



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Oppsigelse, tariffbrudd og ugyldighet – AR-2020-6

Det er godt etablert at brudd på tariffavtalebestemmelser kan lede til at oppsigelser av arbeidstagere blir ugyldige. Det er nok å vise til Rt. 2012 s. 1702 jfr. ARD 2012 s. 54 og HR-2017-777-A jfr. ARD 2016 s. 151. Dommen her gir et nytt eksempel i en litt annen type situasjon.

Saken gjaldt Pilotavtalen mellom NHO/NHO Luftfart/Widerø's Flyveselskap AS (WF/Widerøe) og YS/Parat/Widerøes Flygerforening (WFF). Hovedavtalen NHO – YS inngår som del I. Pilotavtalens § 11 har overskriften «Disiplinære tiltak», og i pkt. 11.1 heter det:

«Når oppsigelse eller avskjed kan komme til anvendelse plikter WF å innkalle WFF til drøftelsesmøte med mindre angjeldende flyger ikke ønsker det. Før møtet skal WFF tilstiles all dokumentasjon vedrørende saken. WFFs skriftlige uttalelse skal avgis innen 14 dager etter møtet, før eventuell oppsigelse eller avskjed effektueres.»

I hovedavtalens § 10-2 om «Drøftelse før oppsigelse eller avskjed» heter det: «Før arbeidsgiver beslutter å si opp eller avskjedige arbeidstaker, skal saken hvis praktisk mulig drøftes med arbeidstakeren og med

den tillitsvalgte med mindre arbeidstakeren ikke ønsker det. Oppsigelse i forbindelse med innskrenkning skal under enhver omstendighet drøftes med de tillitsvalgte, jfr. § 9-4.»

Den konkrete bakgrunnen for saken var i korte trekk: Flykaptein A ble sagt opp 17. juli 2019. Oppsigelsen var begrunnet i langvarig sykefravær. Det ble holdt drøftelsesmøte etter arbeidsmiljølovens § 15-1 den 18. juli, der en tillitsvalgt for WFF deltok etter anmodning fra A. Forhandlingsmøte etter arbeidsmiljølovens § 17-3 ble holdt 7. august 2019. Ved stevning av 1. oktober 2019 reiste A søksmål for X tingrett om oppsigelsens ugyldighet etter arbeidsmiljølovens stillingsvernregler.

Temaet for Arbeidsretten knyttet seg til Pilotavtalens § 11 pkt. 11.1. YS/Parat/WFF gjorde gjeldende at oppsigelsen av A var ugyldig fordi denne bestemmelsen ikke var etterlevet. Det var erkjent at WF «i forbindelse med oppsigelse av [A], ikke har innkalt WFF til særskilt drøftelsesmøte etter kollektivavtalens §11.1 i tillegg til drøftelsesmøte etter aml. § 15-1».

NHO og WF anførte i helt korte trekk at Pilotavtalens § 11 bare gjelder for «disiplinære tiltak» og ikke har anvendelse for oppsigelse på grunn av sykdom, subsidiært at bestemmelsen er en «saksbehandlingsregel og en ordensforskrift» som ikke regulerer konsekvensen av et tariffbrudd i et tilfelle som det aktuelle. «Hovedregelen er at det ikke avsies dom for ugyldighet som følge av brudd på en saksbehandlingsregel» (avsnitt 47 jfr. 44–46).

Ingen av delene førte frem. Arbeidsretten (flertallet, 5–2) mente at ordlyden i § 11.1 «slik den i dag lyder [...] er generell og inneholder ingen unntak for at oppsigelse grunnet sykdom/sykefravær er unntatt fra bestemmelsens saklige virkeområde» (avsnitt 63). Tolkingsdrøftelsen er konvensjonell; det er ikke grunn til å gå inn på den her. Arbeidsretten kom etter dette enstemmig til at det forelå et brudd på § 11.1, og «at virkningen av tariffbruddet er at oppsigelsen av [A] er ugyldig (avsnitt 73 jfr. 71). «Dom for at en oppsigelse som er gitt i strid med en tariffavtalt forpliktelse skal kjennes ugyldig, er en nødvendig tariffrettslig virkning av tariffbruddet» (avsnitt 77).

Det er bemerkelsesverdig at Arbeidsretten ikke i det hele tatt diskuterer spørsmålet om § 11.1 kunne

Innhold nr. 3

Arbeidsrett.....	1
Arverett.....	9
Erstatningsrett	9
Forsikringsrett	12
Internasjonal privatrett.....	15
Konkursrett.....	17
Kontraktsrett.....	23
Pengekravsrett	27
Varemerkerett	29

anses som en saksbehandlingsregel. Å kalle bestemmelsen en «ordensforskrift» ville være i meste laget. Men om den skulle forstås som en saksbehandlingsregel, kunne en betinget ugyldighetsvirkning også tenkes, med en tilnærming som den i forvaltningslovens § 41. En slik tilnærmingsmåte er kjent fra den alminnelige stillingsvernretten. Tariffrettslig sett er begge deler spørsmål om tolkning av tariffavtalen. Det kan se ut som Arbeidsretten har ansett ordlyden i § 11.1 avgjørende i seg selv: «Det følger klart av ordlyden at oppsigelse ikke kan effektueres før et [drøftelsesmøte etter § 11.1] er avholdt» (avsnitt 71). Hvis bestemmelsen anses som materiellrettslig, ikke (bare) som en saksbehandlingsregel, kunne utfallet ikke bli et annet enn det ble.

Stein Evju

Dataverktøy til besvær? Ulovlig og tariffstridig arbeidskamp, resignasjonsplikt – Arbeidsrettsdom 3. juli 2020 – AR-2020-18

Saken gjaldt ulovlig og tariffstridig arbeidskamp i heisfirmaet Schindler AS. Partene i tvisten var NHO og Schindler AS på den ene siden og LO, EL & IT Forbundet og Montørklubben i Schindler AS på den andre siden.

Heismontører i Schindler AS har lenge brukt dataverktøy til registrering av oppdrag, timer mv. Dette gjøres gjennom programvaren FieldLink. Opprinnelig ble programvaren utviklet for bruk til såkalt Personal Data Assistant (PDA), en type håndholdt dataverktøy, men er senere videreutviklet til bruk for nettbrett og smarttelefon. Montørene hadde over tid meldt om feil ved programvaren (menyen låste seg).

Høsten 2018 ble enkelte endringer i FieldLink – omtalt som Option 3 – drøftet i bedriften. Heismontørene mente det var flere problematiske sider ved endringene. Saken ble behandlet i et møte mellom bedriften og klubben i februar 2019. Deretter skjedde det ikke noe før bedriften 18. mai 2020 utførte en feilretting som klubben mente var en gjennomføring av Option 3. Klubben hevdet at dette var en endring som etter gjeldende tariffavtaler ikke kunne gjøres uten etter avtale med montørklubben. I en særavtale fra 2006 mellom bedriften og montørklubben stod det blant annet at «[e]ventuelle utvidelser eller endring i bruken av PDAen, som for eksempel benyttelse av strekkoder, skal ikke finne sted uten etter avtale med klubben» (avsnitt 6). Heismontørene krevde at endringen ble reversert.

Fra 25. mai unnlot montørene å bruke FieldLink. Dette innebar at systemet ikke registrerte hvilke oppdrag som ble utført eller som kunne utføres. De utførte imidlertid arbeid, timene ble registrert og levert på papir. Bedriften unnlot å utbetale lønn til de ansatte som ikke registrerte timer i FieldLink-systemet.

Det første spørsmålet for Arbeidsretten var om arbeidstagerens nektelse av å bruke FieldLink-systemet innebar annen arbeidskamp i strid med fredsplikten.

Retten tok utgangspunkt i de alminnelige normene om fredsplikt og viste til at fredsplikten innebærer et forbud mot enhver form for arbeidskamp i rettsvister, se arbeidstvistloven § 8 første ledd. Deretter slo retten kort fast at saken gjaldt en rettsvist ettersom det var en uenighet om «hvor langt tariffbestemmelsene begrenser arbeidsgivers styringsrett» (avsnitt 60). Nektelsen av å bruke FieldLink-systemet var utvilsomt knyttet opp til denne uenigheten.

Arbeidstagersiden ble ikke hørt med anførsler om at rettsvisten var «oppkonstruert» fordi bedriften ikke var «i god tro om tariffmessigheten av endringen», og at bedriften hadde en «resignasjonsplikt» (avsnitt 52). Arbeidsretten påpekte at tvisteforløpet viste at det ikke var avklart «hvor langt kravet til avtale rekker», og at uenigheten lå «i kjernen av uenighet som skal behandles etter reglene for rettsvister» (avsnitt 61). Etter rettens syn forelå det ikke «særlige bestemmelser eller omstendigheter» som gav «grunnlag for å kreve at arbeidsgiver avventer gjennomføringen av endringen av programvaren før rettsvisten er løst» (avsnitt 61). Det forelå med andre ord ingen plikt for arbeidsgiver til å «resignere» inntil rettsvisten var løst.

Arbeidsrettens konklusjon er på ingen måte overraskende. Rettens tilnærming er i tråd med tidligere rettspraksis og den rådende oppfatningen i faglitteraturen om fredsplikten i rettsvister og resignasjonsplikt. Hovedregelen er at *arbeidstagersiden* plikter å resignere inntil rettsvisten er løst, og at *arbeidsgiver* kan gjennomføre en endring uten å bryte fredsplikten. Dersom arbeidstagersiden mener endringen er tariffstridig, kan rettsvisten bringes inn for Arbeidsretten. Rettspraksis har riktignok ikke vært entydig siden 1915. I en periode på 1970-tallet formulerte Arbeidsretten en annen regel i flere avgjørelser, jfr. ARD 1971 s. 49 og s. 65, ARD 1973 s. 31 og s. 112. Men denne avvikende normformuleringen er ikke fulgt opp i senere rettspraksis og hører nå til rettshistorien, jfr. ARD 1986 s. 165 og ARD 1998 s. 37. Arbeidsretten følger linjen fra de to siste avgjørelsene (som harmonerer med rettspraksis fra før 1970-tallet).

Retten åpner samtidig opp for at det kan tenkes unntak, det vil si en plikt for *arbeidsgiver* til å resignere, å avvente med gjennomføringen av endringen, inntil rettsvisten er løst. Slike unntak er ikke drøftet i avgjørelsene fra 1986 og 1998. Begge avgjørelsene synes imidlertid å forutsette at arbeidstagersidens resignasjonsplikt ikke er absolutt, og unntak er diskutert i juridisk teori. At det er arbeidstagersiden som normalt må resignere, er blant annet begrunnet i at konsekvensene ved å avstå fra å gjennomføre eget standpunkt i rettsvisten i mellomperioden, normalt vil være av en annen karakter og mer omfattende for bedriften. Men dersom det er snakk om en endring som ikke kan reverseres, er det et moment som taler for at arbeidsgiver bør resignere. Arbeidsretten synes å være inne på en slik mulig reservasjon når retten, til LOs anførsel om resignasjonsplikt, bemerker at «gjennomførin-

gen er begrunnet med behov for å utbedre en feil i programvaren, og endringen for øvrig lar seg reservere dersom det blir fastslått at den ble gjennomført i strid med kravet til avtale med montørklubben» (avsnitt 61).

Det kan tilføyes at det ikke er første gang Arbeidsretten behandler en tvist om heismontørenes dataverktøy. I ARD 2010 s. 24 kom Arbeidsretten til at heismontørenes kollektive innlevering av dataverktøyet, da PDA, var arbeidskamp i strid med fredsplikten.

Det andre spørsmålet for Arbeidsretten var om bedriftens nektelse av å utbetale lønn til de ansatte som unnlot å registrere timer i FieldLink, var arbeidskamp i strid med fredsplikten. Bedriften hevdet at registrering i FieldLink var en forutsetning for lønnsutbetaling, og at det var «umulig» å utbetale lønn med grunnlag i timer som var ført manuelt og levert på papir (avsnitt 46).

Det avgjørende for spørsmålet om fredspliktbrudd var, slik retten formulerte det, om unnlatelsen av å utbetale lønn ble brukt «i hensikt å løse tvisten med montørklubben» (avsnitt 66). Etter en bevisvurdering kom retten til at dette «klart» måtte besvares bekreftende; bedriftens tilbakeholdelse av lønn var «utelukkende» begrunnet i arbeidstagernes tariffstridige opptreden (avsnitt 68). Som bevis for dette tariffstridige formålet trakk retten frem en e-post hvor bedriften påpekte at lønn ikke ville bli utbetalt medmindre timer ble registrert i FieldLink og at montørenes opptreden ikke var i samsvar med «[s]pillereglene i arbeidslivet» (avsnitt 67). Retten var heller ikke enig i at det var umulig å utbetale lønn basert på timer som var registrert manuelt og viste til at det at bedriften har «også i dag ansatte som registrerer timer utenfor FieldLink-systemet» (avsnitt 66).

Det er ikke like mange avgjørelser om tariffstridig annen arbeidskamp fra arbeidsgiver, og rettens formålsvurdering er knapp. Men vurderingen er i utgangspunktet den samme som ved opptreden fra arbeidstagernes side; det avgjørende er om *formålet* er å fremtvinge løsningen av eller være en reaksjon på en tvist. Sann sett er heller ikke Arbeidsrettens konklusjon på dette spørsmålet bemerkelsesverdig.

Hvorvidt arbeidsgiver kan unnlate å utbetale lønn til den enkelte arbeidstager på *individualrettslig* grunnlag, er i prinsippet et annet spørsmål. Dette faller dessuten utenfor Arbeidsrettens kompetanse.

*Alexander Næss Skjønberg
Handelshøyskolen BI*

Lønn under suspensjon – HR-2020-1157-A

Ved suspensjon etter arbeidsmiljølovens § 1513 skal arbeidstageren «beholde[r] den lønn vedkommende hadde på suspensjonstidspunktet frem til suspensjonen opphører» (tredje ledd). Hovedspørsmålet for Høyesterett var hva som skal regnes med som «den lønn» arbeidstageren hadde. I tillegg var det spørsmål om diskriminering, av deltidsansatt og på grunnlag av kjønn.

Bakgrunnen var i korte trekk: A var fast ansatt i 63,38 prosent stilling som sykepleier i B kommune. Hun var suspendert fra 6. november 2015 til hun ble avskjediget 29. desember 2016. Ved Borgarting lagmannsretts dom 2. november 2018 var det rettskraftig avgjort at avskjeden var ugyldig. Krav på tapt lønn i suspensjonstiden og på erstatning ble pådømt av lagmannsretten 28. juni 2019. As anke til Høyesterett ble bare tillatt fremmet over rettsanvendelsen om lønnskravet.

Da A ble suspendert i november 2015, var den avtalte lønn for hennes stillingsandel, inkludert faste og variable tillegg, 26 413 kroner pr. måned. Før suspensjonen tok A ofte frivillig på seg ekstravakter og fikk derfor jevnlig utbetalt mer enn dette, varierende fra måned til måned. I gjennomsnitt for 2014 og de tre første månedene i 2015 fikk hun utbetalt 49 630 kroner. A krevet, slik Høyesterett formulerte det, «godtgjørelse for arbeid utover arbeidsavtalen også i suspensjonstiden; hun vil ha lønn som også inkluderer betaling for ekstravakter hun tidligere frivillig påtok seg» (avsnitt 26). Det førte ikke frem.

Høyesterett anså det mest nærliggende å forstå ordlyden i § 15-13 tredje ledd slik at «den lønn» arbeidstageren hadde «på suspensjonstidspunktet», er «den avtalte lønnen» basert på arbeidspliktens omfang i henhold til arbeidsavtalen. Gjennomsnittsberegning bakover i tid kan ikke godt forenes med lovens uttrykk «på suspensjonstidspunktet». Alternativet måtte være den faktiske lønnsutbetalingen i den måneden suspensjonen inntreffer. Men det kan lede til tilfeldige og urimelige resultater for arbeidstageren der lønnen varierer fra måned til måned, og «er derfor ikke en aktuell mulighet». Og å inkludere betaling for ekstravakter som arbeidstageren tidligere påtok seg frivillig, ville innebære lønn for arbeid ut over det avtalte «og som det var helt opp til henne selv om hun ville påta seg». Kravet på lønn er knyttet til rettigheter og *plikter* etter arbeidsavtalen («kontrakten»; avsnitt 25 og 26).

Retten fant en viss støtte for denne mest nærliggende forståelsen av ordlyden i lovforarbeidene. Det som var av størst betydning, var at det der blant annet er vist til tjenestemannsloven av 1983 § 16 nr. 4 om bibehold av «stillingens lønn» ved suspensjon og hvordan dette har vært forstått i praksis: Tillegg som ville bli utbetalt etter «fast, oppsatt tjenesteplan», skal medregnes, «usikre» tillegg faller utenfor. Da, sa Høyesterett, at «[d]ersom et så praktisk tilfelle som tilfeldig arbeid utover den faste arbeidstiden skulle inngå i beregningsgrunnlaget, ville det vært naturlig å nevne det» (avsnitt 38 jfr. 36–37). En klassisk pragmatisk betraktning, kan man vel si.

Høyesterett gikk videre med en forholdsvis kortfattet drøftelse av «andre momenter – sammenheng i regelverket, retts tekniske hensyn, rimelighetsbetraktninger», inkludert arbeidsmiljølovens § 14-4 a om deltidsansattes rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Enkelthetene er det ikke grunn til å gå inn på. Disse «øvrige rettskilder og hensyn» ledet ikke til noen annen konklusjon (avsnitt 49 jfr. 41–48).

Strengt tatt er det Høyesterett har tatt stilling til, bare at godtgjørelse for ekstravakter som arbeidstageren frivillig har påtatt seg før suspensjonstidspunktet, ikke inngår i det som er (beregningsgrunnlaget for) «lønn [...] på suspensjonstidspunktet» etter aml. § 15-13 tredje ledd. Det er klart at grunnlønn etter arbeidsavtalen omfattes. I hvilken utstrekning faste og variable tillegg for avtalt arbeidstid, slik den legges, skal inngå i beregningsgrunnlaget, er det ikke sagt noe bestemt om. Men den mest nærliggende forståelsen, for å låne et uttrykk fra retten, må være at slike tillegg som ville kommet til utbetaling i suspensjonstiden ved en ordning av arbeidstiden i tråd med den som ellers kunne forventes, også omfattes.

Diskrimineringsspørsmålene kunne turneres enkelt. A argumenterte blant annet med at en person med høyere stillingsprosent enn hennes ville fått utbetalt høyere lønn under suspensjon selv om vedkommende ikke arbeidet mer enn hun selv gjorde. Men det at en mer omfattende arbeidsplikt fører til høyere utbetaling, kan «vanskelig» – med Høyesteretts forsiktige ord – sees som diskriminering (avsnitt 53). Det må være åpenbart når beregningsgrunnlaget er det samme uansett stillingsprosenten. Kjønsdiskriminering kunne det heller ikke være tale om (avsnitt 55). Heller ikke det er overraskende på noen måte slik denne saken lå an.

Det som derimot kan sies å være mindre heldig, er Høyesteretts uttalelse om at diskrimineringsvernet «har en side til internasjonal rett. Det er imidlertid ikke *vist til* avgjørelser fra internasjonale domstoler som tilsier at den forståelsen av arbeidsmiljøloven som her legges til grunn, kan komme i konflikt med våre internasjonale forpliktelser» (avsnitt 56; *min kursivering*). NAV-saken har vel vist med tilstrekkelig tydelighet at domstolene i så måte ikke kan nøye seg med å bare å bygge på hva partene har påberopt eller ikke påberopt om skreven rett eller rettspraksis. Det ville vært bedre om Høyesterett hadde sagt at «det foreligger ikke ...» slike rettskilder. Det gjør det, riktig nok, heller ikke om de spesielle spørsmålene i denne saken.

Stein Evju

Henvisning til lovs bestemmelser i ansettelseskontrakter var bindende avtalevilkår for erverver etter virksomhetsoverdragelse. HR-2020-1339-A (ISS Facility Services)

I enlighet med ett politisk beslut konkurransutsattes renhallningen hos Forsvarsbygg. ISS Facility Services vann anbudet. Parterna (staten og den privata entreprenøren) enades om att anse overgangen som en verksamhetsövergång i enlighet med arbeidsmiljøloven, jfr kap. 16. Saken handler om i vilken mån de villkor som arbeidstagerne hadde med sin statlige arbeidsgiver skulle gälla även för den privata arbeidsgiveren efter en verk-

samhetsövergång enligt arbeidsmiljøloven kap. 16. Närmare bestämt var det fråga om arbetstagerarna gentemot den nya arbetsgivaren skulle kunna göra gällande sina villkor rörande uppsägningstider (oppsigelsesfrister), förtidspension för vissa grupper (særalderspensjon) och avtalspension (avtalefestet pensjon, AFP).

En oenig underrätt kom fram till att villkoren inte kunde göras gällande mot ISS Facility Services. Även lagmannsretten var oenig; majoriteten slog dock fast att uppsägningstiderna och særalderspensjonen omfattades av rättighetsövergången, men inte AFP. Under förberedelserna i Høyesterett framfördes en begäran från ISS Facility Services om att ställa frågor till EFTA-domstolen. Begäran avslogs (ble ikke tatt til følge).

Høyesterett kom fram till att en hänvisning i anställningsavtalet till lagens regler om uppsägningstid (oppsigelsesfrister) utgjorde en del av det enskilda anställningsavtalet och skulle därför gälla gentemot förvärvaren. Rätten slog vidare fast att förtidspension för vissa grupper (særalderspensjon) och avtalspension (avtalefestet pensjon, AFP) omfattades av pension-sundantaget i arbeidsmiljøloven kap. 16, och skulle därför inte gälla gentemot förvärvaren.

Inledningsvis konstaterade Høyesterett i avsnitt 41 att

«Bestemmelsens [arbeidsmiljøloven § 16-2] første ledd fastslår hovedregelen om at tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold, overføres til den nye arbeidsgiver. Hovedprinsippet er med andre ord at individuelle rettigheter og plikter i arbeidsforholdet overføres uendret ved virksomhetsoverdragelser.»

Huvudregeln, eller huvudprincipen, modifieras emellertid, enligt Høyesterett i avsnitt 42. Modifieringen gäller «rettigheter og forpliktelser som følger av henholdsvis tariffavtaler og kollektive pensjonsordninger».

Innan Høyesterett tog sig an diskussionen av huruvida de tre rättigheterna skulle gå över konstaterade den att syftet med direktivet är att skydda arbetstagerarna «när verksamheter skifter *eier*» (avsnitt 44; *min kursivering*). Detta är ju en häpnadsväckande lapsus! Förhoppningsvis gjorde sig Høyesterett endast skyldig till ett rent slarvfel som inte förefaller ha fått några konsekvenser för utgången i målet. Jag tillåter mig emellertid ändå att påminna läsaren om att ägarbyte inte är avgörande eller ens av betydelse för bestämmande av huruvida reglerna om anställningen vid verksamhetsövergång är tillämpliga, utan det centrala är – något som framgår direkt av ordalydelsen av såväl arbeidsmiljøloven § 161 som den norska översättningen av direktivet – om arbetsgivarbyte skett (se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 258, HR-2018-1944-A (DNB), avsnitt 44 med citat ur Rt. 1999 s. 977 (Nemko), Ellinika Nafpigeia, C-664/17, avsnitt 41, samt Rasmussen, E2/04, avsnitt 22 f. och 46; se även Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång, 2004, särskilt s. 119 f., 209 och 212 f., samt Næss, Virksomhetsoverdragelse, 2013, s. 28 f.).

