



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ADVOKATRETT

Kan en advokat med funksjonsnedsettelse kreve høyere salær enn andre? Noen refleksjoner til HR-2022-350-A

I februar 2022 avsa Høyesterett en kjennelse om forståelsen av salærforskriften 3. desember 1997 nr. 1441 § 7, som fikk medieomtale både før og etter at kjennelsen ble avsagt (Advokatbladet, Rett24, Dagens Næringsliv, Nettavisen) og som formodentlig allerede er kjent for mange lesere. Saken reiser imidlertid noen prinsipielle spørsmål som fortjener nærmere omtale selv om kjennelsen nå har rukket å bli noen måneder gammel, særlig knyttet til Høyesteretts overfladiske omtale av internasjonale menneskerettigheter.

Sakens faktum og overordnede rettsspørsmål er lettfattelig nok. En advokat ble oppnevnt som forsvarer i en relativt omfattende straffesak, og sendte inn salæroppgave hvor han blant annet krevde betaling for 118 timers arbeid utenfor rettsmøte. Trøndelag tingrett, som var salærfastsettende myndighet, godtok under tvil at saken hadde et så stort omfang at det var grunn til å fravike stykkprisen, jf. stykkprisforskriften

12. desember 2005 nr. 1442 § 11, og dermed fastsette salæret etter salærforskriften. Tingretten fant imidlertid at salæret som var krevet oversteg hva som var «rimelig og nødvendig» for saken, og satte ned salæret med hjemmel i salærforskriften § 7 første ledd første punktum: «Finner den salærfastsettende myndighet at det er benyttet lengre tid enn hva som er rimelig og nødvendig, skal salæret settes ned.» Advokaten ble tilkjent salær for 40 timers arbeid utenfor rettsmøte (i tillegg til salær for hovedforhandlingen og for saksforberedende møter), altså omtrent 1/3 av hva som var krevet. Dette er i seg selv ikke særlig uvanlig. Advokaten argumenterte imidlertid ikke bare med at sakens omfang og karakter tilsa større tidsbruk, men også at han på grunn av dysleksi brukte lenger tid på dokumentgjennomgang, utarbeidelse av prosesskriv mv. enn andre. Det er denne argumentasjonen som gjør saken prinsipiell.

Argumentasjonen var todelt. Dels ble det anført prinsipielt at «individuelle forhold ved advokaten kan trekkes inn i vurderingen» av hva som er «nødvendig» etter § 7. I lagmannsrettens kjennelse (LF-2021-105560) er anførselen angitt noe mer utførlig som at «[h]va som er 'nødvendig' arbeid for en advokat, vil kunne være avhengig av advokatens fysiologiske og/eller fonologiske forutsetninger». Kjernen i anførselen er at salærforskriftens nødvendighetskriterium skal ha en subjektiv side i tillegg til den objektive siden om sakens karakter og omfang. Videre ble det anført subsidiært at § 7 må tolkes utvidende for å unngå indirekte diskriminering i strid med likestillings- og diskrimineringsloven 16. juni 2017 nr. 51 og FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (gjerne kalt CRPD etter konvensjonens engelske tittel, på norsk tidvis kalt KFR). Mens Høyesteretts vurdering av den prinsipielle anførselen fremstår som velbegrunnet og solid, er det sider ved vurderingen av den subsidiære anførselen som påkaller noen merknader.

For den prinsipielle anførselen gjør Høyesterett en gjennomgang av ulike rettskilder som hver for seg gir begrensede bidrag til tolkningen, men som samlet sett gir «et temmelig entydig bilde» (avsnitt 35): «Ved vurderingen av hva som er rimelig og nødvendig tidsbruk,

Innhold nr. 3

Advokatrett	1
Erstatningsrett	4
Immaterialrett	5
Kontraksrett	9
Selskapsrett	14
Tingsrett	16

skal salærfastsettende myndighet vurdere sakens omfang og kompleksitet. Målestokken er hvor lang tid en alminnelig dyktig advokat på rettsområdet ville brukt på saken. Det er i utgangspunktet ikke rom for å ta hensyn til individuelle forutsetninger hos den salærberettigede.» Til støtte for dette viser Høyesterett til sammenhengen mellom § 7 og andre regler i salærforskriften og stykkprisforskriften, til lovforarbeidene til tvisteloven § 20-5, til forskriftshistorikken fra og med salærforskriften av 1982 og fremover i tid, til Justis- og beredskapsdepartementets veiledning til salærforskriften, og til reelle hensyn om salærfastsettende myndighets gode forutsetninger for å vurdere en saks kompleksitet og omfang sammenliknet med de svakere forutsetningene for å vurdere en advokats individuelle (subjektive) forhold. Jeg synes det er vanskelig å reise særlige innvendinger mot Høyesteretts rettskildebud her. Argumentet om salærfastsettende myndighets forutsetninger gjentas imidlertid også i forbindelse med den subsidiære anførselen, og der er argumentet muligens mindre treffende – som jeg straks kommer til.

For den subsidiære anførselen er nok rettskildebildet mindre entydig, selv om Høyesterett heller ikke her synes å ha vært i særlig tvil om konklusjonen. Høyesterett deler diskusjonen i to hoveddeler. Først vurderes om det aktuelle saksforholdet må vurderes i relasjon til reglene om indirekte diskriminering eller reglene om positiv særbehandling, og dernest vurderes om en eventuell forskjellsbehandling er lovlig. Siden det legges til grunn at en eventuell indirekte forskjellsbehandling av dyslektikere i denne sammenhengen uansett vil være lovlig, tar ikke Høyesterett endelig stilling til det første spørsmålet utover å si (i avsnitt 55) at tilfellet ligger «i grenseland» mellom de to kategoriene. Betydningen av skillet ligger i at positiv særbehandling aldri er en plikt, bare noe som er tillatt dersom visse vilkår er oppfylt, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 11, mens indirekte forskjellsbehandling (definert i § 8 som «enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre» på grunnlag av et relevant diskrimineringsgrunnlag) er ulovlig med mindre vilkårene i § 9 er oppfylt.

Høyesterett løser saken ut fra lovlighetsvilkårene i § 9, som innebærer at forskjellsbehandling må være saklig, nødvendig, og ikke uforholdsmessig inngripende, for å være lovlig. Høyesterett peker (i avsnitt 59) på at det er «saklig begrunnet å ha etterprøvbare og objektive kriterier som en dommer kan ha forutsetninger for å mene noe om», videre (i avsnitt 61) at «hensynet til likebehandling, ønsket om å unngå vilkårlighet og ressurs hensyn» gjør det vanskelig å ta hensyn til dysleksi og at en eventuell forskjellsbehandling derfor oppfyller nødvendighetsvilkåret, og til slutt (i avsnitt 63) at «en eventuell forskjellsbehandling på dette området ikke vil være spesielt inngripende overfor advokater

med dysleksi». I denne siste vurderingen vektlegges det (i avsnitt 63-64) at en viss økning i tidsbruken ikke nødvendigvis vil føre til at salæret settes ned, at advokater med dysleksi ikke stenges ute fra noen del av advokatmarkedet, og at det kan anskaffes «ulike datahjelpemidler» som kan avhjelpe virkningene av dysleksi. Disse hensynene holdes opp mot «de tunge hensynene som begrunner ordningen». Høyesterett konkluderer med at alle lovlighetsvilkårene er oppfylt.

I resultat kan nok dette være riktig, og Høyesterett peker på relevante momenter. Andre momenter kunne også vært nevnt i samme retning. For eksempel har saksforholdet klare berøringspunkter til den retten en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse har til individuell tilrettelegging av arbeidsplass og arbeidsoppgaver for å kunne utføre arbeid på lik linje med andre, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 22, hvor det er arbeidstakerens arbeidsgiver som er pliktsubjekt, ikke statlige myndigheter. Dette ligger i forlengelsen av hva Høyesterett nevner om hjelpemidler under forholdsmessighetsvurderingen. Likevel er det noen svakheter ved argumentasjonen som kan nevnes, og disse handler særlig om Høyesteretts helt summariske avfeining av relevansen til CRPD.

I avsnitt 38 uttaler Høyesterett kortfattet at CRPD ikke «innebærer en mer vidtrekkende plikt til å ta hensyn til funksjonsnedsettelse ved salærberegningen enn det som følger av likestillings- og diskrimineringsloven». Her viser Høyesterett til Prop. 106 S (2011–2012), som er stortingsproposisjonen om ratifikasjon av CRPD, og hvor Utenriksdepartementet uttaler med bred penn (på s. 25) at foruten et behov for endringer i vergemålslovgivningen og i diskrimineringsombudsloven så «anses norsk rett for å være i samsvar med konvensjonens bestemmelser». CRPD ble altså gjennomført i norsk rett gjennom passiv transformasjon (konstatering av rettsharmoni). Konvensjonen er fortsatt ikke inkorporert i norsk lov, men i Hurdalsplattformen har Regjeringen Støre uttalt at inkorporering skal finne sted. I de ti årene som har gått siden ratifikasjonen har det imidlertid oppstått en stadig bredere erkjennelse av at norsk rett nok ikke er i samsvar med CRPD på alle punkter, men at det både innenfor konkrete temaer og for mer overordnede og prinsipielle spørsmål er spenninger mellom regelsettene. Vergemål, bruk av tvang i psykisk helsevern (jf. NOU 2019: 14), valglovgivningen, brukerstyrt personlig assistanse, institusjonsbruk i helsevesen eller barnevern, strafferettslig vern mot overgrep, tilgang til høyere utdanning, retten til familieliv, universell utforming – det kan gis mange eksempler på rettsområder hvor det slett ikke er klart at det er samsvar mellom norsk rett og CRPD. I sin kjerne handler dette om et prinsipielt spørsmål om hva en funksjonsnedsettelse rettslig sett består i. Norsk rett bygger (i likhet med andre lands rett) tradisjonelt på en medisinsk modell for funksjonsnedsettelse, hvor en funksjonsnedsettelse anses som et direkte resultat av en medisinsk

karakteristikk (skade, sykdom) hos individet, og tiltak for å forbedre situasjonen for individet har fokusert på behandling eller bistand. CRPD innebærer imidlertid et grunnleggende brudd med denne modellen, ved å bygge på en sosial modell eller en menneskerettslig modell for funksjonsnedsettelse. Den sosiale modellen fokuserer på barrierer i samfunnet (fysiske hindringer, fordommer, lovgivning, osv.) som årsaken til individers funksjonsnedsettelse, mens den menneskerettslige modellen fokuserer på den retten alle har til å få sikret sine friheter og rettigheter på lik linje. CRPD-komiteen, som overvåker statspartenes etterlevelse av CRPD, har pekt på «[t]he slow progress in replacing the medical model of disability with the human rights model of disability» som en grunnleggende bekymring ved Norges etterlevelse av konvensjonen (CRPD/C/NOR/CO/1 avsn. 5(d)).

For at denne prinsipielle siden av CRPD skal kunne realiseres, må Høyesterett bidra med bredere vurderinger av hva konvensjonen innebærer i saker hvor den påberopes, ikke bare legge til grunn at den ikke går lenger enn norsk rett. I den konkrete saken nevner Høyesterett at parten ikke hadde anført at CRPD har mer vidtrekkende rettigheter, noe som understreker at også prosessfullmektiger har en oppfordring til å gå dypere inn i konvensjonens bestemmelser. Det kunne eksempelvis vært relevant å vurdere CRPDs rettigheter for aktører i rettsvesenet. I en individklagesak fra 2018, J.H. mot Australia, konstaterte CRPD-komiteen konvensjonskrenkelse ved at en døv person ble utelukket fra jurytjeneste, siden konvensjonen krever at staten bidrar med individuell tilrettelegging (konkret: en tegnspråktolk) som ville sette klageren i stand til å utføre jurytjeneste på lik linje med andre. At praktiseringen av den norske domstollovens § 70 om valg av meddommere neppe er i samsvar med en slik forståelse av CRPD, er mindre relevant for vår konkrete sak, men at CRPD nok gir rettigheter til individuell tilrettelegging som går lenger enn likestillings- og diskrimineringsloven, kunne med fordel vært vurdert nærmere.

Her kan det bemerkes at det neppe kan være holdbart når Høyesterett vektlegger dommerens forutsetninger for å vurdere betydningen av en funksjonsnedsettelse som et ledd i forholdsmessighetsvurderingen. Det er nok riktig at den enkelte tingrettsdommer kan ha svake forutsetninger for å vurdere dette, men dette er i seg selv ikke et argument for at rettigheten ikke kommer til anvendelse, heller et argument for at lovgiver bør finne en annen regulering av salærfastsettelsen. Det er, tross alt, et begrenset antall advokater med relevante funksjonsnedsettelse og et begrenset antall saker hvor det vil kreves et høyere salær på grunn av funksjonsnedsettelsen, og det fremstår ikke som en uoverkommelig oppgave for lovgiver å finne frem til en passende ordning for fastsettelse av salær i slike tilfeller.

La meg avslutte med en kjepphest om betydningen av presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet

innebærer at norsk rett formodes å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser, og Høyesterett viser i avsnitt 38 til at bestemmelser i konvensjonen kan ha betydning selv om konvensjonen ikke er inkorporert. Det er prisverdig at dette fremheves selv om det ikke var nødvendig for Høyesteretts vurdering. Norsk rett skal så vidt mulig tolkes i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, og mulig motstrid mellom norsk rett og folkerettslige forpliktelser skal søkes bortfortolket så langt dette lar seg gjøre gjennom forsvarlig rettskildebruk. Spørsmålet om presumsjonsprinsippet betydning for CRPDs rolle ved tolkningen av norsk rett har vært oppe for Høyesterett tidligere, i HR-2016-2591-A i en sak om fratakelse av rettslig handleevne i lys av vergemålsloven § 22 og CRPD artikkel 12. CRPD-komiteen har forstått artikkel 12 slik at den ikke tillater fratakelse av rettslig handleevne for personer med nedsatt funksjonsevne, noe vergemålsloven åpner for. Høyesterett måtte derfor foreta en nærmere vurdering av forholdet mellom de to regelsettene, og konstaterte at den nasjonale ordningen stod i «klar motstrid til» CRPD-komiteens tilnærming. Ut fra det samlede rettskildematerialet la Høyesterett til grunn at nasjonal lovgiver hadde valgt ordningen i vergemålsloven bevisst, til tross for kjennskap til at dette stod i spenning til CRPD. Høyesterett kom da til at domstolene måtte legge lovens løsning til grunn, selv om den skulle være folkerettsstridig. Forutsetningen for at den nasjonale regelen skal gis forrang ved motstrid er imidlertid at dette kan forankres i lovgiverviljen. Høyesteretts utgangspunkt her var en uttalelse i Ot.prp. nr. 79 (1991-1992) s. 3, som ifølge Høyesterett gir uttrykk for alminnelige prinsipper som også måtte gjelde i den foreliggende saken:

Noe forenklet kan man vel si at bare dersom Stortinget helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten.

