Norge. Dersom barnet er bosatt i Norge, har norske domstoler jurisdiksjon. Spørsmålet er hva som skjer dersom barnets bosted flyttes ut av landet etter at saken er reist. Norske domstoler hadde domsmyndighet da saken ble reist, men beholder de myndighet dersom grunnlaget for jurisdiksjon endrer seg underveis? Bestemmelsens ordlyd gir ikke svar på dette spørsmålet.

Flertallet leser derfor bestemmelsen i sammenheng med domstolloven § 34. Domstolloven § 34 lyder: «Naar en sak lovlig er bragt ind for en domstol, vedblir denne, hvis ikke andet er bestemt, at være domsmyndig i saken, selv om der senere indtræder saadanne forandringer, at retten ikke da kunde tat saken til behandling.»

En systematisk tolkning av barneloven § 82 og domstolloven § 34 tilsier at endringene i barnets vanlige bosted som inntreffer etter at saken er reist, ikke påvirker domsmyndighet – med mindre «andet er bestemt».

Et eksempel på at «andet er bestemt» er spørsmål om omsorgsovertagelse: Senest i HR- 2022-207-A uttaler Høyesterett, under henvisning til HR-2020-662-S, som i sin tur henviser til HR-2016-2262-A, at grunnlaget for jurisdiksjon vurderes på domstidspunktet. Dette har gode grunner for seg: muligheten til å få saken tilstrekkelig opplyst, samt muligheten til å fullbyrde tiltak, beror som oftest på samarbeid med myndighetene der barnet har sitt vanlig bosted. Dette taler for at tiltak skal treffes av myndighetene på det stedet der barnet har sitt vanlige bosted. Hensynet til å unngå konkurrerende jurisdiksjon tilsier dessuten at sakene forfølges i det land hvis domstoler har myndighet, og ikke i land som har mistet myndighet.

Disse hensyn er ivaretatt i den nevnte 1996 Haagkonvensjon. Artikkel 5 annet ledd der lyder: «Ved endring i barnets vanlige bosted til en annen konvensjonsstat, har myndighetene i den staten der barnet har nytt vanlig bosted jurisdiksjon, med unntak for artikkel 7. Unntaket gjelder ulovlig barne bortføring.»

Hovedregelen i Haagkonvensjonen innebærer at den opprinnelig kompetente domstolen mister jurisdiksjon dersom barnets bosted lovlig flyttes til utlandet. Dette gjelder selv om flyttingen skjer etter at en sak er innledet. Sistnevnte følger ikke uttrykkelig av bestemmelsens ordlyd, men er klart dersom man ser på konvensjonens tilblivelse. Det nærmeste man kommer

forarbeider til Haagkonvensjonen, er *Explanatory Report* forfattet av Paul Lagarde, som er lagt ut på konvensjonens hjemmeside, se *HCCH | Explanatory Report on the 1996 HCCH Child Protection Convention*. Den påpeker i bemerkningene til artikkel 5 annet ledd, avsnitt 42 at det under forhandlingene ble foreslått at myndighetene skulle beholde jurisdiksjon dersom en sak allerede var innledet på det tidspunktet da familien flyttet. Forslaget ble avvist. Konvensjonen er følgelig taus om dette, og Lagarde uttaler at jurisdiksjonen automatisk går over til myndighetene i det nye landet dersom en familie flytter mens en sak verserer.

Unntaket fra denne automatiske myndighetsovergangen gjelder dersom flyttingen er ulovlig. Etter Haagkonvensjonen artikkel 7 forblir myndigheten i det landet barnet flyttet fra, dersom barnet ulovlig ble bortført fra dette landet. Dette gjelder uansett om det verserer en sak eller ei.

Det ovennevnte betyr at hovedregelen i Haagkonvensjonen artikkel 5 er at det er domstolene i det landet der barnet *til enhver tid* har sitt vanlige bosted, som har jurisdiksjon.

Dersom Haagkonvensjonen kommer til anvendelse, er dette tilstrekkelig grunnlag for å konstatere at «andet er bestemt» og at hovedregelen i domstolloven § 34 ikke kommer til anvendelse. Dessuten har barneloven § 82 tredje ledd et uttrykkelig forbehold for «overenskomst med annan stat». Det er da ikke tvilsomt at tidspunktet for vurdering av vanlig bosted er domstidspunktet, dersom saken faller inn under Haagkonvensjonen.

Spørsmålet er om det er grunnlag for å innta samme tilnærming når jurisdiksjon ikke er forankret i Haagkonvensjon, men følger av barneloven § 82.

### Flertallets syn

Flertallet (førstvoterende dommer Falch med tilslutning fra dommerne Sæther og Webster) avveier ulike hensyn og kommer til at barneloven § 82 ikke kan tolkes slik at den gir grunnlag for å avvike fra hovedregelen i domstolloven § 34. Følgelig mister ikke norske domstoler jurisdiksjon dersom barnet flytter etter at saken ble innledet – selv ikke dersom flyttingen er lovlig. Flertallets argumentasjon antyder at resultatet ikke nødvendigvis er tilfredsstillende, men at det er lovgiverens oppgave å eventuelt gripe inn for å rette på det.

### Mindretallets syn (1)

Et mindretall på én (dommer Steinsvik) viser til at barneloven § 82 ble endret i 2016 for å harmonisere norsk rett med Haagkonvensjonen. Hun viser til Prop. 102 LS (2014-2015) punkt 3.3. Her heter det at Haagkonvensjonen artikkel 5 om vanlig bosted (*habitual residence*) «er den viktigste tilknytningsfaktoren i moderne internasjonal barnerett, og er et sentralt begrep i alle moderne Haagkonvensjonene» (avsnitt 111). Dette medfører at jurisdiksjonen «følger barnet dersom

barnet flytter til en annen konvensjonsstat» (avsnitt 111). Av dette slutter hun at «den løsningen som følger av Haagkonvensjonen artikkel 5 også ble gjort til intern norsk rett med virkning for alle saker med tilknytning til flere land» (avsnitt 115). Dommer Steinsvik viser også til punkt 8.2.2 i proposisjonen, hvor det er vist til det forutgående høringsnotatet hvor det var foreslått at barnets bosted burde være jurisdiksjonsgrunnlag i alle saker, ikke bare for saker etter konvensjonen. Det kom ikke innvendinger i høringsrunden, og endringen i barneloven ble innført ikke bare for saker som faller inn under Haagkonvensjonen, men også for saker utenfor konvensjonen (avsnitt 116). Etter dette konkluderer dommer Steinsvik med at Haagkonvensjonens tilknytningsfaktor også internrettslig er gjort til jurisdiksjonsgrunnlag, og at innholdet er ment å være det samme for saker både innenfor og utenfor konvensjonens anvendelsesområde. Tilknytningsfaktoren skal forstås i tråd med Haagkonvensjonen, og dette innebærer at et sentralt element er prinsippet om at jurisdiksjon følger barnets bosted (avsnitt 119). Riktignok er det en svakhet at barneloven er taus om unntak fra hovedregelen i artikkel 5 (her viser dommer Steinsvik til konvensjonen artikkel 14, men unntaket er nedfelt i artikkel 7. Artikkel 14 regulerer konsekvensene av jurisdiksjonsovergang). Etter å ha avveid de ulike hensyn som spiller inn, kommer hun likevel til at jurisdiksjonen i saken falt bort da barnet fikk nytt vanlig bosted (avsnitt 120–123).

#### *Mindretallets syn (2)*

Et mindretall på én (dommer Falkanger) kommer til at jurisdiksjonen i saken falt bort, men ikke med grunnlag i barneloven § 82. Dommer Falkanger mener at domstoloven § 34 ikke kan tolkes slik at den omfatter en så spesiell situasjon som denne. Han viser til at flyttingen til utlandet på ingen måte var ulovlig i denne saken, og at domstoloven § 34 nok ikke var ment å gi fortsatt jurisdiksjon i en slik situasjon. Dommer Falkanger argumenterer ut fra de samme hensyn som begrunner regelen om myndighetsovergang i Haagkonvensjonen artikkel 5: muligheten til å få dommen håndhevet, til å få saken tilstrekkelig opplyst, samt til å unngå konflikt mellom jurisdiksjoner.

#### *Kommentar*

Spørsmålet om jurisdiksjon i denne saken må avgjøres etter barneloven § 82, hvorefter det er barnets vanlige bosted som er jurisdiksjonsgrunnlag. Bestemmelsen er taus om hva som skjer dersom det vanlige bosted endres etter at en sak er innledet. Hovedregelen etter domstoloven § 34 er at jurisdiksjonsgrunnlaget skal vurderes på stevningstidspunktet. Imidlertid åpner bestemmelsen for andre løsninger, hvis «andet er bestemt».

Det er ingen tvil om at «vanlig bosted» i norsk intern rett skal tolkes i tråd med «vanlig bosted» i Haagkonvensjonen, se dommer Steinsviks henvisninger til

forarbeider og ytterligere referanser i G. Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett* 2021, punkt 11.5.2. Spørsmålet er om dette innebærer at barneloven § 82 skal tolkes i tråd med Haagkonvensjonen kun for så vidt gjelder den geografiske definisjonen av «vanlig bosted» (som kan oppsummeres med at et barn har sitt vanlige bosted der det har senteret for sine livsinteresser) eller om dette også innebærer at Haagkonvensjonens tidsmessige dimensjon skal legges til grunn (vanlig bosted til enhver tid).

Senest i HR-2022-207-A, som jeg kommenterte i *Nytt i privatretten* 1/2022, uttalte Høyesterett at tidspunktet for vurdering av jurisdiksjonsgrunnlaget er domstidspunktet. Saken gjaldt flytting av en familie til England like før barnevernet traff vedtak om omsorgsovertagelse, og endte med at Høyesterett (etter min mening uriktig) anså at vanlig bosted ikke var endret på vedtakstidspunktet. Haagkonvensjonen kom til anvendelse i denne saken. Høyesterett uttaler seg imidlertid også om tidspunktet for vurderingen etter barnevernloven § 1-2 og sier at vanlig bosted, i tråd med Haagkonvensjonen artikkel 5, skal vurderes på domstidspunktet. Det er altså «vanlig bosted til enhver tid» som er tilknytningsfaktoren. Dette er riktignok *obiter dictum*, men Høyesterett betoner dette nokså klart. Dette avviker fra flertallets syn i saken som omtales her, som jo legger til grunn at vurderingen av «vanlig bosted» fryses på stevningstidspunktet.

Det finnes to hovedforskjeller mellom disse to sakene (hvis man konsentrerer seg om tolkningen av norsk intern rett og ser bort fra anvendelse av Haagkonvensjonen).

Den første forskjellen er at saken som omtales her, var innledet da flyttingen skjedde, mens det ikke verserte noen sak for domstolene i HR-2022-207-A. Derfor kom ikke domstoloven § 34 inn i bildet i den saken.

Videre dreide HR-2022-207-A seg om omsorgsovertagelse og jurisdiksjon etter barnevernloven § 1-2, ikke om foreldretvister og jurisdiksjon etter barneloven § 82.

Spørsmålet er om disse to forskjellene er tilstrekkelige til å begrunne de sprikende uttalelser om omfanget av tilknytningsfaktoren «vanlig bosted» etter norsk intern rett.

