



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ADVOKATRETT

Advokaters profesjonsansvar. Avklaring av faktiske forutsetninger. Forbehold – HR-2022-2010-A

1. Hva saken gjelder

Saken gjelder advokaters profesjonsansvar og særlig hvor langt en advokat har plikt til å avklare faktiske forutsetninger for rådgivningen, samt hvilken betydning det har at det er tatt forbehold i den forbindelse.

2. Bakgrunn og resultat

Høyesterett har avsagt en rekke dommer om profesjonsansvar, herunder profesjonsansvar for advokater. Før HR-2022-2010-A foreligger det likevel ingen dom avsagt av Høyesterett om dette emnet etter Rt. 2014 s. 422. Imidlertid er det avsagt *ni* nyere dommer av Borgarting lagmannsrett, hvor de fire første førte til ansvar for advokaten, mens de fire påfølgende førte til frifinnelse. I den niende ble advokaten ilagt ansvar. Videre er det avsagt én dom av Eidsivating lagmannsrett, som førte til ansvar. Dommene er i kronologisk rekkefølge følgende:

Innhold nr. 4

Advokatrett.....	1
Arbeidsrett.....	5
Erstatningsrett	11
Fast eiendoms rettsforhold	16
Forbrukerrett	21
Sivilprosess	24

LB-2018-27239 (Helikopter 1). Ansvar. Betydelig medvirkningsansvar.

LB-2019-85292 (Polaris Media). Ansvar.

LB-2019-90271 (Det Stavangerske Investerings-selskap AS – DSI). Ansvar.

LB-2019-32731 (Helikopter 2). Ansvar. Medvirkning.

LB-2020-6420 (Skatteråd 2). Frifinnelse. Jf. HR-2022-2010-A.

LB-2020-145023 (Strategi-dommen). Frifinnelse.

LB-2021-55497 (Rorbuer). Frifinnelse.

LB-2021-50218 (Arrest). Frifinnelse.

LB 2021-34478 (Trønderhallen). Ansvar.

LE 2021-142399 (Prosessrisiko). Ansvar.

Høyesteretts ankeutvalg kom i anledning samtlige av dommene, med ett unntak, – LB-2020-64201 som gjelder BDO Advokater – til at anke til Høyesterett ble nektet fremmet. For LB-2020-64201 ble det besluttet at anken skulle behandles i avdeling, jf. HR-2022-95-U. Den dom som Høyesterett deretter avsa var HR-2022-2010-A.

Mens tingretten i dette saksforholdet kom til at advokaten hadde handlet uaktsomt og ila BDO Advokater et erstatningskrav, redusert med 50 % på grunn av klientens medvirkning, frifant lagmannsretten advokaten. Lagmannsretten la til grunn at advokaten ikke hadde utvist uaktsomhet, og tilla det vesentlig betydning at det var tatt forbehold i notatet advokaten hadde utarbeidet for klienten. Høyesterett sluttet seg enstemmig til lagmannsrettens domsresultat, ved at klientens anke ble forkastet. Dermed var det ikke relevant for Høyesterett å behandle spørsmålet om potensiell medvirkning fra klientens side.

3. Faktum

Saken gjelder et datterselskap av Skandinaviska Enskilda Banken, Europa Infrastruktur AS, som ble opprettet med den hensikt å investere i et fond med forretningsadresse på Guernsey. I 2016 bisto BDO Advokater selskapet med et skatterettslig rådgivningsnotat om hvorvidt den skatterettslige fritaksmetoden

kunne få anvendelse på utdelinger fra fondet som følge av gevinster ved aksjesalg. Advokaten som foretok vurderingen, en ansvarlig advokat/partner (og hans fullmektig), kom til at fritaksmetoden fikk anvendelse og at bare tre prosent av utdelingen fra fondet var å beskatte som kapitalinntekt. Det ble tatt uttrykkelig forbehold fra advokaten om at den skatterettslige vurderingen hadde som forutsetning at fondet var direkte eier av de realiserte aksjene. Notatet ble formidlet til klienten og deretter vedlagt klientens skattemelding.

Ved bokettersyn i 2016 la Skatteetaten til grunn at fritaksmetoden ikke var anvendelig. Begrunnelsen for dette var at investeringene ble foretatt via holdingselskaper på Guernsey. Klientselskapets inntekter i perioden ble ansett øket med NOK 54 mill., og det ble for skatteåret 2015 ilagt tilleggsskatt på NOK 2,3 mill. Selskapet vendte seg så mot advokatfirmaet med sitt erstatningskrav for tilleggsskatten.

4. Høyesteretts begrunnelse

4.1 Rettslige utgangspunkter

For Høyesterett reiste saken spørsmål om advokaten hadde begått feil som medførte erstatningsansvar og om en eventuell erstatning skulle reduseres som følge av skadelidtes medvirkning (avsnitt 22). Med referanse til at advokatens oppdrag utgjør en kontraktsforpliktelse, viser Høyesterett først (avsnitt 23) til at oppdragsavtalen og formålet med oppdraget blir stående «sentralt i vurderingen av om det er utvist uaktsomhet», jf. Rt. 2002 s 286 (KPMG). Høyesterett påpeker så at profesjonsansvaret for advokater ikke er et eget ansvarsgrunnlag, men en streng aktsomhetsnorm (avsnitt 24). Under henvisning til Rt. 1995 s 1350 (Takstmannsdommen), uttales at det til tross for den strenge ansvarsnormen likevel «er et visst spillerom før adferd som kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet» (avsnitt 24). Det vises deretter til Rt. 1994 s. 1430, der det uttales at en prosessfullmektig må tilfredsstille de krav til ivaretagelse av klientens interesser «som man med rimelighet bør stille ... i den situasjon som forelå». Denne referansen er i realiteten til forventningsprinsippet, det vil si nivået for klientens forventninger om ivaretagelse av klientinteressene, forventningene må være berettigede, jf. «med rimelighet», bedømt ut fra den foreliggende situasjon.

Fra å redegjøre for klientens (berettigede) forventninger til advokaten, går Høyesterett direkte over til å vurdere hvilke (berettigede) forventninger advokaten kan ha til klientens adferd (avsnitt 26). Det betones her at dersom klienten er profesjonell, vil en advokat «med rette kunne ha høyere forventninger til hvordan klienten opptrer i samspillet dem imellom, for eksempel med tanke på ansvaret for å fremskaffe faktiske opplysninger av betydning for oppdraget, oppfølging og fremdrift». Deretter kommer retten med noen mer generelle betraktninger om i hvilken utstrekning advokater har plikt til å foreta faktiske undersøkelser og betydningen av at det er tatt forbehold om faktum

(avsnitt 27). Det uttales her at dette blant annet avhenger av «oppdraget, om klienten er en profesjonell aktør og av opplysningens art».

Høyesterett viser til at det kun foreligger to tidligere avgjørelser, Rt. 1958 s 1019 og HR-2019-1079-A (Multimur), som kan gi veiledning. I forbindelse med den førstnevnte dommen var det ikke tatt noe forbehold, og Høyesterett nevner den kun så vidt. I den sistnevnte, Multimur, var det derimot i en takst redegjort for hvilke undersøkelser som av ulike grunner ikke var foretatt (avsnitt 53), og Høyesterett bemerker at synspunkter fra dommen har en overføringsverdi til advokattjenester (avsnitt 29). Med referanse til Multimur fremholder Høyesterett at det uansett må kreves at et forbehold om faktum er utformet på en måte som gjør klienten «tilstrekkelig oppmerksom på konsekvensene av at de forholdene det er tatt forbehold for, ikke blir avklart» (avsnitt 30).

4.2 Advokatoppdraget i saken og utføringen av det

Det forelå ingen skriftlig oppdragsavtale, men retten kunne legge til grunn at oppdraget gikk ut på å avklare om den skatterettslige fritaksmetoden fikk anvendelse på utdelingene fra fondet, jf. foran. Etter en kommunikasjon med klientens forretningsfører la advokaten til grunn at fondet eiet aksjene direkte og at det dermed ikke forelå et eierskap gjennom underselskaper/fond. I det notat som deretter ble utferdiget og sendt klienten med den juridiske vurderingen ble følgende forbehold inntatt i konklusjonen:

«Konklusjonen er avgitt på bakgrunn av vår forståelse av de faktiske forhold. Dersom faktum er annerledes vil det kunne endre vår konklusjon, og vi ber derfor om tilbakemelding om vi har lagt til grunn feil forståelse av faktum. Konklusjonen er begrenset til det beskrevne tilfellet og vi anbefaler at det foretas en vurdering i hvert enkelt tilfelle.»

Det ble ikke gitt noen tilbakemelding om at det faktum advokaten la til grunn var feil. Notatet ble etter avtale mellom klient og advokat deretter vedlagt klientens skattemelding.

4.3 Den konkrete aktsomhetsvurderingen

I den konkrete vurderingen av aktsomhetsnormen presiserer Høyesterett at kjernen i aktsomhetsvurderingen er om det var «forsvarlig av advokaten å legge til grunn en forutsetning om at fondet eide aksjene direkte» (avsnitt 43). Alternativet ville ha vært at advokaten selv foretok nærmere undersøkelser, eller at forbeholdet ble utformet «omvendt», jf. nedenfor.

Høyesterett tar utgangspunkt i advokatoppdragets innhold, jf. foran, og vurderer hvorvidt tilbakemeldingene fra forretningsføreren, kunne gi noen føringer med relevans for ansvarsvurderingen (avsnitt 46). Retten legger til grunn at det ut fra tilbakemeldingen var forsvarlig av advokaten å operere med det utgangspunkt at fondet eiet aksjene direkte (avsnitt 48), men føyer til at det likevel forelå en faktisk usikkerhet som var synlig for advokaten og som ikke uten videre ville

kunne gi grunnlag for ansvarsfrihet. Dermed fikk man på spissen spørsmålet om det forbehold som var utfordret kunne begrunne ansvarsfrihet (avsnitt 48).

Høyesterett foretar så en vurdering av forbeholdets innhold, særlig med vekt på presisjon og klarhet (avsnitt 50). Etter å ha slått fast at forbeholdet har en generell form, vises det til kommunikasjonen mellom forretningsfører og advokaten. Forbeholdets ordlyd sammen med denne kommunikasjonen klargjorde at forbeholdet hadde særlig betydning for forutsetningen om fondets direkte eierskap til aksjene. Retten viste til at forbeholdet ga «klar beskjed» om at et annet faktum om eierskap kunne påvirke konklusjonen, og at det fremgår av notatet at advokaten baserer seg på klientens opplysninger uten at disse er verifisert av advokaten (avsnitt 50). Vurderingen av forbeholdet avsluttes med at klienten må anses for å ha fått en «tilstrekkelig klar oppfordring» om å undersøke nærmere om fondet eide aksjene direkte eller via mellomliggende selskaper, og Høyesterett betoner i den forbindelse nettopp at klienten er å regne som profesjonell aktør (avsnitt 50).

Høyesterett supplerer den foran nevnte argumentasjonen knyttet til forbeholdets ordlyd med en uttalelse om at det som utgangspunkt er klienten som «var nærmest til å legge frem faktiske opplysninger om egen virksomhet» (avsnitt 52). Slik Høyesterett formulerer seg er det tydelig at man har den konkrete saken som referansebakgrunn.

5. Vurdering

5.1 Potensiell kritikk

Dommen er som fremholdt enstemmig. Det kan likevel stilles spørsmål ved om den kan gå helt klar av kritikk. De juridiske vurderingene knyttet til en potensiell anvendelse av fritaksmetoden var neppe kvalifisert kompliserte i seg selv. Det springende punkt – og helt avgjørende for klientens skatteposisjon – var derfor det faktiske spørsmålet om fondets direkte eller indirekte eierskap. Advokaten var åpenbart klar over dette, og at hans råd ville være ugunstig for klienten om det faktum han tok forbehold om likevel ville vise seg å være det korrekte. Det rådet advokaten ga var derfor det «letteste» og mest «behagelige» å gi – og også det mest «behagelige» å få. Det kan derfor stilles spørsmål ved om advokaten burde ha fulgt saken ytterligere opp overfor klienten, ganske særlig i forbindelse med inngivelsen av klientens skattemelding, ettersom man på det tidspunkt må sies å være forbi en potensiell intern bruk av notatet. Man kan også tenke seg at advokaten kunne ha latt forbeholdet i notatet få et «motsatt» innhold, ved å forutsette at det forelå eierskap via mellomliggende selskaper. Konsekvensen ville ha vært at fritaksmetoden ikke kunne anvendes, noe som ville avtegne et skatteansvar for klienten, og gi denne en sterkere oppfordring til å avklare faktum før fremleggelsen av skattemeldingen.

Innvendingene det er redegjort for er relevante, men

jeg mener likevel at Høyesterett traff riktig i dommen, ikke minst fordi den gir signaler om at advokater kan forvente en viss medvirkning til avklaring av faktum fra klienter som er profesjonelle aktører når faktum er knyttet til klientens egen virksomhet, jf. nedenfor.

5.2 Forholdet til lagmannsrettens praksis, profesjonsansvarets strenghet og rettsområdet

Uavhengig av potensielle innvendinger, må dommen anses som rettsavklarende. Den gir dels visse avklaringer når det gjelder spørsmålet om hvor langt en advokat plikter å avklare faktiske forutsetninger for rådgivningen og dels visse avklaringer om hvilken betydning det har at det er tatt forbehold i forbindelse med avklaring av faktiske forutsetninger, jf. 5.3 nedenfor.

Siden dommen førte til frifinnelse av advokaten, kan det spørres om den mer generelt innebærer en oppmykning av de strenge krav Høyesterett og lagmannsrettene, jf. foran, har stilt når det gjelder advokaters profesjonsansvar. I den forbindelse kan det bemerkes at Høyesterett i dommen ikke har inntatt den sedvanlige referansen til Høyesteretts egen spissformulering i KPMG-dommen, Rt. 2002 s. 286, om at advokaten «utvetydig og med tyngde» skal fremheve den risikoen man står overfor.

Svaret må likevel være at HR-2022-2010-A ikke mer generelt kan sies å innebære noen slik oppmykning. Høyesterett er helt tydelig på at det gjelder et strengt profesjonsansvar for advokater (avsnitt 24), men har ut fra de konkrete omstendigheter og bevis – og etter nøye vurdering – latt saken falle innenfor rammen av det Høyesterett selv omtaler som «et visst spillerom før adferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet», jf. Rt 1995 s. 1350 (Takstmanndommen), en dom retten gjør direkte henvisning til (avsnitt 24), jf. foran. I denne forbindelse kan det også vises til at anke til Høyesterett over lagmannsrettens dommer som konstituerer ansvar tidligere konsekvent er blitt avslått av Høyesteretts ankeutvalg.

En noe annen refleksjon i denne sammenheng er at dommen ikke inneholder noe som kan gi grunnlag for å trekke slutninger om at profesjonsansvarets strenghet på skatterettens område skal vurderes annerledes enn (strengheten) på andre rettsområder.

Det kan også bemerkes at de avklaringer dommen gir når det gjelder advokatens plikt til å bringe på det rene faktiske forhold og forbehold i den forbindelse, ikke er påvirket av at saksforholdet konkret gjelder skatterådgivning. Således har Høyesterett ikke på noe punkt i begrunnelsen knyttet sin bedømmelse av dette mer konkret til skatterettslige forhold. Det må derfor mer generelt kunne slutes at dommen når det gjelder de nevnte avklaringene, vil ha betydning for forretningsjuridisk bistand fra advokater på alle rettsområder.

5.3 Hva innebærer dommen om advokatens plikt til avklaring av faktiske forhold og anvendelse av forbehold?

Når det gjelder spørsmålet om hvor langt advokaten selv må gå for å avklare sakens faktiske forhold, bekrefter dommen at dette blant annet avhenger av oppdraget og opplysningens art (avsnitt 27). De retningslinjer som gis er likevel ikke særlig utførlige og/eller presise med tanke på den alminnelige rettsanvendelsen:

«Vurderingen må i hovedsak foretas ut fra det konkrete advokatoppdraget og de utgangspunktene jeg har gjort rede for. Det vil si at advokaten må skaffe seg en oversikt over det faktum som er nødvendig for at klientens interesser skal ivaretas på en forsvarlig måte i den situasjonen som foreligger. Å kartlegge faktum som er avgjørende for det juridiske rådet som blir gitt, kan etter omstendighetene være en sentral del av advokatens oppgave. Klienten er på sin side den som normalt er den som har best kunnskap om egne forhold, herunder egen virksomhet. For å unngå at advokatens oppdrag blir for omfattende, og for at klienten påføres unødige kostnader, vil det ofte være praktisk at klienten kartlegger de faktiske forholdene om egen virksomhet som ligger til grunn for rådgivningen. Advokaten kan likevel ikke alltid forvente at klienten selv skal skaffe til veie eller undersøke faktiske forhold av betydning for advokatoppdraget. Hvor langt advokaten selv må gå i å avklare sakens faktiske forhold, avhenger blant annet av oppdraget, om klienten er en profesjonell aktør og av opplysningens art» (avsnitt 27).

Etter min oppfatning er det særlig referansen til om klienten er en «profesjonell aktør», og den konkrete kommunikasjonen som fant sted mellom advokaten og klienten ved forretningsføreren som har vært avgjørende for dommens resultat. Se særlig avsnittene 26, 46, 48 og 52, der sistnevnte avsnitt gjelder betydningen av at de faktiske opplysningene gjaldt klientens egen virksomhet. Det er likevel klart at dommen ikke hadde ført til frifinnelse av advokaten om det ikke hadde vært tatt et så tydelig og klart forbehold (avsnitt 48). Det var nettopp problematiseringen i notatet av den faktiske usikkerheten som forelå om fondets eierskap til aksjene, som innebar at forbeholdet (i det hele tatt) av Høyesterett ble tatt i betraktning og tillagt avgjørende betydning for sakens utfall. Dette fremkommer av rettens bemerkning om at hvis den faktiske usikkerheten ikke hadde blitt problematisert, ville advokaten ikke ha løst oppdraget slik klienten med rimelighet kunne forvente (avsnitt 48). Når det gjelder selve forbeholdet legger retten til grunn som en forutsetning at selv et klart og tydelig forbehold ikke vil kunne være ansvarsbefriende, hvis ikke usikkerheten om de faktiske forhold er blitt tydeliggjort og problematisert overfor klienten før forbeholdet inntas.