Siden lovgiver har nøydt seg med å konstatere rettsharmonien mellom norsk rett og CRPD, vil det bare i spesielle tilfeller kunne påvises en lovgivervilje om at norsk rett skal gå foran CRPD ved motstrid. I mangel av en slik klar lovgivervilje, skal norsk rett tolkes i samsvar med CRPD. Dette er noe aktører i rettsvesenet – advokater, dommere, osv. – bør ta sterkere hensyn til, ved å gjøre en selvstendig og grundig vurdering av hvilke rettigheter CRPD inneholder i stedet for på sviktende grunnlag å bruke Prop. 106 S som en autoritet for at CRPD uansett ikke går lenger enn norsk rett.

Kjetil Mujezinovic Larsen

Erstatningsansvar for eiendomsmegler for opptreden i strid med god meglerskikk under budgivning – HR-2022-1316-A

Budgiveren A ga kl. 11.14 bud på leiligheten på 4 350 000 kroner, med akseptfrist kl. 12.00 samme dag. En annen budgiver ga kl. 11.47 bud på 4 400 000 kroner, med akseptfrist kl. 12.00, og med forbehold om at budet ikke skulle gjøres kjent for andre enn selgeren. Selgeren sendte kl. 11.49 følgende SMS til eiendomsmegleren:

«Vi aksepterer budet på 4 350 000 og takker nei til det hemmelige budet på 4 400 000.»

Eiendomsmegleren ringte A kl. 11.59. Samtalen varte i fire minutter. Megleren meddelte ikke selgerens aksept til A før akseptfristen løp ut kl. 12.00, og heller ikke senere i løpet av samtalen. Under samtalen kom det kl. 12.02 inn et nytt bud på 4 400 000 uten forbehold. Dette budet ble meddelt A. Både A og den andre budgiveren høynet deretter sine bud en gang hver, før A kl. 12.22 ga bud på 4 500 000 kroner. Dette budet ble akseptert av selgeren kl. 12.32.

Senere tok A kontakt med eiendomsmegleren for informasjon om hva som hadde skjedd under budgivningen. Han fikk da vite at selgeren hadde akseptert budet på 4 350 000 kroner, men at aksepten aldri ble meddelt A. I lys av dette mente A å ha betalt 150 000 kroner mer enn nødvendig for boligen. Han krevde erstatning av megleren for dette beløpet. Reklamasjonsnemnda for eiendomsmeglingstjenester konkluderte enstemmig med at eiendomsmegleren hadde opptrådt i strid med god meglerskikk, og at A hadde krav på erstatning med 150 000 kroner av eiendomsmeglingsforetaket. Høyesterett kom enstemmig til samme resultat.

Det aktuelle erstatningsgrunnlaget for eiendomsmeglingsforetaket er arbeidsgiveransvar etter skadeserstatningsloven § 2-1. Spørsmålet var om den eiendomsmegleren som ledet budgivningen, opptrådte erstatningsbetingende uaktsomt ved å unnlate å meddele aksepten til budgiver A før fristens utløp, med ansvar overfor A som konsekvens. Dersom aksepten var blitt meddelt A innenfor fristen, ville bindende avtale ha kommet i stand til 4 350 000 kroner, jf. avtaleloven § 2 første ledd.

I avsnitt 32–36 skisserer førstvoterende de rettslige utgangspunktene for erstatningsvurderingen: Det gjelder en streng aktsomhetsnorm for profesjonsutøvere. Profesjonsutøveren er gjerne underlagt faglige krav og normer, som både kontraktsparter og andre med rimelighet kan forvente at vedkommende overholder (avsnitt 32). I avsnitt 33 kommer den forventede formuleringen om profesjonsansvar, som har vært en gjenganger i rettspraksis siden den ble brukt første gang i Rt. 1995 s. 1350: «Det gjelder i utgangspunktet et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere. Likevel er det et visst spillerom før atferd

som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet» (her sitert etter originalen fra 1995, gjengitt noe friere i den dommen som omtales nå). Førstvoterende viser til HR-2018-1234-A, som også gjaldt eiendomsmeglerens opptreden under budgivning, og hvor den nevnte formuleringen er brukt. Eiendomsmegleren burde i den saken ha handlet annerledes, uten at hans opptreden var erstatningsbetingende uaktsom.

I avsnitt 34 fremheves, gjennom sitat fra 2018-dommen, betydningen av god meglerskikk i uaktsomhetsvurderingen. God meglerskikk viser til bransjens egne normer, og suppleres av krav som følger av lov, forskrift og myndighetspraksis. Brudd på lov eller forskrift vil være et vesentlig moment i aktsomhetsvurderingen, men det må likevel foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Det kan her bemerkes at det kan være smakssak om man vil karakterisere brudd på lov eller forskrift som brudd på god meglerskikk i tillegg.

I avsnitt 35 bemerker førstvoterende at det for aktsomhetsvurderingen har «betydning om den normen som er overtrådt, beskytter den interessen som håndheves gjennom erstatningskravet».

Eiendomsmegleren skal ifølge eiendomsmeglingsloven § 6-3 første ledd utføre oppdraget «i samsvar med god meglerskikk med omsorg for begge parters interesser». Innholdet i «god meglerskikk» styres av mange faktorer. Førstvoterende viser i avsnitt 39 til lovens formålsbestemmelse i § 1-1 og dens betydning for god meglerskikk. Ifølge formålsbestemmelsen skal loven legge til rette for at omsetning av fast eiendom skjer på en «sikker, ordnet og effektiv måte». God meglerskikk krever at eiendomsmegleren bidrar til å oppfylle dette formålet.

Med sikte på budgivningsprosessen fremhever førstvoterende i avsnitt 41 spesielt lovens krav om omsorg for begge parters interesser. I den sammenhengen viser førstvoterende i avsnitt 42 også til eiendomsmeglingsforskriften § 6-3 første ledd første punktum om at eiendomsmegleren skal «legge til rette for en forsvarlig avvikling av budrunden».

God meglerskikk innebærer etter sikker oppfatning at eiendomsmegleren skal arbeide for best mulig pris (og salgsvilkår for øvrig) for sin oppdragsgiver, som vanligvis er selgeren (avsnitt 45, med sitat fra forarbeidene til eiendomsmeglingsloven av 1989). God meglerskikk og plikten til omsorg for begge parters interesser gir på den annen side også grunnlag for begrensninger i de virkemidlene som eiendomsmegleren kan benytte for å oppnå høyere pris. Eiendomsmeglerens plikter overfor selgeren må balanseres mot omsorgsplikten overfor budgiverne, som har en berettiget forventning om at budgivningen avvikles på en ryddig og forsvarlig måte (avsnitt 46). Formidlingen av bud og aksept ligger i kjernen av meglerens oppdrag. Også dette har betydning for hvilke berettigede forventninger partene kan ha til meglerens opptreden (fortsett avsnitt 46).

Overskriften foran avsnitt 47 er «Den konkrete vurderingen – handlet eiendomsmegleren uaktsomt under avviklingen av budrunden?» Dette behandles i avsnitt 47–52, med Høyesteretts konklusjon i avsnitt 53 og 54. Uaktsomhetsspørsmålet vurderes på grunnlag av de regler og prinsipper som det er redegjort for tidligere. Drøftelsen kan oppsummeres slik:

Eiendomsmegleren plikter å opptre i samsvar med god meglerskikk med omsorg for begge parter interesser. God meglerskikk innebærer plikt til å sørge for sikker, ordnet og effektiv utførelse av oppdraget. Dette gir grunnlag for en berettiget forventning hos selgeren og budgiverne om ordnede forhold i budgivingen. Det samme gjør forskriften § 6-3 om forsvarlig avvikling av budrunden. Unnlatelse av å meddele selgerens aksept innenfor akseptfristen var et brudd med partenes berettigede forventning om ordnede forhold og forsvarlig avvikling av budrunden, og med god meglerskikk. Megleren hindret ved sin opptreden at bindende avtale kom i stand. Dette var i utgangspunktet i strid med både selgerens og budgiverens interesser (avsnitt 49). Det er klart at unnlatelse av å meddele aksepten utsatte selgeren for tap. At den senere utviklingen med nytt bud medførte at tap likevel ikke oppsto for selgeren, kan ikke være avgjørende ved vurderingen av eiendomsmeglerens opptreden (avsnitt 50). På bakgrunn av eiendomsmeglerens omsorgsplikt overfor budgiveren A, ble også As interesse i å oppnå en bindende avtale krenket ved at aksepten ikke ble meddelt ham (avsnitt 51).

Høyesterett fant bruddet på god meglerskikk «så vidt klart» at eiendomsmegleren måtte anses for å ha handlet erstatningsbetingende uaktsomt (avsnitt 53). Uaktsomheten medførte erstatningsansvar overfor budgiveren A for hans tap som følge av bruddet på god meglerskikk. Selv om det kanskje var selgeren som i dette tilfellet var mest tapsutsatt som følge av meglers brudd på god meglerskikk, er det ikke overraskende at ansvaret omfattet budgiverens tap. Som allerede nevnt, pekte førstvoterende i avsnitt 35 på betydningen av om den normen som er overtrådt, «beskytter den interessen som håndheves gjennom erstatningskravet». Normen «god meglerskikk» beskytter både selgerens og budgiverens interesser. Det gjelder ikke minst god meglerskikk under budgivingen.

I tillegg til å anføre at det ikke forelå ansvarsbetingende uaktsomhet, mente eiendomsmegleren at det uansett ikke forelå årsakssammenheng mellom pliktbruddet og kjøperens tap. Bud på 4 350 000 kroner og selgerens aksept av dette var ikke tilstrekkelig til å danne grunnlag for en bindende avtale. Det ble særlig vist til at overtakelsestidspunkt ikke var avklart i bud og aksept. Førstvoterende viste i avsnitt 57 til at eendommen ble omsatt ved auksjon gjennom en åpen budrunde. «Det klare avtalerettslige utgangspunktet er da at avtalebinding skjer når et fremsatt tilbud aksepteres innen akseptfristen, og aksepten dekker tilbudet.» Det lå ikke an til etterfølgende uenighet mellom

selgeren og budgiver A om overtakelsestidspunkt (avsnitt 58).

Videre fant Høyesterett at budgiver A var blitt påført et økonomisk tap på 150 000 kroner som følge av meglers feil. At han frivillig hadde lagt inn budet på 4 500 000 kroner, kunne ikke medføre et annet syn på dette (avsnitt 60).

Trygve Bergsåker

IMMATERIALRETT

Nektet anke i patentsak – Høyesteretts kjennelse HR-2022-634-U

Prosessuelle kjennelser får sjelden omtale i *Nytt i Privatretten*, men Høyesteretts avgjørelse HR-2022-634-U berører viktige spørsmål om patenters rettsbeskyttelse i Norge. Patentsaker – ikke minst om legemiddel-patenter – er ofte langvarige, komplekse og svært kostbare. Advokater og dommere kan måtte sette seg inn i deler av forskningsfronten i moderne medisin, farmasi og molekylærbiologi. Mengden med relevant praksis fra Det europeiske patentverk gjør også rettskildet bildet enormt. Sakene reiser likevel sjelden prinsipielle spørsmål som egner seg for behandling i Høyesterett, og i praksis har lagmannsretten vært siste instans. Den foreliggende avgjørelse kunne gi grunn til å spørre om flere saker ikke vil komme dit en gang.

Twisten stod mellom selskapene Neurim Pharmaceuticals Ltd. («Neurim») på den ene siden og Orifarm Healthcare AS og Orifarm Generics A/S på den annen, og den gjaldt gyldigheten av førstnevntes patent NO 334 788. Patentet gjaldt et legemiddel mot dårlig søvnkvalitet. Det var snakk om bruk av et kjent virkestoff mot en spesiell form for denne lidelsen, og prosesshistorikken viser at oppfinnelseshøyden nok var tvilsom. Patentet hadde blitt meddelt 26. mai 2014, men deretter opphevet av Patentstyret etter innsigelse 7. april 2016. Neurim påklaget vedtaket til Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR), men klagen førte ikke frem. Neurim brakte vedtaket inn for Oslo tingrett, som i dom av 24. oktober 2018 satte vedtaket til side som ugyldig. Etter fornyet behandling i KFIR ble patentet opprettholdt i endret form. Deretter gikk Orifarm til søksmål med påstand om å få kjent patentet ugyldig. Oslo tingrett – som var satt med to fagkyndige meddommere, slik vanlig er i patentsaker, kjente patentet ugyldig på grunn av manglende «oppfinnelseshøyde», jf. patentloven § 2, 18. august 2021. Neurim påanket dommen, men Borgarting fant altså, på bakgrunn av ren skriftlig behandling, å nekte anken fremmet for så vidt gjaldt ugyldighetsspørsmålet (et spørsmål om erstatningsutmåling ble fremmet til behandling). Lagmannsretten viste til tvisteloven § 29-13 annet ledd, hvorefter en anke kan nektes fremmet når lagmannsretten «finder det klart at anken ikke vil føre fram».

Partene var enige om de rettslige utgangspunkter for hvordan man skal vurdere om en oppfinnelse har

tilstrekkelig oppfinneshøyde. Etter fast praksis vil oppfinnelsen anses «nærliggende» – og dermed mangle oppfinneshøyde – dersom en gjennomsnittlig fagperson, stilt overfor det tekniske problem som oppfinnelsen løser, ville forsøkt løsningen i henhold til patentkravene med en rimelig forventning om å lykkes. Tingretten anvendte den såkalte «problem-løsning-metoden» for å avgjøre dette, i tråd med fast praksis ved Det europeiske patentverk. Slik saken er referert virker det som saken i stor grad dreide seg om hvordan en gjennomsnittlig fagperson på prioritetsdagen for søknaden – 14. august 2001 – ville forstå to publikasjoner («Haimov 1995» og «Roth 2001»). Tingretten hadde kommet til at førstnevnte måtte være «nærmeste mothold» og ville ledet en gjennomsnittlig fagperson til oppfinnelsen i patentet. Lagmannsretten var enig med tingretten. Lagmannsretten drøfter og siterer fra den nevnte artikkelen over tre sider og konkluderer med at den var «klart det mest lovende utgangspunktet for oppfinnelsen» og «klart at fagpersonen, på bakgrunn av Haimov 1995, ville ha valgt patentets løsning med en rimelig forventning om å lykkes». Dermed ble konklusjonen at «oppfinnelsen klart ikke oppfyller kravene til oppfinneshøyde, og at det derfor var korrekt av tingretten å legge til grunn at patentet var ugyldig». At Klagenemnda for industrielle rettigheter under dissens var kommet til et annet resultat, at patentet var opprettholdt av en engelsk domstol og at patentet var meddelt av Det europeiske patentverk, var ikke avgjørende motargumenter for lagmannsretten.

