



# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

## ARBEIDSRETT

### Litteratur

**Tron Løkken Sundet: *Kollektiv arbeidsrett*, 2. utgave. Cappelen Damm Akademisk, 2021. 255 sider**

Boken er en innledning til den kollektive arbeidsretten. Læsekretsen den vänder sig till är «enhver, uavhengig av juridiske forkunnskaper». Framstillingen syftar inte enbart till att ge en juridisk framställning utan ett mål är enligt författaren «å sette rettsreglene inn i en større samfunnsmessig sammenheng». Författaren är domare i Arbeidsretten, något han också nämner i förordet och uppmanar läsaren att själv gå till källorna det hänvisas till i boken.

Denna andra upplaga bygger på den första och «omfang og intensjonsdybde er det samme som i forrige utgave». Boken är indelad i sju kapitel. De två första ger en bakgrundsbeskrivning av ämnet med ett inledande kapitel (21 sidor) och ett kapitel med beskrivning av historiska och aktuella huvuddrag i den kollektiva arbeidsretten (22 sidor). Kapitel 3 behandlar organisationsfrihet, arbetstagarrepresentation och den norska modellen (64 sidor). De två följande kapitlen behandlar själva kollektivavtalet. I kapitel 4 behandlas på 30 sidor begrepp och kollektivavtalet som regleringsform. Kapitel 5 ägnas åt kollektivavtalets rättsverkningar (43 sidor). I de två avslutande kapitlen

### Innhold nr. 4

Arbeidsrett.....	1
Dynamisk tingsrett .....	1
Erstatningsrett .....	3
Fast eiendoms rettsforhold .....	5
Forsikringsrett .....	10
Immaterialrett.....	12
Selskapsrett .....	15

[jus@cappelendamm.no](mailto:jus@cappelendamm.no)/[www.cda.no](http://www.cda.no)

behandlas intressetvister och rättstvister på 30 respektive 20 sidor. Boken har sakregister och – nytt med denna upplaga – domsförteckning.

*Bernard Johann Mulder*

## DYNAMISK TINGSRETT

### Men den selvstendige rettsvernshevdn var ikke død! – HR-2021-1773-A

I 1998 ervervet kjøper fast eiendom, men unnlot å tinglyse. I 2019 fikk en av selgers kreditorer utleggspant i eiendommen og begjærte denne tvangssolgt. Til tross for at kreditorer bare kan ta beslag i det som tilhører debitor på beslagstiden, må ikke utinglyste erverv respekteres, og det klare utgangspunkt er at kjøpere av fast eiendom som ikke tinglyser ervervet, taper i møte med selgerens utleggssøkende kreditorer, jf. tinglysingsloven § 20 første ledd.

Det interessante i denne saken er at utlegget ble tatt mer enn 20 år etter at kjøpet fant sted. Spørsmålet som stod for Høyesterett var om kjøpers erverv, til tross for manglende tinglysing, allikevel hadde rettsvern mot selgers kreditor nettopp fordi kjøper hadde disponert over eiendommen i full hevdetid – såkalt selvstendig rettsvernshevd. Tingrett og lagmannsretten besvarte dette spørsmålet benektende og fastholdt beslutningen om at eiendommen skulle tvangsselges for å dekke inn kreditorens krav mot selgeren.

Høyesteretts avgjørelse er avsagt under dissens, 4 mot 1, der flertallet kom til motsatt resultat enn tingretten og lagmannsretten. Førstvoterende representerer flertallet, og hun formulerte det rettslige spørsmålet i saken slik: «Spørsmålet i saken er om det er grunnlag for å oppstille et slikt unntak for selvstendig rettsvernshevd fra prioritetsregelen i tinglysingsloven § 20, enten gjennom en tolkning av hevdsunntaket i § 21 andre ledd andre punktum, eller eventuelt på ulovfestet grunnlag».

#### *Flertallets vurderinger og metode*

Førstvoterende så først på om et unntak for selvstendig rettsvernshevd kunne innfortolkes i tinglysingsloven

§ 21 andre ledd andre punktum. Bestemmelsen hjemler såkalt aksessorisk rettsvernshevd, og innebærer at hevdede rettigheter ikke må tinglyses for å få rettsvern.

Førstvoterende viste til at selvstendig rettsvernshevd ikke omfattes av ordlyden, og at naturlig språklig forståelse bare omfattet situasjonen der selve ervervet skjer gjennom hevd. Bestemmelsen har stått uforandret siden vedtakelsen av tinglysingsloven i 1935, og etter en gjennomgang av forarbeidene kom førstvoterende til at man ved vedtakelsen av tinglysingsloven ønsket å videreføre gjeldende rettstilstand fra før tinglysingsloven trådte i kraft. For å finne frem til gjeldende rettstilstand forut for tinglysingslovens ikrafttredelse, ble det vist til at Scheel allerede i 1912 skrev at hevdsinstituttet i tillegg til å ha en rettsstiftende funksjon, også dannet grunnlag for å sikre vern om bestående rettsforhold, se Scheel *Forelæsnings over norsk tingsrett*, 1912, side 381–382. Videre ble det vist til teori fra før hevdsloven av 1966 trådte i kraft, og her ble det blant annet påpekt at Brækhus og Hærem i klassikeren *Norsk tingsrett*, 1964, skrev at tinglysingsloven § 21 andre ledd andre punktum også åpnet for å beskytte dem «som har forsømt å tinglyse en rett som de har ervervet på normalt vis, men som de har utøvet i hevdstid», se side 571, sml. side 448–449.

Videre viste førstvoterende til utredningen bak hevdsloven av 1966, og til utredningen bak forslaget til Ny tinglysingslov i NOU 1982:17. Begge steder forutsettes det at en erverver vil kunne hevde rettsvern på selvstendig grunnlag, og at hevd kan fungere som rettsvernssurrogat.

Førstvoterende gikk så over til rettspraksis, og i særdeleshet Forusstrandaavgjørelsen i HR-2017-33-A. I denne saken ble det vurdert om eiendomsoverføring som ledd i selskapsrettslige fisjoner måtte tinglyses for å få rettsvern. Høyesterett kom til at eiendomsoverføringen måtte anses som en «rett stiftet ved avtale» i relasjon til tinglysingsloven § 23, og at tinglysing var et vilkår for rettsvern. For to av eiendommene som ble overført, ble det imidlertid anført at rettsvern var etablert gjennom selvstendig rettsvernshevd, siden det var enn 20 år siden fisjonen da konkurs ble åpnet.

I Forusstrandaavgjørelsen viste Høyesterett til at man i juridisk teori hadde akseptert selvstendig rettsvernshevd, men at saken ikke ga foranledning til å ta stilling til selvstendig rettsvernshevd på generelt grunnlag. I den saken fant Høyesterett at tinglysing ble unnlatt for å unngå å betale dokumentavgiften, og at den som av økonomiske grunner har unnlatt å sørge for tinglysing av sitt avtaleervert, ikke kunne oppnå rettsvern i konkurs. I nærværende sak tok førstvoterende dette til inntekt for at selvstendig rettsvernshevd var akseptert i rettspraksis, og når Høyesterett i Forusstrandaavgjørelsen uttrykkelig sa at de ikke tok stilling til selvstendig rettsvernshevd på generelt grunnlag, kunne ikke dommen tillegges noen større vekt ved fastleggelsen av rettstilstanden.

Avslutningsvis viste førstvoterende til de hensyn som begrunner tinglysingslovens rettsvernsregler, og at vilkåret om at ervert må tinglyses, er ment å forhindre kreditorsvik ved at tinglysingen sikret etterprøvnbarhet rundt transaksjonen. Etter førstvoterendes syn ville vilkårene om rådighet og bruk av eiendommen i full hevdstid «i praksis utelukke at en regel om selvstendig rettsvernshevd vil legge til rette for kreditorsvik».

På bakgrunn av det samlede rettskildet bildet og de hensyn som gjorde seg gjeldende, konkluderte førstvoterende med at regelen om selvstendig rettsvernshevd naturlig kunne ses som en forlengelse av tinglysingsloven § 21 andre ledd. Dette innebar at erverver hadde oppnådd rettsvern mot selgers kreditorer.

#### *Rettsregelen*

Etter denne avgjørelsen er det ingen tvil om at utinglyste avtaleervert får rettsvern mot overdragerens enkeltforfølgende kreditorer dersom erverver har hatt rådighet over eiendommen og utøvd denne i full hevdstid.

#### *Betraktninger*

Det er ikke vanskelig å være enig med flertallet i at dersom det først anses som utvilsomt at erververen har hatt rådighet over eiendommen og utøvd denne rådigheten i 20 år foreligger det ikke noen fare for kreditorsvik.

Reglene om tinglysing som rettsvernsakt begrunnes imidlertid også med ønsket om klare og konsekvente regler som ikke åpner for skjønnsmessige grensdragninger. Dette for å sikre en effektiv gjeldsfølgning og for å unngå tvister, se Rt. 1998 side 268 Dorian Grey på side 275 med henvisning til Rt. 1997 side 1050 Momentum på side 1054–1055, se også Brækhus, *Tingsrett*, 1964, side 494. Som påpekt av mindretallet vil spørsmålet om kjøper har hatt rådighet over den ervervede eiendommen og utøvd denne i en periode på 20 år, lede til utpregede skjønnsmessige vurderinger, og vanskelige bevissspørsmål.

Som en forlengelse av de vurderingene som her må foretas, kan man nok heller ikke se bort ifra at de som vil holde debtors eiendommer unna kreditorbeslag, vil kunne fingere avtaleforhold og få det til å se ut som om vilkårene for selvstendig rettsvernshevd er oppfylt. Som mindretallet påpeker: «Det er lett å se for seg at debitor ordner et skjøte med passende dato den dagen han eller hun får betalingsproblemer».

I konkurssituasjoner er det også en kjensgjerning at det i mange konkursboer ikke finnes midler til å gjennomføre en grundig konkursbehandling. Følgning av det bostyrer mistenker er proformadisposisjoner gjennom en rettsprosess der konkursdebitor og dennes (proforma)medkontrahent kan samkjøre forklaringer og produsere «bevis» for en proformaavtale inngått 20 år tilbake i tid, vil kunne avskrekke selv den modigste bostyrer.

På den annen side er beslagsretten full av vanskelige og skjønnsmessige spørsmål, herunder om det omtvis-

tede formuesgodet tilhører debitor, eller om det i realiteten tilhører dennes rettsforgjenger, eller om avtale om overdragelsen av et omtvistet formuesgode var en proformaavtale eller ikke. Forut for Forusstranda var det også, som førstvoterende viser, forholdsvis bred enighet om at utinglyste avtaleervert kunne få vern hvis hevdsvilkårene var oppfylt, sml. Lilleholt, *Godtroervert og Kreditorvern*, 1999, side 228 og Falkanger og Falkanger, *Tingsrett*, 2016, side 732. Det kan etter dette argumenteres for at Høyesterett her retter opp i det feilskjær Forusstrandaavgjørelsen nok representerte.

Førstvoterende tar imidlertid ikke uttrykkelig avstand fra den delen av resonnetet i Forusstrandaavgjørelsen, som kan forstås dit hen at det er kjøperens motivasjon for unnlatt tinglysning som må vurderes. Det å føre bevis for erverters motivasjon bak manglende tinglysning, vil kunne være en vrien øvelse og det vil være forholdsvis enkelt for ervertver å anføre at manglende tinglysning var en forglemmelse, og ikke en bevisst økonomisk motivert unnlattelse, se Marthinussen i *Jussens venner* 2017, i «Forusstranda»: Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål, side 92. Her kunne førstvoterende gjerne vært klarere på at det avgjørende må være om vilkårene for selvstendig rettsvernshevd var oppfylt eller ikke.