Den betoning Høyesterett gjør av at de faktiske opplysningene det gjaldt knyttet seg til klientens egen virksomhet (avsnitt 52) har også betydning når det gjelder dommens prejudikativ virkning. Hvis de faktiske

forhold gjelder annet enn klientens egen virksomhet, er det ikke like nærliggende å legge til grunn at det vil være klienten som er nærmest til å foreta påkrevede undersøkelser og fremlegge resultatet av disse.

5.4 Rekkevidden av dommen. Særlig om klienten som profesjonell aktør og advokatens forventningsgrunnlag

Langt på vei er begrunnelsen i de fellende avgjørelsene fra lagmannsrettene bygget på en forutsetning om at utpreget profesjonelle klienter kan forvente samme oppfølging i forbindelse med rådgivning som en mindre profesjonell klient (jf. T Wågheim, Advokatbladet nr. 1, 2021, s. 8). Lagmannsrettens praksis har på dette punkt en linje tilbake til Høyesteretts formulering av ansvarsspørsmålet i KPMG-dommen, jf. Rt. 2002 s. 286, om at advokaten «utvetydig og med tyngde» (s. 292) skal fremheve den risikoen man står overfor. Overordnet og mer prinsipielt er det likevel mye som taler for at denne tilnærmingen ikke passer så godt i saksforhold som gjelder omfattende, løpende forhandlinger som følges tett av klienten. Prinsipielt har dette spørsmålet relevans både ved bedømmelsen av ansvarsnormens strenghet og skadelidtes forhold, jf. culpanormens relativitet.

Mye kan tale for at advokaten som rådgiver i det minste burde kunne forvente at klienter tar opp forhold de anser uklare eller ikke forstår i prosesser av denne typen med advokaten. Med bakgrunn i et slikt argumentasjonsmønster er det blitt anført at Høyesterett bør få muligheten til å ta stilling til om lagmannsrettens praksis når det gjelder hva advokaten kan forvente av utpreget profesjonelle klienter er urimelig streng (jf. Jan B Jansen, Advokatbladet nr. 1, 2021, s. 9). HR-2022-2010-A kan sies å være en slags respons på dette, men som foran fremholdt innebærer dommen ikke noe generelt korrektiv til lagmannsrettens strenge praksis. I denne forbindelse kan det også vises til at Høyesteretts bemerkninger om betydningen av klienten som profesjonell aktør er nokså direkte knyttet til spørsmålet om plikten til avklaring av faktum og forbeholdets betydning (avsnitt 27, 50 og 51).

Selv om også utpregede profesjonelle klienter bør kunne ha forventninger om høy fagkompetanse fra rådgivende advokatfirmaer, med den følge at normen i utgangspunktet må være streng, bør normen etter min oppfatning – mer generelt – tilpasses klientenes egen forretningsmessige profesjonalitet og forutsetninger. Siden det ikke er tale om et rent objektivt ansvar, men et spørsmål om å beskytte klientens berettigede forventninger – som er noe annet enn å beskytte enhver subjektiv forventning fra klientens side – bør man i fremtidig praksis være mer omhyggelig med å tilpasse ansvarsnormen til advokatens (berettigede) forventninger til klientens medvirkning. Visse formuleringer i HR-2022-2010-A kan gi et signal om at domstolene også i andre saker enn de som gjelder avklaring av faktiske forutsetninger og dertil hørende forbehold

i større grad kan og bør tillegge det betydning at klienten (eventuelt) er en profesjonell aktør:

«Dersom klienten er profesjonell, vil en advokat med rette kunne ha høyere forventninger til hvordan klienten opptrer i samspillet dem imellom, for eksempel med tanke på ansvaret for å fremskaffe faktiske opplysninger av betydning for oppdraget, oppfølging og fremdrift» (avsnitt 26).

Formuleringene er nedfelt i dommens generelle del – «Rettslige utgangspunkter» – og eksemplifiseringen viser også at Høyesterett her er ute med mer alminnelige betraktninger, jf. særlig referansen til at en profesjonell klient ikke bare kan føre til at advokaten vil kunne ha et høyere forventningsgrunnlag til klientens adferd når det gjelder fremskaffelsen av faktiske opplysninger, men også når det gjelder «oppfølging og fremdrift». Siden det dreier seg om en eksemplifisering er det heller ikke nærliggende å tolke den som uttømmende.

5.5 Avslutning: Litt om dommen i et rettsteoretisk perspektiv

Dommens resultat – og Høyesteretts begrunnelse – har overordnet og mer prinsipielt en direkte sammenheng med *relativiteten i partenes forventningsgrunnlag*, det vil si hvor langt det ut fra de konkrete forhold er rimelig at klienten selv bestreber seg for å foreta avklaring av faktiske forhold, jf. pkt. 5.4. På dette punkt er det sentrale at advokaten overfor en klient som er profesjonell aktør vil kunne ha en berettiget forventning om en viss avklaring av faktum fra klientens side og også at klienten har en forståelse av hva et klart og tydelig forbehold innebærer, men i (langt) mindre grad hvis klienten er en forbruker eller annen ikke-profesjonell aktør. Dette gir mer generelt grunnlag for en slutning om at profesjonsansvaret ikke bare må fastsettes på basis av klientens konkrete forventninger til advokaten, men at advokaten også vil kunne ha relevante og konkrete forventninger til klienten, og at disse etter forholdene vil kunne anses som *berettigede*, og dermed *avgjørende* for ansvarssakens utfall. I så fall blir det ikke aktuelt å foreta noen bedømmelse av om klienten kan ha medvirket til skaden/tapet.

Geir Woxholth

ARBEIDSRETT

Arbeidstakerinnflytelse i behold ved omdannelse til SE-selskap. EU-domstolens dom i IG Metall och ver.di, C-677/20

Bakgrund

EU-domstolen behandlade vederliggen for första gängen direktiv 2001/86/EG om komplettering av europabolagsstadgan (förordning (EG) nr 2157/2001) vad gäller arbetstagarinnflytande i IG Metall och ver.di, C-677/20, dom den 18 oktober 2022. Problemställningen var om

ett företag genom att ändra företagsform till europabolag (*Societas Europaea*, SE-bolag, *SE-selskap*) kan åstadkomma försämringar i arbetstagarinnflytande, dvs. om de gällande nationella reglerna om fackföreningens rätt att utse representanter i tillsynsråd också skulle gälla när ett aktiebolag ombildats till ett SE-bolag. EU-domstolen besvarade frågan bekräftande.

I EUs medlemsstater och EES-/EFTA-staterna Island, Liechtenstein och Norge finns det sammanlagt över tre tusen SE-bolag. (Med Storbritanniens utträde ur EU omvandlades brittiska SE-bolag den 1. januari 2021 till UK Societas (UKS).) I Norges största handelspartner Tyskland, varifrån begäran om förhandsavgörande i det aktuella målet kom, finns mellan fem- och sexhundra SE-bolag. Trots det begränsade genomslaget av SE-bolagsformen i Skandinavien (Norge och Sverige har omkring en handfull SE-bolag, Danmark har färre) förtjänar domen ändå här ett omnämnande.

Krav på arbetstagarinnflytande för europabolag

Efter decennier av diskussioner i det som är EUs föregångare antogs förordningen om europabolag (*Societas Europaea*, SE-bolag, *SE-selskap*) 2001, samtidigt som ett direktiv om supplerande bestämmelser om arbetstagarinnflytande i SE-bolag antogs. Regleringen skulle vara genomförd i oktober 2004. Med SE-bolagsformen avser unionslagstiftaren att underlätta för gränsöverskridande företagande inom EU, men regelverket är även en del av EES-avtalet. Ett SE-bolag bildas genom att redan existerande bolag bildar ett SE-bolag genom fusion, upprättande av holdingbolag, bildande av dotterbolag eller ombildning till SE-bolag, art. 2 i förordningen. Ett SE-bolag är en egen juridisk person och måste vara utformat som ett aktiebolag med ett aktiekapital om 120 000 euro, art. 1 och 4 i förordningen. Orsaken till att europabolagsformen dröjde var oenighet medlemsstaterna emellan rörande arbetstagarinnflytande. Reglerna om EU-rättsligt arbetstagarinnflytande avseende såväl information och samråd som medbestämmande har rötter i lagstiftningsambitionerna angående europabolag. En förutsättning för att kunna bilda ett SE-bolag är att en ordning för arbetstagarinnflytande kommit på plats, art. 12.4 i förordningen och art. 1.2 i direktivet. Skälet till att reglerna om arbetstagarinnflytande placerades i ett särskilt direktiv är att möjliggöra för nationella variationer i den arbetsrättsliga regleringen. Nivåerna på och omfattningen av arbetstagarinnflytande skiljer sig betydligt medlemsstaterna emellan, och syftet med reglerna är bland annat att bibehålla nivån på arbetstagarinnflytandet i det bildade SE-bolaget – och därmed att förhindra försämringar i arbetstagarinnflytandet. Syftet med direktivet är att de arrangemang för arbetstagarinnflytande som finns i företagen inte försvinner eller försämras vid bildandet av ett SE-bolag, jfr p. 18 i direktivingsressen.

SE-bolagsdirektivet är ganska tekniskt uppbyggt. Unionslagstiftarens lösning för arbetstagarinnflytande

i SE-bolag blev att sådant inflytande ska regleras i avtal mellan företagsledningen och arbetstagarrepresentanter, men om enighet om sådant avtal inte nås ska i stället de tvingande referensreglerna som återfinns i en bilaga till direktivet gälla. Sådant har direktivet emellertid likheter med direktivet (2009/38/EG) om europeiska företagsråd. I likhet med det direktivet och direktivet (2002/14/EG) om informations- och samråd, direktivet (2003/72/EG) om arbetstagarinflytande i kooperativa företag samt arbetstagarinflytanderegler i direktivet ((EU) 2017/1132) om vissa aspekter av bolagsrätt (se i sammanhanget särskilt art. 133 om arbetstagarinflytande vid gränsöverskridande fusioner) karakteriseras SE-bolagsdirektivet av procedurregler, just på grund av att medlemsstaterna inte kunde komma överens om det materiella innehållet i reglerna om arbetstagarinflytande (jfr p. 38 f. och 44 i domen). I stället möjliggör direktivet för parterna på arbetsmarknaden att tillsammans själva närmare utforma regelverket rörande arbetstagarinflytande vid bildande av SE-bolag och därmed kunna beakta de nationella variationerna i arbetstagarinflytanderegleringen och anpassa inflytandet till den ifrågavarande verksamheten. En viktig mekanism i regleringen är den s.k. före-och-efter-principen, enligt vilken nivån på arbetstagarinflytandet i de deltagande bolagen ska (åtminstone) bevaras, se art. 4.4 i direktivet avseende det aktuella målet i EU-domstolen som rör ombildning till SE-bolag. I det här aktuella målet var det fråga om innehållet i denna princip.

SE-bolagsförordningen är genomförd i norsk rätt genom lov 1. april 2005 nr. 14 om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a (rådsförordning (EF) nr. 2157/2001 (SE-loven), direktivet genom forskrift 1. april 2005 nr. 273 om arbeidstakernes rett til innflytelse i europeiske selskaper.

Twisten

Twisten har sin upprinnelse i Tyskland. De särskilda tyska reglerna om arbetstagarinflytande beaktas inte här, men det konstateras bara att de skiljer sig inte obetydligt från de skandinaviska om inte annat i sin utformning. Bakgrunden till tvisten mellan på den ena sidan de två tyska fackföreningarna IG Metall och Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) och på den andra sidan mjukvaruföretaget SAP är i korthet följande. I samband med ombildningen till ett SE-bolag 2014 inrättades det särskilda förhandlingsorgan (*det særlige forhandlingsutvalg*, jfr forskriften § 4) som företrädde arbetstagarna i de i ombildningen deltagande bolagen i förhandlingarna med företagsledningen i SAP om det kommande arbetstagarinflytandet i SE-bolaget, se art. 3 i direktivet. Hos SAP har det sedan det ombildades till ett SE-bolag inrättats ett tillsynsråd (*Aufsichtsrat*) med arton ledamöter (*medlemmer*), av vilka nio är arbetstagarrepresentanter. Sammansättningen i tillsynsrådet bestäms av den tyska medbestämmandelagen (*Mitbestimmungsgesetz*, *MitbestG*). Antalet ledamöter i tillsynsrådet som arbetstagarna kan välja

eller utnämna eller föreslå eller avvisa utnämning följer av en särskild lag om arbetstagarinflytande i SE-bolag (*SE-Beteiligungsgesetz*, *SEBG*). Där föreskrivs också att det i avtalet ska bestämmas att minst samma nivå av arbetstagarinflytande som finns i det bolag som ska ombildas till ett SE-bolag bevaras, jfr art. 4.4 i direktivet. I överenskommelsen mellan det särskilda förhandlingsorganet och SAP angavs att de fackföreningar som var representerade i den koncern som SAP ingick i skulle ha ensamrätt att föreslå kandidater för några av platserna för arbetstagarrepresentanter som var anställda i Tyskland. Sådana kandidater väljs enligt *SEBG* separat i en annan omröstning än den genom vilka övriga arbetstagarrepresentanter väljs. På så sätt tryggas fackföreningarnas representation i tillsynsråden. Mellan det särskilda förhandlingsorganet och SAP träffades även en överenskommelse om att antalet ledamöter i SAP SE:s tillsynsråd kunde minska från arton till tolv ledamöter, varav sex skulle vara arbetstagarrepresentanter. Dessa representanter skulle däremot inte väljas i en separat omröstning och därmed säkerställdes inte längre att en fackföreningsrepresentant ingår bland arbetstagarrepresentanterna i tillsynsrådet.

Mot dessa bestämmelser i överenskommelsen klagade fackföreningarna IG Metall och ver.di. Facken menade att bestämmelserna i överenskommelsen skulle ogiltigförklaras eftersom de var i strid med de tyska lagreglerna eftersom de inte garanterade att någon fackföreningsrepresentant skulle ingå bland arbetstagarrepresentanterna i tillsynsrådet. Efter att ha förlorat i de två underinstanserna klagade de in målet i Bundesarbeitsgericht (BAG, den tyska federala arbetsdomstolen). BAG ansåg att bestämmelserna i överenskommelsen var i strid med tysk rätt som enligt BAG säkerställer att arbetstagarinflytandet behålls på samma nivå i det ombildade SE-bolaget och att det separata omröstningsförfarandet syftar till att stärka arbetstagarrepresentanternas inflytande och till att säkerställa att en fackföreningsrepresentant faktiskt ingår bland arbetstagarrepresentanterna i tillsynsrådet. BAG vände sig till EU-domstolen med en begäran om förhandsavgörande avseende frågan om dessa tyska bestämmelser om garantier för fackföreningsrepresentanter i tillsynsråden vid ombildning till SE-bolag var förenliga med art. 4.4 i SE-bolagsdirektivet (21–24).

Inledningsvis ifrågasatte SAP huruvida art. 4.4 i direktivet var giltig, eftersom man menade att den regeln uppställde krav på att strängare regler för arbetstagarinflytande vid ombildning till ett SE-bolag än vid bildande av ett SE-bolag på annat sätt, något som EU-domstolen emellertid inte prövade (25–29).

Fråga var alltså om kandidater till SE-bolagets tillsynsråd som föreslagits av fackföreningar skulle väljas i en separat omröstning i enlighet med nationell rätt. En sådan prövning av unionsrätten, här alltså art. 4.4 i direktivet, ska enligt EU-domstolen göras mot bakgrund av lydelsen, sammanhanget och målen med bestämmelserna samt direktivets tillkomsthistoria (31). EU-

domstolen betonade at t svårigheterna med at t komme överens om regler om arbeidstagarinflytande i ett SE-bolag som ombildats var den største støtestenen inför antagande av SE-bolagsdirektivet (44). Først efter at t garantierna i art. 4.4 akseptert kunde diskussionerna mellom medlemsstaterna om SE-bolagsdirektivets antagande fortsätta. Vad avser de terminologiske anmerkningarna (32–39) tog EU-domstolen utgangspunkt i lydelsen i art. 4.4 om at t det i det innflytandeavtal som ingås mellom det særskilte forhandlingsorganet og bolagsledningen ska «föreskrivas *åtminstone samma nivå* når det gjelder *alla aspekter av arbeidstagarinflytande* som den som finns inom det bolag som skall ombildas till ett SE-bolag» (min kurs.). Forbindelsen mellom unionsretten og den nasjonella retten er således vad som ska forstås med «*alla aspekter av arbeidstagarinflytande*» på «*åtminstone samme nivå*» som gjaldte innan ombildningen till ett SE-bolag. Det här citerade hänvisar till den nivå av innflytande som fanns i bolaget innan ombildningen till ett SE-bolag og hänvisar «uppenbarligen» till nasjonell lagstiftning eller praksis i medlemsstaten där bolaget har sitt sete (37, 47). At t nasjonell rett ska beaktas følger enligt EU-domstolen av själva lydelsen av art. 4.4. Kravet på at t beakta nasjonell rett følger enligt EU-domstolen också av at t unionslagstiftaren inte ansett det vara lämpligt at t införa en enda modell for arbeidstagarinflytande i SE-bolag utan at t beakta nasjonella förhållanden (38). Följaktligen ska enligt EU-domstolen den kenne-tekniske mekanisme i tysk rett som den separata omröstningen for at t välja fackföreningskandidater utgör ingå bland «*alla aspekter av arbeidstagarinflytande*» i art. 4.4 (39). Vad gjelder det rettslige sammenhængen art. 4.4 befinner sig i framhævede EU-domstolen (40–42) at t unionslagstiftaren har avsiktligt velat særbehandle SE-bolag som bildats genom ombildning for at t inte det befintlige arbeidstagarinflytandet i det bolag som ska ombildas åsidosætts. Åven det syfte som efterstræves med direktivet følger av den bokstavstolkning som EU-domstolen gjort av art. 4.4 (43 f.). Dette medfører enligt EU-domstolen dessutom at t den nivå på arbeidstagarinflytande som SE-bolaget är bundet av gjelder alle personer som arbeider for SE-bolaget, uavsett om de omfattats av de reglene tidligere og uavsett nationalitet men också at t forslagsretten inte är förbehållen endast de nasjonella fackföreningarna (här de tyske). Syftet med disse regler er at t arbeidstagarinflytandet i ett bolag inte ska försvinna eller försæmras når det ombildas till ett SE-bolag (43, 48 f.).