Etter domstoloven § 34 skal grunnlaget for jurisdiksjon vurderes på stevningstidspunktet «hvis ikke andet er bestemt». Dersom barneloven § 82 tolkes slik at vanlig bosted betyr «vanlig bosted til enhver tid», slik barnevernloven § 1-2 skal tolkes, vil dette være kompatibelt med domstoloven § 34. Den første hovedforskjellen mellom disse to dommene er derfor ikke relevant.

Det springende punkt er snarere tolkningen av barneloven § 82.

Den andre forskjellen mellom HR-2022-207-A og flertallets syn i saken som omtales her, er at saken her er forankret i barneloven § 82, mens HR-2022-207-A er forankret i barnevernloven.

Harmonisering med Haagkonvensjonen medfører, for barnevernlovens vedkommende, at konvensjonens tolkning av «vanlig bosted» må legges til grunn for så vel de geografiske som de tidsmessige aspekter, jf. HR-2022-207-A.

Spørsmålet er om det er grunnlag for å anta at harmonisering med Haagkonvensjonen for barnelovens vedkommende kun skal omfatte de geografiske aspekter – slik flertallet argumenterer for her.

Er det noen grunn til at «vanlig bosted» i barneloven § 82 bør tolkes annerledes enn «vanlig bosted» i barnevernloven § 1-2?

Barneloven § 82 ble endret da Haagkonvensjonen ble gjennomført i norsk rett. Departementet forklarer i Prop. 102 LS (2014-2015), merknad til § 82 at endringen var «nødvendig for å ratifisere Haagkonvensjonen 1996. Haagkonvensjonen 1996 fastsetter at avgjørelser etter konvensjonen skal treffes der barnet har vanlig bosted. [...] For å styrke barneperspektivet i lovgivningen og for å forenkle reglene om jurisdiksjon, er endringen gjort gjeldende også for saker utenfor konvensjonen. [...] Hovedregelen om jurisdiksjon følger av første ledd der vilkåret er at barnet «har vanlig bustad.» Det vises til merknader til lov om Haagkonvensjonen 1996 § 8.»

Etter mitt syn betyr dette at barneloven § 82 er skrevet etter mønster av Haagkonvensjonen artikkel 5 og skal tolkes i tråd med denne bestemmelsen. At tilknytningsfaktoren i Haagkonvensjonen er «vanlig bosted til enhver tid» selv dersom en sak verserer for domstolene kommer ikke uttrykkelig frem av ordlyden i artikkel 5, men av konvensjonens tilblivelse som nevnt ovenfor, samt av en systematisk tolkning av konvensjonen. At tilknytningsfaktoren i artikkel 5 fører til en overgang av jurisdiksjon dersom barnet flytter bekreftes av at artikkel 7 begrenser denne virkningen dersom flyttingen skyldes ulovlig barne bortføring.

Norsk intern rett har ikke noen tilsvarende begrensning.

Flertallet i dommen som omtales her trekker frem at overgang av jurisdiksjon vil ha den uheldige virkning at en part kan hindre behandlingen av en foreldretvist ved å flytte ut av landet. Dette er spesielt uheldig dersom flyttingen er ulovlig. Det er riktig at hverken barnevernloven eller barneloven har en mekanisme som begrenser myndighetsovergang ved ulovlig barne bortføring – i motsetning til Haagkonvensjonen, som regulerer dette i artikkel 7.

For barnevernloven § 1-2 påvirker denne forskjellen ikke tolkning av tilknytningsfaktoren. I HR-2022-207-A tolker Høyesterett barnevernloven § 1-2 slik at det er bostedet ved domstidspunktet som avgjør. Høyesterett gir uttrykk for at barnevernloven § 1-2 gir den samme regelen som Haagkonvensjonen artikkel 5. Forskjellen mellom barnevernloven og Haagkonvensjonen er at konvensjonen gjør unntak for ulovlig bortføring i artikkel 7, mens barnevernloven ikke har tilsvarende regler. Derfor uttaler Høyesterett at norske myndigheter etter

barnevernloven §1-2 mister jurisdiksjon selv om endring av vanlig bosted skyldes ulovlig bortføring. Høyesterett mener med andre ord at fraværet av begrensninger tilsvarende dem i Haagkonvensjonen artikkel 7 ikke fører til at tilknytningsfaktoren bør tolkes på en annen måte enn det som følger av Haagkonvensjonen artikkel 5.

For barneloven § 82 har spørsmålet blitt omtalt i NOU 2020:14 (Ny barnelov). Barnelovutvalget foreslår å videreføre § 82. Riktignok uttaler barnelovutvalget i punkt 16.4.3.4.3 at det er uheldig at barneloven ikke har en begrensning tilsvarende den i Haagkonvensjonen artikkel 7. Derfor foreslår barnelovutvalget å innføre en bestemmelse hvoretter myndighetene beholder sin jurisdiksjon dersom vanlig bosted endres som følge av ulovlig barne bortføring. Utvalget forutsetter med andre ord ikke at fraværet av en begrensning for ulovlig barne bortføring bør lede til en tolkning av «vanlig bosted» som avviker fra tolkningen etter Haagkonvensjonen artikkel 5, se punkt 16.2.1 og 16.4.3.1.1. Dette er i tråd med HR-2022-207-A.

Det er dermed ikke grunnlag for å anta at hensynet til harmonisering med Haagkonvensjonen artikkel 5 skal ha ulikt omfang i barnevernloven § 1-2 og i barneloven § 82.

Dersom barneloven § 82 tolkes i tråd med Haagkonvensjonen artikkel 5, er tilknytningsfaktor for norsk jurisdiksjon «vanlig bosted til enhver tid». Dermed har barneloven § 82 bestemt «andet» enn hovedregelen i domstoloven § 34. Etter mitt syn er derfor dommer Steinsviks votum mer i tråd med departementets hensikt enn flertallets votum. Det sammenfaller dessuten med de reelle hensyn som trekkes frem i dommer Falkangers votum.

*Giuditta Cordero-Moss*

## KONTRAKTSRETT

### Kontrollansvar for mangler – erstatningsansvar ved strømbrudd etter trefall – HR-2022-192-A

#### *Twisten i korte trekk*

Det oppsto skader på elektrisk anlegg og apparater hos en rekke husstander på grunn av overspenning i strømmettet, etter at et tre hadde falt over en kraftlinje. Forbrukerne fikk skadene dekket av sine forsikringsselskaper, som så krevde regress overfor nettselskapet. Avgjørende for forsikringsselskapets regresskrav var nettselskapets ansvar for mangler etter forbrukerkjøpsloven, jf. skadeerstatningsloven § 4-3. At strømbruddet var en mangel, og at det var årsakssammenheng mellom mangelen og forbrukernes tap, var erkjent.

Utgangspunktet etter forbrukerkjøpsloven er at selger har et rent objektivt erstatningsansvar for mangler. Ved avtale med nettselskap om overføring av elektrisk energi, gjelder det imidlertid et kontrollansvar med tilsvarende innhold som kjøpsloven § 40, jf. § 27. Nett-

selskapet er erstatningsansvarlig med mindre de kan godtgjøre at mangelen skyldes (1) hindring, (2) utenfor hans eller hennes kontroll, som (3) selgeren ikke med rimelighet kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletiden, eller (4) å unngå eller overvinne følgene av, jf. forbrukerkjøpsloven § 33, jf. § 24 annet ledd. Det er altså fire kumulative vilkår for ansvarsfritak: (1) hindringsvilkåret, (2) kontrollvilkåret, (3) betraktningvilkåret og (4) aktivitetsvilkåret.

Twisten gjaldt kontrollvilkåret og betraktningvilkåret. Høyesterett kom enstemmig til at nettselskapet var ansvarlig for skadene. Det avgjørende for resultatet var at kontrollvilkåret ikke var oppfylt. Retten drøftet også betraktningvilkåret, og kom til at heller ikke det fritaksvilkåret var oppfylt.

#### *Kontrollvilkåret*

Forbrukeravtaler med nettselskaper om overføring av elektrisk energi ble omfattet av forbrukerkjøpsloven fra 1. januar 2007, jf. forbrukerkjøpsloven § 2 første ledd bokstav d. Høyesterett fant at forarbeidene til lovendringen tilsa at kontrollansvaret i forbrukerkjøpsloven § 33, jf. § 24 annet ledd, skal tolkes på samme måte som kjøpsloven § 40, jf. § 27. Retten bygget videre på Rt. 2004 s. 675 Agurkpinne-dommen, og la til grunn at nettselskapet var erstatningsansvarlig for alle mangler som de objektivt sett hadde kontroll over, eller som i prinsippet var kontrollerbare. Nettselskapet hadde gjort gjeldende at det avgjørende måtte være om de hadde realistiske muligheter til å påvirke skadeårsaken, men dette ble avvist av Høyesterett. Kjenner man Rt. 2004 s. 675 Agurkpinne-dommen godt, bringer dommen lite nytt for den generelle forståelsen av kontrollvilkåret, utover å sementere tolkningen og overføre den til tilfeller utenfor kjøpsloven.

På bakgrunn av tidligere skjønnsforretning med grunneiere, sto nettselskapet fritt til å foreta hogst innen et 18 meter bredt skogrydningsbelte. Stammen på det aktuelle treet sto 75 cm utenfor dette beltet. Ved den konkrete vurderingen vektla Høyesterett at nettselskapet, etter avtale med grunneiere, hadde rett til såkalt sikringshogst utenfor beltet. Sikringshogst var bare aktuelt for enkeltstående trær som representerte en fare for kraftlinjen, og ble foretatt mot erstatning til grunneier.

Det var forholdsvis sterk vind da treet falt, men ikke ekstraordinære værforhold. En medvirkende årsak til at treet falt, var innvendige råteskader, som ikke var synlige fra utsiden. Det var enkelte konkrete forhold som kunne tilsi at treet sto utsatt til, og det var spor etter tidligere vindfall i området, men Høyesterett la ikke avgjørende vekt på slike konkrete forhold. At det ut fra økonomiske betraktninger var gunstigere å betale erstatning ved skade, enn å ta kostnadene til kontroll og sikringshogst, var heller ikke noe argument for fritak for erstatningsansvar. Det avgjørende for Høyesterett var at det fantes handlingsalternativer, som

ville ha forhindret skaden. Skadeårsaken var da objektivt sett innenfor nettselskapets kontroll.

#### *Betraktningvilkåret*

Drøftelsen av betraktningvilkåret innebærer en viktig rettsavklaring. Det er en omfattende (alternativ) begrunnelse av høy kvalitet, som må antas å ha betydelig vekt selv om den strengt tatt er et obiter dictum.

Betraktningvilkåret er formulert likt i de fleste lovbestemmelser om kontrollansvar, og drøftelsen må antas å ha betydelig overføringsverdi til andre tilfeller der selger/tjenesteyter er næringsvirksomhet. Begrunnelsen passer ikke like godt der selger er en privatperson (typisk ved mangler etter avhendingslova), og det kan ha betydning om rettsvirkningen er andre enn erstatningsfritak. Høyesterett fremhever i dommen at kontrollansvaret kan virke forskjellig etter avtalens karakter.

Retten starter med å fremheve at alle farer som er en særlig sårbarhet ved selgers virksomhet eller oppfyllelsmåte (typiske farer), ligger innenfor det selger med rimelighet må ta i betraktning. Men Høyesterett synes å gå et skritt videre, slik at også ordinære farer innen næringsvirksomhet må tas i betraktning. Fritak krever dermed en ekstraordinær hendelse, som heller ikke var synbar på grunn av særlige omstendigheter på avtaletiden.