De berörda arbetstagare var som anställda i staten omfattade av tjenestemannsloven. Tjenestemannsloven föreskrev längre uppsägningstid än vad arbeidsmiljøloven gör. Numera gäller statsansatteloven som också den har regler om längre uppsägningstid än arbeidsmiljøloven. I anställningsavtalet fanns följande lydelse under överskriften «Tidsrom, prøvetid og oppsigelse i arbeidsforhold»: «Oppsigelsesfrist i medhold av tjenestemannsloven §§ 8, 9, 10 og 11.» De anställda gjorde gällande att uppsägningstiden följde dels av lag, dels av anställningsavtalet. I vart fall menade man att uppsägningstiden följde av anställningsavtalet varför den också skulle gälla gentemot den nya arbetsgivaren enligt arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd. Motsatt standpunkt intogs av ISS: formuleringen var inte något «uttrykk for at arbeidsgiver har påtatt seg noen kontraktsrettslig forpliktelse» (avsnitt 46), eftersom arbetsgivaren använt sig av möjligheten till att informera om villkor om uppsägningstid genom hänvisning till lag, se arbeidsmiljøloven § 146 annet ledd. Fråga var alltså om den förlängda uppsägningstiden följde av anställningsavtalet och därför skulle gälla gentemot förvärvaren, eller om det var fråga om en ren upplysning om vad som följde av lagen, som alltså bara var tillämplig för de statligt anställda.

Høyesterett gick sedan in på spørsmålet om vad som skulle anses vara relevant för att avgöra «hva som er avtalt basert på de prinsipper som gjelder for tolkning og utfylling av arbeidsavtaler» (avsnitt 51). Även om ordalydelsen är utgångspunkten för tolkningen menade domstolen att «andre tolkningsfaktorer vil også måtte tas med i vurderingen, og det vil være større rom for supplerende tolkningsfaktorer her enn ved tolkning av avtaler mellom jevnbyrdige parter i forretningsforhold. Dette har blant annet sammenheng med at det – som i vår sak – ofte ikke er et balansert styrkeforhold mellom partene i et arbeidsforhold» (avsnitt 48). Stereotypiskt poängterade Høyesterett den ojämna maktbalansen mellan arbetsgivaren och arbetstagaren och underströk detta ojämna maktförhållandet med ett citat ur Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) i avsnitt 49:

«Ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.»

Høyesterett slöt sig sålunda till att vid «fastleggelsen av arbeidsavtalers innhold er det altså rom for ganske brede vurderinger» (avsnitt 51). Formuleringen i anställningsavtalet får därmed långt större betydelse än att vara av enbart «opplysningsverdi» (se Fougner/Holo/Sundet/Thorkildsen, Arbeitsmiljøloven, 3. utg. 2018, s. 696). Av arbeidsmiljøloven § 14-6 annet ledd følger att information om uppsägningstider kan ges genom att hänvisa till lag. Detta skulle kunna tala för att hänvisningen till tjenestemannsloven §§ 9–11 i de

nu aktuella anställningsavtalen endast var ren information; i stället för att informera om uppsägningstiderna i anställningsavtalet har uppsägningstiden informerats om genom en hänvisning till tjenestemannsloven, allt i enlighet med arbeidsmiljøloven § 14-6.

Problemställningen avseende skillnaden mellan information och avtalsvillkor är i viss mån lyft i Johansen/Stueland (red.), Arbeitsmiljøloven, 2. utg 2015, s. 602 f. Høyesterett utredde inte i förevarande dom problemställningen. I stället gjorde den frågan till ett tolkningsspörsmål. När Høyesterett i avsnitt 53 uttalade att i «løpende avtaleforhold er oppsigelsesfristene blant de grunnleggende spørsmål som partene må ta stilling til» är jag nog inte helt enig. För all del, uppsägningstiden är ett grundläggande villkor. Men det vanliga torde nog vara att ingendera parten egentligen reflekterar över uppsägningstiden förrän den aktualiseras. Att det därför skulle ha «formodningen mot seg at avtalen for et arbeidsforhold av den art vi her står overfor, ikke skulle regulere oppsigelsesfristene» (avsnitt 53) kan jag inte hålla med om. Slutsatsen som domstolen således drar blir enligt min mening därför lite väl långsökt:

«Når det ikke klart fremgår av arbeidsavtalene at henvisning til tjenestemannslovens oppsigelsesfrister kun er ment å være til informasjon, må utgangspunktet etter min mening være at oppsigelsesfristene inngår i avtalevilkårene. I og med at jeg ikke kan se at det er noen holdepunkter for det motsatte i vår sak, blir min konklusjon at henvisningen i arbeidsavtalene til oppsigelsesfristene i tjenestemannsloven §§ 9 til 11 er rettslig bindende avtalevilkår.»

Tvärt om kunde till och med det motsatta gälla, det vill säga att eftersom det går att informera om uppsägningstid genom att hänvisa till en lagbestämmelse direkt, utan att ta in informationen i anställningsavtalet, är hänvisningen inte annat än just en upplysning. Det framgår till och med av citatet att det skulle räcka för arbetsgivaren att informera om villkor som är av väsentlig betydelse i anställningsförhållandet, men att det i så fall måste göras uttryckligen, kanske under en överskrift om att det bara är fråga om information. Formuleringen som användes i det aktuella anställningsavtalet ansåg alltså Høyesterett inte tillräckligt uttrycklig. Samtidigt uttalade rätten att det är oklart huruvida rättigheter som bara har stöd i lag omfattas av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd (avsnitt 55). Den frågan får således vänta på sin lösning.

Också frågan om huruvida særalderspensjon skulle kunna göras gällande gentemot förvärvare ansåg Høyesterett skulle avgöras med samma principer som för fastställande av anställningsavtalets innehåll som domstolen utvecklade i samband med frågan om uppsägningstiderna (avsnitt 63). Enligt rätten, med hänvisning till tidigare rättspraxis, kunde det «ikke

være tvil om at arbeidstagere *kan* ha rett til videre opptjening av pensjon etter arbeidsavtalene» (avsnitt 64). Men dette ansåg sig Høyesterett inte närmare behöva gå in på eftersom undantaget i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd var tillämpligt (avsnitt 65). Detta betyder inte att överförd personal blir utan pension, men det betyder i stället att förvärvaren kan välja att tillämpa sin redan existerande pensionsordning på de överförda arbetstagarna, något som ISS gjort. Via en exkurs i två domar från EU-domstolen slog Høyesterett fast att det avgörande för om undantaget ska vara tillämpligt är «om den aktuelle avgang med pensjon må anses som et uttrykk for at arbeidstageren på normalt vis avslutter sitt yrkesliv» (avsnitt 69). Eftersom det inte gäller en viss pensionsålder i staten, utan det varierar på grund av anställningens art och individuella förhållanden vilken pensionsåldern är, kan arbetstageren avsluta sitt yrkesliv på ett normalt sätt inom ett åldersspann (avsnitt 70). Det innebär alltså inte att det är tal om förtidspension, utan när man avslutar sitt yrkesliv på ett normalt sätt varierar därför från en arbetstager till en annan. Det är inte utan att resonemanget känns något konstruerat, och att det bär präg av en semantisk övning.

Vad så slutligen gäller AFP har vi att göra med ganska tekniska regler. «AFP reiser vanskelige problemstillinger i forbindelse med virksomhetsoverdragelser», konstaterade Høyesterett i avsnitt 78 efter att ha gett en översikt över regelverket. Huruvida kollektivavtalad AFP är sådana normativa bestämmelser som blir en del av anställningsavtalet även om kollektivavtalet upphör att gälla tog domstolen inte ställning till. Høyesterett kom i stället fram till att pensionsundantaget i arbeidsmiljøloven § 16-2 också omfattade AFP-ordningen. Enligt domstolen är inte AFP-ordningen en förtidspensionsordning och omfattas därför av pensionsundantaget utan här «tegner det seg et bilde hvor pensjonsalderen generelt er fleksibel» (avsnitt 83). Det finns heller inget stöd i EU-domstolens praxis för att AFP-ordningen inte skulle omfattas av pensionsundantaget genom att hävda att særalderspensjon är en ordinär ålderspension, och att AFP är en förmån som beräknas på annat sätt: «Deres felles grunntanke er at de skal gi arbeidstagerne en verdig avslutning på yrkeslivet. Ingen av dem er etablert for bruk som redskaper ved behov for nedbemanning» (avsnitt 81).

Domen visar att arbetslivet kan vara föränderligt. Inte minst gäller det när det handlar om en verksamhetsövergång. I synnerhet gäller det kanske när offentliga anställningar läggs ut på anbud och övergår i privat regi. I det sammanhanget är lagreglerna om skydd för anställningen vid verksamhetsövergång av helt annan karaktär än den lagreglerade huvudregeln om fast anställning. Domen ger oss nog i någon mån en inblick i innebörden av pensionsundantaget, men för frågan om hänvisning i enlighet med arbeidsmiljøloven

§ 14-6 annet ledd medför avtalsbindning eller endast utgör ren information kvarstår en del frågetecken.

Bernard Johann Mulder

Individuell eftervirkning, lagmannsrett på ville veier – Borgarting lagmannsretts dom 28. august 2020, 19-146054ASD-BORG/01

Saken har sammenheng med Arbeidsrettens dom AR-2019-5 fra januar 2019 (kommentert i *Nytt i privatretten* nr. 1/2019, s. 4–7, sammen med den parallelle dommen AR-2019-4). Grefsenhjemmet var medlem av arbeidsgiverforeningen Virke og var da bundet av tariffavtale mellom Virke og Norsk Sykepleierforbund (NSF). Da Grefsenhjemmet i 2014 meldte seg ut av Virke og inn i NHO, ble Virke-overenskomsten avløst av Pleie- og omsorgsoverenskomsten (PLO) med NHO i henhold til bestemmelser i hovedavtalen NHO–NSF. Ett av tvistespørsmålene i saken for Arbeidsretten var om et særskilt «stabiliseringstillegg» i overenskomstforholdet med Virke kunne opprettholdes når PLO ble gjort gjeldende. Det ble ikke løst med Arbeidsrettens dom. En side av problemstillingen ble «løftet ut» av saken for Arbeidsretten gjennom en protokoll (som gjengis nedenfor) som partene inngikk under hovedforhandlingen.

Dette var utgangspunktet for problemstillingen for lagmannsretten. Konkret var spørsmålet om et stabiliseringstillegg var et lønnsvilkår som kunne ha individuell ettervirkning når Virke-overenskomsten opphørte og ble avløst av NHO-avtalen, PLO. Lagmannsretten gav seg inn på en generell drøftelse av spørsmål om individuell ettervirkning av normativt bestemte lønns- og arbeidsvilkår. Det bar galt av sted.

Lagmannsretten har tilsynelatende ikke forstått forholdet mellom normativ virkning av tariffavtaler («transformasjon») og individuell ettervirkning. Retten uttaler at «[i] det individuelle arbeidsforholdet kan både arbeidsgiver og arbeidstaker påberope seg tariffavtalen, også for de alminnelige domstoler» (s. 7, siste avsnitt). Det er i beste fall ikke presist. Den normative virkningen av en tariffavtales bestemmelser om individuelle lønns- og arbeidsvilkår innebærer at slike også blir bindende som bestemmelser i de individuelle arbeidsavtalene. De «transformeres» til arbeidsavtalebestemmelser. Det partene i arbeidsavtalen kan påberope seg, er *arbeidsavtalens* bestemmelser.

Dernest sier lagmannsretten, kan det at arbeidsavtalepartene kan «påberope seg tariffavtalen», «ikke i seg selv etablere at rettighetene er «transformert» på en måte som gjør at de har evig varighet». Det er direkte feilslått, men et stråmannsargument som, dessverre, er gjenkjennelig fra et enkelt litteraturbidrag. Det vil aldri være tale om «evig varighet» eller «evig liv». Eftervirkning innebærer at det som er blitt bindende bestemmelser i arbeidsavtalen, fortsatt er bindende mellom den individuelle avtalens parter efter

at tariffavtalen har opphørt å være bindende – men bare inntil de bestemmelsene som har ettervirkning, blir avløst av andre, gjennom arbeidsavtale eller en ny tariffavtale.

Lagmannsretten later til å anse også en slik ettervirkning nærmest som en umulighet. Flere argumenter går over i hverandre i rettens resonnement. Dels, sier retten at «[u]t fra alminnelig kontraktsrett gjelder tariffavtalens bestemmelser ikke etter at tariffavtalen har utløpt». Og, en «forestilling» om «evig varighet» ville «bryte med at selve stiftelsesgrunnlaget, tariffavtalen, gjør det klart at rettighetene bare gjelder frem til opphør av tariffavtalen. Det er med andre ord ikke etablert en forventning om at [de individuelle] rettighetene har varighet etter at tariffavtalen har opphørt» (s. 7). Dette er i realiteten et postulat både om rettsgrunnlag og om konklusjon. Men det er ikke velvalgt å søke tilflukt i «alminnelig kontraktsrett». Arbeidsavtalerett skiller seg i mangt og meget fra den alminnelige kontraktsretten. Ikke minst gjør tariffretten det. Tariffavtalens normative funksjon er ett eksempel, og nettopp det er et sentralt eksempel i sammenhengen her. Lagmannsretten ser det imidlertid slik at «de hensyn som ligger bak systemet med tariffavtaler [taler] mot at de skal ha en ettervirkning i det individuelle arbeidsforholdet». En slik ettervirkning «ville vært egnet til å underminere tariffavtalens forutsigbarhet og funksjon» (s. 10–11). Det er et stivt stykke. Ettervirkning gir tvert imot forutsigbarhet for begge parter. Tenker man seg at det ikke skal eksistere noen bindende regulering mellom arbeidsavtalens parter når tariffavtalen er falt bort, hvor står man da? Uten noen bestemmelser om lønn, og uten noen bestemmelser om arbeidstid – arbeidsmiljøloven gir som kjent ikke bestemmelser om hva den enkeltes arbeidstid skal være, bare et tak for hva den kan være. Blant annet. Man kan undres på hva lagmannsretten har tenkt om hvordan slike spørsmål skal løses. Det strekker ikke til å henvise til individuell avtale. Det kolliderer med det helt grunnleggende hensynet til vern mot ensidig utnyttelse av asymmetrien på individuelt nivå.

Disse resonnementene fra lagmannsrettens side følger etter en utlegning av den protokollen som ble inngått under hovedforhandlingen i Arbeidsretten. Det er nødvendig å sitere (slik det også er gjort i kommentaren til AR-2019-5):

«Gjennomføring av ny tariffavtale gir ikke i seg selv grunnlag for å endre individuelle lønns- og arbeidsvilkår, dersom disse ikke er i strid med den nye overenskomsten. Partene har gjennom denne protokollen ikke regulert hva som eventuelt har blitt individuelle lønns- og arbeidsvilkår. Dette er et spørsmål som eventuelt må avgjøres for de ordinære domstoler.»

Lagmannsretten anser at protokollen er «uten betydning for problemstillingen i saken» (s. 7). Retten utlegger protokollen slik at NHO «eksplisitt [har] gitt ut-

trykk for at det ikke er enighet om at vilkår i tidligere tariffavtale har blitt en del av individuelle avtalevilkår», og det «ligger i protokollen ingen aksept av at tariffavtalen har individuell ettervirkning». Dertil, sier retten, at «[f]ormuleringen om “individuelle lønns- og arbeidsvilkår” kan heller ikke sies å referere til vilkår som er kollektivt fremforhandlet, [...]». Det siste er selsomt, mildt sagt. I saken for Arbeidsretten var det nettopp tale om et vilkår, stabiliseringstillegget, som var «kollektivt fremforhandlet». Lagmannsretten leser protokollen løsrevet fra den sammenhengen den hører hjemme i – og i tillegg direkte i strid med det protokollen gir uttrykk for. Ett er at den ikke avgjør *hva* som skulle anses som individuelle vilkår. Det sies eksplisitt i annen setning i protokollen. Og som det sies i den påfølgende, tredje, setningen: *Det* måtte avgjøres for de ordinære domstoler. Men første setning i protokollen gir et tydelig uttrykk for at det som er normativt bestemte individuelle vilkår, kan ha ettervirkning – men bare dersom de ikke er i strid med «den nye overenskomsten». Det siste er utvilsomt; det er grunnleggende arbeidsrett at tariffavtalens bestemmelser slår igjennom overfor arbeidsavtalebestemmelser som ikke er forenlige med tariffavtalen. Det følger av arbeidstvistlovens § 6, også i ettervirkningstilfeller.

Lagmannsretten går inn på de i sammenhengen bekjente dommene i Rt. 1996 s. 1218 *Rogalandsmeieriet* og Rt. 1996 s. 1696 *Trondheim Trafikk*. Kort sagt er rettens tilnærming å minimere betydningen av dommene. De «underbygger [...] at det ikke eksisterer en generell ulovfestet regel om individuell ettervirkning for (*sic*) tariffavtaler. Høyesterett ville i så fall ha formulert seg på en annen måte» (s. 9). Det siste er en egenartet spekulasjon. Lagmannsretten går dessuten helt forbi at Høyesterett i *Trondheim Trafikk* poengterte at saken *ikke* gjaldt en tariffavtale. Men hadde den gjort det, ville Høyesteretts resonnement vært tariffrettslig helt patent: Individuelle vilkår måtte vike for en efterfølgende avtale på kollektivt nivå.

Den tredje dommen som gjerne trekkes frem når det gjelder individuell ettervirkning, er ARD 1926 s. 110 *Akers mek*. Lagmannsretten har rett og slett ikke forstått denne dommen; eller kanskje har retten bare nøyet seg med å reproducere en utlegning i en særskilt del av litteraturen. Temaet i saken var så visst hvordan en tariffavtale skulle tolkes. Men tolkningsspørsmålet oppstod *fordi* retten bygget på at de berørte arbeidstagerne *hadde* individuelle vilkår i sine arbeidsavtaler som var normativt bestemt mens den tidligere tariffavtalen de var bundet av, bestod, og som fortsatt bestod etter at den avtalen hadde opphørt å gjelde og før den nye tariffavtalen ble bindende. Den som leser dommen, vil se dette med all mulig tydelighet på s. 113–114.

Lagmannsretten forholdt seg ytterst enkelt til «juri-disk teori». Den bemerket bare at «enkelte forfattere har tatt til orde for en lære om individuell ettervirkning». Men dette «tillegges ikke nevneverdig vekt i lagmannsrettens samlede vurdering av rettskildene»

(s. 10). Det er å gjøre det enkelt for seg selv, og meto- disk svært forenklet. Det får så være hva «enkelte forfattere» mener. Men med det styrer lagmannsretten unna å forholde seg til et vesentlig mer omfattende rettskildemateriale enn den har berørt i dommen. Det gir mest inntrykk av enkel adopsjon av ett særskilt resonnement i «teorien».

Lagmannsrettens konklusjon er tosidig. Den er først formulert helt generelt: «Lagmannsrettens konklusjon er at tariffavtaler generelt ikke gir grunnlag for individuell ettervirkning» (s. 10). Samtidig sier retten at det i «enkelte situasjoner kan være rimelig å la opphørt tariffavtale gjelde der arbeidstakerne har havnet i en situasjon med tariffløshet». Men det «fremstår likevel som usikkert om det er grunnlag for dette utover det som fremgår av lov». Hvis retten skal tas på ordet her, er dette påfallende. Spørsmålet om individuell ettervirkning handler jo ikke om at en «opphørt tariffavtale» skal gjelde likevel. Det ville være noe aldeles nytt. Dog tar retten «ikke endelig stilling til dette».

Den andre siden av konklusjonen knytter lagmannsretten til en annen situasjon: «I nærværende sak er situasjonen at den opphørte tariffavtalen ble erstattet av en ny tariffavtale.» Og da, sier retten, er det «uansett ikke rom for at tariffavtalen har individuell ettervirkning». Men se, det er jo grunnleggende galt. Ett er om en tariffavtale kan ha individuell ettervirkning. Det er jo ikke utelukket, slik dommen i ARD 1926 s. 110 illustrerer. Om det er «rom for» de arbeidsavtalebestemmelsene det da er snakk om, når en ny tariffavtale får anvendelse, beror på den nye tariffavtalen – slik denne dommen også illustrerer, og som protokollen som er sitert foran her, forutsetter.

Det siste vil være et spørsmål de alminnelige domstoler bare kan ta prejudisiell stilling til. Det hører under Arbeidsretten å ta bindende stilling til tolkningen av tariffavtaler.

Den «samlede vurdering», for å låne ord fra lagmannsrettens dom, kan ikke være en annen enn at dommen ikke kan legges til grunn som uttrykk for en holdbar rettsoppfatning. Det gjelder på flere punkter, slik rettens resonnementer er ført.

Stein Evju

Rett til betalt ferie for mellomliggende tid ved gjeninntreden etter ugyldig oppsigelse – EU-domstolens dom 25. juni 2020, Varhoven kasationen sad na Republika Bulgaria, forente saker C-762/18 og C-37/19, EU:C:2020:504

Arbeidstidsdirektivet, 2003/88/EF, har som vel kjent bestemmelser om årlig ferie i artikkel 7. Artikkelen har to deler. I den norske oversettelsen lyder de slik:

«1. Medlemsstatene skal gjøre dei tiltaka som er naudsynte for å sikre at alle arbeidstakarar får ein årleg betalt ferie på minst fire veker, i samsvar med dei vilkåra for rett til og tildeling av slik ferie som er fastsette ved nasjonal lovgeving og/eller praksis.

2. Minsteperioden for årleg betalt ferie kan ikkje bytast ut med ei økonomisk godtgjersle, bortsett frå i tilfelle der arbeidstilhøvet tek slutt.»

I de to sakene her var det spørsmål knyttet til begge bestemmelsene. Kort fortalt gjaldt det spørsmål der en arbeidstager har vært ute av stillingen etter oppsigelse, men gjeninntre («gjenansettes», «is reinstated») etter at det er avgjort ved dom at oppsigelsen er ugyldig. EU-domstolens dom er utvetydig på begge punkter. Resonnementene er omfattende og komplekse. Det er unødvendig å gå inn på dem her. Formulert i positive vendinger er konklusjonene:

Efter artikkel 7 nr. 1 kreves det at arbeidstageren skal ha rett til årlig betalt ferie [det vil si opptjening] for perioden mellom oppsigelsen og gjeninntredelse selv om vedkommende ikke har utført faktisk arbeid for arbeidsgiveren i denne perioden.

Hvis arbeidsforholdet blir avsluttet etter at arbeidstageren i et slikt tilfelle har gjeninnttrådt, skal vedkommende efter artikkel 7 nr. 2 ha rett til økonomisk godtgjørelse for ferie som ikke er avvirket i perioden mellom oppsigelsen og gjeninntredelsen.

Det kan neppe være tvil om det samme må gjelde dersom det er snakk om gjeninntredelse efter dom om at en avskjed er ugyldig.

Dommen gir grunn til å spørre om vår ferielov – nok en gang – ikke er forenlig med arbeidstidsdirektivet. Efter ferielovens § 10 første ledd skal feriepenger regnes av «arbeidsvederlag». Hvis en oppsigelse eller avskjed er ugyldig, kan arbeidstageren i tillegg kreve erstatning. Det gjelder såvel efter arbeidsmiljøloven som efter skipsarbeidsloven og statsansatteloven. Erstatningen er ikke bestemt av eller begrenset til tapt lønn (arbeidsvederlag), men beror på et skjønn av flere faktorer. Det kreves ikke at et lønnsэлемент spesifiseres i premisser eller domsslutning. Skal man da redde seg i land, må man ty til et uavhengig og hypotetisk beregnet beløp for «arbeidsvederlag» – selv om det ikke er «utbetalt» i ferielovens forstand. Hva skal man da holde seg til som beregningsgrunnlag? Kanskje må man falle tilbake på lønn for avtalt arbeidstid, uten mulige tillegg for frivillige ekstravakter og desslike, som i HR-2020-1157-A (se ovenfor). Spørsmålene kan være til ettertanke enn så lenge.

Stein Evju

Litteratur

Einar Stueland: Hovedavtalen mellom LO og NHO 2018–2021 med kommentarer. Gyldendal, 2020. 546 sider

Hovedavtalen LO–NHO har betydning ikke bare for partene og deres medlemmer, men også som forelegg for andre mer eller mindre likelydende hovedavtaler og som rettskilde i en videre forstand. Det er derfor

grunn til å ønske en omfattende og grundig kommentarutgave som denne velkommen. Hovedavtalen er delt i tre deler. Del A er den sentrale. Del B om samarbeidsformer i industri- og håndverksbedrifter og Del C om tilleggssavtaler er viktige nok, men er ikke kommentert. Kommentardelen i boken er knyttet til Del A. Kommentarene spenner over hele tidsrommet fra (arbeider)hovedavtalen ble inngått første gang i 1935, med tilbakeblikk på tidligere regulering i overenskomster og utblikk til annen nasjonal og internasjonal regulering. Oppbygningen følger hovedavtalens egen, kommentarene til de enkelte paragrafer er bygget opp tematisk og systematisk. De gir god oversikt over et meget omfattende materiale.