Sammanfattande kommentarer

EU-domstolen har således slagit fast at t en omvandling till ett SE-bolag inte får leda till at t fackföreningarnas rett at t foreslå facklige representanter i ett företags tilsynsråd (*Aufsichtsrat*) försæmras. Domen sårkerstæller således at t åtminstone det arbeidstagarinflytande som finns i ett bolag enligt nasjonell rett också ska gjælla når det ombildas till ett SE-bolag. Det følger av den s.k. före-og-efter-princippet som har stor be-

tydelse i sammenhængen for bedømmingen av hvilken nivå arbeidstagarinflytandet i det ombildede SE-bolaget ska være på. I domslutet understrekes den facklige representationens betydelse i tilsynsråd og stårker fackföreningarnas rettigheter i dette avseende. Det ska alltså inte være möjligt at t kringgå kollektivarbetsrettslige regler som arbeidstagarinflytande utgör gjennom at t ombilde ett aktiebolag till ett SE-bolag. Domen er også ett erkennende av at t den nasjonellrettslige arbeidstagarinflytandereglering som finns også ska gjælla efter ombildningen og utstrækkes at t gjælla alle i SE-bolaget. Retten at t foreslå representanter i tilsynsråden er dock inte förbehållen de nasjonella fackföreningarna, utan måste tværtom gjælla like for alle fackföreninger i ett SE-bolag, for at t garantere fackföreningarnas rettigheter till forslagsretten.

Den nasjonella lagstiftningen om arbeidstagarinflytande ska heller inte kunne kringgå gjennom at t ombilde ett bolag till ett SE-bolag. Luckor i den nasjonella lagstiftningen anvænds ibland for at t undvike at t tillæmpa regler om arbeidstagarinflytande. Ett sådant eksempel er også opprinnelsen till EU-domstolens dom i *Erzberger*, C-566/15, den 18 juli 2017 (se *Nytt i privatretten* nr. 3/2017). Det stælls således omfattende krav på forhandlingsparterne at t hælla sig oppdaterte på den nasjonella lagstiftningen vid ombildande av ett aktiebolag till ett SE-bolag. På arbeidstagersiden tillværatas kanskje arbeidstagarrepresentanternes innflytande i ett foretak bæst gjennom fackföreningsrepresentanter «gennem at t sårkerstælle at t det finns personer med stor kunnskap om foretakets förhållanden og behov, samtidig som de tillfører extern ekspertise» (21 *in fine*). Med domen oppstælls ett hinder mot at t s.a.s. tvætte bort kollektivarbetsrettslige regler.

Bernard Johann Mulder

Adgang til gjeninntreden ved avskjed i arbeidsforhold – HR-2022-1348-U

Innledning

Retten til å fortsette («stå») i stillingen under sakens behandling er en viktig del av stillingsvernet, og spiller i praksis en svært viktig rolle i oppsigelsessaker. Ved avskjed er hovedregelen – i motsetning til ved oppsigelse – at arbeidstaker *ikke* har rett til å fortsette i stillingen, men retten kan likevel avsi kjennelse om dette etter krav fra arbeidstaker. Siden avskjed innebærer umiddelbart opphør av arbeidsforholdet, er situasjonen i de fleste tilfeller at arbeidstaker har fratrådt stillingen, slik at retten bes om å avsi en kjennelse for *gjeninntreden* (jeg bruker derfor betegnelsen «gjeninntreden» i det følgende). Det finnes ikke mye høyesterettspraksis som avklarer hva som skal inngå i rettens vurdering av om slik kjennelse skal avsies. En ny kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg gir derfor et velkomment bidrag, samtidig som den synliggjør at det fremdeles gjenstår uavklarte spørsmål.

Sakens bakgrunn

Saken gjaldt spørsmål om en arbeidstaker som hadde mottatt avskjed hadde rett til å gjeninntre i stillingen under sakens behandling, jf. arbeidsmiljøloven § 15-11 tredje ledd andre punktum.

Arbeidstakeren (A) ble 4. februar 2022 sagt opp fra sin stilling som administrasjons- og markedsansvarlig i et servicekontor for en yrkesorganisasjon (B), med fratreten 31. mai 2022. Bakgrunnen for oppsigelsen var As forhold (problemer med tillit og mistriksrelasjon). Hun hadde vært ansatt i organisasjonen siden 2015. Kort tid etter oppsigelsen, 11. februar 2022, ble det avholdt drøftingsmøte om mulig avskjed av A. Bakgrunnen var at B mistenkte at hun hadde inngått en avtale med tredjepart i strid med As stillingsinstruks og interne fullmakter. A ble deretter avskjediget i brev av 21. februar 2022.

A tok ut stevning med påstand om ugyldighet både hva gjaldt oppsigelsen og avskjeden, samt krav om erstatning. I tillegg begjærte A gjeninntreden i stillingen inntil saken var rettskraftig avgjort. B nedla påstand om frifinnelse samt at begjæringen om gjeninntreden ikke ble tatt til følge. Spørsmålet om gjeninntreden ble behandlet forut for hovedforhandling om hovedkravene, som var berammet til 15. september 2022.

Tingretten (Ringerike, Asker og Bærum) og lagmannsretten (Borgarting) kom begge til at begjæringen om gjeninntreden skulle tas til følge. Begge instanser avviste i tillegg Bs krav om oppsettende virkning. For Høyesteretts ankeutvalg var kompetansen begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og den generelle lovtolkningen, jf. tvisteloven § 30-6.

Spørsmålene saken reiste

Anken gjaldt lagmannsrettens forståelse av arbeidsmiljøloven § 15-11 tredje ledd, som lyder:

«Retten til å fortsette i stillingen gjelder ikke ved tvist om avskjed, oppsigelse i prøvetiden, for innleid arbeidstaker eller midlertidig ansatt. Etter krav fra arbeidstaker kan retten likevel bestemme at arbeidsforholdet skal fortsette inntil saken er rettskraftig avgjort, dersom søksmål reises innen fristene i § 17-4.»

Ved avskjed er følgelig hovedregelen motsatt av hva som er tilfelle ved oppsigelse, jf. arbeidsmiljøloven § 15-11 annet ledd.

Ordlyden i tredje ledd gir ingen veiledning om hva som skal vektlegges i vurderingen av om arbeidstaker skal gis rett til å fortsette eller (mer praktisk) gjeninntre i stillingen. Dette i motsetning til regelen i annet ledd som gjelder ved oppsigelse, og hvor det fremgår at kjennelse for fratreden skal avsies dersom retten finner det «urimelig» at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling. Utgangspunkter for vurderingen som skal foretas i avskjedstilfellene, momentene som inngår i den og vektingen av disse er imidlertid i noen grad fastlagt i rettspraksis, som har bygget på uttalelser i forarbeidene samt hensynene bak regelen.

Kjennelsen i HR-2022-1348-U gjaldt lagmannsrettens forståelse av hvilke momenter som skal inngå i denne vurderingen.

Ankeutvalgets resultat og begrunnelse

Ankeutvalget kom til at lagmannsretten hadde tatt et riktig utgangspunkt for vurderingen, men at lagmannsrettens rimelighetsvurdering ikke var tilstrekkelig bred til å kunne begrunne at A skulle fortsette i stillingen.

Ankeutvalget foretok innledningsvis en gjennomgang av lovens ordlyd og forarbeider. Det ble påpekt at regelen i arbeidsmiljøloven § 15-11 tredje ledd er ment å være en «nødvendig «sikkerhetsventil» fordi man ikke kan se bort fra at arbeidsgiver benytter seg av avskjed i tilfelle hvor det kanskje ikke engang foreligger saklig grunn for oppsigelse», jf. Ot.prp. nr. 41 (1975–1976).

Ankeutvalget viste videre til kjennelsen i HR-2017-2324-U, med videre henvisning til HR-2001-956. I førstnevnte avgjørelse ble det uttalt at «det sentrale vurderingstemaet» etter arbeidsmiljøloven § 15-11 tredje ledd er om grunnlaget for avskjeden synes tvilsomt, og at det «ofte» vil være grunnlag for å avsi kjennelse om gjeninntreden der dette er tilfelle. HR-2017-2324-U avklarte samtidig at det ikke gjaldt et generelt vilkår om at fratreden må være til «vesentlig ulempe for arbeidstakeren utover det som kan betegnes som en normalsituasjon». Avgjørelsen har blitt kritisert i juridisk teori, se nærmere nedenfor.

I HR-2017-2324-U uttalte ankeutvalget for øvrig at også andre forhold enn holdbarheten av avskjeden vil kunne være relevante i vurderingen av om arbeidstaker skal gjeninntre. I den avgjørelsen mente imidlertid ankeutvalget at slik saken lå an, var det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

Dette forholdt seg annerledes i HR-2022-1348-U, hvor ankeutvalget nettopp gikk videre inn på hva som skal inngå i denne vurderingen. Det ble først presisert (avsnitt 16) at «når det er tvil om avskjedsgrunnlaget, gjelder ikke hovedregelen om at arbeidstakeren skal fratre uten at det foretas en nærmere vurdering». Videre fastslo ankeutvalget at det her ikke gjelder noe «særskilt vilkår om at arbeidsgiveren har misbrukt reglene om avskjed, for at arbeidstakeren skal kunne gis rett til å stå i stillingen».

Ankeutvalget uttalte (avsnitt 17) at denne vurderingen i hovedtrekk vil tilsvare den konkrete rimelighetsvurderingen som skal gjøres der arbeidsgiver har begjært fratreden etter oppsigelse, og viste som eksempel til HR-2016-2053-U (som gjaldt begjæring om fratreden etter oppsigelse på grunn av *virksomhetens forhold*, se nærmere nedenfor). Etter ankeutvalgets syn vil dette ivareta lovformålet om en «sikkerhetsventil» for arbeidstakeren, samtidig som arbeidsgiveren sikres mot å komme dårligere ut i avskjedstilfellene enn i oppsigelsestilfellene.

I den konkrete vurderingen av lagmannsrettens lovforståelse (avsnitt 18–20), konstaterte ankeutvalget

at lagmannsretten hadde kommet til at grunnlaget for avskjeden var tvilsomt. Ved prøvingen av lagmannsrettens rimelighetsvurdering viste ankeutvalget til at lagmannsretten i en kort uttalelse avslutningsvis i sin kjennelse hadde pekt på at fratreden ville være en betydelig økonomisk belastning for A, og la «noe vekt» på at arbeidsgiver ikke hadde egne kontorlokaler (slik at ulempene for arbeidsgiver ved gjeninntreden ble begrenset). Mot denne bakgrunn uttalte ankeutvalget (avsnitt 19):

«Denne rimelighetsvurderingen er etter ankeutvalgets syn ikke tilstrekkelig bred til å kunne begrunne at A skal fortsette i stillingen. Det er i hovedsak arbeidstakerens interesser som her trekkes frem, ikke arbeidsgiverens interesse i at hun bør fratre.»

Kjennelsen ble dermed, som nevnt over, opphevet. Borgarting lagmannsrett avsa deretter ny kjennelse i tråd med ankeutvalgets lovforståelse, med samme resultat (det ble i helhetsvurderingen særlig lagt vekt på arbeidsgivers saksbehandling, tillitsforholdet mellom partene, forholdene på arbeidsplassen, praktiske og økonomiske ulemper for arbeidsgiver og betydningen for arbeidstaker av å fortsette i stillingen). Deretter falt dom i hovedsaken i tingretten 3. oktober 2022 – avskjeden ble funnet ugyldig, mens oppsigelsen ble funnet saklig og gyldig. Saken ble deretter forliket.

Hva er avklart, og hva er ikke avklart, med kjennelsen? HR-2022-1348-U bekrefter det som fremkommer av tidligere rettspraksis, nemlig at det «sentrale vurderingstema» i spørsmålet om gjeninntreden etter avskjed, er om grunnlaget for avskjeden synes tvilsomt. Her kan det sies å gå en linje fra uttalelsene i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977, via kjennelsene i Rt. 1986 s. 1429 og HR-2001-965, og videre fra HR-2017-2324-U som altså på dette punkt blir bekreftet i HR-2022-1348-U. På veien har ytterligere nyanser i utgangspunktet blitt avklart: I 2017-kjennelsen uttales det at det ikke oppstilles et generelt vilkår om at fratreden må være til vesentlig ulempe for arbeidstakeren utover det som kan betegnes som en normalsituasjon, for å avsi kjennelse om gjeninntreden. I 2022-kjennelsen avklares at det ikke gjelder noe særskilt vilkår om at arbeidsgiver har misbrukt reglene om avskjed.

I 2022-kjennelsen uttales videre at «når det er tvil om avskjedsgrunnlaget, gjelder ikke hovedregelen om at arbeidstakeren skal fratre uten at det foretas en nærmere vurdering.» Av dette følger at det i slike tilfeller *alltid* må foretas en nærmere rimelighetsvurdering. Motsatt er det imidlertid neppe grunnlag for å slå fast en regel om at det *aldri* skal gjøres en slik rimelighetsvurdering i tilfeller hvor grunnlaget for avskjed *ikke* fremstår tvilsomt. Også i disse tilfellene kan de konkrete saksforhold tenkes å ligge slik an at det må foretas en nærmere rimelighetsvurdering.

Spørsmål som gjenstår å avklare, inkluderer enkelte elementer i vurderingen av når grunnlaget for avskjed

kan sies å fremstå tvilsomt. Vurderingen må nødvendigvis bestå av to elementer: For det første om *arten* av det grunnlag som påberopes av arbeidsgiver, kan begrunne avskjed etter (den høye) terskelen i arbeidsmiljøloven § 15-14. Og for det andre om *det faktiske grunnlaget* for det påberopte avskjedsgrunnlag kan anses bevist i tilstrekkelig grad. Det andre elementet er av stor praktisk betydning, ettersom umiddelbar bevisføring i form av vitneforklaringer regelmessig vil være av stor betydning i avskjedssaker, samtidig som spørsmålet om gjeninntreden regelmessig avgjøres etter middelbar (skriftlig) behandling. Her inneholder kjennelsen i Rt. 1986 s. 1429 uttalelser om bevisbyrden, som formodentlig fremdeles har gyldighet.

Et annet uavklart spørsmål vedrører forholdet mellom gjeninntreden etter avskjed og fratreden etter oppsigelse på grunn av arbeidstakerens forhold. I sistnevnte tilfeller er det forutsatt i forarbeidene at skyldes «oppsigelsen en forgåelse fra arbeidstakerens side eller lignende, bør retten i alminnelighet ta et krav om at han skal fratre under sakens behandling til følge», jf. Ot. prp. nr. 41 (1975–1976), side 75. I avskjedssaker kan retten, når den finner avskjeden urettmessig, etter krav fra arbeidsgiver avsi dom for opphør av arbeidsforholdet dersom den finner at vilkårene for saklig oppsigelse er til stede, jf. arbeidsmiljøloven § 15-14 tredje ledd tredje punktum.

Det er vist til de ovenfor nevnte forarbeidsuttalelser i en kjennelse i Rt. 1986 s. 722, som gjaldt begjæring om fratreden etter oppsigelse, og de ble der tillagt vekt i vurderingen av beviskravene som kan stilles ved vurderingen av om grunnlaget for oppsigelsen synes tvilsomt. Det kan synes uklart i hvilken grad nyere rettspraksis følger opp disse synspunktene når det gjelder spørsmål om gjeninntreden etter avskjed. I juridisk teori er dette kritisert, og det er anført at uttalelsene i HR-2017-2324-U «gir lite sammenheng med reglene om retten til å stå i stilling ved oppsigelse» og at ankeutvalget «kan synes å ha oppstilt en for lav terskel for å kunne avsi kjennelse om gjeninntreden», se Våg og Sundet, *Nyere høyesterettspraksis om prosessuelle spørsmål på arbeidsrettens område i Arbeidsrett* 2019 nr. 1. I artikkelen peker forfatterne også på Høyesteretts dom i Rt. 2001 s. 1253, hvor førstvoterende uttalte at vurderingstemaene i henholdsvis oppsigelses- og avskjedstilfellene «faller ikke helt sammen, selv om jeg tviler på om det er noen betydelig forskjell når avskjeds- eller oppsigelsesgrunnlaget er feil som arbeidstakeren har begått».

Det kan nok være mulig å forene uttalelsene ovenfor ved de konkrete vurderinger som foretas etter arbeidsmiljøloven § 15-11 tredje ledd annet punktum. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvorfor Høyesteretts ankeutvalg i HR-2022-1348-U, i forbindelse med den konkrete rimelighetsvurderingen, viser til en kjennelse som gjelder begjæring om fratreden etter oppsigelse på grunn av *virksomhetens forhold*. Poenget må uansett være at det neppe er meningen at terskelen for å avsi kjennelse for gjeninntreden etter avskjed skal være

lavere enn for rett til å fortsette i stillingen etter oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. En annen sak er hvilke beviskrav som stilles til vurderingen av grunnlaget for avskjed. Her kan det altså synes som det er et visst behov for nærmere klargjøring.