Førstvoterende sår videre tvil om vernet oppnådd ved selvstendig rettsvernshevd, også gjelder mot etterfølgende avtaleervert i aktsom god tro. Når en regel om selvstendig rettsvernshevd anses som en «forlengelse av bestemmelsen» i tinglysningsloven § 21 andre ledd andre punktum, er det rart dersom denne forlengelsen bare skulle rekke til vern mot enkeltfølgende kreditorer, men ikke mot godtroende avtaleervertver. Til sammenligning kom Høyesterett i Forusstrandaavgjørelsen frem til at «lovens ordlyd og hensynet til sammenhengen i loven» tilsa at det ikke «i større grad kunne etableres rettsvern bygget på hevd i konkurs, enn det som gjelder overfor enkeltstående rettservert etter reglene i tinglysningsloven § 20 og 21».

Her kunne man ønsket at førstvoterende var noe klarere i sine uttalelser, og at rekkevidden av den rettsregel førstvoterende utleder enklere kunne fastsettes.

*Morten Smedal Nadheim*

## ERSTATNINGSRETT

### Om nåverditenkning i erstatningsretten og kapitaliseringsrenten etter skadeserstatningsloven § 3-9

Når en personlig inntektsevne skades eller når en inntektsbringende eiendom eksproprieres, skal skadevolder eller ekspropriet kompensere den som rammes, med et erstatningsbeløp. Dette beløpet er summen av de fremtidige tap, men der beløp langt inn i fremtiden er neddiskontert, dvs. krympet. Hvor mye fremtidige

beløp krympes med, avhenger av kapitaliseringsrenten. Høy rente gir betydelig krymping mens rente lik null gir ingen krymping.

Kapitaliseringsrenten har de siste titalls årene blitt gradvis redusert. Dette har bidratt til å styrke erstatningsrettens reparative virkninger. Domstolene reduserte renten ned fra 6 % på 1980-tallet til 4 i 2014, mens fra 2021 bestemmer loven at renten skal fastsettes i delegert lovgivning (forskrift), se skadeserstatningsloven § 3-9 annet ledd. Bestemmelsen gjelder personskader. Det er enda ikke gitt en parallell bestemmelse i vederlagslova mht. utmåling av bruksverdierstatning ved ekspropriasjon.

Justis- og beredskapsdepartementet foreslår nå i et høringsnotat (5.10.21) at renten settes til 2,5 %. Departementet sier selv at dette nivået er valgt etter en skjønnsmessig helhetsvurdering. For meg ser det ut til at denne helhetsvurderingen bygger på en kategorifeil.

Noen ganger er tenkemåten en realøkonomisk ex ante-vinklet tenkning, slik som når loven selv sier at erstatningen skal svare til verdien av f.eks. nedgangen i den personlig skadde inntektsevnen, se skadeserstatningsloven § 3-9, jf. § 4-1 og § 3-1.

Andre ganger er tenkemåten penge-økonomisk og ex post-orientert, slik som når både rettspraksis og departementet legger vekt på at renten må være så vidt høy at ikke erstatningskreditor vil tjene for mye på situasjonen, og tvert om har en såkalt plikt til å tilpasse seg i finansmarkedet, ved å velge plasseringer med en viss risiko, se JDs høringsnotat s. 3.

Rettsutviklingen med en fallende rente i erstatningsrettslige nåverdivurderinger har kommet etter omfattende fagøkonomiske kommentarer, rådgivning og sakkyndiguttalelser. Det er utvilsomt slik at den realøkonomiske ex ante-orienterte nåverdivurderingen har et riktigere grunnlag i fagøkonomien, enn den pengeøkonomiske ex post-orienterte vurderingen med fokus på plikt til å plassere og ta risiko i markedet.

Det er et tankekors at renten på 2,5 % er valgt etter en helhetsvurdering der det pengeøkonomiske ex post-orienterte har fått en så stor plass. Når skjønnnet på denne måten synes påvirket av en kategorifeil, hvordan kan skjønnsvurderingen da bli god?

Mitt inntrykk er at det er den mindre godt funderte ex post-vinklingen som bidrar til at renten har blitt så vidt høy. Med hovedvekten på den mer solid begrunnede ex ante-vinklingen ville renten blitt lavere. Min vurdering er derfor at en kapitaliseringsrente på 2,5 % er for høy.

La meg få presisere at også jeg ser at kapitaliseringsrenten ikke kun kan bestå av en helt risikofri, langsiktig realrente. Hvis dommen på en erstatningssum for tapt inntektsevne skal ekvivalere eller svare til skaden, må man ta hensyn til at den inntektsstrømmen som har blitt borte, også var usikker, f.eks. på grunn av arbeidsmarkedsforhold eller andre faktorer. Denne usikkerheten ved det som er gjenstand for erstatning bør gjenspeiles av et «usikkerhetspåslag» i den

sikre og langsiktige realrenten, selv i et realøkonomisk og ex ante-orientert perspektiv.

Jeg gjetter på at et ekspertskjønn over den mest passende kapitaliseringsrenten vil ligge under 2,5 %, men jeg overlater til andre å utøve et slikt skjønn.

*Endre Stavang*

### **Usikkerheten i fremtidige tap i erverv. Ny forskrift om kapitaliseringsrente etter skadeserstatningsloven**

Etter en årelang usikkerhet om kapitaliseringsrenten ved neddiskontering av fremtidige inntektstap, avgjorde endelig Høyesterett i storkammer (Rt. 2014 s. 1203) at det skal anvendes en *realrente*. I enkelte tidligere dommer var det tatt et visst hensyn til forventet prisstigning ved fastsettelse av kapitaliseringsrenten, men *realrentebegrepet* ble først brukt i denne dommen. (Uheldigvis uttalte førstvoterende i Noem-dommen, Rt. 1986 s. 178, at han ikke kunne se at begrepet *realrente* kunne være til noe hjelp.) Renten ble satt til 4 %, etter at det som ble kalt *prejudikatrenten* på 5 % var blitt praktisert siden 1990. Fra fagøkonomisk hold, og fra Høyesterett selv, hadde det lenge vært anført at domstolen kanskje ikke er rett sted for å bestemme denne renten. Det var derfor ingen overraskelse at det i 2020 kom en endring i skadeserstatningsloven, der det åpnes for at kapitaliseringsrenten (*realrenten*) kan fastsettes ved forskrift. Den er i høringsbrevet om ny forskrift om kapitaliseringsrenten (Justis- og beredskapsdepartementet, 5.10.21) foreslått til 2,5 %, et nivå mer i tråd med fagøkonomiske råd enn med Høyesteretts valg.

Et viktig spørsmål som ikke ble behandlet i storkammerdommen, og som heller ikke drøftes i høringsbrevet, gjelder hvilken betydning *usikkerheten* i de fremtidige tap eventuelt skal få å si for kapitaliseringsrenten. Tap i fremtidig inntekt er forbundet med to typer usikkerhet: For det første er det usikkerhet i den typiske inntektsutviklingen (f.eks. lønnsnivå) på det aktuelle området. For det andre er det usikkerhet i hvordan inntektsutviklingen for den skadelidte vil forholde seg til den typiske inntektsutviklingen. En skadelidt som får en engangserstatning blir avlastet for begge typer usikkerhet, *inntektsusikkerhet* og *aktuarisk risiko*. Siden usikkerhet for de fleste er uønsket, oppnår skadelidte derfor en fordel.

Ifølge erstatningsrettslig praksis skal skadelidte få erstattet det mest sannsynlige fremtidige tap (eventuelt det tap som har sannsynlighetsovervekt). Denne praksis innebærer en utilfredsstillende håndtering av den usikkerhet som fremtidige tap er forbundet med.

Et tenkt eksempel kan illustrere problemet: Anta at en skadelidt uten skaden kunne ha hatt to mulige løpbaner med henholdsvis en høy og en lav neddiskontert verdi av fremtidige tap. Hvis sannsynligheten for det lave tapet er størst, sier erstatningsretten at det er dette alternativ erstatningsutmålingen vil bygge på. I prak-

sis vil vel dommere skjele litt til det høye alternativ og justere opp tapene noe, men det er uansett bare ett enkelt alternativ som blir lagt til grunn. I dette eksemplet er resultatet til ulempe for skadelidte, men hadde det høye alternativet vært mest sannsynlig, ville resultatet ha vært omvendt.

I forsikringsøkonomien og i økonomisk teori for øvrig er det utviklet metoder for å analysere usikre alternativer. I enkle modeller beregnes *forventningsverdien* av de usikre alternativene. Dette går ut på å beregne gjennomsnittet av de forskjellige alternativene vektet med de respektive sannsynlighetene. Hvis det høye alternativet i eksemplet ovenfor er 500 med sannsynligheten 0,4 og det lave er 400 med sannsynligheten 0,6, blir *forventningsverdien*  $0,4 \times 500 + 0,6 \times 400 = 440$ . Denne *forventningsverdien* gir et bedre uttrykk for skadelidtes forventede tap enn hva det mest sannsynlige representerer.

En hovedgrunn til at en slik metode ikke har slått gjennom i erstatningsretten er trolig problemet med å anslå sannsynligheter for forskjellige alternativer. Men siden det er nødvendig å bestemme hvilken inntektsutvikling som er mest sannsynlig, må det uansett foretas vurderinger av sannsynligheten for alternative utviklingsbaner for den tapte inntekten. Hvis det er aktuelt med kun to-tre alternativer, skulle den ovennevnte fremgangsmåte være overkommelig.

I den nevnte storkammerdommen ble inntektstapene basert på lønnsstatistikk fra Norges Juristforbund. Dette er en statistikk for juristers gjennomsnittslønn uten redegjørelse for usikkerhet.

Ingen av partene i storkammerdommen hadde prosedert på inntektsusikkerhet eller aktuarisk risiko. De rettsoppnevnte eksperter redegjorde for betydningen av slik usikkerhet mot slutten av hovedforhandlingen – pussig nok ikke før – men siden spørsmålene ikke var prosedert, valgte retten ikke å ta stilling.

De rettsoppnevnte eksperter redegjorde for hvordan kapitaliseringsrenten kan justeres slik at den avspeiler den usikkerhet skadelidte blir avlastet for. De presenterte også anslag for hvilke tillegg som i så fall burde gis til kapitaliseringsrenten. Men det ble med drøftelsen.

Dette er et eksempel på at et grunnleggende problem i erstatningsretten – usikkerheten i hva som hva som skal erstattes – ikke synes å være gitt en adekvat behandling ved domstolene. Spørsmålet drøftes heller ikke i høringsnotatet. Anledningen benyttes ikke til å reise spørsmålet om hvorvidt usikkerheten i de forventede tap kan eller bør avspeiles i den foreslåtte forskriftsbestemte kapitaliseringsrenten.

Et særdeles viktig poeng i denne sammenheng er at hvis de forventede tap er korrekt behandlet, vil alle vurderinger av hvordan skadelidte eventuelt vil plassere et engangsbeløp være irrelevante. Hvis skadelidte får erstattet sitt usikre fremtidige tap, er det vanskelig å se hvorfor det skulle være behov for drøftelser av hvordan erstatningsbeløpet bør plasseres. En grunn kan dog være at skadelidte kan oppnå en utilsiktet fordel

ved å få et engangsbeløp i stedet for årlige erstatninger. Men hvis det forventede tap er korrekt beregnet, er det vanskelig å forstå hvorfor det skulle være behov for å vurdere alternative plasseringer av erstatningsbeløpet.

En grunn til de omfattende drøftelser i høringsbrevet (og i forskjellige dommer) av erstatningsbeløpets mulige plasseringer kan være en erkjennelse av at usikkerheten i de forventede tap ikke kommer til uttrykk gjennom valget av det mest sannsynlige inntektstapet. I mangel av en adekvat behandling kan man tenke seg at usikkerheten i investeringer i en spesiell portefølje vil avspeile usikkerheten i tapene. I stedet for å gi kapitaliseringsrenten et tillegg for inntektsusikkerhet og aktuarisk risiko, velger man en portefølje der den forventede avkastning har en tilsvarende risikokomponent. En slik tolkning er imidlertid spekulativ. Selv om den vil løse det logiske problem om hvorfor det skulle være relevant å drøfte alternative plasseringer, er det hverken i høringsbrevet eller i sentrale dommer utsagn som bekrefter en slik tolkning. Dessuten ville en slik sammenligning av risiko kreve at risikoen i de fremtidige tap blir bestemt. Og hvis det gjøres, vil et korrekt erstatningsbeløp kunne bli beregnet direkte, og drøftelser av alternative porteføljevalg for erstatningsbeløpet vil (i beste fall) bli overflødige.