Stein Evju

Høringssaker det er verdt å merke seg

Gjennomføring av Direktiv (EU) 2018/957 om endringer i utsendingsdirektivet. Høringsnotat fra Arbeids- og sosialdepartementet 6. juli 2020. Høringsfrist 1. november 2020.

Endringer i diskrimineringsombudsloven og arbeidsmiljøloven: Nemndsløsning for varslingssaker og endringer i diskrimineringsombudsloven. Høringsnotat 2. juli 2020 fra Arbeids- og sosialdepartementet og Kulturdepartementet. Høringsfrist 15. oktober 2020.

Endringer i statsansatteloven: Lovhjemmel for etablering av en registreringsordning for statsansattes økonomiske interesser mv. Høringsfrist 29. oktober 2020.

Stein Evju

ARVERETT

Litteratur

Peter Hambro: *Arveloven Arvereglene Lovkommentar*, Universitetsforlaget, 2020. 561 sider

Den nye arveloven som ble vedtatt i 2019, og som settes i kraft 1. januar 2021 regulerer både arv og dødsboskifte. Peter Hambros lovkommentar gir en grundig innføring i arvereglene i den nye loven.

Peter Hambro har de beste forutsetninger for å skrive om disse reglene. Han skrev og hadde ansvaret for 2. til 4. utgave av lovkommentaren til 1972-arveloven. Hambro har også undervist i faget i en årrekke i tillegg til å ha skrevet en rekke bøker og artikler om arverett. Peter Hambro var også medlem av Arvelovutvalget, som avga utredningen NOU 2014: 1.

Boken kommenterer grundig reglene i lovens andre del, som viderefører 1972-arveloven. I lovkommentaren er det grundige redegjørelser for lovens innhold, forarbeider og forholdet til eldre rett. Det er også rikholdige referater og referanser til rettspraksis fra eldre rett som fortsatt vil ha betydning under den nye loven.

Lovkommentaren vil være uunnværlig for dommere, advokater og andre som har behov for å sette seg inn i de nye arvereglene, ikke minst som et oppslagsverk for studenter som studerer arverett.

John Asland

ERSTATNINGSRETT

Ny avgjørelse fra Høyesterett om erstatning ved svikt i informasjon og adekvanslæren – HR-2020-1332-A

Flertallet la til grunn at vilkårene for erstatning ikke var oppfylt.

Høyesterett avsa en ny dom om betydningen av informasjonssvikt i vurdering av erstatning 25. juni 2020 (HR-2020-1332-A). Høyesterett vurderte om det var grunnlag for erstatning etter pasientskadeloven § 2 (1) a som følge av at en pasient ikke hadde fått informasjon om at behandlingen med blodfortynnende legemidler for å forebygge hjerneslag ikke ble ansett nødvendig, i forbindelse med en utredning for hjertefflimmer.

I spørsmålet om vilkåret for pasientskadeerstatning er oppfylt, er temaet om brudd på retten til informasjon representerer en «svikt ved ytelsen av helsehjelp», det vil si ansvarsvilkåret i pasientskadelovens § 2 (1) a. Dette vilkåret kan være oppfylt «selv om ingen kan lastes», men må ha ført til en skade, jf. pasientskadeloven § 1. Dette ansvarsgrunnlaget omtales som et objektivisert grunnlag, blant annet med utgangspunkt i hva pasienten kunne forvente.

Høyesterett vurderte om merskaden som A ble påført ved hjerneslaget skyldtes slik svikt. Det skal «tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet, er tilsidesatt», jf. pasientskadeloven § 2 (2). Selv om retten til informasjon ikke er oppfylt, er det ikke nødvendigvis klart at det er erstatningsbetingende. Dersom det påvises en svikt, må det vurderes om skadefølgen er for fjern og avledet til at skaden kan anses som erstatningsmessig etter reglene om adekvans. Det aktuelle spørsmålet var om informasjonen om at den blodfortynnende behandlingen kunne forhindret at pasienten senere fikk hjerneslag, gjennom at pasienten ville ha innrettet seg annerledes. Dommerne var enige om at behandlingen med blodfortynnende legemidler ikke kunne forhindret skaden, men kunne ført til at skadeomfanget ble mindre.

Høyesteretts konklusjon var enstemmig om at informasjonssvikten oppfylte kriteriet om svikt ved helsehjelpen etter pasientskadeloven. Dernest ble sammenhengen med skaden vurdert. Flertallet av dommerne (tre dommere) mente at mer-skaden hadde en annen årsak enn hjertefflimmeret som pasienten var behandlet for, slik at informasjonssvikten var for avledet til at det knyttes ansvar til denne.

Informasjon som medisinsk standard og lovbestemte plikter

I premiss 40 er sammenhengen mellom pasientskade-loven § 2, helsepersonelloven § 10 og bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 3-1 og 3-2, kommentert. Det konkluderes med at denne sammenhengen er tilstrekkelig til å konstatere at det er «svikt ved ytelsen av helsehjelp», som en følge av at pasienten ikke har fått den informasjon som er nødvendig for å sette vedkommende i stand til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige behandlingsmetoder. Selv om denne sammenhengen er kommentert går ikke flertallet nærmere inn på det som er forskjeller mellom erstatningsbetingende atferd ved svikt og brudd på informasjonsplikten. Pasienter kan forvente at helsevirksomheter og helsepersonell innretter seg etter sine lovpålagte plikter og at rettigheter oppfylles. Dersom de lovbestemte plikter og rettigheter ikke er overholdt vil dette være et argument i forbindelse med en erstatningssak uten at det trenger å være avgjørende for om det foreligger erstatningsansvar.

Plikten til å informere pasienter følger av helsepersonelloven § 10, som viser til retten til informasjon i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 og bygger på et «nødvendighetsvilkår», det vil si hva som er nødvendig for å bli opplyst om helsehjelpen og helsetilstanden, samt om mulige skader og klagemuligheter. Den inneholder samtidig en rett for pasienter til å motsette seg informasjon. Retten til informasjon er sentral for å kunne samtykke og medvirke i helsehjelpen, og for å ivareta egne interesser etter at helsehjelpen er avsluttet. Det er samtidig ikke en forutsetning at pasienten er i stand til å forstå og å anvende informasjon for å begrense svikt i helsetjenesten. Ved manglende oppfyllelse av retten til informasjon kan det klages til Fylkesmannen i henhold til pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2. Brudd på den korresponderende plikten til å gi informasjon kan gi grunnlag for reaksjoner i henhold til helsepersonelloven kap. 11.

Mindretallets henvisning til bevisbedømmelse og adekvanslæren

Dissensen (Bergsjø og Falch) omfatter både grunnlaget for Høyesteretts avgjørelse, at anken kun gjelder rettsanvendelsen, noe som innebærer at bevisbedømmelsen i lagmannsretten skal legges til grunn, og forståelsen av adekvanslæren. Mindretallet peker på at flertallet i realiteten foretar en ny bevisvurdering som ikke samsvarer med lagmannsrettens vurdering.

I lagmannsretten ble det lagt til grunn at A ikke fikk informasjon om at blodfortynnende medisin var et aktuelt behandlingsalternativ, og at han ville ønsket slik behandling hvis han hadde blitt presentert for muligheten. Da ville blodfortynnende behandling blitt iverksatt. Det legges videre til grunn at lagmannsretten har slått fast at skaden ville fått et mindre omfang dersom A hadde fått denne behandlingen, noe også staten har erkjent. Det foreligger dermed faktisk

årsakssammenheng mellom informasjonssvikten og en merskade.

Med utgangspunkt i *adekvanslæren* (premissene 76 og utover) er konklusjonen fra mindretallet at skaden verken er en «upåregnelig eller en fjern og avledet følge av bruddet på As rett til informasjon og medvirkning», i likhet med hvordan lagmannsretten vurderte spørsmålet. Mindretallet legger til grunn at A fikk påvist atrieflimmer, som kan føre til hjerneslag, og at skaden kunne blitt begrenset gjennom at han fikk informasjon om at blodfortynnende medisin kan være en behandlingsform.

Det kan reises spørsmål om flertallets grunnlag for å foreta nye vurderinger av bevis og å avskjære ansvar etter adekvanslæren i denne sammenhengen, da både tidligere rettsavgjørelser og juridisk teori viser til at det kreves mer enn i den aktuelle saken. Adekvanslæren innebærer en avgrensning mot konsekvenser av en skadevoldende handling som for en skadevolder kan fremstå som så fjerne at det er urimelig å pålegge et rettslig ansvar. Mindretallet vektlegger her Hagstrøm og Stenviks uttalelse om at det «som regel [har] vært stilt beskjedne krav til påregnelighetsgraden, eller, med andre ord, strenge krav for å anse skadefølgen som inadekvat» (Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 2. utgave, Oslo 2019 s. 453).

Spørsmålet er likevel hvilken funksjon informasjonssvikten har i adekvanslæren. Et brudd på plikten til å informere kan neppe anses som fjernt isolert sett, da helsepersonell skal ha kunnskap om sine egne forpliktelser. Sammenhengen mellom mangelen på informasjon og skaden, og adekvanslærens betydning i denne sammenhengen må likevel vurderes.

Betydningen av en informasjonssvikt bygger på flere forutsetninger, at det er tilstrekkelig at personen får informasjon for å begrense skaden, og at det er nær sammenheng mellom svikt i informasjon og erstatningsbetingede skadefølger. Pasienters evne til å forstå informasjonen og selv begrense skaden vil variere, i likhet med tilgangen på helsehjelp.

Det klare utgangspunktet i denne situasjonen er at det ikke er pasienten som skal følge opp seg selv i situasjoner hvor det foreligger informasjon om at forebyggende helsehjelp er nødvendig, men helsetjenesten. Det er derfor nærliggende å diskutere om det oppsto en svikt i helsehjelpen til pasienten, med utgangspunkt i at retten til nødvendig og forsvarlig helsehjelp kan omfatte forebyggende helsehjelp for å forhindre et hjerneslag. Dette spørsmålet er ikke behandlet i saken. Om svikt i informasjonen til pasienter om nødvendig forebyggende helsehjelp er avgjørende for å hindre skade bygger på flere forutsetninger, blant annet at pasienten handler rasjonelt og at det gis et tilbud om helsehjelp.

Informasjon om sykdomsdisposisjoner

I Høyesteretts avgjørelse 30. mars 2017 – HR-2017-687-A – ble det vurdert om det kunne utledes en plikt

til å informere om mulige fremtidige sykdommer. Saken gjaldt risikoen for at en pasient kunne få hjerteinfarkt, og om det var en erstatningsbetingende svikt å ikke informere om dette. Høyesterett kom enstemmig til at pasienten ikke hadde krav på erstatning. Han var blitt henvist til undersøkelse hos hjertespesialist, som mente at det dreide seg om muskelsmerter (myalgi), og ikke om hjerte- eller karsykdom. Også i den saken var det mer nærliggende å reise spørsmål om pasienten fikk nødvendig og forsvarlig helsehjelp, herunder forebyggende helsehjelp.

Et annet poeng i den saken, er at Høyesterett trakk et tydelig skille mellom retten til informasjon i nåtid og i fremtid (avsnitt 46 og 47). Et slikt skille kan ikke nødvendigvis trekkes dersom forebyggende helsehjelp er avgjørende for helsehjelpen. Et slikt skille er relevant dersom det ikke foreligger kunnskap om at pasienten kan gis hjelp med forebyggende tiltak.

Dette kan likevel ikke forsvares som en prinsipiell tilnærming. Forebygging på bakgrunn av informasjon om pasientens sykdomsdisposisjoner får stadig større betydning i medisinen og dermed innenfor helseretten (se Anne Kjersti Befring, *Persontilpasset medisin: Rettslige perspektiver*, Gyldendal Juridiske, Oslo 2019 kap. 9). En konsekvens av disse faktiske endringene av det medisinske behandlingstilbudet er at pasienter har rett til mer informasjon og kan ha rett til oppfølging med sikte på forebygging. Det oppstår nye spørsmål om innholdet i retten til nødvendig og forsvarlig helsehjelp og om retten til informasjon, og til å beskytte seg mot informasjon, selv om man ønsker helsehjelp. Informasjon om sykdomsdisposisjoner kan innebære en handlingsplikt for helsetjenesten til å vurdere om risikoen for sykdom skal begrenses gjennom iverksettelse av forebyggende tiltak. Dersom informasjonen om sykdomsdisposisjoner dokumenteres i pasientens journal, kan pasienten kreve innsyn og informasjon. Nødvendighetsvilkårene i helsepersonelloven §§ 39 og 10 må ses i sammenheng.

Informasjonspotensialet i forbindelse med moderne medisinsk behandling, vil samtidig begrunne at flere ønsker å beskytte seg mot informasjon om sykdomsdisposisjoner som ikke kan behandles. Når pasienten motsetter seg informasjon og samtidig ønsker helsehjelp, oppstår det spørsmål om en uinformert pasient kan avgi et gyldig samtykke (se Befring, op. cit. kap. 10). Pasientens rett til å beskytte seg mot informasjon, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 (2), begrenser ikke helsetjenestens plikt til å tilby nødvendige og forsvarlige helsetjenester.

Sammenhengen mellom informasjonssvikt og spesifikke plikter til å gi informasjon, er i liten grad diskutert i helseretts- og erstatningsrettslig teori. Det kan dreie seg om samme og om forskjellige vurderingstemaer. For det første kan et brudd på plikten til å gi informasjon i henhold til helsepersonelloven § 10 og pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2, samtidig være et brudd på den «medisinske standard» som anses

brutt når det oppstår «svikt» i henhold til pasientskadeloven § 2. For det andre kan plikter og rettigheter til informasjon gå lenger enn det som ligger i den erstatningsbetingende informasjonssvikten i henhold til pasientskadeloven. Dette innebærer at det kan være grunnlag for å pålegge helsetjenesten å gi informasjon og å illegge reaksjoner overfor helsepersonell, selv om svikten ikke gir grunnlag for erstatning. For det tredje kan brudd på informasjonsplikten være uten betydning når det gjelder erstatning, dersom pasienten likevel mottar forsvarlig og nødvendig helsehjelp.

Anne Kjersti Befring

Uskyldspresumsjonen – forholdet mellom frifinnende straffedom og fellende sivil dom - HR-2020-1327-U

Etter et basketak nyttårsaften 2016 mellom A og G, ble A i Gulating lagmannsrett 28. juni 2018 (LG-2018-11557) dømt for grov kroppsskade med døden til følge. Grunnlaget var kraftige slag mot Gs hode. Denne dommen ble opphevet av Høyesterett (dom 29. november 2019, HR-2018-2281-A). I den påfølgende lagmannsrettsbehandlingen ble A dømt for kroppskrenkelse bestående i ett eller noen få slag mot Gs kropp med moderat styrke, dvs. et mindre alvorlig forhold (Gulating lagmannsretts dom av 29. mars 2019 (LG-2018-182584). Lagmannsrettens flertall fant det ikke bevist at A hadde slått G i hodet med den følge at G døde. Med denne dommen var straffekravet rettskraftig avgjort. A ble frifunnet for de etterlattes krav om erstatning og oppreisningserstatning.

De etterlatte påanket frifinnelsen for erstatningskravene, og Høyesterett opphevet denne delen av dommen 28. mai 2019 (HR-2019-1009-U). A ble deretter idømt erstatningsansvar og oppreisningserstatning til et samlet beløp av kr. 2 435 000 (Gulating lagmannsretts dom 7. april 2020 (LG-2019-62347-2). Dommen som omtales her gjelder anken over denne dommen.

Utgangspunktet er at det ikke er noe i veien for at en person kan idømmes erstatningsansvar selv om vedkommende frifinnes for straffekravet. Dette må anses som sikker rett, jf. HR-2018-2427-A avsnitt 34 med henvisning til Rt. 1999 s. 1363, og nærværende dom avsnitt 29. En fellende dom i sivil sak må likevel ikke utformes slik at det skapes tvil om frifinnelsen for straffekravet, noe som forankres i uskyldspresumsjonen (Grunnloven § 96 andre ledd og EMK art. 6 nr. 2), og praksis fra EMD, jf. Rt. 2009 s. 1456 avsnitt 28. Videre vil det foreligge et skjerpet beviskrav – i form av klar sannsynlighetsovervekt – noe som begrunnes i at det bør gjelde særlige krav for å legge til grunn at en part har opptrådt særlig klanderverdig, jf. nærværende dom avsnitt 31 med henvisninger. Dette skjerpede kravet gjelder også spørsmålet om årsakssammenheng mellom handlingen og f.eks. en dødsfølge.

Opp mot disse prinsippene påviste Høyesterett flere mangler ved lagmannsrettens dom. Først fant Høyesterett at lagmannsretten ikke i tilstrekkelig grad hadde klargjort det skjerpede beviskravet. Selv om retten benyttet formuleringer som «klart», «klart sannsynliggjort» og «klar sannsynlighetsovervekt» baserte retten vurderingen på en henvisning til en ren sivil sak, som ifølge Høyesterett «ikke er egnet til å klargjøre at det i den foreliggende situasjonen gjelder et krav om *klar sannsynlighetsovervekt*» (avsnitt 36, uthevet i dommen). Høyesterett gikk likevel ikke nærmere inn på dette forholdet, idet den kom til at dommen uansett måtte oppheves. Dette skyldtes en inkonsistens mellom bevisbedømmelsen i den strafferettslige frifinnelsen for grov kroppsskade med døden til følge og erstatningssaken. I straffesaken var frifinnelsen begrunnet i at man ikke kunne bygge på vitneforklaringer med beskrivelse av massive slag mot offerets hode, siden dette ikke var forenlig med de medisinske funnene. I erstatningssaken ble det likevel lagt til grunn at slike slag var blitt påført, uten at det ble kommentert at frifinnelsen i straffesaken skyldtes at forklaringene om kraftige slag mot hodet ikke var forenlig med de medisinske funnene. Lagmannsretten gikk riktignok i den videre vurderingen inn på obduksjonsrapporten og forklaringer fra de medisinske sakkyndige, men da som ledd i en årsaksvurdering, der forekomsten av slag mot hodet ble forutsatt.

Høyesterett kom til at dommen på denne bakgrunn ikke oppfylte «de kravene som må stilles til en dom som tilkjenner erstatning på et faktisk grunnlag som retten i en forutgående straffesak ikke har funnet bevist» (avsnitt 43). Dette ble ansett som et «klart og vesentlig brudd på uskyldspresumsjonen», fordi dommen hverken viste til frifinnelsen for straffekravet eller klargjorde forskjellen mellom det strafferettslige og sivilrettslige beviskravet. Gulating lagmannsretts dom av 7. april 2020 ble derfor opphevet.

Dommen bekrefter og utdyper de kravene som stilles der det idømmes erstatningsansvar i etterkant av en frifinnelse for straff. Saken viser at det stilles strenge krav til en tydeliggjøring av beviskravet, og understreker også at domsgrunnene må utformes slik at det ikke skapes tvil om frifinnelsen.

Erling Hjelmeng

FORSIKRINGSRETT

Lisensforsikring. Fastsettelse av forsikringstidens utløp og forsikringstilfellets inntreden. Avtaleloven § 36. HR-2020-1262-A

1. A var ansatt som sikkerhetssjef i B. Arbeidet offshore krevet at han til enhver tid hadde helseerklæring utstedt av godkjent petroleumlege. Som følge av nedbemanning mottok A oppsigelse på ettersommeren 2015. Etter saksanlegg ble det inngått rettsforlik, der

partene var enige om at arbeidsforholdet opphørte med virkning fra 31. januar 2016.

A hadde i flere år hatt en nyresykdom og ble fra 15. november 2015 sykmeldt med akutt nyresvikt. Han var deretter sammenhengende sykmeldt og ute av arbeid. Petroleumslegen utstedte 6. september 2016 erklæring om at A var helsemessig permanent uskikket for arbeid offshore. Tapet av legegodkjennelsen var en direkte følge av nyresykdommen han ble sykmeldt for i november 2015.

B hadde fra 2015 tegnet en lisensforsikring i Protector Forsikring til fordel for sine ansatte. Forsikringen innebar at en ansatt som varig taper sin legegodkjennelse, har krav på erstatningsutbetaling fra selskapet.

2. A fremmet krav under forsikringen i januar 2017, men fikk avslag. Finansklagenemnda ga A medhold i kravet, og det gjorde også Oslo tingrett. Borgarting lagmannsrett frifant derimot Protector, og Høyesterett kom enstemmig til samme resultat.

3. Høyesterett tok som utgangspunkt at det måtte ha inntruffet et forsikringstilfelle i forsikringstiden for at A skulle ha krav på utbetaling under lisensforsikringen. Begge spørsmål måtte avgjøres etter en tolkning av forsikringsavtalen, eventuelt supplert med forsikringsavtaleloven. Høyesterett avviste at det ved tolkingen måtte legges vekt på at forsikringsproduktet hadde sin bakgrunn i et krav stilt i ulike tariffavtaler offshore, som påla arbeidsgiver å tegne slik forsikring. «Forsikringsselskapet er ikke part i tariffavtalene. Forsikringsavtalen er heller ikke tegnet fordi [B] hadde påtatt seg noen slik tariffplikt» (avsnitt 29).

4. Når det gjaldt *forsikringstiden*, var spørsmålet når den opphørte for As del. Medlemsbeviset, som utgjorde en del av forsikringsavtalen, fastslo at forsikringen opphørte ved fratredelse, men at sikrede «[i] visse situasjoner» hadde rett til ytelse også «en kort periode etter fratredelsen» (avsnitt 32). Høyesterett leste dette siste som en henvisning til de preceptoriske opphørsreglene i fal. § 19-6. A hadde ikke fått skriftlig påminnelse om opphør av forsikringen, hvilket innebar at den tidligst opphørte to måneder etter at ansettelsesforholdet opphørte 31. januar 2016, altså 31. mars 2016. Medlemsbeviset kunne ikke forstås slik at det ga grunnlag for en lenger virkningstid enn lovens minimum. En forlengelse av forsikringstiden fordi arbeidsgiveren skulle ha unnlatt å gi informasjon, var det heller ikke holdepunkter for.

5. *Forsikringstilfellet* måtte dermed ha inntruffet senest 31. mars 2016 for at A skulle ha krav på forsikringsytelsen. Etter forsikringsvilkårenes punkt 2.1 svarte selskapet for varig tap av legegodkjennelsen, og punkt 2.2 fastslo at «[f]orsikringstilfellet anses som inntruffet den dag det er fastslått at tapet av legegodkjennelse er varig, jf pkt. 5.6». Høyesterett konstaterte at det etter ordlyden ikke var tilstrekkelig at sikrede var blitt syk, og heller ikke at sykdommen sannsynligvis både var varig og så alvorlig at legegodkjen-

nelsen måtte bli fratatt ham. «Forsikringskravet utløses ikke før legegoddkjennelsen faktisk er tapt, og det konstateres at tapet er varig» (avsnitt 39). Tolkningen av punkt 2 ble etter Høyesteretts oppfatning understøttet av punkt 5.6, som punkt 2.2 viste til og som sto i kapitlet om skadeoppgjør. Her fremgikk det at forsikringsutbetalingen tidligst forfalt til betaling den dagen selskapet fikk dokumentasjon for at legegoddkjennelsen var trukket tilbake med varig virkning.

Etter å ha påpekt at Protector tilbød andre forsikringsprodukter med andre forsikringsutløsende omstendigheter, reiste Høyesterett spørsmålet om forsikringsvilkåret likevel burde tolkes utvidende. Forsikringstilfellet måtte i så fall anses inntruffet allerede på det tidspunkt hvor helsesituasjonen var så dårlig at vilkåret for å frata sikrede legegoddkjennelsen på varig basis var til stede. «I mange tilfeller kan det være nokså tilfeldig når selve konstateringen deretter skjer» (avsnitt 42).