Høyesterett drøfter ikke betydningen av uttrykket «på avtaletiden». Tatt på ordet skulle det avgjørende være hva som var synbart for nettselskapet ved inngåelse av nettavtale med den enkelte forbruker. Det følger forutsetningsvis av rettens drøftelse at uttrykket ikke kan tas så bokstavelig. Også det som er ordinære farer innen næringsvirksomhet eller typiske farer forbundet med selgers virksomhet eller oppfyllelsmåte, må med rimelighet tas i betraktning når avtaler inngås.

Nettselskaper har kontraheringsplikt og leveringsplikt, og kvaliteten på ytelsen er forskriftsregulert. De har ikke mulighet til å ta forbehold mot farer knyttet til trefall mv. Høyesterett fant imidlertid at den manglende adgangen til å ta forbehold, ble veid opp av deres mulighet til å pulverisere tapet gjennom økt nettleie. Å veie disse to forholdene opp mot hverandre, gir kanskje ikke så mye mening, men resultatet samsvarer med begrunnelsen forøvrig. Det er andre betraktninger enn nettselskapets handlingsalternativer, som begrunner ansvaret ved ordinære eller typiske farer.

Utgangspunktet er at kontrollansvaret er et strengt objektivt ansvar, der fritak bare er aktuelt i unntakstilfeller. Med et slikt utgangspunkt, gir det mening å holde en (næringsdrivende) selger ansvarlig, der mangelen skyldes ordinære eller typiske farer forbundet med virksomheten eller oppfyllelsmåten. Etter mitt syn gir en slik begrunnelse mer mening enn å holde selger erstatningsansvarlig for handlingsalternativer, som ingen med rimelighet ville ha forventet utført (kontrollvilkåret).

Skillet mellom ordinære/typiske og ekstraordinære farer var den sentrale hypotese i min ph.d.-avhandling om kontrollansvaret (Anders Mikelsen, *Hindringsfritak*, 2010).

#### *Sammenhengen mellom vilkårene*

Dommen er uklar når det gjelder sammenhengen mellom vilkårene.

I tråd med nordisk rettstradisjon tar Høyesterett utgangspunkt i kontrollvilkåret. Dermed får betraktningvilkåret bare selvstendig betydning der hindringen var utenfor selgers kontroll. Selv om Høyesterett synes å ha tatt utgangspunkt i kontrollvilkåret også i Rt. 2004 s. 675 Agurkpinnedommen, må det antakelig foreligge noen flere høyesterettssaker, med større variasjon i saksforhold, før det eventuelt kan utledes et veiledende argumentasjonsmønster for drøftelsen av fritaksvilkårene.

I begge dommene skyldes kontraktsbruddet en mangel. I Rt. 2004 s. 675 Agurkpinnedommen var den konkrete (skadeforvoldende) årsak spesiell, men selger var en grossist som var avhengig av kvaliteten og egenkapene til varene han/hun fikk fra importør/produzent. I HR-2022-192 A ble trefall over en kraftlinje, ansett som en ordinær og påregnelig fare. Begge dommene gjelder dermed situasjoner der kontraktsbruddet skyldtes ordinære og typiske farer innenfor selgers kontroll. Verken kontrollvilkåret eller betraktningvilkåret var oppfylt.

Når det er fire kumulative vilkår for fritak, så vil innholdet i hvert av fritaksvilkårene komme på spissen, der de øvrige tre fritaksvilkår er oppfylt. Det er foreløpig ingen dommer fra Høyesterett, som drøfter om en årsak som selger ikke engang i prinsippet kunne ha forhindre, likevel kan være en ordinær eller typisk fare (ansvar følger av betraktningvilkåret). Spørsmålet drøftes ikke nærmere her.

Et særlig interessant spørsmål er om Høyesterett vil tolke kontrollvilkåret på samme måte, som i de to dommene, der årsaken til kontraktsbruddet er en ekstraordinær fare (pandemi, krig, terror, osv.). Hvis kraftlinjen skulle bli utsatt for et terrorangrep, og en mast blir sprengt, vil Høyesterett også da starte drøftelsen med spørsmålet om nettselskapet i prinsippet (eller objektivt sett) kunne ha forhindre årsaken? Og hvilken betydning skal det i så fall ha, om nettselskapet på et eller annet vis har provosert terroristen, eller kunne ha hatt et omfattende vakthold?

Høyesterett synes å være klar over problemstillingen. I dommen avsnitt 72 presiseres det nemlig at årsaken ligger innenfor selgers kontroll, dersom det forelå handlingalternativer som ville ha forhindre mangelen «med mindre årsaken skyldes ekstraordinære forhold». Det er uklart hva Høyesterett mener med denne tilføyelsen. Mener Høyesterett at spørsmålet om en hendelse er ekstraordinær og om den i prinsippet kan forhindre, er sammenfallende vurderinger? Eller tar retten et forbehold om at kontrollvilkåret kan

tenkes tolket annerledes, der årsaken til kontraktsbruddet er et ekstraordinært forhold? I så fall vil kontrollvilkåret ha et annet innhold, der det har selvstendig betydning.

Hvis den strenge tolkningen av kontrollvilkåret, blir avgjørende også der årsaken er en ekstraordinær fare, står man overfor et særdeles strengt ansvar. Hvis tolkningen av kontrollvilkåret ikke står seg der årsaken er en ekstraordinær fare, blir spørsmålet om Høyesteretts tolkning av kontrollvilkåret vil tåle «tidens tann».

*Anders Bernhard Mikelsen*

#### **Hvem omfattes av agenturlovens preseptoriske beskyttelsesregler? HR-2022-728-A**

Lov 10. juni 1992 om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven) § 28 gir mellommenn som omfattes av loven preseptorisk rett til et avgangsvederlag (på nærmere bestemte vilkår) tilsvarende opp til ett års provisjonsinntekter. Loven implementerer EU-direktiv 18. desember 1986 (86/653/EØF) om samordning av medlemsstatenes lovgivning om selvstendige handelsagenter (direktivet) og omfatter som utgangspunkt bare handelsagenter og handelsreisende som arbeider i varehandelen. Det betyr at handelsagenter som formidler *tjenester*, samt mellommenn med for eksempel en *(ene)forhandleravtale*, ikke omfattes av reglene. Disse gruppene har dermed ikke krav på avgangsvederlag med direkte hjemmel i agenturloven. Et tilbakevendende spørsmål er derfor hvilke mellommenn som omfattes av agenturloven og hvilke som ikke gjør det. Både i Norge og Sverige har Høyesterett og Högsta Domstolen stilt seg avvisende til analogisk bruk av loven i eneforhandlerforhold (Rt. 2014 s. 118 og NJA 2019 s. 19). I Sverige har likevel Högsta Domstolen bestemt at den svenske agenturloven kan benyttes analogisk på tjenesteagenter, men da uten at reglene er preseptoriske. (Selv er jeg ikke overbevist om at den svenske løsningen holder etter en EU-rettslig prøving, da EU-domstolen har foreskrevet en enhetlig tolkning av reglene i de tilfeller hvor medlemsstatene tillemper reglene også for andre enn handelsagenter i varehandelen. Det er for eksempel flere land som har utvidet reglene til å gjelde også for tjenesteagenter. Se mer om dette Ellen Eftestøl-Wilhelmsson: *Tjenesteagentens rett til avgangsvederlag – analogibetraktninger i EU-perspektiv*, i Torsten Iversen, Susanne Karstoft og Lars Henrik Gam Madsen (red.), *Festskrift til Bent Iversen*, København 2019 s. 247–264.)

Den 7. april 2022 tok Høyesterett stilling til spørsmålet om en mellommann må ha hatt *direkte befattning med ordrer* for å regnes som handelsagent og dermed kunne kreve avgangsvederlag. Hovedmannen i saken drev import og salg av varer til de store dagligvarekjedene i Norge. I 1991 ble det inngått en avtale med mellommannen om salgs- og agenturarbeid. Avtalen ble i 2008 erstattet av en ny og revidert avtale. Etter

2008-avtalen skulle mellommannen ved «aktivt og seriøst salgsarbeid fremme salget og distribusjonen av hovedmannens produkter» i Nordland, Troms og Finnmark. Særlig pålå det mellommannen å fremme hovedmannens salg «best mulig gjennom regelmessige besøk hos detaljister og grossister». Mellommannen skulle tilby produkter, motta reklamasjoner og bidra ved kampanjer om salgsfremmende tiltak. Som vederlag for dette skulle mellommannen motta provisjon «av netto fakturert grossistomsetning direkte eller indirekte til [mellommannens] geografiske område». I tråd med det som, ifølge Høyesterett, er blitt en stadig mer vanlig praksis i dagligvarebransjen, gikk kundenes ordrer – i hvert fall under avtalen fra 2008 – direkte til hovedmannen. Ordrene ble altså ikke mottatt og videresendt av mellommannen. Etter at hovedmannen i oktober 2018 sa opp avtalen, krevde mellommannen avgangsvederlag etter agenturloven § 28 i form av ett års provisjon. Hovedmannen mente imidlertid at agenturloven ikke kom til anvendelse, og at det ikke var grunnlag for noe vederlag.

Hvem som omfattes av agenturlovens opphørsregler, inklusive § 28 om avgangsvederlag, bestemmes av agenturloven § 1 som har følgende ordlyd:

«Med en handelsagent forstås i denne lov den som i næringsvirksomhet etter avtale med en annen (hovedmannen) har påtatt seg selvstendig og over tid å virke for salg eller kjøp av varer for hovedmannens regning ved å innhente ordrer til hovedmannen eller ved å inngå avtaler i hovedmannens navn.»

Spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var om formuleringen «innhente ordrer» skulle forstås slik at handelsagenten måtte ha hatt direkte befattning med ordrer – i den forstand at agenten må ha mottatt ordrer og deretter videresendt dem til hovedmannen – for å være omfattet av loven. Både tingretten og lagmannsretten hadde tolket loven på denne måten og dessuten kommet til at loven ikke kunne anvendes analogisk. Ettersom hovedmannen (i forbindelse med anken til Høyesterett) anførte at EØS-retten har betydning for tolkningen av agenturlovens § 1 første ledd, valgte Høyesterett å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. EFTA-domstolen gav sin rådgivende uttalelse 14. desember 2021 (sak E-2/21). Høyesteretts avgjørelse er på linje med EFTA-domstolens rådgivende uttalelse om det ikke er et vilkår at agenten har befattning med ordrer fra kunder til hovedmannen, eller at ordrer må plasseres gjennom agenten. Lagmannsrettens avgjørelse ble dermed opphevet.