Lagmannsrettens beslutning ble som nevnt opprettholdt av Høyesteretts ankeutvalg. Utvalget begynner med å presisere at dets kompetanse etter tvisteloven § 29-13 femte ledd fjerde punktum var begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling. Dette omfattet blant annet om lagmannsrettens *begrunnelse* var tilstrekkelig til å vise at den hadde foretatt en reell overprøving, og om det ut fra retts- og bevissspørsmålene i saken var forsvarlig å nekte anken fremmet på grunnlag av skriftlig og forenklet behandling. Utvalget slo fast at det også kunne prøve om lagmannsretten hadde bygget på en for lav terskel for å nekte anken fremmet, jf. Rt-2011-1291 avsnitt 19.

Når det gjaldt spørsmålet om lagmannsretten hadde bygget på en *for lav terskel* for å nekte anken fremmet, pekte kjæremålsutvalget på at lagmannsretten hadde formulert det rettslige utgangspunktet korrekt: «Klart at anken ikke vil føre frem» betød at lagmannsretten måtte ha «høy grad av sikkerhet for at tingrettens dom vil bli stående etter full ankeprøving». Når det gjaldt lagmannsrettens subsumsjon etter denne regelen, var kjæremålsutvalget kort: «[Utvalget] kan ikke se at subsumsjonen gir holdepunkter for at lagmannsretten likevel har bygget på en for lav terskel for ankenektelsen.»

Om kravet til *begrunnelse* uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg (avsnitt 22–23):

«En beslutning om å nekte en anke fremmet etter tvisteloven § 29-13 andre ledd skal være begrunnet,

jf. femte ledd tredje punktum. Begrunnelseskravet skal sikre en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvarhet og en effektiv rett til overprøving, jf. Rt-2009-1118 avsnitt 51. Begrunnelsen må derfor vise at de feil som påberopes ved tingrettens avgjørelse, er oppfattet, og hvorfor anken klart ikke vil føre frem, jf. Rt-2009-1118 avsnitt 49–50 med videre henvisning til Rt-2008-1764 avsnitt 104–106. Begrunnelsen må altså få frem at lagmannsretten har foretatt en reell og samvittighetsfull prøving av anken, og den må være tilstrekkelig til at det kan etterprøves hvordan lagmannsretten har kommet til sin konklusjon, jf. Rt-2011-1291 avsnitt 22.

Etter ankeutvalgets syn har lagmannsretten gitt en grundig begrunnelse for hvorfor den finner det klart at anken ikke vil føre frem. Det er over mer enn fem sider gitt en utfyllende redegjørelse for Neurims anførsler, herunder kritikken av tingrettens drøftelse av motholdet «Haimov 1995». Redegjørelsen viser at de påberopte feilene er oppfattet. I premissene har lagmannsretten videre gjort rede for sin generelle forståelse av kravet til oppfinneshøyde i patentloven § 2, før den konkret vurderer om kravet er oppfylt i saken her. Drøftelsen går over flere sider og etterlater ikke noen tvil om at lagmannsretten har foretatt en selvstendig og reell vurdering. Av begrunnelsen fremgår tydelig hvorfor anken etter lagmannsrettens syn klart ikke ville føre frem. Lagmannsretten har herunder gitt en samvittighetsfull og etterprøvable forklaring på at «Haimov 1995» er nærmeste mothold. Riktignok er ikke alle detaljer i anken til lagmannsretten kommentert i premissene, men det er heller ikke noe krav. Premissene må ses i sammenheng med gjengivelsen av anførselene, og samlet sett er det ikke tvilsomt at kravene til begrunnelse for ankenektelsen er oppfylt.»

Deretter gikk kjæremålsutvalget over til å drøfte om det var forsvarlig å avgjøre saken etter skriftlig og forenklet behandling, uten fagkyndige meddommere. I denne vurderingen, uttalte utvalget, «må det blant annet legges vekt på sakens betydning for ankende part, om saken reiser prinsipielle spørsmål, om faktum er omtvistet, og – i så fall – hvilke muligheter lagmannsretten har til å foreta en rettssikker, selvstendig bevisbedømmelse uten ytterligere forhandlinger, jf. Rt-2015-506 avsnitt 17». Som nevnt settes patentsaker nesten alltid med fagkyndige meddommere, og lagmannsretten hadde uttalt at tema i disse sakene, og behovet for fagkyndighet, ofte ville medføre at en lagmannsrett uten fagkyndige meddommere ikke har grunnlag for å konstatere at anken klart ikke kan føre frem. Men lagmannsretten mente at den hadde tilstrekkelig grunnlag i denne saken. Høyesteretts kjæremålsutvalg var delt i synet på lagmannsrettens vurdering her. *Flertallet* – dommerne Webster og Bergsjø – godtok den. De pekte på at det ikke var noen «unntaksfri

regel» at det må være fagkyndige meddommere eller rettsoppnevnte sakkyndige i patentsaker. Flertallet viste til at tingretten hadde vært satt med fagkyndige meddommere, saksbehandlingen der hadde vært grundig og flere sakkyndige vitner hadde avgitt skriftlige erklæringer og forklart seg muntlig for tingretten. På denne bakgrunn uttalte flertallet (avsnitt 35 og 36):

«Partene synes å være enige om faktum og de rettslige utgangspunktene for oppfinneshøydevurderingen. Etter flertallets syn er ikke spørsmålet om oppfinneshøyde i saken her så utpreget teknisk at det ikke vil kunne vurderes forsvarlig uten bistand fra fagkyndige meddommere eller sakkyndige vitner. Lagmannsretten har videre hatt en klar og entydig tingrettsdom å forholde seg til. Den har dessuten hatt tilgang til saksdokumentene fra tingretten og dermed til de skriftlige erklæringene fra de to sakkyndige vitnene. Riktignok har ikke lagmannsretten hatt mulighet til høre og spørre ut vitnene. Slik flertallet ser det, er det imidlertid ikke noe ved saken og dens rettslige spørsmål som gjorde umiddelbar bevisførsel strengt nødvendig ... Flertallet legger også en viss vekt på at spørsmålet om patentets gyldighet ikke reiser prinsipielle spørsmål. I vurderingen har det videre betydning at det ikke synes å være påberopt nye bevis i anken til lagmannsretten, og at det ikke ble bragt inn nye forhold som ikke var vurdert av tingretten. Saken har utvilsomt økonomisk betydning for Neurim, men patentet vil uansett utløpe om relativt kort tid – 12. august 2022.»

Endelig mente flertallet at det at Den europeiske patentmyndigheten (EPO) hadde meddelt patent på den samme oppfinnelsen, og at High Court of Justice i England og Wales hadde opprettholdt et parallelt europeisk patent, ikke gjorde det uforsvarlig å nekte anken fremmet.

Mindretallet – dommer Falch – mente at det ikke var forsvarlig av lagmannsretten å nekte anken fremmet. Mindretallet uttalte at

«løsningens oppfinnerhøyde er skjønnsmessig og vil bero på hvor nærliggende den var for en fagperson, som her må forutsettes å ha innsikt i fagene medisin og/eller farmasi ... Lagmannsretten var ikke tilført slik fagkyndig kompetanse. Riktignok var tingretten det, men den tok ikke stilling til om det var «klart» at KFIRs tildeling av patentet var ugyldig. Dertil kommer at domstolene på dette området skal vise tilbakeholdenhet i sin overprøving av KFIRs vurderinger, se de omtalte Swingball- og Biomar-dommene [Rt-1975-603 og Rt-2008-1555]. Mindretallet mener at dette tilsier at det må foreligge et særlig forsvarlig grunnlag for å kunne nekte fremmet en anke over en dom som kjenner et patent ugyldig. Lagmannsretten peker i denne sammenheng på at det var dissens i KFIR, noe mindretallet mener i seg selv ikke gir grunn til å utvise mindre tilbakeholdenhet enn ellers. Endelig peker mindre-

tallet på at den aktuelle løsningen også er innvilget patent av Den europeiske patentmyndigheten, og da etter langt på veg harmoniserte regler» (avsnitt 40–41).

Oppsummering: Høyesterett legger i saken til grunn at det ikke skal være kurant for lagmannsretten å nekte å fremme anken i en patentsak ved å vise til tvisteloven § 29-13 annet ledd. Men flertallet viser også at dersom lagmannsretten gir en ordentlig begrunnelse for hvorfor den finner det «klart» at anken ikke vil føre frem, og bevisituasjonen for lagmannsretten er den samme som for tingretten, er Høyesteretts prøving av lagmannsrettens beslutning begrenset. Høyesterett vil i mange tilfeller kunne godta beslutningen.

Mange land har ikke den samme grundige, og ressurskrevende, domstolsbehandling av patentsaker som i Norge, der dokumentene gjennomgås og de sakkyndige vitner avhøres i muntlig hovedforhandling for både første og annen rettsinstans. Prosessfullmektigene i patentsaker bør kanskje innstille seg på at en slik behandling i noen saker bare blir mulig for én instans – tingretten.

Harald Irgens-Jensen

VG hadde rett til bildebruk, men mot vederlag – HR-2022-1113-A

VG publiserte 8. februar 2020 den første i en serie reportasjer om advokatfirmaet Rogstad, hvor det ble rettet et kritisk søkelys på firmaets organisering og virksomhet. Den første reportasjen hadde overskriften «Mannen som bygget et advokatkontor fra fengsel». I reportasjene brukte VG portrettbilder av firmaets medarbeidere og bilder fra en sosial sammenkomst som de hentet fra firmaets nettsider, samt et bilde av en person som de hentet fra Facebook. Advokatfirmaet Rogstad gikk til sak mot VG med påstand om at bruken av bildene var ulovlig, og krevde vederlag og/eller erstatning for bruken.

VG fikk medhold i tingretten og lagmannsretten, som mente at bruken av bilder var lovlig i medhold av den alminnelige sitatregelen i åvl § 29. Advokatfirmaet Rogstad anket til Høyesterett. Ankeutvalget begrenset ankebehandlingen til å gjelde spørsmålet om bruken var lovlig eller ikke, og om bruken eventuelt var hjemlet i sitatregelen i åvl § 29, eller regelen om bruk av bilder ved dekning av dagshendinger i åvl § 36 annet ledd. Åvl § 29 er en fribruksbestemmelse, slik at man verken behøver samtykke eller å betale vederlag for bruken. Den relevante delen av åvl § 36, annet ledd, er en tvangslisensbestemmelse, slik at man ikke behøver samtykke, men må betale vederlag for bruken. Høyesterett behandlet ikke spørsmålet om størrelsen på et eventuelt vederlag eller erstatning.

Førstvoterende viser til forarbeidene om å sitere bilder etter sitatregelen i åvl § 29, og skriver i avsnitt 52 «at en vederlagsfri adgang til generelt å gjengi

andres fotografier ved omtale av saker av allmenn interesse ikke er uttrykk for en rimelig balanse mellom rettighetshavernes, brukernes og allmennhetens interesser».

Høyesterett fant at VGs bildebruk falt utenfor § 29 og måtte vurderes etter regelen om dagshendinger i § 36 andre ledd. Men Høyesterett utelukker ikke at man i visse tilfeller kan sitere f.eks. fotografier i medhold av § 29, se dommen avsnitt 54, hvor de sier at adgangen til å sitere fotografier i medhold av § 29 er snever.

Åvl § 36 inneholder en fribruksregel i første ledd og en tvangslisens i annet ledd. Hvis en dagshending er knyttet til verket som sådan, kan verket gjengis uten at det betales vederlag. Et ganske nytt eksempel er *Lena Trydals* to portretter, et av kongefamilien og et av prinsesse Märtha Louise, som var en del av Nasjonalmuseets åpningsutstilling. Det kom en del sterke reaksjoner mot bildene, som det ikke er noen grunn til å gå nærmere inn på. Poenget er at i dette tilfellet var bildene i seg selv en sentral del av dagshendingen, men det var ikke tilfelle for VGs bildebruk i saken mot advokatfirmaet.

Annet ledd sier at et verk kan gjengis i tilknytning til en dagshending, selv om dagshendingen ikke gjelder verket som sådan. Da det i 2014 ble vedtatt å bygge Munchmuseet, kunne Edvard Munchs bilder, som da fortsatt var opphavsrettslig vernet, gjengis i tilknytning til den dagshendingen, selv om dagshendingen var vedtaket om å bygge museet, og ikke var direkte knyttet til det enkelte bildet. Men i slike tilfeller må det betales vederlag for bruken. I den aktuelle saken var en eventuell dagshending altså knyttet til advokatfirmaet, og ikke til bildene i seg selv.

I avsnitt 55 sier Høyesterett at en forutsetning for å kunne publisere bilder i medhold av regelen om dagshendinger «er at det dreier seg om en nyhetssak av en viss allmenn interesse». Høyesterett anser det ikke tvilsomt at det vilkåret er oppfylt.

Et springende punkt i saken var hva som skulle anses som en «dagshending». I det aktuelle tilfellet ble nyhetssaken skapt av VG da de offentliggjorde den første reportasjen. Det var ikke en plutselig hendelse, forårsaket av det man kan kalle ytre forhold.

Også her tar Høyesterett utgangspunkt i forarbeidene, men viser til at loven er basert på EUs opphavsrettsdirektiv (2001/29/EF), og viser til at «current events» i direktivet art 5 nr 3 bokstav c, har en videre betydning enn «dagshending», slik dette er beskrevet i forarbeidene til den norske loven. Høyesterett baserer seg på direktivkonform tolking, og legger til grunn forståelsen i direktivet og EU-domstolens praksis. I avsnitt 60 viser Høyesterett særlig til dommen C-516/17 *Spiegel Online*, hvor det i avsnitt 67 står:

«Next, reporting must relate to a ‘current event’. In that regard, as noted by referring court, it must be held that a current event is an event that, at the time at which it is reported, is of informative interest to the public.»

Om forholdet til ytringsfriheten står det i Høyesteretts dom avsnitt 64: «EU-domstolen fremhever deretter i avsnitt 72 [i *Spiegel Online*] et annet viktig formål bak dagshendingsunntaket, nemlig å ivareta informasjons- og ytringsfriheten. Under henvisning til EUs Charter om grunnleggende rettigheter og dom 1. desember 2012 i sak C-145/10 *Painer*, uttales det at pressens funksjon i et demokratisk samfunn forutsetter at ytringsfriheten ikke begrenses mer enn det som er «strictly necessary», altså helt nødvendig.»

