



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Inget tvång att tillämpa inte existerande EU-rätt
Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet liksom rätten om arbetstagarens fria rörlighet är centralt i EU-rätten. Om detta handlar EU-domstolens dom den 18 juli 2017 i mål *Konrad Erzberger mot TUI AG*, C-566/15, EU:C:2017:562. *Facit*: när en situation ska prövas i enlighet med artikel 45 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), ska inte situationen prövas i enlighet med artikel 18 FEUF. *Facit 2*: den fria rörligheten för arbetstagare innebär inte att en flyttande arbetstagare garanteras att omfattas av ursprungslandets rättsordning. Inga konstigheter, så långt kunde man tro. Men frågorna har inte explicit varit klargjorda. Dessa frågor är naturligtvis av intresse också ur ett norskt perspektiv eftersom ju Norge omfattas av artikel 45.

Bakgrunden är i korthet följande. Resekoncernen TUI är ett världsomspännande företag med inalles ca 50 000 arbetstagare i EU. Drygt 10 000 av dessa arbe-

tar i Tyskland. Det följer då av tysk rätt att tillsynsorganet (Aufsichtsrat) i koncernbolaget i Tyskland ska besättas med representanter från arbetstagare och aktieägare till hälften vardera, i det här fallet med tio vardera. Regler om detta finns i den tyska aktiebolagslagen. Tillsynsorganet utser ledamöter (medlemmar) i förvaltningsorganet (Vorstand). Enligt rådande uppfattning (die herrschende Meinung) i den tyska juridiska litteraturen och i tysk rättspraxis är det endast arbetstagare verksamma i Tyskland som har rätt till arbetstagarinflytande i ett bolags tillsynsorgan (Aufsichtsrat) i bolag med säte i Tyskland. Den konkreta frågan var om det är förenligt med EU-rätt att Tyskland har en lagstiftning som endast ger arbetstagare *sys-selsatta i Tyskland* rätt till arbetstagarinflytande i bolagsorgan, men inte arbetstagare i koncernens bolag *utanför* Tyskland. Vidare var frågan om Tysklands rättsordning därigenom hindrar den fria rörligheten för arbetstagare. Den tyska rättsordningen är ett åsidosättande av EU-rätten, hävdade småaktieägaren Konrad Erzberger, som med stöd av tysk aktiebolagsrätt genom ett så kallat statusförfarande (Statusverfahren) gick till domstol för prövning sammansättningen av tillsynsorganet. Skulle småaktieägaren få rätt, skulle arbetstagarna inte ha rätt att utse arbetstagarrepresentanter i bolagsorgan. Frågan har varit föremål för en omfattande diskussion i Tyskland de senaste decennierna. Talan ogillades emellertid, men överklagades till Kammergericht Berlin, som menade att tysk rätt kunde vara ett åsidosättande av EU-rätten, egentligen utan att ha stöd för detta i tysk rätt annat än i viss mån i doktrinen. Ett av småaktieägarens ombud, en sydtysk juridikprofessor, finns representerad i litteraturen som kritiker till den tyska ordningen. Kammergericht Berlin begärde därför förhandsavgörande av EU-domstolen. EU-domstolen skulle emellertid ge TUI rätt i sin uppfattning att det är förenligt med EU-rätten att endast låta arbetstagare i Tyskland ha rösträtt till och ha rätt att utses till ledamot i bolagsorgan.

EU-domstolen konstaterade avseende förhållandet mellan det generella nationalitetsdiskrimineringsförbudet i artikel 18 FEUF och det för arbetstagarna speciella nationalitetsdiskrimineringsförbudet i artikel

Innhold nr. 3

Arbeidsrett	1
Arverett	2
Erstatningsrett	6
Familierett	6
Fast eiendom	8
Forbrukerrett	10
Forsikringsrett	10
Immaterialrett	12
Internasjonal privatrett	15
Konkurranserett	16
Kontraktsrett	20

45.2 FEUF att när artikel 45.2 är tillämplig, kan inte artikel 18 vara tillämplig. Artikel 45 är *lex specialis* i förhållande till artikel 18, se avsnitt 25–27. Eftersom artikel 45.2 är en «specifik regel ... vad gäller anställningsförhållanden» ska situationen «endast prövas mot bakgrund av artikel 45».