Simen McAdam Lium

Samspill mellom EU-retten og nasjonal rett i arbeidsretten: Om plikt til å registrere arbeidstid i Tyskland – *Bundesarbeitsgericht* (BAG, Beschl. v. 13.09.2022 – 1 ABR 22/21)

Å håndtere work-life-balansen – og hvordan dette kan gjøres rettslig – er ikke bare en utfordring i Norge, men over alt, egentlig. I Tyskland har det for eksempel falt en prinsipielt viktig rettsavgjørelse om måling av arbeidstid. Avgjørelsen er også et eksempel på hvordan samspeillet mellom EU-retten og nasjonal rett fungerer på dette området.

Den 13. september 2022 meddelte det tyske *Bundesarbeitsgericht* (BAG) (BAG, Beschl. v. 13.09.2022 – 1 ABR 22/21 (Einführung elektronischer Zeiterfassung – Initiativrecht des Betriebsrats - Das Bundesarbeitsgericht) – den øverste domstol for arbeidsrettstvister i Tyskland – i en pressemelding noe som utløste en stor diskusjonsbølge over hele landet. Saken gjaldt i korte trekk en tvist hvor en arbeidsgiver og en arbeidstakerrepresentasjon (*Betriebsrat*) var uenige om den sistnevnte tilkom en såkalt initiativrett til å introdusere et system for å elektronisk registrere arbeidstiden i bedriften.

Problemstillingen var at en slik rett bare ville kunne påberopes av *Betriebsrat* hvis forholdet ikke allerede var lovregulert i tysk rett. BAG avgjorde at en slik initiativrett ikke forelå, men klargjorde at arbeidsgiverne allerede var rettslig forpliktet til å etablere et slikt system for å registrere arbeidstiden. Etter domstolens pressemelding kunne en slik rettslig forpliktelse nemlig allerede forankres i den tyske verneloven for arbeidstakere (*Arbeitsschutzgesetz* – ArbSchG).

Ifølge BAG er en arbeidsgiver etter en EU-rettslig konform tolkning av § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG – dvs. i lys av blant annet arbeidstidsdirektivet 2003/88/EF – allerede forpliktet til å introdusere et system som gjør det mulig å registrere den tiden som blir brukt av arbeidstakerne som arbeidstid. Nettopp på grunn av denne rettslige forpliktelsen kan en arbeidstakerrepresentasjons krav om innføring av et (elektronisk) system til registrering av arbeidstid ikke fremtvinges ved hjelp av en meglingskomite (*Einigungsstelle*).

Selv om tvisten egentlig gjaldt et kollektivrettslig spørsmål, har avgjørelsen fra BAG betydelige individualarbeidsrettslige konsekvenser. Ved å bruke § 3 ArbSchG klargjør BAG at organisering av arbeidstiden faller under vernebestemmelser av arbeidstakerne (*Arbeitsschutz*), altså vernet av helsen.

Kjernebestemmelsen i § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG må dessuten ses i sin europaretslige kontekst. I denne

sammenheng er det viktig å nevne EU-domstolens avgjørelse fra 14. mai 2019 (C-55/18). Under henvisning til arbeidstidsdirektivet (Dir. 2003/88/EF) samt Art. 31 (2) EUs Charter om grunnleggende rettigheter, begrunnet domstolen i 2019 en plikt til «at oprette et system til måling af længden af hver enkelt arbejdstagers arbejdstid» (para. 72). EU-domstolen slo fast at selv om medlemsstatene har en viss skjønnsmargin i å gjennomføre direktivets formål, «som er at garantere en effektiv beskyttelse af arbejdstagernes leve- og arbejdsvilkår og en bedre beskyttelse af deres sikkerhed og sundhed», så er medlemsstatene «ikke desto mindre forpligtede til at sikre, at den effektive virkning af disse rettigheder fuldt ud sikres ved faktisk at sikre arbejdstagerne daglige og ugentlige minimumshvileperioder og maksimumsgrænsen for den gennemsnitlige ugentlige arbejdstid» (para. 43).

Som en rettslig konsekvens av dette kan bestemmelser som gjennomfører arbeidstidsdirektivet i nasjonal rett ikke føre til at de rettigheter som følger av charteret og direktivet blir «indholdsløse» (para. 43). Igjen styrker EU-domstolen dermed rettigheter som utledes av arbeidstidsdirektivet ved å bekrefte at disse er manifestert i charteret og dermed i EUs primærrett.

I kjølvannet av avgjørelsen fra EU-domstolen var man i Tyskland av den oppfatning at en plikt til å måle arbeidstiden først måtte forankres i tysk rett, hvilket man har ment ikke var gjort frem til nå. Det tyske BAG så det imidlertid annerledes, ved å stadfeste at man kan basere en slik plikt allerede i ArbSchG. Dens § 3 Abs. 2 nr. 1 våknet dermed fra sin tornerosesøvn – loven ble skapt for nesten tre tiår siden – og er nå ifølge BAG det rettslige grunnlaget for å registrere arbeidstid i Tyskland. I § 3 er arbeidsgivernes grunnleggende plikter regulert, så som etter første ledd forpliktelsen til å treffe nødvendige helse- og sikkerhetstiltak av hensyn til de forhold som berører arbeidstakernes sikkerhet og helse på arbeidsplassen. Etter bestemmelsens andre ledd nr. 1 er arbeidsgiveren forpliktet til å sikre en hensiktsmessig organisering for å planlegge og gjennomføre de tiltakene og å sørge for nødvendige midler for å realisere dem.

BAG ser ut til å følge linjen fra EU-domstolen sin rettspraksis de siste årene ved å tolke innskrenkninger av vernet relatert til arbeidstid, så som regulert og konkretisert i arbeidstidsdirektivet og forankret i charteret, restriktivt og styrke arbeidstakernes rettigheter i så måte. Lovgiveren i Tyskland må nå konkretisere hva denne registreringsplikten innebærer. Det som er utfordringen, er å finne en i praksis gangbar vei for bedriftene her. Denne veien skulle helst ikke være så stringent at det til slutt ikke finnes spillerom for individuell organisering av arbeidstid. Det gjelder å finne en balanse mellom nok vern og nok fleksibilitet. I dagens verden av *new work* med fremvekst av hybride arbeidsformer, kan en altfor rigid løsning gå på bekostning av fleksibiliteten, som fra arbeidstakernes side er et like beskyttelsesverdig gode. Nettopp den kan bidra til work-life balanse og friske arbeidstakere.

Avslutningsvis kan man, for de som også er glad i litteratur, gjerne sammenfatte BAG sin fremgangsmåte med Goethe: «Warum in die Ferne schweifen, wenn das Gute liegt so nah.»

*Melanie Regine Hack
Førsteamanuensis
Det juridiske fakultet i Bergen*

Forutsetninger for foreldelse av retten til betalt ferie – C-120/21

I den ferske dommen fra 22. september 2022 har EU-domstolen i sak C-120/21 (LB mot TO) ytterligere klargjort rekkevidden av den fundamentale rettigheten til betalt årlig ferie. Rettigheten er manifestert i kjernebestemmelsen Art. 7 av Arbeidstidsdirektivet 2003/88/EF og i EUs primærrett i Art. 31 (2) av Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter (engelsk forkortelse: CFREU). Begge bestemmelsene skal ifølge domstolen fortolkes dithen at de er til hinder for en nasjonal lovgivning, «hvoretter denne retten til årlig betalt ferie, som en arbeidstaker hadde opptjent for en referanseperiode, er underlagt en foreldelsesfrist på tre år, som begynner at løpe ved utgangen av det år, hvor denne rett er fastlagt, når arbeidsgiveren ikke har sørget for, at arbeidstakeren faktisk har vært i stand til å utøve denne rett» (para. 58).

Spørsmålet var om ferie som ikke var avvirket i løpet av en tre-årsperiode var underlagt en foreldelsesfrist. I korte trekk gjaldt det bestemmelser fastsatt i den tyske ferieloven om at ferie er underlagt foreldelsesfristen på tre år i Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) sin alminnelige del, nemlig §§ 195, 199 BGB.

Dette var ikke den første saken hvor EU-domstolen måtte si noe om forutsetninger for foreldelse av rettigheten til betalt årlig ferie. Tidligere, i en britisk prejudisiell avgjørelse i den såkalte *King*-saken, fastslo EU-domstolen at krav på ferie som i årevis ikke hadde kunnet realiseres, skulle opprettholdes så lenge arbeidsforholdet varte. I dette tilfellet hadde arbeidsgiveren rettsstridig nektet å betale feriepengene, med kumulasjon av feriekravene til følge (avgjørelse fra 29.11.2017, C-214/16 – *King*, para. 66). Videre måtte EU-domstolen allerede i saken C-684/16 (*Shimizu*) – avgjørelse fra 6. november 2018 – ta stilling til den tyske lovbestemmelsen § 7 (3) Bundesurlaubsgesetz (BUrlG). Domstolen slo den gangen fast at rettigheten til årlig ferie bare foreldes der arbeidstakeren har blitt gjort oppmerksom fra arbeidsgiveren på risikoen for foreldelse. I den nåværende prejudisielle avgjørelsen kunne EU-domstolen ytterligere presisere kriteriene for slik foreldelse, og klargjorde i C-120/21 at rettigheten til betalt ferie heller ikke foreldes etter en foreldelsesfrist på tre år, dersom arbeidsgiveren ikke har oppfylt sine opplysningsplikter overfor arbeidstakeren.

Det som helt prinsipielt er bemerkelsesverdig er at domstolen i sin analyse igjen bekrefter «for det første, at artikkel 7 i direktiv 2003/88 afspejler og konkretiserer

den grunnleggende ret til årlig betalt ferie, der er fastsat i chartrets artikkel 31, stk. 2. Mens sidstnevnte bestemmelse sikrer enhver arbeidstager ret til årlig ferie med løn, gjennomfører den førstnevnte bestemmelse dette princip ved at fastsette varigheten av den nevnte periode (dom af 22.9.2022, Fraport, C-518/20 og C-727/20, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis)» (para. 32).

Videre sier EU-domstolen «for det andet, at retten til årlig betalt ferie i dens egenskab af princip i Unions sociallovgivning ikke alene har særlig betydning, men at den endvidere udtrykkeligt er fastsat i chartrets artikkel 31, stk. 2, som i medfør artikkel 6, stk. 1, TEU har samme juridiske værdi som traktaterne (dom af 22.9.2022, Fraport, C-518/20 og C-727/20, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis)» (para. 33).

Siden det dreier seg om en rettighet forankret i charteret er det ifølge domstolen «ubestridt» at begrensninger av disse grunnleggende rettighetene – så som rettigheten til betalt årlig ferie – må oppfylle de strenge krav som er manifestert i Art. 52 (2) CFREU, derunder ivaretagelsen av proporsjonalitetsprinsippet (para. 36).

Den dagen avgjørelsen C-120/21 falt, var imidlertid ennå ikke siste ord fra EU-domstolen om tyske ferierettigheter sagt. EU-domstolen *turned it up a notch*: Tyske domstoler var ivrig etter å få rettsspørsmål rundt BUrlG avklart, og EU-domstolen tok to ytterligere saker til samlet behandling (forenede saker C-518/20 og C-727/20). Der klargjorde domstolen at foreldelse av rettigheten til årlig betalt ferie heller ikke inntreffer i saker hvor rettigheten ikke kunne realiseres grunnet sykdom eller arbeidsuførhet «når arbeidsgiveren ikke rettidig har sørget for, at arbeidstageren var i stand til å gjøre bruk av denne rett» (para. 47), og at dette strider mot Art. 7 i arbeidstidsdirektivet og Art. 31 (2) CFREU.

Disse ferske avgjørelsene er et tydelig tegn på at EU-domstolen tolker inngrep i rettigheten til betalt årlig ferie (og en potensiell rettferdiggjøring av slike begrensninger) svært innskrenkende. Også for norske rettsanvendere spiller denne utviklingen en rolle, da arbeidstidsdirektivet er inkorporert i Annex No. XVIII nr. 32h i EØS-avtalen. Kjernebudskapet er – sett i lys av fast rettspraksis fra EU-domstolen – at rettigheten til årlig betalt ferie ikke kan tolkes isolert bare med hensyn til arbeidstidsdirektivet, men at det dreier seg om en fundamental sosial rettighet.

*Melanie Regine Hack
Førsteamanuensis
Det juridiske fakultet i Bergen*

ERSTATNINGSRETT

Innsideinformasjon. Presisjonsvilkåret. Reno Norden – HR-2022-695-A

Saken gjelder tolkningen av ett av vilkårene for at det foreligger «innsideinformasjon», jf. tidligere verdipapirloven § 3-2, det såkalte presisjonsvilkåret.

Overordnet gjelder saken erstatningskrav mot styremedlemmer i et børsnotert selskap, jf. allmennaksjeloven § 17-1, fremsatt av en investor som tegnet og kjøpte aksjer i selskapet i tiden før selskapet gikk konkurs. Investoren anførte at selskapet ikke hadde overholdt informasjonsplikten overfor børsen, som etter dagjeldende verdipapirhandellov gjaldt «innsideinformasjon» som definert i lovens § 3-2. Et av vilkårene for at det foreligger innsideinformasjon er at det er tale om «presise opplysninger», og i annet ledd er dette utdypet til å gjelde omstendigheter som en «med rimelig grunn kan forventes å ville inntreffe». Et annet sentralt vilkår er den såkalte «fornuftig investor-testen» i tredje ledd, som går ut på at det må gjelde opplysninger «som en fornuftig investor sannsynligvis vil benytte som en del av grunnlaget for sin investeringsbeslutning».

Saken for Høyesterett gjaldt bare tolkningen av presisjonsvilkåret, og spørsmålet var hvilken grad av sannsynlighet for at en omstendighet skal inntreffe som kunne utledes av bestemmelsen. Investoren anførte at det krevdes noe mindre enn 50 % sannsynlighet for at omstendigheten skulle inntreffe, mens styremedlemmene anførte at det krevdes mer enn 50 %. Høyesterett konkluderte med at innsideinformasjon omfatter fremtidige forhold som det er realistisk at vil inntreffe og at minstekravet til sannsynlighet «ligger opp mot sannsynlighetslikevekt, men noe lavere».

Høyesteretts begrunnelse og metodebruk er interessant. Verdipapirhandeloven § 3-2 gjennomførte fullharmoniseringsdirektivet 2003/124/EF, det såkalte Markedsmisbruksdirektivet (MAD). Direktivet skulle ha samme innhold i alle land, og Høyesterett viste til at det «derfor er de felleseuropeiske kildene som står sentralt ved lovtolkningen». MAD er nå erstattet med forordning (EU) 596/2014 (markedsmisbruksforordningen, MAR), som er gjort til norsk lov gjennom verdipapirhandeloven § 3-1. Den tilsvarende definisjonen av innsidehandel finnes i artikkel 7, og denne er fortsatt avgjørende både for omfanget av informasjonsplikten og handleforbudet.

Førstvoterende tok utgangspunkt i ordlyden i ulike oversettelser av direktivet, som han mente har tilsvarende formuleringer som den norske. Han presiserte deretter at han oppfatter ordlyden i § 3-2 slik at kravet til sannsynlighet er noe mindre enn sannsynlighetsovervekt, altså mindre enn 50 %. Dette støttes blant annet i at fornuftig investor-testen i tredje ledd har et krav om sannsynlighetsovervekt, og fraværet av et slikt krav i presisjonsvilkåret taler for at det ikke gjelder.

Førstvoterende behandler deretter praksis fra EU-domstolen, og da spesielt *Geltl*-dommen som gjaldt spørsmål fra tysk høyesterett om tolkningen av MAD. Det ble spurt om kravet om at en omstendighet «med rimelighet» kunne forventes å inntreffe, innebar krav om overveiende eller høy sannsynlighet, eller om det var tilstrekkelig at det ikke var usannsynlig. Førstvoterende i *Reno Norden*-saken oppfattet svaret fra EU-

domstolen slik at det ikke tas stilling til de to alternativene i spørsmålet, men at det konkluderes med at det må være «en reell mulighet» for at omstendighetene vil inntre. Førstvoterende oppsummerte dette slik at «det er et krav at det foreligger konkrete holdepunkter for at de aktuelle omstendigheter vil inntre, men at det ikke behøver å være mer sannsynlig at omstendigheten vil inntre enn at den ikke vil det ... Graden av sannsynlighet må følgelig i det minste ligge opp mot sannsynlighetslikevekt».

Til slutt behandles reelle hensyn, også disse med utgangspunkt i *Geltl*-dommen. Det ble der trukket frem at et krav til høy grad av sannsynlighet ville være i strid med finansmarkedets integritet og investorens tillit til dette. Motsatt vil det heller ikke være bra for markedet om det foreligger en plikt til å gi opplysninger om forhold det ikke er sannsynlig at vil inntre. Førstvoterende konkluderte med at det ikke er grunnlag for å trekke konkrete slutninger om hvilket sannsynlighetskrav som gjelder for presisjonsvilkåret av de EU-rettslige kildene. Han foretok deretter systembetragtninger, ved å presisere at det er fornuftig investor-testen som bør være det avgjørende vilkåret i innsideinformasjonsdefinisjonen, fordi denne fokuserer på behovet for å få frem all kursrelevant informasjon. Det taler igjen for at sannsynlighetskravet knyttet til presisjonsvilkåret kan være noe lavere enn 50 %.

Avslutningsvis la Høyesterett til grunn at verken teori eller retts- og myndighetspraksis tilsier at det foreligger entydig etablert praksis eller enighet om spørsmålet. Det konkluderes deretter med at minstekravet til sannsynlighet for at en «omstendighet skal kunne utgjøre innsideinformasjon, ligger opp mot sannsynlighetslikevekt, men noe lavere».