Resultatet var ventet. Et motsatt resultat ville vært oppsiktsvekkende. For å komme til konklusjonen foretar Høyesterett en vanlig *tolkning* av lovens ordlyd i lys av lovtekst og forarbeider, samt direktivet og EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Høyesterett begynner med å konstatere at det er flere vilkår som må være oppfylt for at en mellommann skal regnes som han-

delsagent etter § 1 første ledd: «Helt sentralt er at vedkommende selvstendig og over tid må «virke for salg eller kjøp av varer for hovedmannens regning». Et slikt virke for kjøp eller salg kan skje på to alternative måter, hvorav den ene er å «innhente ordrer» til hovedmannen (30). Uttrykket er ikke skarpt i kantene, men *rent språklig* betyr det at agenten skaffer eller får inn ordrer. Uttrykket utelukker dog ikke at mellommannen kan være handelsagent selv om ordren går direkte fra kunden til hovedmannen. Også hensynet til å beskytte handelsagenten i oppsigelsesituasjonen taler for en slik forståelse av uttrykket: «Et siktemål med loven er ... å beskytte handelsagenter, særlig ved at de gis et rimelig vederlag for arbeidsinnsatsen de har lagt ned», sier Høyesterett (33). Ettersom selve ekspederingen av ordrene bare utgjør en liten del av agentens arbeidsinnsats – det vesentlig er knyttet til å virke for kjøp og salg av varer for hovedmannens regning (33) – tilsier *formålsbetraktninger* at også ordrer som går direkte fra tredjemann til hovedmannen (eller omvendt) regnes som innhentet av mellommannen. Rene *systembetraktninger* trekker i samme retning: Høyesterett peker her (med henvisning til Tore Sandvik, *Handelsagentur og andre mellommannsforhold i varehandelen*, Oslo 1971 s. 60) på uttalelser i forarbeidene til § 5 nr. 1 om handelsagentens alminnelige plikter. Her framgår det: «Agentens oppdrag består i å innhente ordrer til hovedmannen og eventuelt å inngå avtaler i hovedmannens navn ... Som et minstekrav til aktivitet fra agentens side må det alltid kreves at [agenten] må motta og sende inn ordrer fra tredjemann, om ikke noe annet uttrykkelig framgår av avtalen» (34). Høyesterett tolker dette slik at det forutsettes at partene kan avtale at handelsagenten ikke skal motta og sende ordrer fra kunden, og at agentforholdet likevel omfattes av agenturloven (35).

Høyesterett går derfor videre til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Innledningsvis konstaterer Høyesterett at agenturlovens § 1 må forstås på samme måte som artikkel 1 nr. 2 i EU-direktivet. Dette er slått fast i forarbeidene til agenturloven (37). Direktivets artikkel 1 nr. 2 sier ikke noe om at agenten må innhente ordrene til seg, men har følgende ordlyd:

«Ved handelsagent forstås i dette direktiv en selvstendig *mellemand*, som er vedvarende antaget til at formidle salg eller kjøp av varer for en annen person, i det følgende benævnt agenturgiveren, eller til at formidle og avslutte sådanne forretninger i agenturgiverens navn og for dennes regning.»

Ett av spørsmålet til EFTA-domstolen var derfor om uttrykket «formidle» måtte forstås slik at det forutsetter handelsagentens befattning med ordrer fra kunder til hovedmannen, slik at ordrene ikke kan gå direkte til hovedmannen fra tredjemann (43). EFTA-domstolen svarte benektende på dette og framholdt at hovedoppgaven til agenten er å skaffe hovedmannen nye kunder, samt å øke omsetningen med bestående kundekrets

(44). Selv om EFTA-domstolens tolkningsuttalelse ikke er bindende for norske domstoler, skal de tillegges stor vekt (46). Tolkningsuttalelsene skal bare fravikes om det foreligger gode og tungtveiende grunner for det (47), noe Høyesterett ikke kunne se at det gjorde i foreliggende tilfelle (48). Hverken den norske agenturloven eller EU-direktivet inneholder etter dette noe vilkår om at agenten må innhente ordrer for at agenturloven skal komme til anvendelse. Det foreligger heller ikke noen motstrid mellom den norske loven og direktivet (51) slik hovedmannen påsto. Resultatet ble derfor at lagmannsrettens tolkning av agenturlovens første ledd nr. 1 var uriktig (53) og ble opphevet (54).

Dommen er uten tvil riktig. For å omfattes av reglene må agenten utføre den type av oppgaver som loven beskytter. En handelsagents oppgave er å skaffe hovedmannen nye kunder samt å øke omsetningen med den bestående kundekrets. Det er agentens rett til vederlag for arbeid med kundene og ikke med den enkelte ordre, som i første rekke skal belønnes. For å underbygge synspunktet kan det vises til agenturlovens regler om *område- eller kundekretsprovisjon* i § 10 første ledd nr. 3. Her gis agenten rett til provisjon av avtaler hovedmannen inngår i oppdragstiden «uten agentens medvirkning» når avtalen er inngått med en tredjemann som hører til et visst område eller kundekrets som agenten har fått tildelt. Agentens direkte oppgave er med andre ord å generere kunder som igjen genererer ordrer. Loven er fleksibel når det gjelder agentens medvirkning til den enkelte ordre. Det er nok at ordren ble inngått mellom hovedmannen og en tredjemann fra det område eller den kundekrets agenten har enerett til. En tolkning av uttrykket «innhente ordrer» som krever at agenten fysisk har tatt imot og videre-sendt ordrer, ville være i strid med områdeprovisjonsordningen og, som Høyesterett påpeker, med såvel agenturlovens systematikk som formål. At interne rettskilder skulle avvike fra direktivet på denne punkt finnes det, etter min mening, ikke støtte for noe sted.

*Ellen J. Eftestøl*

### **Utbyggingsavtale med Sunnfjord kommune, bristende forutsetninger – HR-2021-2364-A**

Dommen gjelder spørsmålet om Sunnfjord kommune var forpliktet til å tilbakebetale et kontantbidrag under en utbyggingsavtale, når det i ettertid viste seg at beløpet ikke ble brukt på den måten avtalen forutsatte. Høyesteretts flertall kom til at det forelå endrede omstendigheter som utgjorde en bristende forutsetning for avtalen, og at kommunen dermed hadde plikt til å tilbakebetale. Én dommer dissenterte, men uenigheten gjaldt subsumsjonen, og ikke de generelle utgangspunktene, jf. avsnitt 76. Dommen er interessant av flere grunner. Den avklarer en viktig skillelinje mellom anvendelsesområdet for offentligrettslige og privatrettslige regler knyttet til en praktisk viktig av-

taletype i forholdet mellom kommuner og private utbyggere, såkalte utbyggingsavtaler som inngås i henhold til plan- og bygningsloven § 17-3. Videre reiser den interessante spørsmål om anvendelsen av den generelle forutsetningslæren i kontraktsretten, og særlig knyttet til forholdet mellom opprinnelig og etterfølgende forutsetningssvikt og mislighold.

Saksforholdet var som følger: I 2011 inngikk Bilskadesenteret AS en utbyggingsavtale med Sunnfjord kommune om utvikling av et tomteområde i forbindelse med bygging av et nytt verkstedbygg. Et av elementene i avtalen var at Bilskadesenteret skulle betale 2 250 000 kr. til kommunen. Dette skulle utgjøre et forholdsmessig bidrag til ulike vegtiltak, som i utgangspunktet var påkrevd gjennomført før den aktuelle utbyggingen i henhold til såkalte rekkefølgekrav under den gjeldende reguleringsplanen. Under avtalen fikk bedriften dispensasjon fra rekkefølgekravene i reguleringsplanen gjennom betaling av bidraget. Samtidig var bidraget øremerket til oppfyllelse av disse kravene, noe som også er et lovkrav jf. plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd. En utbyggingsavtale kan bare gå ut på at utbygger helt eller delvis skal bekoste tiltak «som er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak». Ifølge avtalen skulle tiltakene gjennomføres innen 1. juli 2014.

Tiltakene ble imidlertid ikke gjennomført, og beløpet følgelig heller ikke brukt, på den måten avtalen forutsatte. I stedet vedtok og gjennomførte kommunen de aktuelle veitiltakene som del av en større pakke – Førdepakken, og en god del senere enn det avtalen foreskrev. Også reguleringsplanen var da blitt endret, blant annet slik at det ikke lenger ble stilt rekkefølgekrav. Finansieringen av de aktuelle veitiltakene var ikke lenger basert på bidrag fra private utbyggere. I stedet ble tiltakene nå i stor grad bompengefinansiert. I tillegg bidro staten, kommunen og fylkeskommunen hver med omkring ti prosent av totalkostnaden. Det omtvistede beløpet som Bilskadesenteret betalte under utbyggingsavtalen ble imidlertid ikke tilbakebetalt, men gikk inn i kommunens totalbidrag til prosjektet.

Saksforholdet reiste egentlig to grunnleggende spørsmål, som oppstod i forlengelsen av det førstvoterende dommer Bergsjø konstaterte som et grunnleggende utgangspunkt, nemlig at nødvendighetskravet under plan- og bygningsloven § 17-3 er strengt, og innebærer at bidrag bare kan kreves til tiltak som er påkrevd i gjeldende reguleringsplan (jf. avsnitt 40): «Avtalen må (...) knytte seg til konkrete tiltak regulert i et konkret planvedtak. I dette ligger at begrunnelsen for avtalen ikke kan ligge i at kommunen mer generelt har behov for tilskudd til dekning av ulike infrastrukturtiltak.» Implikasjonen i denne saken var at når de aktuelle veitiltakene ikke lenger var et vilkår for utbygging under reguleringsplanen, kunne betalingsplikten etter utbyggingsavtalen heller ikke lenger anses hjemlet i nødvendighetskravet under § 17-3.



Det første spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var dermed om nødvendighetskravet må forstås som en vedvarende gyldighetsforutsetning, eller kun forutsetter at kravet er oppfylt når utbyggingsavtalen blir inngått. Høyesterett kom til at bestemmelsen skal forstås slik at nødvendighetskravet må være oppfylt når avtalen inngås. Senere endringer må vurderes i henhold til avtalerettslige regler. Førstvoterende la særlig vekt på at bestemmelsen i pbl. § 17-3 (avsnitt 42) «setter skranker for hvilket innhold en utbyggingsavtale kan ha», noe som tilsa at «paragrafen bare regulerer gyldigheten på tilblivelsesstadiet, ikke virkningen av etterfølgende omstendigheter og endrede forhold». Førstvoterende fant videre støtte for dette i ulike forarbeidsuttalelser, uten at noen av disse direkte tok stilling til spørsmålet (avsnitt 43–45).

Et viktig underliggende hensyn her er at en annen løsning ville ha skapt uklarhet og liten forutsigbarhet for partene. Når avtaleformen først er valgt har man valgt et avtalerettslig spor for organiseringen av prosjektet, og det vil gi de klareste og mest forutsigbare rammer for gjennomføringen av utbyggingsprosjektet at man deretter følger dette sporet. Førstvoterendes uttalelser i avsnitt 46 må ses i lys av dette: «Dette er etter mitt syn den løsningen som best ivaretar hensynet til forutberegnelighet for aktørene og ønsket om en effektiv gjennomføring av større infrastrukturprosjekter.» Også forarbeidsuttalelsen som førstvoterende siterer i avsnitt 44 kan forstås i et slikt lys (Ot.prp. nr. 22 (2004–2005 s. 55): «På grunn av den rollefordeling mellom offentlig og privat rett som ligger i departementets forslag, og som bl.a. medfører at det ikke er klageadgang på avtale som sådan, vil også mislighold måtte følge avtalerettens regler. Departementet har derfor ikke funnet det nødvendig å foreslå egne regler om mislighold.»)