Høyesterett pekte på at et «lignende tilfelle» forelå i den såkalte spikedommen, HR-2017-2414-A, der det bare var et spørsmål om tid før rustne spikere ville skade panelet. Høyesterett fastslo at i den dommen unnlot retten å fortolke forsikringsvilkårene utvidende, fordi den fant at det «ut fra en naturlig forståelse av vilkårets objektive innhold er vanskelig å komme utenom at skade i dette tilfellet først kan konstateres når trevirket er påvirket», se dommens avsnitt 42. Høyesterett pekte også på at det i dommen ble lagt «noe vekt på at ‘skaden konstatert-prinsippet’ er et nokså entydig kriterium som er godt innarbeidet i forsikringsretten», se dommens avsnitt 43. Høyesterett fastslo deretter at «de samme grunner tilsier at forsikringsvilkårene heller ikke i vår sak kan tolkes utvidende» (avsnitt 44).

A hadde påberopt seg underrettspraksis og praksis fra Finansklagenemnda som angikk lignende forsikringsavtaler. Høyesterett kunne ikke se at denne praksisen hadde betydning for løsningen av saken, og da var det heller «ikke grunn til å gå nærmere inn på praksisen, ut over å konstatere at den ikke er entydig» og at enkeltheter i hver sak og avtale kunne bidra til å forklare de forskjellige resultatene (avsnitt 46).

A hadde pekt på at B ikke hadde videreformidlet til Protector melding om sykdomstilfellet, og at dette var et forhold Protector ikke kunne påberope seg, jf. fal. § 19-9. Synspunktet ble raskt avfeiet av Høyesterett: Siden sykmeldingen ikke var tilstrekkelig til å utløse forsikringskravet, var en eventuell manglende videreformidling av den uten betydning.

6. *Subsidiært* hadde A gjort gjeldende at forsikringsavtalen måtte endres i medhold av avtaleloven § 36 fordi det ville virke konkret urimelig å gjøre den gjeldende. Ved drøftelsen av dette spørsmålet tok Høyesterett utgangspunkt i Rt-2005-1112, der en gruppelevs-forsikring tegnet av arbeidsgiver ikke ble endret etter § 36. Forholdet var at sikrede etter fratreden hadde unnlatt å tegne en individuell forlengelse som han hadde rett til, fordi han var for syk til å ivareta sine økonomiske

interesser. Forsikringstiden utløp derfor kort tid før han døde. Flertallet la vekt på at lovbestemmelsene som avtalevilkårene om utløpet av forsikringstiden og fristen for å tegne forlengelse bygget på, var blitt til etter et grundig lovarbeid, hvor partenes ulike interesser var veid mot hverandre. «Tilsvarende gjør seg gjeldende i saken her, hvor forsikringstiden følger reguleringen i forsikringsavtaleloven § 19-6» (avsnitt 52).

I den konkrete rimelighetsbedømmelsen pekte Høyesterett på at forsikringsdekningen bortfalt som følge av B's oppsigelse av A, noe som fremsto som «en ekstraordinær begivenhet» (avsnitt 53). På dette tidspunkt var A arbeidsdyktig. Sykmeldingen kom først etter at han hadde anlagt søksmål mot B, som deretter forlenget ansettelsesforholdet. Han ble følgelig ikke oppsagt etter å ha blitt varig sykmeldt.

At det gikk nesten ti måneder fra A ble sykmeldt og til han oppsøkte petroleumslegen og legegoddkjennelsen ble varig trukket tilbake, svekket etter Høyesteretts oppfatning at avtalereguleringen slo spesielt urimelig ut for A. Med en så lite markert konkret urimelighet ble motforestillingene avgjørende. Forsikringsdekningen ville reelt sett bli ganske betydelig utvidet, enten ved en vesentlig forlengelse av forsikringstiden eller ved en omdefinering av forsikringstilfellet. Dersom den varige sykdommen, og ikke tapet av legegoddkjennelsen, skulle utløse retten til utbetaling, «vil forsikringsproduktet i realiteten endre karakter fra en lisensforsikring til noe som ligner en sykeforsikring» (avsnitt 55).

Høyesterett viste avslutningsvis til at det i Rt-2005-1112 avsnitt 57 var pekt på lignende betenkeligheter. Siden det dreide seg om en masseavtale, ville resultatet i saken ha betydning for andre sikrede i samme situasjon, samtidig som en lempning av vilkårene ville medføre at en rekke spørsmål ville stå uavklart.

7. Dommen har flere problematiske sider. Avvisningen innledningsvis av å legge vekt på – ved fortolkningen av forsikringsavtalen – at forsikringsproduktet hadde sin bakgrunn i et krav stilt i ulike tariffavtaler, som pålegger arbeidsgiver å tegne slik forsikring, virker noe unyansert. Selv om arbeidsgiver B ikke hadde en slik formell tariffplikt, var det åpenbart sammenheng mellom kravet i tariffavtalene, selskapets forsikringsprodukt og den konkrete forsikringsavtalen. Hadde forsikringsavtalen hatt sitt grunnlag i oppfyllelse av en tariffplikt, måtte tariffavtalens innhold etter min mening klarligvis ha vært relevant ved fortolkningen av forsikringsavtalen, selv om forsikringsselskapet ikke var part i tariffavtalen. Selskapet er spesialisten på forsikringsrett og forsikringsproduktet, og nærmest til å sørge for at forsikringsavtalen er formulert slik at den oppfyller de krav selskapet er kjent med at arbeidsgiver har påtatt seg gjennom tariffavtalen. Spørsmålet er om forholdet blir så veldig forskjellig i et tilfelle som vårt. Det hadde fortjent en nærmere drøftelse.

8. Når det gjelder drøftelsen av opphøret av forsikringstiden, virker både resultat og begrunnelse for-

nuftig, hensett til den lange tiden som gikk fra ansettelsesforholdets avslutning. Men det er kanskje pussig at Høyesterett uten videre leste den vage opphørsbestemmelsen i forsikringsvilkårene som en henvisning til opphørsreglene i fal. § 19-6. Var det selskapets mening, hadde det vært nærliggende med en uttrykkelig henvisning til lovbestemmelsen i vilkårene.

9. Når det gjelder drøftelsen av forsikringstilfellet, er det grunn til å oppholde seg ved flere forhold. Høyesterett leser forsikringsvilkårene slik at forsikringstilfellet inntreffer på det tidspunktet legen trekker tilbake sin godkjennelse på varig basis. Det betyr – som Høyesterett selv er inne på – at det kan være nokså tilfeldig når et forsikringstilfelle anses inntruffet. Det vil kunne avhenge av forhold som ikke behøver å ha med den underliggende sykdommen eller ulykkes-skaden å gjøre, som f.eks. når arbeidstakeren tar kontakt med legen, når legen har tid til å undersøke ham, når legen har fått svar på prøver, osv. En slik uklarhet og usikkerhet knyttet til et så sentralt kriterium for forsikringsdekningen som forsikringstilfellet, er i seg selv uheldig. Og selv om et forsikringsselskap i prinsippet må ha rett til å fastsette i forsikringsvilkårene når et forsikringstilfelle skal anses å ha inntruffet, er det en rekke preseptoriske bestemmelser i forsikringsavtaleloven knyttet til begrepet, noe som tilsier en kritisk holdning.

Ved vurderingen av om forsikringsvilkåret burde tolkes utvidende, og forsikringstilfellets inntreden flyttes til «det tidspunktet helsesituasjonen er så dårlig at forskriftens vilkår for å frata sikrede legegodkjennelsen på varig basis er til stede» (avsnitt 42), tar Høyesterett utgangspunkt i det som retten kaller «et lignende tilfelle» (avsnitt 43), nemlig den såkalte spikerdommen, HR-2017-2414-A. Parallellen er imidlertid svak. Spikerdommen angår skadeforsikring (ansvarsforsikring), ikke personforsikring. Den avgjør hvilket av flere selskaper som er ansvarlig for sikrede tap, der det er klart at sikrede i prinsippet har rett til dekning fra ett av dem, og ikke – som her – om sikrede overhodet har rett til erstatning. I tillegg kommer at uttrykket «skaden konstatert» må sees i sammenheng med andre måter som forsikringsretten oppstiller for å fastlegge når et forsikringstilfelle foreligger. Her snakker vi om tre hovedformer: «faren rammet»/«skadeårsak»-prinsippet; «skaden inntrådt»/«skaden konstatert»-prinsippet og «skaden gjort gjeldende»/«claims made»-prinsippet. Forskjellen mellom de to første hovedprinsippene er at mens det under det andre faktisk må foreligge en skade for at et forsikringstilfelle skal foreligge, er det under det første tilstrekkelig at risikoen for skade har materialisert seg på en slik måte at skaden er en uavvendelig følge. Det var denne grensen Høyesterett var opptatt av i spikerdommen: treverket var ennå ikke skadet av de rustne spikerne, og da var ikke skaden inntrådt/konstatert, slik forsikringsvilkårene forutsatte for ansvar. Forskjellen mellom «skaden inntrådt» og

«skaden konstatert» blir bare interessant der det er snakk om en skjult skade; her vil forsikringstilfellet med den siste formuleringen utskytes til skaden faktisk konstateres. Man slipper mao. de bevisproblemene som måtte knytte seg til å fastslå når en (skjult) skade oppsto.

I vår sak var det ikke tvilsomt at sikredes helsesituasjon – på et langt tidligere tidspunkt enn september 2016 – var så dårlig at vilkårene for å frata ham legegodkjennelsen på varig basis var til stede. Skaden var altså slik sett inntrådt/konstatert i forsikringstiden.

10. Heller ikke Høyesteretts drøftelse av det subsidiære spørsmålet – forholdet til avtaleloven § 36 – kan sies å være patent. Urimelighetsspørsmålet kan reises både i forhold til utløpet av forsikringstiden og i forhold til forsikringstilfellets inntreden. Høyesteretts drøftelse knytter seg – under henvisning til Rt-2005-1112 – først og fremst til det første forholdet, hvor det i realiteten ville være snakk om å fravike en uttrykkelig lovbestemmelse, altså en nokså tung oppoverbakke. Det andre forholdet løper Høyesterett nokså lett over. Det angis bare at i så fall «må forsikringstilfellet omdefineres», og «forsikringsproduktet [vil] i realiteten endre karakter» (avsnitt 55). Men Høyesterett unnlater dermed å ta inn over seg det som burde ha vært det sentrale i urimelighetsvurderingen i denne saken, nemlig at selskapet i sine vilkår har søkt å forskyve et etablert kriterium for når et forsikringstilfelle er inntrådt. Dermed har det skapt et forsikringsprodukt, som med sin betydelige usikkerhet og vaghet rundt spørsmålet om når retten til dekning under forsikringen inntreffer, lett kan føre til helt urimelige resultater for den skadelidte arbeidstakeren.

Høyesterett avslutter drøftelsen av avtaleloven § 36 med å sitere fra Rt-2005-1112 avsnitt 57: «Selv om den konkrete rimelighet er av betydning, må det vektlegges at det dreier seg om en masseavtale» (avsnitt 56). Som det fremgår ovenfor, er det springende punkt i den dommen konkret urimelighet knyttet til en lovbestemmelse. Her er urimeligheten knyttet til selskapets «jonglering» med et sentralt forsikringsrettslig begrep. Slik dommen knytter disse ulike situasjonene sammen, er det nærliggende å lese den slik at det er liten eller ingen plass for bruk av avtaleloven § 36 i forsikringsretten. Det er i så fall bekymringsfullt.

11. Lisensforsikring, som denne dommen gjelder, har vært et område med adskillige tvister opp gjennom årene. Slik sett hadde det vært å håpe at vi hadde fått en dom som ga avklaring og ikke skapte nye problemer.

Hans Jacob Bull

Vernetingsfor direkttekrav mot forsikringsselskaper. Høyesterettkjennelser HR-2018-869-A (Stolt Commitment 1) og HR-2020-1328-A (Stolt Commitment 2)

Høyesterett har for annen gang nylig befattet seg med denne saken. Det er ikke utelukkert at det blir flere avgjørelser i fremtiden, da saken reiser mange interessante spørsmål.

To utenlandske skip kolliderte i utenlandsk farvann. Skadevolderen var forsikret hos det norske forsikringsselskapet Gard. Skadelidte anla direktesøksmål mot Gard i Norge og benyttet seg av assurandørens norske vernetingsfor å reise søksmål i Norge også mot den utenlandske skadevolderen. Spørsmålet om vernetingsfor konnekse krav har ikke ennå kommet på spissen i denne saken. Foreløpig har Høyesterett i to omganger uttalt seg om hvorvidt norske domstoler har domsmyndighet overfor Gard.

Hjemmel for domsmyndighet må søkes i Luganokonvensjonen. Hadde vernetingsfor i denne saken vært regulert av tvisteloven, ville det ha vært klart at norske domstoler hadde domsmyndighet overfor en saksøkt som er hjemmehørende i Norge, jf. tvisteloven § 4-4 første ledd. Også Luganokonvensjonen har saksøkt alminnelige vernetingsfor som hovedregel, jf. artikkel 2. For forsikringssøksmål har imidlertid Luganokonvensjonen et særskilt avsnitt 3 i kapittel II (artiklene 8 til 14).

Spørsmålet i Stolt Commitment 1 var blant annet om hovedregelen i artikkel 2 kommer i tillegg til de særlige vernetingsreglene for forsikringssaker, eller om disse er uttømmende.

Ifølge Luganokonvensjonen artikkel 8 skal vernetingsfor for forsikringssaker utelukkende bestemmes av reglene i det nevnte avsnitt 3. Artikkel 9 gjentar hovedregelen om saksøkt alminnelige vernetingsfor og artiklene 9 og 10 legger til flere vernetingsfor der forsikringsselskapet kan saksøkes: ved saksøkerens bosted, ved koassurandørens vernetingsfor eller på skadestedet. Dette er ment å styrke stillingen til den sikrede, som antas å være den svakere part i forholdet. Artikkel 11 gjelder skadelidtes direktesøksmål mot forsikringsselskapet. I artikkel 11 nr. 2 heter det at artiklene 8, 9 og 10 gjelder for direkttekrav «når slike direkte søksmål er tillatt.»

I Stolt Commitment 1 avgjorde flertallet at vernetingsfor for forsikringstvister er uttømmende regulert i avsnitt 3 og at hovedregelen i Luganokonvensjonen artikkel 2 derfor ikke gjelder for direkttekrav mot forsikringsselskaper. Etter denne tolkningen er konsekvensen av artikkel 11 nr. 2 at skadelidte ikke har adgang til å anlegge direktesøksmål dersom direkttekrav ikke er tillatt. Mindretallet mente at henvisningen til artikkel 8 kun gjelder dersom direkttekrav er tillatt. Dersom direkttekrav ikke er tillatt, kommer den alminnelige regelen i artikkel 2 til anvendelse.

Saken ble vist tilbake til lagmannsretten med anvisning om å ta stilling til om direkttekrav var tillatt etter artikkel 11 nr. 2.

For å kunne uttale seg om dette, måtte lagmannsretten prejudisielt ta stilling til lovvalget for direkttekrav. Denne delen av lagmannsrettens kjennelse er rettskraftig avgjort, og det er ikke plass til å diskutere dette spørsmålet her. Jeg vil imidlertid komme tilbake til det i en artikkel i *Tidsskrift for forretningsjus* tidlig i 2021. Lagmannsretten konkluderte med at kravet var underlagt norsk rett. Retten bygget derfor på forsikringsavtaleloven (FAL), som i § 7-6 regulerer skadelidtes direkttekrav mot skadevolders forsikringsselskap. Etter FAL § 1-3 kan bestemmelsen om direkttekrav fravikes ved forsikring i tilknytning til visse typer næringsvirksomhet, herunder ved sjøforsikring. Det er kutyme i denne bransjen å utelukke adgangen til direkttekrav ved å innta et vilkår i politen om at forsikringsselskapets forpliktelse først oppstår når sikrede betaler erstatning til skadelidte – en såkalt *pay-to-be-paid* klausul. Dermed er FAL § 7-6 fraveket. Etter FAL § 7-8, som er ufravikelig, har imidlertid skadelidte adgang til å fremme direkttekrav dersom skadevolderen er insolvent.

Etter dette er spørsmålet hvordan man skal forstå Luganokonvensjonens forutsetning om at direktesøksmål skal være tillatt, for at de særlige regler om forsikringsvernetingsfor skal komme til anvendelse. Lagmannsretten kom etter en konkret vurdering til at skadevolderen ikke var insolvent og konkluderte med at direkttekrav derfor ikke var tillatt og at det derfor ikke var vernetingsfor etter artikkel 11 nr. 2. Da Høyesterett (under dissens 4-1) hadde avgjort i Stolt Commitment 1 at artikkel 2 ikke kunne anvendes på forsikringssaker, konkluderte lagmannsretten med at søksmålet måtte avvises. Denne delen av kjennelsen ble påanket.

Høyesterett delte seg igjen i Stolt Commitment 2.

Flertallet mente at vurderingen av om direkttekrav er tillatt, ikke skulle gjøres konkret, slik lagmannsretten hadde gjort. Det som måtte vurderes var om det i norsk rett er alminnelig adgang til å anlegge direkte søksmål mot forsikringsselskaper – ikke om direkttekravet vil føre frem i den konkrete saken. Mindretallet mente at bestemmelsen forutsetter at det foretas en viss prøving av det konkrete kravet.

Det er sikkert rett, som er bekreftet i begge Stolt Commitment-avgjørelser, at Luganokonvensjonen skal tolkes autonomt, og at det skal tas hensyn til praksis fra EU-domstolen og andre lands nasjonale domstoler om så vel Luganokonvensjonen som den parallelle Brussel I-forordningen.

Flertallet innledet sitt resonnement med å vise til domstolloven § 36 om prøving av domsmyndighet, hvoretter saksøkerens pretensjoner må legges til grunn for materielle spørsmål. For stedlig kompetanse etter Luganokonvensjonen viste Høyesterett til Rt. 2015 s. 129 med videre henvisninger til blant annet praksis fra EU-domstolen.

Det overrasker at HR-2019-2206-A (Bring) ikke ble nevnt. Riktignok dreier Bring-dommen seg om konnelse krav og ikke om direktekrav, men resonnetet som gjøres om vurdering av prosessuelle vilkår kunne ha hatt overføringsverdi til Stolt Commitment 2. I Bring-dommen forklarte Høyesterett utførlig og under henvisning til EU-rettspraksis at prosessuelle vilkår er underlagt en viss prøving. Det skal sannsynliggjøres at de er innfridd, dog uten at det er nødvendig å ta stilling til om kravet vil føre frem.

Flertallet i Stolt Commitment 2 fant at hverken Luganokonvensjonens tekst, dens forarbeider, praksis fra EU-domstolen eller fra andre nasjonale domstoler gir entydig svar på om artikkel 11 nr. 2 kun forutsetter at det aktuelle land generelt åpner for direktekrav, eller om den krever at direktekrav skal være tillatt i den konkrete saken.

Riktignok har den danske høyesterett i sak 5/2015 (Assens Havn) anvendt de særlige forsikringsverneting i Luganokonvensjonen etter å ha konstatert at den sikrede var konkurs. Det samme har flere nasjonale domstoler gjort i andre EU-stater. Domstolene har således foretatt en konkret vurdering av vilkåret for å anlegge direkte søksmål – som i disse land er sikredes konkurs. Ettersom Luganokonvensjonen skal tolkes autonomt og rettspraksis fra andre land skal hensyntas, taler dette for at det skal vurderes konkret om direktekrav er tillatt.

Flertallet mente imidlertid at den utenlandske praksis ikke hadde direkte overføringsverdi til problemstillingen i Stolt Commitment 2. Vilkåret for direktekrav er i FAL § 7-8 at sikrede er insolvent, mens det i dansk rett er sikredes konkurs. Konkursvilkåret er knyttet til objektivt konstaterbare kriterier. Flertallet mente at vurderingen av om vilkåret er oppfylt i den konkrete saken således glir inn i vurderingen av om dansk rett generelt åpner for direktekrav. Insolvensvilkåret forutsetter derimot en omfattende vurdering. Ifølge flertallet gir dette grunnlag for å tolke artikkel 11 nr. 2 annerledes i relasjon til FAL § 7-8.

Dette resonnement er ikke overbevisende.

Artikkel 11 nr. 2 bør tolkes ensartet uansett hvilke vilkår nasjonal lovgivning stiller for at direktekrav skal være tillatt. At det er mer komplisert å konstatere insolvens enn å konstatere konkurs, kan ikke være grunnlag for å tolke Luganokonvensjonen ulikt. Dersom det er uhensiktsmessig prejudisielt å vurdere om insolvensvilkåret er oppfylt (skjønt det kunne være tilstrekkelig med en sannsynliggjøring, jf. den nevnte Bring-dommen), synes løsningen heller å være at FAL § 7-8 endres slik at vilkåret for direktekrav er sikredes konkurs, fremfor å avvike fra den autonome tolkningen av Luganokonvensjonen.

Etter å ha konstatert at teksten ikke er entydig, og at heller ikke rettspraksis gir retningslinjer om hvordan artikkel 11 nr. 2 skal tolkes (noe jeg altså har kritisert ovenfor), trakk flertallet frem formåls- og systembetragtninger, spesielt at konvensjonen er ment å skape forutsigbare og klare regler.

Det er prisverdig at forutsigbarhet og klarhet trekkes frem. Disse prinsippene er helt fundamentale innenfor den internasjonale privatretten, så vel for valg av verneting som for lovvalg. Prinsippene innebærer at kriteriene for valg av verneting eller av bakgrunnsrett (såkalte tilknytningsfaktorer) skal være objektive og skal kunne anvendes for typetilfeller – i motsetning til den tradisjonelle individualiserende metode som gir anvisning på skjønsmessige valg basert på helhetsvurderinger.

Imidlertid innebærer ikke prinsippene at Luganokonvensjonen skal tolkes ulikt avhengig av om det er enkelt eller komplisert å anvende de vilkårene som nasjonallovgivningen stiller for direktekrav. Dersom vilkåret for direktekrav krever en inngående og komplisert vurdering av den sikredes solvens og dermed kommer i konflikt med hensynene til forutsigbarhet og klarhet, er den hensiktsmessige reaksjon ikke å avvike fra den autonome tolkningen av Luganokonvensjonen. Heller bør det, som sagt ovenfor, vurderes å endre vilkåret for direktekrav i FAL § 7-8.

Som en ytterligere formålsbetragtning trakk flertallet frem Luganokonvensjonens utgangspunkt om at saksøktes bostedsverneting skal være tilgjengelig. Det er nærliggende å mene at dette passer godt med det synet som ble forfektet av mindretallet i Stolt Commitment 1. Mindretallet i Stolt Commitment 1 mente at hovedregelen om saksøktes verneting i artikkel 2 må komme til anvendelse når direktekrav ikke er tillatt. Saksøktes verneting er altså etter mindretallets syn alltid tilgjengelig: med hjemmel i artikkel 9 dersom direktekrav er tillatt, og med hjemmel i artikkel 2 dersom det ikke er det. Flertallet i Stolt Commitment 1 mente imidlertid at artikkel 2 ikke kommer til anvendelse i forsikringsaker. Konsekvensen er at saksøktes verneting ikke er tilgjengelig dersom direktekrav ikke er tillatt.

Ved å trekke frem at Luganokonvensjonens formål er at saksøktes verneting skal være tilgjengelig, synes flertallet i Stolt Commitment 2 snarere å resonnerer som mindretallet enn som flertallet i Stolt Commitment 1.