Om vurderingen av den konkrete saken, står det i avsnitt 57: «Hvor grensen for «dagshending» etter dette må trekkes, beror dermed også på hvor sterkt hensynet til informasjons- og ytringsfriheten gjør seg gjeldende. Gjelder saken spørsmål av stor allmenn interesse og betydning, veier ytringsfriheten tungt.»

Videre heter det i avsnitt 71: «Vi er utvilsomt i kjernen av undersøkende journalistikk av stor allmenn interesse. Advokatstanden er tillagt viktige funksjoner i samfunnet. Behovet for at pressen retter et kritisk blikk mot denne maktstrukturen er tilsvarende stort.»

Og i avsnitt 72: «Artiklene er som lagmannsretten legger til grunn, fundert på forsvarlig journalistisk arbeid og et tilfredsstillende fakta- og kildegrunnlag.»

At det er gjort et journalistisk forsvarlig arbeid er noe Den europeiske menneskerettsdomstolen har lagt vekt på i flere saker om ytringsfrihetsbestemmelsen i EMD art 10, se f.eks. EMD-2004-510 *Tønsbergs Blad As and Haukom v. Norway*, avsnitt 101.

Høyesterett legger til grunn at en nyhetssak som er resultat av undersøkende journalistikk, også kan være en dagshending. VGs billedbruk var lovlig i medhold av tvangslisensbestemmelsen i § 36 annet ledd.

Jeg er litt overrasket over at VG ikke anførte implisitt eller stilltiende samtykke til bruken av bildene. Opphaver, eller den som har fått tilstrekkelige rettigheter overdratt til seg, kan samtykke til at andre gjengir f.eks. fotografier offentlig. Det er ingen formkrav for å gi slikt samtykke. Det gis formløst og underforstått. I avsnitt 88 gjengir Høyesterett en uttalelse fra tingrettens dom, som fikk tilslutning fra lagmannsretten: «De er helt typiske eksempler på slike bilder som advokater bruker på egne nettsider for å profilere seg og firmaet.»

Det er ganske vanlig at slike bilder gjøres tilgjengelig for at mediene skal kunne bruke disse ved omtale av personene og virksomheten. Et slikt eventuelt samtykke kan ikke være betinget av at de bare brukes ved positiv omtale. Men dette er et spørsmål som ikke ble drøftet i noen av instansene, slik at dommen dessverre ikke gir noen veiledning her (om implisitt samtykke viser jeg til Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 2.utg., 2019 s. 472–474).

Når Høyesterett har konkludert med at billedbruken var lovlig, gjenstår spørsmålet om hva slags vederlag VG skal betale. Det skal betales et rimelig vederlag for bruken. Det er ikke spørsmål om noen form for erstatning for en uberettiget bruk. For tingretten krevde

advokatfirmaet Rogstad 750 000 kr. Da saken kom til lagmannsretten var kravet økt til ca 1,5 mill. Begge deler er ganske åpenbart langt over det som vil være et rimelig vederlag for gjengivelse av slike bilder. For lagmannsretten anførte advokatfirmaet Rogstad blant annet at «artiklene har medført betydelige problemer både for firmaet og for de ansatte». Det er ingen grunn til å tvile på at en slik omfattende og kritisk gjennomgang som i denne saken, medfører problemer for de som får søkelyset mot seg. Men saken gjelder bruk av i seg selv ganske nøytrale portrettbilder, ikke innholdet i reportasjene. Det er vanskelig å se at bruken av disse bildene har medført noen tilleggsbelastning av betydning.

For egen regning vil jeg føye til at det er uproblematisk at en ressurssterk redaksjon som VG må betale vederlag når de bruker bilder på denne måten. For andre kan det som vil være et rimelig vederlag for VG bety langt mer, uten at jeg vil gå inn i den diskusjonen.

Olav Torvund

KONTRAKTSRETT

Krav om ugyldighet og fristforlengelse ved brudd på byggherreforskriften i en entreprisekontrakt – HR-2022-1120-A

1. Innledning

I en kontrakt om et veiprojekt mellom Statens vegvesen og Veidekke Entreprenør AS, som blant annet omfattet en over ni kilometer lang tunnel, ble flere av de dagmulktbelagte delfristene i kontrakten overskredet. De aktuelle delfristene knyttet seg til ferdigstilling av deler av tunnelen, som da skulle være klare for elektroinstallasjon. Statens vegvesen krevde dagmulkt for overskridelse av delfristene, noe Veidekke Entreprenør AS avviste. Entreprenøren mente blant annet at Statens vegvesen hadde brutt byggherreforskriften ved fastsettingen av byggetiden for de aktuelle arbeidene og at dette måtte medføre at dagmulktkravet var uberettiget.

Saken dreide seg kun om overskridelse av delfristene. Fristen for ferdigstilling av de totale arbeidene – sluttfristen – ble overholdt. Bruken av dagmulkt-sanksjonerte delfrister underveis i et prosjekt har typisk sin bakgrunn i hensynet til utførelsen av etterfølgende arbeider, for eksempel – som her – elektroarbeider i en tunnel.

Veidekke Entreprenør AS tok ut negativt fastsettelssesøksmål med påstand om at oversittelse av de aktuelle delfristene ikke kunne gjøres gjeldende. Statens vegvesen ble frifunnet i både tingretten og lagmannsretten. Lagmannsretten fant imidlertid under tvil at Statens vegvesen hadde brutt byggherreforskriften, men at dette ikke ga grunnlag for å gi Veidekke Entreprenør AS medhold.

Høyesteretts ankeutvalg tillot saken fremmet, men med en del begrensninger. Det fremkom av beslutningen at spørsmålet man i første rekke skulle ta stilling til, var om «et eventuelt brudd på kravet i byggherreforskriften § 5 andre ledd bokstav c om at det skal avsettes tilstrekkelig tid til prosjektering og utførelse av de forskjellige arbeidsoperasjonene, skal tillegges privatrettslig virkning, og hvilken betydning entreprenørens kunnskap om kort byggetid generelt skal ha». Hvorvidt det forelå brudd på byggherreforskriften var således ikke tema for Høyesterett.

2. Høyesteretts avgjørelse

2.1 Resultatet

Høyesteretts flertall på fire dommere kom til at et eventuelt brudd på byggherreforskriften ikke hadde privatrettslige virkninger mellom partene, mens mindretallet kom til motsatt konklusjon.

2.2 Oversikt over de ulike rettslige grunnlagene som behandles av Høyesterett

Veidekke Entreprenør AS anførte ulike grunnlag for sitt krav. Det første var at de dagmulktbelagte fristene måtte settes til side etter Norske Lov 5-1-2. Det andre var at lojalitets- og effektivitetsprinsippet utledet av EØS-avtalen artikkel 3 måtte medføre at brudd på byggherreforskriften måtte gis privatrettslige virkninger i kontraktsforholdet. Atter subsidiært ble det gjort gjeldende at forholdet uansett måtte gi Veidekke Entreprenør AS krav på fristforlengelse etter den anvendte standardkontraktens – NS 8406 – bestemmelser, og til slutt ble det anført at det var urimelig å gjøre avtalen gjeldende etter avtaleloven § 36.

Ingen av grunnlagene førte etter flertallets syn frem, mens mindretallet fant at anvendelse av Norske Lov 5-1-2 medførte at dagmulktkrav ikke kunne gjøres gjeldende.

Innledningsvis er det grunn til å bemerke at de rettslige grunnlagene kan sies å falle i to kategorier. En mulig virkning av å anvende Norske Lov 5-1-2, det EØS-rettslige lojalitets- og effektivitetsprinsippet og avtaleloven § 36 er å sette de dagmulkt-sanksjonerte delfristene til side som sådan. Det ville fremstå som nokså regulære ugyldighetsvirkninger for deler av kontrakten. I hvert fall etter avtaleloven § 36 er en mulig rettsvirkning imidlertid å revidere fristene, og dermed få et resultat som umiddelbart ville fremstå som en fristforlengelse. Hvorvidt dette er mulige rettsvirkninger etter Norske Lov 5-1-2 og det EØS-rettslige lojalitets- og effektivitetsprinsippet er ikke opplagt.

Rettsvirkningen etter kontraktens regler – hvis man først fant at et eventuelt brudd på byggherreforskriften var en «bygherrerisiko» som hadde relevante virkninger – ville være en regulær fristforlengelse. Etter kontraktens regulære system, ville en slik situasjon etter omstendighetene også kunne gi krav på vederlagsjustering, men dette var ikke tema i saken.

Kategoriseringen av rettsgrunnlagene gir grunnlag for noen bemerkninger om rekkefølgen som er valgt ved behandlingen av spørsmålene i Høyesteretts avgjørelse. Den første betraktningen knytter seg til forholdet mellom forståelsen av det konkrete kontraktsgrunnlaget og ugyldighetsgrunnlagene: Det ville være å foretrekke at man behandler kontraktens regulering først. Ugyldighetsspørsmål kommer jo bare på spissen dersom det aktuelle «ugyldighetsgrunnlaget» ikke løses (på tilfredsstillende vis) av kontrakten selv, riktig tolket og utfylt. Dette er imidlertid ingen vesentlig innvending til de enkelte vurderingene slik disse fremstår isolert sett.

Den andre betraktningen knytter seg til forholdet mellom EØS-rettens krav og de anførte rettsgrunnlagene: I dommen vurderes EØS-rettens krav helt isolert fra de andre rettsgrunnlagene, og det er ingen opplagt innfallsvinkel. De nasjonale rettsgrunnlagene vi her står overfor fordrer anvendelse av utpregede vurderingsnormer, hvor eventuelle krav EØS-retten måtte stille kunne tenkes å ha betydning. Å trekke dette inn under de nasjonale rettsgrunnlagene ville også kunne bidra til en bedre operasjonalisering av de krav EØS-retten måtte stille.

I det videre gis det enkelte kommentarer til Høyesteretts vurdering av de ulike rettsgrunnlagene.

2.3 Norske Lov 5-1-2

Ved behandlingen av Norske Lov 5-1-2 tar både flertallet og mindretallet utgangspunkt i at ugyldighet ikke er noen automatisk rettsvirkning av lovstrid, og at spørsmålet må avgjøres etter en tolking av reguleringen som forutsetningsvis er brutt, jf. Rt. 1993 s. 312 (Kierulf) som også Høyesterett tar utgangspunkt i. På kildeni nivå synes det som skiller flertall og mindretall å være hva man mener å kunne utlede av Rt. 1994 s. 1089 (Hjullaster), som dreide seg om betydningen av at en hjullaster manglet godkjenning etter arbeidsmiljøloven. Avtalen ble ikke kjent ugyldig.

For øvrig er det som skiller flertallet og mindretallet den konkrete vurderingen under Norske Lov 5-1-2 om betydningen av eventuell lovstrid, hvor man faller ned på ulike resultater.

Et interessant aspekt ved flertallets innfallsvinkel – som også har satt sine spor i Høyesteretts fremmingstillatelse – er at spørsmålet som stilles får en form hvor man synes å operere med et skarpt skille mellom offentligrettslige og privatrettslige normer. Dette er en innfallsvinkel som synes å forekomme hyppigere i dag enn tidligere. En del av dommene fra de siste årene som berører grenseflaten mellom kontraktsretten og erstatningsretten er i så måte illustrerende. Det er et spørsmål om en slik overgripende innfallsvinkel er helt heldig, da kategoriseringen nødvendigvis blir nokså grov. Det er heller ikke sikkert at kategoriseringen reder grunnen for de nyanserte løsningene som en konkret avveining av de relevante reelle hensynene ville kunne gi.

2.4 EØS-rettens lojalitets- og effektivitetsprinsipp

At vurderingen av EØS-retten løsrives fra vurderingen etter norsk retts alminnelige prinsipper om avtaler i strid med lov, fremstår umiddelbart som overraskende. I henhold til det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet – om at EØS-regler skal gis effektivt gjennomslag – kreves det nettopp at de internrettslige sanksjonsmekanismene kan anvendes på en måte som sikrer EØS-rettens effektive gjennomslag. I dommen er disse to frikoblet, ved at de internrettslige prinsippene for avtalerettslig ugyldighet (med utgangspunkt i Norske Lov 5-1-2) behandles uavhengig av hvilke krav EØS-retten stiller. Poenget er at prinsippene om avtalerettslig ugyldighet etter intern rett må anvendes iht. de krav EØS-retten stiller. Det gir altså lite mening å anvende Norske Lov 5-1-2 uavhengig av de EØS-rettslige føringene. Etter at avtalen er beskåret iht. disse prinsippene vil avtaleloven § 36 kunne hjemle en omlegging av kontraktsvilkårene som sikrer en balansert løsning mellom partene; med mindre hensynet til avskrekking krever noe annet.

Høyesteretts vurdering av de EØS-rettslige prinsippene fremstår da også som en slags kopi av vurderingen etter de internrettslige prinsippene om ugyldighet ved lovstrid, der essensen er at privatrettslig ugyldighet ikke er nødvendig for å sikre en effektiv håndhevelse pga. det offentligrettslige håndhevelsessystemet som finnes.

Med hensyn til Norske Lov 5-1-2 heter det i avsnitt 48: «Oppsummert meiner eg at privatrettsleg ugyldighet ikkje er nødvendig for å sikre effektiv handheving av byggherreforskrifta § 5 andre ledd bokstav c. Stortinget har etablert eit tilsyns- og sanksjonssystem.»

Med hensyn til EØS-retten heter det i avsnitt 57: «Ei privatrettsleg handheving kan nok gjera oppfyltinga av direktivet meir effektiv, men etter mitt syn er kravet om 'effective, proportionate and dissuasive' sanksjonar klart oppfylt også utan eit slikt tillegg.»

Det er vanskelig å se forskjell på de to resonnementene. Verre er det imidlertid at Høyesterett ikke vurderer sin særlige plikt etter EØS-retten til å sikre at privates rettigheter etter avtalen gis tilstrekkelig gjennomslag. Det var som kjent dette som bl.a. begrunnet statens erstatningsansvar i f.eks. Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II). Høyesteretts fokus i saken ligger på om det nasjonale håndhevelsessystemet som sådant er tilstrekkelig til å sikre effektivt gjennomslag for EØS-retten. Dette er også en riktig innfallsvinkel, men der det er tale om regler som gir private rettigheter, vil spørsmålet være om også disse er tilstrekkelig ivaretatt, f.eks. gjennom en erstatnings- eller ugyldighetssanksjon.

Uansett er hoveddelen av Høyesteretts begrunnelse for ikke å innrømme rettsvirkninger etter EØS-retten knyttet til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-2/10 Kolbeinsson. Saksforholdet her dreide seg om direktivet som også har gitt opphav til pliktene etter direktiv 92/57/EØF og byggherreforskriften (direktiv 89/391/EØF). EFTA-domstolen kom i saken til at det

å avkorte erstatning for en arbeidstaker som selv hadde medvirket til skaden var i strid med prinsippet, jf. særlig EFTA-domstolens avgjørelse prem. 60.