Artikel 18 kräver inte för sin tillämplighet ett gränsöverskridande element eller att någon som vill åberopa sig på EU-rätten har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet eller tänker använda den. Det gör däremot artikel 45. EU-domstolen slog fast att regelverket inte omfattar den situationen då en arbetstagare inte utnyttjat och heller inte avser att utnyttja den fria rörligheten för arbetskraften, jfr avsnitt 28 f. och 32.

Så långt bekräftar också EU-domstolen hur regleringen tidigare tillämpats, men möjligen inte varit explicit uttalad i regelverket, jfr generaladvokatens hänvisningar till rättspraxis. EU-rätten, det vill säga reglerna om den fria rörligheten för arbetstagare och det för arbetstagare speciella diskrimineringsförbudet, är inte tillämplig på arbetstagare i bolag i TUI-koncernen med säte utanför Tyskland. Detta har enligt *die herrschende Meinung* sin grund i den så kallade *territorialitetsprincipen*: tysk rätt kan inte omfatta andra staters territorier. Det är väl en helt rimlig slutsats. Inte heller gäller ju *prima facie* annan tysk rätt i utlandet, såsom exempelvis reglerna om anställningsskydd, strejk, arbetstid, ferie, föräldraledighet. Det är däremot intet som hindrar att Tyskland inför regler, eller gör till *die herrschende Meinung*, medförande att arbetstagare verksamma i koncernbolag utanför Tyskland ges rätt till representation i ett tyskt moderbolag. Exempelvis har Norge inga uttryckliga regler om detta, men accepterar arbetstagarrepresentanter i ett moderbolags bedriftsförsamlingar i Norge utgörs eller utses av arbetstagare i koncernbolag utanför Norge.

Men kan i stället dessa tyska regler ses som ett hinder för den fria rörligheten enligt artikel 45? Det menade nämligen Konrad Erzberger. Argumenteringen gick ut på att om en arbetstagare faller utanför tillämpningsområdet för de tyska reglerna genom att lämna landet, så skulle det anses vara i strid med EU-rätten. Kammergericht Berlin höll det inte för uteslutet. Detta argument är svårbegripligt. En arbetstagare omfattas *prima facie* av det lands rättsordning där han eller hon arbetar. En tysk arbetstagare som lämnar sin anställning i ett bolag för en anställning i ett dotterbolag i utlandet kan ju heller inte åberopa sig på tysk rätt avseende reglerna om anställningsskydd, strejk, arbetstid, ferie, föräldraledighet. Någon «garanti» för att EU-rätten vid en flytt till ett annat land «är konsekvensneutral vad avser social trygghet» ges inte «eftersom en sådan flytt, mot bakgrund av de skillnader som förekommer mellan medlemsstaternas system och lagstiftning på området, kan vara mer eller mindre fördelaktig eller ofördelaktig för den berörda personen» konstaterade EU-domstolen, avsnitt 34.

Eftersom det inte finns någon unionsrätt på området, ska nationell rätt gälla, «varför medlemsstaterna i princip fortfarande fritt kan bestämma vilka anknätningskriterier som ska gälla vad avser tillämpningsområdet för deras lagstiftning, förutsatt att dessa kriterier är objektiva och icke-diskriminerande. (Jfr den danska Højesteretts avgörande i *Ajos*, se *Nytt i privatretten* nr. 2 2016 och Nielsen/Tvarnø, *Ajos*-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, på Arbetsrättsportalen. Domen hänvisade emellertid inte EU-domstolen till i målet.) Att en arbetstagare förlorar rättigheter som han eller hon hade enligt ett lands rättsordning vid en flytt till ett annat land innebär inte att det är en begränsning av den fria rörligheten enligt artikel 45.

EU-domstolen resonerar i domen på ett sätt som måste anses stämma överens med den allmänna rättsuppfattningen. Så länge inte EU-lagstiftaren tagit initiativ till lagstiftning ska nationell rätt gälla, om den inte står i strid med EU-rätten, jfr EU-domstolens dom i *Ajos*, C-441/15, EU:C:2016:278. Att ett lands rättsordning inte är tillämpligt för arbetstagare i ett annat land, eller att ett lands rättsordning inte kan exporteras till ett annat land står naturligen då inte i strid med EU-rätten.