Flertallets løsning i Stolt Commitment 2 har imidlertid utilsiktede konsekvenser, som ikke er godt forenlige med Luganokonvensjonens formål om at saksøktes verneting skal være tilgjengelig. Ved å utelukke at vilkåret i artikkel 11 nr. 2 skal tolkes konkret blir riktignok saksøktes verneting mer tilgjengelig enn hvis vurderingen var konkret – fordi saksøktes verneting som er nedfelt i artikkel 9 vil være tilgjengelig selv om den sikrede ikke er insolvent og direktekrav følgelig ikke er tillatt. Samtidig blir imidlertid også de øvrige verneting som er angitt i artiklene 9 og 10 mer tilgjengelige. Dette går lenger enn det som følger av målsetningen som ble fremhevet av flertallet, nemlig at saksøktes verneting skal være tilgjengelig. Denne målsetningen er utgangspunktet for at unntakene fra hovedregelen om saksøktes verneting i artikkel 2 skal tolkes snevert – selv om det må påpekes at de særlige verneting i avsnitt 3 (forsikringsverneting), 4 (forbrukerverneting) og 5 (verneting for individuelle arbeids-

avtaler) er ment å beskytte den svakere part og tolkes mindre snevert enn de øvrige unntakene i konvensjonen. I forsikringssaker er det imidlertid først og fremst den sikrede som antas å være den svakere part som fortjener beskyttelse – ikke den skadelidte.

Mindretallet i Stolt Commitment 1 mente at tillattvilkåret i artikkel 11 nr. 2 var et vilkår for saksanlegg og skulle tolkes konkret. Dersom den konkrete vurderingen viste at direktekrav ikke var tillatt, og de særlige forsikringsverneting følgelig ikke gjaldt, mente mindretallet at artikkel 2 skulle komme til anvendelse. Insolvensvilkåret er etter artikkel 2 ikke en prosessforutsetning, men et materielt vilkår for at kravet skal tas til følge. Det er systemfremmed i Luganokonvensjonen at verneting skal avhenge av utsiktene til at kravet materielt sett skal føre frem. Insolvensvilkåret skal derfor ikke vurderes dersom hjemmel for verneting er artikkel 2.

Mindretallet i Stolt Commitment 1 fører et overbevisende resonnement. Det ivaretar Luganokonvensjonens formål om at saksøktes verneting skal være tilgjengelig. Samtidig går mindretallet i Stolt Commitment 1 ikke utover dette formål. Flertallet i Stolt Commitment 2 ivaretar formålet i denne saken fordi det tilfeldigvis var saksøktes verneting som ble valgt blant de ulike verneting som artiklene 9 og 10 åpner for – men resonnementet åpner for at også de andre verneting skal være tilgjengelige.

Flertallet i Stolt Commitment 2 kritiserte lagmannsrettens konkrete vurdering av den sikredes solvens og ga anvisning på at artikkel 11 nr. 2 skulle tolkes ut fra den generelle regulering av direktekravet.

Etter min mening kan ikke dette bety at insolvensvilkåret er irrelevant.

Det er nemlig ikke slik at direktekrav alltid er tillatt i norsk rett. Innenfor sjøforsikring, der FAL § 7-6 kan fravikes, er det sedvane å fravike bestemmelsen. Sedvane er én av rettskildene som inngår i den generelle regulering av direktekrav i norsk rett. Etter den generelle reguleringen er derfor direktekrav ved sjøforsikring bare tillatt hvis sikrede er insolvent. Dersom man nøyer seg med å konstatere at FAL tillater direktekrav og bruker dette som grunnlag for verneting etter Luganokonvensjonen artikkel 11 nr. 2 uten å ta hensyn til insolvensvilkåret, gjenspeiler dette ikke det riktige rettskildebildet – like lite som om man for eksempel etter Luganokonvensjonen artikkel 11 nr. 2 brukte en bestemmelse som tillater direktekrav for bilansvar som grunnlag for verneting i en tvist om ansvarsforsikring for fast eiendom. At det er adgang til direktekrav på et bestemt område eller under visse vilkår, medfører ikke at det etter artikkel 11 nr. 2 er grunnlag for at de særlige forsikringsverneting anvendes ved direktekrav på andre områder eller under andre vilkår.

At vurderingen skal være basert på den generelle reguleringen av direktekravet innebærer derfor etter min mening at man skal vurdere om det er sannsynliggjort at direktekravet i det aktuelle typetilfellet er tillatt. Ved denne vurderingen bør hele rettskildebildet tas i

betraktning, det vil si så vel FAL § 7-6 som bransjekutymen om å fravike bestemmelsen og FAL § 7-8. Samtidig bør det vurderes om saken faller inn under det aktuelle typetilfellet. Dette innebærer at det gjelder et krav om sannsynligjøring av den sikredes insolvens.

Flertallets resonnement i Stolt Commitment 2 er altså vanskelig forenlig så vel med forpliktelsen til å ta hensyn til andre lands rettspraksis ved tolkning av Luganokonvensjonen som med Luganokonvensjonens formål. I tillegg gir den ikke grunnlag for å unnlate en viss sannsynligjøring at insolvensvilkåret er innfridd.

Mindretallet i Stolt Commitment 2 sluttet seg til mindretallet i Stolt Commitment 1 og mente at tillattvilkåret er en prosessforutsetning som må sannsynliggjøres. Mindretallet støttet seg til rettspraksis fra andre land, som jo som nevnt har betydning i lys av at domstolene er forpliktet til å tolke Luganokonvensjonen ensartet. Jeg kan slutte meg til disse betraktningene.

Mindretallet fant også støtte i formålsbetraktninger og fremhevet at formålet med konvensjonens regler om direktekrav er å kanalisere søksmålet dit kravet kan realitetsbehandles. Vernetingsbestemmelser må derfor sees i sammenheng med den materielle retten.

Videre viste mindretallet til reelle hensyn og antydning at tolkning av artikkel 11 nr. 2 bør kunne påvirkes av at anlegg av direkte søksmål i Norge kan være styrt av et ønske om å trekke også skadevolderen inn for norsk verneting. Generelt har dog reelle hensyn og misbrukslære ikke særlig plass ved tolkning av Luganokonvensjonen.

Giuditta Cordero-Moss

KONKURSRETT

Er justeringskrav etter mval. § 9-2 (3) massekrav i konkurs? – HR-2020-1129-A REC

1. Innledning

For norske bostyrere er det all mulig grunn til å merke seg den nyeste Høyesterettsdommen innenfor konkursretten, HR-2020-1129-A REC. I denne saken kom Høyesterett til at et justeringskrav etter mval. § 9-2 (3) skal anses som en massefordring i avgiftssubjektets konkurs når det er konkursboet som selger eiendommen. Rettssetningen i dommen må antas å få stor betydning for konkursboets praktiske beslagsrett i skylderens påkostede næringseiendommer. I alle fall hvis justeringskravet overstiger eiendommens verdi, hvilket den foreliggende saken er et illustrerende eksempel på, må bostyreren tenke seg om to ganger før eiendommen realiseres ved salg.

14. august 2012 ble det åpnet konkurs i selskapet REC Wafer Norway AS (heretter REC). I forkant av konkursåpningen hadde REC påkostet en næringseiendom som selskapet hadde festerett til, for litt over 240 mill. kr, jf. lagmannsrettens dom (LA-2019-19105). For disse påkostningene hadde REC fått fradrag for inngående merverdiavgift etter mval. § 8-1. Den 15.

august 2013 solgte konkursboet fabrikkbygget på eiendommen («Monobygget») med tilhørende festerett til Norwegian Crystals AS for 4 000 000 kr. Salget utløste et justeringskrav på inngående merverdiavgift på litt over 44 mill. kr. Tvisten for Høyesterett gjaldt hvorvidt dette kravet skulle dekkes som massekrav eller ikke.

Hvordan det kunne ha seg at et bygg som er påkostet med 240 mill. kr kunne bli solgt for bare 4 mill. kr, blir ikke nærmere forklart i dommen. Heller ikke tingretten eller lagmannsretten kommenterer dette poenget. Underhånden har jeg fått høre fra de involverte parter at eiendommen rett og slett ikke lot seg selge for en høyere pris. Selv om dette er et ganske ekstremt eksempel, må det antas å være en ganske praktisk situasjon at markedsverdien til et fabrikkbygg kan være mye lavere enn byggekostnadene.

Høyesterett kom under dissens (3–2) til at justeringskravet måtte anses som et massekrav. I begrunnelsen delte Høyesterett seg i tre fraksjoner; en av de dissenterende dommerne hadde en lengre og – etter mitt syn – meget treffende særmerknad.

Før jeg går i gang med å kommentere Høyesteretts drøftelse, er det nødvendig å si noe helt kort om begrepene «massekrav» og «justeringskrav» på overordnet nivå.

2. Rettslig bakteppe

2.1. Massefordring i konkurs

Utgangspunktet i konkursretten er at alle krav dekkes med «innbyrdes lik rett» (såkalt dividende), jf. dekl. § 9-6. Fra dette utgangspunktet finnes det mange unntak, jf. særlig pantel. § 1-1 og dekl. §§ 9-2 – 9-5 og 9-7.

Såkalte «massekrav» og likestilte krav er regulert i § 9-2. Etter ordlyden skal massekravene dekkes «foran all annen gjeld». Selv om det ikke er uvanlig å omtale massekravene som et unntak fra likedelingsregelen i § 9-6, er ikke dette alltid like treffende. Kjernen i massekravsbegrepets rettsfaktaside er at det er tale om krav mot boet som sådan, ikke mot skyldneren. Derfor er det ikke helt nøyaktig å omtale massekravene som et unntak fra likedelingsregelen; massekravene er som oftest ikke omfattet av hovedregelen, jf. §§ 9-2, 9-6 og 6-1 i sammenheng.

Massekravene som omfattes av § 9-2 (1) nr. 1-3 kan være av nokså forskjelligartet karakter. I HR-2020-1129-A var det alternativet i § 9-2 (1) nr. 3 som ble vurdert. Dette alternativet omfatter «andre forpliktelser påført skyldnerens bo under bobehandlingen». Som Høyesteretts flertall presiserer innledningsvis, ligger det både en tidsmessig og en personell begrensning i denne formuleringen. For det første må kravet være oppstått etter åpningen av konkursen, ikke før. For det annet må kravet være mot boet som sådan, ikke mot skyldneren. For å besvare disse spørsmålene, var det dermed nødvendig for Høyesterett å foreta en nærmere analyse av karakteren til justeringskrav etter mval. § 9-2

Justeringskrav etter mval. § 9-2 (3)

Hovedregelen i merverdiavgiftsretten er at det skal beregnes 25 % merverdiavgift til staten på enhver omsetning, uttak og innførsel av varer og tjenester. Blant annet for å unngå forskjellsbehandling av varer som selges og foredles gjennom flere omsetningsledd, får alle registrerte avgiftssubjekter – først og fremst «næringsdrivende», jf. mval. § 2-1 (1) – fradrag for den merverdiavgiften de har betalt til sitt selgerledd, jf. mval. § 6-1. Ved at næringsdrivende får fradrag for såkalt «inngående merverdiavgift», oppnår man at alle omsetningsledd netto bare betaler avgift på den merverdien som vedkommende selv har skapt. I siste omgang er tanken at hele merverdiavgiften skal bæres av sluttbrukeren, som regel en forbruker. Merverdiavgiften karakteriseres derfor gjerne som en skatt på forbruk.

For å oppnå fradragsrett for inngående merverdiavgift, er det imidlertid ikke tilstrekkelig at kjøperen er et registrert avgiftssubjekt. I tillegg kreves det at varen eller tjenesten skal brukes i avgiftspliktig virksomhet, jf. mval. § 8-1. Ved innkjøp av kapitalvarer som er ment å vare over lang tid, oppstår dermed det realproblemet at bruken av kapitalvaren kan skifte fra avgiftspliktig til ikke-avgiftspliktig virksomhet (og for så vidt andre veien også). Det er her justeringsreglene i mval. kap. 9 kommer inn. Som hovedregel skal den fradragsførte inngående merverdiavgiften justeres eller tilbakeføres i slike tilfeller, se for eksempel § 9-2 (1). Det er dette som omtales som «justeringskrav».

I HR-2020-1129-A hadde konkursskyldneren, REC, påkostet en eiendom i stor skala før konkurrsåpningen. Fordi eiendommen på anskaffelsestidspunktet skulle brukes i avgiftspliktig virksomhet, fikk REC fradrag for inngående merverdiavgift på anskaffelsestidspunktet. Den omstendighet at REC gikk konkurs var ikke i seg selv en «justeringshendelse» som medførte plikt til å tilbakeføre den fradragsførte avgiften. Derimot var det en justeringshendelse da boet valgte å selge eiendommen, jf. § 9-2 (3). Fordi det ikke skal beregnes merverdiavgift ved salg av fast eiendom, jf. § 3-11, bestemmer § 9-2 (3) at fradrag for påkostninger av eiendommen skal justeres – altså tilbakeføres – i slike tilfeller. Selv om spesielt tingretten og lagmannsretten nøler litt på dette punktet, er det irrelevant om kjøperen skal bruke eiendommen i avgiftspliktig virksomhet eller ikke. En annen sak er at bruk i avgiftspliktig virksomhet er et vilkår for at kjøperen kan overta justeringsforpliktelsen.

3. Er et justeringskrav etter mval. § 9-2 (3) en massefordring etter dekl. § 9-2 (1) nr. 3?

3.1. Generelt

Om et justeringskrav etter mval. § 9-2 (3) skal anses som en massefordring etter dekl. § 9-2 (1) nr. 3, beror, som antydnet over, i utgangspunktet på to underspørsmål: (1) For det første må det vurderes når justeringskravet oppstod: Før eller etter konkursen? Forutsatt at justeringskravet oppstod etter konkursen, må det (2) for det annet vurderes hvem som er debitor

for justeringskravet: Boet, skyldneren, begge eller ingen? Hvis boet er ansvarlig for justeringskravet, er vilkårene for å anse justeringskravet som et massekrav i utgangspunktet oppfylt.

Hvorvidt det kan sies å oppstå flere eller andre spørsmål enn dette ved vurderingen av om justeringskravet var et massekrav, kan for så vidt i seg selv sies å være blant de viktigste spørsmålene i saken. Ikke minst kan dette sies å utgjøre en av de viktigste årsakene til dissensene.

Flertallets resonnement er sterkt knyttet til disse to spørsmålene. Resonnementet er relativt langt og teknisk, men i realiteten synes det samme argumentet å ha vært avgjørende for besvarelsen av begge spørsmål: Det er konkursboets salg av eiendommen som skaper justeringskravet. Dette medfører både at justeringskravet må anses oppstått etter konkursåpningen, og at boet er debitor for justeringskravet, ikke konkursskyldneren.

Strukturen på mindretallsdommernes resonnement fremstår som mindre intuitiv ved første gjennomlesning. Annenvoterende, dommer Arntzen, drøfter i og for seg de samme spørsmålene som flertallet, men i motsatt rekkefølge og med «motsatte» konklusjoner. Etter annenvoterendes mening oppstår et justeringskrav etter mval. § 9-2 (3) ved skyldnerens insolvens, altså før konkursåpningen. Videre konkluderer hun med at skyldneren er debitor for justeringskravet, ikke konkursboet. Dermed ble justeringskravet å anse som et dividendekrav etter dekl. § 6-1. Hovedbegrunnelsen for annenvoterendes uenighet med flertallet, gjelder betydningen av boets handlingsalternativer til å selge eiendommen. Dette poenget kommer jeg tilbake til senere i artikkelen.

Tredjevoterende, dommer Bergh, forholder seg mer eller mindre helt fritt til de to spørsmålene som både førstvoterende og annenvoterende diskuterer. Dommer Berghs særmerknad til dissensen kan sies å knytte seg til et tredje spørsmål; om det i det hele tatt er riktig at skatteetaten skal ha en særlig prioritert stilling i forhold til det øvrige kreditorfelleskapet. I kontrast til de andre dommernes grundige analyser av merverdiavgiftsloven og dekningsloven, legger tredjevoterende kort og enkelt til grunn at det totalt sett ikke er klare holdepunkter for at lovgiver har ment at skatteetatens justeringskrav skal ha en særfordel. På denne bakgrunn konkluderer dommer Bergh med at skatteetatens justeringskrav ikke kan anses som et massekrav. Fordi han er i mindretall, lar han være å gå inn på spørsmålet om konsekvensene av dette synet.

3.2. Nærmere om flertallets resonnement (dommens avsnitt 18–75)

3.2.1. Oversikt

Selv om flertallets resonnement er ganske langt, teknisk og tidvis ganske gjentakende, er det samtidig meget oversiktlig. Særlig er det grunn til å fremheve systematiske underoverskrifter og deloppsummeringer

som en kjærkommen nyvinning i nyere Høyesteretts praksis. Til tross for at den foreliggende dommen gjelder innviklede spørsmål, gjør disse grepene at resonnementet blir vesentlig enklere å følge. Fordi resonnementet dermed også blir enklere for leseren å gjennomskue og kritisere, krever det ikke bare språklige ferdigheter å skrive på denne måten. Det krever også mot! Her det bare å håpe at Høyesterett har kommet inn på et klarspråklig spor som domstolen kommer til å bli værende på.

3.2.2. Innledende betraktninger (18–40)

Før drøftelsen av sakens mer konkrete spørsmål, bruker flertallet forholdsvis mye plass på å redegjøre for sakens rettslige bakteppe. Også på dette punktet er det grunn til å rose Høyesterett. Ikke bare er teknisk konkurs- og merverdiavgiftsrett krevende emner hver for seg, men når disse rettsområdene må ses i sammenheng har nok de fleste jurister i alle fall delvis følelsen av å være på bortebane.

I denne sammenheng er det for øvrig grunn til å merke seg at dommen er et godt eksempel på samspillet mellom konkursrettslige regler på den ene siden, og skatte- og avgiftsrettslige regler på den andre. I kjernen må det kunne sies at dommen gjelder et konkursrettslig spørsmål; spørsmålet om skatteetatens krav i RECs konkurs skal dekkes «foran all annen gjeld», jf. dekl. § 9-2. Vurderingen av dette spørsmålet forutsetter en grundig analyse av et regelsett utenfor konkursretten selv; i dette tilfellet merverdiavgiftsrettslige regler om justering av fradrag for inngående merverdiavgift. Så grundig blir denne analysen at dommen i realiteten domineres av merverdiavgiftsrettslige betraktninger. De konkursrettslige sidene kommer i bakgrunnen.

3.2.3. Når oppstår justeringskravet: Før eller etter konkursåpningen? (41–55)

Flertallets drøftelse av når et justeringskrav etter mval. § 9-2 (3) kan sies å oppstå, er nokså prinsipielt utformet og bør være av interesse for de fleste formuerettsjurister. Førstvoterende konstaterer umiddelbart at verken ordlyden i merverdiavgiftsloven eller forarbeidene til denne gir konkrete holdepunkter for å besvare spørsmålet. Dermed må stiftelsestidspunktet avgjøres ut ifra mer eller mindre alminnelige betraktninger om når fordringer generelt, og skatte- og avgiftskrav spesielt, kan sies å oppstå, jf. premiss (41).

Vurderingskriteriene for å avgjøre når en fordring i alminnelighet oppstår, henter førstvoterende i stor grad fra HR-2019-1662-A, jf. særlig oppsummeringen i dommens premiss (71). Selv om 2019-dommen gjaldt tolkningen av en helt annen lovbestemmelse (fl. § 26 b)) og en helt annen kravstype (tilbakebetaling av feilutbetalt uførepensjon), er det i seg selv interessant at dommen kan ha såpass betydelig overføringsverdi til vår sak. I tillegg til 2019-dommen viser førstvoterende også til et par andre høyesterettsdommer, selv om det

ikke er helt lett å se at de gir noe mer enn det som er oppsummert i 2019-dommen. Av større betydning synes å være henvisningen til Silje Karine Nordtveits uttalelser som mer spesifikt gjelder når skatte- og avgiftskrav i alminnelighet oppstår, jf. «Når oppstår en fordring? (2017)».

På bakgrunn av denne gjennomgangen av rettskildene, oppsummerer førstvoterende vurderingstemaet slik:

«Etter dette legger jeg til grunn at det må foretas en analyse av rettsforholdet basert på stiftelsesgrunnlaget og formålet med den aktuelle bestemmelsen. Et sentralt vurderingstema blir på hvilket tidspunkt det foreligger en rettslig begrunnet forpliktelse. Det må vurderes når de nødvendige faktiske omstendigheter for betalingsplikten er til stede, og på hvilket tidspunkt skyldneren ikke lenger har kontroll med om kravet vil oppstå. Det er ikke avgjørende om kravet er betinget eller ikke endelig fastslått, jf. også dekningsloven § 6-2 jf. § 6-1», jf. premiss (47)

Ved den mer spesifikke vurderingen av når et justeringskrav etter mval. § 9-2 (3) oppstår, fremgår tolkningsalternativene litt indirekte av førstvoterendes resonnement. Enten kunne man se det slik at justeringskravet etter mval. § 9-2 (3) først oppstår i det boet selger eiendommen, slik staten anførte. Alternativt hevdet boet at justeringskravet oppstår som en betinget fordring allerede på anskaffelses- og fradragstidspunktet. Den omstendighet at kapitalvaren tas ut av avgiftspliktig virksomhet, må si så fall anses som en betingelse for at det allerede oppståtte justeringskravet skal kunne gjøres gjeldende.

Som et tredje tolkningsalternativ, legger annenvoterende til grunn at justeringskravet oppstår på insolvenstidspunktet. Dette alternativet blir ikke engang vurdert av flertallet. Som jeg skal komme nærmere tilbake til nedenfor, har dette sammenheng med dommernes ulike syn på boets handlingsalternativer.

Etter en lengre drøftelse konkluderer Høyesteretts flertall i samsvar med statens anførsel om at justeringskravet ikke oppstår før boet solgte eiendommen, jf. premiss (54). Flertallets konklusjon kan vanskelig sies å være basert på meget håndfaste og isolerbare argumenter; det er en helhetsvurdering som ligger til grunn. Et reelt hensyn som tilsynelatende stod helt sentralt for flertallets konklusjon, var imidlertid at det er «boet som har rådigheten over kapitalvarene etter konkursåpningen, og som dermed kan bestemme om justeringsforpliktelsen skal utløses gjennom for eksempel et salg», jf. premiss (53). I forlengelsen av dette skriver flertallet at frem til dette tidspunktet «har boet handlingsalternativer, som å vente med salget eller å abandonere eiendommen. Først ved justeringshendelsen oppstår det en selvstendig plikt. I en slik situasjon er det ikke dekkende å snakke om en betinget fordring», jf. premiss (54).

Den omstendighet at konkursboet har andre alternativer enn å selge eiendommen, er en sannhet med

vesentlige modifikasjoner. Fordi dette poenget får betydning flere andre steder i dommen, kommer jeg nærmere tilbake til dette senere i punkt 3.3.3 under.

3.2.4. Hvem er debitor for justeringskravet: Boet, skyldneren eller ingen? (56–71)

Etter å ha lagt til grunn at justeringskravet først oppstår ved boets salg av eiendommen, går flertallet over til å vurdere boets subsidiære anførsel om at boet uansett ikke er ansvarlig for justeringsforpliktelsen. I den forbindelse hadde boet sterkt fremhevet ordlyden i mval. § 9-2 (1)–(4). Etter disse bestemmelsene er rettsvirkningen av en justeringshendelse at «[r]egistrert avgiftssubjekt skal justere inngående merverdiavgift». Boet mente at justeringsplikten dermed bare påligger det avgiftssubjektet som har påkostet eiendommen og fått glede av fradrag for inngående avgift.

Heller ikke i denne omgang får boet medhold av flertallet. Etter å ha vist til at konkursboet også er et registrert avgiftssubjekt etter mval. § 2-1 (4), bruker flertallet i realiteten den samme begrunnelsen som under forrige spørsmål, bare formulert i en litt annen språkdrakt: «Når konkursboet utløser justeringsplikten ved å selge en fast eiendom som har vært gjenstand for byggetiltak, er boet også forpliktet til å dekke justeringskravet som et massekrav», jf. premiss (62). Den eneste forskjellen er at argumentet i denne omgang knyttes til tolkningen av ordlyden i § 9-2 (3), ikke utelukkende som et reelt hensyn til støtte for statens syn. Fordelen med å knytte argumentet til ordlyden i bestemmelsen, sett fra statens side, er at flertallet dermed også kan vise til de forutberegnelighetshensyn som merverdiavgiftsloven bygger på. Disse tilsier at «[o]rdlyden må her ha betydelig vekt, jf. Rt-2014-1229 Mandal kommune avsnitt 36 og HR-2017-2065-A Avinor avsnitt 29 og 55. En annen konklusjon krever noenlunde sikre holdepunkter i andre kilder», jf. premiss (62).