Når det nå først er bestemt at kapitaliseringsrenten skal fastsettes i forskrift, ville det ha vært en fordel med en redegjørelse for hvordan usikkerheten i skadelidtes fremtidige tap er tenkt behandlet. Det er ikke avklart om den foreslåtte kapitaliseringsrenten på 2,5 % inneholder et tillegg for inntektsusikkerhet og aktuarisk risiko. Hvis den ikke inneholder en slik komponent, må en domstol i en konkret sak kunne benytte en noe høyere kapitaliseringsrente enn 2,5 %.

*Erling Eide*

## **FAST EIENDOMS RETTSFORHOLD**

### **Spørsmål om gyldigheten av vedtak om konsesjon og ekspropriasjon til vindkraft på Fosen-halvøya – HR-2021-1975-S**

Saken er en storkammersak og en enstemmig rett, 11 dommere, kom til at konsesjonsvedtaket og ekspropriasjonsvedtaket var ugyldig. Saken reiste flere spørsmål, så vel ekspropriasjonsrettslige, prosessuelle og folkerettslige.

NVE traff i juni 2010 vedtak om konsesjon til fire vindkraftanlegg på Fosen-halvøya. Samtidig ble det gitt tillatelse til ekspropriasjon av grunn og rettigheter. Saken gjelder to av anleggene, Roan vindkraftverk og Storheia vindkraftverk, og rettighetshavere er Roan Vind DA og Fosen Vind DA. Det ble avtalt at Fosen Vind skulle ivareta Roan Vinds interesser under retts-saken. Avgjørelsen i saken får dermed rettskraftvirkninger for Roan Vind DA, jf. tvisteloven § 19-15 første ledd annet punktum.

Roan vindkraftverk ble satt i drift i 2019. Det består av 71 turbiner, planområdet er 24,5 km<sup>2</sup> og veier utgjør 70 km. Storheia vindkraftverk sto ferdig året etter og er Norges største med 80 turbiner. Planområdet er på ca. 38 km<sup>2</sup>, og veier løper opp i ca. 62 km. Det er til sammen seks vindkraftanlegg på Fosen, og dette er opplyst å være Europas største vindkraftprosjekt på land.

Storheia og Roan vindkraftverk ligger innenfor Fosen reinbeitedistrikt. Distriktet består av to siidaer, Sør-Fosen sitje og Nord-Fosen siida som hver består av tre siidaandeler. En siida – på sørsamisk «sijte» – er etter reindriftsloven § 51 en gruppe av reineiere som utøver reindrift i fellesskap på bestemte arealer. Siidaandel er etter reindriftsloven § 10 en familiegruppe eller enkeltperson som driver reindrift. Hver siida har rett til et reintall på 1050. Roan vindkraftverk ligger i beiteområdet til Nord-Fosen siida, mens Storheia vindkraftverk ligger i beiteområdet til Sør-Fosen sitje.

Vedtakene fra 2010 om konsesjon og ekspropriasjonstillatelse ble påklaget av en rekke organisasjoner og enkeltpersoner, blant annet Nord-Fosen siida og Sør-Fosen sijte. Klagene førte ikke fram, og 26. august 2013 opprettholdt Olje- og energidepartementet (OED) vedtakene om konsesjon og ekspropriasjon. For Roan vindkraftverk uttalte OED at planområdet her har «stor verdi» for reindriften, og at en utbygging vil ha «stor negativ» effekt både i anleggs- og driftsfasen. Men det ble lagt til grunn at området fortsatt kunne benyttes til reindrift selv om det ville kreve større ressurser og økt arbeidsbyrde for reindriften. Når det gjaldt Storheia vindkraftverk mente OED at en utbygging «vil være negativt» for reindriften, men uten at området «blir ubrukelig som vinterbeiteområde». Vindkraftprosjektet «hindrer [ikke] videre drift for sørgruppa» ifølge departementet.

I september 2014 ba Fosen Vind om samtykke til forhåndstiltredelse, dvs. rett til å starte utbygging for ekspropriasjonerstatningen er utmålt, jf. oreigningsloven § 25. Ved vedtak av 22. desember 2014 ga OED samtykke til forhåndstiltredelse.

Fosen Vind hadde i august 2014 begjært skjønnet for fastsettelse av erstatning som følge av utbyggingen av vindkraftverkene. Sør-Fosen sijte anførte at skjønnet måtte nektes fremmet når det gjaldt Storheia vindkraftverk fordi konsesjonsvedtaket var i strid med FN-konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27 om minoriteters rett til kulturutøvelse. Tingretten avviste imidlertid denne anførselen og skjønnet ble fremmet. Avgjørelsen ble av Sør-Fosen sijte bragt videre til Frostating lagmannsrett, som også avviste begjæringen om å nekte skjønnet fremmet. Også videre anke til Høyesterett ble forkastet med den begrunnelse at en avgjørelse som fremmer skjønnet, ikke kan angripes særskilt før skjønnet er avsagt (avsnitt 14).

Innrøndelag tingrett tok ved skjønnet i juni 2018 stilling til erstatningsutmålingen for vindkraftanlegg og kraftledninger. Sør-Fosen sijte ble tilkjent erstat-

ning for beitetap, føring i kriseår, merarbeid og andre utgifter med i underkant 8,9 millioner kroner. For Nord-Fosen siida ble samlet erstatning satt til ca. 10,7 millioner kroner.

Statnett og Fosen Vind begjærte overskjønn og anførte at erstatningen var satt for høyt. Sør-Fosen sijte begjærte også overskjønn og krevde at skjønnnet skulle nektes fremmet fordi det var i strid med SP artikkel 27, EMK P1-1 og rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 5 bokstav d romertall v. Sør-Fosen sijte anførte videre at det heftet saksbehandlingsfeil ved OEDs vedtak fordi vedtaket bygget på uriktige faktiske forutsetninger og var mangelfullt utredet. Subsidiært hadde de også anførsler til selve erstatningsutmålingen.

Nord-Fosen siida hevdet at overskjønnsretten måtte prøve gyldigheten av konsesjons- og ekspropriasjonsvedtaket av eget tiltak og krevde at skjønnnet måtte nektes fremmet. Også Nord-Fosen siida hadde anførsler til erstatningsutmålingen.

Frostating lagmannsrett avhjemlet overskjønn 8. juni 2020. Lagmannsretten kom til at skjønnnet skulle fremmes. Erstatningen ble imidlertid satt betydelig høyere enn i tingretten, rundt 44, 6 millioner til hver av siidaene. Lagmannsretten kom til at områdene Storheia og den østlige delen av Roan vindkraftverk (Haraheia) hadde gått tapt for reindriften. Tapet kunne ikke kompenseres fullt ut ved alternative beiteområder og reingtallet måtte reduseres betraktelig med mindre det ble iverksatt avbøtende tiltak. Utbyggingen truet reindriftnæringens eksistens på Fosen. Når utbyggingen likevel ikke innebar en krenkelse av SP artikkel 27, var det fordi det etter rettens syn kunne gjennomføres vinterføring av reinen. Dette var en driftsform langt fra tradisjonell reindrift, og det i seg selv kunne krenke retten til å utøve samisk kultur, men lagmannsretten kom under «en viss tvil» til at det ikke var tilfelle. Vedtaket krenket heller ikke EMK eller rasediskrimineringskonvensjonen (avsnitt 19 og 20).

Fosen Vind anket erstatningsutmålingen til Høyesterett. Også Statnett anket, men deres anke var begrenset til spørsmålet om Statnett kunne holdes solidarisk ansvarlig for den del av erstatningen som har med vindkraftanleggene å gjøre. Siden Høyesterett kom til at konsesjons- og ekspropriasjonsvedtaket var ugyldig ble skjønnnet opphevet. Jeg går derfor ikke nærmere inn på anførsler som relaterer seg til erstatningsspørsmålet.

Også Sør-Fosen sijte og Nord-Fosen siida anket overskjønnet med påstand om at skjønnnet nektes fremmet.

Staten ved OED har for Høyesterett opptrådt som partshjelper for Fosen Vind i spørsmålet om skjønnnet skulle fremmes.

*Hovedspørsmålet i saken for Høyesterett er om skjønnnet må nektes fremmet som følge av at OEDs konsesjonsvedtak er ugyldig.*

I dommen er drøftelsen av dette spørsmålet delt opp i flere underspørsmål.

### *Høyesteretts prøvingskompetanse i gyldighets-spørsmålet*

Førstvoterende slår fast at ved «avgjørelse av om de materielle betingelsene for å fremme skjønn er oppfylt, har Høyesterett full kompetanse», og det vises til Rt-2006-1547 avsnitt 46 (avsnitt 64). Anken fra Sør-Fosen sijte rettet seg mot rettsanvendelsen i gyldighetsspørsmålet. Fosen Vind bestred på sin side lagmannsrettens bevisvurdering. Men punkter i påstandsgrunnlaget til ankemotparten (Fosen Vind) som retter seg mot bevisbedømmelsen, kunne ikke avskjæres selv om anken fra Sør-Fosen sijte var begrenset til rettsanvendelsen. Når ankemotparten benytter seg av retten til å angripe bevisbedømmelsen, kan den ankende part (Sør-Fosen sijte) imøtegå dette ved å argumentere for sitt syn (avsnitt 65).

### *Høyesteretts kompetanse til å prøve faktum*

Fosen Vind anførte at faktum på vedtakstidspunktet må være avgjørende for gyldighetsspørsmålet. Ifølge førstvoterende er det generelle utgangspunkt ved domstolens prøving av gyldighetsspørsmål at prøving skal skje på grunnlag av faktum på vedtakstidspunktet. Men denne begrensning kunne ikke gjelde når spørsmålet er om skjønn skal fremmes (avsnitt 67). Spørsmålet om skjønnnet skal nektes fremmet avgjøres i nær sammenheng med erstatningsutmålingen, og det vil være lite hensiktsmessig om disse spørsmålene skal avgjøres ut fra faktum på ulike tidspunkter. Førstvoterende uttaler at inntrer «det nye faktiske omstendigheter etter vedtakstidspunktet av betydning for vedtakets gyldighet, må løsningen derfor være at skjønnnet nektes fremmet, og saken sendes tilbake til ny forvaltningsmessig behandling» (avsnitt 69).

Spørsmålet om faktumtidspunktet kom ifølge førstvoterende ikke på spissen. Det var uansett adgang til å fremlegge nye bevis som kaster lys over situasjonen på vedtakstidspunktet, og det vises til Rt-2012-1985. Det er ikke påberopt nye rettsstiftende kjensgjerninger etter at ekspropriasjonstillatelsen ble gitt, men fremlagt nye bevis i form av utredninger mv. Slike bevisfakta var det uansett adgang til å bygge på (avsnitt 70). Hvor spørsmålet som her var om SP artikkel 27 hindrer fremme av skjønnnet, må domstolene ifølge førstvoterende vurdere virkningen av inngrepet basert på en selvstendig faktumbedømmelse, og kan ikke begrense prøvingen til om forvaltningens prognoser på vedtakstidspunktet var forsvarlige. Han viser her til HR-2017-2247-A *Reinøya*.

