



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Klassifiseringen av arbeidsavtalen (HR-2016-1366-A (Avlaster II))

Saken gjaldt den arbeidsrettslige klassifiseringen av et avtaleforhold med en kommune. Spørsmålet var om en kvinne som arbeidet som avlaster og støttekontakt, skulle anses som arbeidstaker i kommunen. Høyesterett kom under dissens (4-1) til at kvinnen var arbeidstaker.

Søksmålet var utløst av Høyesteretts dom i Rt. 2013 s. 354 (Avlaster I), der en avlaster ble tilkjent feriepenge som arbeidstaker i Oslo kommune. Saken hadde også enkelte likhetstrekk med Rt. 2013 s. 342 (Beredskapshjem), der en fostermor i beredskapshjem *ikke* ble ansett å være arbeidstaker i staten ved Bufetat. Den nye avgjørelsen bidrar dermed til å klarlegge arbeidstakerbegrepets grenser i offentlig tjenesteproduksjon. Dommen bidrar i tillegg til å tydeliggjøre prinsippene for arbeidsrettslig klassifisering mer generelt.

Kommuner plikter å tilby avlastning og støttekontakt, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 nr. 6. Kvinnen hadde fra 2003/2004 inngått separate avtaler med Ålesund kommune om avlastning og arbeid som støttekontakt for en gutt med Downs syndrom. Avtalene

var betegnet som «oppdragsavtaler». Det het uttrykkelig at kvinnen ikke var arbeidstaker i kommunen, ikke hadde krav på feriepenge eller sykepenge og ikke var inkludert i kommunens pensjons- og forsikringsordninger. Avtalene løp normalt for to år av gangen, med én måneds gjensidig oppsigelsesfrist. Avlastningen var avtalt til to døgn per måned og ble gjennomført ved at kvinnen hadde gutten boende hos seg én helg i måneden. Arbeidet som støttekontakt hadde en ramme på 20 timer per måned og ble gjennomført på ukedager, tilpasset guttens ønsker og behov. Kvinnen hadde i tillegg hatt andre stillinger i kommunen der hun arbeidet med gutten, blant annet i barnehage og skole.

Kvinnen utførte avlastningen i sitt eget hjem. På dette punktet skilte saken seg fra *Avlaster I*, der avlastningen ble gjennomført i familiens hjem, med liten frihet i utførelsen. I *Beredskapshjem* var nettopp tilknytningen til hjemmet en sentral del av begrunnelsen for at fostermoren ikke var arbeidstaker. Det «å stille til rådighet et hjem hvor fosterbarnet så langt mulig skal være som et *familiemedlem*», var en oppgave som «i sine grunntrekk [skiller seg] klart fra hva som naturlig kan karakteriseres som 'arbeid i annens tjeneste'» (avsnitt 62).

I den nye avgjørelsen utdypet flertallet de rettslige utgangspunktene for klassifiseringen før det ble gjort en konkret vurdering av kvinnens stilling. Mindretallet (dommer Falch) sluttet seg til utgangspunktene, men dissenterte i de konkrete vurderingene.

Innledningsvis ble partenes klassifisering av avtalene kommentert. Førstvoterende fremholdt at siden arbeidsmiljøloven er preceptorisk, har dette ingen betydning. Klassifiseringen styres av bakgrunnsretten og lovgivningen (avsnitt 56). En eventuell tradisjon for å behandle avlastere og støttekontakter som oppdragstakere, kunne derfor ikke få betydning (avsnitt 57). Her er det grunn til en presisering. Loven er preceptorisk til arbeidstakers *ugunst*, og partenes klassifisering i denne saken tilsa at avtalen *ikke* var en arbeidsavtale. Hadde partene derimot klassifisert avtalen som en arbeidsavtale, kunne det blitt tillagt en viss vekt. ARD 1968 s. 36 illustrerer for øvrig at en tradisjon for å behandle noen som arbeidstakere, kan få betydning.

Innhold nr. 3

Arbeidsrett	1
Arverett	3
Erstatningsrett	4
Familierett	5
Fast eiendom	5
Immaterialrett	9
Internasjonal privatrett	10
Kontraktsrett	11
Personvernrett	19
Selskapsrett	21
Tvisteløsning	23

Det sentrale utgangspunktet er at klassifiseringen beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering ut fra nærmere angitte momenter, der de *reelle* forholdene skal være avgjørende (avsnitt 58 og 62). Formålet med vurderingen fremheves ved å sitere fra *Avlaster I*: «Det er lovgivers intensjon at de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven, ferieloven mv., blir vernet. Arbeidstakerbegrepet skal derfor gis en vid tolkning ...» (avsnitt 60). Vurderingen skal altså sikre at arbeidspersoner med et tilstrekkelig vernebehov, blir omfattet av lovgivningens vern.

Et annet viktig utgangspunkt er at klassifiseringen skal skje ut fra alminnelige prinsipper selv om helse- og omsorgstjenesteloven bygger på at kommunen skal ha en frihet i organiseringen av tjenestene (avsnitt 61–62). Kommunens behov for fleksibilitet, hensynet til brukerstyring mv. må i tilfelle ivaretas *innenfor* en arbeidsrettslig ramme. Det ble sagt klart i *Avlaster I* (avsnitt 58–60) og bekreftet her.

Når det gjelder de angitte momentene i helhetsvurderingen, er det bred enighet om deres relevans. Men rettspraksis har i liten grad oppstilt retningslinjer for momentenes vekt eller for selve avveiningen. Det er derfor verd å merke seg når Høyesterett her gjør det.

To av momentene løftes frem som spesielt viktige. *Styringsrett* – «spørsmålet om arbeidsgiverens ledelse og kontroll» – står «særlig sentralt» (avsnitt 63). *Personlig arbeidsplikt* betraktes som en forutsetning for å klassifisere avtalen som en arbeidsavtale. Dersom kvinnen kunne latt medhjelpere utføre arbeidet, ville en arbeidsavtale være «utelukket» (avsnitt 70). Flertallet understreker samtidig at personlig arbeidsplikt ikke er tilstrekkelig – også oppdragsavtaler kan være strengt personlige. Retten synes videre å legge til grunn at den personlige arbeidsplikten må ha en *løpende* karakter. Flertallet slår fast at kvinnen «utvilsomt» hadde «plikt til å stille sin egen arbeidskraft til disposisjon» (avsnitt 69). Mindretallet slutter opp om utgangspunktene og fremhever det avhengighetspreget som følger med personlig arbeidsplikt og organisatorisk underordning (avsnitt 94).

En samlet Høyesterett bygger altså på at klassifiseringen av avtalen normalt beror på om det foreligger (løpende) personlig arbeidsplikt og styringsrett. Dette skaper avhengighet og skal derfor utløse lovgivningens vern.

Dommen gir også veiledning for den nærmere bedømmelsen av om det foreligger styringsrett. Det er ved denne bedømmelsen at mindretallet dissenterer.

Et spørsmål er om rettslig styringsadgang eller faktisk styring er avgjørende. Flertallet poengterer at kravet til styringsrett er oppfylt der det faktisk utøves ledelse og kontroll (avsnitt 64). Samtidig «må det under enhver omstendighet være tilstrekkelig ... at arbeidsgiveren har rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll» (avsnitt 65). At det i den konkrete situasjonen ikke er noe ledelsesbehov, utelukker altså ikke en arbeidsavtale. Ellers ville man åpne for å bedømme identiske stillingskategorier forskjellig, noe flertallet mener det ikke er gode grunner for. I denne sammen-

hengen fremholder førstvoterende: «Spørsmålet er altså ikke om det rent faktisk utøves arbeidsledelse.» Denne uttalelsen kan ikke forstås slik at faktisk ledelse og kontroll er irrelevant. Utsagnet gjelder situasjonen der arbeidsgiver *har* rettslig adgang til å utøve styring. I slike tilfeller er det ikke avgjørende om adgangen faktisk er benyttet. Men retten hadde allerede sagt klart (i avsnitt 64) at faktisk ledelse og kontroll oppfyller kravet om styringsrett. Der det er usikkert om arbeidsgiver har rettslig adgang til å utøve styring, vil det altså være tilstrekkelig å konstatere at det faktisk skjer. Flertallets konkrete vurdering bekrefter denne forståelsen. Førstvoterende peker først på at kvinnen faktisk mottok tilsvarende instruksjoner som i *Avlaster I*, og føyer deretter til at hun «uansett» hadde plikt til å rette seg etter veiledning fra kommunen (avsnitt 73–74). Mindretallet legger derimot til grunn at kommunen «har avgrenset seg mot å styre og lede» (avsnitt 99).

Et annet spørsmål ved bedømmelse av styringsrett er om det kun er den eventuelle arbeidsgiverens styring som har betydning. Det har særlig betydning i trepartsforhold der en annen enn avtaleparten – en bruker eller en kunde – utøver ledelse og kontroll. Flertallet bekrefter det som ble lagt til grunn i *Avlaster I*, at løpende instruksjoner fra tjenestemottakeren oppfyller kravet til styringsrett (avsnitt 64). Det er viktig å merke seg at det ikke er kommunens ansvar etter helse- og omsorgstjenesteloven som begrunner et slikt perspektiv. Begrunnelsen er lovgivningens verneformål (avsnitt 72). Man skal ikke havne i et «arbeidsrettslig tomrom» fordi styringen utøves av en annen (avsnitt 73). Samme perspektiv må derfor kunne legges til grunn for andre typer av trepartsforhold. Mindretallet virker imidlertid mindre tilbøyelig til å trekke inn brukernes instruksjoner (avsnitt 100).

Flertallet vurderte i tillegg to andre momenter, om arbeidsgiver stiller arbeidsrom mv. til rådighet, og om arbeidsgiver har risikoen for arbeidsresultatet. Momentet om risikoen for arbeidsresultatet «passer [ikke] så godt på en løpende omsorgsyttelse» (avsnitt 78) og ble ikke tillagt vekt. At kvinnens hjem ble benyttet som arbeidsrom for avlastningen, var heller ikke avgjørende. Kjernen i avlastningsoppdraget er å yte avlastning, ikke – som i *Beredskapshjem* – å tilby et hjem der barnet fungerer som et familiemedlem (avsnitt 75). Flertallet tonet også ned vekten av dette momentet: «Å kunne tilby sin egen bolig som base for tjenesten ... er som sådan ikke en omstendighet som alene kan gjøre tjenesten til et oppdragsforhold» (avsnitt 80). Mindretallet fant på sin side at arbeidet i eget hjem «understøtter den frihet hun har i forholdet» (avsnitt 101).

En samlet vurdering av avtalen om avlastning tilsa etter flertallets syn at kvinnen måtte anses som arbeidstaker. Hennes stilling som støttekontakt måtte bli den samme fordi også denne avtalen var av personlig karakter og inngikk i et «helhetlig og sterkt brukerstyrt tjenestetilbud» (avsnitt 81). Det ble imidlertid understreket at klassifiseringen av andre enkeltstående avta-

ler om støttekontakt må gjøres konkret. Her kan det spores en viss motsetning til uttalelsene ovenfor om at ulik bedømmelse av personer i samme stillingskategori vil være uheldig. At Høyesterett vurderer to saker om avlasteres arbeidsrettslige stilling kort tid etter hverandre, indikerer også at det kan være grunn til ulik bedømmelse av personer i samme type stilling, avhengig av de konkrete forholdene.

Etter mitt syn er det positivt at Høyesterett ikke knytter vurderingen slavisk til en momentliste som ikke passer for alle typer tvilstilfeller. Det er også verdifullt at retten bidrar til å klargjøre de sentrale vurderingstemaene. At (løpende) personlig arbeidsplikt og styringsrett er de sentrale momentene, er i tråd med tidligere høyesterettspraksis, men er ikke sagt like klart før.

Det viktigste er, slik jeg ser det, at Høyesterett stadfester betydningen av ledelse og kontroll utøvet av tredjeparter. Dette har klar overføringsverdi til andre varianter av trepartsavtaler, blant annet slike som nå vokser frem i den såkalte «delingsøkonomien». Et slikt perspektiv på bedømmelse av styringsrett er antakelig nødvendig hvis lovgivningen skal fungere i tråd med intensjonen om å verne «de som har behov for vernet».

Marianne Jenum Hotvedt

ARVERETT

Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Borgarting lagmannsretts dom av 1. juli 2016 (LB-2015-162024)

En ektemann overførte en hytteeiendom til sin hustrus særeie kort tid etter inngåelse av ekteskap. Overdragelsen ble ansett som en livsdisposisjon.

Fakta: E var fraskilt og hadde tre særkullsbarn fra første ekteskap. I 1998 giftet han seg med D, som hadde vært hans samboer i 5 år. Kort etter inngåelsen av ekteskapet opprettet ektefellene en ektepakt om fullstendig særeie, og en hytteeiendom ble gitt som gave fra E til D. E var da 68 år gammel, og D var 19 år yngre. Ektepakten ble tinglyst, og hjemmelen til eiendommen ble overført til D. Det var på det rene at E hadde et noe vanskelig forhold til sine barn. D overførte eiendommen i sin selvangivelse og betalte faste utgifter som strøm og kommunale avgifter. I 2010 opptok D et lån med kredittramme på kr. 2,1 mill. med E som medlåntaker. Hytta ble benyttet som pantsikkerhet for lånet. Sønnene til E benyttet eiendommen som før og foretok i årenes løp noe vedlikeholdsarbeid.

Resultat og begrunnelse: Lagmannsretten kom som Oslo byfogdembete til at overdragelsen var en livsdisposisjon. Innledningsvis ble al. §§ 35 og 53 nevnt samt Rt 2008 s. 1589 og Rt 2007 s. 776. Om betydningen av motivet ble det uttalt: «Hvilket motiv arvelateren hadde, synes å være av mindre betydning. En disposisjon kan anses som en livsdisposisjon selv om arvelaterens eneste

motiv har vært å unndra arv fra arvingene, så lenge disposisjonen har vært reell, har vært gjennomført og hatt en realitet for arvelateren i levende live. Motivet kan imidlertid få betydning der det er tvilsomt om disposisjonen er oppfylt, eller hvor disposisjonen ellers ikke har hatt noen betydning for arvelateren, se Lødrup/Asland, Arverett, 6. utg. (2012) side 265–266.»

Lagmannsretten nevnte at aldersforskjellen mellom ektefellene var stor – 19 år – og at E var 68 år gammel da han giftet seg med D. Det ble så presisert at det forhold at ektepakten ble inngått kort tid etter ekteskapsinngåelsen, talte for at det var en livsdisposisjon. E hadde ikke forbeholdt seg noen bruksrett til hytta og hadde ikke betinget seg noen rettigheter i tilknytning til hytta. Om gjennomføringen og realiteten henviste lagmannsretten til det Oslo byfogdembete hadde uttalt om dette:

«Ved å gi ... til D og gjennomføre alle formaliteter ved denne gaven er imidlertid realiteten at Es posisjon har endret seg vesentlig. Han er fratatt den rettslige disposisjonsretten over ... og kan ikke selge hytta eller pantsette den. Ved en eventuell skilsmisse er hytta Ds og hvis hun dør før ham vil hennes livsarvinger få de rettigheter i hytta som de er berettiget til etter arveloven. Det synes derfor på det rene at E ved å gi ... til D som hennes særeie frasa seg selv eierrådigheten over den, og at overdragelsen hadde en realitet for E allerede fra overdragelsestidspunktet.»

Et viktig moment var det forhold at D hadde benyttet hytta som pantsikkerhet for det lånet hun som hovedlåntaker hadde tatt opp. Det var D som hadde tatt initiativet til å oppta lånet, og E fikk meddisposisjonsrett over kontoen etter godkjennelse fra D. Hva angår motivet for overføringen, uttalte retten tilslutt: «Som nevnt har arvelaterens motiv liten betydning dersom disposisjonen ble gjennomført og hadde realitet for arvelateren i levende live. Siden partene har lagt mye vekt på dette spørsmålet, vil lagmannsretten likevel knytte noen bemerkninger til det. Slik lagmannsretten ser det, er det sannsynlig at gaveoverføringen først og fremst skyldtes at E var bitter overfor sønnene, som etter skilsmissen i svært begrenset grad hadde involvert ham i sine liv. Etter giftemålet med D var hun hans nærmeste, og det var ikke unaturlig at han ønsket at hun skulle få hytta. Særlig fordi han hadde bodd svært rimelig hos D siden de ble samboere i 1994, og at hans inntekter fra forretningen etter det opplyste hadde begynt å avta.»

Kommentar: Det var tydeligvis tre forhold som var avgjørende i saken. a) ektepakten ble inngått rett etter at ektefellene giftet seg, b) bruken av hytta som pantsikkerhet for et lån og c) betaling av utgifter på eiendommen som kan ha hatt betydning for E med reduserte inntekter. Vi har nå to dommer fra de siste 7 måneder om grensen mellom livs- og dødsdisposisjon ved overdragelse av fast eiendom mellom ektefeller. Som påpekt i teorien er det visse forhold som går igjen i rettspraksis, både i høyesterettsdommene og lag-

mannsrettsdommene. Disse forhold er alderen på giverektefellen, aldersforskjell og når overføringen finner sted. I denne saken var E relativt gammel og aldersforskjellen betydelig, men overføringen fant sted straks og ikke etter mange års ekteskap. I saken fra Borgarting av 7. desember 2015 var giveren 90 år gammel, hustruen 27 år yngre og ekteskapet hadde vart i 23 år da gaveoverføringen fant sted.