Lang historie kort kan man si at flertallet ikke fant grunnlag for slike «noenlunde sikre holdepunkter» i andre kilder, jf. premiss (63)–(71). Ordlyden måtte dermed bli avgjørende. Flertallets konklusjon ble følgelig at justeringskravet er et massekrav i konkurs, jf. dekl. § 9-2 (1) nr. 3. Den nærmere begrunnelsen kommenteres punktvis nedenfor.

3.3. Nærmere om enkelte punkter i resonnementet

3.3.1. Generelt

For å kunne analysere de tre fraksjonene i Høyesterett uten å gjøre denne artikkelen altfor lang, er det hensiktsmessig å diskutere de begrunnelsene samlet med utgangspunkt i enkelte sentrale elementer i flertallets resonnement.

3.3.2. Tilsier ordlyden i mval. § 9-2 (3) at boet kan holdes ansvarlig?

Et tilsynelatende sentralt element i vurderingen av om boet kunne holdes ansvarlig for justeringskravet, er at dette ifølge flertallet følger av ordlyden i mval. § 9-2

(3). Flertallets ordlydsfortolkning er på ingen måte åpenbar. Når mval. § 9-2 (3) sier at justeringsforpliktelsen påhviler «[r]egistrert avgiftssubjekt», sikter loven åpenbart ikke til ethvert avgiftssubjekt som er registrert i mva-registeret. Den omstendighet at konkursboet også skal registreres i mva-registeret, jf mval. § 2-1 (4), og dermed bli til et «registrert avgiftssubjekt», er følgelig ikke et spesielt godt argument i seg selv, slik flertallet synes å forutsette. Som annenvoterende skriver, er det derfor naturlig å lese «registrert avgiftssubjekt» i mval. § 9-2 (3) som en henvisning til «det avgiftssubjektet som har fått – og derved nytt godt av – de fradragene som skal justeres», jf. premiss (85).

På et så sentralt punkt i flertallets resonnement er det meget spesielt at begrunnelsen er såpass kort og lite treffende. Ikke bare er ordlydsslutningen et tungtveiende argument i seg selv, men, som nevnt over, gjør det seg gjeldende særlige forutberegnelighetshensyn på mva-rettens område som gjør at det skal «noenlunde sikre holdepunkter» for å legge til grunn en annen løsning, jf. Rt-2014-1229 (premiss 36) og HR-2017-2065-A (premissene 29 og 55). Litt spissformulert kan man si at ordlydstolkningen sånn sett får dobbel vekt. Det er grunn til å tro at resultatet i dommen ville blitt annerledes dersom flertallets ordlydstolkning var i samsvar med mindretallets.

3.3.3. Boets handlingsalternativer

Som redegjørelsen for flertallets resonnement i punkt 3.2. viser, blir boets handlingsalternativer til å selge eiendommen trukket frem som et viktig poeng under flere forskjellige underspørsmål. En fellesnevner for hver gang dette momentet understrekes, er at det alltid trekkes i retning av at boet må akseptere statens justeringskrav som et massekrav. Fordi dette synet på boets handlingsalternativer antakelig også ble avgjørende for flertallets resultat og kan sies å ha vært en viktig årsak til dissensene i dommen, er det naturlig å skille ut dette til en særskilt behandling her.

Hvorfor det skulle være av betydning om boet har reelle alternativer til å beslaglegge og selge eiendommen, illustreres svært godt av den nærværende saken. Eiendommens markedsverdi var sjokkerende nok ikke høyere enn 4 mill. kr, selv om eiendommen var påkostet for over 240 mill. kr. slik at justeringskravet var på over 44 mill. kr. Beslaget og salget av eiendommen medførte altså en negativ verdi for boet på ca. 40 mill. kr. Sett i etterpåklokskapens lys var det derfor en stor tabbe av bostyreren i RECs konkursbo å selge eiendommen.

Selv om boets handlingsalternativer er en gjenganger i flertallets resonnement, behandles poenget mest nyansert i premiss (66). Her påpeker flertallet at boet «kan inngå avtale med kjøperen om overtakelse av justeringsforpliktelsen etter merverdiavgiftsloven § 9-3, abandonere eiendelen eller avvente utløpet av justeringsperioden etter § 9-4». Selv om oppramsingen kan gi inntrykk av at dette er tre av flere mulige alternativer, er det i alle fall ikke enkelt å komme på flere.

Når disse tre alternativene vurderes hver for seg, er det reelt sett bare ett alternativ som var tilgjengelig for RECs konkursbo: Å abandonere eiendommen. Dette vil også være situasjonen i mange andre tilfeller hvor eieren (eller festeren) av en påkostet næringseiendom går konkurs. Salg av eiendommen med overføring av justeringsforpliktelsen kan man i alle fall bare glemme når denne (mange ganger) overstiger eiendommens markedspris. Videre vil det ofte være uaktuelt for et konkursbo å avvente med å selge eiendommen til ti års-fristen i § 9-4 (2) er utløpt. En regel som gir insentiv en slik trenerende atferd, vil uansett av samfunnsmessige grunner være svært uheldig. Sluttresultatet blir dermed at skyldnerens eiendom i beste fall er verdt null kroner for boet i tilfeller som det foreliggende.

I kontrast til flertallets vektlegging av boets handlingsalternativer, uttaler annenvoterende at hun «ikke la særlig vekt på boets valgfrihet i denne sammenheng. Dette fordi boets handlingsalternativer – å avvente realiseringen til etter justeringsperiodens utløp, å sikre at overdragelsen skjer til en avgiftspliktig næringsdrivende som er villig til å overta justeringsforpliktelsen, eller å abandonere – ikke nødvendigvis er egnet til å fremme formålet med bobehandlingen», jf. premiss (83). I lys av det jeg har sagt over, forstår jeg denne uttalelsen som en betydelig «understatement». Selv om tredjevoterende ikke kommenterer dette poenget særskilt, er det all mulig grunn til å anta at han er mer på linje med annenvoterende enn førstvoterende her.

Et stykke på vei synes flertallet også å erkjenne disse motargumentene. I samme premiss som sitert fra over, skrives det at «[a]lternativene er ikke ideelle og heller ikke alltid tilgjengelige, men de bidrar likevel til at bildet er mer nyansert enn boet fremstiller det». I lys av denne innrømmelsen er det rett og slett vanskelig å forstå hvorfor flertallet i realiteten velger å avgjøre saken på grunn av boets handlingsalternativer. Om ikke annet er det i alle fall grunn til å savne en grundigere forklaring på hva flertallet egentlig har tenkt på dette punktet. At boets handlingsalternativer til å selge eiendommen tillegges betydelig, om ikke avgjørende vekt, harmonerer dårlig med erkjennelsen av at disse handlingsalternativene ofte ikke vil være reelle.

3.3.4. Departementets misforståelse ved opphevelsen av konkursunntaket

I den gamle merverdiavgiftsloven av 1969 gjaldt det unntak fra reglene om tilbakeføring av fradragført inngående avgift i tilfelle av skyldnerens konkurs, jf. opph. mval. § 21 (3) 2. pkt. Etter denne regelen kunne verken konkursboet eller skyldneren holdes ansvarlig for skatteetatens justeringskrav; skatteetaten ville ganske enkelt ikke hatt noe justeringskrav overhodet.

Ved vedtakelsen av den nye merverdiavgiftsloven av 2009, ble konkursunntaket i den gamle loven fjer-

net. Forarbeidene til den nye merverdiavgiftsloven avslører at dette i alle fall delvis skyldes en misforståelse fra departementets side. Som Høyesteretts flertall siterer i premiss (28), uttalte departementet i Ot.prp. nr. 59 (2006–2007) side 54 følgende:

«Forslaget vil også innebære at den avgiftspliktiges konkurs vil utløse plikt til å justere».

Uttalelsen er rett og slett feil. Konkurs er ikke en justeringshendelse i seg selv; det er både flertallet og mindretallet i Høyesterett helt klare på, jf. premiss (27) og (76). Som begge fraksjonene understreker, innebærer konkurs som sådan ingen overdragelse eller realisasjon av skyldnerens eiendeler. Konkurs er et generalbeslag av skyldnerens eiendeler: Rådigheten går over til boet, men eiendomsretten forblir hos skyldneren, sml. premiss (27) og (86).

Med hensyn til lovgivers valg om å fjerne det gamle konkursumntaket fra merverdiavgiftslovens justeringsregler, forklarer flertallet departementets uttalelse slik: *«Kanskje trekker departementet her en forhastet slutning fra beslutningen om ikke å videreføre konkursumntaket»*, jf. premiss (28). Den samme uttalelsen gjentas med en litt annen formulering i premiss (63).

I lys av kritikken mot departementets forarbeid, er det ikke enkelt å forstå flertallets argumentasjon mot slutten av drøftelsen i premiss (69). Et viktig argument for å holde boet ansvarlig for justeringsforpliktelsen, var ifølge flertallet at boet ellers *«ved en ensidig disposisjon kunne påføre skyldneren betydelige forpliktelser, uten at denne har noen muligheter for å påvirke eller forhindre dette»*, jf. premiss (68). Som innsigelse mot dette, anførte boet at verken boet eller skyldneren trenger å være ansvarlige for justeringsforpliktelsen. En slik løsning ville etter flertallets mening *«langt på vei bringe rettstilstanden tilbake til den ordningen vi hadde etter de tidligere tilbakeføringsreglene, hvor det gjaldt et unntak for konkurs. Som jeg har vært inne på, tok lovgiver et uttrykkelig valg om ikke å videreføre dette unntaket. Jeg kan på den bakgrunn ikke se at denne anførselen fra boet har noe for seg»*, jf. premiss (69).

Den omstendighet at boets løsningsforslag langt på vei ville bringe rettstilstanden tilbake til det som gjaldt etter den gamle mval. § 21 (3), er det enkelt å være enig i. Vanskeligere er det imidlertid å følge flertallets logikk når det uttales at lovgiver tok et *«uttrykkelig valg»* om ikke å videreføre konkursumntaket, samtidig som det erkjennes at departementets beslutning antakeligvis var *«forhastet»*. Heller ikke er det enkelt å forstå hvordan lovgivers valg om å fjerne konkursumntaket kan ha vært *«uttrykkelig»* når departementet helt eksplisitt har lagt uriktige forutsetninger til grunn for forslaget. Disse uttalelsene er rett og slett vanskelige å forene.

Kort sagt virker det her som at Høyesteretts flertall bruker departementets uttalelse til fordel for staten på to måter som delvis kan virke selvmotsigende. I første omgang, i premiss (29) og (63), argumenterer flertallet for at uttalelsen ikke kan tas på ordet fordi den er

uriktig. I neste omgang, i premiss (69), bruker flertallet hensynet til lovgiverlojalitet som argument for at de samme forarbeidsuttalelsene må tas til inntekt for at lovgiver uttrykkelig har valgt å endre rettstilstanden på en nærmere bestemt måte.

3.3.5. Legalitetsprinsippet eller analogi fra ukklarhetsregelen?

I avtale- og kontraktsretten er det et alminnelig prinsipp at ukklarhet i en kontrakt bør tolkes mot den parten som har forfattet avtalen. I offentligretten kan man se på legalitetsprinsippet som uttrykk for en tolkningsregel med likeartede trekk. Uten tilstrekkelig hjemmel i lov kan ikke myndighetene gjøre inngrep i borgernes rettsfære – for eksempel ved å kreve at statens justeringskrav skal dekkes foran all annen gjeld i konkurs.

I den foreliggende saken var det, som nevnt, i alle fall ikke åpenbart at ordlyden i mval. § 9-2 (3) eller dekl. § 9-2 (1) nr. 3 gav grunnlag for å anse skatteetatens justeringskrav som et massekrav. Ut ifra forarbeidene til disse lovene, var det heller ikke tydelig at dette engang hadde vært lovgivers hensikt. Selv om man skulle være enig med flertallet i at ordlyden og forarbeidene skulle trekke i denne retning, er det et selvstendig poeng at slutningen ikke var klar. Hvis lovgiver hadde ment at et justeringskrav etter mval. kap. 9 skulle anses som et massekrav i avgiftssubjektets konkurs, kunne man skrevet dette med rene ord. Under enhver omstendighet kunne dette vært uttrykt mye klarere i så vel lovtekst som forarbeider. Denne ukklarheten er det staten som har skapt i kraft av å være lovgiver. Følgelig er det også staten, som skattemyndighet, som burde tåle å få ukklarheten tolket mot seg, ikke konkursskyldnerens øvrige kreditorer.

3.4. Rekkevidde – betydning for fremtidige saker

Selv om dommen er avsagt under skarp dissens og det etter mitt syn hefter enkelte svakheter ved flertallets resonnement, er det neppe grunnlag for å trekke i tvil at flertallets tolkningsresultat vil bli stående som et prejudikat for spørsmålet som direkte avgjøres. Justeringskrav etter mval. § 9-2 (3) skal følgelig anses som et massekrav i avgiftssubjektets konkurs dersom det er boet som selger eiendommen. Inntil lovgiver følger opp tredjevoterendes oppfordring om å få ryddet opp i regelverket, er det god grunn til å tro at de underordnede domstoler og avgjørelsesorgan lojalt vil innrette seg etter flertallets standpunkt.

Hvilken betydning dommen skal ha for andre typer justerings- og tilbakeføringskrav etter mval. §§ 9-2, 9-6 og 9-7, skal jeg overlate til mer kyndige jurister innenfor merverdiavgiftsretten å uttale seg nærmere om. Selv om gode grunner etter mitt syn kan tale for at dommen ikke bør få større rekkevidde enn absolutt nødvendig, er det likevel vanskelig å se at det bør gjelde forskjellige regler for ulike typer justerings- og tilbakeføringskrav.

Knut Sande

Tingsskade og kontrakt:**Kontraktshjelperansvarets grenser – HR-2020-1120-A Kystverket***1. Innledning*

Entreprenøren Alf Brekken og Sønner AS hadde i august 2014 fått i oppdrag av Kystverket å utbedre to moloer utenfor Andenes havn. En av oppgavene var å fylle moloene med stein. For å frakte steinmassene fra Natokaien og ut til moloene, engasjerte Alf Brekken underentreprenøren Polar Tugs AS. Da Polar Tugs skulle slepe ut lekteren med steinmassene til «Skarvbarmoloen», mistet slepebåtene kontroll over lekteren på grunn av sterk vind og strøm. Lekteren kolliderte med et sjømerke som tilhørte Kystverket. Kystverket krevde dekket utbedringskostnadene på 1 565 431 kroner av Polar Tugs, Alf Brekken og sistnevntes forsikringsselskap.

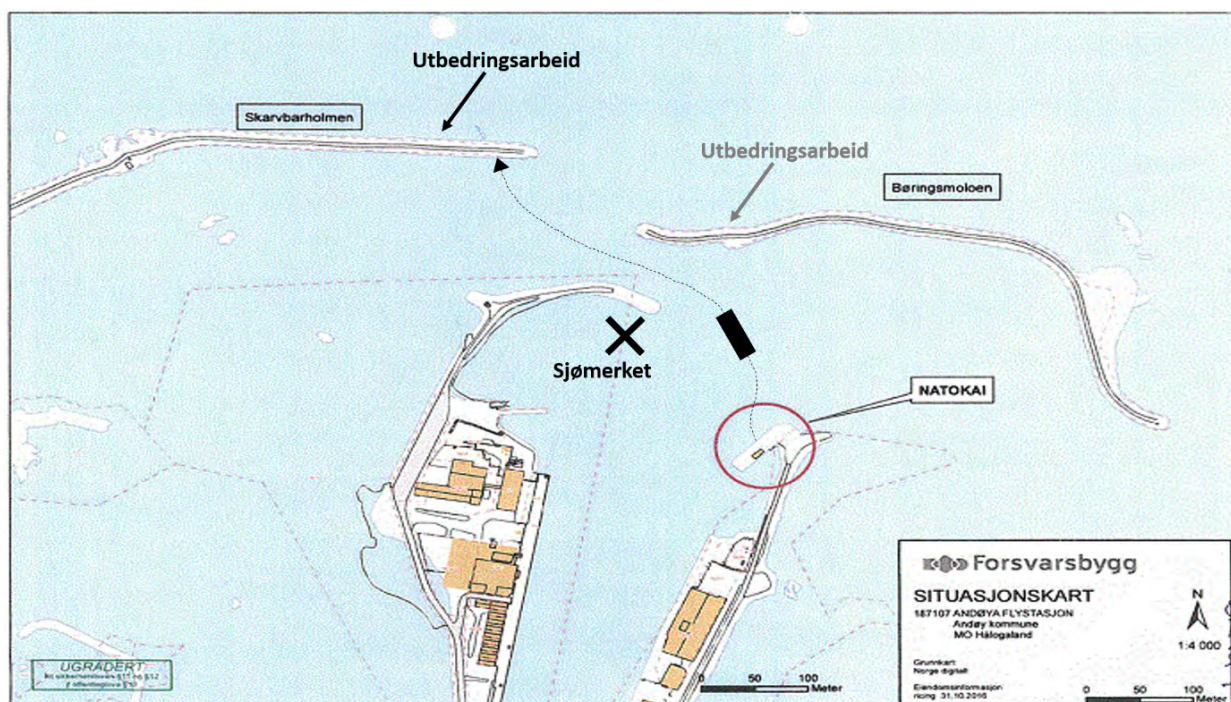
Polar Tugs erkjente ansvar for skaden tidlig i 2015. Selskapet mottok forsikringsutbetaling i november samme år, men beløpet ble verken overført til Kystverket eller Alf Brekken. I tingretten ble det rettskraftig avgjort at Polar Tugs var erstatningsansvarlig på grunnlag av den alminnelige culperegelen utenfor kontrakt. Alf Brekkens forsikringsselskap ble frifunnet. For Høyesterett stod saken utelukkende mellom Kystverket og Alf Brekken. Spørsmålet var om også Alf Brekken kunne holdes erstatningsansvarlig for skaden på sjømerket på grunnlag av kontraktshjelperansvaret. En enstemmig avdeling i Høyesterett besvarte spørsmålet negativt.

2. NS 8406 (dommens avsnitt 46–61)

Alf Brekken og Kystverket hadde avtalt NS 8406 som en del av kontrakten. Til forskjell fra NS 8405 og NS 8407 inneholder ikke NS 8406 en særskilt regulering av entreprenørens ansvar for skade på annet enn kontraktarbeidet som ikke skyldes mangel. Dette gav opphav til sakens første tvilsomme spørsmål: Er det rom for å utfylle NS 8406 med kontraktsrettens ulovfestede regler om kontraktshjelperansvar? Med andre ord: Skal NS 8406 på dette punktet tolkes i samsvar med NS 8405 og NS 8407 eller alminnelige kontraktsrettslige prinsipper?

NS 8405 pkt. 42.2 og NS 8407 pkt. 49.2 bestemmer at entreprenørens ansvar for skade på annet enn kontraktarbeidet reguleres av «*alminnelige erstatningsrettslige regler*». Selv om ordlyden like gjerne også kunne leses som en henvisning til «*alminnelige kontrakterstatningsrettslige regler*», legger Høyesterett uten diskusjon til grunn at formuleringen utelukkende sikter til «*erstatningsregler utenfor kontrakt*», jf. premiss (58). På dette punktet nøyer førstvoterende seg med å vise til at dette ble avklart i Rt. 1986 s. 1386 Block Watne. Fordi selvstendige oppdragstakere faller utenfor identifikasjonskretsen i arbeidsgiveransvaret etter skl. § 2-1, er regelen i NS 8405 og NS 8407 altså at entreprenøren ikke hefter for underentreprenørens skadeforvoldelse på annet enn kontraktarbeidet.

Hvorvidt tilsvarende begrensning i kontraktshjelperansvarets anvendelse også må innfortolkes i NS 8406, lar Høyesterett være å ta stilling til. Med den begrunnelse at kontraktshjelperansvaret i nærværende



(Kart fra lagmannsrettens dom med egne påtegninger av lekteren, markering av utbedringssted, fraktrute og sjømerket)

sak uansett ikke kunne føre frem, går ikke Høyesterett engang inn på en nærmere diskusjon av spørsmålet.

For entrepriserettsjurister kan nok denne delen av dommen fremstå som overraskende. Som en alminnelig retningslinje ved tolkningen av NS 8406, er det naturlig å legge til grunn de samme løsningene som følger av NS 8405 og NS 8407, med mindre man har holdepunkter for en annen forståelse. I alle fall bør det ha formodningen mot seg at NS 8406 pålegger entreprenøren en større ansvarsbyrde enn det som følger av NS 8405 og NS 8407. Disse entrepriserettslige argumentene taler for at NS 8406 bør tolkes i samsvar med reguleringen i NS 8405 og NS 8407 når det gjelder entreprenørens ansvar for underentreprenørens skadeforvoldelse på annet enn kontraktarbeidet.

For en alminnelig kontraktsrettsjurist fremstår nok Høyesteretts vaghet på dette punktet som mer forståelig. Sammenliknet med det alminnelige kontraktsgjelderansvaret som gjelder ellers i kontraktsretten, må bestemmelsene i NS 8405 pkt. 42.2 og NS 8407 pkt. 49.2 anses som avtalte ansvarsfraskrivelser. Likheten mellom disse NS-kontraktene og NS 8406 fremstår ikke i seg selv som et tilstrekkelig tungtveiende argument for å utfylle NS 8406 med de samme ansvarsfraskrivelsene. Fordi entreprenøren i utgangspunktet står fritt til å sette bort deler av oppfyllelsen til underentreprenører, jf. NS 8406 pkt. 12, vil en slik utfylling medføre at byggherren kan bli henvist til å måtte gjøre sine erstatningskrav for skade på annet enn kontraktarbeidet gjeldende mot en svakt kapitalisert underentreprenør. Selv om disse problemene er like aktuelle i kontrakter som reguleres av NS 8405 og NS 8407, og normalt sett løses ved at underentreprenøren tegner ansvarsforsikring, er den foreliggende saken egnet til å illustrere at denne løsningen ikke alltid er tilfredsstillende.

På denne bakgrunn må det anses som et tvilsomt spørsmål for fremtiden om NS 8406 på dette punktet skal tolkes i samsvar med den alminnelige kontraktsretten eller de beslektede NS-kontraktene. Når det ikke var nødvendig for resultatet, er det derfor fullt forståelig at Høyesterett lar være å ta stilling til dette. Som alminnelig kontraktsrettsjurist utenfor entreprisemiljøet, skal jeg overlate til andre å gå nærmere inn på dette spørsmålet. For min del vil jeg heller nøye meg med å påpeke at det i det minste fremstår som en god ting at det er vanskelig å finne spor av flertallets skepsis i HR-2018-2256 (Midtbygningen) mot å utfylle hull i en NS-kontrakt med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Synspunktet om at nyanseforskjeller i NS-kontraktenes regulering av mislighold virker styrende for partenes valg av kontraktstype, er ikke særlig overbevisende. På kontraktsinngåelsestidspunktet har nok de færreste byggherrer og entreprenører et bevisst forhold til den valgte standardkontraktens regulering av adgangen til direktekrav eller culpauidentifikasjon.

3. Kontraktshjelperansvaret (dommens avsnitt 62–85)

3.1. Innledning (62–64)

For kontraktsrettsjurister utenfor entreprisemiljøet er nok drøftelsen av det alminnelige kontraktshjelperansvaret av betydelig større interesse. Som førstvoterende presiserer innledningsvis, gjelder saken entreprenørens erstatningsansvar for tingskade voldt av underentreprenøren under oppfyllelsen av hovedkontrakten med byggherren. Den skadde gjenstanden var ikke en del av kontraktarbeidet og skaden skyldes ikke mangel. Spørsmålet er om entreprenøren kan identifiseres med underentreprenøren i en slik situasjon.