Et annet viktig hensyn som Høyesterett ikke gikk inn på er bestemmelsens formål. Av stortingskomiteen ble bestemmelsen begrunnet i behovet for å hindre at kommuner utnytter sin kompetanse etter plan- og bygningsloven til å «presse frem urimelige avtalevilkår overfor utbygger eller grunneier», se Innst. O. nr. 73 (2004–2005) pkt. 4.2, og se også Hopsnes, Roald. Karnov lovkommentar: Plan- og bygningsloven til § 17-3, *Lovdata.no* (hentet 25. april 2022). Også dette retter seg primært mot avtaleinngåelsen. En kommune som i god tro stiller krav om bidrag for å oppfylle gjeldende planverk som i ettertid endres, kan vanskelig anses å ha utnyttet sin kompetanse til å presse frem urimelige avtalevilkår.

At tilknytningskravet som gyldighetsforutsetning er begrenset til avtaleinngåelsen, utelukker ikke at etterfølgende endringer kan ha implikasjoner etter avtalerettslige regler. Det andre spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til var dermed om avtalerettslige regler ga grunnlag for å kreve bidraget tilbakebetalt når dette ikke ble benyttet på den måten avtalen forutsatte. Siden avtalen selv regulerte hvordan pengene

skulle benyttes kunne det vært nærliggende å spørre om det forelå mislighold fra kommunens side. Førstvoterende avviser imidlertid en slik tilnærming, jf. avsnitt 61: «Dette er etter mitt syn feil tilnærming. Spørsmålet er ikke om kommunen har misligholdt avtalen, men om bestemmelsen om plikt til å yte kontantbidrag er ugyldig på grunn av bristende forutsetninger.»

Før vi går nærmere inn på resonnetet i dommen kan det være nyttig her å minne oss selv på noen prinsipielle utgangspunkter. Et første viktig utgangspunkt gjelder distinksjonen mellom mislighold og bristende forutsetninger. Litt enkelt kan man se det slik at mislighold forutsetter brudd på *forpliktelser* som følger av avtalen, mens kjerneområdet for forutsetningslæren er der omstendighetene endrer seg etter avtaleinngåelsen på en måte som gjør at en parts *forutsetninger* for avtalen svikter (eller brister). Den grunnleggende forskjellen er at mislighold regulært har virkninger for avtaleforholdet i form av misligholdsbeføyelser, mens utgangspunktet ved bristende forutsetninger er det motsatte. Hver part bærer risikoen for egne forutsetninger.

Et annet grunnleggende utgangspunkt gjelder skillet mellom opprinnelig og etterfølgende forutsetningssvikt, såkalt *uriktige* og *bristende* forutsetninger. Det tradisjonelle utgangspunktet er at forutsetningslæren gjelder bristende forutsetninger, mens uriktige forutsetninger, eller villfarelse, reguleres av de avtalerettslige ugyldighetsreglene. Samtidig kan skillet mellom opprinnelig og etterfølgende noen ganger fremstå tilfeldig, og man har eksempler på at forutsetningslæren anses anvendelig også på uriktige forutsetninger, jf. Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei).

Saksforholdet i dommen brakte altså Høyesterett inn i et vanskelig konseptuelt landskap der skillelinjene ikke alltid er klare. La oss så i lys av dette se nærmere på hvordan førstvoterende resonnerer. Han begynner med å skissere opp de nærmere vilkårene for bortfall av kontraktsforpliktelser etter forutsetningslæren, slik disse ble lagt til grunn blant annet i den tidligere Oslo Vei-dommen og tidligere rettspraksis (avsnitt 54–57). Det aktuelle løftet som utgjør pliktgrunnen må være avgitt under en *bestemt forutsetning*, denne må ha virket *motiverende* for løftegiver og ha vært *synbar* for den annen part, og endelig må det «foretas en mer samlet helhetsvurdering, hvor det blant annet legges vekt på hvem som er nærmest til å bære risikoen for forutsetningssvikten». Førstvoterende kommer videre med en interessant sidebemerkning om anvendelsesområdet for læren og betydningen av den tradisjonelle skillelinjen mellom uriktige og bristende forutsetninger, når han kommenterer at «verken i Oslo Vei-dommen eller Rt-2014-866 *Fjordl* sondres det mellom disse kategoriene, og grensen vil være flytende».

Førstvoterendes videre konstatering av at Bilskadesenteret klart nok må ha hatt en «forutsetning om at kommunen ville bruke kontantbidraget til å sørge for

at veiltakene ble gjennomført» gir en naturlig inngang til forutsetningslæren. Men deretter er det ikke helt lett å skjelve distinksjonen mellom forutsetningssvikt og mislighold i førstvoterendes resonnement. Dette gjelder for det første konstateringen av hva som utgjør forutsetningssvikten. Her synes resonnementet simpelthen å være at kommunens faktiske bruk av kontantbidraget var i strid med avtalens uttrykkelige forutsetninger om hvordan beløpet kunne og skulle benyttes. I avsnitt 62 heter det at «[k]ontantbidraget fra bilskadesenteret er ikke brukt til det konkrete tiltaket det var øremerket til». Og i avsnitt 51 sies det enda tydeligere at kommunen «etter avtalen hadde plikt» til å benytte kontantbidraget på den måten som var angitt. Også førstvoterendes begrunnelse for at forutsetningssvikten må ha vært synbar for kommunen ligger tett på en konstatering av mislighold (avsnitt 63): «- kommunen var kjent med utbyggingsavtalens bestemmelser om bruken av kontantbidraget og har likevel satt seg utover disse».

Når førstvoterende likevel avviser relevansen av misligholdsbetraktninger, jf. avsnitt 61, kan det ha sammenheng med at det kun var forutsetningslæren som var anført av utbygger. Men man kan også være enig med førstvoterende i at tradisjonelle misligholdsbetraktninger ikke passet særlig godt. Utbygger hadde jo ingen egeninteresse i at bidraget ble brukt på den måten som avtalen forutsatte, så lenge formålet om å få dispensasjon fra rekkefølgekravet ble oppnådd. Eller sagt enklere, kommunens «mislighold» hadde ingen egentlig betydning for utbygger. Selv om avtalens forutsetninger på dette punktet langt på vei var utformet som en regulær forpliktelse for kommunen, var dette primært en måte å sørge for at avtalen tilfredsstilte kravene som fulgte av pbl. § 17-3, tredje ledd.

Særlig mindretallets resonnement ligger nær opp til slike betraktninger. Der den dissenterende dommer Noer er uenig med flertallet er nettopp på spørsmålet om det foreligger en bristende forutsetning, hvor hun tolker avtalen på en annen måte enn flertallet. Hennes hovedpoeng er egentlig at det ikke var i strid med noen forutsetninger i avtalen «at veiltakene ble bygd som ledd i Førdepakken», jf. avsnitt 78. Sagt på en annen måte, når veiltakene tross alt ble gjennomført, om enn noe forsinket, brøt ikke kommunen sin hovedforpliktelse under avtalen med hensyn til hvordan bidraget skulle benyttes. Hun viser til at de forutsatte veiltakene «for alle praktiske formål» ble gjennomført, men som ledd i den nye Førde-pakken, jf. avsnitt 82, og videre til at utbygger ikke led noe økonomisk tap eller selv ble særlig berørt som følge av at veiltakene ble forsinket, jf. avsnitt 83. Utbygger oppnådde tross alt sitt primære formål med å inngå utbyggingsavtalen, nemlig å få dispensasjon for å kunne komme i gang med byggingen i en situasjon der de hadde hastverk, jf. avsnitt 85.

Både flertallet og mindretallet synes her å overse at de aktuelle bestemmelsene i avtalen om hvordan bidra-

get skulle benyttes hadde en funksjon også avtalerettslig. Kommunen påtok seg en avtalerettslig forpliktelse overfor utbygger av hensyn til tilknytningskravet etter plan- og bygningsloven. Selv om man kan se det slik at avtalen her primært var en konstruksjon for å tilfredsstille kravene i plan- og bygningsloven, representerte dette ikke desto mindre en avtalerettslig realitet i den forstand at det var et selvstendig poeng i plan- og bygningslovens forstand at kommunen forpliktet seg avtalerettslig. Man kan se det slik at tilknytningskravet i plan- og bygningsloven dermed ble konvertert til en avtalerettslig forpliktelse. Et nærliggende synspunkt kunne vært at utbyggingsavtalens eget system, som en gjennomføring av planregelverket i lys av overordnede lovkrav, innebar en forutsetning om tilbakebetaling hvis midlene ble benyttet i strid med disse forutsetningene, i alle fall hvis forutsetningssvikten var vesentlig. Samtidig passer ikke dette helt inn i en tradisjonell hevingsbetraktning, eller som en gjensidighetsbeføyelse i det hele tatt, siden heving, i alle fall som utgangspunkt, forutsetter en gjensidig tilbakeføring av ytelser.

Siden flertallets syn var at den aktuelle forutsetningssvikten ikke utgjorde mislighold tilsa det derimot at den som utgangspunkt ikke ga grunnlag for tilbakeføring med mindre relevanskriteriet var oppfylt. Et utgangspunkt kunne vært at også utfallet av relevansdrøftelsen langt på vei burde fremstå som gitt ut fra lignende betraktninger som vist til over. Førstvoterendes begrunnelse er mer konkret, og innebærer et tilsynelatende fokusskifte fra en antagelse om etterfølgende til opprinnelig forutsetningssvikt når det vises (avsnitt 64) til at kommunen allerede før inngåelsen av utbyggingsavtalen arbeidet parallelt med endringene av reguleringsplan og finansieringsmodell uten å informere utbygger, og at kommunen «ikke hadde til hensikt å oppfylle i tråd med avtalens forutsetninger». Dette er ikke argumenter som er helt lett å se har sammenheng med den innledende antagelsen om etterfølgende forutsetningssvikt, jf. for eksempel avsnitt 55. Tvert imot virker det som om førstvoterende her legger til grunn som avgjørende for relevansvurderingen at den aktuelle forutsetningen som har sviktet var uriktig allerede ved avtaleslutningen, og at kommunen bør ha risikoen for dette fordi den kjente til dette uten å opplyse utbygger. Lasse Simonsen peker på dette som et hovedpoeng ved dommen, jf. foredrag HR-2021-2364-A, Utbyggingsavtaler (kopi hos undertegnede).

Når Høyesterett blander kortene på denne måten er det ikke helt lett å identifisere de reelle beveggrunnene for resonnementet. Poenget måtte jo i så fall rett og slett være at gyldighetskravet etter pbl. § 17-3 reelt sett aldri var oppfylt, fordi det aldri var kommunens forutsetning at pengene skulle benyttes på den måten avtalen foreskrev og som var et vilkår etter plan- og bygningsloven. I så fall kunne det vel vært like nærliggende å anse dette som ugyldighetsgrunnen uten å gå

veien om forutsetningslæren. Det er mulig flertallet her kviet seg for å karakterisere kommunens handlemåte som en direkte omgåelse eller som uredelig etter avtl. § 33, men i så fall er det vanskelig å forstå hvorfor førstvoterende i det hele tatt trekker frem kommunens hensikter ved avtaleinngåelsen.