Peter Hambro

ERSTATNINGSRETT

Selv mord ved bruk av bil og avkortning av erstatning etter bilansvarsloven (HR-2016-803-A)

Høyesterett avsa 19 april 2016 en dom om erstatning etter bilansvarsloven for tap av forsørger. Spørsmålet var om de etterlattes krav på erstatning etter bilansvarsloven måtte avkortes helt eller delvis fordi forsørgeren hadde brukt bilen til å ta sitt eget liv.

Utgangspunktet i norsk rett er at det ikke foretas passiv identifikasjon mellom avdøde og etterlatte. Justiskomiteens uttalelser i forarbeidene til den alminnelige medvirkningsregelen i skl. § 5-1 viser hovedlinjene i hvordan en nærmer seg spørsmålet om passiv identifikasjon i sin alminnelighet:

«Etter komiteens mening kan det synes urimelig at skadelidtes eventuelle uforsiktige adferd skal gå ut over hans enke og etterlatte barn. De etterlattes behov for erstatning er selvsagt helt uavhengig av de nærmere omstendigheter i forbindelse med dødsulykken. Det er heller ingen grunn til å tro at en regel om at erstatning til de etterlatte nedsettes ved skadelidtes medvirkning bidrar til å skape større forsiktighet. De fleste forsøker å unngå død eller skade på sin person uansett erstatningsreglenes innhold. Begrunnelsen for identifikasjon kan utelukkende søkes i hensynet til den ansvarlige skadevolder som det kan synes hardt å pålegge full erstatning, hvor skadelidte selv har medvirket til skaden. Men hvor skadevolderens ansvar er dekket av en ansvarsforsikring, slik det normalt er tilfelle i praksis, taper dette hensynet sin vekt. Etter komiteens mening bør de etterlattes krav på erstatning for tap av forsørger derfor alminneligvis stå på egne ben», jf. Innst.O.nr. 92 (1984-1985) på side 6.

I rettspraksis ble det lagt til grunn at lovrevisjonen i 1985 hadde medført «en betydelig endring av rettsstillingen når det gjelder passiv identifikasjon ved forsørgertap», jf. Rt. 1997 s. 149 (Sundal) på side 154. Men, samtidig ble det i dommen gjort en reservasjon for bilansvarslovens særlige medvirkningsregler. I løpet av de siste par årene har vi fått to dommer som viser at Høyesterett, som i Sundalsdommen, har lagt seg på en mindre restriktiv linje når det gjelder passiv identifikasjon etter den særlige medvirkningsregelen i bal. § 7, jf. Rt. 2014 s. 1192 og Rt. 2015 s. 141 (særlig avsnitt

47). I begge dommene ble det foretatt avkortning i erstatning til etterlatte etter alkoholpåvirket sjåfør. Til forskjell fra vår sak gjaldt begge dommer uaktsom medvirkning.

Spørsmålet om det skal foretas avkortning i erstatning der avdøde selv har fremkalt forsikringstilfellet ved selvmord, er ikke tidligere behandlet av Høyesterett. Og som fremhevet av førstvoterende, gir heller ikke justiskomiteens uttalelser veiledning for slike tilfeller; uttalelsene omhandler uaktsom medvirkning, jf. dommens avsnitt 34–35. En eventuell avkortning måtte derfor begrunnes i andre rettkildegrunnlag. Særlig viktig i dommens begrunnelse er at «forsettlig medvirkningshandling står i en særstilling i erstatningsrettslig og forsikringsrettslig sammenheng» (avsnitt 36), konsistensbetraktninger knyttet til fal. (særlig § 13-8), og konsekvensbetraktninger knyttet til trafikksikkerhet og psykiske belastninger for medtrafikanter. Hvorvidt utsikter til forsikringsutbetaling vil kunne påvirke valg av selvmordsmetode eller fjerne en barriere mot å begå selvmord, tar førstvoterende ikke stilling til, men fremhever at det blant annet av denne grunn vil være en lovgiveroppgave å ta stilling til om det bør etableres en regel om at det heller ikke i disse tilfellene skal foretas passiv identifikasjon.

De etterlattes sosiale behov ved forsørgertap påvirkes ikke av hvordan forsørgeren døde. Det er derfor lett å ha sympati med dem som hevder at rettferdighet, i form av likehetsbetraktninger, taler mot at etterlatte etter selvmord ved bruk av motorvogn skal stå i en annen økonomisk stilling enn etterlatte etter alminnelige trafikkulykker. Samtidig kunne utfallet i dommen etter min mening ikke bli annerledes; det må i disse tilfellene kunne foretas en full passiv identifikasjon mellom avdøde og etterlatte. Som fremhevet av lagmannsretten, «vil eit skadebotvern i ein slik situasjon, anten til skadelidte eller dei etterlatte, liggja så på tvers av dei interesser bilansvarslova i utgangspunkt er meint å ivareta, at det trengs tilsvarende klare haldepunkt for å påleggja skadebotansvar i medhald av lova» (sitatet er hentet fra høyesterettsdommen avsnitt 37).

Bilansvarsloven etablerer en tvungen forsikringsordning til gunst for potensielle skadelidte og skal sikre skadelidte mot de økonomiske konsekvensene dersom bilens farlighet realiseres. Når bilens farepotensial med vilje utnyttes til å avslutte eget liv, oppstår spørsmål om hva som skal begrunne at forsikringskollektivet skal betale for konsekvensene. Det er vanskelig å se hva som er den gode begrunnelsen for at selvmord ved hjelp av motorvogn skal behandles annerledes erstatnings- og forsikringsmessig enn andre selvmord. Erstatnings- eller forsikringsmessig kan det ikke være forskjell på det å hoppe fra eller å kjøre utfor en bro.

Birgitte Hagland

Litteratur

Arnt E. Skjefstad: Erstatningsberegning – særlig om fradrag for fordeler. Cappelen Damm Akademisk, 2016. 522 sider

Ph.d Arnt E Skjefstad forsvarte den 22. mai 2015 offentlig sin avhandling «Fradrag for fordel ved erstatningsutmåling – Særlig om fordelsfradrag ved tingsskade og mislighold». Boken har en noe forenklet tittel, men det er kun gjort enkelte mindre endringer i fremstillingen.

Hovedemnet for boken er, som tittelen tilsier, reglene om fradrag for økonomiske fordeler ved erstatningsutmålingen. Spørsmål om fradrag har et svært bredt nedslagsfelt: i og utenfor kontrakt, ved gyldige og ugyldige avtaler, i forsikringsforhold og ved ekspropriasjonserstatning. Boken tar primært sikte på å behandle tingsskader og kontraktsmislighold. Rettsgrunnlaget for fradragsreglene er samtidig mangefasettert: I visse tilfeller er fradragsreglene lovfestet, men reglene følger i hovedsak av ulovfestet rett og rettsoppfatninger. Forfatteren skriver at formålet med fremstillingen er å kartlegge i hvilken utstrekning det skal tas hensyn til økonomiske fordeler som en erstatningsbetingende begivenhet har utløst, slik at erstatningsansvaret reduseres. Dette formålet har han lyktes svært godt med.

I tillegg til en innledende del er fremstillingen delt i to hoveddeler. Del II tar for seg årsaks- og alminnelige utmålingsregler som løser fordelsspørsmålet ved tingsskade og erstatningsansvar ved mislighold. Mens emnet for del III er de særskilte reglene om fradrag for fordel ved erstatningsberegningen, hvor spørsmålet er hvor langt vi kan gå i å gjøre fradrag for økonomiske fordeler som faller utenfor vanlige utmålingsregler, og hvor langt det lar seg gjøre å oppstille klare og forutberegnelige fradragsregler for disse tilfellene.

I fremstillingen blir vi geleidet gjennom en krevende materie av en forfatter som skriver usedvanlig pedagogisk og godt om vanskelige spørsmål. Fremstillingen er preget av grundige analyser og et sikkert juridisk skjønn. Boken bidrar slik ikke bare til den akademiske diskusjonen om fradrag for fordel i erstatningsberegningen, men antas å være av stor praktisk verdi for advokater, dommere og andre som sysler med disse spørsmålene. Anbefales!

Birgitte Hagland

FAMILIERETT

Litteratur

Peter Lødrup og Tone Sverdrup: Familieretten 8. utg. 2016. 457 sider

Forrige utgave av denne boken utkom i 2011. I den nye utgaven er det tatt med 15 nye høyesterettsdommer

samt 31 nye utrykte lagmannsrettsdommer. Av lovendringer kan nevnes lov om vergemål 26. mars 2010 og lov om forsvunne personer 12. mai 2015. Hva angår rettspraksis, er boken ajourført frem til våren 2016. Ajourføringen fra tidligere utgaver er foretatt av Tone Sverdrup.

Peter Hambro

FAST EIENDOM

Verdsetting av bygning ved avvikling av tomtfesteforhold (HR-2016-1240-A)

Saken gjaldt verdsettelse etter tomtfestelova § 41 av et næringsbygg på festet tomt når den overtas av bortfester ved opphør av festeforholdet.

Bestemmelsen i § 41 første og annet ledd gir anvisning på to forskjellige verdsettelsesmåter, alt etter hvem som krever at bortfester overtar bygningen: Når bortfesteren krever overtakelse, skal vederlaget settes lik det det ville koste å føre opp tilsvarende bygning på tomta på overtakelsestidspunktet, med fradrag for verdireduksjon på grunn av alder og bruk i festetiden (= «teknisk verdi»), se § 41 første ledd. Når festeren krever at bortfester overtar, skal vederlaget settes lik verdien bygningen har for bortfesteren (= «bruksverdi»), se § 41 annet ledd.

I denne saken hadde begge parter fremmet krav om at bortfester skulle overta bygningen, og spørsmålet var derfor om teknisk verdi eller bruksverdi var den rette verdsettelsesmåten. Flertallet på tre kom til at bruksverdien skulle legges til grunn, mens mindretallet på to mente at teknisk verdi var det rette. Overskjønet, som hadde lagt teknisk verdi til grunn, ble derfor opphevet.

Flertallets begrunnelse knytter seg til lovens system, til forarbeidene og til reelle hensyn. Når det gjelder loven, peker førstvoterende på at et krav fra bortfester om å få overta bygningen bare er aktuelt der festeren vil fjerne bygningen, jf. § 39. Festeren har altså utspillet, og det kan tilså i festerens krav om at bortfesteren skal overta bygningen, har prioritet (avsnitt 25).

Videre oppfatter flertallet forarbeidene slik at bortfesteren ikke skal kunne nøytralisere festerens krav om overtaking til bruksverdi ved selv å kreve overtaking til en lavere teknisk verdi. Det kan ikke ha vært lovgivers mening, se NOU 1993: 29 s. 18 og 52 Ot.prp. nr. 28 (1995–1996) s. 71. (avsnitt 31, jf. 26–30).

Endelig harmonerer denne løsning etter flertallets syn med reelle hensyn ved at bortfesteren på denne måten gir fra seg like mye som han mottar, og at en god balanse mellom ytelsene derved sikres (avsnitt 33).

Mindretallet legger til grunn at bruksverdien etter § 41 annet ledd er en begrensingsregel i forhold til hovedregelen om teknisk verdi i første ledd: Bruksverdien skal bare legges til grunn hvor denne er lavere

enn teknisk verdi. I motsetning til flertallet mener mindretallet at teknisk verdi som tak på vederlaget gir uttrykk for et balansert økonomisk oppgjør siden avkastningsfaktorer som kan tilbakeføres til egenskaper ved selve eiendommen, da faller tilbake til bortfester som eier av grunnen (avsnitt 51). Mindretallet viser i tillegg til reelle hensyn også til en annen lesning av lovens system og forarbeidene, se Rådsegn 9 s. 27, Ot.prp. nr. 2 (1974–1975) s. 51–52 og 79 og NOU 1993: 29 s. 18, 77 og 78 (avsnitt 52, jf. 39–49).

Endre Stavang

Spørsmål om et reinbeitedistrikt har rett til flytting av rein over en privat eiendom (HR-2016-01219-A)

Sommerbeitedistrikt 24A i Vest-Finnmark består av 3 siidaer (driftsgrupper). Spørsmålet i saken gjaldt om reineierne i distrikt 24A har rett til å flytte sine rein over en privat eiendom eiet av K. Sommerbeitedistrikt 24A ligger på øya Seiland, og reinen må fraktes over Vargsundet fra fastlandet om våren og tilbake til fastlandet om høsten. Flyttingen over Ks eiendom ville innebære at det ble satt opp anlegg for transport av reinen.

K hadde tidligere vært aktiv reineier med rein i en av de tre siidaene distrikt i 24A. Han hadde også vært leder av distriktet. K hadde kjøpt den aktuelle eiendommen i 1989 for å lette transporten av rein til Seiland for siidaen han tilhørte. Han hadde utviklet sin reindrift rundt år 2000. Gjennom en leieavtale K inngikk med distrikt 24A i 2002, ble det mer utstrakt bruk av eiendommen til transport av rein også fra de andre reineierne i distriktet. K sa opp leieavtalen i 2007 på grunn av manglende betaling av leie.

Distrikt 24A mente de etter reindriftsloven § 22 første ledd hadde rett til å benytte eiendommen til flytting og transport-«havn». Bestemmelsen lyder:

«Reindriftsutøvere har adgang til fritt og uhindret å drive og forflytte rein i de deler av reinbeiteområdet hvor reinen lovlig kan ferdes og adgang til flytting med rein etter tradisjonelle flyttleier. Med til flyttlei regnes også faste inn- og avlastingsplasser for transport av reinen.»

Indre Finnmark tingrett og Hålogaland lagmannsrett kom til at reinbeitedistrikt 24A ikke hadde rett til flyttlei over den aktuelle eiendommen, men med noe ulik begrunnelse. Høyesterett kom til motsatt resultat.

Indre Finnmark tingrett uttalte at det etter § 22 første ledd første alternativ om «adgang til fritt og uhindret å drive og forflytte rein» som utgangspunkt forelå en rett til flytting over Ks eiendom. Men flyttingen over Ks eiendom ville innebære at det ble satt opp inn- og avlastingsplasser for transport på eiendommen.

Bestemmelsen i § 22 måtte derfor sees i sammenheng med reinvl. § 24 om at «gjerder og anlegg må ikke plasseres slik at de virker unødig skjemmende eller er til vesentlig skade eller ulempe for grunneieren eller andre rettmessige interesser».

Tingretten fant det sannsynliggjort at flytting over eiendommen ville virke unødig skjemmende og være til vesentlig skade for grunneier. Retten uttaler:

«Flyttingen forutsetter oppsetting av gjerder og annen bruk av eiendommen med utstyr, kjøretøy og oppankring av frakteskuter i fjærområdet. Avhengighet av vær og føre gjør at flyttingen vil kunne beslaglegge eiendommen over en nokså lang tid. Aktiviteten vil skje ganske nært inntil bebyggelsen, som dermed også vil bli påvirket av nedtråkking av området, da det dreier seg om flytting av en reinflokk med over 1000 dyr.»

Hvis det derimot var snakk om en «tradisjonell flyttlei», jf. annet alternativ i § 22 første ledd, der anleggsbruk for transport av rein er benyttet, må en grunneier respektere det. K hadde kjøpt eiendommen i 1989 og brukt den for pramming av reinen over til Seiland for sin siida. Først etter 2000 ble det en mer utstrakt bruk også fra de andre siidaene i distriktet gjennom leieavtalen. Tingretten fant det ikke godtgjort at det var etablert en tradisjonell flyttlei for distrikt 24A.

Som nevnt mente heller ikke lagmannsretten at det forelå en rett til flyttlei over Ks eiendom. Ks eiendom lå ikke i distrikt 24A, men i distrikt 23B. Det er som utgangspunkt bare reineiere med siidatilknytning til distrikt 23B som har rett til å drive og flytte med sine rein i dette området. Reineiere i distrikt 24A hadde imidlertid en sedvanemessig rett til å flytte fra sine vinterbeiteområder i Kautokeino til sommerbeitedistrikt 24 A gjennom distrikt 23B. Men alle flytter ikke etter samme trasé. Over tid er det etablert tradisjonelle flyttleier for ulike siidaer. Lagmannsretten viser til Rt. 2000 s. 1578, der Høyesterett nettopp i en sak fra Seiland la til grunn at en siidagrupper må holde seg til sitt tradisjonelle beiteområde, og at den ikke uten videre kan benytte andre siidaers tradisjonelle område selv om de tilhører samme reinbeitedistrikt.

Under tvil kom lagmannsretten til at det ikke forelå en rett for distrikt 24A til å benytte Ks eiendom til flyttlei etter reinvl. § 22. Distriktets bruk hadde vært basert på en avtale med grunneier K som nå var oppsagt, og det var ikke på annet grunnlag etablert noen selvstendig rett for hele distriktet til flyttlei over eiendommen.

Høyesterett mente at § 22 første ledd i reindriftsloven ga distrikt 24A en flytterett over Ks eiendom. Ifølge Høyesterett er tvistes spørsmålet i saken hvilken rett første alternativ i § 22 første ledd gir utover retten til å flytte etter tradisjonelle flyttleier etter andre alternativ. Bestemmelsen i § 22 første ledd første alternativ gir etter sin ordlyd rett til flytting i «reinbeiteområde». Lovens § 4 gir en nærmere omtale av hva som er å

anse som reinbeiteområde, og Ks eiendom ligger innenfor dette reinbeiteområdet. Førstvoterende uttalte at det «vanskelige spørsmål i saken er hva som nærmere ligger i begrensningen de deler av reinbeiteområdet hvor 'reinen lovlig kan ferdes'».