Strukturen på drøftelsen er ikke helt enkel å få taket på. Formodentlig er den i noen grad foranlediget av partenes prosedyre. På et overordnet nivå kan drøftelsen deles i to deler.

3.2. Del 1: Block Watne-dommen (dommens avsnitt 65–72)

Førstvoterende starter med å diskutere om Block Watne-dommen (Rt-1986-1386) kan gi veiledning for den foreliggende saken. Spørsmålet besvares negativt, jf. premiss (72). Selv om det ikke er vanskelig å være enig i konklusjonen på dette punktet, er det verre å forstå hvorfor spørsmålet i det hele tatt var tilstrekkelig tvilsomt eller viktig til at det var verdt en selvstendig vurdering. Drøftelsen synes et stykke på vei å bygge på en misforståelse av Bjarne Askelands uttalelser i «Erstatningsrettslig identifikasjon» fra 2002 (s. 228–229). Når Askeland skriver at «kontraktshjelperansvaret ville ha medført ansvar dersom NS 3401 punkt 14.1 ikke hadde utelukket en slik rettsansvarshendelse», bygger dette i alle fall bare delvis på en tolkning av premissene i Block Watne-dommen. Først og fremst må det antas at uttalelsen bygger på en anvendelse av det alminnelige kontraktshjelperansvaret på faktum i Block Watne-dommen under forutsetning av at NS 3401 tenkes borte. Slik jeg forstår Askelands resonnement, hevder han ikke at dommen i seg selv gir grunnlag for å si at kontraktshjelperansvaret ville fått anvendelse i et slikt tilfelle. Dommen gjelder rett og slett et annet spørsmål.

3.3. Del 2: Tilstrekkelig nærhet mellom skaden og kontrakten mellom byggherren og entreprenøren (dommens avsnitt 73–85)?

Etter å ha ryddet Block Watne-dommen av veien, går førstvoterende over til å se på hva som skal til for at debitor skal identifiseres med hjelperens uaktsomme skadeforvoldelse på annet enn kontraktarbeidet. Førstvoterendes resonnement tar utgangspunkt i et sitat fra Askeland i samme boken som vist til over, hvor det på s. 229 står skrevet følgende:

«Utgangspunktet i norsk rett bør etter dette være at debitor hefter for hjelperens uaktsomme skadeforvoldelser når kontraktsgjennomføringen er *conditio sine qua non* for skadens inntreden. (...)»

Etter førstvoterendes mening gir dette uttrykk for en for vid identifikasjonsregel. I tillegg til at gjennomføringen av kontrakten er en nødvendig betingelse for skadens inntreden, må det ifølge førstvoterende også foreligge «*en nærmere tilknytning til de oppgavene hjelperen er tildelt*», jf. premiss (74).

Om denne delen av dommen er det flere ting som er verdt å merke seg. For det første kan det tilsynelatende fremstå som en selvmotsigelse når førstvoterende først tar avstand fra Askelands uttalelse, og deretter synes å gjenta det samme utgangspunktet med egne ord i neste setning, jf. premiss (74). Konteksten for Askelands uttalelse viser imidlertid at han legger mer i ordene enn utelukkende å oppstille et utgangspunkt. I lys av den forutgående drøftelsen på side 227 og 228, fremstår sitatet som en konklusjon om at kontraktshjelperansvaret som hovedregel ikke krever mer enn at kontraktsforpliktelsen har vært en nødvendig betingelse for skadens inntreden.

For det andre virker førstvoterendes tilleggskriterium – om at skadene på byggherrens eiendom «*i det minste ha en nærmere tilknytning til de oppgavene hjelperen er tildelt*» – å være unøyaktig formulert. Tilsynelatende blander hun her sammen to ulike tilknytningskrav. For at debitor skal hefte for hjelperens uaktsomme skadeforvoldelse, kreves det både tilknytning til kontrakten mellom debitor og kreditor på den ene siden, og kontrakten mellom debitor og hjelperen på den andre. At førstvoterende blander disse tilknytningskravene sammen, tydeliggjøres i neste premiss. Under henvisning til blant annet Hagstrøms *Obligasjonsrett* s. 491–492, poengterer hun at kontraktshjelperansvaret rekker lengre enn arbeidsgiveransvaret. På de henviste sidene skriver Hagstrøm om kravet til saklig tilknytning mellom skaden og de oppgavene som hjelperen er tildelt. En forutsetning for at dette kravet skal få selvstendig betydning er at hjelperens skadeforvoldelse ville vært et uaktsomt kontraktsbrudd på hovedkontrakten hvis den var foretatt av debitor selv.

Hva det nærmere bestemt betyr at skadeforvoldelsen må ha en «*nærmere tilknytning*» til de oppgavene «*hjelperen er tildelt*» av debitor, er det ikke enkelt å uttale seg om i alminnelighet. Utover å bemerke at tilknytningskravet ikke er like strengt som i skl. § 2-1 (1) 2. pkt., går heller ikke Høyesterett nærmere inn på dette, jf. premiss (75). All den tid kravet til tilknytning mellom hjelperens oppgaver og skadeforvoldelse ikke kom på spissen i denne saken, er dette helt naturlig. I nærværende sak skjedde skaden da steinmassene skulle slepes ut til moloen. Det var nettopp den delen av entreprenørens kontraktsforpliktelse i relasjon til byggherren hvor den oppståtte skaden kunne være påregnelig. Under forutsetning av at skadeforvoldelsen også hadde representert et kontraktsbrudd i forholdet mellom entreprenøren og byggherren, ville vilkårene for kontraktshjelperansvar helt klart vært oppfylt. Antakelig skyldes det derfor en sammenblanding av to ulike tilknytningskrav at Høy-

esterett i det hele tatt går inn på disse begrensningene i kontraktshjelperansvaret.

Fra premiss (76) kommer resonnementet tilbake på rett spor igjen når førstvoterende trekker inn Vekterdommen, se Rt. 2007 s. 1665. I Vekterdommen ble Securitas holdt erstatningsansvarlig på grunnlag av kontraktshjelperansvaret etter at en ansatt vakter hadde satt fyr på de bygningene som Securitas hadde i oppgave å føre tilsyn med. Etter førstvoterendes syn var begrunnelsen for ansvaret knyttet til «*den nærheten det var mellom kontraktsgjenstanden og skadetilføyelsen. Det var objektet selskapet skulle føre tilsyn med, som ble skadet*», jf. premiss (78).

På bakgrunn av rettssetningen som utledes fra Vekterdommen, går førstvoterende over til å vurdere en anførsel fra Alf Brekken om at kontraktshjelperansvaret ved skade på annet enn kontraktsgjenstanden må begrenses til objekter som kontraktsparten «*er betrodd eller på annen måte gitt tilgang til*». Førstvoterende tar ikke endelig stilling til om en slik begrensning må oppstilles, men lander på at det må foretas en «*konkret vurdering fra tilfelle til tilfelle, hvor de momenter jeg har vært inne på, vil ha betydning*», premiss (81). Hvilke momenter førstvoterende sikter til her, er ikke helt opplagt, men ut ifra sammenhengen må det sentrale være sammenhengen eller nærheten mellom kontrakten og den skadde gjenstanden.

Den konkrete vurderingen – subsumsjonen – gjøres meget kort, se premiss (83). Det avgjørende for førstvoterende synes å ha vært at det skadete sjømerket ikke var i entreprenørens «*varetekt*» og heller ikke «*plassert i anleggsområdet eller i umiddelbar nærhet til de moloene som skulle utbedres*». Dermed fremstod det som mer tilfeldig at Kystverket også var eier av sjømerket. Etter dette konkluderer førstvoterende med at hovedentreprenøren ikke kunne identifiseres med underentreprenørens uaktsomhet.

3.4. Nærmere analyse av dommens rettssetning og resonnement

Rettssetningen som Høyesterett til slutt synes å lande på, er ikke helt enkel å formulere kort. På den ene siden er det åpenbart at kontraktshjelperansvaret gjelder ved uaktsom skadeforvoldelse på kontraktarbeidet som sådan eller skade som følge av mangel. Når det derimot gjelder skade på annet enn kontraktsgjenstanden og som ikke er en følge av mangel, gir dommen grunnlag for å si at utgangspunktet er det motsatte. Som hovedregel medfører denne typen skade utelukkende deliktsrettslig erstatningsansvar for underentreprenøren og følgelig intet identifikasjonsansvar for entreprenøren. Denne hovedregelen gjelder også dersom skaden skjer under oppfyllelsen av kontrakten, og selv om kontraktsoppfyllelsen er en nødvendig betingelse for skadens inntreden. For at entreprenøren skal holdes ansvarlig for underentreprenørens uaktsomhet, må det foreligge en eller annen form for særlig tilknyt-

ning eller nærhet mellom den skadde gjenstanden og kontrakten mellom byggherren og entreprenøren.

Teoretisk sett er det nærliggende å anse dette nærhetskriteriet som en omformulering eller presisering av kontraktsbruddsvilkåret som ellers gjelder for at kontraktshjelperansvaret skal få anvendelse. Ved skader som ikke består i eller skyldes «*mangel*», eller «*mislighold i snever forstand*», slik førstvoterende formulerer det, er det lite vunnet ved å spørre om skadeforvoldelsen representerer et brudd på entreprenørens lojalitetsplikt eller andre sideforpliktelser overfor byggherren. Kanskje kan vi se det slik at nærhetskriteriet er en slags spesialanvendelse av entreprenørens alminnelige lojalitetsplikt til å vise omsorg for byggherrens øvrige eiendeler i tillegg til kontraktarbeidet. Hvis den skadde gjenstanden har tilstrekkelig nærhet til kontrakten, vil skaden utgjøre et kontraktsbrudd som igjen medfører kontraktshjelperansvar for entreprenøren. Om denne synsmåten også bør få betydning for spørsmål om grensedragningen mellom kontrakt- og deliktsansvar som oppstår i andre sammenhenger, for eksempel ved spørsmål om foreldelse, er det neppe enkelt å svare sikkert på.

Det nærmere innholdet i nærhetskriteriet sier ikke førstvoterende mye om i alminnelighet. Først og fremst på bakgrunn av subsumsjonen kan det imidlertid utledes at sentrale momenter vil være om gjenstanden kan sies å ha vært i entreprenørens *varetekt*, eller om den befant seg *på byggeplassen* eller i *umiddelbar nærhet* til denne. Når det ses hen til at det aktuelle sjømerket som ble skadet i denne saken, ikke lå lengre unna enn ca. 50 meter fra planlagt fraktrute, jf. kartet over, og at lekteren veide ca. 6 000 tonn, må det sies at terskelen for nærhetskriteriet ligger temmelig høyt. Ved underentreprenørens skadeforvoldelse på byggherrens gjenstander som ikke befinner seg på selve byggeplassen og som entreprenøren ikke har påtatt seg å sikre særskilt, skal det altså mye til for at entreprenøren kan holdes ansvarlig. Kravet til «*umiddelbar nærhet*» må med andre ord tolkes ganske bokstavelig.

Mer generelt kan det nok tankemessig være illustrerende for å se for seg kravet til sammenheng som glideskala. På den ene siden kan man tenke seg tilfeller hvor den skadde gjenstanden har direkte og umiddelbar sammenheng med kontrakten mellom kreditor og debitor. På den andre siden har vi tilfellene hvor denne sammenhengen er fraværende; det fremstår som tilfeldig at kreditor også er eier av den skadde gjenstanden. Nøyaktig hvor på denne glideskalaen grensene for kontraktshjelperansvaret må trekkes, lar seg neppe formulere enkelt. Imidlertid gir den foreliggende dommen grunnlag for å si at grensen ligger nokså tett opp til det førstnevnte ytterpunktet.

3.5. Nærmere om dommens resonnement og rekkevidde

I begrunnelsen for å oppstille dette nærhetskriteriet er det påfallende at Høyesterett nesten utelukkende

synes å bygge på resonnementet i Vekterdommen fra 2007. Vekterdommen gjaldt et ganske spesielt tilfelle og en helt annen kontraktstype. For en alminnelig kontraktsrettsjurist er kanskje det største savnet at Høyesterett ikke ser hen til hvordan tilsvarende spørsmål er regulert i de lovregulerte kontraktstypene. I denne forbindelse kunne det særlig blitt vist til håndverkertjenesteloven og bustadoppføringsloven, hvor disse spørsmålene er regulert forskjellig.

I håndverkertjenesteloven identifiseres tjenesteyteren i ethvert tilfelle av uaktsom skadeforvoldelse av kontraktshjelper «*i forbindelse med tjenesteoppdraget*», jf. hvtjl. § 29 (2). Dette medfører en meget omfattende identifikasjonsregel som rekker mye lengre enn det alminnelige kontraktshjelperansvaret. Hvis den skadde gjenstanden eller eiendommen var i tjenesteyterens «*varetekt*» eller for øvrig «*innenfor tjenesteyterens kontroll*», gjelder regelen om kontrollansvar og dobbel force majeure i § 28, jf. § 29 (1).

Bustadoppføringslova har ingen bestemmelse som direkte regulerer kontraktshjelperansvarets rekkevidde for skade på annet enn kontraktarbeidet som ikke skyldes mangel, se buofl. §§ 6 og 35 (3). Antakelig må rekkevidden av kontraktshjelperansvaret bero på en tolkning av § 6 hvoretter skade som ikke skyldes «*avtalebrot*», skal reguleres av «*alminnelige skadebotreglar*». Dersom «*avtalebrot*» utelukkende skal forstås som forsinkelse eller mangel («*mislighold i snever forstand*»), slik Lilleholt argumenterer for i artikkelen *Tingskade og kontrakt* fra 2002, blir rettsstillingen som i næringsentrepriser regulert av NS 8405 og NS 8407. Dersom begrepet også kan forstås som en henvisning til entreprenørens lojalitets- og sideforpliktelser, tilsier hensynet til sammenheng at begrepet bør tolkes i samsvar med nærhetskriteriet som Høyesterett oppstiller i nærværende dom. Som nevnt over, er det mitt syn at nærhetskriteriet best forstås som en spesialanvendelse av entreprenørens alminnelige lojalitetsplikt når det gjelder å unngå skader på byggherrens øvrige eiendom.

Når det for øvrig gjelder den kontraktsrettslige rekkevidden av nærhetskriteriet som Høyesterett formulerer, kan det være grunn til å påpeke at anvendelsesområdet i første omgang begrenses betraktelig av helt praktiske grunner. I mange kontraktstyper er debitors hjelpere rett og slett ikke i posisjon til å skade kreditors eiendeler under oppfyllelsen av kontrakten. Først og fremst er dette praktisk i kontraktstyper hvor oppfyllelsen skjer på kreditors eiendom, og da er vi typisk tilbake igjen i entreprise- og håndverkertjenesteforhold. Utenfor entreprise- og håndverkertjenesteforholdene vil nærhetskriteriet også kunne få betydning i kombinerte kjøpekontrakter, hvor selgers hjelper for eksempel skal montere eller installere tingen hjemme hos kjøperen.

Videre begrenses rekkevidden av at kontraktshjelperansvaret ofte vil være spesialregulert i disse kontraktstypene. I entreprise- og håndverkertjenestefor-

hold kan det vises til hvtjl. § 29, NS 8405 pkt 42.2 og NS 8407 pkt. 47.2. Dermed står vi igjen med entreprisekontrakter som reguleres av NS 8406 og bustadoppføringslova. I tillegg kan vi tenke oss næringsentrepriser uten noen avtalt NS-kontrakt og dessuten, som nevnt, kombinerte kjøpekontrakter. I alle disse kontraktstypene kan vi tenke oss at nærhetskriteriet som oppstilles i HR-2020-1120 får betydning for fastleggelsen av realdebitors identifikasjonsansvar for kontraktshjelperens skade på kreditors eiendom.

Knut Sande

PENGEKRAVSRETT

Tilbakebetalingskrav. Skylddelingsregelen. Folketrygdloven § 22-15 og samordningsloven § 29. *Condictio indebiti*. HR-2020-1194-A

Innledning

Høyesterett avgjorde enstemmig i dom av 8. juni 2020 (HR-2020-1194-A) at en kjennelse fra Trygderetten var ugyldig på grunn av feil rettsanvendelse knyttet til tilbakebetalingsreglene i samordningsloven § 29 og folketrygdloven § 22-15.

Dommen handler isolert sett om forståelsen av samordningsloven § 29, som hjemler tilbakebetalingsplikt for en mottaker av pensjon der pensjonsytelser fra ulike trygde- og pensjonsordninger ved en feil ikke har blitt korrekt samordnet, slik at for mye pensjon har blitt utbetalt.

I saken var det uomtvistet at NAV hadde begått en feil som medførte at mottaker fikk utbetalt for mye pensjon fra Statens Pensjonskasse. At mottaker A måtte tilbakebetale pensjon var derfor klart, og direkte hjemlet i samordningsloven § 29. Siden NAV og Statens pensjonskasse også var å bebreide for de feilaktige utbetalingene, anførte A at tilbakebetalingskravets omfang måtte reduseres med grunnlag i den ulovfestede *skylddelingsregelen* som Trygderetten har utviklet i sin praksis.

De rettslige spørsmålene av størst interesse i saken var derfor knyttet til Høyesteretts tolkning av den *ulovfestede* skylddelingsregelen, og særlig forholdet mellom denne og den *lovfestede* skylddelingsregelen som finnes i folketrygdloven § 22-15 fjerde ledd.

Vanligvis er skylddeling utelukket der mottaker har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt. Staten anførte at skylddeling også var utelukket der mottaker hadde utvist vanlig uaktsomhet, fordi betingelsen for skylddeling er at mottaker bare har utvist «simpler uaktsomhet i nedre sjikt». Det avgjørende spørsmålet Høyesterett måtte ta stilling til, var om den ulovfestede skylddelingsregelen inneholder en slik betingelse knyttet til aktsomhetsnormen.

Høyesterett kom frem til at den ulovfestede skylddelingsregelen bør forstås på samme måte som folketrygdlovens lovfestede regler om skylddeling, og at

det *ikke* kan oppstilles et så strengt aktsomhetskrav som Staten anførte. Mottaker A fikk derfor medhold.

Et særskilt spørsmål som ikke ble drøftet i dommen, er om rekkevidden til den ulovfestede skylddelingsregelen strekker seg så langt at den kan være aktuell å anvende også ved privatrettslige tilbakebetalingskrav, f.eks. der grunnlaget er *den ulovfestede læren om condictio indebiti*.

Saksgangen

Det ble fremmet et tilbakebetalingskrav mot A allerede i 2009, men først 16. februar 2016 ble det fattet vedtak i medhold av samordningsloven § 29 om å kreve tilbakebetalt 170.080 kroner av A. Mottaker A anket vedtaket til Trygderetten som behandlet spørsmålet i juli 2017 (TRR-2016-2061). Statens Pensjonskasse fikk i medhold, og kravet ble heller ikke ansett som foreldet, siden SPK motregnet i fremtidige ytelser, jf. foreldelsesloven § 26 b. A anket videre til Hålogaland lagmannsrett som behandlet saken i oktober 2019 (LH-2018-20346), hvor Statens Pensjonskasse på nytt fikk medhold. Lagmannsretten nektet å godta skylddeling på ulovfestet grunnlag fordi As uaktsomhet var mer enn «beskjeden». A anket deretter til Høyesterett.

For Høyesterett var det kun spørsmålet om mulig reduksjon av tilbakebetalingskravet på grunn av skylddelingsregelen som skulle avgjøres, da foreldesspørsmålet ikke ble påanket.

Den ulovfestede skylddelingsregelen som hjemmel

I avsnitt 35 fastslår Høyesterett at Trygderetten gjennom langvarig praksis har utviklet en ulovfestet lære om skylddeling, slik at tilbakebetalingskravet fra de offentlige pensjons- og trygdeordningene kan reduseres der disse organene selv er å bebreide for de uriktige utbetalingene til mottaker.

Slik som retten ordlegger seg i dommen, må det være klart nok at Høyesterett sier seg enig i eksistensen av en ulovfestet regel som hjemler skylddeling. Det innebærer at selv om den konkrete tilbakebetalingshjemmelen, i dette tilfellet samordningsloven § 29, ikke inneholder en egen skylddelingsregel, er den ulovfestede læren i seg selv rettsgrunnlag for å redusere tilbakebetalingsbeløpet. Spørsmålet for Høyesterett var dermed i første rekke hvordan den ulovfestede regelen skulle tolkes, altså en klarlegging av dens innhold.

Kravet til betalingsmottakers aktsomhet

Det avgjørende spørsmålet i saken var hvilken skyldgrad hos mottaker som utelukker skylddeling etter den ulovfestede regelen (avsnitt 36–37). Etter folketrygdloven § 22-15 fjerde ledd er det bare ved forsett hos mottaker at skylddeling utelukkes. Etter den ulovfestede regelen har derimot Trygderettens praksis rundt aktsomhetskravet for mottaker variert i ganske stor grad. Praksisen har ikke har vært «entydig og konsistent», og det var dermed etter Høyesteretts mening

ikke lett å utlede noen klar aktsomhetsnorm (avsnitt 37). Sentralt for Høyesteretts løsning var derfor i hvilken grad folketrygdlovens lovfestede skylddelingsregel i § 22-15 fjerde ledd kunne danne utgangspunkt for tolkningen av den ulovfestede regelen.

Høyesterett går deretter i avsnitt 39–60 grundig gjennom hvilke krav som har vært stilt til mottakers aktsomhet på ulovfestet grunnlag i Trygderettens tidligere praksis. Parallelt trekker Høyesterett frem andre sentrale rettskilder, særlig lovfestingen i 2009 av skylddelingsregelen i folketrygdloven § 22-15 fjerde ledd, som kan kaste lys over forståelsen av den ulovfestede skylddelingsregelen.

Høyesterett kommer frem til at den ulovfestede skylddelingsregelen bør forstås på samme måte som den lovfestede regelen i folketrygdloven § 22-15 fjerde ledd. Dette innebærer at skylddeling bare er utelukket ved mottakers forsett (avsnitt 60, jf. avsnitt 54). Den konkrete avgjørelsen av hvor mye tilbakebetalingskravet skal reduseres med, avhenger av skyldgraden hos begge parter, beløpets størrelse og tiden som har gått siden feilutbetalingen skjedde (avsnitt 66), jf. § 22-15 fjerde ledd.

Et sentralt poeng for Høyesterett er at innføringen av skylddelingsregelen i folketrygdloven § 22-15 fjerde ledd i 2009 må forstås som en lovfesting av den allerede eksisterende ulovfestede regelen, og at forarbeidenes forståelse av den ulovfestede læren nokså klart angir at bare forsett hos mottaker vil utelukke skylddeling. At det skulle eksistere et inngangsvilkår om at bare svært beskjeden uaktsomhet hos mottaker gir anledning til skylddeling, har ikke støtte i folketrygdlovens forarbeider.

Et annet sentralt poeng er at Trygderettens praksis har vært sprikende, og at de rettslige kriteriene for mottakers aktsomhet har vært inkonsistent formulert (avsnitt 59). Med henvisning til Rt. 2005 s. 1757 avsnitt 45 om Trygderettens rettskildemessige relevans og vekt, lar Høyesterett den forståelsen som kommer til uttrykk i folketrygdloven og dens forarbeider veie tyngre enn Trygderettens praksis (avsnitt 59–60).

Høyesterett trekker som støtteargumenter frem visse hensyn. For det første hensynet til like regler for de ulike tilbakebetalingssituasjonene. Dette ble fremhevet både i folketrygdlovens og samordningslovens forarbeider (avsnitt 63). Hensynet til lik behandling av like saker tilsier at skylddelingsregelen tolkes ensartet. Det er da naturlig å ta utgangspunkt i forståelsen som fremgår av en godt forberedt lovbestemmelse om skylddeling, folketrygdloven § 22-15 fjerde ledd. At skylddelingsregelen er utviklet med inspirasjon i det erstatningsrettslige prinsippet om skadelidtes medvirkning (avsnitt 60) og rimelighetshensyn (avsnitt 64) trekker også i retning av at aktsomhetskravet hos mottaker ikke kan være så strengt som anført av staten.