Nord-Fosen siida hadde ikke anket overskjønnet. På denne bakgrunn ble det reist *spørsmål om Høyesterett kan ta stilling til om skjønnnet skal fremmes også for denne siidaen*. Fosen Vind har vist til at påstanden om at skjønnnet skal nektes fremmet, ble lagt ned etter at ankefristen var løpt ut og etter Høyesteretts ankeutvalgs henvisningsbeslutning. Ifølge førstvoterende er dette imidlertid ikke en avgjørende innvending. Om skjønnnet skal fremmes, utgjør en materiell forutsetning

for utmåling av erstatning, og Nord-Fosen siida kan derfor påstå skjønnet nektet fremmet, selv om siidaen ikke har anket over dette. Førstvoterende uttaler videre:

«Etter tvisteloven § 30-7 er det riktignok ikke adgang til å utvide påstanden og fremsette nye påstandsgrunnlag etter at det er gitt samtykke til fremme av anken. Men dette er ingen absolutt regel – utvidelse kan skje senere dersom «særlige grunner taler for det». Slik saken ligger an, må det legges til grunn at ankeutvalget har akseptert den utvidelsen som Nord-Fosen siida her har foretatt. Høyesterett må derfor etter skjønnsprosessloven § 48 prøve om det er grunnlag for å fremme skjønnet også for så vidt gjelder Nord-Fosen siida» (avsnitt 75).

Høyesterett gikk så over til *bevisvurderingen under gyldighetsspørsmålet* og startet først med *noen utgangspunkter*.

For gyldighetsvurderingen av konsesjonsvedtaket, er det sentrale bevissspørsmålet hva som går tapt av siidaenes senvinterbeiter gjennom vindkraftutbyggingen og hvilken betydning det har for reindriften (avsnitt 76). Om senvinterbeitene uttaler førstvoterende:

«Senvinterbeite pågår fra januar til rundt påske over en periode på om lag 90 dager. En forutsetning for at et område kan brukes til senvinterbeite, er at det gir reinen tilgang til lav. Det vil den særlig kunne ha i snaufjellsområder med høyereliggende vindblåste rabber, men dette vil variere etter snøforholdene det enkelte år. Bare en mindre del av det samlede arealet som omtales som senvinterbeite, er slik at reinen kan beite der. Turbinene i de to vindkraftanleggene er plassert langs fjellryggene og dermed i områder som er godt egnet som senvinterbeite» (avsnitt 77).

I en sak som den foreliggende har umiddelbar bevisførsel stor betydning, og førstvoterende uttaler at siden Høyesterett har et dårligere grunnlag enn lagmannsretten for å vurdere konsekvensene av utbyggingen, bør den være forsiktig ved prøving av lagmannsrettens bevisvurdering. Fosen Vind har adgang til å angripe lagmannsrettens bevisbedømmelse, men «må etter min mening ha et særlig ansvar for å gi Høyesterett et forsvarlig grunnlag for å vurdere bevisene» (avsnitt 78).

Lagmannsretten hadde kommet til at reinen vil unngå vindkraftverkene i Storheia og Roan, og dette sammenfattes slik av lagmannsretten:

«Lagmannsretten legger etter dette til grunn at reinen vil unngå vindkraftverkene som er utbygd på Fosen, hvor Storheia og Roan (Haraheia) er de klart viktigste. Unnvikelsen vil etter lagmannsrettens oppfatning være så betydelig at områdene må ses som tapt som beiteområder. Unnvikelsessonen kan antas å være på minst tre km, men dette kommer ikke på spissen i denne saken. For senvinterbeite er det fjellrabbene som er verdifulle, og disse vil uansett være tapt» (avsnitt 79).

Tap av senvinterbeitet er en begrensende faktor for reintallet, og bortfall av disse beitene vil føre til redusert reintall og lavere slaktevekter. Lagmannsretten konkluderer med at utbyggingen av vindkraftverkene vil føre til et betydelig beitetap for Nord-Fosen siida og Sør-Fosen sijte som igjen vil gi redusert reintall. Redusert reintall kan føre til at familier slutter med reindrift, som igjen vil føre til driftsmessige problemer for dem som er igjen. Lagmannsretten uttalte at «en isolert vurdering tilsier etter lagmannsrettens oppfatning at utbyggingen av vindkraftverk på Storheia og Haraheia vil true reindriftnæringens eksistens på Fosen» (avsnitt 84).

Lagmannsretten hadde gått gjennom mange ulike forskningsrapporter, og støttet sin vurdering på sakkyndige vitner og reinciere med erfaring fra områder med vindkraft. Det var videre vist GPS-målinger av beitebruken til reinen Nord-Fosen siidaen før, under og etter utbyggingen av Roan vindkraftverk.

Høyesterett gjennomgår de ankepunkter Fosen Vind har til lagmannsrettens bevisvurdering, men fant at ingen av ankepunktene var forankret på en slik måte, at det var grunnlag for å sette lagmannsrettens bevisvurdering til side. Høyesterett bygger derfor på lagmannsrettens bevisbedømmelse når det gjelder vurderingen av gyldighetsspørsmålet.

#### *Spørsmålet om krenkelse av SP artikkel 27*

Bestemmelsen har denne ordlyd:

«In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.»

Høyesterett går først gjennom hvordan SP artikkel 27 skal forstås, for deretter konkret å vurdere om bestemmelsen er brutt.

Førstvoterende uttaler at SP artikkel 27 må sees i sammenheng med Grunnloven § 108. Grunnlovsbestemmelsen bygger på artikkel 27 og kan være et selvstendig rettsgrunnlag der andre rettskilder ikke gir noe svar, jf HR-2018-872 A, avsnitt 39. Etter menneskerettsloven § 2 nr. 3 gjelder SP som norsk lov og er dermed en skranke for forvaltningsskjønnet. Ved motstrid går SP foran annen lovgivning. Dette betyr at konsesjonsvedtaket er ugyldig dersom SP artikkel 27 er brutt (avsnitt 100).

Samene er en minoritet i artikkel 27s forstand og reindrift er en form for vernet kulturutøvelse, jf. HR-2017-2247-A *Reinøya* og HR-2017-2428-A *Reintallsreduksjon I*. Høyesterett slår videre fast at ved tolkning av artikkel 27 vil uttalelser fra FN's menneskerettskomité ha betydelig vekt, jf. storkammeravgjørelse i Rt-2008-1764.

### *Individuelt eller kollektivt vern – hvem kan påberope brudd?*

Staten gjorde gjeldende at SP artikkel 27 bare verner enkeltindivider og ikke juridiske personer eller grupper av individer. Staten mente derfor at en siida ikke kan påberope seg vernet. Førstvoterende peker på at artikkel 27 i «utgangspunktet verner individer i en minoritet», men tilføyer at «minoritetenes kultur utøves i et fellesskap, og vernet har derfor et kollektivt preg». En siida kjennetegnes nettopp ved at det er en gruppe reineiere som utøver reindrift i fellesskap på bestemte arealer. Siidaen er videre bærer av de kollektive arealrettigheter som reindriftnæringen er knyttet til. I en sak om arealrettigheter må en siida derfor kunne opptre som part og påberope den enkelte reinieiers rettigheter etter artikkel 27 på deres vegne. Det er ifølge Høyesterett ikke tvilsomt at en siida kan ha begrenset partsevne, jf. Rt-2000-1578 *Seiland* og reindriftsloven § 44 annet ledd i.f. (avsnitt 109).

Grunnloven § 108 støtter også en slik forståelse (avsnitt 110).

### *Uttrykket «denied» – hvor ligger terskelen for krenkelse?*

SP artikkel 27 bruker uttrykket «denied», men det er klart at inngrep som ikke innebar en total nektelse, kan krenke kulturutøvelse. Førstvoterende viser blant annet til at Høyesterett i HR-2017-2428-A *Reintallsreduksjon I* henviser til NOU 2007:13 A *Den nye sameretten*, der Samerettsutvalget 2 slår fast at en nektelse i artikkel 27s forstand ikke bare vil omfatte «totale nektelser» av retten til kulturutøvelse, men også «krenkelser» (s. 203) (avsnitt 111).

Spørsmålet er hvor terskelen for krenkelse ligger. Det er særlig fire avgjørelser fra Menneskerettskomiteen som belyser hvor mye som skal til før retten til kulturutøvelse etter artikkel 27 er krenket. Det er *Ilmari Länsman mfl. mot Finland* (26. oktober 1994, CCPR-1992-511), *Jouni Länsman mfl. mot Finland I* (30. oktober 1996, CCPR-1995-671), *Jouni Länsman mfl. mot Finland II* (17. mars 2005, CCPR-2001-1023) og *Ángela Poma Poma mot Peru* (27. mars 2009, CCPR-2006-1457). Disse sakene sto også sentralt i HR-2017-2247-A *Reinøya* der spørsmålet blant annet var om et veianlegg på grunn av konsekvensene for samisk reindrift, var i strid med SP artikkel 27. Disse avgjørelsene er det redegjort for i *Reinøya*-dommen, og uttalelsene der gjengis av førstvoterende (avsnitt 124-127). Førstvoterende slutter seg til følgende vurdering i *Reinøya*-dommen:

«Samlet viser Menneskerettskomiteens praksis at det skal en god del til før inngrep blir av en slik alvorlighetsgrad at artikkel 27 er krenket.»

Med henvisning til *Ilmari Länsman mfl. mot Finland* (CCPR-1992-511) ment siidaene at «det vil foreligge en krenkelse når et inngrep med begrenset effekt virker sammen med tidligere og planlagte inngrep, slik

at det får betydelige konsekvenser for kulturutøvelsen» (avsnitt 115). Høyesterett var enig med siidaene i at inngrep må sees i sammenheng med andre tiltak, men det sier ikke noe om hvor terskelen for krenkelse går.

Sentralt i saken har stått uttalelsen i *Ángela Poma Poma mot Peru* (CCPR-2006-1457) om at inngrepet har «a substantive negative impact» på kulturutøvelsen. Dette er den nyeste uttalelsen om terskelen og må derfor ifølge Høyesterett være et viktig holdepunkt for forståelsen av artikkel 27. Uttrykket «substantive» kan oversettes med «vesentlig» eller «betydelig». Terskelen ligger ifølge førstvoterende med andre ord høyt, og han konkluderer når det gjelder terskelen for krenkelse:

«På denne bakgrunn er min *konklusjon* at det vil foreligge en krenkelse av rettighetene etter SP artikkel 27 dersom inngrepet fører til vesentlige negative konsekvenser for muligheten til kulturutøvelse. Inngrepet kan i seg selv ha så store konsekvenser at det foreligger brudd. Men innvirkningen trenger ikke å være så alvorlig som i *Poma Poma*-avgjørelsen, hvor tusenvis av husdyr var døde som følge av myndighetstiltak, og klageren var blitt tvunget til å forlate sitt område. Inngrepet må videre ses i sammenheng med andre tiltak, både tidligere og planlagte. Den samlede effekten av tiltakene er avgjørende for om det foreligger krenkelse, jf. *Jouni Länsman mfl. mot Finland I* (CCPR-1995-671) punkt 10.7.» (avsnitt 119).

### *Neste spørsmål som reises er betydningen av konsultasjoner.*

Selv om det er konsekvensene av tiltaket som står sentralt når det gjelder vurderingen av om SP artikkel 27 er krenket, har det betydning om minoriteten er blitt konsultert (avsnitt 120). Konsultasjoner er imidlertid ikke i seg selv avgjørende, men inngår som en faktor i vurderingen. Er konsekvensene av inngrepet store nok, hindrer det ikke krenkelse at konsultasjoner er gjennomført (avsnitt 121).

### *Spørsmålet om artikkel 27 gir rom for en skjønnsmargin og forholdsmessighetsvurdering.*

Førstvoterende påpeker at ordlyden i artikkel 27 i utgangspunktet ikke åpner for at statene kan foreta en interesseavveining mellom urfolks rettigheter og andre legitime formål. Rettighetene fremstår som absolutte, likevel slik at de kan fravikes ved en nasjonal krisesituasjon, jf. artikkel 4. Ordlyden i artikkel 27 gir heller ikke statene en skjønnsmargin, og det vises til uttalelser fra Menneskerettskomiteen. Dette er også oppfatningen i NOU 2008: 5 *Retten til fiske i havet utenfor* og i NOU 2007:13 A *Den nye sameretten*. En slik forståelse av artikkel 27 er også lagt til grunn i teorien. Etter denne gjennomgangen av kildene uttaler førstvoterende:



«Det klare utgangspunktet må etter dette være at statene ikke innvilges noen skjønnsmargin etter SP artikkel 27, og at bestemmelsen ikke åpner for en forholdsmessighetsvurdering hvor andre samfunnsinteresser veies mot minoritetens interesser. Dette er en naturlig følge av begrunnelsen for bestemmelsen, da minoritetsbeskyttelsen ville blitt lite effektiv hvis flertallsbefolkningen kunne begrense den ut fra en vurdering av sine legitime behov (avsnitt 129).