Høyesterett mener at den eneste begrensningen som ligger i første alternativ, bare var «at flytting må gå gjennom utmark som ikke er fredet mot flytting». Høyesterett bygger her på en uttalelse fra Rettsgruppen, en arbeidsgruppe under Samerettsutvalget 1, se NOU 1993: 34, s. 203–204, en uttalelse som i sin helhet siteres.

Rettsgruppens uttalelse gjaldt bestemmelsen § 10 nr. 4 i reindriftsloven av 1978. Dette var en bestemmelse som ble videreført i reindriftsloven av 2007 § 22, og Rettsgruppens uttalelse har ifølge Høyesterett derfor fortsatt gyldighet.

Jeg skal ikke her melde noen uenighet til Høyesteretts domsslutning, men jeg har kommentarer til rettens begrunnelse.

Høyesterett legger i sin begrunnelse avgjørende vekt på hva juristene i Rettsgruppen mente om bestemmelsen i 1993, og mener at dette er lovgivers syn også i dag. Retten viser til at bestemmelsen i 1978-lovens § 10 nr. 4 ble videreført i 2007-loven § 22, og at forståelsen av bestemmelsen ikke er kommentert i forarbeidene, hverken i NOU 2001: 35 eller i Ot.prp. nr. 25 (2006–2007). Førstvoterende forstår tausheten slik at «[d]et må imidlertid legges til grunn at lovgiveren var kjent med Rettsgruppens tolkning av § 10 nr. 4». Jeg forstår denne kommentaren slik at hvis lovgiver var uenig i Rettsgruppens uttalelse, mener retten at det ville kommet til uttrykk i forarbeidene. Tausheten i forarbeidene kan ikke forstås på denne måten. Bestemmelsen om flytting var sammen med flere andre bestemmelser i 1978-loven ikke en del av Reindriftslovutvalgets mandat for revisjon av loven, se NOU 2001: 35 s. 152, jf. s. 18 og 91, se også Ot. prp. nr. 25 (2006–2007) s. 7. Det var bakgrunnen for at forarbeidene er tause.

Høyesterett påpeker at jeg i boken *Studier i reindriftsrett* (1997) gir uttrykk for et syn som avviker fra Rettsgruppens uttalelse når det gjelder forståelsen av 1978-loven § 10 nr. 4 (nå § 22). Den gang la jeg vekt på forskjell i ordbruken i første og annet alternativ: «drive og forflytte» rein i første alternativ og «flyttlei» i annet alternativ. Det er fristende her å utdype mitt syn fra snart 20 år tilbake, men jeg skal la det ligge. I dag vil jeg nok nærme meg spørsmålet på en annen måte. Jeg kan si meg enig med Høyesterett i at retten til flytting mellom de ulike årstidsbeiter ikke alene er knyttet til de tradisjonelle flyttleiene, men jeg ville nok ikke forankre begrunnelsen i Rettsgruppens uttalelse.

I løpet av de siste 10-årene er det fullt ut anerkjent at reindriftsamenes rett til beite for sine dyr er etablert gjennom den bruk de har utøvet i århundrer. Deres rettigheter hviler derfor ikke alene på loven, men på alders tids bruk. Dette syn kommer i dag til uttrykk i reindriftsloven § 4. Flytting mellom de ulike årstids-

beitene er en nødvendig del av retten til å utøve reindrifft, retten til beite er alene ikke nok. Derfor foreslår også Samerettsutvalget 2 at «tradisjonelle flyttleier» i § 22 annet alternativ endres til ««nødvendige flyttleier for flytting av rein i samsvar med det som hensynet til en forsvarlig utøvelse av reindriften krever», se NOU 2007: 13 side 1223.

På den annen side har ikke en reineier en uinnskrenket rett til å forflytte sine rein innenfor det samlede samiske reinbeiteområdet. Andre siidagrupperes rettigheter vil sette grenser for retten til utnyttelse av beiteområdet; det gjelder også flytting. Dette er fremhevet av lagmannsretten gjennom henvisningen til Rt. 2000 s. 1578.

I den foreliggende sak var det ikke spørsmål om distrikt 24As flytterett var begrenset på grunn av andre siidagrupperes rettigheter. Men Høyesterett påpeker at etter § 27 må hensyn tas til andre reineieres reindrifft, det gjelder også selvsagt under flytting.

I tingretten ble retten til flyttlei over Ks eiendom avvist med henvisning til § 24 fordi retten under tvil fant at nødvendige gjerder og anlegg for å gjennomføre flytting ville virke unødig skjemmende og være til vesentlig skade for grunneier. Også Høyesterett trekker frem § 24 og påpeker de hensyn man må vise overfor grunneier, men retten går ikke nærmere inn på en konkret vurdering slik tingretten gjør. Høyesterett påpeker at det også kan ligge alminnelige begrensninger på den reineier som skal utøve sin flytting, men finner det ikke nødvendig for avgjørelsen å gå nærmere inn på disse. Men førstvoterende uttaler:

«Jeg fremhever likevel at reindriftsutøveren, basert på det tradisjonelle formålet med flyttingen, selvsagt må ha en saklig grunn til å benytte en privat eiendom som flyttlei. Videre må det tas tilbørlig hensyn også til grunneierens interesser, jf. til illustrasjon Rt-1931-57 og Rt-1955-361.»

Avslutningvis viser Høyesterett til at reinbeitedistrikt 24A hadde et saklig behov for å benytte Ks eiendom til inn- og avlastningsplass for reinen i forbindelse med flytting over Vargsundet. Retten peker på Ks eget behov for å benytte eiendommen som landingsplass mens han selv var reindriftsutøver, og den bruk også andre senere har gjort av eiendommen.

Kirsti Strøm Bull

Litteratur

Katrine Broch Hauge: *Fallrettar og ekspropriasjonserstatning*. Universitetsforlaget, Oslo 2016. 464 sider

Temaet for boken er utmåling av erstatning ved tvangs-overtaking av retten til å bruke en særskilt del av et vassdrag til å bygge et kraftverk (s. 23). Hovedproblemstillingen er hvordan erstatningsutmålingen bør være, og i hvilken grad en slik idealnorm blir realisert med dagens regler (s. 27).

Forfatterens rettspolitiske standpunkt, utledet i kapittel 6, er at man uten fare for overkompensasjon (målt mot reservasjonsprisen) kan gi tillegg i erstatningen ut over markedsverdien i intervallet 25 % til 50 % (s. 150–151). Denne konklusjonen er basert på kapitlene 2 til 5, som inneholder en empirisk undersøkelse av fallelieavtaler (kapittel 2), rettsøkonomisk analyse (kapittel 3), rettferdighetsanalyse (kapittel 4) og retts-historisk drøfting (kapittel 5).

I den resterende delen av boken drøfter forfatteren i hvilken grad hennes rettspolitiske standpunkt blir realisert etter gjeldende norsk rett. I kapittel 7 (s. 155–276) drøftes vederlagslova § 5, i kapittel 8 behandles bruksordninger etter jordskiftelova (s. 277–353) og i kapittel 9 (s. 354–417) spørres det om det rettspolitiske standpunktet fremmes ved å bruke EMK P1-1 og Grl. § 105 som tolkningsmoment i erstatningsutmålingen. Hovedkonklusjonen er at det gjennomgående er stor avstand mellom forfatterens rettspolitiske standpunkt og gjeldende erstatningsnivå ved ekspropriasjon av fallrettigheter (s. 426). Rettsreglene på dette området bidrar til å flytte verdier fra grunneiere til kraftutbyggere, og dette har tvilsom legitimitet (s. 427–429).

Alt i alt er boken en grundig juridisk gjennomgang av norsk vassdragsekspropriasjon i lys av (forfatterens syn på) de rettspolitiske hensyn og illustrerer hvordan tverrfaglige aspekter kan sette preg på rettsvitenskapelig analyse.

Endre Stavang

Endre Stavang og Geir Stenseth: *Fast Eiendoms Tingsrett*. Gyldendal Juridisk 2016. 316 sider

Boken er skrevet av professor Endre Stavang (Institutt for privatrett, UiO) og professor Geir Stenseth (Høgskolen i Lillehammer).

Som bokens tittel angir, er temaet tingsrettsreguleringen, i første rekke den statiske tingsrettsreguleringen, av fast eiendom. Boken behandler følgelig rettsreglene om eiendomsrett og rettigheter til fast eiendom. Boken er inndelt i ni kapitler. I innledningskapitlet redegjøres det for emnet, kilder og metode. I kapittel 2 knyttes emnet til den alminnelige tingsretten, mens fast eiendom som rettighetsobjekt behandles i kapittel 3. Videre behandles hevd og beslektede rettsinstitutter (kapittel 4), naborett (kapittel 5), servitutter (kapittel 6), sameie (kapittel 7), ekspropriasjon og offentlige rådighetsreguleringer (kapittel 8) og konstitusjonell tingsrett (kapittel 9). Andre temaer, som blant annet tomtefeste og allmenningsrett, omhandles også, men da i tilknytning til fremstillingens hovedkapitler. Boken inneholder litteratur-, doms-, lov- og stikkordregister.

Boken er ment for det vitenskapelige fagfellesskapet, praktiserende jurister samt studenter ved universiteter og høyskoler. Forfatterne skriver i forordet blant annet at formålet ikke har vært å dekke alle mulige aspekter

ved tingsretten, og at de har tillatt seg å eksperimentere noe med stoffutvalg, perspektiver og fremstillingsform. Boken behandler likevel sentrale dogmatiske retts-spørsmål forbundet med de utvalgte emnene. I tillegg inneholder boken svært mange informative og interessante rettssystematiske, rettsfilosofiske, rettsøkonomiske og rettshistoriske kommentarer og betraktninger, samt komparative blikk til øvrig skandinavisk, tysk, engelsk og amerikansk rett. *Fast Eiendoms Tingsrett* er et nyttig tilskudd til den norske tingsrettslitteraturen og bidrar blant annet med et internasjonalt perspektiv på norsk rett vedrørende fast eiendom.

Eirik Østerud

Harald Benestad Anderssen: *Mangler ved omsetning av boliger*. Gyldendal Juridisk, 2016. 896 sider

Boken bygger på forfatterens ph.d.-avhandling som hadde tittelen «Fordeling av mangelsrisiko ved omsetning av brukte boliger mellom privatpersoner – en kritisk analyse ut fra den typiske partskonstellasjon.» Avhandlingen ble levert ved Universitetet i Tromsø, hvor disputas fant sted i 2014. Denne avhandlingen er senere betydelig utvidet og bearbeidet. Gitt omfanget av boken på nesten 900 sider skulle man tro at dette er et svært teoretisk verk. Imidlertid – heldigvis – har forfatteren lagt betydelig vekt på en praktisk tilnærming slik at boken med hans egne ord kan «ha en funksjon i det virkelige (retts)livet». Han har derfor tatt med blant annet et betydelig antall henvisninger til underrettspraksis og nemndpraksis samt statistisk materiale.

Boken er delt opp i fem hoveddeler. Emnet for boken er omsetningen av brukte boliger mellom to privatpersoner. Det er to grunnleggende problemer som behandles når det gjelder mangelsreglene i avhendingsloven. Det ene er om avhendingsloven skaper tilstrekkelig *forutberegnelighet* for partene som er involvert ved omsetning av brukte boliger. Det andre spørsmålet er bygget på premissen om at lovgivning skal være rettferdig, hvilket ifølge forfatteren blant annet betyr at lovgivningen skal være *balansert*. Boken har også et annet formål som i forfatterens egne ord er «også å bidra til at det offentlige ordskiftet om boligomsetningen og avhendingsloven kan baseres mer på fakta og mindre på antagelser».

Bokens del B har tittelen «Forutberegnelighet», mens del C heter «Balanse». Del D omhandler så tredje-mannsspørsmål, som er meglere og takstmenn. Del E heter «Avsluttende del», og det mest omfattende kapittel i denne delen heter regelutvikling. Forfatteren gir her sine synspunkter om en fremtidig utvikling av mangelsreglene.

Registrene er meget omfattende. Domsregistrene går frem til våren 2015. I tillegg til alle relevante høy-

esterettsdommer nevnes ca. 170 utrykte lagmannsrettsdommer. Dertil kommer en rekke avgjørelser fra Finansklagenemnda og Klagenemnda for eierskifteforsikring. Litteraturlisten er på 72 sider.

Peter Hambro

**Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger:
Tingsrett 8. utg. Universitetsforlaget, 2016.
956 sider**

7. utg. av denne boken utkom i 2013. Siden har vi fått en ny jordskiftelov, lov 21. juni 2013 nr. 100, samt endringer i tomtefesteloven og tinglysingsloven. Samlet er det tatt med 30 nye høyesterettsdommer siden 7. utg.

Peter Hambro

**Thor Falkanger: Fast eiendoms rettsforhold, 5.
utg. Universitetsforlaget, 2016. 412 sider**

4. utg. av boken utkom i 2011. Siden den gang har vi fått en ny jordskiftelov som trådte i kraft 1. januar 2016, og en del andre viktige lovendringer. Boken er først og fremst skrevet som en lærebok for studenter, men vil også være av praktisk betydning for andre siden den inneholder omfattende henvisninger til lovforarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

Peter Hambro

IMMATERIALRETT

**EU-domstolens dom av 16. juli 2016, sak
C-567/14, TFEU artikkel 101 og beregning av
royalty i patentlisensavtaler**

Saken gjelder spørsmålet om en forpliktelse i en patentlisensavtale til å betale royalties for produkter som ikke innebar inngrep i de lisensierte patentene, og til å betale royalties etter at de lisensierte patentene var kjent ugyldige, er i strid med TFEU art. 101 (forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid).

Genentech hadde i lisensavtale fra 1992 fått en verdensomspennende ikke-eksklusiv lisens til å anvende aktivatoren for humant cytomegalovirus («HCMV-aktivatoren»). Teknologien var beskyttet av et europeisk patent (EP 0173 177 53), utstedt i 1992, og to US-patenter. Det europeiske patentet ble kjent ugyldig i 1999. Genentech anvendte HCMV-aktivatoren til å lette transkripsjonen av en sekvens av deoxyribonukleinsyre (DNA), som var nødvendig for produksjonen av et biologisk medikament med det aktive virkestoffet rituximab. Genentech markedsfører medikamentet

i USA under navnet Rituxan og i EU under navnet MabThera.

Lisensvederlaget besto av et initielt fast beløp, et årlig fast beløp og en årlig royalty på netto omsetning av produktene. I 2008 sa Genentech opp lisensavtalen. Til da hadde Genentech betalt det initielle beløpet og det faste årlige vederlaget, men hadde aldri betalt løpende royalty av omsetningen. I voldgiftsdom ble Genentech pålagt å betale royalty av netto omsetning frem til oppsigelsen av lisensavtalen. Genentech brakte voldgiftsdommen inn for en fransk domstol med påstand om at den var ugyldig fordi den var i strid med tvingende offentligrettslige regler, og den franske anke-domstolen («Cour d'appel de Paris») forela spørsmålet om royaltyforpliktelsen var i strid med TFEU artikkel 101 for EU-domstolen.

EU-domstolen viste til sin tidligere avgjørelse i sak 320/87, *Ottung mot Klee*, ECLI:EU:C:1989:195, der domstolen slo fast at en forpliktelse til å betale royalties etter utløpet av det lisensierte patentet ikke var i strid med TFEU artikkel 101, såfremt lisenstaker fritt kunne si opp lisensavtalen. Begrunnelsen er at det lisenstaker betaler for, er muligheten til å utnytte den lisensierte teknologien så lenge lisensavtalen løper, uten at lisensgiver håndhever patentrettighetene. Så lenge lisenstaker fritt kan si opp avtalen, vil ikke en plikt til å betale royalties etter patentenes utløp så lenge avtalen fortsatt løper, begrense lisenstakerens handlefrihet eller hindre adgang til markedet.

Domstolen finner at resonnementet fra *Ottung mot Klee* har gyldighet også der grunnen til at patentene ikke kan håndheves overfor lisenstakeren, er at patentene er kjent ugyldige, eller at produktene ikke gjør inngrep i patentene. Dermed kan domstolen slå fast at verken en forpliktelse til å betale royalties etter at patentene er kjent ugyldige, eller en forpliktelse til å betale royalties uavhengig av om produktene faktisk gjør inngrep i det lisensierte patentet, er i strid med TFEU artikkel 101.

Konkurranseretten er skeptisk til at innehavere av patenter betinger seg en eksklusiv markedsposisjon som patentbeskyttelsen i seg selv ikke gir grunnlag for. Derfor har domstolen vært skeptisk til blant annet koblingsforpliktelser i lisensavtaler, også der disse i praksis kun gjelder beregningen av lisensvederlaget, som i sak 193/83, *Windsurfing mot Kommisjonen*, EU:C:1986:75. Det er imidlertid tilstrekkelig sikkerhet for at lisenstakeren ikke kommer i en dårligere posisjon enn andre tredjemenn om han har adgang til å si opp lisensavtalen dersom han ikke lenger trenger en garanti for at patenthaver ikke vil håndheve patentene mot ham, enten fordi han ikke lenger anvender dem, eller fordi patentene ikke lenger er gyldige. Adgang til oppsigelse sikrer mot denne formen for konkurransebegrensning, og man trenger ikke å gripe inn i den kommersielle handlefriheten til å regulere vederlagsforpliktelsen. Domstolen legger uten videre diskusjon til grunn at det ikke har betydning at når et patent

kjennes ugyldig, har det virkning fra meddelelsen av patentene, mens oppsigelse av en lisensavtale vil ha virkning kun fra tidspunktet for oppsigelsen.