En nærliggende innfallsvinkel er å spørre om konklusjonen ville blitt en annen dersom kommunen *hadde* holdt utbygger informert om sine alternative planer, og hadde hatt en opprinnelig hensikt om å oppfylle i tråd med avtalens forutsetninger. Fortsatt er det i lys av det forutgående resonnementet vanskelig å se det slik at selve bruken av det innbetalte bidraget i strid med avtalens klare forutsetning (gitt altså at man legger til grunn at dette var en forutsetning i henhold til avtalen) ville kunne forsvares. Poenget er jo at avtalen selv uttrykkelig regulerte hvordan det innbetalte bidraget skulle benyttes for å oppfylle kravene i plan- og bygningsloven. Dette gir vel en klar pekepinn om at en enklere vei til målet, også i lys av hvordan flertallet selv forstår de aktuelle forutsetningene i avtalen, var å se kommunens handlemåte som nettopp et mislighold av de forpliktelser kommunen påtok seg i avtalen. Høyesteretts resonnement er riktignok ikke helt lett å forene med et slikt syn, når det som trekkes frem som avgjørende var at kommunen gikk inn på avtalen med en hensikt om å misligholde den sentrale forutsetningen for bidraget. Men samtidig kan man mene at det sentrale poenget her dermed ikke var så mye hensikten, men at det man så for seg *var* et mislighold av de sentrale forutsetningene, både under loven og i forlengelsen av dette, avtalen.

*Ivar Alvik*

### **Spørsmål om kommunalt vedtak om tursti over nykjøpt fritidseiendom var mangel etter avhendingsloven – HR-2022-418-A**

Saken kan innledningsvis oppsummeres slik: En fritidseiendom ble ved avtale 8. mai 2019 kjøpt av et ektepar for 3 600 000 kroner. Overtakelse fant sted 27. mai 2019. Kommunedelplan med bestemmelse om turvei over eiendommen ble vedtatt 2. oktober 2019. Høyesterett viste til avhendingsloven (avhl.) § 4-18 om at reglene om mangler gjelder tilsvarende for en offentligrettslig rådighetsbegrensning som dette, og la enstemmig til grunn at plansituasjonen ved kjøperens overtakelse av eiendommen var avgjørende for spørsmålet om vedtaket om turvei utgjorde mangel (§ 3-1 andre ledd, jf. § 2-4 andre ledd). Når vedtaket ble truffet etter overtakelsen, og det heller ikke var grunnlag for å konstatere opplysningssvikt fra selgerens side om turveien forut for avtaleinngåelsen (§§ 3-7 og 3-8), var forholdet ikke mangel etter avhendingsloven.

Dette resultatet er ikke overraskende. Når reglene om mangler gjelder tilsvarende, følger det av avhl. § 3-1 andre ledd, jf. § 2-4 andre ledd, at rådighetsbegrensningen må foreligge ved bruksovertakelsen for

å kunne utgjøre mangel uavhengig av opplysningssvikt fra selgerens side. Dommen slår i tråd med dette fast at de alminnelige reglene om tidspunktet for mangelsvurderingen i § 3-1 andre ledd, jf. § 2-4 andre ledd får anvendelse på vedtak om offentligrettslige inngrep i eierrådigheten. Selgeren har risikoen for slike vedtak ikke bare frem til avtaleinngåelsen, men helt frem til kjøperens overtakelse av eiendommen. Selgeren kan risikere mangelsansvar for vedtak om rådighetsbegrensning frem til overtakelsen, selv om det ikke er grunnlag for å anvende §§ 3-7 eller 3-8 om forsømt opplysningsplikt eller uriktige opplysninger fra selgerens side.

Det fremgår uttrykkelig av dommen at den ikke bare slår fast at vedtak etter overtakelsen er kjøperens risiko, men også at vedtak før overtakelsen er selgerens risiko (avsnitt 50–52), og vil kunne gi grunnlag for mangel. Det er likevel på ingen måte gitt at selgerens risiko for vedtak før overtakelsen medfører mangel (avsnitt 47–48). Rådighetsbegrensninger er noe en kjøper må være forberedt på. Disse kan være mer eller mindre alminnelige i sin karakter. Individuelle rådighetsbegrensninger, som kan følge av enkeltvedtak for en eller noen få eiendommer, vil lettere kunne være mangel enn alminnelige begrensninger, som gjerne følger av lov eller forskrift. Det kan nevnes at vi i HR-2018-2346-A har et eksempel på at en alminnelig rådighetsbegrensning er mangel, men da som følge av uriktige opplysninger fra selgerens side, jf. § 3-8.

Sakens nærmere omstendigheter er slik: Fritidseiendommen ble i mars 2019 lagt ut for salg gjennom eiendomsmegler. Selgerne var en gruppe arvinger. Det var i tiden før salget arbeidet med en reguleringsplan i området. Reguleringsplanen ble vedtatt 13. desember 2018. Planen berørte ikke eiendommen direkte. Eiendommen var ikke med på reguleringsplankartet eller på listen over berørte eiendommer. I planen var det likevel en kort omtale av en turvei, som ut fra sammenhengen ville fortsette over eiendommen. Turveien var ellers ikke en del av planen, og var heller ikke vedtatt som en del av reguleringsplanen. Tanken om en slik turvei var for øvrig ikke ny. Tanken om turveien var eldre, men var aldri tidligere kommet til endelig behandling eller vedtakelse.

Turveien var i salgsprospektet omtalt med følgende opplysning (avsnitt 8): «Det opplyses fra eier at det er foreslått ny gangsti langs sjøen i regi av kommunen, men at dette ikke har fått tilslag.» Selgerne svarte i egenerklæringsskjema, som er en del av salgsdokumentasjonen, «nei» på spørsmål om kjennskap til «forslag eller vedtatte reguleringsplaner, andre planer, nabovarsel eller offentlige vedtak som kan medføre endringer i bruken av eiendommen eller av eiendommens omgivelser» (avsnitt 7).

Et høringsutkast til kommunedelplan som omfattet anlegg av turvei, ble vedtatt av kommunen 19. juni 2019 og sendt på høring 25. juni 2019. Kjøperne av

eiendommen i saken uttalte seg kritisk under høringen. Planen med turveien ble vedtatt 2. oktober 2019.

Kjøperne reklamerte over forholdet til selgerne og eierskifteforsikringsselskapet, og erklærte heving av kjøpet. Da reklamasjonen ble avvist, la kjøperne eiendommen ut for salg i oktober 2019, med opplysning om turveien. Eiendommen ble i juni 2020 solgt for 2 600 000 kroner. Kjøperne endret sitt krav til prisavslag og erstatning. Kjøperne tapte i tingretten, men vant i lagmannsretten, på det grunnlag at planen om turveien innebar at eiendommen var i vesentlig dårligere stand enn kjøperne hadde grunn til å regne med, jf. § 3-9 andre punktum (avsnitt 20). Kjøperne ble tilkjent prisavslag og erstatning med henholdsvis 650 000 og 100 000 kroner. Høyesterett fant at det ikke forelå mangel, og ga enstemmig selgerne medhold.

Høyesterett fant at vedtaket om turvei over eiendommen er en offentligrettslig rådighetsbegrensning etter § 4-18. Det følger av denne bestemmelsen at lovens øvrige regler om mangler får tilsvarende anvendelse på slike rådighetsinngrep. Henvisningen til lovens regler om mangler gjelder både reglene i kapittel 3 om hva som utgjør mangel, og reglene i kapittel 4 om rettsvirkninger av mangel. Eiendommen var solgt «som den er», jf. § 3-9 (avsnitt 11 og 40). Med dette som utgangspunkt ble sakens problemstillinger av Høyesterett i avsnitt 41 angitt å være om det forelå opplysningssvikt etter §§ 3-7 eller 3-8 eller om eiendommen som følge av vedtaket var i vesentlig dårligere stand enn kjøperne hadde grunn til å regne med, jf. § 3-9 slik den lød før endring 7. juni 2019, i kraft fra 1. januar 2022. Det var ikke noe tema i saken om den offentligrettslige rådighetsbegrensningen som saken gjaldt, er omfattet av et «som den er»-forbehold. Dette synes å være ansett som en automatisk og utvilsom følge av at reglene om mangler gjelder «tilsvarende» for forhold som faller inn under § 4-18.

Førstvoterende startet med spørsmålet om vesentlig avvik fra kjøpernes forventning. Som ledd i denne drøftelsen måtte førstvoterende ta stilling til tidspunktet for mangelsvurderingen sett opp mot vedtakstidspunktet. Når § 4-18 lar reglene om mangler få tilsvarende anvendelse, konkluderte førstvoterende med at plansituasjon ved bruksovertakelsen måtte være avgjørende for mangelsvurderingen (avsnitt 50). Vedtaket ble truffet etter bruksovertakelsen. Eiendommen var ikke i vesentlig dårligere stand ved overtakelsen.

Spørsmålet om vedtakstidspunktets betydning oppstår ikke på samme måten ved mangelsvurdering etter §§ 3-7 og 3-8. Selv om vedtaket om turvei ble truffet etter bruksovertakelsen, ville det kunne foreligge mangel på grunnlag av at selgerne hadde forsømt sin opplysningsplikt om planer om turvei, eller at de hadde gitt uriktige opplysninger om slike planer. Høyesterett kom til at selgerne verken hadde holdt tilbake opplysninger i strid med § 3-7 eller gitt uriktige opplysninger etter § 3-8. Konklusjonen om §§ 3-7 og 3-8 er basert på sakens individuelle faktum, herunder de opplys-

ningene som ble gitt om turvei i salgsdokumentene, se ovenfor. Disse opplysningene var tilstrekkelige ut fra selgernes og eiendomsmeplerens kunnskap (§ 3-7), og de var ikke misvisende eller uriktige (§ 3-8).

Førstvoterende nevner i avsnitt 40 endring av avhendingsloven 7. juni 2019, i kraft fra 1. januar 2022, og peker på at saken reguleres av § 3-9 slik den var før endringen. Lovendringen innebærer at salgsklausulen «som den er» ikke lenger har virkning i forbrukerkjøp, det vil si ved kjøp av bolig- og fritidseiendommer, noe som igjen betyr at vesentlighetsterskelen for mangel ved «salg som den er» ikke lenger gjelder. Lovendringen reduserer ikke dommens betydning for fremtidige saker. Dommen gjelder tidspunktet for mangelsvurderingen sett opp mot vedtaket om rådighetsbegrensning, i tillegg til selgerens opplysningsplikt. Vesentlighetsterskelen var ikke noe tema i dommen siden vedtaket uansett var kjøperens risiko.

En offentligrettslig rådighetsbegrensning etter § 4-18 er en begrensning i utnyttelse og bruksnyttelse som gjelder den kjøpte eiendommen direkte. Bruksnyttelsen kan også reduseres ved offentligrettslige vedtak som direkte gjelder en annen eiendom, for eksempel byggetillatelse på nabotomt som ødelegger utsikten fra den eiendommen som er kjøpt. Reelt sett kan vedtak som gjelder naboeiendom være like inngripende som vedtak som gjelder egen eiendom. Det er klart at opplysningssvikt etter §§ 3-7 eller 3-8 kan medføre mangel ved den eiendommen som er kjøpt selv om vedtaket gjelder en annen eiendom. For øvrig har vi for tiltak på annen eiendom ingen link til de alminnelige mangelsreglene slik vi har i § 4-18 for rådighetsbegrensninger som gjelder den eiendommen som er kjøpt. Dette skaper uklarhet om hvorvidt tiltak på naboeiendom være mangel uavhengig av opplysningssvikt, og om tidspunktene for bruksovertakelse og vedtak i tilfelle er avgjørende i mangelsvurderingen. Disse spørsmålene får være tema i en annen sammenheng.