Men det er et unntak fra dette. Kommer artikkel 27 i konflikt med andre rettigheter etter konvensjonen må de motstridende rettigheter veies opp mot hverandre og harmoniseres. Dette kan føre til at artikkel 27 må tolkes innskrenkende, og førstvoterende viser til NOU 2007:13. Menneskerettskomiteen har videre åpnet for en avveining der interessene til et enkeltindivid i en minoritetsgruppe står mot interessene til gruppen som helhet (avsnitt 131). Ifølge førstvoterende må en slik avveining gjøres hvis rettighetene etter artikkel 27 står mot andre grunnleggende rettigheter. «Retten til miljø er etter mitt syn en rettighet som i et konkret tilfelle kan komme inn med en slik tyngde at det må foretas en avveining. Hensynet til «det grønne skiftet» vil med andre ord kunne være relevant» (avsnitt 131).

*Betydningen av om næringen fortsatt kan gi utbytte*  
Siidaene anførte at det vil være en krenkelse av artikkel 27 hvis inngrepet fører til at minoriteten ikke lenger kan drive sin tradisjonelle næring med overskudd. Det har vært fremhevet i enkelte avgjørelser fra Menneskerettskomiteen at medlemmene av minoriteten må sikres et økonomisk utbytte. Kildene gir ifølge førstvoterende ikke mye veiledning om hvordan komiteens uttalelser skal forstås, og reindriften er som nevnt en form for vernet kulturutøvelse og samtidig en måte å livnære seg på. Økonomien i næringen er derfor relevant i en vurdering av om det foreligger krenkelse. «Etter mitt syn vil artikkel 27 i alle fall være brutt hvis en reduksjon av beitearealet fratrar reineierne muligheten til å fortsette med noe som naturlig kan karakteriseres som næringsvirksomhet» (avsnitt 134).

Etter denne generelle gjennomgang av SP artikkel 27 går Høyesterett over til *den konkrete vurdering av om rettighetene etter SP artikkel 27 er krenket*.

Førstvoterende påpeker at utbyggingen av vindkraftverkene har endret karakteren av beiteområdene fullstendig, og han uttaler:

«I tråd med lagmannsrettens bevisvurdering legger jeg til grunn at inngrepene fører til at siidaene mister vinterbeite på viktige landområder som reindriften – og dermed reineiernes kultur – er knyttet til senvinterstid. Utbyggingen vil på lengre sikt føre til tapte beitemuligheter i et slikt omfang at det ikke vil kunne kompenseres fullt ut ved å ta i bruk alternative beiteområder. Reintallene vil som

følge av dette mest sannsynlig måtte reduseres betraktelig» (avsnitt 136).

Utbyggingen vil ha alvorlige konsekvenser for økonomien i næringen. Fosen Vind har fremhevet at inntektene fra næringen aldri har vært store nok til å kunne leve av det. Reindriftnæringen er avhengig av statlige tilskudd. Det er derfor andre årsaker enn utbyggingen som truer næringen. Førstvoterende var ikke enig i dette, og uttaler at grunnlaget for reindriften i lang tid har vært inntekter fra driften, og i tillegg ulike tilskudd med formål å opprettholde næringen. «Reineierne i vår sak har klart seg med dette. Det er inngrepet som gir den vesentlige negative effekten for økonomien» (avsnitt 138).

Fosen Vind har videre anført at en meningsfull utøvelse av reindrift kan skje med betydelig lavere reintall. Høyesterett påpeker at det ikke er fremlagt dokumentasjon for dette. En reintallsreduksjon vil dessuten føre til betydelig minsket tilskudd.

Det måtte i vurderingen også vektlegges at den sørsamiske kulturen er særlig sårbar. Den tradisjonelle reindriftnæringen er bærebjelken for denne kulturen og for det sørsamiske språket. Inngrepet innebærer riktignok ikke en total nektelse av reineiernes rett til å utøve sin kultur på Fosen, men etter rettens syn vil vindkraftutbyggingen ha en vesentlig negativ effekt på deres mulighet for å dyrke denne kulturen (avsnitt 141).

Førstvoterende er «enig med Fosen Vind i at hensynet til «grønt skifte» og økt fornybar energiproduksjon er viktig» (avsnitt 143). Retten til miljø er en grunnleggende rettighet og kan derfor åpne for en interesseavveining i forhold til artikkel 27. Men i saken var det ikke påvist noen kollisjon mellom slike grunnleggende rettigheter. Førstvoterende peker på at NVE vurderte en rekke ulike vindkraftprosjekter på Fosen og i Namdal i 2009. Til tross for at de negative konsekvensene for reindriften har vært fremhevet gjennom hele prosessen, falt valget på blant annet Roan og Storheia. Hensynet til «det grønne skiftet» kunne vært ivarettatt ved å velge andre – og for reindriften mindre inngripende – utbyggingsalternativer. Da kunne ikke hensynet til miljøet få betydning ved vurderingen av om artikkel 27 her er krenket (avsnitt 143).

Om den konkrete vurdering så langt uttaler førstvoterende: «Uten tilfredsstillende avbøtende tiltak foreligger det dermed en krenkelse av SP artikkel 27, og konsesjonsvedtaket vil i så fall være ugyldig» (avsnitt 144).

Retten går deretter over å vurdere om konsesjonsvedtaket kan opprettholdes gjennom de foreliggende avbøtende tiltak.

#### *Erstatning for vinterfôring – avbøtende tiltak og tilpasning*

Avbøtende tiltak kan lede til at inngrepet ikke når opp til terskelen for krenkelse av SP artikkel 27. Av betydning i saken er de tilskudd som er gitt slakteanlegg

for Nord-Fosen siida, tilskudd for elektronisk reinmerking og til sperregjerde for Sør-Fosen sijte. Reindriften har også en tilpasningsplikt etter alminnelige ekspropriasjonsrettslige erstatningsprinsipper så lenge det ikke rokkes ved selve næringsgrunnlaget. Muligheten for tilpasning var imidlertid ikke belyst i saken.

Lagmannsretten hadde under tvil kommet til at erstatning for vinterforingen av reinen var et tilstrekkelig avbøtende tiltak for at artikkel 27 ikke var krenket. Førstvoterende uttalte at vinterføring etter lagmannsrettens modell avvek vesentlig fra tradisjonell, nomadisk reindrift. En slik føring, hvor halve reinflokkene i om lag 90 dager hver vinter skal være innenfor en relativt liten innhegning, var etter det opplyste ikke prøvd ut i Norge. Det var heller ikke fremlagt opplysninger om virkningen av en slik modell, blant annet for dyrevelferden. Det var usikkert om et slikt føringsopplegg er forenlig med reineierens rett til å utøve sin kultur SP artikkel 27. Spørsmålet hadde ikke vært gjenstand for en bred og grundig vurdering, og generelle reindriftsinteresser var ikke blitt hørt (avsnitt 149).

Det var også visse regulatoriske utfordringer ved den løsningen lagmannsretten har falt ned på. Etter reindriftsloven § 24 andre ledd kunne gjerder og anlegg som skal bli stående ut over en sesong, ikke oppføres uten godkjenning av departementet. Og etter reindriftsloven § 60 skal reintallet fastsettes ut fra det beitegrunnlaget som siidaen disponerer. Det var ikke belyst hvilken betydning et opplegg med vinterføring av dyrene i innhegning kunne ha for anvendelsen av reintallsbestemmelsen i § 60 (avsnitt 150).

Ifølge førstvoterende knyttet det seg så stor usikkerhet til lagmannsrettens opplegg med erstatning for vinterføring at dette opplegget ikke kunne få betydning for om SP artikkel 27 var brutt, og han uttaler: «Min konklusjon blir derfor at konsesjonsvedtaket strider mot reineierens rettigheter etter konvensjonsbestemmelsen» (avsnitt 151).

Konsesjonsvedtaket og ekspropriasjonsvedtaket var dermed ugyldig, Sør-Fosen sijte og Nord-Fosen siida fikk medhold i at skjønnet nektes fremmet.

*Kirsti Strøm Bull*

## FORSIKRINGSRETT

### Forsikringsselskapets regress mot selgeren ved boligselgerforsikring – HR-2021-2102-A

Hovedspørsmålet i saken var om forsikringsselskapets regress mot selgeren ved boligselgerforsikring som følge av uriktige opplysninger i egenerklæring reguleres av reglene om opplysningsplikt ved tegning (FAL §§ 4-1 og 4-2), eller av regelen om sikredes fremkalling av forsikringstilfellet (FAL § 4-9). Flertallet på fire dommere kom til at regress reguleres av reglene om opplysningsplikt ved tegning, mens en dommer fant det riktig å anvende regelen om fremkalling av forsi-

kringstilfellet. Begge fraksjoner fant at det var grunnlag for full regress mot selgeren. Dommen var derfor enstemmig til tross for uenighet om rettsanvendelsen.

Ved salg av bolig tegner selgeren gjerne boligselgerforsikring (tidligere kalt eierskifteforsikring) til dekning av kjøperens krav som følge av mangler ved boligen. Som ledd i tegning av forsikringen må selgeren fylle ut en egenerklæring med svar på en del spørsmål om boligen og om selgerens kjennskap til denne. Egenerklæringen er en del av salgsdokumentasjonen som kjøperen får tilgang til forut for kjøpet. Feil og mangler som opplyses i egenerklæringen, kan kjøperen ikke gjøre gjeldende som mangler mot selgeren eller mot boligselgerforsikringen, jf. avhendingsloven (avhl.) § 3-10. På den annen side vil feil opplysning i egenerklæringen kunne være et selvstendig grunnlag for mangel etter avhl. § 3-8 om uriktige opplysninger om eiendommen.

I saken for Høyesterett hadde selgeren krysset av for «nei» på skjemaets spørsmål om han hadde kjennskap til om det er «innredet/bruksendret/bygget ut kjeller eller loft eller andre deler av boligen». Dette svaret medførte at han ikke skulle besvare spørsmål om innredningen eller utbyggingen er godkjent av bygningsmyndighetene. Selgeren svarte også «nei» på et spørsmål om han kjente til manglende brukstilatelse eller ferdigattest.

Salgsoppgaven oppga 1925 som byggeår for boligen. Verditaksten opplyste om nytt tilbygg til den opprinnelige boligen.

Boligen ble solgt for 3 700 000 kroner med overtakelse i september 2016.

Kjøperne fremsatte flere reklamasjoner fra februar 2017. Reklamasjonene knyttet seg i hovedsak til den nye delen av boligen. I september 2017 ble det reklamert over at tilbygget ikke var «byggemeldt til kommunen». Det ble avklart at kommunen ikke hadde dokumenter om byggesak og søknadspliktige tiltak hos seg. På spørsmål fra forsikringsselskapet opplyste selgeren at han mente det var søkt om tiltaket for lenge siden.

I oktober 2017 søkte selgeren om byggetillatelse for tilbygget med unntak av garasje i underetasjen. Kommunen innvilget 25. oktober 2017 byggetillatelse med «selvbyggeransvar». Ifølge tillatelsen måtte tiltaket oppfylle kravene i forskrift 26. mars 2010 nr. 489 om tekniske krav til byggverk, omtalt som TEK10. Det viste seg at tilbygget ikke oppfylte kravene i TEK10. Etter at kjøperne i februar 2018 krevde heving og erstatning, subsidiært prisavslag for manglene, fremsatte forsikringsselskapet et forlikstilbud til kjøperne på 700 000 kroner, som kjøperne aksepterte. Utbetaling fant sted i juni 2018.