Høyesterett synes å akseptere at en arbeidstaker er vernet etter direktivet, men påpeker at arbeidsgiver (som i saken hadde fremsatt kravet), *ikke i seg selv* er vernet etter direktivet, og at en innrømmelse av kravet dermed bare vil gi arbeidstaker et «indirekte vern» (avsnitt 54 i.f.).

Høyesteretts hovedsynspunkt er likevel at offentligrettslig håndhevelse er tilstrekkelig, jf. avsnitt 53: «Ei handheving gjennom eit offentlegrettsleg sanksjonssystem, som i Noreg, må i utgangspunktet vera tilstrekkeleg for å oppfylle krava om 'effective, proportionate and dissuasive' sanksjonar. Men som Kolbeinsson også viser, er dette ikkje alltid nok.» Likevel faller Høyesterett ned på at siden arbeidsgiveren (entreprenøren) ikke anses som vernet av direktivet, vil en innrømmelse av rettsvirkninger bare gi et indirekte vern for arbeidstaker (i tillegg til at den offentligrettslige håndhevelsen anses som tilstrekkelig som sanksjonsmekanisme). Synspunktene fremstår som tynt begrunnet, og er i alle fall ikke i tråd med det EØS-rettslige lojalitetsprinsippet, jf. EØS-avtalen art. 3, som *også påhviler Høyesterett*. Snarere enn lojal etterlevelse, gir dommen inntrykk av at Høyesterett leter etter en vei ut av de EØS-rettslige problemstillingene. I stedet antas det at arbeidstakers rettigheter er tilstrekkelig ivaretatt etter NS 8406 pkt. 13.1 (avsnitt 55).

2.5 Standardkontraktens regulering av krav på fristforlengelse

Det neste rettslige grunnlaget som flertallet behandler, er reguleringen i NS 8406 punkt 19.4 om entreprenørens krav på fristforlengelse. Som allerede nevnt, hadde det kanskje rettslogisk vært å foretrekke om man startet med dette rettsgrunnlaget.

Punkt 19.4 fastsetter uttrykkelig bare en av rettsvirkningene av at en «byggerrisiko» materialiserer seg, og løser ikke det underliggende risikospørsmålet. Det gjør – som førstvoterende påpeker – heller ikke NS 8406 punkt 13.1 uttrykkelig. Den fastsetter etter sin ordlyd partenes plikt til å overholde krav i relevant lovgivning, forskriftsverk og vedtak, men sier ikke noe uttrykkelig om konsekvensene av at kravene ikke overholdes. Høyesterett måtte derfor finne holdepunkter for risikotilordningen annetsteds.

Så vidt forstås finner flertallet slike holdepunkter to steder. Det første holdepunktet er at man her ikke står overfor noe som «inntreffer» etter kontraktsinngåelsen, jf. NS 8406 punkt 19.4. Dette fremstår som en nokså «nærlytende» lesing av reguleringen, da en slik tolking potensielt kunne stenge for ethvert krav på fristforlengelse i situasjoner som riktigest kan betegnes som «uriktige forutsetninger». Det er svært praktisk i entreprisforhold, hvor uventede grunnforhold kanskje er det viktigste eksemplet (som riktignok har en uttrykkelig regulering i NS 8406 punkt 18.1 bokstav

c). Et annet eksempel som kan nevnes fra praksis er Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei), hvor grunnlaget for et krav på ytterligere økonomisk kompensasjon var begrunnet i uriktige opplysninger i byggherrens konkurransegrunnlag om historisk saltforbruk ved salting av veier.

Det andre holdepunktet finner Høyesterett i NS 8406 punkt 17 første ledd, som kort fastsetter at entreprenøren «skal utføre kontraktsarbeidet til de avtalte tidsfrister». I seg selv er dette en nokså selvfølgelig regulering. Reguleringen sier intet uttrykkelig om hvem som har risikoen for hvilke premisser tidsfristene i kontrakten er bygget på, og i dette lyset synes flertallets uttalelser å gå langt. Det er ganske åpenbart at flertallets slutning – slik den fremstår – må underlegges betydelige begrensninger i svært mange tilfeller. Det underliggende poenget ligger i at entreprenørens risiko og ansvar for å overholde de kontraktsfastsatte fristene i entrepriseretten alltid har vært underlagt begrensninger – dvs. i de situasjonene hvor entreprenørens fremdrift påvirkes av mislighold eller andre risikoforhold på byggherrens side. Et slikt forhold kan være opprinnelig uriktige forutsetninger (der byggherren bærer risikoen for disse). Igjen er det klassiske eksemplet i entrepriseretten uriktige antakelser om grunnforholdenes beskaffenhet.

Dette foranlediger noen bemerkninger om en alternativ innfallsvinkel til spørsmålet enn den Høyesterett anlegger. Hadde spørsmålet vært stilt på en litt annen måte, kunne kanskje andre aspekter kommet mer til overflaten.

Byggetiden – eller «byggetidene» i dette tilfellet – som byggherren angir i konkurransegrunnlaget fungerer på den ene siden som en kontraktsplikt for entreprenøren, og på den annen side kan den – etter omstendighetene – også fungere som en del av kalkulasjonsgrunnlaget for entreprenøren. Antakelser om hvilken tid som vil gå med for å gjennomføre arbeidene kan umiddelbart si noe om tidsrommet man må anta at de nødvendige ressursene må være tilgjengelige, og kan også si noe om arbeidenes antatte kompleksitet. Hvor tydelig bilde dette gir, vil selvfølgelig variere, også fordi hvilken tid man kommer til å bruke, er avhengig av hvilke ressurser man benytter. Det er imidlertid ikke slik at man kan sette på uendelig med ressurser med en positiv tidseffekt, og på dette punktet vil også HMS-hensyn gi noen begrensninger. Ivaretagelse av det sistnevnte er sentralt under byggherreforskriften.

Et spørsmål som det ovennevnte foranlediger er om – og eventuelt i hvilken grad – entreprenøren kan påberope for kort byggetid som en svikt i kalkulasjonsgrunnlaget. Dette kunne vært en innfallsvinkel uavhengig av byggherreforskriften og dens EØS-rettslige bakgrunn, men disse rettsgrunnlagene ville formodentlig kunne hatt betydning i en slik vurdering. Hvorvidt en slik synsvinkel kunne føre frem, tar imidlertid Høyesterett ikke stilling til. Det er heller ikke mulig – ut fra de konkrete opplysningene i dommen

– å mene noe om innfallsvinkelen kunne tilført noe i den konkrete saken.

En innfallsvinkel hvor man bare «konstaterer» at fristene var angitt i kontrakten og at man valgte å inngi tilbud, fremstår i lys av ovennevnte som noe forenklet, i hvert fall som en helt generell innfallsvinkel.

2.6 Avtaleloven § 36

Høyesterett vurderer til slutt om avtaleloven § 36 kan gi grunnlag for kravet som er fremsatt. Flertallet peker på at terskelen for inngripen må være høy hvor man står overfor en kontrakt basert på en standardkontrakt inngått mellom profesjonelle parter. Dette er godt i tråd med synspunkter Høyesterett tidligere har gitt uttrykk for.

I den konkrete vurderingen legges det vekt på at man står overfor en kontrakt med en detaljert regulering av betydningen av fremdriftshindringer, og at «[u]gyldighet med verknad alt frå avtaletidspunktet kan det då ikkje bli tale om». Det er noe vanskelig å se sammenhengen her, da man – som tidligere påpekt – står overfor et kontraktsområde hvor såkalt «uriktige forutsetninger» er særlig praktisk. Skruen strammes ytterligere til ved at det gis uttrykk for at det innenfor dette kontraktsregimet «ikkje [er] plass for etterfylgjande omfordeling av risiko og ansvar basert på avtalelova § 36». Særlig interessant i denne sammenhengen er det at flertallet ser ut til å legge selvstendig vekt på at Veidekke Entreprenør AS når tilbudet ble gitt «var ... klar over at det var utfordrande delfristar i tidsplanen». Det er uklart hvilket grunnlag denne slutningen bygger på, og det er også uklart om det har sin bakgrunn i opplysninger som objektivt sett var tilgjengelige for alle tilbyderne eller om det er slutninger Veidekke Entreprenør AS selv skal ha trukket i anbudsfasen.

Dersom det sistnevnte er tilfellet, står uttalelsen i en viss kontrast til tidligere uttalelser fra Høyesterett hvor man har vært nokså avvisende til å legge vekt på hva den enkelte tilbyder har forstått eller burde ha forstått forut for kontraktsinngåelsen, når kontrakten er inngått etter anbudskonkurranse underlagt regelverket for offentlige anskaffelser. I tidligere praksis har spørsmålet særlig kommet opp i forbindelse med tolkingen av kontrakten, og det var vanskelig å se at subjektive elementer skulle ha større plass under avtaleloven § 36 enn ved fastleggelse av innholdet av kontrakten. En interessant observasjon i denne sammenheng er at mindretallet, i sin vurdering av Norske Lov 5-1-2, uttrykkelig avviser betydningen av eventuell faktisk kunnskap (hos noen av partene), med mulig unntak for illojalitetssituasjoner.

3. Noen avsluttende refleksjoner

Gjennom drøftelsen viser Høyesterett en manglende evne til å integrere de EØS-rettslige kravene og prinsippene i det internrettslige systemet. EØS-retten eksisterer ikke uavhengig av den interne retten, og er avhengig av de nasjonale instrumentene – f.eks. prinsippene utviklet på bakgrunn av Norske Lov 5-1-2 for

lovstridige avtaler – for å få det gjennomslaget EØS-avtalen art. 3 krever. Om det etter direktivet er riktig å avskjære et kontraktsrettslig vern for entreprenør (arbeidsgiver), lar vi stå åpent, men det hadde vært interessant om EFTA-domstolen hadde blitt bedt om å uttale seg om spørsmålet.

Det er antakelig fortsatt et åpent spørsmål – entrepriserettslig – om det finnes alternative innfallsvinkler til «byggetidsproblematikken» enn den Høyesterett behandler i dommen, og hvorvidt slike vil kunne føre til andre vurderinger. Det er uansett vanskelig å si at Høyesteretts avgjørelse – slik den er begrunnet – setter et endelig punktum for enhver diskusjon om spørsmålet.

Herman Bruserud og Erling Hjelmeng

Selgerens opplysningsplikt om pedofilidømt mann i nabolaget ved salg av boligeiendom – HR-2022-1322-A

Kjøperne kjøpte en boligeiendom beliggende i en husklynge med tre eiendommer med felles innkjøring. Kjøpesummen var 4,25 millioner kroner. Kjøperne ble like etter kjøpet kjent med at en av naboene i husklyngen fire måneder før kjøpet var dømt til fengsel i ett år og to måneder for seksuallovbrudd mot egne stedøtre og for oppbevaring av overgrepsmateriale. Straffedommen var alminnelig kjent i nabolaget. Også selgerne var kjent med den da salget fant sted. Kjøperne erklærte heving, noe selgerne motsatte seg. Deknings salg et halvt år senere ga salgssum 3,35 millioner kroner. Hovedspørsmålet i saken var om straffedommen mot naboen var omfattet av selgerens opplysningsplikt etter avhendingsloven § 3-7. Høyesterett mente enstemmig at svaret var nei. Det forelå ikke mangel som følge av forsømt opplysningsplikt. Kjøperne ble dømt til å betale selgerne erstatning for differansen mellom første og andre salgssum, og for enkelte andre tapsposter som følge av uberettiget heving. Erstatningsbeløpet utgjorde til sammen 1 157 234 kroner. Det var ikke grunnlag for lemping av erstatningen i medhold av avhendingsloven § 7-2 andre ledd.

Omtalen av dommen i det følgende er til dels kritisk. Det bør derfor straks sies at en sak som denne medfører vanskelige avveininger som det åpenbart kan være ulike oppfatninger om.

Undertegnede savner som leser av dommen en del opplysninger som kunne tenkes å ha betydning for vurderingen av saken. Det er påfallende at følgende forhold verken er kommentert eller nærmere omtalt i dommen:

1. Hadde selgerne av eiendommen små barn, og hadde salget av eiendommen noen sammenheng med straffedommen mot naboen?
2. Hadde kjøperne små barn? (Det fremgår muligens av avsnitt 55 at kjøperne var en familie med barn.)

3. Var eiendomsmegleren kjent med straffedommen mot naboen?
4. Det er opplyst (avsnitt 6) at den andre budgiveren ikke ville stå ved sitt bud da kjøperne ville frigjøre seg fra kjøpet. Hva var grunnen til det?
5. Var kjøperen i dekningsalget, som kjøpte til lavere pris, kjent med straffedommen mot naboen, eventuelt etter diskret informasjon fra selgerne?

Selgernes motiv for salget (punkt 1) og den andre budgiverens motiv for ikke å stå ved sitt bud (punkt 4) kan det være vanskelig å ha noen sikker mening om. Det er likevel påfallende at dette ikke er omtalt, eventuelt med korte bemerkninger. De tre andre punktene gjelder faktiske opplysninger som burde ha fremkommet i dommen. Punkt 5 om dekningsalget kan for øvrig bygges ut med spørsmål om andre forhold som kan ha medført prisdifferanse nedad på ca 25 % mellom to salg med seks måneders mellomrom. Som det fremgår i det følgende, er Høyesteretts dom basert på «overordnede hensyn» som begrenser opplysningsplikten. Det ville være vanskelig å akseptere at opplysninger om sakens individuelle omstendigheter skulle være utelatt i dommen fordi vurderingen og avgjørelsen bør fremstå som prinsipiell og basert på overordnede hensyn, mest mulig uavhengig av sakens individuelle omstendigheter. Noen holdepunkter for at det er slik det henger sammen, er det ikke. Det er for øvrig heller ingen tilløp til interesse for de nevnte spørsmålene i partenes anførsler, slik de er gjengitt i dommen.

Avhl. § 3-7 lyder slik:

«Eigedomen har ein mangel dersom kjøparen ikkje har fått opplysning om omstende ved eigedomen som seljaren kjente eller måtte kjenne til, og som kjøparen hadde grunn til å rekne med å få. Dette gjeld likevel berre dersom ein kan gå ut i frå at det har verka inn på avtala at opplysning ikkje vart gitt.»

Bestemmelsen omfatter uheldige naboforhold (dommens avsnitt 31). Selgeren kan ha opplysningsplikt om negative naboforhold som kan påvirke en kjøpsbeslutning for den eiendommen han eller hun har til salgs.

Forhold som selgeren av hensyn til salget og salgssummen helst ikke vil opplyse om, utgjør kjernen i selgerens opplysningsplikt.