*Trygve Bergsåker*

## PANTERETT

### Enkelt pantedokument som tvangsgrunnlag for tvangssalg (tvfl. § 11-2) – LE-2022-8197

LE-2022-8197 gjaldt et pantedokument uten skylderklæring. Pantekravet var misligholdt. Kunne pantet (en fast eiendom) settes til tvangssalg uten at kravets størrelse var tvangskraftig avgjort på forhånd? Dette avhenger av en tolking av tvangsfullbyrdsesl. § 11-2, som er utformet på bakgrunn av hvordan pantedokumentasjonen var før i tiden.

Hovedregelen i § 11-2 er at ved registrert avtalepant i fast eiendom kan pantet settes til tvangssalg uten at kravets størrelse er tvangskraftig avgjort på forhånd. Men det er gjort uttak for skadesløsbrev. Her må man først få dom på kravets størrelse, og så kan man sette

eiendommen til tvangssalg. Spørsmålet i LE-2022-8197 var om slike enkle pantedokumenter som nå brukes (tinglysningsforskriften FOR-1995-11-03-875 § 2 og <https://tinyurl.com/erikro100>), skal følge hovedregelen eller om de skal følge unntaket for skadesløsbrev. Slike enkle pantedokumenter gir vanligvis ikke uttrykk for annet enn at det er en pant, og sier ingen ting om hvordan pantkravets størrelse skal fastsettes.

Da § 11-2 ble skrevet, var pantedokumentasjonen som ble tinglyst, oftest et gjeldsbrev for pantkravet (en pantobligasjon), eller det så iallfall slik ut ved at man brukte en proforma (gjort) obligasjon. Slik pantedokumentasjon gikk under hovedregelen om avtalepant, og ga grunnlag for å sette eiendommen til tvangssalg uten at restgjelden var fastsatt på forhånd. Pantkravets størrelse ble da fastsatt under tvangsfullbyrdelsen.

Det er likevel som nevnt gjort et unntak for «skadesløsbrev». Et skadesløsbrev er i denne sammenhengen et pantedokument for et ubestemt beløp inntil et visst maksimum (Ot.prp. nr. 65 (1990–1991) s. 206), i motsetning til de gamle pantobligasjonene som iallfall i det ytre ga uttrykk for at det var ytt et lån. For skadesløsbrev må pantkravets størrelse som nevnt fastsettes ved dom eller annet tvangsgrunnlag for tvangssalg kan begjæres.

Det er ikke vanskelig å se at de pantedokumentene som brukes nå, likner mest på skadesløsbrev. De sier jo ikke noe om hvordan pantkravets størrelse skal beregnes. Men det ville være synd om det som før var den praktiske hovedregelen med fastsettelse av pantkravets størrelse under tvangsfullbyrdelsen skulle bli et unntak. Det er jo på ingen måte ubetryggende at fastsettelsen av kravets størrelse skjer under tvangsfullbyrdelsen, og kreditor får ingen spesiell fordel av det, bortsett fra en enklere prosess (som kommer alle parter til gode). Noen grunn til å gjøre det enklere for kreditorer som har en pantobligasjon enn dem som bare har et pantebrev er det vel ikke, særlig når det etter sikker rett ikke spiller noen rolle i denne sammenhengen om det som står i pantobligasjonen bare er proforma.

I LE-2022-8197 konkluderte man med at pantebrev skulle følge regelen for skadesløsbrev, siden pantebrevet i det ytre ikke ga uttrykk for et bestemt pantekrav, og pekte på at påberopt praksis i motsatt retning ikke var dokumentert. Retten viste også til usikkerhet om det konkrete pantkravet, som ikke skal diskuteres videre her.

Etter avgjørelsen er det behov for en avklaring i Høyesterett. Antakelig bør uansett lovteksten revideres. Det er neppe grunn til å beholde sontringene basert på dokumentasjonspraksis fra forrige århundre, og det er neppe mye mer betryggende å avklare pantkravets størrelse før tvangssalget enn som et ledd i tvangssalget.

*Erik Røsæg*

## PENGEKRAVSRETT

### Urimelig høyt advokatsalær. Avtaletolkning og utfylling av salæravtale. Bransjenormer og bakgrunnsrett. RGA 3.3.1. *Condictio indebiti* – HR-2022-563-A

#### *Del I: Innledning*

Tema for denne kommentaren er den mye omtalte dommen i HR-2022-563-A, hvor advokat A ble dømt til å tilbakebetale salær til en tidligere klient fordi salæret var urimelig høyt.

Det første spørsmålet var om reglene for god advokatskikk (RGA) 3.3.1 er rettslig bindende bakgrunnsrett som utfyller alle salæravtaler, og om advokaten ergo var avtalerettslig forpliktet av urimelighetsbegrensningen i RGA 3.3.1 med hensyn til prissettingen på sine tjenester.

Det andre spørsmålet dreide seg om rettsvirkningene av at salæret ble kjent urimelig høyt. At den urimelig høye delen av salæret i utgangspunktet måtte tilbakebetales var det delvis enighet om, men derimot ikke hva som var *rettsgrunnlaget* for restitusjonsplikten. Flere grunnlag ble anført, blant annet *condictio indebiti*.

Dommen har interesse for advokater, men trolig også for andre profesjonsutøvere som beregner honorar etter medgått tid/timepris. De som jobber med restitusjonsspørsmål vil også finne dommen interessant.

#### *Del II: Sakens bakgrunn*

Advokatoppdraget startet i 2017 med UAB Nordic Holdings kjøp av aksjene i Taco Mons AS. Advokaten utarbeidet oppdragsbekreftelse basert på Advokatforeningens mal. Timeprisen ble avtalt til 3.600 kr. eks. moms, men ingenting ble sagt om estimert antall timer/salærets totale størrelse.

Formålet med aksjekjøpet var å få eierskap til eiendommen Rondeslottet Hotell. Straks etter kjøpet ble driftsselskapet Rondeslottet Hotell AS opprettet. I løpet av 2017 ble kjøpers rett til hotellet bestridt av tredjemenn som hevdet konkurrerende rettigheter i hotelleiendommen. Forholdet til advokat A ble avsluttet i april 2019 etter å ha tapt søksmålet om dobbeltsuksessjon, hvor Rondeslottet Hotell AS ble pålagt å fravike hotelleiendommen.

Advokaten registrerte 975,25 timer fordelt på 15 ulike saker for klienten, med et samlet salærkrav på ca. 4.4 MNOK. A fakturerte klienten månedlig for advokatarbeidet, og fordringene ble alle oppgjort på ordinær måte frem til starten av 2019. Da ble likviditeten til klientselskapene dårlig, og de ba om henstand. Privatpersonen B, som hadde en sentral rolle i begge klientselskapene, stilte i mars 2019 en selvskyldnerkausjon som tilleggsikkerhet for utestående salær.

Klienten engasjerte ny advokat etter tapet i Nord-Gudbrandsdal tingrett i april 2019, og i mai 2019 ble det sendt klage til Disiplinærnemnden på advokat As

salærkrav, jf. domstolloven § 227. Det ble anført at salæret var urimelig høyt og i strid med RGA 3.3.1.

Advokat A tok i juni 2019 ut stevning for Oslo tingrett (TOSLO-2019-91138) med krav om betaling av utestående salær på ca. 1.1 MNOK. Klienten fremmet motkrav og la ned påstand om tilbakebetaling av for mye innbetalt salær etter rettens skjønn. Som følge av søksmålet ble klagen til Disiplinærnemnden trukket, jf. HR-2019-1948-U, der Høyesteretts ankeutvalg slo fast at Disiplinærnemnden ikke kan fortsette behandlingen av sak om salær som er brakt inn for domstolene.

Advokat A tapte salærtvisten i tingretten, og ble pålagt å tilbakebetale ca. 1 MNOK. Begrunnelsen var at RGA 3.3.1 er en bindende bransjenorm som domstolene kan bruke til rimelighetskontroll av salæret, så fremt en tolkning av oppdragsavtalen ikke tilsier noe annet. Retten kom til at siden ingenting var avtalt utover timepris, måtte avtalen anses taus om salærets omfang, og retten mente at da måtte utgangspunktet for størrelsen på salæret være «gjengs pris», jf. prinsippet i kjøpsloven § 45. I vurderingen av om omfanget av advokat As totale salær var gjengs eller urimelig høyt, ville forholdsmessighetskravet i RGA 3.3.1 kunne trekkes inn som vurderingstema (kap. 2, avsnitt 8 og 9).

I lagmannsretten (LB-2020-21306) ble resultatet det samme som i tingretten. Lagmannsretten gikk likevel enda lenger enn tingretten i å antyde at A og klienten hadde avtalt at oppdragsavtalen *var* underlagt RGA, slik at det ikke var nødvendig å utfylle avtalen med RGA 3.3.1 som bakgrunnsrett. Retten viste til at en rimelighetskontroll med prisen var ordinær praksis i de fleste bransjer, jf. eksempelvis håndverkertjenesteloven § 32. Det var videre små nyanseforskjeller i de konkrete salærpostene, slik at advokat A ble pålagt å tilbakebetale enda litt mer av salæret (ca. 1.1 MNOK). Salærets «urimelige» eller «uforholdsmessige» del utgjorde således 57 % av totalsalæret. A fikk med andre ord kun 43 % av det han krevde.

Verken tingretten eller lagmannsretten drøftet spørsmålet om rettsgrunnlaget for tilbakebetaling etter å ha kjent salæret uforholdsmessig høyt, selv om lagmannsretten antyder at det er *condictio indebiti* uten å drøfte det nærmere.

I Høyesterett ble bare «rettsanvendelsen knyttet til betydningen av regler for god advokatskikk (RGA) punkt 3.3.1 for domstolenes prøving av advokatsalæret, samt rettsanvendelsen ved spørsmålet om RGA var del av avtalen og ved spørsmålet om tilbakebetalingsplikt av for mye betalt salær» tillatt fremmet, jf. beslutning fra Høyesteretts ankeutvalg den 26. august 2021. Høyesterett forkastet deretter i HR-2022-563-A advokat As anke med en lignende begrunnelse som de tidligere retter, og lagmannsrettens dom ble dermed rettskraftig.

### *Del III: Den rettslige statusen til RGA 3.3.1*

Høyesterett tok utgangspunkt i at domstolskontrollen med advokatsalærer skal skje etter de samme kriterier, uavhengig av om overprøvingen skjer i egne saker om salær, i forlengelsen av behandlede saker etter tvl. § 3-8 eller i saker om gyldigheten av Disiplinærnemndens salærvedtak (avsnitt 45).

Høyesterett fastslo deretter at RGA 3.3.1 er uttrykk for en rettslig bindende bransjenorm som blir en del av oppdragsavtalen mellom advokat og klient med mindre avtalen inneholder forbehold eller en avvikende salærberegning (avsnitt 45 og 48). Siden avtalen etter Høyesteretts mening var taus om salærets omfang (avsnitt 31), kom retten til at forholdsmessighetsbegrensningen i RGA 3.3.1 gjaldt i dette tilfellet. Den konkrete vurderingen av om salæret var urimelig høyt, og hvor stor del den urimelige delen utgjorde, var rettskraftig avgjort i lagmannsretten.