Avgjørelsen fører til et godt – og etter mitt syn nødvendig – kommersielt resultat. I mange lisensforhold er den eneste fornuftige måte å beregne lisensavgift på, å ta utgangspunkt i omsetningen av sluttproduktene fremfor en beregning av faktisk bruk av de lisensierte patentenes lære. En beregning av royalties ut fra hvor langt sluttproduktene faktisk gjør patentinngrep, vil kunne oppmuntre lisenstaker til å forsøke å komme rundt patentene, noe han ofte lettere kan gjøre dersom han i en periode først har anvendt teknologien. Dessuten ville en slik beregning av lisensavgift være vanskelig der lisensen også inkluderer know-how eller andre ytelser fra lisensgiver, idet slike ytelser ville måtte prises separat. Der lisenstaker ikke bruker den lisensierte teknologien og lisensen er eksklusiv (slik tilfellet var i *Ottung mot Klee*, mens *Genentech* gjelder en ikke-eksklusiv avtale), ville avtalen måtte kompensere for lisenstakers ikke-bruk, enten ved lisensgivers mulighet for oppsigelse eller lisenstakers plikt til å bruke teknologien, dersom det ikke skulle være adgang til å beregne lisensavgift uavhengig av faktisk bruk. Denne handlefriheten er nødvendig for hensiktsmessig lisensiering.

Inger B. Ørstavik

INTERNASJONAL PRIVATRETT

UNIDROIT-prinsippenes 4. utgave

I mai i år vedtok UNIDROITs styringsorgan (Governing Council) den fjerde utgave av sine prinsipper (Principles of International Commercial Contracts, forkortet “UPICC”). UNIDROIT er en internasjonal organisasjon med 63 medlemmer, herunder Norge, som ble stiftet i 1926 og har harmonisering av privatretten som formål. UPICCs formål er hovedsakelig å samle alminnelige kontraktsrettslige prinsipper på tvers av juridiske tradisjoner. Imidlertid går enkelte av UPICCs prinsipper og bestemmelser lenger enn å gjenspeile alminnelig anerkjente prinsipper og foreslår løsninger som, selv om de ikke er alminnelig anerkjent, anses av UNIDROIT som godt egnet til å regulere internasjonale kontrakter. UPICC utgjør en såkalt soft law-kilde, det vil si en kilde som ikke er juridisk bindende, men som kan være nyttig som tolkningsmoment, inspirasjon for ny regulering eller bekreftelse av uskrevne normer i nasjonal rett. I denne funksjonen er UPICC hyppig brukt i norsk obligasjonsrettslig litteratur. UPICC har også ambisjon om å bli brukt som bakgrunnsrett i internasjonal voldgift, og anses av deler av den internasjonale litteratur som spesielt egnet til dette – basert på den antagelse at ikke-nasjonale kilder bedre tilsvarende den nøytraliteten og løsere

tilknytning til nasjonal rett som internasjonal voldgift antas å forutsette. I realiteten er mange av UPICCs bestemmelser skrevet på et høyt abstraksjonsnivå eller er basert på rettslige standarder (den viktigste er lojalitetsprinsippet, “good faith”), noe som medfører at det kan være vanskelig å oppnå den enhetlige anvendelse som blir forespeilet – hver rettsanvender vil tolke disse bestemmelsene i lys av sin juridiske tradisjon. Inntil en konsistent rettspraksis kan brukes til å konkretisere og tolke disse kildene, synes det å være vanskelig å anse dem som egnet til å erstatte nasjonal bakgrunnsrett. UNIDROIT har etablert en database som er ment å samle domsavgjørelser og voldgiftsavgjørelser om UPICC og derved bidra til utvikling av en konsistent rettspraksis (<http://www.unilex.info>). Resultatene er imidlertid så langt beskjedne (se for mer detaljert drøftelse G. Cordero-Moss, *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press 2014, s. 43f.). Dette er muligens en årsak til at UPICC ikke er hyppig brukt som erstatning for den nasjonale bakgrunnsretten – men de blir gjerne brukt til å bekrefte at den løsningen som voldgiftsretten kom til etter den nasjonale balgrunnsretten, er akseptabel internasjonalt ettersom den er kompatibel med UPICC.

For å øke UPICCs bruk i kommersielle kontrakter og tvister nedsatt UNIDROITs Governing Council i 2014 en ekspertgruppe med det formål å foreslå endringer i UPICC for å gjøre dem bedre egnet til å regulere kompliserte og langvarige kontrakter – prosjektet ble kalt “Issues relating to long-term contracts”. Ekspertgruppen besto av ni medlemmer og fem fagkyndig observatører, herunder undertegnede (flere opplysninger om ekspertgruppen, dens mandat og referater fra dens møter finnes på <http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/long-term-contracts>). Det ble avholdt to møter i løpet av 2015, og en tekst med forslag til endringer og tilføyelser ble utarbeidet.

I samråd med arbeidsgruppens leder, professor Bonell, og UNIDROITs generalsekretær, José Angelo Estrella Faria, ble et høringsmøte organisert ved Universitetet i Oslo i mars 2016 for å diskutere den endelige teksten før den ble forelagt Governing Council for endelig vedtagelse. Programmet, deltagerlisten, dokumentasjonen og en podcast av diskusjonene finnes på <http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/news-and-events/events/2016/unidroit-consultation-meeting.html>. Formålet med høringsmøtet, med tung deltagelse fra norske og internasjonale praktikere, var å gi tilbakemelding fra praksis og derved bidra til å imøtekomme den kritikk som ofte er fremmet mot UPICC, nemlig at de til tider kan være generelle og teoretiske og ikke veldig relevante for praksis. De foreslåtte endringer og tilføyelser ble diskutert grundig i høringsmøtet. Samtlige merknader fra høringsmøtet ble tatt til følge i Governing Councils vedtak – inklusive merknadene om den mest kontroversielle delen av utkastet, som også utgjorde utkastets kjerne – mer om dette nedenfor.

UPICCs fjerde utgave er ment å bøte på det som UNIDROIT i sin omtale av prosjektet på den ovennevnte webside anser som en svakhet ved UPICC: Mens UPICC dekker det meste av det som kan forventes av kontraktsrettens alminnelige del samt spørsmål knyttet til kontrakter med engangsforpliktelser, mente UNIDROIT at det var behov for å avklare UPICCs evne til å regulere langvarige kontrakter. Ekspertgruppens utkast som ble forelagt Governing Council, omfattet forslag på ni ulike områder: definisjonen av langvarige kontrakt, oppsigelse av vesentlig grunn, restitusjon etter avslutning av tidsbestemte avtaleforhold, forpliktelser etter at kontraktsforholdet er avsluttet, avtaler om å forhandle i god tro, endrede forhold, avtalevilkår som er i endring, samarbeidsforpliktelser og avtaler med åpne vilkår.

Det kan være formålstjenlig å nevne at UPICC er skrevet som en kodifisert sivillovbok, med prinsippene formulert som lovbestemmelser – såkalte “blackletter rules”. I tillegg har hver bestemmelse en rekke kommentarer, som er ment å konkretisere og klargjøre bestemmelsene samt gi eksempler for bestemmelsenes bruk.

De fleste endringer som er vedtatt, består av tekst som blir føyet til kommentarene for å klargjøre at allerede kodifiserte prinsipper er egnet til anvendelse på langvarige kontrakter. Det er også vedtatt enkelte presiseringer i noen blackletter rules. I artikkel 1.11 er en definisjon av langvarige kontrakt lagt til blackletter rule. Denne definisjonen har imidlertid kun en deskriptiv funksjon da det ikke knyttes spesifikke virkninger til definisjonen.

Det som var ment å være utgavens kjerne, ble forkastet av Governing Council – i tråd med resultatene fra diskusjonen i Oslo-møtet. Ekspertgruppen hadde foreslått å innføre et nytt prinsipp som blackletter rule, hvoretter en langvarige kontrakt kan sies opp dersom det ville være urimelig å forvente at den oppsigende part fortsetter i avtaleforholdet. Prinsippet er kjent i tysk rett, der det brukes spesielt i forbindelse med arbeids- og leieavtaler. Prinsippet er kjent også i agent- og distribusjonsforhold, men blir da gjerne regulert særskilt, spesielt med tanke på konsekvensene av oppsigelsen, særlig avgangsvederlag. Forslaget gikk ut på at en slik oppsigelse skulle kunne gjøres gjeldende for enhver avtaletype og uavhengig av om det foreligger mislighold, oppfylleleshindring, bristende forutsetninger eller andre kjente revisjons- eller hevningsgrunnlag. Det var ingen forutsetning at en part skulle ha opptrådt klanderverdig. I kommentarene var det spesielt den sviktende gjensidige tilliten mellom partene som ble fremhevet som grunnlag for oppsigelse. Forslaget var meget kontroversielt allerede under ekspertgruppens arbeid. Blant innvendingene var at en slik oppsigelsesgrunn ville skape usikkerhet, og at den ikke ville være egnet for alle typer langvarige kontrakter, særlig i lys av at den ikke var koblet til noen form for kompensasjon. I avtaleforhold hvor én part foretar en investering i begynnelsen av avtalefor-

holdet og avkastningen kommer i en senere fase, ville ikke det være holdbart å gi den andre part adgang til å si opp avtaleforholdet etter at investeringen er foretatt, men før prosjektet har begynt å kaste av seg, uten at den part som har foretatt investeringen får kompensasjon. Det er riktig at forslaget var formulert slik at prinsippet kunne gi grunnlag for oppsigelse kun i eksepsjonelle situasjoner. Men det syntes å være tilstrekkelig å påvise at man ikke lenger har tillit til motparten – og det var ikke et krav at den parten som ikke lenger har motpartens tillit, har opptrådt klanderverdig. En erfaren og kompetent voldgiftsrett ville sikkert kunne anvende kriteriet på en forstandig måte. Internasjonal voldgift er imidlertid mangfoldig, og det kan være uheldig å foreslå prinsipper som kan bli misbrukt av uerfarne voldgiftsdommere. Disse og flere innvendinger ble diskutert under ekspertgruppens arbeid og i Oslo-møtet og ledet til at Governing Council valgte å ikke vedta disse endringene.

UPICCs fjerde utgave inneholder således ingen betydelige endringer, men har noen presiseringer i blackletter rules og en rekke klargjørende kommentarer som fremhever at UPICC kan anvendes også på langvarige kontrakter.

Giuditta Cordero-Moss

KONTRAKTSRETT

Prisoverslagsdommen (Reitdommen) (HR-2016-761-A)

(1) Tvisten

Høyesterett tok i denne saken standpunkt til om et detaljert «prisforslag» måtte anses som et prisoverslag med de rettsvirkninger som følger av buofl. § 41 tredje ledd.

Forbruker inngikk en muntlig kontrakt med en side-entreprenør om elektrotekniske arbeider våren 2010. Det dreide seg om meget omfattende arbeider i forbindelse med ombygging av en større boligeiendom. Enkelte arbeider ble påbegynt umiddelbart, mens selve installasjonsarbeidene startet i januar 2011. Innflytting skjedde 1. april 2012.

Da avtalen ble inngått våren 2010, hadde entreprenøren bare oppgitt timepriser og påslagsprosjenter. Fra og med høsten samme år utarbeidet imidlertid entreprenøren en rekke budsjetter eller kostnadsoverslag. Etter anmodning fra forbrukeren oversendte entreprenøren et «estimert budsjett» på 7 125 000 kroner inklusive merverdiavgift den 24. august 2010. Samme høst ble ytterligere to budsjetter utarbeidet. Det oppsettet som partene strides om, ble først utarbeidet og oversendt den 23. august 2011 med følgetekst: «Her kommer nytt prisforslag med endringer.» Budsjettet, som beløp seg til i underkant av 9,9 millioner kroner inklusive merverdiavgift, var meget detaljert. Det inneholdt

særskilt prissatte underposter for det enkelte rom med angivelse av mengder og beløp, og var på over 20 sider med om lag 800 til 900 punkter. Budsjettet var likevel ikke fullstendig da det ikke omfattet alle elektroarbeidene. Dessuten var en del poster holdt åpne eller satt i null.

Etter budsjettet av 23. august 2011 ble det oversendt tre eller fire revisjoner fra entreprenøren, det siste den 15. mars 2012, med et estimat på 15,2 millioner kroner inkludert merverdiavgift. Den 20. mars 2012 protesterte prosjektleder på dette estimatet og uttalte at forbruker «legger nå inn et tak for komplett leveranse på 11,5 millioner inkludert merverdiavgift som grunnlag for sluttoppgjøret». Entreprenøren svarte samme dag at dette ikke ville holde.

Partene maktet ikke å komme fram til enighet. Oslo tingrett avsa dom i saken den 21. juni 2013 og kom fram til at budsjettet av 23. august 2011 måtte anses som et prisoverslag etter bustadoppføringslova. Ved dom den 1. oktober 2014 kom derimot lagmannsretten til det motsatte resultatet.

Saken ble anket til Høyesterett, som besluttet å begrense forhandlingene til spørsmålet om det var gitt et prisoverslag i medhold av buofl § 41 tredje ledd.

Entreprenøren gikk konkurs den 27. februar 2015 og saken stanset, men etter begjæring av konkursboet ble saken brakt i gang igjen for Høyesterett.

(2) Høyesteretts innledende betraktninger

Innledningsvis slo Høyesterett fast at tvisten falt inn under lov 13. juni 1997 nr 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad mm (bustadoppføringslova, her forkortet til buofl) siden full ombygging etter lovens § 1 siste ledd likestilles med oppføring. Videre konstaterte Høyesterett at byggherren er å regne som forbruker siden eiendommen var anskaffet for bruk som egen bolig, jf. betingelsen i buofl. § 2 første ledd: «Som forbruker vert rekna ein fysisk person som ikkje hovudsakleg handlar som ledd i næringsverksemd.»

Høyesterett minnet også om lovens ufravikelige karakter, jf. buofl. § 3 første ledd, men uten at dette fikk noen betydning i foreliggende sak.

Når det gjaldt vurderingen av selve tvistespørsmålet i saken, falt denne i to deler. Først foretok Høyesterett en temmelig omfattende utlegning av hvorledes regelen om prisoverslag i buofl § 41 tredje ledd må forstås, se punkt 3 nedenfor. Deretter anvendes disse synspunktene på den aktuelle kontrakten, se punkt 4 nedenfor.

Høyesteretts betraktninger skal fortløpende kommenteres, men i punkt 5 skal gjøres enkelte mer overordnede vurderinger av dommens betydning i byggesaker.

(3) Den generelle tolkningen av buofl § 41 tredje ledd (3.1) Innledning – overslagsregelens virkeområde

a) Til å begynne med gis en kort presentasjon av prisoverslagsregelen i buofl. § 41 tredje ledd. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Dersom entreprenøren har gjeve eit prisoverslag, skal vederlaget ikkje overstige den oppgjevne summen vesentleg, og høgst med 15 prosent. Denne føresegna gjeld likevel ikkje dersom det uttrykkeleg er avtalt ei anna grense for vederlaget, og heller ikkje i den mon entreprenøren har krav på tilleggsvederlag etter §§ 42 eller 43.»

Som det framgår av teksten, skal vederlaget ikke overstige prisoverslaget vesentlig og høyst med 15 prosent. (I praksis er det bare 15 %-grensen som har betydning.)

Regelen kommer til anvendelse der arbeidene skal utføres på regning, det vil si at det ikke er avtalt noen fastpris, se buofl § 41 andre ledd. Det er sedvanemessig fastslått at for denne vederlagstypen gjelder bare et alminnelig krav om at arbeidene skal gjennomføres rasjonelt og forsvarlig, se for eksempel NS 8405: 2008 punkt 31.1 andre ledd. Gir derimot entreprenøren et prisoverslag, settes et tak på hvor høyt vederlaget kan bli. Slike estimater er svært vanlige, og fra forbrukers ståsted er overslagsregelen i buofl. § 41 tredje ledd av stor praktisk betydning.

Tvisten i saken gjaldt spørsmålet om entreprenøren hadde gitt en prisinformasjon til forbrukeren som falt inn under overslagsregelen i buofl § 41 tredje ledd, slik at 15 %-regelen trådte i kraft. Noe spredt rundt i dommen berører Høyesterett dessuten enkelte andre problemstillinger som knytter seg til overslagsregelens virkeområde. Disse skal kort kommenteres nedenfor.

b) *Ensidig utsagn:* I avsnitt 62 presiserte Høyesterett at overslagsregelen ikke forutsetter noen avtale om overslaget eller at forbrukeren har akseptert dette. Det er tilstrekkelig at entreprenøren har «gjeve» et overslag.

Systemet innebærer at entreprenøren er bundet av sitt overslag selv om forbrukeren er helt uenig i størrelsen på estimatet.

c) *Tidspunktet:* Prisoverslag gis gjerne før forbrukeren slutter avtalen med entreprenøren. Overslaget inngår dermed i beslutningsgrunnlaget for kontrakten. I avsnitt 63 understreket likevel Høyesterett at buofl. § 41 tredje ledd får anvendelse også i de tilfeller hvor overslaget er gitt etter at avtalen er inngått, hvilket var tilfellet i nærværende tvist.

d) *Unntak:* Fra regelen om overslag er det gjort to unntak som framgår av bestemmelsens andre punktum.

Taket på 15 prosent gjelder for det første ikke dersom partene uttrykkelig har avtalt en annen grense. Dette unntaket var uaktuelt i nærværende tvist.