Førstvoterende slår an tonen for sin vurdering i avsnitt 36. Selv om en vanlig kjøpers ønske om opplysning er et naturlig utgangspunkt, vil dette ikke alltid være avgjørende. Etter loven må kjøperen ha «grunn til» å regne med å få opplysningen. Det kan forekomme opplysninger som en kjøper normalt vil ønske å få, men som er av en slik karakter at man ikke kan forvente at de vil bli gitt. Dette er ifølge førstvoterende sentralt i saken her.

Opplysning om at en person er straffedømt, er en sensitiv personopplysning. Førstvoterende går i avsnitt 37–47 gjennom «Generelle begrensninger i adgangen

til å gi opplysninger om begåtte straffbare forhold» (overskrift foran avsnitt 37). Han konkluderer i avsnitt 45 med at det i utgangspunktet ikke er noe forbud mot at en opplysning som selgeren har om straffedømt person, bringes videre til aktuelle kjøper. I avsnitt 46 tar han likevel en liten reservasjon knyttet til EUs personvernforordning GDPR, uten at han finner det nødvendig å gå nærmere inn på dette. Høyesteretts dom er ikke basert på en forutsetning om at det ville være lovstridig av selgeren eller eiendomsmegleren å opplyse om straffedommen mot naboen.

I avsnitt 50 uttaler førstvoterende at plikt til å opplyse om at en nabo er straffedømt, særlig vil kunne tenkes

«dersom en nabo har begått handlinger som har hatt eller kunne ha fått direkte virkninger for den eiendommen som selges, eller for personer med tilknytning til denne. Dersom det ikke foreligger slike tidligere handlinger, må det kreves konkrete holdepunkter for at det er reell risiko for slike handlinger i fremtiden».

Dette følges opp i avsnitt 51–52, hvor førstvoterende slutter seg til uttalelser fra lagmannsrettens flertall om at opplysningens påvirkning på den eiendommens som selges, må være konkret, faktisk og reell. En rent subjektiv følelse av frykt eller ubehag er ikke tilstrekkelig. I avsnitt 55 heter det at lagmannsretten ikke har «bygd på noen uriktig rettsanvendelse [?] når den er kommet til at naboen ikke utgjør noen reell fare for personer på naboeiendommen, heller ikke for en familie med barn». Det vises til at de handlingene han ble dømt for, «utelukkende er begått i hans eget hjem, mot stebarn og ved nedlastning av ulovlig materiale». Det er vanskelig å være uenig i vurderingen av den risikoen domfelte utgjorde for naboer.

Senere, i avsnitt 56, heter det at det er fullt forståelig at kjøperne reagerte negativt da de ble kjent med opplysningen, og at mange aktuelle kjøpere ville ønske å få slik opplysning. Det uttales videre at opplysning om forholdet ville kunne få betydning for villigheten til å by på eiendommen. Overordnede hensyn gjør likevel at dette ikke kan være avgjørende for opplysningsplikten.

Det er en tydelig spenning mellom avsnitt 50–52 og 55, hvor det kreves «konkrete holdepunkter» for «reell risiko» for nye handlinger som direkte kan berøre personer med tilknytning til den eiendommen som skal selges, og avsnitt 56, hvor førstvoterende anerkjenner ønsket om opplysning både hos de faktiske kjøperne og mange andre aktuelle kjøpere, og hvor det også heter at opplysning ville kunne få betydning for budgivningen. Det er nettopp dette som er problematisk ved dommen. Høyesterett anerkjenner klart at kjøperne reagerte da de fikk kjennskap til forholdet. Videre mener retten at mange ville ha reagert på samme måten, og at opplysning om straffedommen ville kunne ha betydning for budgivningen. Retten finner likevel

ikke at kjøperne hadde krav på opplysningen. Begrunnelsen for dette synes å være lovens vilkår om at «kjøperen hadde grunn til å rekne med å få» opplysningen. Dette vilkåret var ikke oppfylt, delvis fordi selgere i sin alminnelighet ikke kjenner til straffedommer mot personer i nabolaget slik at opplysning ikke kan påregnes av kjøpere (avsnitt 48–49), delvis fordi det i saken dreide seg om personopplysning av sensitiv karakter. Relevansen av at selgere flest ikke kjenner til straffedommer i nabolaget, er ikke opplagt, når selgerne i saken hadde full kunnskap. Det gjelder selv om det ikke skulle være holdepunkter for at det var nettopp denne kunnskapen som motiverte salget, se ovenfor. Det er heller ikke uten videre gitt at personvern hensyn skal overstyre kjøpernes behov for opplysning om forhold av betydning for en kjøpsbeslutning, så lenge det forutsettes at opplysningen lovlig kunne gis, og det finnes flere muligheter for diskret informasjon til aktuelle kjøpere.

I rettens forutsetning om at opplysning ville kunne ha betydning for budgivningen, ligger det en antakelse om at opplysningen tillegges betydning i markedet, uavhengig av reell fare for naboer. Når opplysning ikke gis, og kjøperen likevel ikke kan påberope mangel, overføres den negative markedsvirkningen fra en selger med kunnskap til en kjøper uten kunnskap. Kjøperne har uforskyldt havnet i kjøpsituasjonen. De hadde ingen mulighet til å gå etter en opplysning som dette før kjøpet. I et slikt perspektiv kan det virke selvmotigende at opplysningsplikten knyttes til en forutsetning om reell risiko for nye overgrep rettet mot personer i nabolaget.

Salgsprospektet inneholdt en «nabolagsprofil», hvor det het at området var anbefalt for familier med barn. Dette var ifølge Høyesterett ikke en opplysning som var tilstrekkelig konkret til å rammes av § 3-8 om mangel som følge av uriktig opplysning. Det forelå ikke mangel etter denne bestemmelsen. Det fremgår, som tidligere nevnt, ikke av dommen om eiendomsmeglere var kjent med straffedommen mot naboen. Var han det, kan det hevdes at anbefalingen av området for familier med barn burde ha vært tatt ut av salgsprospektet. Noen selvstendig rettslig betydning for forholdet mellom kjøperne og selgerne har det likevel neppe at anbefalingen ikke ble tatt ut.

Erstatning for prisdifferanse ved deknings salg og annet tap er en nærmest automatisk følge av uberettiget heving fra kjøperens side, jf. avhl. §§ 5-4 og 7-1. Kjøperne krevde, under henvisning til den høye prisdifferansen og kjøpernes økonomi, lemping av erstatningsbeløpet etter § 7-2 andre ledd. Bestemmelsen legger opp til et skjønn, med utgangspunkt i om erstatningen «vil verke urimeleg for den ansvarlege parten ut frå omfanget av tapet samanlikna med tap som til vanleg oppstår i liknande tilfelle», og der «tilhøva elles» kan trekkes inn i vurderingen. Førstvoterende er kort i sin behandling av lempingskravet. «Selv om erstatningsbeløpet er høyt sett i forhold til kjøpernes

økonomi, er det ikke høyere enn det tapet som ofte vil kunne oppstå ved en uberettiget heving av et boligkjøp fra kjøpers side» (avsnitt 64). Denne begrunnelsen ligger innenfor kjøpernes anførsler om lemping, slik disse er gjengitt i dommen (avsnitt 17). Sakens spesielle karakter kunne kanskje likevel invitere til en bredere vurdering av lempingsspørsmålet.

Dommens rekkevidde og betydning i andre saker er usikker. Høyesterett forutsetter at opplysning om straffedommen lovlig kunne gis, og at opplysning kunne være relevant for budgivning og dermed for kjøpsbeslutning. Kjøperne hadde likevel ikke grunn til å regne med å få opplysningen. Begrunnelsen for dette er, som nevnt, todelt. Både den delen av begrunnelsen som går på at en opplysning som dette sjelden vil være kjent for selgere, og den delen som viser til at det dreier seg om en personopplysning av sensitiv karakter, bidrar til å begrense betydningen av dommen for senere saker. De to elementene i begrunnelsen vil sjelden være tilstrekkelige hver for seg til å begrunne begrensning av selgerens opplysningsplikt om omstendigheter som ellers er relevante for en kjøpsbeslutning.

Trygve Bergsåker

SELSKAPSRETT

Enestyre / daglig leder og morselskaps ansvar for dekning av datterselskaps sakskostnader – HR-22-1148-A

Saken gjelder spørsmålet om morselskap og en person som var daglig leder og enestyre i både morselskap og datterselskap, kunne holdes ansvarlig for datterselskaps idømte sakskostnader. Dette reiser både sivilprosessuelle og selskapsrettslige problemstillinger.

A var aksjeeier i Nettforsk AS, et selskap som var innehaver av patent på en metode for bekjempelse av lakselus utviklet av A. Patentet ble overført til et nyopprettet heleid datterselskap, Sea Lice Research Norway AS (Sea Lice) i mars 2014. Nettforsk hadde også andre datterselskaper, herunder EcoLice AS, som etter avtale skulle følge opp inngrep i patentrettigheter. Rett forut for opprettelsen av Sea Lice og overføringen av patentet til dette selskapet, hadde EcoLice sendt søksmålsvarsel om inngreps søksmål til en kunde. Samme høst ble varselet fulgt opp med stevning, og det ble også tatt ut inngreps søksmål overfor ytterligere en kunde. Disse to kundene gikk til gyldighetssøksmål mot Sea Lice i oktober 2014, og inngreps sakene og gyldighetssakene ble forent til felles behandling (heretter «patentsaken»). Ved dom i Oslo tingrett i juni 2015 ble patentet kjent ugyldig, og Sea Lice og EcoLice ble dømt til å betale kundenes sakskostnader. Sea Lice og EcoLice anket, men ankene ble forkastet av lagmannsretten i oktober 2016. Anke til Høyesterett ble nektet fremmet.

Samlet sett ble Sea Lice og EcoLice dømt til å betale ca 6 millioner kroner i sakskostnader i tre instanser,

i solidaransvar. Sakskostnadene ble ikke betalt, og det ble åpnet konkurs i begge selskapene uten at de to tidligere kundene fikk dekket sine krav. De gikk deretter til søksmål mot Nettforsk som eneaksjeeier i EcoLice og Sea Lice samt A som var daglig leder og enestyre i alle selskapene, med krav om erstatning for sakskostnadene som ikke ble betalt. Nettforsk og A ble frifunnet i tingretten, men ble dømt til å betale deler av kravet i lagmannsretten.

Førstvoterende i Høyesterett tar utgangspunkt i at det er parten i en retts sak som har ansvaret for idømte sakskostnader, jf tvisteloven § 20-7 første ledd, men at bestemmelsen åpner for at også tredjepart kan bli ansvarlig. Det vises til at det i sivilprosessuell litteratur er oppstilt en ulovfestet regel basert på rettspraksis, om at den som tar ut søksmål på vegne av en sammenslutning i visse tilfeller kan holdes ansvarlig for idømte sakskostnader. Det stilles opp som vilkår at det fremstår som urimelig å gå til sak ut fra sannsynligheten for å nå frem og sammenslutningens mulighet til å dekke idømte kostnader, og at den aktuelle tredjepersonen var klar over dette.

I avsnitt 52 og 53 i dommen kommer førstvoterende med tre viktige rettsavklaringer. For det første presiseres det i avsnitt 52 at når «kravet om erstatning for sakskostnader rettes mot en beslutningstaker i et aksjeselskap, kan disse generelle utgangspunktene forankres i selskapsrettslige regler». Det fremstår som selvsagt, men det fremgår ikke av underrettspraksis. Deretter uttaler førstvoterende at ansvar både kan forankres i den alminnelige erstatningsregelen i aksjeloven § 17-1 og i den ulovfestede læren om ansvarsgjennombrudd. Dette er en prinsipielt viktig uttalelse, for Høyesterett har tidligere ikke bekreftet at det gjelder en slik ulovfestet lære om ansvarsgjennombrudd. I Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) tas det ikke stilling til om læren finnes, men det sies likevel noe om hvilke vilkår som eventuelt må være oppfylt. Heller ikke i ettertid har Høyesterett sagt like klart som her at læren finnes.

Den tredje avklaringen i avsnitt 53 er at vilkårene som må gjelde for ansvar for sakskostnader i utgangspunktet synes å være de samme på begge grunnlag. Det er interessant, fordi grunnlagene har svært ulik karakter. Erstatningsansvar etter aksjeloven § 17-1 forutsetter at den aktuelle personen har begått et pliktbrudd, og i den anledning utvist uaktsomhet. Ansvarsgjennombrudd forutsetter ifølge Kongeparkendommen at det er utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen og at det har skjedd en sammenblanding mellom selskapene som innebærer at det formelle selskapsforholdet ikke fortjener vern. Det er åpenbart at de to grunnlagene langt på vei har samme nedslagsfelt, fordi det er pliktbrudd fra ansvarssubjektene i aksjeloven § 17-1 som normalt vil lede til at vilkårene for ansvarsgjennombrudd er oppfylt. Det er eksempelvis på det rene at det er sentralt etter begge regelsett om det foreligger brudd på kravet til forsvarlig egenkapital i aksjeloven § 3-4. I begge tilfeller skal

det også foretas en helhetsvurdering. Det kan imidlertid etter mitt skjønn på generelt grunnlag ikke utelukkes at det er forhold som bare dekkes av det ene regelsett.

Når det gjelder hvilke vilkår som gjelder for å holde aksjeeier, daglige leder og styremedlemmer ansvarlig for selskapets idømte sakskostnader, tar Høyesterett utgangspunkt i den nevnte sivilprosessuelle fremstillingen, og de to vilkårene om dårlig sak og manglende midler til å dekke idømte sakskostnader. Førstvoterende presiserer i den anledning at det ikke kan utledes en plikt til å sørge for at et selskap som går til søksmål kan dekke sakskostnader av aksjeloven § 3-4. Det trekkes deretter inn et tredje forhold som kan være relevant, nemlig om det er foretatt disposisjoner forut for saksanlegget «som isolerer beslutningstakeren eller et annet selskap i et konsern» fra et mulig sakskostnadsansvar. Dette var situasjonen i en sak som ble avgjort av Högsta Domstolen i 2014 (T2133-14). To privatpersoner hadde opprettet et såkalt Prosessbolag, altså et selskap med eneste formål å gjennomføre en retts sak, ved å fremme et krav selskapet hadde ervervet. Högsta Domstolen la til grunn at selskapet hadde vært et middel for å drive rettsprosessen med begrenset ansvar for de to aksjeeierne, og de ble holdt ansvarlige for idømte sakskostnader etter ulovfestede prinsipper. Argumentasjonen har klare fellestrekk med Høyesteretts argumentasjon i Kongeparkendommen, om at selskapsforholdet ikke fortjener vern.