Forsikringsselskapet fremmet i desember 2018 regresskrav på 700 000 kroner mot selgeren. Det ble opplyst at beløpet knyttet til seg til kjøpernes kostnader med å bringe tilbygget opp til den standard som TEK10 krever. Selgeren avviste regresskravet.

Etter saksanlegg fra forsikringsselskapet mot selgeren dømte tingretten ham til å betale 741 093 kroner. I tillegg til utbetalingen til kjøperne omfattet beløpet forsikringsselskapets utgifter til egen takstmann og interne kostnader. Lagmannsretten forkastet anken over tingrettens dom. Saken ble så anket inn for Høyesterett. Forbrukerrådet har erklært partshjelp til fordel for selgeren.

Grunnlaget for regresskravet var selgerens uriktige svar i egenerklæringen om at han ikke kjente til innredning eller utbygging eller at det manglet brukstillatelse eller ferdigattest. Regressgrunnlaget forutsetter at kjøperne ikke kunne ha gjort gjeldende krav som følge av mangler ved tilbygget dersom selgeren hadde opplyst om utbyggingen, og at tilbygget manglet brukstillatelse og ferdigattest. Dersom kjøperen hadde opplyst om utbyggingen, måtte han også ha besvart neste spørsmål om hvorvidt innredning eller utbygging er godkjent av bygningsmyndighetene. Han måtte i tilfelle ha svart nei på dette. Kjøperne ville da fått et klart varsel om mulige bygningsmessige feil og mangler ved tilbygget.

Forsikringsavtaleloven har ingen regler som uten videre passer for regresskrav mot selgeren i boligselgerforsikring som følge av uriktige opplysninger i egenerklæringen. FAL §§ 4-1 og 4-2 gjelder forsikringstakerens opplysningsplikt overfor selskapet ved tegning av forsikringen. Reglene gjelder etter ordlyden opplysninger som kan ha betydning for selskapets vurdering av risikoen (§ 4-1 første ledd første punktum), for eksempel opplysning om brannsikring på en forsikret bygning. Det er klart at selgerens svar i egenerklæringen ikke inngår i selskapets risikovurdering på noen måte. FAL § 4-9 gjelder sikredes fremkalling av forsikringstilfellet, for eksempel ved at sikrede selv skader eller ødelegger den forsikrede gjenstanden. Heller ikke denne bestemmelsen passer uten videre godt på uriktige svar i egenerklæringen (se likevel nedenfor om at en av dommerne i Høyesterett mente noe annet om dette).

Begge de to regelsettene kan føre til at forsikringsutbetalingen settes ned eller faller bort (FAL §§ 4-2 og 4-9). I saken ble reglene drøftet som grunnlag for regress mot selgeren (sikrede) etter full utbetaling til kjøperen. Denne bruken av reglene var ikke omtvistet i saken.

Kravene til skyld hos selgeren som vilkår for nedsettelse eller bortfall – og dermed for regress – er ulike i de to regelsettene. Nedsettelse eller bortfall kan etter § 4-2 andre ledd skje allerede ved uaktsomhet fra forsikringstakerens side, med mindre det «bare er lite å legge ham eller henne til last». Virkningen etter § 4-9 inntreffer bare dersom forsikringstilfellet er fremkalt forsettlig av sikrede, eller grovt uaktsomt i andre forsikringer enn ansvarsforsikring. Det er ikke helt klart om boligselgerforsikring skal regnes som ansvarsforsikring i denne sammenhengen. Den dommeren som ville anvende § 4-9 i saken, fant ikke grunn til å ta standpunkt til dette, idet han mente at vilkåret om

forsettlig fremkalling av forsikringstilfellet uansett var oppfylt i saken, se nedenfor.

Selgeren mente at regress måtte vurderes etter § 4-9, og at vilkåret om forsett ikke var oppfylt. Selskapet mente at §§ 4-1 og 4-2 var korrekt rettsanvendelse, og at det var grunnlag for full regress etter disse bestemmelsene.

Førstvoterende drøftet §§ 4-1 og 4-2 som grunnlag for regress mot selgeren. Hun tok i avsnitt 39-42 utgangspunkt i det anstrengte forholdet mellom lovens ordlyd og opplysningene i selgerens egenerklæring. Dette gjelder innledningen i § 4-1 første ledd om opplysninger som kan ha betydning for selskapets vurdering av risikoen, og også avkortningsregelen i § 4-2 tredje ledd om at det ved avgjørelsen skal tas hensyn til hvilken betydning feilen har hatt for selskapets vurdering av risikoen. Underveis i drøftelsen konstaterte hun i avsnitt 43 at ordlyden i § 4-1 ikke stenger for at opplysningsplikten omfatter det å gi «riktige og fullstendige svar» på spørsmålene i egenerklæringsskjemaet. Etter en omfattende drøftelse med henvisning til andre rettskilder enn lovens ordlyd, herunder juridisk litteratur og praksis i Finansklagenemnda eierskifte, samt gjennomgåelse av forsikringsmessige hensyn og andre hensyn som gjør seg gjeldende, konkluderte hun i avsnitt 56 med at «uriktige egenerklæringer etter omstendighetene vil kunne føre til avkortning etter § 4-2, jf. § 4-1». Førstvoterende fikk, som allerede nevnt, tilslutning til dette av tre andre dommere.

Førstvoterende gikk deretter over til å se på omfanget av avkortning og dermed regress. Mens § 4-1 regulerer selve opplysningsplikten, regulerer § 4-2 virkningene av brudd på denne. Etter § 4-2 første ledd er selskapet uten ansvar overfor forsikringstakeren dersom han svikaktig har forsømt opplysningsplikten etter § 4-1. I andre tilfeller kan selskapets ansvar settes ned eller falle bort etter en skjønnsmessig vurdering, jf. andre og tredje ledd. Førstvoterende viste til lagmannsrettens bevisvurdering som ledet til den konklusjon at selgeren hadde svart bevisst uriktig og ufullstendig på de spørsmålene i egenerklæringen som er nevnt ovenfor. Hun sluttet seg til lagmannsrettens avgjørelse om at det var grunnlag for full avkortning av erstatningen. Selskapet fikk derfor medhold i full regress mot selgeren. Anken ble forkastet.

En av Høyesteretts dommere mente at FAL § 4-9 om fremkalling av forsikringstilfellet var korrekt rettsanvendelse i saken. Han viste til at §§ 4-1 og 4-2 var uanvendelige av grunner som også førstvoterende hadde problematisert i sitt votum. Denne dommeren mente at tilfellet med uriktige opplysninger falt inn under § 4-9: «I den utstrekning mangelsansvaret skyldes innholdet i skjemaet, er jo forsikringstilfellet direkte forårsaket av sikredes handlinger» (avsnitt 76). Dommeren fant at vilkåret om forsett var oppfylt ved at selgeren bevisst hadde gitt uriktige opplysninger, og konkluderte med full regress mot selgeren på samme måten som flertallet.

Flertallets syn på rettsanvendelsen innebærer en nyttig avklaring av et spørsmål som har vært usikkert, selv om praksis i hovedsak synes å ha vært i samsvar med det som flertallet i Høyesterett nå har lagt til grunn. Som førstvoterende redegjør for i dommens avsnitt 49 og 50, har praksis i Finansklagenemnda eierskifte variert noe over tid. Praksis har siden våren 2018 vært i samsvar med Høyesteretts syn i dommen. Dommen innebærer at selgeren risikerer regresskrav dersom han uaktsomt gir uriktige opplysninger i egenerklæringen, med mindre uaktsomheten er så liten at selgeren bare er lite å legge til last. Dommeren med særstandpunkt om § 4-9 gir for øvrig i avsnitt 79 uttrykk for at det strenge skyldkravet i § 4-9 kan føre til at selgeren unngår regress i tilfeller hvor det rettspolitisk kunne være på sin plass å gi selskapet adgang til regress.

Trygve Bergsåker

## IMMATERIALRETT

### Lenker, plattformer, databaser og dataprogrammer – oversikt over EU-praksis på opphavsrettsområdet i 2021

Opphavsrett er blant rettsområdene der antall saker for EU-domstolen har eksplodert det siste tiåret, med den betydning dette også har for norsk rettsutvikling (som følge av områdets EØS-relevans). 2021 er slik sett ikke det året det har kommet flest avgjørelser fra EU-domstolen, men noen viktige avklaringer har det vært. Symptomatisk nok gjelder alle sakene digital utnyttelse av åndsverk og nærstående prestasjoner, noe som understreker at rettsfeltet i stor utstrekning har «gone digital», selv om det fortsatt finnes problemstillinger knyttet til den «fysiske virkelighet» (se Ole-Andreas Rognstad, «The Distribution Right and its Exhaustion», Rosati m.fl., *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, 2021, 151–172). Her skal det gis en oversikt over EU-dommene på opphavsrettsområdet i 2021.

#### *Et nytt bidrag til «lenkesagaen» – sak C-392/19 (VG Bildkunst)*

Et problem som har vært diskutert omtrent siden Internettets spede begynnelse, har vært den opphavsrettslige håndteringen av lenker. I EU-domstolens praksis kom den første avklaringen i sak C-466/12 (Svensson) fra 2014, der EU-domstolen fastslo at utlegging av 'klikkbare' lenker til opphavsrettsbeskyttede verk i prinsippet innebærer at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten etter opphavsrettsdirektivet (dir. 2001/29) artikkel 3(1). Dette sto i en viss kontrast til Høyesteretts dom i Rt. 2005 s. 41 (Napster.no). Samtidig kom domstolen til at lenker til verk som fritt var lagt ut med rettighetshaveren selv eller med hennes samtykke, ikke ble gjort tilgjengelig for en «ny allmennhet». Slike lenker kunne dermed ikke anses som tilgjengeliggjøring for (overføring til) allmennheten, og dermed ikke

behøve opphaverens samtykke. Domstolen gikk langt i å antyde at dette gjaldt uansett hvilke typer lenker det var tale om, og i sak C-348/13 (BestWater), også avsagt i 2014, bekreftet EU-domstolen at også såkalte integrerte lenker («embedded links»; «inline links») ved bruk av rammer («framing»), som innebærer at det lenkede innholdet visuelt integreres i særskilte rammer på den nettsiden der lenken ligger, også innebar tilgjengeliggjøring for allmennheten så lange lenkene var lagt til verk som fritt var lagt ut på Internett. I Svensson-dommen fastslo domstolen at verkene imidlertid må anses som tilgjengeliggjort for en ny allmennhet der lenkene omgår restriksjoner som rettighetshaveren har satt for tilgangen til verket, jf. også sak C-279/13 (CMore). I sak C-160/15 (GS Media) fra 2016 bekreftet EU-domstolen at lenker til verk som er lagt ulovlig på Internett, som utgangspunkt anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten, selv om det ble tatt visse forbehold. Praksisen som er nevnt er relevant ved tolkningen av begrepene tilgjengeliggjøring for og overføring til allmennheten i den norske åndsverkloven § 3 (se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Universitetsforlaget 2019 s. 193–195 og s. 221 flg., særlig s. 243–248).

EU-domstolens dom av 9. mars 2021 i sak C-392/19 (VG Bildkunst) gir et ytterligere bidrag til tolkningen av begrepene tilgjengeliggjøring for og overføring til allmennheten i relasjon til lenker. I likhet med BestWater-saken gjengitt ovenfor var det tale om integrerte lenker ved bruk av rammer. Spørsmålet i saken var om en rettighetshaverorganisasjon i en lisensavtale (med Deutsche Digitale Bibliothek) kunne stille som betingelse for lisenstakerens utnyttelse av verkene, at det ble innsatt tekniske sperrer som hindret innsettelse av denne typer lenker. I sitt forslag til uttalelse hadde Generaladvokaten foreslått at det måtte skilles mellom 'klikkbare' og automatiske lenker, som det gjerne vil være tale om ved integrerte lenker, og at bruk av sistnevnte måtte anses som tilgjengeliggjøring (overføring) til allmennheten. EU-domstolen tok ikke dette videre, men fastholdt sin tidligere praksis som indikerte at «framing, der består i at opdele en side på et nettsted i flere rammer, og i en af disse rammer ved hjelp af et klikbart link eller et indlejret weblink (*inline linking*) at vise et element, der stammer fra et andet websted, således at brugerne af dette websted ikke kan se, hvorfra dette element stammer ... ikke udgør overføring » til almenheden« som omhandlet i [Infosoc-direktivet] artikkel 3, stk. 1, ... når der i forbindelse med framing anvendes den samme fremgangsmåde som den, der allerede anvendes til at overføre det beskyttede værk til almenheden på det oprindelige websted» (avsnitt 35 og 36).