I dommen berøres ikke det forhold at definisjonen av innsideinformasjon er relevant i to ulike regelsett; handleforbudet for dem som besitter innsideinformasjon og informasjonsplikten til børsen. Vilårene må nødvendigvis være de samme, og det kunne vært interessant om hensynene som bærer handleforbudet også hadde vært trukket inn i tolkningen.

Se kritiske bemerkninger til Høyesteretts metodebruk og resultat, Knut Berge, «Sannsynlighet, forventning og mulighet – kommentarer til HR-2022-695-A», *Tidsskrift for Forretningsjus* 2022 s. 36–46.

Margrethe Buskerud Christoffersen

Anbudskonkurranse om oppgradering av tunnel. Kvalifikasjonskrav – HR-2022-1964-A

(1) Innledning

(1.1) Problemstillingen

Statens vegvesen Region vest utlyste i juli 2019 en anbudskonkurranse om oppgradering av tunnel langs E39 i Vestland fylke. De tre hovedfagområdene for kontrakten var oppgradering av elektriske og styringstekniske installasjoner, anlegg- og byggeteknikk, samt

trafikkavvikling. Flage Maskin leverte det laveste tilbudet i underkant av 170 millioner kroner, men firmaet ble avvist fra konkurransen fordi Statens vegvesen mente at Flage Maskin ikke oppfylte kvalifikasjonskravene som var stilt av oppdragsgiver. Tvisten i saken gjaldt om avvisningen var berettiget.

Den delen av kvalifikasjonskravene som var omstridt, hadde følgende utforming:

«Leverandøren skal ha tilstrekkelig erfaring av relevant art og vanskelighetsgrad fra følgende arbeider:

1 Hovedfagområdene i oppdraget omfatter:

Elektro/SRO, bygg- og anleggsteknikk og trafikkavvikling.»

Som bevis for slik erfaring skulle entreprenørene legge fram følgende dokumentasjon:

«En liste over inntil 5 og ikke mindre enn 3 kontrakter som leverandøren har gjennomført [...]. Listen skal, jf. skjema inntatt i kapittel E, inneholde følgende for hver av kontraktene.»

Hvilke arbeider som ble utført av leverandøren selv, og hvilke arbeider som ble utført av underleverandører (kontraktsmedhjelpere.)»

Flage Maskin viste til fire såkalte referanseprosjekter for å bevise kompetanse innenfor fagområdene. Når det gjaldt trafikkavvikling, kom det imidlertid for en dag at Flage Maskin hadde benyttet en underentreprenør, Sogn vegteneste, for å utføre selve arbeidet med trafikkavviklingen i de to viktigste referanseprosjektene. På denne bakgrunnen avviste Staten vegvesen firmaet fra konkurransen.

Tingretten frifant Statens vegvesen, mens Gulating lagmannsrett fant at avvisningen var urettmessig og ila Vegvesenet en erstatning på 13,5 millioner kroner. Anken til Høyesterett gjaldt rettsanvendelsen, både den generelle lovtolkningen og den konkrete subsumsjonen, samt bevisbedømmelsen.

(1.2) Regelverket om kvalifikasjonsbedømmelsen

Anskaffelser i regi av det offentlige reguleres av lov og forskrift om offentlige anskaffelser, jf. henholdsvis LOV-2016-06-17-73 og FOR-2016-08-12-974 (anskaffelsesforskriften, gjerne forkortet foa). Siden anskaffelsens verdi lå over den såkalte terskelverdien er det forskriftens del I og III som kommer til anvendelse.

Reglene om leverandørenes kvalifikasjoner er inntatt i foa kapittel 16.

Selve adgangen til å stille opp krav om kvalifikasjon, følger av § 16-1 hvor det blant annet framgår at det kan stilles opp krav til leverandørenes «tekniske og faglige» kompetanse.

Når det gjelder de nærmere bestemmelsene om oppstilling av denne type krav, skiller lovgiver mellom hvilke krav som kan settes, jf. foa § 16-5, og hvilken dokumentasjon som kan kreves som bevis for oppfyllelse av kravene, jf. § 16-6. I denne sammenheng er

det nødvendig å gå nærmere inn på detaljutformingen av disse bestemmelsene.

En svært viktig regel om kvalifikasjon finner vi i foa § 16-10 om støtte fra andre virksomheter. En leverandør har normalt adgang til å støtte seg på andre virksomheters erfaring, jf. § 16-10 første ledd. Reglene som gjelder for slik støtte, vil bli nærmere omtalt nedenfor i punkt 3.

(1.3) Det videre opplegget

Domspremissene i Høyesterett starter på sedvanlig måte med en generell rettsavklaring. Denne faller tematisk i to deler: For det første hvilke regler som styrer prosessen knyttet til bedømmelse av leverandørenes kvalifikasjoner, se punkt 2, og for det andre særspørsmålet om støtte fra andre virksomheter, se punkt 3.

Deretter går Høyesterett over til den konkrete bedømmelsen av foreliggende sak, se punkt 4.

(2) Kvalifikasjonsprosedyren

(2.1) Innledning

I nærværende dom fastlegger Høyesterett en rekke sentrale prinsipper for gjennomføringen av en kvalifikasjonsprosedyre ved offentlige anskaffelser.

Det dreier seg for så vidt om kjente grunnsetninger, men det er gagnlig at de nå også får en forankring i domspraksis fra Høyesterett.

(2.2) Fastsettelse av kvalifikasjonskravene

Når det gjelder fastsettelsen av kvalifikasjonskravene, fastslår Høyesterett at dette ligger innenfor oppdragsgivers «innkjøpsfaglige skjønn», jf. EU-domstolens sak C-195/2 LB avsnitt 50, hvor det blant annet framholdes at

«... the contracting authority is free to determine which requirements for participation it considers appropriate, from its point of view, to ensure inter alia the performance of the contract to a quality standard which it considers appropriate».

I avsnitt 46 oppsummerer Høyesterett sin tolking av reglene på følgende måte:

«Slik jeg leser denne avgjørelsen har oppdragsgiver – innenfor det rettslige rammeverket for offentlige anskaffelser – et betydelig handlingsrom i valget av kvalifikasjonskrav så lenge kravene er relevante og forholdsmessige.»

Denne bedømmelsesfriheten må sies å ha kommet til uttrykk i forskriftsteksten § 16-1 første ledd ved hjelp av det modale hjelpeverbet «kan»: «Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørenes kvalifikasjoner.»

Den nødvendige sikkerhetsventilen mot misbruk ligger i rammebetingelsene som foreskriver at kvalifikasjonskravene må være «relevante og forholdsmessige». Hvor langt domstolene er villig til å anvende dette verktøyet, er uklart. En viss parallell finner vi i misbrukslæren som er utviklet i norsk forvaltningsrett.

(2.3) Utformingen av kravene

Som påpekt av Høyesterett har EU-domstolene en rekke ganger uttalt seg om hvorledes oppdragsgiver skal utforme kvalifikasjonskravene, se eksempelvis C-368/10 Max Haavelaar og C-27/15 Pippo Pizzo.

Høyesterett sammenfattet sitt syn slik:

«Avgjørelsene viser at kvalifikasjonskravene må utformes klart, presist og utvetydig, i tråd med det som omtales som gjennomskiktighetsprinsippet. Ved vurderingen av om kravene er tilstrekkelig presise, skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravenes konkrete rekkevidde.»

Umiddelbart framstår klarhetskravet som temmelig strengt i den forstand at det i liten grad åpner for skjønnsbetraktninger. Dette er imidlertid ikke riktig, noe foreliggende sak bærer bud om. Et så skjønnspreget krav som «tilsvarende arbeider» antas eksempelvis å ligge innenfor kravene til klarhet, se avsnitt 54:

«Til dette bemerker jeg at selv om konkurransegrunnlaget skal utformes klart, presist og utvetydig, er det ikke til å unngå at visse kvalifikasjonskrav kan få en skjønsmessig utforming. Dette vil eksempelvis være tilfellet når det kreves «tilstrekkelig erfaring fra arbeider av relevant art og vanskelighetsgrad.»

Konsekvensene av ikke å overholde klarhetskravet, kommenteres ikke av Høyesterett. Uklare kvalifikasjonskrav vil fort komme i konflikt med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet, jf. loa § 4. Er det tale om krav av en viss betydning, noe det gjerne er tale om, vil resultatet derfor kunne bli at konkurransen må avlyses.

(2.4) Tolkingen av kvalifikasjonskravene

Prinsippene for tolking av de kvalifikasjonskravene som er satt opp, er velkjente. Det tas utgangspunkt i en «naturlig forståelse av ordlyden», det vil si en objektiv fortolkning, jf. avsnitt 51.

En rent isolert ordlydsfortolkning av de enkelte kriteriene, er det imidlertid ikke tale om. Det skal foretas en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget, og hvor utformingen av dokumentasjonskravene kan være av betydning.

(2.5) Vurderingen av om kravene er oppfylt

Når det skal avgjøres om en leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene, må naturlig nok opplysningene i tilbudet med dokumentasjon sammenholdes med kravene som er satt, jf. avsnitt 52. Høyesterett gir ikke noen ytterligere veiledning med hensyn til hvorledes tilbud og dokumentasjon skal tolkes.

Det som Høyesterett derimot kommenterer, er hvorledes det «innkjøpsfaglige skjønn» som åpner opp for et handlingsrom for oppdragsgiver, skal forstås når

det gjelder vurderingen av de konkrete tilbudene, se avsnitt 53 og 54.

På dette punktet er Høyesterett noe knapp, men jeg legger følgende til grunn når jeg leser premissene: Hvorvidt oppdragsgiver har et handlingsrom som stenger for domstolskontroll, avhenger av hvorledes kvalifikasjonskravene er utformet. Hvis de inneholder skjønsmessige termer, så som «tilsvarende arbeider» eller «tilstrekkelig erfaring», er oppdragsgiver levnet det Høyesterett betegner som et handlingsrom. Domstolene vil med andre ord være forsiktige med å overprøve oppdragsgivers skjønsvurderinger. Det er likevel ikke treffende å benevne dette som et «fritt skjønn».

Uten at Høyesterett kommer inn på spørsmålet, er det grunn til å tro at vilkår som ikke framstår som skjønnspregede, vil bli prøvd fullt ut av domstolene.

(2.6) Vurderingstidspunktet

Et svært viktig praktisk spørsmål er hvilket tidspunkt som skal legges til grunn ved bedømmelsen av leverandørens kvalifikasjon. Høyesterett berører problemstillingen i avsnitt 70:

«Det ville ikke, slik selskapet har argumentert for, være tilstrekkelig med opplæring av egne ansatte etter at kontrakten var tildelt, heller ikke om dette ble sammenholdt med at leverandørens prosedyrer for trafikkavvikling skulle godkjennes av byggherren.»

Standpunktet er basert på et grunnprinsipp om at kvalifikasjonskrav må senest være oppfylt ved tilbudsfristens utløp. KOFA har lagt dette til grunn i en rekke avgjørelser, se eksempelvis KOFA 2017/120 og 2019/597.

Det kan være grunn til å merke seg at for så vidt gjelder kontraktskrav, er det oppfyllestidspunktet som er avgjørende. For selve ytelsen som skal presteres, framstår dette som opplagt. Ved tjenester og entreprise eksisterer jo ikke denne på tilbudstidspunktet. Visse krav knyttet til leverandøren kan imidlertid tenkes enten utformet som et kvalifikasjonskrav, eller som et kontraktskrav. Det kan eksempelvis være tilfelle ved ulike krav til leverandørens kapasitet. Da vil plasseringen av kravet enten som et kvalifikasjonskrav eller som et kontraktskrav, være avgjørende for bedømmelsestidspunktet.

(3) Betydningen av andre virksomheters erfaring

(3.1) Innledning

Entrepriseoppdrag gjennomføres ofte ved hjelp av underentreprenører. Spørsmålet som tidvis oppstår, er i hvilken grad entreprenøren (leverandøren) som inngir tilbudet, kan påberope seg arbeidserfaring fra oppdrag (referanseprosjekter) som det er underentreprenører som i større eller mindre grad har gjennomført.

Det må for denne problemstillingen gjøres et skille mellom om entreprenøren påberoper seg egenerfaring, se punkt 3.2, eller om han tilbyr en såkalt støtteerfaring, se punkt 3.3.

(3.2) Egenerfaring

Under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-387/14 Esaprojekt framholder Høyesterett følgende, se avsnitt 58:

«Slik jeg forstår dommen, slår den fast at en leverandør bare kan opparbeide seg erfaring ved selv å utføre i alle fall deler av det aktuelle arbeidet, og at leverandørens erfaring skal vurderes ut fra sitt faktiske bidrag til utførelsen.»

Bare i den grad entreprenøren selv har deltatt i utførelsen av oppdraget, vil slike oppdrag kunne anføres som egenerfaring.

Heller ikke ledelse av underentreprenører gir i seg selv det nødvendige erfaringsgrunnlaget dersom kvalifikasjonskravet går ut på at entreprenøren skal ha erfaring fra bestemte typer arbeid, se avsnitt 59.

Det er imidlertid ikke noe i veien for å utforme kvalifikasjonskravene slik at ledelseserfaring er relevant. Dette kan naturlig nok sies rett ut, men kan også framgå av en fortolkning av kravene. Vi kan tenke oss en konkurranse om et totalentrepriseoppdrag hvor oppdragsgiver krever erfaring fra gjennomføring av tilsvarende prosjekter. I et slikt tilfelle vil det ikke være nærliggende å forstå dette som et krav om at totalentreprenøren selv skal ha gjennomført alle arbeidsoperasjonene, noe som sjeldent er tilfelle. I stedet må det være totalentreprenørens evne til å lede og administrere større prosjekter som er av interesse.

(3.3) Støtteerfaring

Dersom leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene som er satt av oppdragsgiver, kan han i stedet støtte seg på andre virksomheters erfaringer, jf. foa § 16-10. Dette er en mulighet som leverandører ofte tyr til.

De nærmere vilkårene for å benytte seg av støtteerfaringer framgår av foa § 16-10 og skal ikke kommenteres her.

En betingelse skal likevel trekkes fram, og det er kravet til en forpliktelseserklæring. Det framgår av foa § 16-10 andre ledd at leverandøren skal «dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge forpliktelseserklæring fra disse virksomhetene [det vil si fra de han støtter seg på]». Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med kravet i foa § 17-1 sjette ledd, som pålegger den man støtter seg på å levere separate egenerklæringer.

I praksis har disse betingelsene vist seg å være vanskelige å håndtere, og en rekke avgjørelser i KOFA vedrører ulike aspekter av problemstillingen. Det vil imidlertid føre for langt å gå inn på disse her.

(4) Den konkrete bedømmelsen

4.1) Tolking av de aktuelle kvalifikasjonskravene

Det springende punktet i saken var hvordan kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget skulle forstås. Statens vegvesen anførte at det framkom tydelig av grunnlaget at entreprenørene selv måtte ha erfaring

med trafikkavviklingen, herunder trafikkdirigering og bruk av ledebil.

Høyesterett ga Statens vegvesen medhold i dette, og uttalte blant annet følgende i avsnitt 69:

«Men det gikk samtidig klart frem av anbudsinnbydelsens konkurranseregler pkt. 1, sammenholdt med den beskrivende delen i pkt. 14.9, at kjøring med ledebil var helt sentralt innenfor arbeidet med trafikkavvikling.»

I avsnitt 66 omtalte Høyesterett nærmere innholdet i beskrivelsens punkt 14.9:

«I punkt 14.9 var det stilt krav om trafikkavvikling med ledebil. Det var gitt en spesiell beskrivelse, hvor det blant annet fremgikk at det skulle være trafikkdirigering på begge sider og at trafikken skulle avvikles som kolonnekjøring.»

Høyesterett oppsummerte sin forståelse av konkurransegrunnlaget på følgende måte, se avsnitt 70:

«Ut fra det samlede konkurransegrunnlaget er det etter mitt syn klart at Flage Maskin måtte forstå at konkret erfaring med trafikkdirigering og bruk av ledebil, eventuelt gjennom støtte fra en underleverandør, ville bli ansett nødvendig for å oppfylle kvalifikasjonskravet om trafikkavvikling.»

(4.2) Vurderingen av Flage Maskins erfaring

Det gjensto da for Høyesterett å ta standpunkt til om Flage Maskin oppfylte de kravene som var satt i konkurransegrunnlaget.

Flage Maskin hadde vist til i alt fire referanseprosjekter som skulle dokumentere firmaets kvalifikasjoner. I tre av disse prosjektene hadde Flage Maskin hatt ansvar for trafikkhåndteringen, men når det gjaldt to av disse referanseprosjektene hadde ikke selskapet selv stått for kjøring med ledebil, men benyttet underentreprenører til arbeidet. I samsvar med uttalelsene i sak C-387/14 Esaprojekt, se omtalen tidligere, ga dette ikke firmaet den tilstrekkelige egenkompetanse som var etterspurt.

Når det gjaldt det siste prosjektet, hvor Flage Maskin hadde hatt direkte hånd om trafikkavviklingen, var dette såpass begrenset i omfang at det ikke oppfylte kravet om å vise erfaring med prosjekter av tilsvarende art og størrelse, se avsnitt 71.

Til slutt konstaterte Høyesterett at selv om Flage Maskin hadde som intensjon å benytte underentreprenører med tilstrekkelige kvalifikasjoner i trafikkhåndtering, hadde selskapet ikke opplyst om dette i tilbudet eller inngitt noen forpliktelseserklæringer.

På denne bakgrunnen fant Høyesterett at det var riktig av Statens vegvesen å avvise Flage Maskin fra konkurransen, jf. avsnittene 74 og 75, og etaten ble dermed frifunnet.

Etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd ble Statens vegvesen tilkjent sakskostnader for alle

instanser; 118 900 kroner for tingretten, 62 717 kroner for lagmannsretten og 171 200 kroner for behandlingen i Høyesterett. I tillegg måtte Flage Maskin dekke rettsgebyret på 33 021 kroner.

Lasse Simonsen

FAST EIENDOMS RETTSFORHOLD

Skadelidtes medvirkning i form av unnlatt gjerdehold – HR-2022-2068-A

26. oktober 2022 avsa Høyesterett enstemmig dom i sak HR-2022-2068-A (Buskerud ferdigplen). Dommen avklarer hva som ligger i at en skadelidt har medvirket til at det har oppstått beiteskader. Dommen avklarer forholdet mellom de spesielle erstatningsreglene i beiteloven og de generelle erstatningsbestemmelser i skadeserstatningsloven, herunder spørsmål om lemping.

Sakens bakgrunn

Partene i saken var Buskerud Ferdigplen AS («BF») og Per Øivin Sola («dyreeier»).

BF driver produksjon av ferdigplen med base på Skoger i Drammen kommune. I september 2017 kom tre kuer og tre kalver tilhørende dyreeier inn på området hvor det dyrkes ferdigplen og forårsaket omfattende tråkkskader. Det var ikke gjerde mellom innmarken og utmarken for den teigen som dyrene kom inn på. BF var nødt til å pløye opp området hvor ferdigplenen ble produsert og ble dermed påført et økonomisk tap. BF krevde beiteskadeerstatning fra dyreeier.

Spørsmålet i saken for Høyesterett var om dyreeiers ansvar etter beiteloven § 7 kunne settes ned eller falle bort på grunn av BF's medvirkning, fordi sistnevntes eiendom ikke var inngjerdet. Saken reiste også spørsmål om skadeserstatningsloven § 5-2 om lemping kunne supplere beitelovens erstatningsregler.

Høyesterett kom i avsnitt 56 til at medvirkning «på annen måte» etter beiteloven § 7 annet ledd vil være om skadelidte ved å unnlate å sette opp gjerde eller andre stengsler, har latt være i rimelig utstrekning å minske risiko for at dyr kunne komme inn på eiendommen og gjøre skade. Dermed kom Høyesterett i avsnitt 64 til at lagmannsretten hadde lagt til grunn feil rettsanvendelse da den hadde konkludert med at unnlatt gjerdehold ikke kan tas i betraktning etter beiteloven § 7 annet ledd.

Høyesterett konkluderte videre i avsnitt 69 med at erstatningsansvar etter beiteloven § 7 kan lempes etter skadeserstatningsloven § 5-2.

Medvirkningsspørsmålet (avsnitt 26 til 64)

Høyesterett tok utgangspunkt i at beiteloven § 6 oppstiller en plikt for en dyreeier til å vokte sine «husdyr» slik beiteloven definerer dem. Hvordan dyreeieren oppfyller sin vokterplikt er ikke angitt spesifikt. Formålet med vokterplikten er å forhindre at husdyrene kommer inn på et område der dyreeier (eller dyreinnehaveren) ikke har eiendomsrett eller beiterett.

Høyesterett viste deretter til at beiteloven § 7 første ledd oppstiller et objektivt erstatningsansvar for dyreeier når husdyr forårsaker beiteskader på «*avling og annen eighet*». Det er altså en saklig og stedlig begrensning i hva skadelidte kan kreve erstattet.

Den saklige begrensningen er at det bare kan kreves erstatning for skade på «*avling og annen eighet*». Dette innebærer at skade på husdyr eller personskade ikke regnes som beiteskader, se også Rt. 1995 s. 1358. Den stedlige begrensningen går ut på at beiteskaden må voldes på eiendom hvor dyreeier ikke har rett til å ha dyrene.

Beiteloven § 7 annet ledd omhandler to ulike former for skadelidtes medvirkning som gjør at beiteskadeerstatningen settes ned eller faller bort.

Det første medvirkningstilfellet er der skadelidte selv har «*vanhald*» en allerede eksisterende gjerdeplikt. Slikt mislighold har tidligere vært omtalt av Høyesterett som en «*spesiell unntaksbestemmelse*», jf. HR-2018-872-A (Femund sitje) i en sak som gjaldt reinbeiteskade. Det var klart at BF ikke hadde gjerdeplikt, slik at dette medvirkningsalternativet ikke var aktuelt å anvende.

Det andre medvirkningstilfellet er der skadelidte har medvirket «*på annen måte*». Forarbeidene til beiteloven gir ingen eksempler på handlinger eller unnlatelser som innebærer at skadelidte medvirker «*på annen måte*» til at beiteskade oppstår. I ovenfornevnte avgjørelse, HR-2018-872-A (Femund sitje), omtales dette som en «*generell unntaksbestemmelse*» som må tolkes i lys av skadeserstatningsloven § 5-1.

Det er i denne forbindelse at det oppstod spørsmål om BF's unnlatte gjerdehold er medvirkning «*på annen måte*» selv om BF ikke var pålagt gjerdeplikt fra før.

Høyesterett påpekte i avsnitt 34 at den spesielle medvirkningsbestemmelsen kunne trekke i retning av at skadelidtes medvirkning som følge av manglende gjerdehold «*bare kommer i betraktning ved brudd på en gjerdeplikt*». Førstvoterende gikk så over i avsnitt 35 til å forklare hvorfor denne tolkningen ikke står seg:

«På den annen side er det andre medvirkningsalternativet i § 7 andre ledd formulert som en helt generell medvirkningsbestemmelse, der medvirkningen har skjedd «*på annen måte*». Ordlyden setter ingen begrensninger med hensyn til hva slags handlinger eller unnlatelser som kan komme i betraktning. Jeg bemerker i denne sammenheng at jeg ikke kan se at det er holdepunkter for at formuleringen «*på annen måte*» tilsier at det må dreie seg om forhold av en kvalitativt annen art enn stengsel i form av gjerde [...]»

Høyesterett så dermed medvirkning «*på annen måte*» etter beiteloven i utgangspunktet som et spørsmål om «*skadelidte utviste den forsiktighet som situasjonen tilsa*». Dette kan både sies å være en aktsomhetsplikt og en mer generell risikobetraktning. Høyesteretts lovtolkning innebærer at spørsmålet om medvirkning etter beiteloven § 7 annet ledd vil bero på en konkret

helhetsvurdering av ulike forhold som gjør seg gjeldende i saken. Dette åpner også opp for at unnlatelse av å sette opp gjerde da skal stå i en annen stilling i relasjon til medvirkningsansvaret.»

Høyesterett viste så til at erstatningsreglene i beiteloven bygget på prinsippet om objektivt ansvar for dyreeier, men hvor dyreeier kunne holdes ansvarsfri dersom skadelidte hadde forsømt sin gjerdeplikt, jf. NOU 1980:49 på side 15. Tilsvarende ble det i NUT 1955:1 kun foreslått ansvarsfritak dersom skadelidte hadde misligholdt sin gjerdeplikt, det vil si ingen annen medvirkningsbestemmelse ut over brudd på en allerede eksisterende gjerdeplikt. NUT 1955:1 ble imidlertid ikke fulgt opp i lovproposisjonen Ot.prp. nr. 19 (1957). I stedet fikk man dagens medvirkningsbestemmelser som beror på graden av skadelidtes skyld.

Høyesterett mente derfor at verken lovhistorikken eller forarbeidene til beiteloven avklarte tolkningsspørsmålet om hva som lå i medvirkning «*på annen måte*» etter beiteloven, bortsett fra at forarbeidsuttalelsene talte for at generelle erstatningsrettslige prinsipper om skadelidtes medvirkning kunne trekkes inn i den konkrete helhetsvurderingen.

Spørsmålet for Høyesterett i avsnitt 45 ble da hvilken betydning skadeserstatningsloven § 5-1 hadde ved tolkningen av beiteloven § 7 annet ledd.

Høyesterett viste til HR-2019-872-A (Femund sitje). I dommen gis det en redegjørelse om hvordan erstatningsreglene i reindriftsloven (som ikke har en egen medvirkningsbestemmelse) må suppleres med de alminnelige bestemmelsene om medvirkning og lemping i skadeserstatningsloven. For øvrig ble skadeserstatningsloven § 5-1 og beiteloven § 7 annet ledd omtalt som «*parallelle bestemmelser*», jf. HR-2018-872-A (Femund sitje) avsnitt 81.

Høyesterett sluttet fra dette at medvirkning «*på annen måte*» etter beiteloven § 7 annet ledd måtte tolkes i lys av de generelle reglene om skadelidtes medvirkning i skadeserstatningsloven § 5-1.

Høyesterett mente videre at dette innebar at unnlatelse av å holde gjerde kan inngå i vurderingen av om skadelidte har medvirket til skaden, selv om skadelidte ikke hadde gjerdeplikt fra før. Ifølge Høyesterett, endret et slikt medvirkningsansvar ikke på ansvarsfordelingen eller gjerdepliktene etter beiteloven og grannegjerdeloven, jf. avsnitt 54:

«[...] For det første innebærer dette ikke at dyreeiers vokteransvar etter beiteloven § 6 reduseres. For det andre medfører medvirkningsregelen ikke mer enn at grunneier etter omstendighetene må sørge for å sette opp gjerde eller andre stengsler for å hindre at beitende dyr kommer inn på eiendommen. I denne forbindelse peker jeg på at det i praksis kan være flere former for sikringstiltak for å holde dyr ute fra innmark, for eksempel grind, ferist og grøfter, eller kombinasjoner av slike. Unnlatelsen av å anvende slike stengsler vil omfattes av medvirkning

«*på annen måte*», og det er vanskelig å se at unnlatelse av å sette opp gjerde da skal stå i en annen stilling i relasjon til medvirkningsansvaret.»

Fra dette utpenslet Høyesterett vurderingstemaet i medvirkning «*på annen måte*» i beiteloven § 7 annet ledd til å være om skadelidte har opptrådt aktsomt, herunder hvor synbar, nærliggende og betydelig risikoen er. I den konkrete helhetsvurderingen, ville det ifølge Høyesterett i avsnitt 57 være relevant å vurdere «*eiendommens sårbarhet for skade fra beitende dyr*», «*hvor store oppofrelser i form av kostnader og investeringer som kan kreves av skadelidte*», hva som er «*husdyreiers plikter etter beiteloven § 6*» og om skadelidte «*ikke hadde gjerdeplikt*».

I avsnitt 58 til 64 gjennomgår Høyesterett den konkrete vurderingen som lagmannsretten hadde gjort. Førstvoterende viste først til at «*gjerde var det eneste tiltaket som kunne redusert risikoen for skade for dyretrakk*» og at dette ble påpekt fra Drammen kommune overfor BF da selskapet søkte om omdisponering av landbruksareal til produksjon av ferdigplen. Førstvoterende viste så til at risikoen for skade var «*synbar og nærliggende*» for BF, og at risikoen for skade var «*betydelig*».

Lempingsspørsmålet (avsnitt 65 til 72)

Beiteloven har ingen egen bestemmelse om lemping. For Høyesterett var det imidlertid ikke tvilsomt at erstatningsregelen i beiteloven § 7 måtte suppleres med den alminnelige bestemmelsen om lemping i skadeserstatningsloven § 5-2.

Høyesterett viste til at da beiteloven ble vedtatt i 1961 fantes det ingen generell regel om lemping. Dette har lovgiver imidlertid tatt høyde for i forarbeidene til skadeserstatningsloven. I Ot.prp. nr. 75 (1983–1984) side 14 står det eksplisitt at skadeserstatningsloven også gjelder når ansvaret følger av spesiallovgivning, slik som beiteloven, med mindre annet følger av vedkommende lov. Høyesterett viste også til at tilsvarende var lagt til grunn i HR-2018-872-A (Femund sitje) avsnitt 78.

Kommentar

Dommen er rettsavklarende på beiterettens område. Dette underbygges av at resultatet har vært ulikt i de tre instansene. I jordskifteretten (dissens) ble BF ikke tilkjent beiteskadeerstatning, mens i lagmannsretten ble BF tilkjent kr 800 000,-. Det er også positivt at Høyesterett er tydelige når det gjelder betydningen av skadeserstatningslovens regler om medvirkning og lemping, spesielt fordi ansvar for beiteskader ellers kunne anses uttømmende regulert av beitelovens ansvars- og tvisteløsningsregler, se Rt-2006-826 avsnitt 15.

Samtidig er det grunn til å spørre seg om Høyesterett i tilstrekkelig grad har hensyntatt gjerdeloven og beitelovens system. Spørsmålet kommer særlig på spissen i dommens avsnitt 54, hvor førstvoterende uttaler at medvirkningskriteriet «*på annen måte*» ikke medfører «*mer enn at grunneier etter omstendighetene må sørge*

for å sette opp gjerde [...] for å hindre at beitende dyr kommer inn på eiendommen». Dette minner veldig om en gjerdeplikt for skadelidte som ikke beiteloven § 7 gir hjemmel til. Man kan i alle fall argumentere for at Høyesterett, med denne argumentasjonen, distanserer seg fra beitelovens erstatningssystem. Vurderingstema er flyttet fra dyreeiers objektive ansvar og en eventuell misligholdt gjerdeplikt, til et spørsmål om det var rimelig at skadelidte unnlot å gjerde inn sin eiendom.

Beitegjerdehold er riktignok antakeligvis den enkleste måten å hindre beiteskader. Prevensjonshensynet i erstatningsretten oppfordrer dermed skadelidte til å være med i beitegjerdeholdet for å hindre at beiteskader oppstår. Sann sett mener jeg at Høyesterett har kommet til et fornuftig og godt resultat, som også samsvarer med utviklingstendensene i underrettspraksis på området.

Elling Sucarrat
Advokatfullmektig
Advokatfirmaet Føyen AS

Krav om innreisekarantene for eiere av fritidseiendom i Sverige under Covid-19-pandemien var lovlig – også EMK- og EØS-rettslig – HR-2022-718-A

1 Sakens bakgrunn

I HR-2022-718-A tok Høyesterett stilling til lovligheten av forskriftsvedtak om innreisekarantene for personer som var bosatt i Norge, men som var eiere av fritidseiendommer i Sverige.

Det rettslige grunnlaget for innreisekarantene under covid-19-pandemien fulgte av forskrift 27. mars 2020 nr. 47 om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (covid-19-forskriften). I forskriften § 5 (1) het det at «[p]ersoner som ankommer Norge, skal oppholde seg i karantene i 14 dager etter ankomst til Norge». Ved endringsforskrift 3. april 2020 ble det tatt inn et unntak fra karanteneplikt i form av et nytt fjerde ledd til § 6. Essensen i dette unntaket var at hytteeierne fikk lov til å reise til fritidseiendommene sine i Sverige, men bare for å utføre strengt nødvendig vedlikehold eller tilsyn. Videre gjaldt unntaket bare dersom de ikke overnattet på fritidseiendommen, eller annet sted i Sverige, og ikke hadde nærkontakt med noen utover egen husstand.

Seks hytteeiere mente at dette var altfor inngripende krav til innreisekarantene, og gikk til søksmål mot staten v/Helse- og omsorgsdepartementet med påstand om at vedtaket om karanteneplikt var ugyldig. Påstanden om ugyldighet var imidlertid begrenset til de deler av forskriftsvedtaket som oppstilte karanteneplikt for reiser til hytteeiendommer i Sverige uten bruk av kollektivtransport, og uten å oppsøke forretninger eller ha nærkontakt med personer i Sverige under oppholdet. I realiteten angrep ikke hytteeierne hovedregelen om innreisekarantene, men snarere at unntaket fra hovedregelen for reiser til hytteeiendommer i Sverige var for snevert.

2 Høyesteretts avgjørelse

2.1 Resultatet

Høyesterett konkluderte enstemmig med at forskriftsvedtakene om karanteneplikt ved ankomst til Norge fra Sverige var lovlige i hele perioden karanteneplikten var i kraft.

2.2 Søksmålsinteressen

Høyesterett tok først stilling til om hytteeierne hadde tilstrekkelig søksmålsinteresse etter tvisteloven § 1-3. Bakgrunnen for dette spørsmålet var at samtlige av hytteeierne var fullvaksinerte fra september 2021, og av den grunn unntatt kravet om innreisekarantene fra dette tidspunktet. I tillegg ble forskriftens bestemmelser om innreisekarantene opphevet i januar 2022.

Høyesterett uttalte at vilkåret i tvisteloven § 1-3 om «reelt behov» kan være oppfylt også for saker som gjelder førtidige forhold. Forutsetningen er at det kan påvises et reelt behov for rettslig avklaring av det førtidige forholdet, jf. HR-2022-533-A avsnitt 31 og 32.

Høyesterett konkluderte med at hytteeierne hadde et reelt behov for rettslig avklaring. I vurderingen la Høyesterett vekt på at dommen kan få betydning for andre saker om håndteringen av covid-19-pandemien, og dessuten dersom det i fremtiden blir behov for å iverksette inngripende tiltak i andre alvorlige situasjoner. Høyesterett la også vekt på at smitteverntiltak etter sin art er tidsbegrensede, og at det er uheldig om slike saker av den grunn ikke kan bli prøvd for Høyesterett.

2.3 Oppfylte karantenekravene vilkårene i smittevernloven § 1-5?

Det følger av smittevernloven § 1-5 (1) første punktum at smitteverntiltak skal være «basert på en klar medisinsk faglig begrunnelse», være «nødvendig av hensyn til smittevernet» og «fremstå tjenlig etter en helhetsvurdering».

Høyesterett kom til at vilkårene klart var oppfylt for reglene om innreisekarantene da disse ble vedtatt våren 2020. Et vanskeligere spørsmål var om vilkårene var oppfylt under hele perioden reglene om innreisekarantene gjaldt for hytteeierne.