Høyesteretts resonnement gjorde at det ikke ble nødvendig å ta stilling til hva som ville skjedd dersom et forbehold eller en avvikende salærberegning *hadde* blitt tatt inn i oppdragsavtalen. Da ville det nemlig blitt nødvendig å vurdere om RGA 3.3.1 er en norm som ikke bare kan brukes til å tolke eller utfylle tause salæravtaler, men også til å sensurere og/eller revidere urimelige klausuler om salærberegning. Det er dette Høyesterett viser til i avsnitt 48 når de sier: «Det er da ikke nødvendig for meg å gå inn på anførselen om at salærregelen i 3.3.1 er en avtalerettslig revisjonsregel som kan anvendes direkte av domstolene».

Det interessante spørsmålet vi derfor ikke fikk en drøftelse av, er om RGA 3.3.1 har status som en *lex specialis* for advokatens oppdragsavtaler som kan anvendes direkte som grunnlag for rimelighetsbasert sensur/revisjon, fremfor den generelle formuerettslige revisjonsregelen i avtaleloven § 36. Praksis knyttet til rimelighetsterskelen i de to bestemmelsene har betydelige forskjeller. For fremtidige konflikter mellom advokater og deres klienter om salærberegningen der oppdragsavtalen *ikke* er taus om disse spørsmålene, ville dette gitt en god rettsavklaring, og kunne vært tatt opp av Høyesterett i et obiter dictum.

Et annet interessant spørsmål som blir hengende «litt i luften» på grunn av Høyesteretts valg om å ikke uttale seg om RGA 3.3.1 og dens mulige status som selvstendig revisjonshjemmel, er den rettslige sondringen mellom tolkning/utfylling og sensur/revisjon. Spørsmålet er relevant av to grunner:

(i) For det første fordi alle tre retter åpenbart sensurerer og reviderer salærberegningen, men teknisk sett i form av å innfortolke RGA 3.3.1 i avtalen. Det avkrevde salæret var således avtalestridig. I saken kan det likevel stilles spørsmålsteget ved om premisset om at «størrelsen på salæret er følgelig ikke avtalt» (avsnitt 31) egentlig er riktig. Hvis salærets størrelse egentlig *var* avtalt, er det som rent *faktisk* har skjedd en revisjon av en urimelig salæravtale med hjemmel i RGA 3.3.1.

Normaloppdraget i advokatbransjen skjer på timebasis uten fastpris. I oppdragsmalen til Advokatforeningen kan man estimere totalsalæret ved å antyde timetallet. Men mange advokater er tilbakeholdne med dette fordi klientene kan oppfatte det som et bindende pristilbud, jf. prinsippet i bustadoppføringslova § 41 tredje ledd. Et typisk advokatoppdrag kjennetegnes ved at det er dynamisk, og det er i starten av oppdraget vanskelig å fastsette omfanget. Blant annet har advokaten forskriftspålagt plikt til å utvide oppdraget dersom det er nødvendig for å ivareta klientens rettsposisjon.

Domstolenes argumentasjon på dette punkt synes preget av liten forståelse for advokatoppdragets egenart. Konsekvensen er at timebaserte profesjonsyrker anses å ikke ha avtalt prisen dersom bare timepris er oppgitt. Standpunktet synes å kunne ha store ringvirkninger som burde vært bedre belyst.

(ii) For det andre fordi sontringen mellom tolkning/utfylling og sensur/revisjon kan få rettslig relevans med hensyn til rettsvirkningene, jf. del IV nedenfor i denne kommentaren. En sensurert/revidert avtale er en delvis ugyldig avtale. En tolket/utfyllt avtale som gir samme resultat, er ikke ugyldig, men har rettsvirkning etter sitt innhold. Kan sontringen ha fått betydning for det subsidiære tilbakebetalingsspørsmålet i denne saken?

#### *Del IV: Rettsvirkningen – tilbakebetaling*

Partene anførte flere rettsgrunnlag til støtte for tilbakebetaling av den «urimelige» delen av det innbetalte salæret, stort 1.1 MNOK. Rettsvirkningen av at det var innbetalt mer salær enn det som var avtalt mellom partene, måtte nødvendigvis være at det overskytende skulle tilbakeføres. Men hvordan begrunnes klientens tilbakebetalingskrav rettslig i et slikt tilfelle?

Analogisk anvendelse av domstoloven § 227 fjerde ledd andre punktum var anført. Bestemmelsen fastslår at Disiplinærnemnden «kan pålegge en advokat som har mottatt for høyt salær, å betale det overskytende tilbake». Lagmannsretten syntes å godta dette, men argumentasjonen er rotete og blander sammen både *condictio indebiti*, «berettigede forventninger» og domstoloven § 227 fjerde ledd (kap. 1 siste avsnitt). Det er ikke lett å tolke hva lagmannsretten mente grunnlaget egentlig var. Høyesterett tok ikke stilling til spørsmålet om analogisk bruk av § 227 selv om det var anført. Etter mitt skjønn var en analogisk anvendelse av domstoloven § 227 fjerde ledd andre punktum nærliggende i dette tilfellet, siden domstolene «overtok» nemndas beslutningskompetanse, men det fikk vi altså ikke en avklaring på.

Høyesterett sa seg derimot enig i at *condictio indebiti* var anvendelig rettsgrunnlag for advokatens tilbakebetalingsplikt (avsnitt 50–52, særlig 51).

Jeg mener Høyesterett tar feil. *Condictio indebiti* er ikke rettsgrunnlag for tilbakebetalingsplikten i dette tilfellet. Her har ikke Rondeslottet betalt for mye på

grunn av en misforståelse av de faktiske forhold på betalingstidspunktet, men på grunn av en endring med virkning *ex-tunc* av *avtalegrunnlaget* for salærkravet. Hvis avtalens innhold er endret slik at rettsgrunnlaget for salæret ikke lenger korresponderer med det som faktisk er erlagt, vil rettsvirkningen være at det overskytende må tilbakeføres. Men system- og koherenskrav forutsetter stringens ved identifiseringen av rettsgrunnlaget.

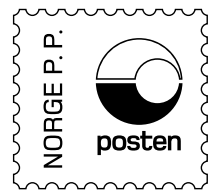
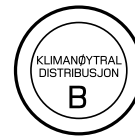
Er avtalen tolket/utfyllt vil det naturlige grunnlaget for plikten være avtalens innhold. Tilbakebetalingsplikten er i et slikt tilfelle en automatisk og direkte rettsvirkning av den kontraktsmessige salærfastsettelsen, omtrent som tilbakebetalingsplikten for debitor dersom kreditor tilkjennes prisavslag. Det er kanskje dette Høyesterett prøver å uttrykke når de i avsnitt 52 sier at en «slik tilbakebetalingsplikt må dessuten sies å inngå i selve håndhevelsen av det kontraktsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse». Problemet er at uttalen kommer midt inne i «*condictio indebiti*-vurderingen», og kan heller neppe betegnes som spesielt velformulert.

Er avtalen derimot revidert/sensurert, er den delvis ugyldig. Ved ugyldighet er det de ulovfestede restitusjons- og berikelsesprinsippene som hjemler tilbakebetalingsplikten. Også dette rettsgrunnlaget er Høyesterett inne på i avsnitt 51, da de uttrykker at etter «mitt syn er det ikke tvilsomt at vilkårene for å kreve tilbakebetaling er oppfylt hva enten tilbakebetalingsplikten forankres i læren om *condictio indebiti* eller i et prinsipp om restitusjon av uberettiget berikelse i kontrakt». Men de ulovfestede restitusjonsprinsippene bygger ikke på vurderingstemaet som drøftes i avsnitt 50–54, noe som viser at spørsmålet om tilbakebetaling ikke avgjøres på grunnlag av de ulovfestede restitusjonsprinsippene.

Et problem med Høyesteretts valg av rettsgrunnlag, i tillegg til uklarheten, er at de to første alternativene utelukkende er umiddelbare rettsvirkninger av en allerede avklart rettsfaktasid (urimelig høyt salær). Men læren om *condictio indebiti* er ikke bare det, den har også en vilkårsside. Bruken av *condictio indebiti* for å hjemle tilbakebetalingskravet kan dermed oppfattes som en slags «rettslig omkamp» om klienten overhodet har et tilbakebetalingskrav. Det er unødvendig å drøfte om det er rimelig at klienten får tilbakebetalt salæret når det allerede er fastslått at det var avtalestridig høyt. I tillegg kan det skape inntrykk av at *condictio indebiti* blir brukt til å «korrigere» grunnlaget for salærkravet (avtalen). Men man kan naturligvis ikke korrigere (revidere) urimelige avtaler med *condictio indebiti*. *Condictio indebiti* brukes til å korrigere uriktige *oppgjør*. Leses dommen feil, risikerer man at *condictio indebiti* i fremtiden vil påberopes som hjemmel for å få redusert honorarer fordi de er «urimelig høye».

Etter min oppfatning er det derfor helt klart at *condictio indebiti* er uriktig grunnlag for tilbakebetalings-

**Returadresse:**  
Cappelen Damm Akademisk  
Cappelen Damm AS  
0055 Oslo



plikten. Men, hvis man aksepterer premisset om at det er dette som er rettsgrunnlaget, oppstår det et subsidiært spørsmål om helhetsvurderingen gjennomføres i tråd med gjeldende rett (avsnitt 51-54).

Helhetsvurderingen fremstår nemlig som mangelfull, og flere relevante momenter utelates. I helhetsvurderingen etter *condictio indebiti* er eksempelvis manglende forbehold fra betalers side (klienten) ved et uklart eller omtvistet krav, ansett som et vektig moment i hans disfavør. Her var tross alt betaler en næringsdrivende klient som gjorde opp månedlige fakturaer over lang tid uten forbehold. Selv om klienten ikke ble ansett å avtalerettslig ha akseptert totalsalæret gjennom disse betalingene (avsnitt 31-32), vil likevel usikkerheten rundt fordringenes riktige størrelse være et moment som tilsier at klienten tar forbe-

hold ved betalingen, jf. HR-2021-2532-A avsnitt 62-63 som oppstiller en varslingsplikt for betaler i disse tilfellene. Så vidt jeg kan bedømme taler også tidsmomentet i klientens disfavør etter en tradisjonell «*condictio indebiti*»-vurdering, noe som faktisk ble grundigere drøftet av lagmannsretten enn Høyesterett.

Dommens beste og mest rettsavklarende side er dermed at RGA er en rettslig bindende bransjenorm som utfyller advokaters oppdragsavtaler, og som domstolene derfor kan bruke direkte i sin kontroll med slike avtaler. For øvrig er dommen uklar og overraskende lite prinsipiell.

Thomas Rønning  
Ph.d.-kandidat IfP (UiO)  
Høyskolelektor, Høgskolen i Innlandet

## Doms- og emneregister for tidsskriftet

Det er utarbeidet et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten*.

Registeret er nyttig om du vil finne ut om en dom er omtalt i *Nytt i privatretten* eller når du skal oppdatere deg på et saksfelt.

I emneregisteret er alle artiklene fra *Nytt i privatretten* ordnet tematisk med referanse til hvilken utgave artikkelen står i.

Domsregisteret gir en oversikt over dommer som er omtalt i tidsskriftet og hvilket utgave de er omtalt i.

Doms- og emneregisteret har følgende nettsadresse:

<https://www.cappelendammundervisning.no/cdu/akademisk/nytt-i-privatretten/index.action>

## Nytt i privatretten

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

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

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:  
[www.cda.no](http://www.cda.no)

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

Et årsabonnement (2022) på *Nytt i privatretten* koster kr 720, –. Studentabonnement koster kr 350, –. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

*Nytt i privatretten* © Cappelen Damm AS 2022  
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer oktober 2022.