For det andre pekte Høyesterett på at 15 %-grensen ikke får anvendelse på endrings- og tilleggsarbeid, jf. tredje ledds siste alternativ. I foreliggende sak var det til dels snakk om betydelige tilleggs- og endringsarbeider. Høyesterett konstaterte at entreprenørens krav på tilleggsvederlag ikke skulle behandles, men føyet til følgende:

«Hvorvidt entreprenøren har krav på slikt tilleggsvederlag, er uten betydning for vurderingen av om det er gitt prisoverslag.»

e) *Ufullstendige overslag*: Nevnte uttalelse leder direkte over til neste problemstilling: Spørsmålet om betydningen av at overslaget er ufullstendig, det vil si at det er på det rene at overslaget ikke dekker alle arbeidene som skal utføres. Om dette temaet har Høyesterett gjort enkelte bemerkninger i avsnitt 67, som skal tas opp under subsumsjonen, se nedenfor. Innledningsvis fastslås imidlertid at det at «en del poster var åpne eller satt i null, er ikke til hinder for å anse budsjettet» som et prisoverslag: «Prisoverslaget knytter seg bare til de prissatte arbeidene.»

Dette er en verdifull klargjøring fra Høyesteretts side. Det er ikke noe krav at et prisoverslag skal være tilnærmet fullstendig. Tvert imot vil en entreprenør kunne avgi bindende overslag over deler av arbeidene (deloverslag). En annen sak er at når det gjelder de ytelsene som overslaget angår, må dette ikke bli for løst. Som illustrasjon på slik løse anslag som ikke kan betraktes som annet enn en orientering til forbrukeren, vises det til eksempler nevnt i Ot.prp. nr. 21 (1996–97) side 73, se avsnitt 60.

(3.2) Lovens ordlyd

På konvensjonelt vis starter Høyesterett med lovens ordlyd når prisoverslagsregelens innhold skal kartlegges, og uttaler følgende i avsnitt 51:

«Ordlyden i bustadoppføringslova § 41 tredje ledd gir ikke vesentlig veiledning for vurderingen av om en prisopplysning er et prisoverslag etter loven. Selve prisopplysningen vil ofte heller ikke gi vesentlige holdepunkter for vurderingen.»

Umiddelbart kan dette startpunktet for vurderingen framstå som overraskende. Prisoverslagsregelen i bustadoppføringslova kommer til anvendelse når entreprenøren har gitt et «prisoverslag». Dermed er det i prinsippet tolkningen av entreprenørens utsagn som avgjør om regelen kommer til anvendelse. Og ved fortolkningen av entreprenørens ytring synes det riktig å anlegge en formell innfallsvinkel: Dersom entreprenøren selv benevner et prisutsagn som et «prisoverslag», eller med tilsvarende uttrykk så som «budsjett» eller «estimat», må det korrekte utgangspunktet være å betrakte prisinformasjonen som et prisoverslag etter buofl. § 41 tredje ledd.

Når Høyesterett likevel ikke tok utgangspunkt i entreprenørens benevnelse av prisinformasjonen, er det nærliggende å anta at dette skyldtes den ubevisste språkbruken som preger den prisinformasjon som gis til forbrukere. Foreliggende sak er et illustrerende eksempel på dette. De to første prisoppstillingene ble betegnet som «estimert budsjett», mens oppsettet fra 23. august 2010 hadde følgeteksten «nytt prisforslag».

De etterfølgende budsjettene hadde ytterligere variasjoner i følgeteksten, så som kostnadsoppstilling og kostnadsestimat. Og man kan tenke seg mange andre betegnelser. Når situasjonen er denne, er det forståelig at Høyesterett i stedet har sett på prisinformasjonens funksjon og latt formålsbetraktninger være avgjørende, se punkt 3.3 nedenfor.

Det Høyesterett trolig hadde i tankene med sin uttalelse, var at buofl § 41 tredje ledd ikke gir noen veiledning med hensyn til de innholdsmessige krav til et prisoverslag dersom det oppstår tvil om prisutsagnets karakter. Er det nok at det oppgis en totalsum, eller må denne være spesifisert og fullstendig, med videre. Grunnsynpunktet må uansett være at dersom en entreprenør har betegnet prisinformasjonen som et prisoverslag eller lignende, gjelder det – i utgangpunktet – ingen innholdsmessige krav til oppsettet.

(3.3) Formålsbetraktninger

I stedet for å starte med entreprenørens betegnelse av sin prisinformasjon, må det ifølge Høyesterett tas utgangspunkt i lovens formålsbetraktninger, se avsnitt 52. Disse trekker sterkt i retning av å betrakte prisutsagn fra entreprenøren som bindende i den forstand at det settes et tak på det samlede vederlaget.

Det dreier seg om legislative siktemål på to plan.

For det første understøttes det nevnte standpunktet av at det dreier seg om regulering av forbrukerforhold hvor det er behov for klare og enkle bestemmelser, se avsnitt 54. Man bør unngå en utforming av regelverket som forutsetter at tvister løses på bakgrunn av hva som anses rimelig etter en konkret bedømmelse.

For det andre leder de konkrete motivene bak utformingen av prisoverslagsregelen både i bustadoppføringslova og håndverkertjenestelova til samme standpunkt. Dette redegjøres det for i dommens avsnitt 55 til 57. Forbrukeren må kunne innrette seg på at kostnadene vil bli omtrent i den størrelsesordenen som prisoverslaget gir pekepinn om. Regelen om prisoverslag skal kunne bidra til at det gis realistiske overslag, og samtidig motvirke at entreprenører gir såkalte lokkepriser for å få oppdrag.

Disse formålsbetraktningene ledet Høyesterett til å trekke følgende konklusjon, se avsnitt 58:

«... at prisopplysninger som entreprenøren gir forbrukeren ... som en klar hovedregel anses som et prisoverslag.»

Dette er et utvetydig og viktig signal fra Høyesterett om at overslagsregelen skal effektiviseres som et rettspolitisk virkemiddel.

(3.4) Bevisbyrderegelen

Høyesterett avla også bevisbyrderegelen i buofl § 41 fjerde ledd en visitt i sin utlegning av prisoverslagsregelen. Etter å ha konkludert med at en prisopplysning normalt må oppfattes som et prisoverslag, framholdt

førstvoterende at «[d]ette synspunktet har støtte i uttalelser i forarbeidene til bevisbyrdebestemmelsen», se avsnitt 58. Deretter siteres forarbeidene på dette punktet. Med grunnlag i disse motivuttalelsene, anførte Høyesterett følgende betraktninger omkring overslagsregelens innhold:

«Uttalelsen om at det må kreves et sterkt bevis for å kunne legge til grunn at en prisopplysning i en kontraktssituasjon bare er en ikke bindende prisopplysning, gir uttrykk for at forbrukeren normalt må kunne oppfatte et prisestimat som en opplysning han kan innrette seg etter, altså som et prisoverslag i lovens forstand. Ved å kreve sterkt bevis for at en prisopplysning ikke skal være et prisoverslag, understrekes at ikke bindende prisopplysninger vil ha et klart unntakspreg. Dette bidrar også til å oppnå klare og enkle regler.»

Her gjøres en viktig utdypning av den tidligere uttalelsen om at prisopplysninger som den klare hovedregel er å betrakte som prisoverslag etter buofl § 41 tredje ledd: Å bedømme en prisopplysning som ikke bindende, vil ha et «klart unntakspreg».

Etter undertegnede oppfatning ville det ha skapt større intellektuell ryddighet om Høyesterett ikke hadde nedgradert bevisbyrderregelen til et støtteargument. Systemet med at et prisestimat som en klar hovedregel er å betrakte som et bindende overslag, har lovgiver nettopp gitt til kjenne gjennom bevisbyrderregelen i fjerde ledd. Motivene forklarer hvorfor lovgiver har ønsket en slik regel. Men formålsbetraktningene har likevel en selvstendig betydning ved tolkningen av regelen fordi disse tilsier at man skal være varsom med å sette hovedregelen til side.

For øvrig kan bemerkes at førstvoterende er noe lettvint i sin bruk av motivuttalelsene i Ot.prp. nr. 29 (1998–99) side 95–96. Når lovgiver anfører at det må kreves sterkt bevis for å anse en prisopplysning for bare å være en uforpliktende prisantydning, er det situasjon hvor det er oppgitt et bestemt beløp som omhandles. Da skal det utvilsom mye til for å anse utsagnet som uforpliktende og ikke som en fastpris. Hvordan situasjonen skal bedømmes dersom det er avgitt et overslag, synes ikke å være kommentert i forarbeidene. Standpunktet til Høyesterett er likevel godt begrunnet i reelle hensyn.

(3.5) Oppsummerende hovedsynspunkter

I avsnitt 61 sammenfattet Høyesterett sine synspunkter om hva som skal til for at et prisutsagn bare skal oppfattes som en uforbindende orientering til forbrukeren, dommens ratio decidendi:

«... etter mitt syn [er det] grunnlag for et alminnelig synspunkt om at en prisopplysning bare er å anse som ikke bindende i tilfeller hvor forbrukeren

ikke med rimelighet kan basere forventninger om hva et arbeid vil koste på opplysningen.»

Sammenholdes dette med de tidligere uttalelsene om at en prisopplysning som den «klare hovedregel» er å anse som et prisoverslag, se avsnitt 58, og at «ikke bindende prisopplysninger vil ha et klart unntakspreg», se avsnitt 59, gir dommen utvetydig uttrykk for at Høyesterett ønsket å etablere et sterkt forbrukervern på området.

Hva skal så mer konkret til for at en prisinformasjon ikke betraktes som bindende etter overslagsregelen i buofl. § 41 tredje ledd? Høyesterett ga ikke noen ytterligere veiledning om dette spørsmålet. Det er likevel grunn til å anta at skal en entreprenør nå fram med at prisopplysningen bare er av orienterende art, må han normalt ha tatt et forbehold. Høyesterett trakk fram entreprenørens muligheter til å si klart fra at prisopplysningen er usikker flere steder i sine premisser. I avsnitt 56 siteres forarbeidene til bustadoppføringslova, og her heter det blant annet følgende, se NOU 1992: 9 side 91:

«Det er viktig at entreprenøren ikkje set overslaget for lågt, til dømes for å få oppdraget. Kan entreprenøren ikkje gje eit realistisk overslag, bør han anten avstå frå å seie noko om prisen, eller han kan ta atterhald om at overslaget er ekstra usikkert.»

Og i Høyesteretts konklusjon i saken framheves også muligheten for forbehold, se avsnitt 69:

«I en slik situasjon måtte [entreprenøren]... ha tatt forbehold om at prisopplysningen ikke skulle ha bindende virkning.»

I tillegg kan det vises til synspunktet i avsnitt 66 om når entreprenøren har en særlig oppfordring til å ta forbehold.

Det følger videre av buofl. § 41 fjerde ledd at entreprenøren har bevisbyrden for at han har tatt et forbehold i forbindelse med prisutsagnet.

(4) Subsumsjonen – den konkrete vurderingen av foreliggende tvist – avsnittene 64 til 70

(4.1) Innledning

Etter å ha fastslått prisoverslagsregelens generelle virkeområde og nærmere innhold, gikk Høyesterett over til den konkrete vurderingen av foreliggende tvist. Som nevnt i punkt 1 ble det utarbeidet en rekke budsjetter i byggesaken. Høyesterett presiserte at det for dens del var tilstrekkelig å ta stilling til om budsjettet av 23. august 2011 var å anse som et prisoverslag.

Fordi Høyesterett tolket overslagsregelen så strengt, synes ikke subsumsjonen å ha bydd på store problemer. Høyesterett er temmelig kortfattet i sin bedømmelse av den konkrete saken.

(4.2) Betegnelsen av prisutsagnet

Under punkt 3.2 om lovens ordlyd påpekte undertegnede at Høyesterett ikke tok utgangspunkt i entrepre-

nørens betegnelse av sitt prisutsagn. Det gjør heller ikke Høyesterett i den konkrete vurderingen av saken.

Denne neglisjeringen av betegnelsen på prisutsagnet synes å innebære at det er likegyldig hva entreprenøren kaller prisinformasjonen så lenge han ikke tar et forbehold. I så fall er det uten interesse om entreprenøren benevner prisopplysningen for et overslag, budsjett, estimat, beregning eller lignende, eller overhodet ikke har noen følgetekst. Når det derimot gjelder spørsmålet om entreprenøren har gitt tilbud om en fast pris, vil formuleringen av utsagnet måtte tillegges stor betydning.

(4.3) Beslutningsgrunnlag

Det første konkrete elementet i saken som Høyesterett trakk fram, er forbrukers beslutningsgrunnlag, se avsnitt 66:

«Allerede i forbindelse med det første budsjettet Totaltek oversendte, ble det klargjort fra prosjektleders side at etterspurte prisopplysninger var ment å inngå i byggherrens, Reitans, beslutningsgrunnlag. Slik informasjon vil kunne gi entreprenøren en særlig oppfordring til å ta forbehold om at prisopplysningen ikke skal være bindende hvis han mener at grunnlaget for prissettingen er ekstra usikkert.»

Et visst spenningsforhold må sies å bestå mellom Høyesteretts generelle uttalelse i avsnitt 63 om at prisoverslagsregelen klart får anvendelse også for prisutsagn gitt etter avtaleinngåelsen og vektleggingen av at prisinformasjonen inngikk i forbrukerens beslutningsgrunnlag i avsnitt 66.

(4.4) Usikkerhet

Det neste forholdet Høyesterett tok opp, var betydningen av usikkerhet rundt prosjektet. I avsnitt 67 foretok Høyesterett en sentral klargjøring av overslagsregelen. Tidligere er nevnt Høyesteretts påpekning av at prisoverslaget ikke trenger å være fullstendig. Når det gjelde usikkerhet med hensyn til ytelsenes innhold og omfang, heter det følgende i avsnitt 67:

«At det kan være usikkerhet om omfanget av disse arbeidene, er normalt ikke i seg selv en innvending mot en slik konklusjon. Som nevnt i NOU 1979:42 side 97 er det når det er usikkerhet ved omfanget av arbeidet at prisoverslag vanligvis forekommer. Uten slik usikkerhet vil oppgitt pris gjerne være fast pris. Prisoverslaget knytter seg bare til de prissatte arbeidene.»

(4.5) Fakturering mot budsjett

Et tredje moment – eller innsigelse fra entreprenøren – ble drøftet i avsnitt 68, hvor førstvoterende anførte følgende:

«Ankemotparten har gjort gjeldende at [entreprenørens] fakturering ikke skjedde mot budsjettet, og at dette støtter det synspunkt at prisopplysningene ikke var prisoverslag. Det er Totaltek som valgte å fakturere som de gjorde, noe som ga byggherren begrenset mulighet for å kontrollere fakturaene opp mot budsjettet. Etter mitt syn kan den etterfølgende faktureringen, slik denne var spesifisert, ikke tillegges vesentlig vekt ved vurderingen av om det er gitt prisoverslag.»

Entreprenørens innsigelse er bygget på lagmannsrettens hovedargumentasjon for ikke å betrakte budsjettet som et prisoverslag etter bustadoppføringslova. På dette punktet burde Høyesterett ha gått kraftigere i rette med synspunktene framført av lagmannsretten, som fundamentalt misforstår overslagets rettslige betydning. Som illustrasjon kan hitsettes følgende utdrag fra lagmannsrettens betraktninger, se side 8:

«Det er ingen endring i måten fakturaene ble utformet på og attestert i tiden før og etter budsjettet 23. august 2011, eller etter det fjerde budsjettet. Fortsatt ble det fakturert faktisk medgått tid og materiell med den avtalte påslagsprosenten.»

Og videre:

«Spesielt tydelig er dette etter lagmannsrettens syn når ingen av budsjettene fikk noen innvirkning på faktureringen eller annet i forholdet mellom partene.»

Ved en fastprisavtale er ikke forbrukeren forpliktet til å utbetale mer enn en forholdsmessig andel av vederlaget. Er 10 % av den avtalte ytelse utført, har entreprenøren krav på betaling av en tilsvarende andel av fastprisen. Noen slik mekanisme inntreffer ikke ved et prisoverslag. Det underliggende prisformatet – arbeid på regning – holdes intakt selv om det er avgitt et prisoverslag. Entreprenøren kan fakturere fortløpende for det utførte arbeidet i samsvar med buofl. § 41 andre ledd. Så lenge arbeidene er gjennomført rasjonelt og forsvarlig, kan ikke forbrukeren nekte å betale med henvisning til et forholdsmessighetssynspunkt. Overslagets rettslige betydning innebærer bare at når entreprenørens fakturering etter buofl. § 41 andre ledd når taket – overslaget pluss 15 % – har han ikke krav på ytterligere vederlag. Det er en ikke helt uvanlig misforståelse at et prisoverslag omgjør prisformatet til en slags fastpris, en villfarelse det hadde vært på sin plass at Høyesterett hadde oppklart.

(4.6) Skriftlighet med videre

Til slutt i avsnitt 69 pekte Høyesterett på at det dreide seg om et konkret igangværende prosjekt, og nevnte samtidig at budsjettet ble avgitt skriftlig.

På bakgrunn av ovennevnte gjennomgang konkluderte Høyesterett med at budsjettet framsto som en informasjon «om hva de prissatte arbeidene måtte forventes å ville koste». Lagmannsrettens dom måtte dermed oppheves.

(5) Sakskostnader:

Forbrukeren vant saken fullstendig og fikk tilkjent saksomkostninger etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Høyesterett fant med andre ord ikke grunn til å sette regelen til side for eksempel fordi rettsspørsmålet i saken framsto som tvilsomt, jf tredje ledd bokstav a.