Sentralt for Høyesteretts drøftelse var at FHI og Helsedirektoratet i midten av oktober 2020 uttalte at det var smittevernmessig forsvarlig med reiser til Sverige uten bruk av offentlig transport, og uten nærkontakt med andre enn de personene man reiste sammen med fra Norge. Isolert sett trakk dette i retning av at det fra dette tidspunktet ikke var en «klar medisinsk faglig begrunnelse» for innreisekarantene for fritidsreisende. Høyesterett kom imidlertid til at vilkåret også gir rom for å legge vekt på risikoen for manglende etterlevelse. Myndighetene må med andre ord ha frihet til å fastsette strengere smitteverntiltak enn det som er strengt medisinsk faglig begrunnet, ut fra erkjennelsen av at tiltakene antageligvis ikke vil bli etterlevd fullt ut. Dette ledet til at Høyesterett konkluderte med

at tiltaket både var medisinskfaglig begrunnet og nødvendig av hensyn til smittevernet.

I forholdsmessighetsvurderingen av tiltaket la Høyesterett stor vekt på at inngrepet ikke knyttet seg til kjernen av beskyttelsen av hytteeierne hjem i Grunnloven § 102 og EMK art. 8. Reglene om innreisekarantene gjorde det ikke forbudt for hytteeierne å bruke hyttene sine. Tvert imot kunne de reise til, og bruke hyttene sine så lenge de ville, uhindret av karantenereglene. Den eneste begrensningen som karantenereglene medførte, var at hytteeierne måtte i innreisekarantene ved retur til Norge. Holdt opp mot den alvorlige pandemien som covid-19 representerte, konkluderte Høyesterett med at dette ikke var et uforholdsmessig tiltak.

2.4 Var vedtakene om innreisekarantene i strid med Grunnloven § 102 og EMK art. 8?

Høyesterett tok utgangspunkt i at Grunnloven § 102 og EMK art. 8 i praksis har et sammenfallende innhold, jf. HR-2017-2376-A avsnitt 53. I EMK art. 8 nr. 2 er det imidlertid uttrykkelig åpnet for at myndighetene kan gjøre inngrep i rettighetene som er beskyttet etter EMK art. 8 nr. 1. Selv om Grunnloven § 102 ikke inneholder noen tilsvarende inngrepsbestemmelse, slo Høyesterett fast at § 102 skal forstås på samme måte, jf. Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28. Dette førte til at Høyesterett kunne drøfte vedtaket om innreisekarantene samlet opp mot Grunnloven § 102 og EMK art. 8.

Inngangsvilkårene for at hytteeierne overhodet nyter vern etter Grunnloven § 102 og EMK art. 8, er at vedtaket om innreisekarantene kvalifiserer som et *inngrep* i hytteeierne «hjem».

Utgangspunktet i EMDs praksis er at uttrykket «hjem» er det stedet man lever på fast basis. Som påpekt av Høyesterett åpnet imidlertid EMD i Demades mot Tyrkia, dom av 31. juli 2003, for at også fritidseieendommer kan være «hjem» etter EMK art. 8. Videre kom Høyesterett til at vedtakene om innreisekarantene kvalifiserte som *inngrep* i hytteeierne «hjem». Høyesterett viste til at karantenekravet var byrdefullt for hytteeierne, og i praksis hindret hytteeierne fra å bruke hyttene sine i perioden kravet var gjeldende. Dette var tilstrekkelig til at inngrepsterskelen var overskredet.

Spørsmålet for Høyesterett ble etter dette om inngrepet kunne rettferdiggjøres. Vilkårene for at et inngrep i den enkeltes hjem kan rettferdiggjøres, er at inngrepet har hjemmel i lov, ivaretar et legitimt behov og er nødvendig i et demokratisk samfunn. Sistnevnte er i realiteten et krav om at inngrepet må være forholdsmessig.

Høyesterett slo fast at vedtaket om innreisekarantene hadde tilstrekkelig hjemmel i smittevernloven § 4-3, jf. § 1-5. Videre var inngrepet begrunnet i legitime smittevernhensyn, og hensynet til å beskytte befolkningens helse. Hensynet til «å beskytte helse» er uttrykkelig nevnt som et legitimt behov i EMK art. 8 nr. 2. Etter dette ble det avgjørende spørsmålet for Høyesterett om inngrepet var forholdsmessig.

Høyesterett tok utgangspunkt i at forholdsmessighetsvurderingen av inngrepet etter Grunnloven § 102 og EMK art. 8 langt på vei blir sammenfallende med forholdsmessighetsvurderingen etter smittevernloven. Høyesterett kunne dermed langt på vei vise til utfallet av den drøftelsen. Det var imidlertid to spørsmål som det var nødvendig for Høyesterett å drøfte særskilt som del av forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102 og EMK art. 8.

Det første spørsmålet var betydningen av statens skjønnsmargin for norske domstoler. Når EMD tar stilling til om et inngrep er forholdsmessig, gir EMD statene en viss skjønnsmargin. Skjønnsmarginen knytter seg til intensiteten i EMDs prøving av forholdsmessigheten av et inngrep. Hvor intensivt EMD prøver et inngrep varierer basert på en rekke omstendigheter, blant annet inngrepets art, virkninger og formålet som forfølges. Spørsmålet er om også nasjonale domstoler skal innrømme statene en skjønnsmargin når de tar stilling til et inngrep opp mot EMK.

Høyesterett la til grunn at skjønnsmarginen gjelder EMDs prøving av et inngrep, og derfor ikke er overførbart til nasjonale domstolers prøving av et inngrep. Selv om skjønnsmarginen ikke gjelder for nasjonale domstoler, understreket imidlertid Høyesterett at det likevel er grunn til å være varsom med å overprøve vurderinger som i stor grad er faglige eller beror på sammensatte samfunnsmessige avveininger. Det er imidlertid ikke statenes skjønnsmargin som utgjør begrunnelsen for en slik eventuell varsomhet, men snarere at domstolen ikke har tilstrekkelig faglig eller teknisk innsikt til å overprøve denne type vurderinger.

For det andre drøftet Høyesterett betydningen av at helsemyndighetene ikke uttrykkelig hadde gjort en forholdsmessighetsvurdering av kravet om innreisekarantene opp mot Grunnloven § 102 og EMK art. 8.

Høyesterett la til grunn at det ikke gjelder et krav om at myndighetene må ha gjort en uttrykkelig vurdering av et inngrep opp mot Grunnloven § 102 og EMK art. 8. Men dette forutsetter at det ved etterfølgende domstolskontroll blir klarlagt at vilkårene for å gjøre inngrep i Grunnloven § 102, og særlig EMK art. 8, var oppfylt. Høyesterett har nok her særlig hatt muligheten for en etterfølgende prøving av inngrepet av EMD i tankene. Overfor EMD inngår nasjonale domstoler som en del av nasjonale myndigheter. Dette innebærer at nasjonale domstoler langt på vei kan reparere at det i forkant av vedtakelsen av et inngrep ikke ble gjort tilstrekkelige vurderinger av inngrepet opp mot EMK.

Dette er en klar indikasjon på at Høyesterett er bevisst på utviklingen i EMDs praksis i retning av en mer prosessorientert kontroll. En slik kontroll går ut på at EMD i større grad prøver et inngrep opp mot EMK ved å undersøke om inngrepet har blitt forsvarlig vurdert av nasjonale myndigheter i samsvar med de krav som følger av EMK. Dersom det er tilfellet, skal det noe mer til før EMD setter sin egen substansielle

vurdering av inngrepets forholdsmessighet over nasjonale myndigheters vurdering.

Men i dette ligger også at den prosessorienterte kontrollen kan slå motsatt vei. Dersom myndighetene ikke har gjort en forsvarlig vurdering av et inngrep, fører det til en intensiv prøving av inngrepet fra EMD. I noen grad ble norske myndigheter offer for dette i *Lindheim and Others v. Norway*, dom av 12. juni 2012. Saken gjaldt adgangen til å kreve forlengelse av festekontrakter til boligformål på uendrede vilkår, og EMD kom til at norske myndigheter hadde krenket EMK P1-1. EMD la vekt på at Høyesterett hadde vurdert forholdsmessighet av inngrepet med utgangspunkt i *James and Others v. the United Kingdom*, dom av 21. februar 1986. EMD påpekte imidlertid at denne avgjørelsen gjaldt et annet spørsmål, og at konvensjonspraksis i etterkant av avgjørelsen hadde gått i retning av et sterkere vern av eiendom etter P1-1. I nyere praksis fra EMD er det eksempler på at EMD alene har ansett det tilstrekkelig for å konstatere krenkelse, at nasjonale myndigheter ikke har gjort en forsvarlig vurdering av inngrepet. Som eksempel kan det vises til *Moskalev v. Russia*, dom av 7. november 2017.

2.5 Var vedtakene i strid med retten til fri kapitalbevegelse i EØS-avtalen?

Høyesterett slo innledningsvis fast at investering av kapital i fast eiendom er en kapitalbevegelse som er omfattet av kapitalfriheten i EØS-avtalen art. 40. Selv om Høyesterett ikke påpekte det, var det heller ikke tvil om at vilkåret om grenseoverskridende element var oppfylt. Spørsmålet for Høyesterett ble dermed om kravet til innreisekarantene var en restriksjon for kapitalfriheten, og om denne restriksjonen kunne rettfærdiggjøres.

Høyesterett tok utgangspunkt i formuleringen som EU-domstolen vanligvis bruker når den tar stilling til om et tiltak er en restriksjon for kapitalfriheten. I tråd med denne kan tiltak som *«kan avholde potensielle investorer fra å foreta investeringer i et annet land»* (148) regnes som en restriksjon for kapitalfriheten. Det noe spesielle i denne saken var at hytteeierne eide hyttene sine før karantenereglene ble vedtatt, og det var ingen holdepunkter for at noen var forhindret fra å investere i fast eiendom som følge av karantenereglene. Under henvisning til praksis fra EU- og EFTA-domstolen kom Høyesterett til at tiltak som gjelder utnyttelsen av en type kapitalgjenstand, kan være en restriksjon. Resonnementet er at kravet til innreisekarantene leder til at det blir mindre fristende å investere kapital i fast eiendom i Sverige, noe som begrenser kapitalmarkedet for omsetning av slike eiendommer. Basert på dette kom Høyesterett til at det forelå en restriksjon.

For at en restriksjon kan rettfærdiggjøres, må restriksjonen være begrunnet i tvingende allmenne hensyn, være egnet for å ivareta hensynene og ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta hensynene.

Under henvisning til sak E-16/10, Philip Morris

Norway AS slo Høyesterett fast at hensynet til folkehelsen og til å hindre smittespredning klart nok er tvingende allmenne hensyn. Videre var det også klart at et innreisekarantenekrav som utgangspunkt er egnet til å ivareta hensynet til folkehelsen, og hindre spredning av covid-19.

Som del av kravet til egnethet ligger imidlertid at det tvingende allmenne hensynet må ivaretas konsekvent. I dette ligger at ett tiltak ikke er egnet til å ivareta et hensyn dersom staten samtidig tillater andre tiltak som går på tvers av det samme hensynet. Spørsmålet var om reglene om innreisekarantene for hytteeierne var egnet når myndighetene hadde gjort unntak fra regelen om innreisekarantene i flere retninger. Til dette påpekte Høyesterett at det ikke kan gjøres et ubegrenset antall unntak om det totale smittepresset i samfunnet skal holdes under kontroll, og at det ikke er uttrykk for inkonsekvens når andre unntak er prioritert foran hytteeierne. Høyesterett utdypet imidlertid ikke i særlig grad hvilket beskyttelsesnivå myndighetene hadde lagt seg på når det gjelder smittevern. Dette gjør det vanskelig å vurdere hvor mange flere unntak det faktisk var plass til, før man sto i fare for at det totale smittepresset i samfunnet ikke lenger *«(...) holdes under den ønskede kontroll»* (155). Videre kunne Høyesterett knyttet drøftelsen mer opp mot hvilke hensyn som lå til grunn for unntakene som faktisk var vedtatt. Et sentralt spørsmål ville da vært om disse unntakene var begrunnet i andre og viktigere samfunnshensyn enn hytteeierens ønske om fritidsopphold på hyttene sine. I så fall var det ikke et uttrykk for inkonsekvens når hytteeierne ikke ble prioritert, hensyntatt at det ikke kan gjøres et ubegrenset antall unntak, og samtidig opprettholde ønsket kontroll på smitten.

Etter dette gjensto det for Høyesterett å ta stilling til om reglene om innreisekarantene gikk lenger enn det som var nødvendig for å virkeliggjøre ønsket smitenivå. Utfordringen her lå i at myndighetene fra høsten 2020 mente det var smittevernmessig forsvarlig å tillate reiser til fritidseiendommer i Sverige uten bruk av kollektivtransport og uten nærkontakt med andre enn egen husstand. I lys av dette ble spørsmålet om risikoen for manglende etterlevelse i seg selv gjorde det nødvendig å opprettholde kravet om innreisekarantene ved reise til fritidseiendommer i Sverige. Høyesterett tok utgangspunkt i at EFTA-domstolen i sak E-16/10, Philip Morris Norway AS åpnet for at myndighetene kan treffe tiltak for å beskytte menneskers helse, selv om det er en viss vitenskapelig usikkerhet om tiltakets egnethet og nødvendighet. Philip Morris-saken knyttet seg til usikkerheten til om forbud mot synlig oppstilling av tobakksvarer var egnet og nødvendig for å redusere folks forbruk av helseskadelig tobakk. Overført til denne saken fremhevet norske myndigheter flere ganger at det var risiko for manglende etterlevelse for reisende til fritidseiendommer i Sverige. Basert på dette kom Høyesterett til at myndighetene ikke kunne ivareta hensynet til å sikre høy grad av beskyttelse

mot smittespredning ved bruk av mindre inngripende virkemidler enn å opprettholde karantene-reglene for reisende til fritidseiendommer i Sverige. Høyesterett gikk ikke nærmere inn på om det var grunn til å forvente at myndighetene, i perioden fra 2020 til karantene-reglene ble opphevet i 2022, burde søkt å bringe på det rene hvilken smittedependende effekt som faktisk ble oppnådd med innreisekarantene fra Sverige.

3 Avsluttende merknader

Avgjørelsen setter sluttstrek for diskusjonen som har pågått i juridisk teori knyttet til om nasjonale domstoler skal innrømme myndighetene en skjønnsmargin ved vurderingen av et inngrep etter EMK. Diskusjonen har hatt sitt utspring i Høyesteretts uttalelse i Rt. 1996 s. 551 på s. 558: «*Den skjønnsmargin som konvensjonsorganene kan antas å ville praktisere, må etter min mening også norske domstoler legge til grunn når de anvender EMK art 8 (2)*». Det er nå avklart at skjønnsmarginen som følger av EMDs praksis ikke gjelder når norske domstoler skal ta stilling til et tiltak opp mot EMK.

Selv om det ikke gjelder noen skjønnsmargin, følger det av avgjørelsen at Høyesterett likevel «*på grunnlag av norsk rett, ved sin prøving av inngrep [skal] være varsom med å overprøve vurderinger som i stor grad er faglige eller beror på sammensatte samfunnsmessige avveininger*» (89). For domstolskontroll med forvaltningsvedtak har det i lang tid vært gjeldende rett at domstolen skal være tilbakeholden med å prøve de deler av forvaltningens skjønnsutøvelse som krever faglig eller teknisk innsikt. Det er ikke grunn til å se dette særlig annerledes bare fordi kontrollen også har en side mot EMK.

EØS-rettslig er det interessant å merke seg at Høyesterett kom til at tiltak som gjelder *utnyttelsen* av en kapitalgjenstand kan være en restriksjon for kapitalfriheten. Konsekvensen av dette blir at enhver regulering av utnyttelsen av en fast eiendom fort kvalifiserer som en restriksjon for kapitalfriheten. Eksempelvis kan dette lede til at en reguleringsplan som regulerer en fast eiendom til friområde/park er en restriksjon for kapitalfriheten. Tilsvarende kan være tilfellet for et vedtak om områdevern etter naturmangfoldloven. Dette innebærer at reguleringsplaner og vedtak om områdevern potensielt må kunne rettferdiggjøres EØS-rettslig i hvert enkelt tilfelle, for å være lovlig vedtatt.

Det kan hende at vi i kjølvannet av denne avgjørelsen kommer til å se en utvikling i retning av at kapitalfriheten i større grad blir forsøkt brukt som et grunnlag for å sette til side ulike reguleringer av fast eiendom. Mest aktuelt kan dette tenkes å være for reguleringer som grunneiere i lang tid har måttet akseptere etter Grunnloven § 105 og EMK P1-1. Forutsetningen er selvsagt at det kan påvises et grenseoverskridende element, men for fast eiendom er ikke dette noen uoverkommelig hindring.

Håvard Olsen Sterri

FORBRUKERRETT

Misbruk av bankID. Olgasvindel-saken – HR-2022-1752-A

1. Innledning

Høyesterett avsa 13. september 2022 dom i den såkalte Olgasvindel-saken. Saken gjelder en banks ansvar for tap en kunde hadde lidt som følge av at svindlere hadde lykket i å tappe kundens konto for ca. 150.000 kroner.

Hovedregelen etter finansavtaleloven § 35 (1) er at banken må dekke tap etter uautoriserte betalingstransaksjoner. Dette gjelder likevel ikke dersom tapet skyldes at kunden «forsettlig» har unnlatt å oppfylle sine plikter, jf. § 35 (3) 3. pkt. Hovedspørsmålet i saken gjaldt forståelsen av dette forsettsvilkåret.

Kunden (A), en eldre kvinne, var blitt oppringt av en person som utgav seg for å være ansatt i banken. Ved hjelp av såkalt «spoofing» fikk svindlerne det til å se ut som de ringte fra bankens telefonnummer. A ble spurt om hun hadde søkt om lån, og da hun avkreftet dette ble hun satt over til en annen som skulle hjelpe henne med å slette lånesøknaden. Vedkommende ba henne oppgi fødselsnummer og passord til BankID. Hun oppgav også koder fra kodebrikken ni ganger i løpet av samtalen.