Høyesterett konkluderte med at A som daglig leder og enestyre i Sea Lice ikke kunne holdes erstatningsansvarlig etter aksjeloven § 17-1 alene fordi patentsaken var dårlig og økonomien i selskapet var svak. Tvert imot ble det vist til at det ikke var urimelig å reise patentsaken og at kapitalkravet i aksjeloven § 3-4 hadde vært oppfylt. Høyesterett konstaterte også at det i utgangspunktet kunne være hensiktsmessig å opprette en konsernstruktur som det var gjort i dette tilfellet. Problemet synes å være timingen; patentet ble overført på et tidspunkt hvor inngrepsaken var varslet og A måtte da regne med gyldighetssøksmålet. Han utsatte dermed motparten i patentsaken «for en åpenbar tapsrisiko som motparten ellers ikke ville ha hatt». På det grunnlag ble A holdt erstatningsansvarlig. Siden overføringen av patentet skjedde ved generalforsamlingsvedtak i Nettforsk, ble også dette selskapet som aksjeeier holdt erstatningsansvarlig. Det var klar årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og tapet, og det var ikke grunnlag for reduksjon av ansvar som følge av medvirkning. Siden erstatningsvilkårene var oppfylt, var det ikke nødvendig å vurdere om det var grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Ingen av partene ble imidlertid holdt ansvarlig for EcoLice sine idømte sakskostnader.

Noen refleksjoner: Det er for det første ikke overraskende at Høyesterett i en sak hvor det er aktuelt med både ansvar etter aksjeloven § 17-1 og læren om ansvarsgjennombrudd, baserer resultatet på

erstatningsbestemmelsen. Det er langt mer nærliggende å bruke en klar lovhjemmel enn en ulovfestet lære som bryter med den grunnleggende selskapsrettslige regelen om ansvarsbegrensning i aksjeloven § 1-2. Det samme skjedde i HR-2016-1440-A (Håheller). For det annet ser vi igjen at Høyesterett reagerer mot det som oppfattes som misbruk av aksjeselskapsformen, ved at tredjeparter bevisst utsettes for økt risiko ved sjonglering med selskaper. Dette skjedde også i Håhellerdommen og i HR-2020-1947-A (Akademiet). Det er ikke dette som er formålet med ansvarsbegrensningen.

For det tredje tror jeg ikke det var tilfeldig at det var i en sak som gjaldt spørsmål om sakskostnader for morselskap hvor Høyesterett fant grunn til å klargjøre at vi har en lære om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. En gjennomskjæring av aksjeselskapsformen må nødvendigvis være begrunnet med hensyn som veier tyngre enn hensynet som bærer ansvarsbegrensningen, aksjeeiernes forutberegnelighet. At en kreditor ikke får dekning vil alltid føles urimelig, og det er ikke tilstrekkelig til å begrunne gjennomskjæring. Bakgrunnen for at spørsmålet kommer på spissen i saker om sakskostnadsansvar, kan være at rettssikkerhets-hensyn innebærer at borgerne skal ha «access to court» jf EMK artikkel 6, altså adgang til å prøve sine saker for domstolene og anke over resultatet i første instans. Denne grunnleggende regelen skaper en vedvarende risiko for tap for dem som blir trukket inn for domstolene, og ikke får dekket tilkjente sakskostnader. Det der denne risikoen, skapt av grunnleggende retts-sikkerhetshensyn, som taler for at ansvarsbegrensningen i aksjeloven § 1-2 må settes til side i særlige tilfeller. Høyesterett har nå klarlagt at det kan være både når utsiktene til å nå frem med søksmålet eller anken og muligheten til å betale idømte sakskostnader er begrenset, og aksjeeier kjente til dette. I tillegg er det relevant om aksjeeier bevisst økte risikoen før saksanlegget ved selskapsrettslige krumspring, som ikke fortjener vern. Dette siste har Høyesterett som nevnt slått ned på ved flere anledninger, og det kan være relevant også ved spørsmål om ansvarsgjennombrudd på andre rettsområder.

Margrethe Buskerud Christoffersen

TINGSRETT

Rett til å la hus på fremmed grunn bli stående mot vederlag – HR-2022-1119-A

HR-2022-1119-A Trollvassbu handler om en turistfor- eningshytte som det viste seg var bygd på fremmed grunn. Turlaget som eide hytta og drev virksomheten, ble frifunnet for grunneierens krav om fjerning, men turlaget måtte betale ham en vederlagserstatning på hundre tusen kroner. Spørsmål om vederlaget var ikke tillatt bragt inn for Høyesterett.

Partene påberopte seg lov om hendelege egedoms-

høve (hendl.) § 8 og grannelova § 11. Etter hendl. § 8 skal huset tilfalle grunneieren i slike tilfeller, mens etter grannel. § 11 skal hus som er *delvis* på fremmed grunn i utgangspunktet fjernes (her var huset bygd helt på fremmed grunn), men det kan også bli stående mot vederlag etter en interesseavveining. Begge bestemmelsene kan fravikes i særlige rettsforhold (begge lovenes § 1), og Høyesterett påberoper seg en teoriuttalelse om at domstolene har et vidt skjønnsrom ved fastleggingen av hvilken regel som får anvendelse. Høyesterett summerer opp rettskildesituasjonen slik:

«Naboloven § 11 får ikke direkte anvendelse. Forarbeidene til både den loven og til lov om hendelege egedomshøve holder det åpent om § 11 kan anvendes tilsvarende – analogisk – utenfor sitt virkeområde. Lov om hendelege egedomshøve § 8 kommer derimot direkte til anvendelse. Men den regelen skal det på den andre siden ikke mye til for å fravike» (avsnitt 44).

Etter en konkret avveining kom Høyesterett til at turlagets (og vel allmennhetens) interesser i å la huset bli stående klart oversteg ulempene for grunneieren, på tross av grunneierens sterke stilling i norsk rett. Grannelova § 11 ble anvendt også på hus helt på fremmed grunn og utenfor naboforhold.

Dette innebar at man valgte å la turisthytta bli stående mot at grunneieren fikk et vederlag etter prinsippet i grannel. §§ 11 og 10. Etter vårt syn har her Høyesterett utøvet et godt skjønn, som synes vel reflektert i rettsøkonomiske retningslinjer i tillegg til lovforarbeider og juridisk teori. Ved å legge vekt på at huseierens interesser i å la huset stå er større enn grunneierens interesse i å fjerne det på tidspunktet for konfliktløsning, spares ressurser.

Selv om utgangspunktet for vurderingene etter grannel. §§ 10 og 11 er forholdene på tidspunktet for konfliktløsning, kan det ikke utelukkes at det kan spille en rolle hvordan konflikten har oppstått (HR-2011-369-A Naturbetong). Men i Trollvassbu-saken var rettsforholdene til grunnen meget uklare på tidspunktet for etableringen av hytta og virksomheten. Staten som bortfester tok derfor uttrykkelig forbehold i festeavtalen om sin eiendomsrett (avsnitt 4 i dommen). Turlaget synes således ikke å ha opptrådt uaktsomt eller å ha tatt en sjanse, og forholdene på avtaletiden ble med rette ikke tillagt vekt.

Vi finner kombinasjonen av slike kost-nytte-avveininger i forkant og i etterkant svært interessant. Den er godt forankret i norsk tingsrett og løser konflikter på en god måte. Prinsippene må gjerne gis utvidet anvendelse. For eksempel om reindriften krever vindturbinene på Fosen fjernet etter Høyesteretts avgjørelse i HR-2021-1975-S, kan kanskje utbyggeren slippe unna med å bare betale vederlag, avhengig av hvordan atferden i forkant vurderes.

Ved siden av hendl. § 8 og grannel. § 11 finnes det også en tredje lære i norsk rett om hvordan rettsfor-

holdene skal ordnes når hus er bygget på fremmed grunn. Noen saker er blitt løst på stikk motsatt måte av dommen som omtales her, ved at huseieren på fremmed grunn både får retten til å ha huset stående og vinner eiendomsrett til grunnen – uten vederlag til grunneieren overhodet (Rt-1992-352 Sigdal om «ulovfestet ekstinksjon»). Når Høyesterett nå har slått fast at grannelovas løsning gjelder også utenfor naboforhold, må resultatet bli at grunneieren ikke mister sin rett i disse tilfellene, men at huset etter omstendighetene kan bli stående og brukes mot vederlag. Dette er godt i samsvar med grunneierens sterke stilling i norsk rett, som ble fremhevet i dommen, og med vernet av eiendomsretten i EMK P 1-1.

Endre Stavang og Erik Røsæg

Høyesterett med viktige avklaringer om eiendomsrettens utstrekning oppover – men etterlater spørsmål om konkrete ulemper og om overflyging – HR-2022-993-A

Sakens bakgrunn

Den nye gondolbanen i Voss åpnet i 2019 med seks kabelstrekking som krysser luftrommet over flere bolig-eiendommer. Banen er i drift hele året, inntil 13 timer i døgnet. Den vertikale avstanden mellom eiendommene og gondolvognene varierer fra drøyt 10 til 60 meter. Vognene gir innsyn til grunneierens boliger og tomter og virker inn på utsikten fra eiendommene, samtidig som banen medfører støy, nedfall av rust og is fra kablene og ulemper i form av skygger og bevegelser.

Voss herad fattet vedtak om ekspropriasjon av nødvendig grunn og rettigheter i 2017 i medhold av plan- og bygningsloven § 16-2. Fylkesmannen i Hordaland stadfestet vedtaket. Bergen tingrett avhjemlet skjønn etter begjæring fra driftsselskapet Voss Gondol AS og kom til at grunneierne hadde rett til erstatning, selv om de bare hadde avstått *luftrom*. Voss herad og Voss Gondol AS begjærte overskjønn, i likhet med flere av grunneierne. Gulating lagmannsrett fastholdt tingrettens konklusjon. Voss herad og Voss Gondol AS anket til Høyesterett, blant annet over lovanvendelsen. Anken ble tillatt fremmet for så vidt gjaldt spørsmålet om eiendomsrettens utstrekning oppover. For Høyesterett var problemstillingen formelt om grunneierne hadde partsstatus i skjønnsaken, noe som forutsatte at grunneierne har ekspropriasjonsrettslig vern som følge av at gondolbanen krenker deres eiendomsrett.

De ankende parter påsto skjønnet avvist. De anførte at grensen for eiendomsretten i luftrommet må trekkes på bakgrunn av grunneierens *utnyttelse* av eiendommen. Grunneierens avvergingsrett over egen grunn måtte derfor behandles som et naborettslig spørsmål. Under forhandlingene la disse parter betydelig vekt på luftfartens faktiske og rettslige stilling og gjorde

gjeldende at luftfart er uforenlig med en avvergingsrett som den lagmannsretten kom til.

Grunneierne påsto anken forkastet og anførte i tråd med overskjønnet at eiendomsretten rekker så langt eieren har et saklig eller reelt behov for å iverksette egne tiltak eller hindre andre i å gjøre tiltak. Eiendomsretten ble samtidig anført å være mer omfattende enn lagmannsretten hadde lagt til grunn, i det avvergingsretten angivelig ikke krever nærmere begrunnelse og ikke forutsetter at et tiltak utgjør et kvalifisert eiendomsinngrep. Subsidiært anførte grunneierne at det er tilstrekkelig at en aktivitet innebærer en ulempe.

Rettslige utgangspunkter

Verken eiendomsrettens generelle utstrekning eller innhold er lovregulert. Førstvoterende viser imidlertid til at Høyesterett i Rt. 2011 s. 780 *Jæren Energi* (avsnitt 59–60) med referanse til juridisk teori har bekreftet at eiendomsretten har en positiv og negativ side. Dette kan forstås som en disposisjons- eller utnyttelsesrett, respektive en nektelses- eller avvergingsrett. I *Jæren Energi* fastslås også at eiendomsrett til grunnen omfatter en rett til å utnytte luften over egen grunn, selv om luftmassen er eierløs.

Førstvoterende redegjør for eldre lovregulering av tiltak i luftrommet og uttaler at lovene tolket i lys av forarbeidene viser at lovgiveren har bygget på en forutsetning om at eiendomsretten minst rekker til de høydene som taubaner, kraftlinjer og telefonledninger normalt befinner seg i. Hun viser imidlertid til at det er «tatt forbehold om at visse inngrep ikke vil være et utilbørlig inngrep i eiendomsretten, eksempelvis som følge av type eiendom som ville bli berørt, og om at eieren ikke nødvendigvis vil bli påført et tap ved tiltaket» (avsnitt 36).

Førstvoterende drøfter så de ankende parters anførsel om at *luftfart* forutsetter at eiendomsretten oppover er begrenset. Hun understreker at det «aldri [har] vært tvil om at grunneier normalt ikke kan motsette seg overflyging» (avsnitt 37) og viser til juridisk teori som bygger på at overflyvninger kan skje uten grunneiers tillatelse om de ikke skjer «svært lavt», så lenge de er «rimelige» eller så lenge flygehøyden ikke medfører «begrensninger i mulighetene for å utnytte eiendommen». Samtidig gjengir hun at Endre Stavang og Geir Stenseth i *Fast eiendoms tingsrett*, 2016, side 72, uttaler at utgangspunktet om en overflygingsrett «vil kunne stille seg annerledes ved eksempelvis bruk av droner, som kan fly i lav høyde». Etter førstvoterendes syn, viser luftfartens stilling bare at «eiendomsrettens utstrekning oppover har visse begrensninger» (avsnitt 38).

Sivillovbokutvalgets forslag til regulering av eiendomsrettens utstrekning i luftrommet i NOU 1988: 16 blir også analysert. Selv om forslaget ikke ble fulgt opp med lovvedtak, legger Høyesterett til grunn at utredningens framstilling av gjeldende rett kan belyse rettstilstanden. Framstillingen har også bred støtte

i juridisk teori. Etter forslaget eide grunneieren «så langt opp i luftrommet som han har interesse av å gjera eigedomsrett gjeldande» (NOU 1988: 16 s. 94). Det skulle i tillegg «ikke skje noen interesseavveining mellom grunneieren og andre som hadde interesse av luftrommet» (avsnitt 40). Grunneiere kan imidlertid ikke nødvendigvis påberope en reell interesse mot kortvarig og sporadisk bruk av luftrommet, eksempelvis ved overflyging over en viss høyde. Derimot vil ledninger som er festet til grunnen krenke eiendomsretten dersom de går over fremmed grunn.

Underrettspraksis underbygger at spørsmålet er om grunneieren har en *reell interesse* i å nekte tiltak eller aktivitet. Det samme følger av juridisk teori, herunder Nikolaus Gjelsvik i *Norsk Tingsret*, 1919, side 36, som «med støtte i tysk rett» legger til grunn at «det er eierens reelle interesse som har krav på respekt» (avsnitt 48). Med hensyn til rettskildebriken, forklarer førstvoterende den detaljerte gjennomgangen av underrettspraksis med at den har vært «retningsgivende over lang tid» (avsnitt 47). Likeledes tillegges juridisk teori noe større vekt enn ellers, fordi det har vært et samspill mellom teori og underrettspraksis gjennom mer enn hundre år (avsnitt 49). Oppfatningene i teorien er så samstemt at de må ansees akseptert som gjeldende rett.