(6) Avsluttende kommentarer

Høyesterett har i nærværende sak avsagt en prinsipielt meget viktig dom med store praktiske konsekvenser. I mange byggesaker honoreres entreprenøren etter medgått tid (regningsarbeid), og det er i disse tilfellene maktpåliggende at forbrukeren kan stole på at overslag over antatt samlet pris er realistisk. En gjennomgang av lagmannsrettspraksis i forkant av dommen viser med all tydelighet at det var påkrevd med en opprydding på området.

Dommen knesetter et sterkt forbrukervern når entreprenøren gir prisopplysninger. Høyesterett har åpenbart ønsket å løse entreprenørens prisutsagn inn i mer faste kategorier som er lett forståelige for forbruker. På en forespørsel fra forbrukeren om samlede kostnader, har entreprenøren i realiteten fire mulige svar:

- 1) Han kan gi tilbud om en fastpris.
- 2) Han kan gi et overslag som da binder ham innenfor et slingsringsmonn på 15 %, eventuelt uttrykkelig fastsette en annen grense.
- 3) Han kan knytte et forbehold til prisutsagnet som gjør det klart for forbrukeren at det ikke binder entreprenøren.
- 4) Han kan avstå fra å si noe om de samlede kostnadene.

Lasse Simonsen

Fradrag for forsikringsutbetaling ved utmåling av prisavslag – Høyesteretts dom 28. april 2016 (HR-2016-901-A)

Spørsmålet i saken var om en forsikringsutbetaling som kjøperen av leilighet hadde mottatt til dekning av utbedring av følgeskader av en kjøpsrettslig mangel, skulle gå til fradrag i det prisavslaget som kjøperen hadde krav på av selgeren og hans eierskifteforsikringsselskap. Høyesteretts enstemmige konklusjon var at fradrag skulle gjøres.

Kjøperen oppdaget kort tid etter overtakelsen at det var fukt i gulvet på kjøkkenet. Årsaken viste seg å være store mangler ved membranen på badet. Utbe-

dringskostnadene beløp seg til ca. 600.000 kroner, noe som utgjorde ca 33 % av kjøpesummen. Sameiets bygningsskadeforsikring utbetalte ca. 180.000 kroner til kjøperen til dekning av følgeskadene. Prisavslag for mangel skal etter avhendingsl. § 4-12 andre ledd fastsettes med utgangspunkt i utbedringskostnadene, herunder kostnader til utbedring av følgeskader. Spørsmålet i saken var om utbetalingen fra forsikringsselskapet skulle gå til fradrag ved fastsettelse av prisavslaget.

I en tidligere dom i Rt. 2010 s. 1305 la Høyesterett til grunn at prisavslag ikke skal reduseres som følge av økonomisk støtte som kjøperen har mottatt til utbedring av mangel. Støtten kom fra sameiet, som forskuttede kjøperens utgifter til utbedring av mangel på fellesareal. Det er opplyst i dommen at det var inngått en avtale mellom sameiet og kjøperen om refusjon av beløpet dersom kjøperen ble tilkjent prisavslag for mangelen av selgeren. Dette er en ren saksopplysning i dommen. Opplysningen ble ikke trukket inn som avgjørende i rettens begrunnelse for ikke å redusere prisavslaget med det beløpet som kjøperen fikk i støtte fra sameiet. Når førstvoterende omtaler sameiets forskuttering i avsnitt 53–54, er det som ledd i spørsmålet om prisavslagskravet måtte anses overdratt til sameiet, slik at kjøperen ikke lenger var rett part til å fremme kravet mot selgeren og eierskifteforsikringsselskapet. Det er en annen problemstilling enn spørsmål om fradrag. Høyesterett konkluderte for øvrig med at kravet ikke kunne anses overdratt (avsnitt 54).

Høyesterett understreket i Rt. 2010 s. 1305 at kjøpsrettslig prisavslag er en vederlagskorreksjon til opprettholdelse av kontraktsbalansen når det viser seg at en solgt eiendom har mangel (avsnitt 52 om «vederlagsjustering»). Det samme var tidligere uttalt i Rt. 2000 s. 199 (s. 206 om at «prisavslag [skal] sikre balansen mellom ytelsene»). Dette kommer klart frem av regelen om forholdsmessig prisavslag i avhl. § 4-12 første ledd, og også av den tilsvarende regelen i kjøpsl. § 38 (og den tidligere kjøpsloven av 1907 §§ 42 og 43). Kjøpsrettslig prisavslag er ikke betinget av økonomisk tap i erstatningsrettslig forstand (Rt. 2010 s. 1305 avsnitt 52) og skal heller ikke utmåles på grunnlag av kjøperens økonomiske tap som følge av mangelen. Regelen i § 4-12 andre ledd om utmåling av prisavslag ut fra utbedringskostnadene kan nok bidra til å tilsløre skillet mellom prisavslag (vederlagsreduksjon) og erstatning (dekning av økonomisk tap). Regelen må likevel anses som en praktisk tilpasning av den tradisjonelle regelen om forholdsmessig avslag i første ledd, ikke som et prinsipielt avvik fra den. Høyesterett har tidligere fremhevet at regelen i første ledd er «den overordnede regelen» (Rt. 2010 s. 1395, avsnitt 37, 38 og 39), og at andre ledd står tilbake for første ledd dersom de to reglene fører til ulike resultater (Rt. 2000 s. 199, hvor forholdsmessig avslag var lavere enn utbedringskostnadene, og Rt 2010 s. 1395, hvor forholdsmessig avslag var høyere). Regelen i andre ledd er

basert på en forutsetning om at utbedringskostnadene i mange tilfeller er passende som vederlagskorreksjon.

Dersom man følger denne tankegangen, vil økonomisk tilskudd til kjøperen fra andre kilder enn selgeren ikke redusere kjøperens prisavslag. Dette kan være annerledes med erstatning, som skal utmåles ut fra kjøperens økonomiske tap som følge av mangelen. Tilskudd fra andre kilder kan da være relevant ved utmålingen. Dette gjelder ved utmåling av erstatning i og utenfor kontraktsforhold. Setningen *compensatio lucri cum damno* (motregning av gevinst mot tap, slik at bare nettotapet erstattes) er velkjent. Dette er ikke anledningen til å redegjøre for rekkevidden av prinsippet (se Arnt E. Skjefstads doktorgradsavhandling: *Fradrag for fordel ved erstatningsutmåling*, 2015). Det er tilstrekkelig å minne om at det i mange tilfeller vil føre til redusert erstatning for skadelidte. Ved utmåling av erstatning i kontraktsforhold vil for øvrig prinsippet føre til at prisavslag som kreditor har mottatt som følge av mangel, går til fradrag i erstatning for verdi-reduksjon som følge av den samme mangelen.

I Høyesteretts dom 28. april 2016 fikk kjøperen utbetaling under sameiets bygningsskadeforsikring. Mens eiere av eneboliger har individuelle forsikringer, har seksjonseiere felles forsikring tegnet gjennom sameiet. Høyesterett så det slik at utbetaling til kjøperen under sameiets fellesforsikring burde likestilles med utbetaling under en selgers individuelle bygningsskadeforsikring. Skrittet var da ikke langt til å anse forsikringsutbetalingen som et delvis oppgjør av kjøperens prisavslagskrav mot selgeren. Dette synes å være den bærende begrunnelse for Høyesteretts konklusjon om fradrag for forsikringsutbetalingen (avsnitt 36 og 37; i avsnitt 37 kalles løsningen «opplagt» når forsikringen er tegnet «direkte» av selgeren). Denne begrunnelsen, og dermed resultatet i saken, er det vanskelig å rette innvendinger mot.

Det er ikke like lett å akseptere uttalelser i dommen som tilslører det prinsipielle skillet mellom prisavslag og erstatning. Førstvoterende slår an tonen allerede i avsnitt 4:

«Spørsmålet for Høyesterett er om denne utbetalingen skal komme til fradrag ved fastsettelsen av selgers ansvar etter avhendingsloven.»

Nei, spørsmålet for Høyesterett er ikke så generelt. Spørsmålet for Høyesterett er om forsikringsutbetaling skal redusere størrelsen på kjøperens *prisavslag* etter avhendingsloven. I Ankeutvalgets henvisning av anken til Høyesterett, gjengitt i avsnitt 8, er formuleringen presis og korrekt:

«Anken tillates fremmet for så vidt gjelder spørsmålet om forsikringsutbetalingen til kjøper fra sameiets bygningsskadeforsikring skal få betydning for utmålingen av kjøpers krav på prisavslag etter avhendingsloven § 4-12.»

Under redegjørelsen for avhl. § 4-12 andre ledd og den lovhistoriske bakgrunnen for denne regelen velger førstvoterende å ta lett på forskjellen mellom prisavslag og erstatning. Hun konkluderer i avsnitt 27 med følgende:

«Totalt sett skal kjøper ikke ha kompensert mer enn sitt økonomiske tap.»

Hvis det her siktes til økonomisk tap i erstatningsrettslig forstand, må uttalelsen kunne betegnes som uriktig, eller i hvert fall som et brudd med tradisjonell lære. Denne tilsynelatende sammenblandingen av prisavslag og erstatning kommer også til syne i avsnitt 28, hvor førstvoterende uttaler at hun ikke forstår Rt. 2010 s. 1305 «slik at den kan tas til inntekt for at det samlet skal utbetales mer enn hva som er nødvendig for å dekke kjøpers tap». Dette harmonerer ikke godt med det som er uttalt i Rt. 2010 s. 1305 avsnitt 52 om at prisavslag ikke er betinget av at kjøperen har lidt et tap. Premissene i dommen av 28. april 2016 preges også ellers av at prisavslag og erstatning går om hverandre. Det er uheldig.

Det er mulig at premissene ikke er ment som generelle uttalelser om forholdet mellom kjøpsrettslig prisavslag og erstatning, men at førstvoterende mener at prisavslag etter avhendingsloven står i en annen stilling enn i kjøpsretten for øvrig på grunn av den særlige utmålingsregelen i § 4-12 andre ledd. Som nevnt ovenfor, kan denne regelen trekke tanken i retning av erstatningsrettens vilkår om økonomisk tap. Regelen har sammenheng med rettspraksis før avhendingsloven, da forholdsmessig avslag etter mønster av kjøpslovene av 1907 og 1988 ikke var vanlig. En begrensning av dommens rekkevidde til å gjelde avhendingslovens spesielle regel og historie ville innebære et mindre avvik fra tradisjonell lære om prisavslag. Det står likevel fast at premissene i dommen fra 2016 står i klar motstrid med premissene i Rt. 2010 s. 1305. Det synes for øvrig som førstvoterende, i strid med tidligere høyesterettspraksis (Rt. 2010 s. 1395), mener at det er regelen i andre ledd som er hovedregelen. Det kan i tilfelle bidra til å forklare hennes sterke vekt på økonomisk tap.

Når dommens konklusjon bygger på en premiss om at forsikringsutbetalingen må anses som delvis oppgjør av selgerens ansvar for prisavslag, kan den ikke være avgjørende for utbetalinger fra kilder som ikke har tilknytning til selgeren. Økonomisk hjelp og støtte til utbedring av mangelen fra venner og kjente av kjøperen står i en annen stilling, og dommen innebærer ikke at slike ytelser reduserer det prisavslaget som selgeren må betale. Dommen avgjør heller ikke betydningen av utbetaling under en forsikring som er tegnet av kjøperen. Hvis mangelen oppdages lengre tid etter overtakelsen, vil også følgeskader som er utviklet i kjøperens eiertid, omfattes av mangelen, jf. avhl. § 3-1 tredje ledd. Dersom følgeskaden er dekket av forsikring som kjøp-

eren har tegnet som eier av boligen, følger det ikke av dommen av 2016 at prisavslagskravet mot selgeren reduseres. At forsikringsutbetalingen vil kunne redusere selgerens erstatningsansvar som følge av mangelen, er – som det fremgår ovenfor – en annen sak.

Trygve Bergsåker

Foreldelse – fristavbrudd – bevaring av avbruddsvirkningen etter forliksrådets innstilling av saken – Høyesteretts dommer 28. april 2016 (HR-2016-899-A) og 14. juni 2016 (HR-2016-1287-A)

Foreldelse er stadig tema for Høyesterett. To av dommene fra våren 2016 gjelder fristavbrudd, eller mer presist: bevaring av avbruddsvirkningen av tidligere fristavbrudd. I begge sakene var forhandlingene og pådømmelsen delt i medhold av tvistel. § 16-1. Sakene for Høyesterett gjaldt utelukkende foreldelse. Begge dommene er enstemmige.

I begge sakene var foreldelse avbrutt ved rettidig forliksklage, jf. foreldelsesl. § 15 nr. 2. Forliksrådet innstilte i begge sakene behandlingen i medhold av tvistel. § 6-11. I den første saken ble det tatt ut ny forliksklage før ettårsfristen i tvistel. § 18-3 andre ledd var utløpt. Den nye forliksklagen, som ble tatt ut for å unngå foreldelse, ble avvist av forliksrådet med den begrunnelse at tvistel. § 6-11 femte ledd ikke tillater ny forliksklage før det var gått ett år fra innstillingen. Spørsmålet i saken var om det er adgang til ny forliksklage mens ettårsfristen løper. Hvis svaret er nei, ville neste spørsmål være om avvisningen medførte at kravet var definitivt foreldet. I den andre saken ble skyldneren prosessvarslet etter foreldelsesl. § 19 nr. 1, jf. tvistel. § 15-9, før ettårsfristen var utløpt, i forbindelse med at det ble tatt ut stevning mot en medskyldner. Stevning ble senere tatt ut etter at ettårsfristen i tvistel. § 18-3 andre ledd var utløpt, men innenfor ettårsfristen i foreldelsesl. § 19 nr. 1. Spørsmålet i den saken var om avbruddsvirkningen av forliksklage kan bevares med prosessvarsel før ettårsfristen i tvistel. § 18-3 andre ledd er ute.

I dommen av 28. april 2016 kom Høyesterett (avsnitt 49) til at tvistel. § 6-11 femte ledd inneholder en uttømmende regulering av adgangen til ny forliksklage etter at forliksrådet har innstilt saken. Etter bokstav a) kan saken bringes inn for forliksrådet på ny når det er gått ett år siden innstillingen. Før denne tid kan saken etter bokstav b) og c) bringes inn på ny dersom motparten har samtykket, eller dersom nemndsbehandling av saken er avsluttet. Det følger av innledningen i § 6-11 femte ledd at saken «bare» kan bringes inn for forliksrådet på ny dersom ett av vilkårene i a), b) eller c) er oppfylt. Verken b) eller c) var aktuelle i saken, og vilkår a) var altså ikke oppfylt. Høyesterett så det slik at heller ikke tvistel. § 18-3 andre ledd hjemler ny fristavbrytende (eller rettsbevarende) forliksklage i

ettårsperioden etter innstillingen av saken. Det følger av denne bestemmelsen at virkningen av fristavbrudd ved forliksklage opphører «dersom stevningen, eller eventuelt forliksklage, ikke er sendt til retten innen ett år fra forliksrådet innstilte behandlingen av saken». At forliksklage er nevnt i § 18-3 andre ledd, innebærer ifølge Høyesterett ikke en videre adgang til å bevare avbruddsvirkningen ved ny forliksklage enn det som følger av § 6-11 femte ledd.

Avvisningen av den nye forliksklagen var altså korrekt. Neste spørsmål var derfor om avvisningen ga rett til tilleggsfrist etter foreldelsesl. § 22 nr. 1, slik at fordringen fortsatt kunne reddes fra foreldelse gjennom nytt, korrekt fristavbrytende skritt innen ett år etter avvisningen. Slikt skritt var tatt ved stevning til tingretten innen ett år etter forliksrådets avvisning av saken. Første vilkår for anvendelse av § 22 nr. 1 er at «påtale» er reist etter § 15 uten at påtalen fører til realitetsavgjørelse. Høyesterett kom (avsnitt 53) til at påtale måtte anses reist, selv om det altså ikke var adgang til ny forliksklage. Avgjørende for rett til tilleggsfrist var etter dette at avvisningen ikke skyldtes et «forsettlig forhold fra fordringshaverens side», det vil si fra advokatens side. I så fall har fordringshaveren ikke krav på tilleggsfrist etter bestemmelsen. Dommen inneholder en omfattende drøftelse av hva som ligger i forsettskravet i bestemmelsen. Mister fordringshaveren retten til tilleggsfrist når den prosessuelle feilen som fører til avvisning, er forsettlig? Eller må også rettsvirkningen av feilen – avvisningen – omfattes av forsettet? Konklusjonen i dommen er at det er tilstrekkelig at den prosessuelle feilen er forsettlig (avsnitt 67).

Siste spørsmål var så om feilen var forsettlig i dette tilfellet. Høyesteretts svar på det var nei (avsnitt 71–73). Det var rettslig uklarhet knyttet til adgangen til ny forliksklage i ettårsperioden etter forliksrådets innstilling av saken, og det kunne ikke legges til grunn at advokaten var klar over at det mest sannsynlig ikke var anledning til dette. Den feilen som førte til avvisning av den nye forliksklagen, kunne ikke anses forsettlig, og fordringshaveren hadde rett til tilleggsfrist etter § 22.

Dommen er viktig. Den avklarer sentrale rettsspørsmål om foreldelse etter forliksrådets innstilling av saken. Den avklarer også viktige spørsmål knyttet til tilleggsfrist etter foreldelsesl. § 22 nr. 1, herunder innholdet i kriteriet «forsettlig forhold» i denne bestemmelsen.