Svindlernes fremgangsmåte i saken går under navnet Olgasvindel. Dette er fordi modusen går ut på å ringe kvinner med navn som er populære for personer født for 70 til 90 år siden, herunder «Olga». Under ulike typer av dekkhistorier lurer svindlerne kvinnene til å oppgi sikkerhetsinformasjon tilknyttet BankID. Det er profesjonelle kriminelle nettverk som står bak, og A var en av mange fornærmede i straffesak mot fire tiltalte som ble dømt for grove bedragerier for til sammen i underkant av 18 millioner kroner ved Søndre Østfold tingrett 28. juni 2021.

A var også en av flere kunder som fikk sin sak behandlet i Finansklagenemnda bank. Her fikk hun medhold basert på at hun var i unnskyldelig rettsvillfarelse. Uttalelsene til Finansklagenemnda er imidlertid bare veiledende, og banken valgte å ikke rette seg etter den. I en slik situasjon følger det av finansforetaksloven § 16-3 (2) at finansforetaket må dekke egne og kundens saksomkostninger ved behandling av saken i første instans. Saken ble behandlet i Glåmdalen tingrett, som kom til at A hadde opptrådt forsettlig.

At det var akkurat A's sak som ble behandlet først i domstolene var tilfeldig. Fordi det var den første saken som ble avgjort i domstolene, ble den imidlertid en prinsippsak. Advokatfirmaet CMS Kluge valgte å ta saken videre pro bono. Forbrukerrådet garanterte for risikoen ved å bli ilagt motpartens saksomkostninger ved ankebehandling. CMS Kluge og Forbrukerrådet er partnere i et rettshjelpstilbud som heter ID-juristen, som bistår personer som er utsatt for BankID-svindler. ID-juristen er opprettet som del av samarbeidsprosjektet Samfunnsikkerhet og digitale identiteter som er finansiert av Norges forskningsråd og ledet av undertegnede.

A vant saken i Eidsivating lagmannsrett, og den ble deretter anket til Høyesterett av banken. Ved behandlingen for Høyesterett trådte Forbrukerrådet inn som partshjelper.

2. Partenes anførsler og Høyesteretts konklusjon

Det følger av standardvilkårene for BankID at kunden ikke skal røpe passord og koder for noen, heller ikke til husstandsmedlemmer, politiet eller banken. Banken gjorde gjeldende at det var tilstrekkelig for å konstatere forsettlig pliktbrudd etter finansavtaleloven § 35 (3) 3. pkt. at kunden bevisst har oppgitt sikkerhetsinformasjon til en tredjeperson. Banken anførte at det var uten betydning at kunden var i faktisk villfarelse mht. hvem som fikk sikkerhetsinformasjonen og at villfarelse om kontraktspliktene bare kunne fritta for ansvar dersom villfarelsen var unnskyldelig.

A og Forbrukerrådet gjorde på sin side gjeldende at et forsettlig pliktbrudd etter finansavtaleloven krever bevissthet om plikten og pliktbruddet. Videre ble det anført at forsett i tillegg forutsetter bevissthet hos kunden om handlingens tapspotensiale. A og Forbrukerrådet anførte altså at forsettet må dekke både pliktbruddet og konsekvensene av dette.

A og banken var enige om at A hadde opptrådt grovt uaktsomt, og derfor svarte for en egenandel på 12.000 kroner, jf. finansavtaleloven § 35 (3) 2. pkt.

Høyesterett kom enstemmig til at A ikke hadde opptrådt forsettlig og at banken derfor måtte dekke A's tap utover egenandelen på 12.000 kroner. Banken ble også ilagt A og Forbrukerrådets saksomkostninger.

3. Forsett krever bevissthet om pliktbruddet

Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var om forsettlig pliktbrudd etter finansavtaleloven § 35 (3) forutsetter bevissthet om plikten og pliktbruddet. I drøftelsen av dette spørsmålet tar Høyesterett i avsnitt 35 utgangspunkt i at «systemet i finansavtalelova § 35 er at bankens ansvar for tap som følge av uautoriserte betalingstransaksjoner blir redusert i tråd med graden av klander fra kundens side». Under henvisning til forarbeidene slås det videre fast at alternativet om forsettlig pliktbrudd forutsetter at kunden har opptrådt «svært klanderverdig», se avsnitt 37.

I avsnitt 48 viser Høyesterett til diskusjoner i juridisk teori om hvorvidt et forsettlig kontraktsbrudd forutsetter at forsettet omfatter følgende. Det vises til at

Hagstrøm – og etter hva eg kan sjå alle kjeldene han viser til – føreset likevel at det i det minste er eit krav om at kontraktsparten medvite har brote avtala for at handlemåten skal reknast som forsettleg.

Bankens anførsel om at såkalt rettsvillfarelse bare kan fritta fra ansvar dersom den er unnskyldelig (aktsom), avvises eksplisitt i avsnitt 37:

Med bankens tolking blir simpel aktløyse avgjerande i desse tilfella, sidan berre aktsam villfaring vil fritta for ansvar.

Dette ville være i strid med lovgivers forutsetning om at forsettsansvaret bare aktiveres i tilfeller av svært klanderverdig opptreden. Tolkningen ville også åpnet for at forhold som ikke kan regnes som grovt uaktsomme, likevel kunne vært forsettlige. Som Høyesterett påpeker i avsnitt 45, under henvisning til Rt. 2004 s. 499, ville dette være rettssystematisk inkonsistent («systemframand»). Bankens forsøk på å konvertere finansavtalelovens forsettskrav til et krav om simpel uaktsomhet ved rettsvillfarelse førte ikke frem.

I avsnitt 49 uttaler Høyesterett at det «strafferettslige forsettskravet og føresegna om rettsvillfaring gjev lite rettleiing i privatretten». Uttalelsen er generelt formulert og vil kunne ha betydning ikke bare ved tolkningen av finansavtaleloven, men også i andre sammenhenger der skyldformen forsett kommer på spissen i privatrettslig sammenheng.

Høyesterett fant ingen argumenter som trakk i retning av bankens tolkning, og konklusjonen (avsnitt 50) måtte da bli at

Ut frå ordlyden i og oppbygginga av finansavtalelova § 35 tredje ledd, meiner eg etter dette at det krevst at kunden må ha vore medviten om pliktbrøtet for å kunne bli ramma av § 35 tredje ledd tredje punktum.

Konklusjonen og argumentasjonen er på linje med den forståelsen av forsettsbegrepet som undertegnede sammen med Alf Petter Høgberg og Geir Woxholth har lagt til grunn i en artikkel i Lov og Rett fra 2021 («BankID-opplysninger på avveie – om vilkårene for aktivering av forsettsansvaret etter finansavtaleloven § 35 (3) og ny finansavtalelov § 4-30 (4)», s. 335–366).

Lagmannsretten hadde kommet til at A's handling var bevisst, men at hun ikke var seg bevisst at hennes handlinger utgjorde et pliktbrudd. Denne bevisvurderingen var ikke anket fra bankens side. Høyesterett peker i avsnitt 51 på at A

Trudde ho snakka med ein representant for banken og var ikkje medviten om at ho etter avtala ikkje hadde høve til å gje kode og passord til tilsette i banken i ein slik situasjon.

Høyesterett trekker med dette frem både den faktiske villfarelsen; A trodde hun snakket med banken, og pliktivillfarelsen; hun forstod ikke at handlingene utgjorde et pliktbrudd i den konkrete situasjonen.

Fordi A ikke hadde vært bevisst at handlingene hennes utgjorde et pliktbrudd, var det ikke nødvendig for Høyesterett å ta stilling til om forsettsvilkåret «også inneholdt eit krav om at kunden er medviten om tapspotensialet», se avsnitt 52.

4. Forholdet til ny finansavtalelov

Dommen gjelder forståelsen av gjeldende finansavtalelov fra 1999. Ny finansavtalelov ble vedtatt i desember 2020, og trer i kraft 1. januar 2023. I proposisjonen (Prop 92 LS (2019–2020)) uttaler departementet at det

«kan være noe uklart hva som nærmere ligger i skyldkravet forsett på privatrettens område». Etter en drøftelse av dette konkluderer departementet med at finansavtalelovens forsettsbegrep ikke forutsetter skyld i relasjon til tapet, og at det er uten betydning om kunden ikke er kjent med eller misforstår sine forpliktelser etter avtalen, se proposisjonen på s. 186.

Departementets forslag til ordlyd om kundens ansvar ved forsett ble imidlertid ikke vedtatt på Stortinget. Isteden ble det vedtatt en ordlyd som klargjør at det ikke er tilstrekkelig at kunden har vært bevisst selve handlingen som utgjør et pliktbrudd. Etter ny finansavtalelov § 4-30 (4) svarer kunden for hele tapet ved uautoriserte betalingstransaksjoner dersom kunden «forsettlig har misligholdt sine plikter slik at kunden måtte forstå at misligholdet kunne innebære en nærliggende fare for at betalingsinstrumentet kunne bli misbrukt». I stortingsinnstillingen, Innst. 104 L (2020–2021), tas det eksplisitt avstand fra proposisjonens uttalelser om forsett hva gjelder kravet til skyld i relasjon til tapet. Det tas derimot ikke eksplisitt avstand fra uttalelsene om pliktvillefarelse.

Høyesterett viser til nevnte uttalelser i proposisjonen og stortingsinnstillingen i avsnitt 44 og uttaler at det ikke legges «stor vekt på disse noko motstridende lovgjevarmerknadene, som uansett må reknast som etterarbeid i vår sak». Når ny finansavtalelov trer i kraft er uttalelsene imidlertid å regne som forarbeider, ikke etterarbeider, og det oppstår da spørsmål om den må tolkes på en annen måte enn det Høyesterett nå har slått fast at er gjeldende rett for finansavtaleloven 1999.

Etter mitt syn er det liten grunn til å tolke ny finansavtalelov på en annen måte enn gjeldende finansavtalelov. Som Høyesterett peker på, er uttalelsene i forarbeidene noe motstridende. Imidlertid er det klart at både departementet og justiskomiteen uttaler seg om hva de mener vil være en regel i samsvar med forståelsen av forsett i formueretten for øvrig. Departementets uttalelser om rettsvillfarelse inngår i en drøftelse av «hva som nærmere ligger i skyldkravet forsett på privatrettens område», og justiskomiteen på Stortinget viser til at den foreslåtte ordlyden for kundens forsettsansvar vil være i samsvar med «ellers gjeldende regler». Ut fra forarbeidene er det derfor ingen grunn til å tro at lovgiver har ment å stramme inn og operere med et forsettsbegrep i ny finansavtalelov som sett fra kundens side er strengere enn det som følger av gjeldende finansavtalelov. Når Høyesterett nå har slått fast at forsett, i tråd med det som gjelder i kontraktsretten ellers, må dekke pliktbruddet etter finansavtaleloven 1999 § 35, må det samme etter mitt syn legges til grunn også for ny finansavtalelov § 4-30 og § 3-20.

5. Dommens betydning for praksis i Finansklagenemnda bank

Finansklagenemnda behandler hvert år svært mange saker om ansvarsfordeling ved uautoriserte betalings-

transaksjoner. Olgasvindel-sakene har stort sett blitt avgjort i favør av forbrukeren ut fra en vurdering av unnskyldelig rettsvillfarelse. Sakene er avsagt med dissens, der representantene for finansnæringen gjennomgående har stemt for at bankene skal fritas for ansvar. Både flertallet og mindretallet må justere seg i lys av det som nå er slått fast i Høyesterett. Det er forventet at flertallet i nemnda går bort fra en vurdering av hvorvidt en rettsvillfarelse er unnskyldelig og over til vurderingstemaet slått av Høyesterett: om kunden var seg bevisst plikten og pliktbruddet. Det kan også forventes at avgjørelsene blir enstemmige fremover, og at bankene retter seg etter disse.

Dommen i Høyesterett er imidlertid ikke bare relevant for de såkalte Olgasvindel-sakene. Nemnda har for eksempel vurdert en rekke saker der forbrukere er oppringt av svindlere som utgir seg for å være fra Microsoft. Svindleren lurer forbrukeren til å tro at han er utsatt for et alvorlig dataangrep og at det er nødvendig å gi fra seg sikkerhetsinformasjon for å få hjelp til dette. I denne sakstypen har nemnda gjennomgående lagt seg på at forbrukeren forsettlig har brutt sine plikter, se for eksempel FinKN-2021-156. Nemnda har i den forbindelse lagt til grunn at det er et avgjørende skille mellom tilfeller der svindleren utgir seg for å være fra hhv. banken og andre utenforstående tredjeparter. Denne praksisen kan ikke opprettholdes etter dommen i Høyesterett. Kunden blir bare ansvarlig dersom han kjenner til innholdet av den plikten som brytes og de faktiske handlinger som innebærer et pliktbrudd.

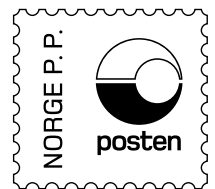
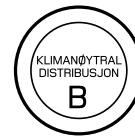
Marte Eidsand Kjørven

SIVILPROSESS

Høyesterettsvurdering av om høyesterettsdommer Berg var inhabil på bakgrunn av uttalelser inntatt i boken *Beslagsretten* – HR-2022-1959-A

I den såkalte Aurstad Maskin-saken (HR-2021-2248-A) var spørsmålet om det kunne oppstilles et ulovfestet utgangspunkt om at løsørekjøper må ha fratatt selgers rådigheten over det solgte, for at denne skal ha fått rettsvern overfor selgers konkursbo. Høyesteretts flertall, som dommer Berg var en del av, kom til at det kunne man. Dette resultatet samsvarte med konklusjonen som Berg kom til i den nevnte boken. Etter at dommen var avsagt begjærte den tapende part saken gjenåpnet etter tvisteloven § 31-3 første ledd bokstav a, og anførte at dommer Berg var inhabil etter domstoloven § 108. Det ble gjort gjeldende at Berg i boken hadde gitt uttrykk for klare og uforbeholdne standpunkter, til uavklarte og prinsipielle rettsspørsmål, og at disse var utslagsgivende for dommens konklusjon.

Høyesterett kom til at dommer Berg ikke var inhabil etter domstoloven § 108. Høyesterett viste til at det



hadde skjedd en viss innskjerping av habilitetsvurderingen i nyere tid, blant annet på grunn av praksis fra EMD. I den konkrete vurderingen pekte Høyesterett på at de tidligere har vurdert hvorvidt uttalelser i juridisk teori er inhabiliserende for dommere, og at det klare utgangspunktet er at dommere ikke blir inhabile på bakgrunn av uttalelser de har kommet med i juridisk teori.

Dersom det er tidsmessig nærhet mellom uttalelsen og saken som behandles, uttalelsen gjelder et smalt rettsområde og om standpunktene er sentrale for løsningen av saken som behandles, vil utgangspunktet kunne fravikes, jf. avgjørelsens avsnitt 47. Videre kom Høyesterett til at inhabilitet normalt bare vil foreligge der «det er nærliggende å oppfatte dommerens uttalelser som endelig og myntet på den konkrete saken som står til behandling», se avsnitt 55. Etter å ha vist til at Bergs uttalelser ikke bærer bud om noe engasjement utover det som er vanlig i juridisk teori, og at spørsmålet ble drøftet nyansert og metodisk godt, landet Høyesterett på at Berg ikke var inhabil. I denne vurderingen ble det også vektlagt at uttalelsene ikke var myntet på Aurstad Maskin-saken konkret.

I et obiter dictum kom Høyesterett videre til at begjæringen om gjenåpning var fremsatt for sent, etter tvisteloven § 31-5. Det ble vist til at partene fikk opplyst at Berg var en del av dommerpanelet «allerede på formiddagen dagen før retten ble satt», se avsnitt 65. Når partene måtte ha visst om at Berg hadde skrevet boken *Beslagsretten*, mente Høyesterett at inhabilitetsinnsigelsen burde vært fremsatt senest ved ankeforhandlingens oppstart.

Etter mitt skjønn legger Høyesterett opp til en noe for streng handleplikt og aktsomhetsnorm her. Undertegnede har fått opplyst av prosessfullmektigen at dommersammensetningen ble kommunisert til partene gjennom aktørportalen klokken 12:38 dagen før retten ble satt. Høyesterett la som nevnt til grunn at partene fikk denne informasjonen på *formiddagen* dagen før. Hva som menes med uttrykkene *formiddag* og *ettermiddag* kan sikkert variere, men det er nok vanligst å se det slik at ettermiddagen begynner klokken 12, jf. store norske leksikons definisjon. I den forstand ble partene opplyst om sammensetningen på ettermiddagen. Det er nok også nærliggende å anta at partene, dagen før en prosedyre for Høyesterett, er opptatt med å jobbe med nettopp prosedyren. Det virker etter mitt skjønn ikke helt realistisk når Høyesterett synes å legge til grunn at partene enkelt kunne finne tid og anledning til å utarbeide en god og begrunnet inhabilitetsinnsigelse over et så komplisert spørsmål, kort tid før retten ble satt.

Også reelle hensyn trekker etter mitt skjønn i retning av at man ikke skal oppstille en for streng aktsomhetsnorm og handleplikt her. Hvis man først kommer til at dommeren som var med på å avgjøre saken rent faktisk var inhabil, er det noe som bør ordnes opp i, også i de tilfeller der partene trenger noe tid på å områ seg.

*Morten Smedal Nadheim
CMS-Kluge*

Nytt i privatretten

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

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

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:
www.cda.no

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

Et årsabonnement (2023) på *Nytt i privatretten* koster kr 720, –. Studentabonnement koster kr 360, –. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

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

Neste utgave kommer februar 2023.