Reelle hensyn tilsier etter førstvoterendes syn at det må tas utgangspunkt i eiendomsrettens formål og i «eierens reelle interesse av å kontrollere området i rommet over egen grunn» (avsnitt 53). Høyesterett fastslår at avvergingsretten går «betydelig lenger enn hva en nabo vil kunne motsette seg etter naboloven». Verken nabolovsregler eller offentlig regulering er tilstrekkelige alternativer til det vernet eiendomsretten gir i en sak som denne.

Høyesteretts konklusjon

Med hensyn til eiendomsrettens negative side, konkluderer Høyesterett med at den rekke «så langt som grunneieren etter en objektiv vurdering har en berettiget og saklig interesse i å nekte aktivitet eller tiltak over egen grunn» (avsnitt 56). Uten ekspropriasjon eller avtale med grunneieren, kan det ikke plasseres «permanente innretninger» i dette volumet.

Førstvoterende beskriver rettstilstanden nærmere slik (avsnitt 57):

«Grunneieren kan [...] normalt motsette seg føring av ledninger, taubaner mv. opp til vanlig høyde for slike innretninger. Samtidig er det ikke tvilsomt at eiendomsretten oppover har begrensninger. Det er dermed ikke gitt at en taubane som anlegges fra fjelltopp til fjelltopp, over en dyp dal, vil krenke eiendomsretten. Videre kan overflygning som den klare hovedregel skje uten samtykke fra eierne av eiendommene under.»

I den konkrete vurderingen, slutter Høyesterett seg til lagmannsrettens konklusjon om at gondolbanen utgjorde et *kvalifisert* eiendomsinngrep – ikke bare en

ulempe (avsnitt 59–60). Konstruksjonen er «varig og permanent», den har et «stort fysisk omfang», og gondolene passerer i lav høyde over hustakene, på det hyppigste hvert 42. sekund. Også der banen krysser et ubebyggt areal er eiendomsretten krenket. Førstvoterende legger dessuten vekt på at eiendommene har fått redusert verdi, og at ulemper med nedfall fra kablene har vedvart.

Kommentar

Grunneierne fikk medhold i at gondolbanen krenket deres eiendomsrett i énstemmige avgjørelser i tre rettsinstanser. Domstolenes rettskildebriker er konsistent, noe som indikerer at resultatet er ukontroversielt. Eiendomsrettens formål underbygger med styrke løsningen av tvisten. Hadde de ankende parter vunnet fram med at interesselæren bare gjelder i utnyttelsestilfellene, ville det utgjort et klart inngrep i eiendomsretten uten parallell vedrørende eiendommers horisontale utstrekning. Eiendommens verdi var dessuten redusert, og det er tvilsomt om grunneierne ville vunnet fram med krav om erstatning etter nabolovsregler. I et ordinært sivil søksmål med nabolovsregler, ville for øvrig grunneierne ikke hatt fordelen av at *saksøkeren* dekker «nødvendige utgifter i anledning av skjønnsaken», jf. skjønnsprosessloven § 54 første ledd.

Det er dessuten fare for at en løsning hvor grunneierne ikke hadde fått erstatning ville ha vært i strid med EMK protokoll 1 artikkel 1 om enhvers rett til «the peaceful enjoyment of his possessions». I saker om hvorvidt overflyvninger med luftfartøy krenker grunneieres eiendomsrett, har Den europeiske menneskerettsdomstolen lagt vekt på om «house prices in general or the value of their properties in particular have been adversely affected», se *Ashworth and others v. The United Kingdom*, nr. 39561/98, 2004, side 14. Respekt for grunnleggende menneskerettigheter og hensynet til å etterleve folkerettslige forpliktelser underbygger med andre ord domsresultatet.

Resultatet ivaretar også hensynet til konkret rimelighet: At tilfeldige grunneiere skal lide tap eller måtte akseptere klare ulemper, mens Voss Gondol AS kostnadsfritt skal høste fordelene, framstår lite rimelig, ikke minst når man tar i betraktning at gondoloperatøren kan pulverisere kostnadene på inntil 1000 passasjerer per time.

Selv om det er lett å slutte seg til Høyesteretts konklusjon, etterlater dommen flere åpne spørsmål. Eksempelvis siteres Sivillovbokutvalget på at det ikke skal foretas en interesseavveining mellom grunneieren og andre som har interesse av luftrommet. Samtidig er det vel nettopp en interesseavveining som ligger til grunn for at det å nekte aktivitet eller tiltak over egen grunn både etter Høyesteretts og lagmannsrettens ordbruk betinger en «berettiget og saklig interesse». Inntrykket av en underliggende interesseavveining forsterkes av at Høyesterett i tillegg krever at vurderingen skal være «objektiv». Interesselæren som formulert i de tyske og

sveitsiske sivillovbøkene (BGB § 905 og ZGB § 667) – og som utvilsomt har påvirket norsk juridisk teori og praksis – inneholder ikke liknende uttrykkelige vilkår. Et blikk på sveitsisk høyesterettspraksis vedrørende overflyging i lave høyder viser likevel at avvergingsretten ikke er ubetinget. Eksempelvis forutsettes i *Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 142 II 128*, side 131, avsnitt 2.2 en *beskyttelsesverdig* interesse som må vurderes konkret og som både avhenger av grunneierens bruk av eiendommen og den aktuelle virkningen av overflyvningene. En tilsvarende presisering i Høyesteretts oppsummering av rettstilstanden hadde vært ønskelig.

Dommen etterlater dessuten tvil om det kan tenkes permanente tiltak i luftrommet som ikke utgjør utilbørlige inngrep. Siden grunneieren «normalt» kan «motsette seg føring av ledninger, taubaner mv. opp til vanlig høyde for slike innretninger», er spørsmålet når dette utgangspunktet ikke gjelder. Under alle omstendigheter skulle man tro at det er unntaket fra denne regelen som må begrunnes. Likevel later Høyesterett i sin konkrete vurdering til å begrunne resultatet med at banen utgjorde et *kvalifisert* eiendomsinngrep og ledet til verdireduksjon.

For luftfart er det springende punktet hva som er unntaket fra den klare hovedregelen om at overflyging kan skje uten samtykke fra eierne av eiendommene under. Gitt de ankende parters anførsel om luftfart, kunne Høyesterett ha nøyd seg med å fastslå at eksistensen av allmenne ferdselsretter – enten de finnes på sjøen, i utmark eller i luften – ikke påvirker hvor eiendomsgrenser går eller hvor i luftrommet over annen manns grunn man kan etablere *permanente* innretninger og anlegg. Når Høyesterett som prejudikatomstol likevel valgte å gå nærmere inn på spørsmålet om overflyging, hadde det vært ønskelig at domstolens drøftelse var basert på et større rettskildetilfang enn norsk juridisk litteratur og at konklusjonen ga bedre veiledning. Eksempelvis henger sitatet om at overflygingsretten kan stille seg annerledes ved «bruk av droner, som kan fly i lav høyde» i dobbel forstand i luften. Dersom det etableres faste droneruter i bakkenære høyder, eksempelvis for kommersiell varetransport, vil eiendomsrettens formål etter omstendighetene tale for å konstatere eiendomsrettskrenkelse. Parallellt til andre ferdselsretter kunne ha belyst spørsmålet. Kanskje kan vi se det slik at luftrommet har en «innmark» i lave høyder og en «utmark» i større høyder som påvirker omfanget av ferdselsretten?

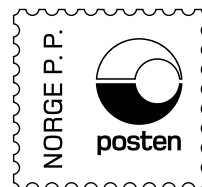
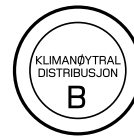
Under de muntlige forhandlingene viste dommerne en viss interesse for minstehøyder for overflyging. Hadde spørsmålet blitt analysert nærmere, ville man eksempelvis sett at utgangspunktet etter norsk rett er at den allmenne ferdselsretten på vassdrag også omfatter start og landing med luftfartøy (se NOU 1994: 12 side 340). Det ligger i dagen at ferdselsretten følgelig også må omfatte luftrommet umiddelbart over vannskorpen. Med hjemmel i vannressursloven (2000) har

lovgiveren imidlertid etablert en rett til å «forby motorisert ferdsel i vassdraget», jf. § 16 andre ledd andre punktum. I henhold til utredningen er bestemmelsen også ment å omfatte start og landing med luftfartøy, jf. NOU 1994: 12 side 420. Et forbud kan imidlertid settes til side av vassdragsmyndigheten, basert på «en avveining av de interessene som gjør seg gjeldende». For ferdselsretter ser vi med andre ord at nettopp interesseavveininger aktualiseres.

Også andre ferdselsretter kan gi indikasjoner om rettstilstanden i luften. Ferdselsretten på sjøen, jf. friluftloven § 6 første ledd, gjelder ikke bare «båt» i streng forstand, men også «annet fartøy», jf. Ot.prp. nr. 2 (1957) side 28. I proposisjonen til havne- og farvannsloven uttaler departementet i tråd med dette at «utgangspunktet om fri ferdsel til sjøs» også gjelder «sjøfly», se Prop. 86 L (2018–2019) side 156. Formodentlig må det sjønære luftrommet komme i samme stilling som vannskorpen. Tatt i betraktning at ferdselsretten også dekker områder «der sjøbunnen er i privat eie», jf. Ot.prp. nr. 2 (1957) side 28, ser vi at overflyging helt ned til 0 meter over privat «grunn» etter omstendighetene kan skje uten grunneierens samtykke. Hensynet til god ferdselskultur, jf. friluftloven § 11, må uansett respekteres. Dette indikerer at det ikke er den lave høyden – isolert sett – som reiser spørsmål om overflygingsrettens grense. Snarere kommer konkrete og områdeavhengige ulempebetraktninger på spissen, slik som ved utøvelse av allmenne ferdselsretter generelt – ikke ulikt rettstilstanden for luftrommet i Sveits.

En slik forståelse av rettstilstanden i Norge, underbygges også forutsetningsvis av luftfartsforskrifter. Forskrift 5. januar 2010 om bruk av hangglider og paraglider § 6 forutsetter at «tillatelse til bruk av startområde og planlagt landingsområde [skal] være innhentet fra grunneier eller andre som disponerer dette hvor dette ikke er åpent for fri ferdsel for allmennheten/allmennhetens frie ferdsel». For overflyging med umotoriserte hangglidere og paraglidere – som typisk foregår i meget lave høyder som er sammenliknbare med høydene droneflyging skjer i – inneholder ikke forskriften noen tilsvarende bestemmelse. Og selv om minstehøydene for ordinære luftfartøy i *underveisfasen* er satt til 150 og 300 meter, kan og må disse underskrides ved start og landing. I tillegg inneholder forskrift 14. desember 2016 om lufttrafikkregler og operative prosedyrer en rekke unntak fra minstehøydene som i prinsippet åpner for flyging helt ned til bakkenivå i mange tilfeller, jf. § 16. Skjer slik lavtflyging i forbindelse med ervervsmessige spesialiserte operasjoner eller for treningsflyging, er den betinget av at den skjer utenfor «tettbebyggelse eller folkeansamling i friluft», jf. § 16 bokstav a og d. Skjer den med seilfly ned til 50 meter, er den ubetinget, jf. bokstav e. Selv om offentligrettslige minstehøyder ikke definerer eiendomsgrenser, kan luftfartsforskriftene gi en indikasjon på hva som er akseptert som gjeldende rett.

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Et komparativt blikk på rettsutviklingen i Tyskland ville ha vist at den klassiske interesselæren ikke nødvendigvis strekker til for å fastslå en uomstridt overflygingsrett. Den tyske sivillovboken § 905 stadfester at eiendomsretten strekker seg oppover i rommet, men fastsetter at en grunneier ikke kan motsette seg handlinger som blir foretatt i en slik høyde at han ikke har noen interesse i å hindre dem. Interesselæren som formulert i tysk rett, har paralleller til Høyesteretts løsning. Som påpekt av Rudolf Busse, *Luftrecht*, 1928, side 59, bygde utkastet til tysk luftfartslov av 1914 på et utgangspunkt om fri ferdsel i luften, og lovgiveren antok at sivillovbokens interesselære var et tilstrekkelig rettsgrunnlag. Ferdselsfriheten viste imidlertid seg ikke å bli ubestridt, til tross for BGB § 905. I 1922 valgte lovgiveren derfor å supplere interesselæren med et legalservitutt gitt i lufttrafikkloven for å utelukke «jeden Zweifel» («enhver tvil») om lufttrafikkfrihet, se LuftVG § 1. Bestemmelsen fastslår at luftfartøyers bruk av luftrommet er fri, i den grad bruken ikke er begrenset av lufttrafikkloven eller dens gjennomføringsforskrifter. Offentligrettslige minsthøydebestemmelser setter således grensene for legalservituttet. Grunneierens interesser beskyttes blant annet ved mulighet for krav om stans ved underskridelse av minsthøydene, jf. BGB § 1004 (om *negatoria*). Slik sett skiller den tyske løsningen seg fra den sveitsiske, der skjønnsmessige vurderinger av overflygingens konkrete virkning for grunneieren står sentralt.

Høyesteretts dom fyller flere av hullene i den norske reguleringen av eiendomsrett i luftrommet som Tysklands lovgivere tettet for 125 og 100 år siden. Spørsmålet om eiendomsrettens utstrekning i relasjon til overfly-

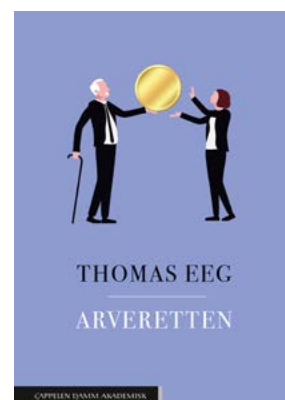
ging som ikke omfattes av den klare hovedregelen om ferdselsfrihet, står likevel fortsatt åpent og fortjener nærmere belysning – kanskje også regulering.

Torkell Sætervadet og Karin M. Bruzelius

Thomas Eeg: *Arveretten*

Cappelen Damm
Akademisk, 2022

696 sider | kr 639,-



Emnet for denne boken er arv etter loven, uskifte, reglene om testamenter og deres virkeområde, grunnleggende betingelser for å ha rett til arv og bortfall av rett til arv, oppgjør av avdødes formue gjennom skifte av dødsbo, tilbakeføringskrav for uriktig forbigåtte arvinger og regler for oppgjør med internasjonale forgreninger. Her er også en grundig innføring i arverettslig metode og en oversikt over rettsutviklingen.

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

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

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

Neste utgave kommer november 2022.