Også dommen av 14. juni 2016 avklarer rettsspørsmål om foreldelse etter forliksrådets innstilling av saken. Høyesterett konkluderte i saken med at avbruddsvirkningen av forliksklagen ikke kan bevares ved å prosessvarsele skyldneren før ettårsfristen i § 18-3 andre ledd er ute. Når fordringshaveren først har valgt å avbryte foreldelse ved forliksklage, er det ifølge § 18-3 andre ledd bare stevning, og i meget begrenset omfang ny forliksklage (se § 6-11 femte ledd og omtalen av dommen av 28. april 2016 ovenfor) innenfor ettårsfristen, som kan hindre foreldelse av kravet. Prosessvarsel er ikke nevnt i § 18-3 andre ledd, og prosessvarsel i ett-

årsperioden kan ifølge Høyesterett heller ikke på annet grunnlag opprettholde avbruddsvirkningen. Når kreditor har valgt forliksklage som avbruddsmåte, må dette sporet følges videre. Det er ikke adgang til å skifte spor til prosessvarsel under veis, selv om dette sporet kunne ha vært valgt fra først av (avsnitt 40).

Også denne dommen er rettsavklarende og viktig. Kanskje kan man være litt forundret over Høyesteretts standpunkt i saken: Prosessvarsel avbryter foreldelse, men bevarer ikke avbruddsvirkningen av tidligere fristavbrudd (avsnitt 38). Høyesterett aksepterer (avsnitt 36) at debtors erkjennelse av forpliktelsen samt avtale om fristforlengelse etter innstillingen hindrer foreldelse. Retten var derimot ikke villig til å supplere ordlyden i § 18-3 andre ledd med prosessvarsel som relevant prosesshandling. Forskjellen er nettopp at erkjennelse og fristforlengelse ikke er prosesshandlinger fra fordringshaverens side, slik at disse faller på siden av reguleringen i § 18-3 andre ledd.

Man kan likevel ha en viss forståelse for advokaten som uten videre gikk ut fra at prosessvarsel var en mulighet også for å bevare avbruddsvirkningen etter forliksrådets innstilling av saken. En forsiktig advokat ville vel på den annen side ha kontrollert lovteksten, og sett at prosessvarsel ikke er nevnt i § 18-3 andre ledd. Innenfor foreldelsesretten tilsier forsiktighet at man ikke baserer seg på en rettsforståelse som ikke fremgår klart av loven, når man heller ikke har andre gode rettskilder å støtte seg på.

I denne dommen forelå det ingen avvisning eller annet som eventuelt kunne repareres med tilleggsfrist etter § 22. Når prosessvarsel ikke ble godtatt som avbruddsbevarende skritt, var toget definitivt gått. Førstvoterende uttaler (avsnitt 41) at den rettsforståelsen som dommen bygger på, ikke er urimelig eller virker som en «felle» for kreditor. Man kan nok være i tvil om dette når man ser de to dommene i sammenheng. Heller ikke i den første dommen hadde advokaten lovteksten på sin side når han tok ut ny forliksklage innenfor ettårsfristen. Han ble reddet av rett til tilleggsfrist, selv om hans feilgrep neppe var mindre enn feilgrepet til kollegaen i den andre dommen.

Trygve Bergsåker

Litteratur

Karl Marthinussen, Heikki Giverholt og Hans-Jørgen Arvesen: *NS 8405 med kommentarer*. 4. utg. Gyldendal Akademisk, 2016. 781 sider

3. utg. av denne boken utkom i 2010. 4. utg. er oppdatert med nyere rettspraksis, og forfatterne har gjennomgått og supplert kommentarene fra tidligere utgaver og behandlet en del nye problemstillinger. De tre forfatterne er alle advokater i Advokatfirmaet Føyen Torkildsen.

Peter Hambro

PERSONVERN

Amerikanske myndigheter nektes tilgang til Microsoft-data lagret i Irland— beslutning—U.S. Court of Appeals for the Second Circuit dom 14. juli 2016

I juli i år opphevet den amerikanske ankeinstans (U.S. Court of Appeals for the Second Circuit) en «tingrettsdom» som krevde at Microsoft ga amerikanske myndigheter tilgang til e-poster lagret i Microsofts datahall i Irland. Ankeavsigjørelsen innebærer at dersom amerikanske myndigheter vil ha tilgang til data lagret i Europa, må de forholde seg til internasjonale avtaler og få tilgang gjennom etablerte kanaler, (blant annet Mutual Legal Assistance Treaties (MLATs).

Bakgrunn

Microsoft er en stor leverandør av skytjenester. Skytjenester eller «Cloud Computing» er navnet på en teknologi som blant annet lagrer data som er tilgjengelig fra eksterne datahaller tilknyttet Internett. Skytjenester er ofte globale, og dermed kan data bli lagret verden rundt. Microsofts skytjenester har forbrukere i over 100 land med mer enn én milliard forbrukere. Data i Microsofts skytjenester er lagret i flere datahaller i over 40 land. Infrastrukturene er derfor store og kompliserte, og innebærer flere juridiske og tekniske problemstillinger.

For å øke hastigheten til Microsofts skytjenester lagres dataene i områder som er nærmere forbrukerne geografisk. Plasseringen er basert på adressen forbrukerne skriver når de registrerer seg som brukere. Adressen som skrives inn, blir ikke kontrollert av Microsoft. Hvis det brukes en landskode som ikke er fra USA, slettes «content data» (innholdet i e-posten) fra Microsofts datahall i USA. Imidlertid blir «non-content data» (avsenders e-post adresse, mottakers e-post adresse og dato osv.) beholdt i datahallene i USA.

I nevnte sak fremmet amerikanske myndigheter i en kriminaletterforskning krav om utlevering av både «content data» og «non-content data» til en bestemt e-postkonto som var lagret på Microsofts skytjenester. Den amerikanske tingretten ga politiet/etterforskerne i USA rett til å kreve både «content data» og «non-content data» fra Microsoft. Imidlertid nektet Microsoft å overlevere «content data» fordi brukeren hadde skrevet at adressen hans var i Irland. Siden forbrukers adresse var oppført som irsk, ble «content data» lagret i Microsofts datasenter i Irland og ikke i USA. Derfor avviste Microsoft den amerikanske ransakingsordren og argumenterte med at siden dataene var lagret i Irland, måtte amerikanske myndigheter forholde seg til irske lover og domstolsavgjørelser.

To lavere rettsinstanser var uenige med Microsoft og mente at siden det var teknisk mulig for Microsoft å overlevere data til myndighetene uten å reise til Irland, og at dataene skulle brukes i USA, måtte Micro-

soft gi myndighetene «content data» i tillegg til «non-content data». Disse to rettsinstansene la tyngst vekt på stedet inspeksjonen av data ville foregå. De la ikke vekt på stedet dataene var lagret.

Regelverket og argumentasjonen

Ransakingsordren som ble brukt av amerikanske myndigheter, er hjemlet i «Stored Communications Act (SCA)», som er en del av «The Electronic Communications Privacy Act (ECPA)». ECPA ble vedtatt i 1986, lenge før data begynte å flyte fritt rundt i verden på daglig basis. I 1986 var overføring av data til andre land annerledes enn det er i dag. Selv om regelverket ble skapt på 80-tallet, regulerer ECPA og SCA likevel en slags beskyttelse av informasjon som er lagret av leverandører av informasjons- og kommunikasjons-teknologi (IKT-leverandører). Regelverket omhandler også, til en viss grad, når og hvordan amerikanske myndigheter kan få overlevert data fra IKT-leverandører. Noen ganger må myndighetene ha en ransakingsordre. Andre ganger er en stevning tilstrekkelig. Dette avhenger av datatype, når dataene var lagret, og om myndighetene vil varsle forbrukerne. Siden ECPA er fra 1986, lenge før skytjenester var i bruk, er applikasjonene til skytjenestene i mange tilfeller veldig uklare.

I den første rettsinstansen, «tingretten,» la dommeren til grunn at en ransakingsordre, som er nevnt i SCA, er en slags «hybrid» som er mer lik en stevning enn en tradisjonell ransakingsordre. Denne beslutningen ble betydningsfull i saken. Det er en forutsetning i amerikansk rett at uten en klar og tydelig hjemmel i lov er en ransakingsordre begrenset til amerikansk territorium. En ransakingsordre som er nevnt i SCA, fikk derfor ikke eksteritorial anvendelse. I motsetning til en ransakingsordre kan imidlertid en stevning kreve å få utlevert materiale som lagres i utlandet. Dommerens rettssetning var at hvis denne SCA-hybridransakingsordren var en forkynnelse til Microsoft, måtte Microsoft levere data så lenge det var mulig (dvs. data som var kontrollert, opprettholdt eller drevet av Microsoft) selv om de var lagret i Irland. Dommeren fant at stedet som dataene var lagret på, var av mye mindre betydning enn det stedet der dataene skulle leses og brukes.

Ankedomstolen var uenig med flere av underinstansens begrunnelser og resultat. For det første mente ankedomstolen at SCAs ransakingsordre ikke var tilsvarende en stevning. Videre mente ankedomstolen at underinstansen hadde tolket loven feil. Underinstansens tolkning av at loven hadde eksteritorial anvendelse, var utilstrekkelig. For at en lov skal ha en eksteritorial anvendelse, må dette stå klart og tydelig i loven. Det gjør det per dags dato ikke. For det andre mente ankedomstolen at fokuset måtte være på det stedet dataene lagres, ikke stedet hvor data skal brukes. Microsofts tilgang til irsklagrede data fra hovedkontoret sitt i USA var av mye mindre betydning for ankedomstolen. Selv om teknologien er «grenseløs» teknisk

sett, fokuserte ankedomstolen mye mer på landegrensene.

Selv om flertallet i ankedomstolen var overbevist om at underinstansen hadde tolket loven feil, er mange av begrunnelsene fremdeles uklare. En av flertallets dommere hadde en annen begrunnelse (men var enig i resultatet). Denne dommeren mente at på grunn av teknologien som skytjenester bruker, er dataene ofte tilgjengelige både internasjonalt og nasjonalt på samme tid. Data kan bli kopiert flere steder og overført på bare noen få sekunder. Derfor er det ikke alltid så klart om dataene er lagret internasjonalt eller nasjonalt. Dommeren pekte på at Microsoft er et amerikansk selskap som kunne ha fått dokumentene fra en data-maskin i USA uten å dra til Irland. Selv om det var uklart i rettsprotokollen, skulle dokumentene mest sannsynlig bare brukes mot en amerikansk borger i en amerikansk straffesak. Så uten Microsofts spesielle organisering av overførbare data ville dokumentene vært tilgjengelige for amerikanske myndigheter.

Fordi det var uklart i hvilket land tiltalte bodde, samt andre grunner, var denne dommeren enig med flertallets domsgrunner om at dette var (eller kunne ha vært) eksteritorial rett istedenfor nasjonal. Dommeren mente videre at resultatet i dommen ikke bør ha stort anvendelsesområde for andre saker vedrørende retten til privatliv. Videre er det viktig at lovgiver oppdaterer lovgivningen på dette området fordi feltet (særlig teknologien) har forandret seg mye siden 1986. Regelverket er i dag nesten ubrukelig. Selv om Microsoft seiret i ankedomstolen, er endelig avgjørelse ikke tatt. Hvis anken blir tatt til følge, ender saken trolig opp i Supreme Court of the United States.

Konsekvenser

Saken var veldig viktig for de kommersielle interessene i Microsoft og andre amerikanske leverandører av skytjenester. Leverandører for skytjenester vil trolig miste mange europeiske kunder hvis amerikanske myndigheter får tilgang til data som er lagret i Europa, kun fordi selskapets hovedkvarter er i USA. Hadde dommen fra underinstansen blitt stående, ville Microsoft blitt sittende mellom barken og veden. På den ene siden bryter Microsoft europeisk personopplysningsvern hvis de overleverer data til amerikanske myndigheter, og på den andre siden bryter de amerikansk rett ved å ikke etterleve domsavgjørrelser i USA som krever dokumentene utlevert.

Resultatet av ankedommen er at det blir vanskeligere for amerikanske myndigheter å få tilgang til viktig data vedrørende borgere. Smarte kriminellere kan bare velge et europeisk land når de registrerer adresse, og etterforskningen for politiet vil bli mye vanskeligere og ta lengre tid, hvis ikke nesten umulig i praksis. Det kan bety at flere stater begynner å kreve at data blir lagret innenfor landets grenser for å sikre tilgang. Dette er praksis som vi ser skjer i land som f.eks. Russland.

Kevin Mc Gillivray

Oppløsning av aksjeselskap, innløsning av aksjer (HR-2016-1439-A)

Høyesteretts dom *Bergshaven*, gjelder en minoritetsaksjeeiers krav om oppløsning av aksjeselskap, subsidiært uttreden, jf. aksjeloven § 16-19 (1) og § 4-24.

Rettsreglene

Etter asl. § 16-19 (1) kan en aksjeeier kreve selskapet oppløst ved dom når et selskapsorgan eller andre som representerer selskapet, har handlet i strid med generalklausuler i §§ 5-21 og 6-28 og «særlig tungtveiende grunner» taler for oppløsning som følge av dette. Etter asl. § 4-24 (1) skal retten etter søksmål fra en aksjeeier innløse aksjeeierens aksjer når «tungtveiende grunner» taler for at aksjeeieren gis rett til å tre ut av selskapet som følge av at et selskapsorgan eller andre som representerer selskapet, har handlet i strid med §§ 5-21 og § 6-28 (nr. 1), en annen aksjeeier i selskapet har misbrukt sin innflytelse i selskapet (nr. 2), eller det har oppstått et alvorlig og varig motsetningsforhold mellom aksjeeieren og andre aksjeeiere i selskapet vedrørende driften av selskapet (nr. 3).

Bakgrunn

Bergshav Holding hadde ingen annen funksjon enn å eie 99,29 % av aksjene i Bergshav Shipholding AS, den operative konsernspissen i Bergshav-konsernet. De øvrige 0,71 % av aksjene i Bergshav Shipholding eides direkte av Hermans bror Atle Bergshaven. Herman Bergshaven eide 27,38 % av aksjene i Bergshav Holding i form av 158 B-aksjer. De øvrige aksjene eies av Bergshav AS, i form av 411 B-aksjer og 8 A-aksjer. Aksjene i Bergshav AS var i sin helhet eid av Atle Bergshaven. B-aksjene gav ikke stemmerett på generalforsamling i selskapet. Atle Bergshaven kontrollerte dermed gjennom Bergshav AS samtlige stemmeberettigede aksjer i Bergshav Holding.

Herman Bergshaven var misfornøyd med utbyttepolitikken i Bergshav Holding og fremsatte krav om utbytte på generalforsamlingen i Bergshav Holding i 2010 for regnskapsåret 2009. Forslaget ble avslått av Atle Bergshaven på vegne av Bergshav AS. Herman Bergshaven fremsatte begjæring om at Aust-Agder tingrett skulle fastsette utbytte for Bergshav Holding for inntektsåret 2009 med hjemmel i asl. § 8-4. Tingretten tok ikke begjæringen til følge. Etter anke avsa Agder lagmannsrett i november 2011 kjennelse [LA-2011-139637] hvor Bergshav Holding ble pålagt å betale utbytte til sine aksjeeiere for regnskapsåret 2009 med omtrent 8 millioner kroner.

På ekstraordinær generalforsamling i Bergshav Holding i desember 2011 ble det besluttet å dele ut utbytte i tråd med lagmannsrettens avgjørelse, men det ble samtidig besluttet en fortrinnsrettsemisjon for å finansiere mesteparten av utbyttet. Emisjonskursen

tilsvarte omkring 30–35 prosent av de underliggende verdier på tegningstidspunktet. Emisjonen ble fulltegnet idet aksjeeierne, herunder Herman Bergshaven, tegnet seg for sin forholdsmessige andel. Emisjonen innbrakte omtrent 7 millioner kroner. Herman Bergshaven protesterte likevel skriftlig mot at utbyttet ble finansiert ved en emisjon med slik tegningskurs.

Herman Bergshaven fremsatte i mars 2014 begjæring om tvangsoppløsning av Bergshav Holding, subsidiært krav om innløsning av aksjene ved uttreden. Bergshav Holding bestred kravene. Aust-Agder tingrett besluttet i dom av november 2014 at Bergshav Holding skulle oppløses. Bergshav Holding anket dommen til Agder lagmannsrett, som i august 2015 avsa dom [LA-2015-4323] hvor kravet om oppløsning ikke ble imøtekommet. I stedet ble Herman Bergshavens 158 aksjer i Bergshav Holding innløst i medhold av asl. § 4-24. Herman Bergshaven anket dommen til Høyesterett. Bergshav Holding inngav avledet anke. Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom i sin dom 29. juni 2016.

Oppløsning

Ifølge Høyesterett omfatter asl. § 16-19 (1) myndighetsmisbruk i form av langvarig manglende eller meget lav utbyttebetaling på tross av god utbyttekapasitet, eller «utsulting». Selv om et selskap har stor frihet til å fastlegge en konservativ utbyttepolitikk, jf. Rt-1999-330 og Rt-2003-335, må det anses å følge av det aksjeselskapsrettslige vinningsformålet at aksjeeierne har krav på en rimelig løpende avkastning. Den i Bergshav Holding valgte finansieringsmåten av utbyttet ved emisjon medførte at Herman Bergshaven måtte benytte størstedelen av sin del av utbyttet til å tegne aksjer i emisjonen dersom han ønsket å forhindre at hans andel i selskapets underliggende verdier ble redusert, og uthulte dermed hans utbytterett.