Domen är föredömligt kort. Med hänvisningarna till generaladvokatens yttrande får läsaren en heltäckande bild av rättsfrågorna. (Se för en kommentar av förslaget Krause, Juristischer Kommentar zu den Schlussanträgen von Generalanwalt Saugmandsgaard Øe, och Mulder, When in Rome... Comments on the Advocate General's opinion, i Hans Böckler Stiftung, Juristische Kommentierungen zu den Schlussanträgen des Generalanwalts im Verfahren Erzberger/TUI, MBF-Report Nr. 34, 06.2017). Men när ska domstolen lära sig att hitta och använda punkten? Det är alldeles för många långa meningar, med alldeles för många långa inskjutna satser.

Bernard Johann Mulder

ARVERETT

Uskifte – tolkning av testament (LB-2016-116565)

Borgarting lagmannsrett avsa 10. juli 2017 enstemmig dom som gjaldt spørsmål om en gjenlevende ektefelle med grunnlag i et testament, som gav ham rett til å sitte i uskifte med førstavedes særeiemidler, rettslig kan disponere over en fast eiendom tilhørende særeiet som etter hans død er gjenstand for arv til fordel for en særskilt utpekt arving.

Fakta:

A (kvinnen) og B (mannen) giftet seg i 1988. De var barnløse. Kvinnen hadde særeie, som blant annet omfattet den felles bolig, ...veien 15 B. Boligen var ervervet av As tidligere avdøde ektefelle. I 2012 opprettet A og B et testament, hvor det blant annet ble bestemt:

«Dersom A dør først, skal B ha rett til å sitte i uskiftet bo med As særeie.

[...]

Arven etter A skal fordeles slik:

1) Eiendommen ...veien 15 B skal arves av C, ...
Eiendommen skal være hans særeie.»

C er nevø av A. B overtok etter As død i 2015 hennes særeieaktiva, herunder den felles bolig, ...veien 15 B, som uskiftet bo. B fikk tinglyst grunnbokshjemmel til eiendommen. Han har etter overtagelsen av boet til uskifte ikke foretatt rettslige disposisjoner over boligeiendommen. C mente likevel at risikoen for slike disposisjoner – særlig i lys av hjemmelsovergangen til B og manglende vilje til å inngå avtaler som regulerer disposisjonsretten – er så stor at det er nødvendig med en rettslig avgjørelse som begrenser Bs rettslige handlefrihet. C tok derfor ut stevning for Oslo tingrett. B ble frifunnet i tingretten, men C anket dommen. Lagmannsretten forkastet anken.

Lagmannsrettens syn:

Spørsmålet var om Cs rett til arv etter testamentet innebærer en begrensning i Bs råderett over eiendommen mens han sitter i uskifte – ut over de rådighetsbegrensninger som følger av arvelovens bestemmelser, særlig § 19.

Lagmannsretten la – i mangel av andre særlige holdpunkter – til grunn at A i utgangspunktet mente å gi B den disposisjonsrett over boligeiendommen som følger av uskifteregulene. Lagmannsretten mente likevel at det også for dette testamentet må innfortolkes den reservasjon at B ikke kan opptre «i strid med testamentets ånd og mening», jf. **Rt-2007-777 avsnitt 35** (NB! Feil i dommen. Det skal være **Rt-2004-777**) med henvisning til **Rt-1953-1274**. At A mente å gi B en ubetinget disposisjonsrett uten en slik reservasjon, var det ikke grunnlag for. As sannsynlige hovedformål med å gi B rett til uskifte, var å sikre ham en vederlagsfri og trygg boret i hans livstid.

Lagmannsretten bemerket at spørsmålet om hvordan A ville ha forholdt seg til alle mulige fremtidige rettslige disposisjoner fra B – vurdert i lys av Cs arveposisjon – ikke er mulig å besvare. Vurderinger av denne karakter kan først foretas med mer sikkerhet når det eventuelt er nærmere klarlagt hvilke disposisjoner som er aktuelle, formålet og nødvendigheten av disposisjonen vurdert i lys av Bs livssituasjon og behov.