Samtidig ga domstolen uttrykk for at en rettighetshaver som pålegger lisenstakere å innføre tekniske beskyttelsessystemer for å begrense adgangen til verk fra andre nettstedene enn tillatelsen dekker, har gitt uttrykk for at samtykket til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten er gitt med forbehold (avsnitt 42). EU-domstolen understreker slik sett betydningen av at

det er gitt samtykke til tilgjengeliggjøringen for allmennheten (se avsnittene 43–45). En viktig presisering, og avklaring, ligger likevel i at samtykket ikke kan begrenses på *annen måte* enn ved bruk av tekniske beskyttelsessystemer (avsnitt 46). Med andre ord vil ikke rent kontraktsmessige forbehold mot lenking ha noen betydning for om lenkingen anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten. Grunnen til det er at uten bruk av tekniske tiltak er vanskelig for enkeltpersoner å ta stilling til begrensningen i samtykket. Så fremt det derimot er lagt inn tekniske beskyttelsessystemer mot «framing», vil innleggelse av slike lenker på en tredjepartsside anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten, ifølge EU-domstolen (se avsnitt 47 flg.). Domstolen fremhever bl.a. at en annen løsning ville innebære «konsumpsjon» av overføringsretten i strid med opphavsrettsdirektivet art. 3(3) og frata rettighets-haveren muligheter for å få et rimelig vederlag for utnyttelsene av verkene (avsnitt 53). Det EU-domstolen imidlertid *ikke* sier noe om, er hva konsekvensen blir dersom lisenstakeren bryter kontraktsforpliktelsen og lar være å innføre tekniske beskyttelsessystemer. I den situasjonen vil ikke enkeltpersoner og andre brukere rimeligvis kunne kjenne til det underliggende kontraktsforholdet, og situasjonen vil være den samme som ved rent kontraktsmessige forbehold. Mye kan derfor tyde på at lenking i en slik situasjon ikke vil innebære tilgjengeliggjøring for allmennheten. Mulig unntak kan tenkes i fall den som lenker kjenner eller burde kjent til forbeholdet om tekniske beskyttelsessystemer, jf. per analogi sak C-160/15 (GS Media), avsnitt 47 og 48 (se også nærmere Sebastian Felix Schwemer, «Linking after VG-Bild-Kunst: Essential functionality and never-ending story?», i Rosenmeier m.fl., *Festskrift til Jørgen Blomqvist*, Ex Tuto 2021, s. 623–640).

#### *En tydeliggjøring av plattformansvaret – forente saker C-682/18 og C-683/18 (YouTube/Cyando)*

Et annet spørsmål som har vært heftig debattert – mulig med enda større styrke enn lenkene – er det såkalte plattformansvaret, det vil si ansvaret for tjenester som stiller infrastruktur til rådighet for brukere som deler opphavsrettsbeskyttet innhold. I den mye omdiskuterte bestemmelsen i digitalmarkedsdirektivet (2019/70) art. 17 er det fastlagt et klareringsansvar for kvalifiserte plattformer – definert i direktivet som «online content-sharing service providers» (OCSS-er), jf. direktivet art. 2(6). Ansvaret omfatter bl.a. tjenester som har som sitt hovedformål, eller ett av sine hovedformål, å lagre store mengder opphavsrettsbeskyttede verk mv. som er lastet opp av brukerne og som tjenesten organiserer og promoterer for kommersielle formål. Det er nærliggende å tenke på YouTube som en tjeneste som går rett inn i den definisjonen.

Like fullt avsa EU-domstolen 17. juni 2021 dom i en sak som omfattet YouTube, men som var anlagt før vedtakelsen av digitalmarkedsdirektivet, og som dermed gjelder bestemmelsene om plattformansvaret

forut for dette direktivet. Nærmere bestemt var det spørsmål om tolkningen av opphavsrettsdirektivet art. 3(1), og spørsmålet om plattformen kan sies selv å overføre opphavsrettsbeskyttede verk til allmennheten i bestemmelsens forstand. Videre var det spørsmål om tolkningen av ansvarsfritaket i ehandelsdirektivet art. 14 (som i norsk rett er gjennomført i ehandelsloven § 18), som etter digitalmarkedsdirektivet art. 17(3) ikke skal gjelde for plattformene som defineres som OCSS-er. Mens EU-domstolens tolkning av disse bestemmelsene ikke vil antas å få betydning for plattformer som YouTube etter vedtakelsen og gjennomføringen av digitalmarkedsdirektivet (som for norsk rett ligger noe frem i tid), vil den få betydning for plattformer som ikke faller inn under OCSS-definisjonen. Foruten ikke-kommersielle plattformer, vil det omfatte plattformer som ikke lagrer ‘store mengder’ materiale, f.eks. peer to peer-plattformer, søkemotorer, og som nevnt i direktivets art. 2(6) blant annet nettmarkeds plasser (les: ebay), B2B skytjenester og skytjenester for brukernes egen lagring.

Kort fortalt avklarer EU-domstolen i *YouTube/Cyando* at plattformer ikke anses for å gjøre verk som brukere ulovlig har lastet opp på plattformen tilgjengelig for allmennheten bare i kraft av å stille materialet til rådighet. Dette innebærer at det ikke er tilstrekkelig for ansvar i så henseende at plattformen har generell kunnskap om at det deles ulovlig innhold der (avsnitt 85). Avklaringen er viktig fordi EU-domstolen i sak C-610/15 (Ziggo) kom til at peer to peer-plattformen Pirate Bay overførte verk til allmennheten selv om den nødvendigvis ikke hadde konkret kunnskap om de filene som ble delt på nettverket. Det avgjørende i den saken var at tjenesten foretok aktive handlinger for å promotere og tilskynde til ulovlige handlinger. Dette fremholdes også i *YouTube/Cyando* som et moment i vurderingen. Et annet moment, som kan medføre at plattformen anses for å overføre verket til allmennheten er at den ikke foretar seg noe aktivt for å hindre deling av ulovlig materiale, som å installere filtreringsmekanismer (se avsnitt 84). Videre fremgår det at plattformen har plikt til å reagere på konkrete meldinger om at det foregår ulovlig aktivitet, og at den vil kunne anses å overføre verk til allmennheten dersom den ikke gjør det (avsnitt 85).

Når det gjelder ansvarsfritaket i ehandelsdirektivet art. 14, uttaler EU-domstolen at det ikke får anvendelse hvis plattformen anses for å overføre ulovlig utlagte verk til allmennheten (avsnitt 106). I en slik situasjon vil plattformen ikke anses som så passiv som kreves for at ansvarsfrihetsregelen skal få anvendelse (avsnitt 108, jf. avsnitt 105). Derimot fastslår EU-domstolen at det forhold at plattformen indekserer innhold, har søkemotorer og anbefaler materiale basert på brukerprofil og søkehistorikk, ikke er tilstrekkelig for å etablere kunnskap som utelukker fra ansvarsfrihet, og motsatt etablerer ansvar (avsnitt 114). Videre presiserte domstolen også at meldingene om inngrep må være

tilstrekkelig presise og grunnlagt for at ansvarsfriheten etter ehandelsdirektivet ikke inntreffer (avsnitt 115).

Dommen klargjør endel spørsmål knyttet til «det tradisjonelle plattformansvaret», men i motsetning til Generaladvokatens uttalelse går EU-domstolen ikke inn i forholdet mellom digitalmarkedsdirektivet og Infosoc-direktivet. I motsetning til det Generaladvokaten ga uttrykk for, er det ikke nødvendigvis treffende å si at direktivene representerer ulike «regimer» for plattformansvaret. Begge bygger på at plattformene under gitte omstendigheter overfører verk til allmennheten, men betingelsene for henholdsvis ansvar og ansvarsfrihet vil være noe ulike.

*BitTorrent-nettverk: brukeransvar, rettighetsinnehaver og bruk av persondata – sak C-597/19 (Mircom)*

I en dom avsagt noen dager etter *YouTube/Cyando*, 23. juni 2021, behandlet EU-domstolen noen andre spørsmål knyttet til ansvar ved bruk av plattformer. *Mircom* gjaldt, i likhet med C-610/15 (*Ziggo*), såkalte BitTorrent-nettverk, som innebærer at brukere ikke tilgjengeliggjør hele verk, men biter av filer, og som likevel har fildeling som konsekvens som følge av programvaren som brukes. Mens EU-domstolen i *Ziggo* kom til at plattformen som tilrettelegger for fildeling basert på BitTorrent-klienter måtte sies selv å gjøre verk tilgjengelig for allmennheten, var spørsmålet i *Mircom* om brukerne også måtte sies å gjøre det. Bakgrunnen for spørsmålet fra den belgiske domstolen om dette, er nettopp at brukerne ikke laster opp verkene som sådan, men bare biter av informasjon, som like fullt gjør at filene som sådan kan rekonstrueres. EU-domstolen besvarte spørsmålet bekreftende, nettopp med henvisning til at det er irrelevant at 'bitene' som overføres er ubrukelige i seg selv, så lenge hvilken som helst bruker kan rekonstruere den originale filen på grunnlag av bitene (avsnitt 43). Så lenge brukerne vet at det er slik programvaren og nettverket fungerer, må hun sies å handle med full kjennskap til konsekvensene av sine handlinger (avsnitt 49), noe EU-domstolen gjentatte ganger har konstatert er et grunnvilkår for at det foreligger en overføring av verk til allmennheten (se avsnitt 48, med henvisning til VG Bild Kunstdommen som er omtalt ovenfor).

I tillegg avklarte EU-domstolen et par andre spørsmål som var oppe i saken. For det første fastslo domstolen at en person eller virksomhet som ikke selv utnytter åndsverkene, men som utelukkende tjener på å håndheve rettighetene, kan dra fordel av rettighetene som følger av det såkalte håndhevingsdirektivet (2004/48), som for øvrig ikke er en del av EØS-avtalen. For det andre konstaterte domstolen at det ikke er i strid med personvernreglene i GDPR å samle IP-adresser og formidle postadresser til brukeren som angivelig har vært involvert i opphavsrettskrenkelser, forutsatt at aktivitetene holder seg innenfor visse lovbestemte rammer.

*Databasevernet: vern mot spesialiserte søkemotorer – sak C-762/19 (CV Online Latvia)*

I sin dom av 3. juni 2021 tok EU-domstolen stilling til anvendelsen av det såkalte sui generis-vernet for databaser i databasedirektivet (1996/9) artikkel 7, som i norsk rett er gjennomført i åndsverkloven § 24, der en søkemotor innrettes slik at den genererer søk i andres databaser. Saksøker (*CV Online Latvia*) driftet en database med stillingsannonser som var åpent tilgjengelig på Internett. Søkemotoren *Melon* var innrettet slik at den kopierte og indekserte hele databasen til *CV Online*, og andre tilsvarende databaser, for på den måten å gjøre det mulig for egne brukere å få tilgang til stillingsannonsene på de andre nettstedene ved bruk av søkemotoren. Saken hadde en viss likhet med en tidligere sak, C-202/12 (*Innoweb*), der EU-domstolen fant at det forelå et inngrep i databaseretten. Den saken gjaldt imidlertid en såkalt metasøkemotor som gjorde bruk av andre nettsteders søkefunksjoner for å søke i disse nettstedenes databaser. I *CV Online Latvia* benyttet søkemotoren (*Melon*) sine egne søkefunksjoner for å søke i de andre databasene. EU-domstolen kom her til at det forelå uttrekk og gjenbruk av hele eller vesentlige deler av *CV Online Latvias* database, så fremt innehaverne av databasen ble fratatt inntektene som skulle gi vedkommende mulighet for å avskrive omkostningene ved sin investering (avsnitt 37 fig.). Dette var det opp til den latviske domstol å avgjøre.