Ulovfestet skylddelingsregel i privatretten?

Høyesterett tok ikke eksplisitt stilling til rekkevidden av den ulovfestede regelen om skylddeling. Men ut fra sammenhengen i dommen, særlig avsnitt 35–48, må Høyesterett forstås dithen at regelen gjelder generelt som bakgrunnsrett ved alle tilbakebetalingskrav fra de offentlige pensjons- og trygdeordningene. Etter mitt skjønn er i hvert fall det en rimelig tolkning av dommen.

Mer uklart er det derimot om den ulovfestede læren om skylddeling også kan anvendes for privatrettslige tilbakebetalingskrav, f.eks. der rettsgrunnlaget er *condictio indebiti*. Høyesterett uttaler ingenting om problemstillingen, og spørsmålet blir om det er grunnlag for å tolke dommen i den retning.

Samspillet mellom tilbakebetalingskrav på det offentligrettslige og privatrettslige området har ikke vært drøftet noe særlig i norsk teori. Asbjørn Kjønsdal var i så måte en foregangsmann da han i JV 2011 nr. 3 s. 131–164 analyserte «Motregning og tilbakebetaling av pengekrav i obligasjonsretten og i trygderetten».

De lege lata er det ikke grunnlag for å si at skylddelingsregelen gjelder som en begrensende faktor for tilbakebetalingskravets størrelse der rettsgrunnlaget er *condictio indebiti* eller andre privatrettslige restitusjonshjemler. Skylddelingsregelen er i prinsippet en regel om ansvarsdeling som er utviklet av Trygderetten for et avgrenset rettsområde med utgangspunkt i erstatningsrettens prinsipp om skadelidtes medvirkning, jf. avsnitt 35 og 60, samt Kjønsdal s. 163. *Condictio indebiti* er derimot normativt begrunnet i berikelsesgrunnsetningen. Det er antatt at tilbakebetalingsbeløpet skal begrenses til den berikelsen utbetalingsfeilen har gitt mottaker. Tilbakebetalingskravet reduseres til det beløpet som fortsatt er i behold på kravtidspunktet. De to regelsettene for å begrense tilbakebetalingskravets omfang er derfor bygd opp på ulike måter, selv om begge stiller visse krav til mottakers aktsomhet.

Rt. 2008 s. 738 (KLM-saken) er likevel et eksempel på at Høyesterett ved beregningen av tilbakebetalingskravets omfang med grunnlag i *condictio indebiti*, er åpen for å anvende andre prinsipper enn bare berikelsesbegrensningen på spørsmålet om hvorvidt tilbakebetalingskravet må reduseres. Her ble kravet redusert i tråd med klart erstatningsrettslige prinsipper som økonomisk risiko og hvorvidt et reelt økonomisk tap hadde oppstått.

Ideelt sett kunne Høyesterett i HR-2020-1194-A gjerne ha trukket inn *condictio indebiti* som tilbakebetalingshjemmel i analysen av skylddelingsregelens innhold og rekkevidde. Spørsmålet er om et bredere induksjonsgrunnlag, en analyse av den normative begrunnelsen for reduksjon av tilbakebetalingskravets omfang, samt system- og koherensbetraktninger, ville kunne gitt en annen forståelse av den ulovfestede skylddelingsregelens innhold.

Uansett ville det vært nyttig med en avklaring av forholdet mellom den alminnelige restitusjonshjemmelen *condictio indebiti* og enkelte av de offentligret-

tslige særhjemlene, som f.eks. folketrygdloven § 22-15. Da folketrygdloven i 1988 fikk en særskilt tilbakebetalingshjemmel (den gang § 15-8, nå § 22-15) kunne man oppfatte departementet dithen at bestemmelsen var uttømmende og at *condictio indebiti* ikke skulle kunne utfylle og supplere den særskilte hjemmelen (Ot.prp. nr. 50 (1987–1988) s. 9)). Det er uklart hvor mye man bør legge i uttalelsen. Siden vi ikke fikk noen avklaring av de ovennevnte problemstillingene i Høyesteretts dom, inneholder dagens rettstilstand enkelte paradokser:

i) *Ulike aktsomhetskrav*: Både den offentligrettslige skylddelingsregelen og *condictio indebitis* berikelsesbegrensning hjemler en reduksjon i kravets omfang, slik at ikke hele det feilaktig mottatte beløpet nødvendigvis må tilbakeføres. Begge regelsettene oppstiller visse krav til mottakers aktsomhet, men aktsomhetskravet er formulert på ulike måter. Ved den ulovfestede skylddelingsregelen er det først ved forsett hos mottaker at reduksjon av kravet utelukkes, mens ved *condictio indebiti* må hele det mottatte beløpet tilbakebetales dersom mottaker ikke var i aktsom god tro. Det synes dermed å være slik at en mottaker som er å bebreide vil stå sterkere ved et offentligrettslig tilbakebetalingskrav enn et privatrettslig.

ii) *Partenes skyldgrad*: Et annet paradoks er at skylddeling er et tema også ved tilbakebetalingskrav hjemlet i *condictio indebiti*. Men etter denne læren er partenes skyldgrad knyttet til om tilbakebetalingsplikt overhodet oppstår (vilkårene), ikke til beregningen av kravets omfang (rettsvirkningene). I andre lands rett, f.eks. i Tyskland, er løsningen at tilbakebetalingsplikten er nær absolutt, mens partenes skyldforhold, rimelighetshensyn og lignende skjønnsmomenter trekkes inn som en modererende faktor ved beregningen av kravets omfang. Løsningene i folketrygdloven § 22-15 ligner slik sett en del på løsningene tysk rett har valgt i BGB §§ 812-822, mens løsningene etter læren om *condictio indebiti* fremstår som helt annerledes oppbygd.

iii) *Privatrettslig prinsipp*: Et siste paradoks er at et privatrettslig prinsipp hentet fra erstatningsretten (skadelidtes medvirkning) danner utgangspunkt for skylddelingsregelen på det offentligrettslige området, mens denne regelen anses som et fremmedelement der tilbakebetalingshjemmelen er privatrettslig, jf. Kjønnstad s. 163.

Avslutning

Etter mitt skjønn har dommen riktig resultat, og er godt begrunnet. Trygderettens praksis knyttet til kravene for mottakers aktsomhet som betingelse for skylddeling har vært så uklar og sprikende, at en avklaring fra Høyesterett virkelig var på sin plass.

Den ulovfestede skylddelingsregelen skal altså tolkes på samme måte som folketrygdloven § 22-15 fjerde ledd. Dette innebærer at bare forsett hos mottaker utelukker skylddeling, og at det er feil å oppstille et

krav om simpel uaktsomhet i nedre sjikt som inngangsvilkår for skylddelingsregelen.

Det som blir hengende i luften er spørsmålet om rekkevidden av den ulovfestede skylddelingsregelen. Etter min oppfatning bør HR-2020-1194-A tolkes som at regelen gjelder ved tilbakebetalingskrav fra offentlige trygde- og pensjonsordninger i sin alminnelighet, kanskje til og med ved tilbakebetalingskrav som bygger på offentligrettslige grunnlag generelt.

Derimot er den ulovfestede skylddelingsregelens forhold til privatrettslige tilbakebetalingshjemler, som læren om *condictio indebiti*, ikke avklart. Læren om *condictio indebiti* er gammel og utviklet i teori og rettspraksis, mens de offentligrettslige tilbakebetalingshjemlene bygger på helt andre rettskilder. Det ville vært uhyre interessant om Høyesterett hadde fått muligheten til å gi noen flere avklaringer på forholdet mellom de to regelsettene. La oss håpe at Høyesterett snart får en ny sak som gir grunnlag for slike avklaringer, og at retten griper sjansen til å bruke sin rettsavklarende rolle.

Thomas Rønning
Høgskolen i Innlandet

VAREMERKERETT

Inngrep i varemerke. Høyesteretts dom 2. juni 2020, HR-2020-1142-A, APPLE

Saken gjaldt import av et parti mobiltelefonskjermer til iPhone, og spørsmålet om det var en krenkelse av varemerkerett etter varemerkeloven § 4 at deler inne i skjermene var påført varemerke uten samtykke fra merkeholder.

Apple Inc. er et amerikansk selskap som produserer og selger teknologiprodukter, blant annet smarttelefoner. I Norge har selskapet blant annet registrert den såkalte «eple-logoen» som varemerke for varer i klasse 9, herunder smarttelefoner. Merket er svært verdifullt og internasjonalt kjent.



PCKompaniet er et enkeltpersonforetak, som blant annet reparerer smarttelefoner ved utskifting av ødelagte skjermer på iPhone. PCKompaniet har ikke noe samarbeid med Apple.

I juli 2017, ble en pakke med 63 mobiltelefonskjermer adressert til PCKompaniet stoppet av tollvesenet. Deler inne i skjermene var påført eple-logoen, men denne var tusjet over med svart tusj. Da saken kom for tingretten, fant tingretten at innførselen ikke krenket Apples varemerke. Borgarting lagmannsrett kom til at varemerkeretten var krenket, og påla Huseby å destruere varene. Saken ble anket til Høyesterett både hva gjaldt bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen fra

lagmannsretten, men anken ble kun fremmet for så vidt gjaldt rettsanvendelsen. Saken ble behandlet skriftlig etter tvisteloven § 30-10(4) på grunn av covid-19 pandemien.

Tema for Høyesterett var tolkningen av varemerkeloven § 4, og spørsmålet om PCKompaniets innførsel av skjermene gjorde inngrep i varemerkerett. Høyesterett konstaterte kort at PCKompaniet ikke hadde samtykke fra Apple til innførselen og at innførselen var skjedd i næring (avsnitt 26). Det følger direkte av varemerkeloven § 4 tredje ledd (c) at innførsel er «bruk» av varemerke i henhold til § 4 første ledd (a).

Etter varemerkeloven § 4 første ledd (a) er det inngrep i varemerkerett dersom noen bruker identisk merke for identiske varer. Høyesterett viste til at EU-domstolen og Høyesterett selv i sak HR-2018-110-A, *ENSILOX*, tolker § 4 første ledd (a) innskrenkende, slik at bruk av varemerket som ikke krenker varemerkets funksjoner, ikke krenker varemerkeretten (avsnitt 28). Varemerkets sentrale funksjon er som garanti for varenes opprinnelse, i tillegg til at det er en garanti for at alle varer produsert under samme merke har samme kvalitet (avsnitt 28). Høyesterett presiserer at det er tilstrekkelig at det er fare for skade på funksjonene for at det er inngrep i varemerkeretten (avsnitt 29).

Høyesterett legger til grunn at omsetningskretsen for skjermene, er reparatører og profesjonelle omsetningsledd (avsnitt 30), fordi merkene var påført på deler inni skjermene slik at de uansett ikke var synlige for forbrukerne.

Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt det å importere varene som uten samtykke var påført merkene, men der disse var tildekket med tusj, grep inn i varemerkets opprinnelsesgarantifunksjon (avsnitt 33 flg.). Opprinnelsesgarantifunksjonen kan forstyrres også etter salgssituasjonen (avsnitt 37). Høyesterett viste også til Mitsubishi-dommen fra EU-domstolen (sak C-129/17), der EU-domstolen fant at det var et varemerkeinngrep å fjerne merkene før innførsel, og påpekte at merkehaver ikke kan ha dårligere vern der merkene er dekket til enn der de er fjernet.

Høyesterett kom altså til at innførselen var et inngrep i Apples varemerke. Høyesterett mente at det var en risiko for at tildekkingen av merkene kunne bli fjernet, enten av PCKompaniet eller senere omsetningsledd, og at skjermene da ville se ut som originale Apple-skjermer (avsnitt 37). Det ville kunne være attraktivt for å oppnå høyere pris. Høyesterett mente også at siden merkene var påført på samme sted som Apple selv påfører sine merker, ville opprinnelsesgarantien bli forstyrret av at disse varene nå hadde en svart tildekking på samme sted og at det var tilstrekkelig til å utgjøre inngrep (avsnitt 38).

Avslutningsvis avviste Høyesterett at det var relevant fra et bærekraftsperspektiv å se hen til hensynet til konkurranse på reservedelsmarkedet i forhold til originalprodusenter som Apple som har så sterke markedsposisjoner (avsnitt 39).

Kommentar:

Høyesteretts resultat og begrunnelse kan virke plausibelt fra et tradisjonelt varemerkerettslig ståsted, men saken reiser etter vårt syn flere interessante spørsmål som ikke problematiseres i dommen. Høyesteretts vurdering er tydelig preget av en oppfatning om at overstryking av varemerker med tusj ikke er akseptabelt. Som generell oppfatning er den imidlertid diskutabel. Det rettslige spørsmålet er om det å importere varer med tildekkede merker er «bruk» av varemerket etter varemerkeloven § 4, og det er det kun dersom «bruken» krenker varemerkerettens funksjoner. Høyesteretts bemerkning om at merkehaver ikke kan ha dårligere vern der merkene er dekket til enn der de er fjernet, blir for unyansert, fordi det må vurderes konkret om merkehavers legitime interesser er krenket. Mitsubishi-dommen fra EU-domstolen, som Høyesterett viser til, kan vanskelig ses på som et helt generelt prejudikat for at varemerker ikke kan fjernes. Høyesteretts «fra det mer til det mindre-slutning» er i det lyset svakt fundert.

Oppfatningen preger begrunnelsen for øvrig. Høyesterett trekker f.eks. ingen konsekvenser av sin egen definisjon av omsetningskretsen som reparatører og profesjonelle omsetningsledd. En slik omsetningskrets er vanligvis mer oppmerksom mot merker og merking enn forbrukere. I stedet for å bare å fastslå at det for den relevante omsetningskretsen vil være uklart om det er tale om en original eller en kopi, burde Høyesterett etter vår oppfatning nettopp stilt spørsmålet om det er tilfellet. Det forhold at kun autoriserte reparatører får kjøpt «ekte» Apple-deler, indikerer i alle fall svakheter i Høyesteretts postulat.

Etter vårt syn, kunne Høyesteretts vurdering med fordel ha vært nyansert basert på omsetningskjeden og hvordan reparasjoner faktisk skjer for de aktuelle produktene. Også uttalelsen om at man generelt ikke kan se bort fra risikoen for at tildekkingen vil bli fjernet, og at avhenderen tvert imot kan ha et ønske om å fjerne tildekkingen for å oppnå en høyere pris, fremstår som et postulat uten nærmere støtte. Slike generelle risikovurderinger er av ren abstrakt og teoretisk karakter så lenge de ikke relateres til forhold i den konkrete omsetningskretsen. På grunn av skillet mellom autoriserte og ikke-autoriserte reparatører i disse merke-dominerte markedene, er det i alle fall ikke helt åpenbart at det er en konkret risiko for det Høyesterett her påpeker. I nær sammenheng med dette kunne man også ønsket en nyansering, eller i det minste en problematisering, av den generelle betraktningen om at opprinnelsesgarantien skades også etter salgssituasjonen. *ENSILOX*-dommen, som Høyesterett viser til i den forbindelse, gjaldt i alle tilfeller en helt annen situasjon. I lys av EU-domstolens holdning om at sluttbrukerne alltid er en del av omsetningskretsen fordi all omsetning har som formål å nå sluttbrukerne (jf. sak C-412/05, *TRAVATAN*, avsnitt 57), hadde det etter vårt syn vært relevant å diskutere nærmere kon-

sekvensene av at varemerkene, og tildekkingen, ikke var synlig for sluttbrukerne.

Et siste, men ikke minst viktig forhold som her skal påpekes, gjelder Høyesteretts tilbakevisning av Husebys anførsler om at hensynene til konkurranse i reservedelsmarkedet og bærekrafthensyn måtte tas i betraktning ved tolkningen av varemerkeloven § 4. Høyesteretts bemerkning om at disse argumentene falt «på siden» av saken fordi det ikke er skjermene som er temaet etter denne bestemmelsen, men bruken av varemerket på skjermene, unnslipper poenget ved anførslene. Selv om vml. § 4 ikke hindrer import av compatible skjærmer uten varemerker påført, blir konsekvensen like fullt at de skjermene Huseby importerte måtte destrueres og ikke fikk markedstilgang. Problemet fra et bærekraftsynspunkt er i alle fall åpenbart. Høyesteretts standpunkt impliserer at hensynet til varemerkeinnhaveren her gikk foran konkurranse- og bærekrafthensyn, uten at det foretas noen *avveining* av hensynene.

Ole-Andreas Rognstad og Inger Berg Ørstavik

Endringer i varemerkeloven og tolloven – gjennomføring av varemerkedirektiv nr. 2015/2436

Den 12. juni 2020 ble det sanksjonert endringer i varemerkeloven og tolloven, som følge av gjennomføringen av nytt varemerkedirektiv nr. 2015/2436 av 16. desember 2015. I tillegg gjøres det enkelte endringer i panteloven, slik at den åpner for særskilt pant i registrerte varemerker, samt i foretaksnavneloven, designloven, patentloven og tvisteloven. Det vil her gis en kort oversikt over noen av de sentrale endringene i varemerkeloven. Endringene har ennå ikke trådt i kraft.

Endringene i varemerkeloven innebærer en klargjøring og modernisering av lovverket, herunder mer teknologinøytrale regler, og tar sikte på økt brukervennlighet og effektivitet. En sentral endring finner vi i varemerkeloven § 14, som ikke lenger skal stille krav til at varemerket må kunne «gjengis grafisk». I stedet vil den nye ordlyden kreve at merket kan gjengis «på en slik måte at myndighetene og allmennheten klart og tydelig kan avgjøre gjenstanden for den beskyttelse merkehaveren gis». Dette åpner for større fleksibilitet i vurderingen av om et merke kan registreres, og gir i større grad mulighet for å registrere utradisjonelle varemerker som ikke kan gjengis grafisk, eller som kan gjengis mer presist på andre måter. For eksempel vil et lydmerke kunne angis mer presist ved en digital lydfil, enn ved bruk av et notesystem. Og dersom man skal kunne registrere et lukt- eller smaksmerke, vil det kunne være behov for å angi dette på en måte som ikke er grafisk. Det nye kriteriet i vml. § 14 skal være teknologinøytralt, og åpner for at ny teknologi kan tilveiebringe nye måter å gjengi varemerker på. Det fremheves også i proposisjonen at denne endringen vil stille nye krav til søknadspro-

sessen, varemerkeregisteret, registreringsbevis mv., og at det skal følges opp med mer detaljerte regler i varemerkeforskriften, om gjengivelsen av forskjellige varemerketyper.

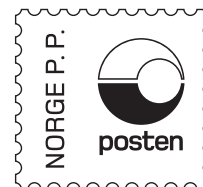
I varemerkeloven § 2 annet ledd vil regelen om at det ikke kan oppnås varemerkerett til tegn som utelukkende består av en «form som følger av varens art, er nødvendig for å oppnå et teknisk resultat eller tilfører varen en betydelig verdi», utvides til å omfatte «form eller en annen egenskap som følger av varens art ...» (uthevet her). Bestemmelsens virkeområde utvides med dette til de tilfeller der tegnet utelukkende består av en *annen egenskap* enn varens utforming, og denne egenskapen følger av varens art, er nødvendig for å oppnå et teknisk resultat eller tilfører en betydelig verdi. En slik egenskap kan for eksempel være varens farge eller en effekt på varens overflate. Også lyden av en motorsykel for motorsykler kan være en «egenskap som følger av varens art», ifølge departementet.

Det har i norsk rett vært antatt at *varemerkeregistreringer i sort-hvitt* gir vern for merket i alle fargekombinasjoner. Departementet antar imidlertid at denne praksis ikke kan videreføres, i lys av direktivet og utviklingen i andre nordiske land. For merker som søkes registrert etter ikrafttredelsen av lovendringen, må det derfor legges til grunn at en sort-hvitt-registrering ikke lenger nødvendigvis vil omfatte vern i alle fargekombinasjoner.

I varemerkeloven § 15 oppstilles det flere *nye absolute registreringshindre*. Først og fremst innføres det et nytt absolutt registreringshinder for de tilfeller det varemerket er søkt registrert i «ond tro» (ny bokstav f). Den eksisterende relative registreringshindringen i § 16 bokstav b anses for å konsumeres av den nye bestemmelsen, og vil ikke videreføres. 'Ond tro'-begrepet vil typisk omfatte handlinger som kan sies å være i strid med «god forretningsskikk», men kan også favne videre. Departementet understreker at begrepet er autonomt og må tolkes i tråd med EUDomstolens praksis. Videre vil det innføres absolute registreringshindre for beskyttede geografiske betegnelser, og for betegnelser på plantesorter beskyttet ved planteforedlerrett.

Videre gjøres det endringer i varemerkelovens bestemmelser om *tidspunktet for særpregvurderingen* i saker om etterfølgende oppheving av varemerkeregistreringer, både for ugyldighetssaker og innsigelsaker. Etter nåværende varemerkeli lov skal en registrering av et varemerke som manglet særpreg på søknadsdagen, føre til opphevelse i en senere ugyldighetssak eller innsigelsesak, uavhengig av om det senere har ervervet særpreg. Her er det imidlertid gitt nye bestemmelser i vml. § 29 første ledd tredje punktum og § 35 annet ledd første punktum, som bestemmer at registreringen likevel ikke skal oppheves, dersom et merke som ikke hadde særpreg på søknadsdagen, har opparbeidet særpreg på tidspunktet da innsigelsen eller kravet om ugyldighet fremsettes.

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Denne forskyvningen av tidspunktet for særpregvurderingen innebærer at det kan oppstå en «mellomliggende rettighet», i perioden etter at det eldre merket er registrert, men før det har oppnådd særpreg. I slike situasjoner kan det eldre merket ikke føre til at registrering av det yngre merket (den mellomliggende rettighet) kjennes ugyldig (se ny § 35 b). Merkene må i en slik situasjon sameksistere (se § 8 første ledd nytt tredje punktum og § 9 første ledd).

Med sikte på en *effektivisering av bruksplikten* for registrerte varemerker, gis det nye bestemmelser om prejudisiell prøving av bruksplikten i innsigelsaker og inngrepssaker (se ny § 29 a og § 57 nytt andre ledd). Dette innebærer et unntak fra utgangspunktet om at eldre varemerkeregistreringer legges til grunn som gyldige. De nye bestemmelsene får ikke betydning for vurderingen under søknadsbehandlingen, der Patentstyret fortsatt skal legge til grunn eldre registreringer som gyldige.

Også reglene i EØS om adgangen til *overdragelse, lisensiering, særskilt pantsettelse og utlegg for registrerte varemerker* harmoniseres gjennom direktivet. Når det gjelder reglene om overdragelse og lisensiering er disse allerede i stor grad sammenfallende med norsk

rett, og det gjøres bare enkelte presiseringer. Med hensyn til særskilt pantsettelse av registrerte varemerker, gis det nye bestemmelser i panteloven kap. 4. Dette suppleres med nye bestemmelser i varemerkeloven § 56 a og § 56 b, om henholdsvis innføring av pantsettelse i varemerkeregisteret og om kollisjon mellom rettsserv. Dessuten åpnes det for å ta utlegg i *registrerte varemerker*, gjennom en avgrensning av forbudet mot utlegg i vml. § 55.

Til slutt nevnes at *endringene i tolloven* skal effektivisere og forenkle tollmyndighetenes kontroll med immaterialrettskrenkelser, og derigjennom beskytte rettighetshaverne. Dette gjøres blant annet gjennom å gi tollmyndighetene utvidet kompetanse til å beslutte tilbakehold av varer, en forenklet fremgangsmåte for ødeleggelse av varer, samt en særlig forenklet fremgangsmåte for ødeleggelse av småforsendelser. Videre skal det gis en tilbakeholdelsesrett i tilfeller der bare avsenderen opptrer i næringsvirksomhet (selv om mot-takeren er en privatperson), og i situasjoner der forfalskninger er i transitt eller lignende tollsituasjoner.

Kristina Stenvik

Nytt i privatretten

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

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

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

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

Et årsabonnement (2020) på *Nytt i privatretten* koster kr 690, –. Studentabonnement koster kr 350, –. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2020
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer november 2020.