Ifølge Høyesterett hadde Herman Bergshaven rettmessige forventninger om utbytte som står i forhold til de underliggende verdier og inntjening på konsernnivå. Selv med tilbørlig vektlegging av selskapets frihet til å praktisere en konservativ utbyttepolitikk, hvor det kun er de «mer ekstreme tilfeller» som kan sees på som myndighetsmisbruk, fant Høyesterett her at Bergshav Holding ikke hadde oppfylt sin plikt til å gi aksjeeierne den avkastning de i medhold av vinningsformålet har krav på.

Herman Bergshavens aksjeinnehav fremstod likevel som en finansiell posisjon, hvor hans interesse var begrenset til aksjenes andel av underliggende verdi, omsetningsverdi og utbytte. Hans interesser kunne derfor ivaretas adekvat på annen måte enn ved oppløsning. Bergshav-konsernet var veldrevet og solid. Konsekvensene av en oppløsning for konsernets virksomhet var usikre. Kravet om «særlig tungtveiende grunner» var derfor ikke oppfylt.

Innløsning

Høyesterett gav likevel, i likhet med lagmannsretten, Herman Bergshaven medhold i hans subsidiære krav

om uttreden. Ettersom måten utbyttet for 2009 ble finansiert på, og vedvarende lavt eller intet utbytte på tross av betydelige underliggende verdier og inntjening i Bergshav-konsernet samlet må anses som slikt myndighetsmisbruk som kan gi rett til å kreve selskapet oppløst, var det klart at vilkåret i § 4-24 (1) nr. 1 var oppfylt. Terskelen for å kreve oppløsning («særlig tungtveiende grunner») er således høyere enn for å kreve uttreden («tungtveiende grunner»).

Løsningssum

Et sentralt spørsmål i Høyesterett var om løsningssummen skal fastsettes på grunnlag av *aksjenes omsetningsverdi* eller *selskapets underliggende verdi*. Etter asl. § 4-24 (3) løsningssummen skal fastsettes etter reglene i § 4-17 (5), som gjelder ved krav om innløsning etter nektelse av samtykke til aksjeerverv. Ifølge Høyesterett i Rt-2007-1392, Flesberg, skal vurdering av aksjenes verdi etter § 4-17 (5) baseres på antatt omsetningsverdi som et logisk og rimelig utgangspunkt. Etter å ha vært innom også Norway Seafoods-dommen, Rt-2003-713, om tvangsinnløsning etter allmennaksjeloven § 4-25, og redegjort for forarbeidenes uttalelser om bestemmelsene, kom Høyesterett frem til følgende når det gjelder aksjeeier som trer ut etter asl. § 4-24: Hvis det å selge aksjene ikke er et reelt alternativ fordi det ofte vil være vanskelig eller umulig å finne en kjøper som er villig til å betale en pris som tilsvarer aksjenes underliggende verdi, gir det liten mening å oppstille en rett til uttreden som resulterer i en løsningssum som gjenspeiler prisdempende faktorer. Siktemålet med retten til uttreden er at aksjeeier i slike tilfeller skal få utbetalt sin andel av selskapets underliggende verdi. Løsningssummen skal da beregnes uten en slik rabatt for minoritet, manglende stemmerett og illikviditet som lagmannsretten hadde trukket fra.

Jukka Mähönen

Erstatningsansvar for styreleder/aksjeeier i underkapitalisert selskap – Håheller-dommen (HR-2016-1440-A)

Høyesterett avsa dom 28. juni 2016 i tvist knyttet til en leiekontrakt inngått 6. oktober 2009 for eiendommen Håheller ved Lysefjorden. Plikten til å betale månedlig leie inntrådte høsten 2010, etter at grunneier hadde kjøpt ut to brødre som tidligere var sameiere i eiendommen. Leietakerne forpliktet seg i kontrakten til å restaurere bygningene og utvikle eiendommen til turistformål. De fikk rett til å overdra kontrakten til et selskap de selv hadde opprettet, uten krav om samtykke fra grunneier. 1. februar 2011 stiftet den ene av leietakerne, hustruen, selskapet Håheller Utvikling AS, med aksjekapital på kr 100.000. Samme dag som selskapet ble registrert, ble det inngått en avtale hvor ek-

teparet overdro samtlige rettigheter og forpliktelser etter leiekontrakten til det nye selskapet.

Leietakerne arbeidet fra inngåelsen av leiekontrakten med å skaffe finansiering til prosjektet, men det viste seg vanskeligere enn antatt. Etter november 2012 var det ikke aktivitet i selskapet, og det ble ikke betalt leie. I august 2013 anførte ekteparet at verken de personlig eller selskapet hadde forpliktelser etter leiekontrakten lenger. Det ble anført at denne måtte anses bortfalt på grunnlag av bristende forutsetninger da det ikke lot seg gjøre å skaffe finansiering.

Grunneieren tok ut stevning mot ekteparet i oktober 2013, med krav om erstatning oppad begrenset til MNOK 35, på ulike kontraktsrettslige og selskapsrettslige grunnlag. Verken tingretten eller lagmannsretten fant at ekteparet hadde opptrådt erstatningsbetingende, og lagmannsretten fant at leiekontrakten var falt bort som følge av bristende forutsetninger. Dommen ble anket inn til Høyesterett, som kun samtykket til behandling av spørsmålet om erstatningsansvar for ekteparet som følge av anført underkapitalisering av Håheller Utvikling AS.

Høyesteretts flertall på tre dommere slo innledningsvis fast at det var en forutsetning for drøftelsen at leiekontrakten ikke var falt bort på tidspunktet for overdragelsen til selskapet i mars 2012, slik at ekteparet da hadde en plikt til å betale leie i 30 år, samt restaurere bygningsmassen på eiendommen. Hustruen var eneksjeeier, daglig leder og styreformann i Håheller Utvikling, og flertallet fant det mest naturlig å drøfte ansvar for henne etter aksjeloven § 17-1 første ledd, mens ekte mannen ble vurdert som medvirker etter § 17-1 annet ledd. Flertallet innledet med å vurdere om det foreligger brudd på en objektiv plikt. Med henvisning til Kristin Normann Aarums *Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper* (1994) s. 221, konstateres det at brudd på en plikt for styreleder/aksjeeier utgjør en presumsjon for at det er utvist uaktsomhet (avsnitt 41). Den plikt som først ble drøftet, var ledelsens plikt til å sørge for at selskapet har forsvarlig egenkapital jf. aksjeloven § 3-4. Basert på uttalelser i teori og rettspraksis oppsummerer flertallet at vurderingstemaet er om det på tidspunktet for overdragelsen av kontrakten fra ekteparet til selskapet «*var grunnlag for et realistisk håp om at selskapet kunne reise den kapitalen som var nødvendig for å dekke forpliktelsene etter avtalen.*» Flertallet at ekteparet hadde anslått finansieringsbehovet for MNOK 35–40 like før selskapet ble stiftet. Ekteparet hadde regnet med offentlig støtte, men hadde allerede fått negativ tilbakemelding fra sentrale aktører. Det var ikke grunnlag for inntekter i selskapet før finansieringen var på plass, og det var ikke mottatt lånetilsagn på større beløp. Høyesteretts flertall fant på denne bakgrunn at finansieringsplanene var lite realistiske, og at kravet til forsvarlig egenkapital ikke var oppfylt ved stiftelsen. Det ble videre vist til at overdragelsen av leiekontrakten til selskapet umiddelbart etter registrering ikke ble behandlet etter aksjelovens regler, verken

§§ 2-6, § 3-8 eller § 3-6. Flertallet drøftet ikke eventuelt ugyldighet av overdragelsen, men vektlegger den manglende overholdelsen av aksjelovens regler i ansvarsvurderingen (avsnitt 64 og 65).

Høyesteretts flertall finner på denne bakgrunn at det var uaktsomt av styreleder å pådra selskapet en forpliktelse det var urealistisk å kunne oppfylle (avsnitt 79). Dette påførte kontraktsmotparten, selskapets kreditor, et potensielt tap. Ektemannen, som opptrådte sammen med hustruen, ble ansett som medvirker, og begge kunne holdes erstatningsansvarlig. Flertallet slo videre fast at hustruen var erstatningsansvarlig etter aksjeloven § 17-1 også som aksjeeier (avsnitt 80). Flertallet viser til uttalelser fra Mads Henry Andenæs i *Selskapsrett* (2007) s. 215 og uttalte: «Å overdra leieavtalen til et åpenbart underkapitalisert selskap, hvor [ekteparet] burde ha skjönt at selskapet ikke ville kunne oppfylle avtalen, og på den måten kvitte seg med det personlige ansvaret, innebærer et misbruk av aksjeselskapsformen.» Også på dette punkt ble ektemannen ansett som medvirker. Resultatet ble at lagmannsrettens dom ble opphevet og hjemvist til ny behandling.

Høyesteretts mindretall på to dommere fant som lagmannsretten at ekteparet ikke var erstatningsansvarlig, verken på selskapsrettslig eller kontraktsrettslig grunnlag. Det ble vist til at grunneier samtykket til at kontrakten kunne overdras til et selskap, og at han unnlot å kreve bankgaranti, noe han hadde anledning til etter kontrakten. Det ble også fremhevet at det var en forutsetning for leiekontrakten at prosjektet lot seg gjennomføre, og denne forutsetningen «*må avspeiles i kravene til kapitalisering av Håheller Utvikling AS*». Mindretallets votum er knapt, og det er uklart hvilket eller hvilke av erstatningsvilkårene som drøftes.

Saken er foreløpig ikke berammet for ny behandling i lagmannsretten, og det endelige resultatet er åpent. Høyesteretts flertalls votum gir likevel grunnlag for enkelte kommentarer. For det første bekreftes det at brudd på en objektiv pliktregel utgjør en presumsjon for uaktsomhet iht. aksjeloven § 17-1. Uttalelsen gjelder både styreleder og aksjeeier, og den kan være relevant for flere av ansvarssubjektene som omfattes av bestemmelsen. Uttalelsen er ikke begrenset til plikter knyttet til aksjeloven § 3-4. For det annet bekrefter dommen at aksjeeiere kan risikere erstatningsansvar ved stiftelse av selskap som ut fra sitt formål ikke vil kunne drives i henhold til aksjelovens regler. Aksjeeiere kan således ikke ha en berettiget forventning om å nyte godt av ansvarsbegrensningen som følger av aksjeloven, i situasjoner som domstolene oppfatter som misbrukstilfeller. For det tredje er saken et eksempel på at en person som opptrer på vegne av selskapet uten å være aksjeeier, styremedlem eller daglig leder, kan ilegges ansvar som medvirker etter aksjeloven § 17-1 annet ledd, på linje med den som innehar de formelle posisjonene.

Dommen er også interessant i relasjon til diskusjonen om læren om ansvarsgjennombrudd i norsk rett. Det ble spesifikt fremhevet i beslutningen hvor anken tillates

fremmet, at forhandlingene skulle omfatte spørsmålet om det var grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Flertallet fant at det var mest naturlig å ta utgangspunkt i ansvarsregelen i aksjeloven § 17-1, noe det alltid vil være i slike tilfeller. Når det ble konstatert uaktsomhet og at de øvrige vilkårene for erstatning for aksjeeier var oppfylt, var det ikke nødvendig å gå inn på reglene om ansvarsgjennombrudd. Saken er i så henseende ganske typisk. Det er etter min vurdering vanskelig å se for seg at kriteriene for ansvarsgjennombrudd ved underfinansiering oppstilt i Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) kan være oppfylt, uten at det foreligger uaktsomhet. Aksjeloven har strenge krav for å unngå sammenblanding av aksjeeiers og selskapets økonomi, og aksjeeier vil nødvendigvis være å bebreide hvis ikke disse kravene er oppfylt. Det synes etter min vurdering derfor ikke å være noe presserende behov for et objektivt ansvarsgrunnlag for aksjeeier ved underfinansiering av selskaper.

Margrethe Buskerud Christoffersen

TVISTELØSNING

Litteratur

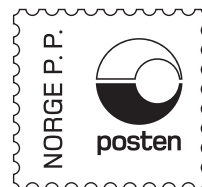
Erling Eide: *Bevisvurdering. Usikkerhet og sannsynlighet*. Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2016. 209 sider

Bevislæren, som tradisjonelt har vært noe stemoderlig behandlet i norsk juridisk litteratur, har i den senere tid blitt viet oppmerksomhet fra flere hold. Erling Eide gir et viktig tilskudd til denne litteraturen når han behandler sannsynlighetsteoriens betydning for vurderingen av usikre bevis.

Tenk deg at du som dommer skal treffe avgjørelse i en sak der en mann står tiltalt for å drept sin ektefelle. Det er på det rene at mannen tidligere har utøvet vold mot kvinnen. Forsvarer fremlegger som bevis en sakkyndig uttalelse om at menn som utøver vold mot ektefelle, kun i 1 av 1000 tilfeller begår drap på samme. Hvilken betydning for skyldspørsmålet skal et slikt bevis tillegges? Eller tenk deg en sak der en hjelpepleier har vært alene på vakt på et sykehjem mens mange pasienter har dødd. Det finnes ellers ingen direkte bevis som knytter hjelpepleieren til dødsfallene. Er det ikke påfallende at så mange dør mens den aktuelle hjelpepleieren er alene på jobb?

I begge tilfeller kan statistikk og sannsynlighetsteori være av betydning for bevisvurderingen, slik Erling Eide viser i denne korte og oversiktlige boken. I det første tilfellet (O.J. Simpson-saken i USA) ble statistikken over andelen voldelige partnere et argument for å frifinne Simpson. Men retten ble da offer for det Eide omtaler som «forsvarers feilslutning». Det relevante spørsmålet i saken var ikke hvor mange vol-

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



delige menn som dreper sine ektefeller. Spørsmålet var hvor sannsynlig det var at den voldelige ektemannen var drapsmannen, når kona først var drept. Og denne sannsynligheten er hele 0,8 (80 %)! I det siste tilfellet (Landåssaken) ble saken henlagt etter at den siktede hjelpepleieren hadde sittet 118 dager i varetekt. Statistiske beregninger spilte ifølge Eide trolig en rolle for avgjørelsen om å henlegge saken. Selv om det var svært lite sannsynlig at så mange dødsfall kunne skje mens en ansatt var alene på jobb, kunne det heller ikke utelukkes at «mirakler skjer», som Eide skriver.

I boken behandler Eide både norsk og utenlandsk forskning og litteratur om bruken av statistikk og sannsynlighetsteori i bevisvurderingen. Han trekker veksler på egne empiriske undersøkelser av juridiske studenter evne til å vurdere kombinerte sannsynligheter, som viser vanskelighetene vi har med å ta hensyn til grunnfrekvenser (den relative forekomsten av bestemte egenskaper i en populasjon). Hvis grunnfrekvensen er lav, kan ett positivt vitnemål (gitt at noen vitner tar feil; falske positive utsagn) innebære at det er lav sannsynlighet for det aktuelle bevisfaktum. Eide drøfter også flere interessante utenlandske og norske rettssaker der det er begått feil i bevisvurderingen som følge av mangelfull eller feil anvendelse av statistikk og sannsynlighetsteori.

Det finnes, som Eide redegjør for, flere til dels konkurrerende sannsynlighetsteorier, og Eide finner bayesiansk teori anvendt på subjektive sannsynligheter (altså de sannsynligheter f.eks. dommeren setter på det enkelte bevis) mest egnet for rettslig bevisvurdering. Når Eide agiterer for økte kunnskaper om, samt hyppigere og – ikke minst – mer forsvarlig anvendelse av statistikk og sannsynlighetsteori ved bevisvurderingen i norsk rett, skjer det ikke i opposisjon til andre

bevisteorier som i nyere tid er lansert i norsk rettsteori (blant annet av Kolflaath). Statistikk og sannsynlighetsteori skal ikke nødvendigvis erstatte mer koherensbaserte teorier, men supplere og korrigere disse. For som Eide skriver: «Bevisteorier som neglisjerer sannsynlighetsteori, kan føre til at statistiske tilfeldigheter og usikre bevis blir tillagt altfor stor vekt fordi de passer inn i en historie» (s. 18). Vi trenger statistikk og sannsynlighetsteori som korrektiv.

Boken er forbilledlig klart og enkelt skrevet, men viser også kompleksiteten i teorien og dens anvendelser. Eide drøfter innvendinger mot bruk av statistikk og sannsynlighetsteori ved bevisvurderingen. (Husk at feil skjer også på grunn av feil bruk av statistikk – jf. O.J. Simpson – ikke kun på grunn av manglende bruk). Selv om grunnelementene i bayesiansk teori ikke er spesielt krevende å få tak på, er den nærmere utvikling og anvendelse av teorien i konkrete saker til dels kompleks og kan kreve relativt omfattende utregninger. Slik det er i dag, får ikke jurister under utdannelsen noen faglige forutsetninger for å forstå eller gjøre dette. Man kan spørre seg om det bør forbli slik, og det kan føre til flere feil å la matematikken styre bevisvurderingen. Eide er optimist og mener kunnskapsnivået allerede er i bedring, og at fremtiden tilhører statistikkfaget. Enhver som vil forstå mer av de teoretiske og praktiske utfordringer som bevisvurderingen byr på, bør i hvert fall lese Eides bok, som også kan lære oss hva vi ikke vet om denne vanskelige kunst, og hvilke hindringer og muligheter som finnes for en sikrere og riktigere bedømmelse av bevis ved hjelp av statistikk og sannsynlighetsteori.

Sverre Blandhol

Nytt i privatretten

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

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

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

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

Et årsabonnement (2016) på *Nytt i privatretten* koster kr 630,-. Studentabonnement koster kr 295,-. 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 2016

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer november 2016.