Tilnærmingen er noe overraskende, ettersom vesentlig investering er et krav for at databasen har vern, mens hovedkriteriet for at inngrep foreligger er at det er foretatt uttrekk eller gjenbruk av hele eller vesentlige deler av databasen. Slik søkemotoren var innrettet kunne det synes klart at vilkåret for inngrep var oppfylt, men EU-domstolen fant tydeligvis et behov for å foreta en interesseavveining mellom databaseinnehaverens og brukernes interesser (avsnitt 41). Det er alltid bra, men faren med tilnærmingen er at det svekker forutberegneligheten av et vern som er forbundet med mange vanskelige kriterier og avveininger fra før. Om EU-domstolen her har innført et nytt lag av vurdering på toppen av bestemmelsens egne kriterier, gjenstår å se (jf. også Torger Kielland, «Nytt i opphavsretten i 2021», *Juridika Ekspertkommentar*). Ettersom EU-domstolen her trekker på argumenter som var fremme i den tidligere *Innoweb*-saken, kan det imidlertid tenkes at interesseavveiningen er særskilt myntet på spesialiserte søkemotorer, og ikke er innført som et helt generelt kriterium i inngrepsaker.

*Rettsbeskyttelse av dataprogrammer: adgang til dekompilering – sak C-13/20 (Top Systems)*

Den foreløpig siste avgjørelsen på opphavsrettsområdet i 2021 gjelder tolkningen av dataprogramdirektivet (i saken dir. 91/250, som senere er erstattet av dir. 2009/24, men uten materielle endringer). Saken oppsto i Belgia, i kjølvannet av et samarbeid mellom et

offentlig organ (Selor) og programvareutvikler (Top Systems), som innebar at sistnevnte utviklet IT-verktøyer spesialtilpasset for førstnevntes virksomhet. Det oppsto problemer med programvarens funksjonalitet, og da partene ikke lyktes i å oppnå enighet om løsningen, foretok Selor en såkalt dekompile- ring av programmet for selv å løse funksjonalitetsspørsmålet. Dekompilering innebærer at programmet maskinlesbar form (objektkode) rekonstrueres til ikke maskinlesbar form (kildekode), noe som er nødvendig for å kunne løse funksjonalitetsproblemene så lenge man ikke selv har tilgang til kildekoden.

Top Systems gikk til sak, og den belgiske domstolen stilte spørsmål til EU-domstolen om adgangen til å dekompile etter dataprogramdirektivet. I utgangspunktet finnes det en særregel i direktivet om adgang til dekompile- ring (art. 6, som tilsvarer åndsverkloven § 42). Denne særregelen er imidlertid begrenset til situasjoner der dekompile- ring er nødvendig for å oppnå interoperabilitet med andre programmer, noe det ikke var tale om i denne saken. Det oppsto derfor spørsmål om bestemmelsen i direktivet art. 5(1) (tilsvarende åndsverkloven § 41 første ledd) som gir en generell adgang til å fremstille eksemplarer av dataprogrammet for å kunne rette feil i programmet. EU-domstolen kom til at denne bestemmelsen også er anvendelig ved dekompile- ring, selv om den ikke uttrykkelig nevner dette formålet. Forutsetningene er at feilene som rettes påvirker programmets funksjon, og at dekompile- ringen er nødvendig for å rette feilene. EU-domstolen bemerket at det ikke er nødvendig med dekompile- ring når lisenstakeren har lovlig tilgang til kildekoden (avsnitt 63), men også at partene ikke kan avtale seg bort fra adgangen til å rette enhver feil (avsnitt 66). Men partene kan avtale nærmere fremgangsmåten for utøvelsen av muligheten til feilretting (avsnitt 67).

*Ole-Andreas Rognstad*

### **Ny lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv.**

Den 28. mai 2021 ble den nye loven om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv. vedtatt (l. 49/2021). Loven gjennomfører EU-direktiv 2014/26 om det samme. Loven gir regler om rettighetshavernes rettigheter overfor organisasjonene, om medlemskap og medbestem- melsesrett, krav om styring og intern kontroll, om fordeling av vederlagsmidler og forvaltning på vegne av andre organisasjoner, om organisasjonens forhold til brukere og bestemmelser om rapportering og inn- syn. I tillegg er det særbestemmelser om grensekryssende lisensiering til nettrrettigheter av musikkverk og regler om håndheving og sanksjoner ved overtredelse av lovens bestemmelser.

*Ole-Andreas Rognstad*

## **SELSKAPSRETT**

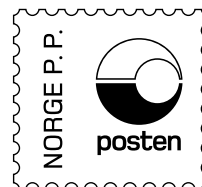
### **Beregning av en selskapskreditors erstatnings- krav mot selskapets styremedlemmer – HR-2021-967-A**

En virksomhet, heretter «Selskapet», hadde engasjert Landskapsentreprenørene AS til å bistå i et byggepro- sjekt som pågikk fra sommeren 2015 til høsten 2016. Landskapsentreprenørene sendte jevnlig fakturaer, som til en viss grad ble betalt, men sjelden ved forfall. Utestående beløp varierte derfor i hele perioden. Det ble åpnet konkurs i Selskapet i 2017, og da hadde Land- skapsentreprenørene et krav på 1.786.096 kroner, som ble meldt i boet. Det ble imidlertid ikke foretatt noen dividendeutbetaling. Landskapsentreprenørene sak- søkte styremedlemmene i selskapet med anførsel om at de hadde gitt mangelfull informasjon om selskapets økonomiske stilling til Selskapets kreditorer. Kravet ble tatt til følge i lagmannsretten, som kom til at sel- skapet var insolvent allerede i 2015 og at det i hvert fall var erstatningsbetingende uaktsomt å ikke infor- mere kreditorene fra årsskiftet. Styremedlemmene ble dømt til å betale samlet 1.375.357 kroner til Land- skapsarkitektene. Dommen ble påanket til Høyesterett, men det var bare spørsmålet om årsakssammenheng/ økonomisk tap som slapp inn. Ansvarsgrunnlaget var således rettskraftig avgjort.

Landskapsentreprenørene krevde erstatning for tap knyttet til alle krav oppstått etter 1. januar 2016 som ikke var gjort opp, siden dette tapet kunne vært unn- gått dersom kreditorene hadde fått tilstrekkelig infor- masjon om selskapets økonomi. Styremedlemmene anførte at det måtte tas hensyn til at Landskapsentreprenørene hadde et betydelig krav 1. januar 2016, som delvis hadde blitt nedbetalt i de påfølgende månedene. Dersom styremedlemmene hadde opptrådt aktsomt og informert kreditorene i januar 2016, ville konkurs blitt åpnet umiddelbart. Da kunne ikke denne nedbe- talingen ha skjedd, og Landskapsentreprenørenes tap hadde blitt større.

Høyesterett tok utgangspunkt i at kreditor har krav på å få erstattet økonomisk tap som er forårsaket av styremedlemmenes uaktsomme unnløstelse, og med henvisning til Rt. 1992 s. 64 (p-pilledom I) ble det lagt til grunn at årsakskravet vanligvis er oppfylt «dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unn- løstelsen tenkes borte». Det ble videre vist til Rt. 2003 s. 400 avsnitt 49, hvor det ble lagt til grunn at det må foretas en vurdering av et hypotetisk hendelsesforløp hvor krav til informasjon hadde vært oppfylt, og tas stilling til hvordan skadelidte da ville handlet. Skade- lidte har bevisbyrden for usikkerhet knyttet til et slikt hypotetisk hendelsesforløp, jf. også Rt. 2000 s. 679. Høyesterett konkluderte med at det skal foretas en sammenligning mellom det faktiske hendelsesforløpet og det hypotetiske for det tilfelle at Landskapsentreprenørene hadde fått informasjon om selskapets øko-

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



nomi, og den økonomiske differansen utgjør tapet som kan kreves erstattet (avsnitt 30).

I den konkrete vurderingen la Høyesterett til grunn at dersom Landskapsentreprenørene hadde fått nødvendig informasjon om selskapets økonomi etter at insolvensen inntraff, ville ikke Landskapsentreprenørene utført ytterligere arbeider. Krav oppstått etter dette tidspunkt som ikke er betalt, utgjør derfor tap som kan kreves erstattet. Men deretter kommer en viktig presisering i avsnitt 34, hvor førstvoterende uttaler: «Skal differansebetraktningen jeg redegjorde forbli fullstendig, må også andre sannsynlige virkninger av at styremedlemmene hadde opptrådt aktsomt, trekkes inn i vurderingen». Det ble lagt til grunn at den eldre gjelden oppstått før uaktsomheten inntrådte, ikke ville blitt betalt, verken ved en umiddelbar konkurs eller i en situasjon hvor Selskapet hadde fortsatt virksomheten i en periode. Kristin Normann argumenterer i sin doktoravhandling *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper*, 1994 s. 562–563 for at det erstatningsmessige tapet i slike situasjoner utgjør økningen av det samlede kravet i perioden fra uaktsomheten inntraff, og ikke bare summen av nye krav. Høyesterett kom på denne bakgrunn til at det krav som skal erstattes er summen av nye krav etter uaktsomhetstidspunktet, med fradrag av eldre krav som allerede eksisterte, og som ble betalt frem mot konkursåpning. Det ble lagt til grunn at betaling av eldre krav ikke ville funnet sted om styremedlemmene ikke hadde opptrådt uaktsomt.

Det siste spørsmålet var hvilket tidspunkt som skulle anses som uaktsomhetstidspunktet. Landskapsentreprenørene anførte at det ble utvist gjentatt uaktsomhet, og at skadelidte står fritt til å velge hvilken uaktsom unnlattelse det kreves erstatning for. Det ble derfor

krevet erstatning med utgangspunkt i august 2016 da gjelden var på sitt laveste, slik at fradraget i erstatningen også ble lavest. Styremedlemmene anførte at uaktsomhetstidspunktet var det lagmannsretten la til grunn, 1. januar 2016, og at hele det beløp som da var utestående skulle trekkes fra. Høyesterett fant at det var best i samsvar med differansebetraktningen som erstatningsutmålingen bygger på å se på styremedlemmenes forhold som en sammenhengende uaktsom unnlattelse, som inntraff 1. januar 2016. Det fremstod også som rimelig at Landskapsentreprenørene måtte tåle fradrag for betalinger de fikk i perioden etter dette. Den samlede gjelden 1. januar 2016 var mer enn 2 millioner kroner, og dette ble redusert til 1,7 millioner kroner ved konkursåpning. Landskapskreditorene hadde dermed ikke lidt noe tap og styremedlemmene ble frifunnet.

Høyesteretts presisering av at ved formuestap skal den økonomiske differansen mellom faktisk og hypotetisk hendelsesforløp erstattes, og at skadelidte har bevisbyrden for den usikkerhet som inntreffer ved vurderingen av hypotetisk hendelsesforløp, er viktig på flere rettsområder. Det samme gjelder presiseringen av at det i differansebetraktningen må ses på samlede virkninger av den skadevoldende handling, også de som kommer skadelidte til gode. Eksempelvis kan man ved beregning av erstatning etter mislighold av aksjekjøpskontrakter måtte legge an en bred vurdering for å beregne kjøpers erstatningsmessige tap, hvor det ikke bare ses på direkte tapsposter knyttet til misligholdet, men også fordeler oppstått som følge av situasjonen.

*Margrethe Buskerud Christoffersen*

## Nytt i privatretten

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

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

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

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

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

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2021  
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer februar 2022.