Lagmannsretten fant likevel at det med rimelig sikkerhet kunne sies noe om hvilke disposisjoner som i hvert fall ville vært innenfor rammen av As mening med testamentet. Det er mest sannsynlig at A, med bakgrunn i et åpenbart ønske om å gi B en trygg bosisituasjon, ville ha akseptert at han måtte ha anledning til å disponere rettslig over eiendommen ved låneopp- tak og/eller salg dersom dette var nødvendig for å finansiere egne sentrale og helt nødvendige behov for å ivareta en rimelig bo- og livssituasjon. Salg av boli-

gen kan etter hvert bli aktuelt med bakgrunn i en endret livssituasjon som følge av sykdom og/eller alderdoms- svekkelse – noe som etter omstendighetene kan tilsi at B ikke lenger kan bo alene i huset. På den annen side var det ikke særlig tvilsomt at det ville være i strid med As mening med testamentet dersom Bs disposisjonsrett bare ble begrenset av arvelovens begrens- ningsregler, noe som etter de nærmere omstendighe- ter, disposisjonens grunnlag og karakter, ville kunne være i strid med testamentets «ånd og mening».

B hadde ikke foretatt seg noe som i dag kunne tilsi saklig frykt for at han på en urimelig måte vil disponere over eiendommen til skade for Cs arveutsikter. At rettslige disposisjoner over eiendommen kan bli nødvendige, er Cs egen risiko som potensiell arving. C hadde i dag ikke noe rettskrav på å overta eiendommen. Retten til fremtidig arv er i sin alminnelighet usikker, og denne retten skal uansett ikke utnyttes til på en urimelig måte å innskrenke en gjenlevende ektefelles rådighet over eiendommen.

Lagmannsretten fant derfor at det ikke var dekning i testamentet for Cs nedlagte påstand om at B skulle være uberettiget til å disponere rettslig over eiendom- men uten samtykke fra C, subsidiært at samtykke ikke kan nektes uten saklig grunn.

Kommentar:

Lagmannsrettens dom er konkret begrunnet. Det er imidlertid ikke noe å si på resultatet lagmannsretten kom til. Man kan merke seg at tingretten uttalte at det «ikke er grunnlag for å legge til grunn at A i testamen- tet av 2. april 2012 har ment å begrense Bs rådighet over uskifteboet ut over det som følger av uskiftekapitlet i arveloven.» Lagmannsretten bemerket imidlertid at prinsippet om subjektiv tolking av testament tilsa re- servasjoner fra dette synspunktet. Det ble vist til Lødrup/ Asland, *Arverett*, 6. utg. side 169, hvor det heter:

«I noen tilfeller er det ... ikke mulig å finne frem til hva arvelater har ment eller villet, ganske enkelt fordi han ikke har hatt noen mening om løsningen på den tvist som har oppstått. I slike tilfelle kan det ikke fingeres en vilje fra hans side. Man må da sette seg inn i arvelaterens situasjon og spørre hvordan han ville ha disponert ut fra de gitte forhold. I engelsk arverett tales det gjerne om «the armchair principle» – vi tar plass i arvelaterens lenestol og vurderer testamentet ut fra hva vi må anta arvelateren ville ha gjort.»

Per Racin Fosmark

Borgarting lagmannsrett

Omstøtelse av gave fra uskiftebo. Avtalerettslig ugyldighet (LH-2016-202820)

Hålogaland lagmannsrett avsa 5. juli 2017 enstemmig dom som gjaldt spørsmål om søksmålsfristen i **arvelo- ven § 19 andre ledd andre punktum** var overholdt, og spørsmål om overdragelsen av en eiendom var **avtale- rettslig ugyldig** på grunn av overdragerens sinnslidelse.

Fakta:

En fast eiendom av relativt stor verdi ble i september 2013 overskjøttet fra A, som satt i uskiftet bo etter sin ektefelles død i 1984, til søsteren B. Av skjøtet fremgikk det at kjøpesummen var kr 100 000, men da verdien på eiendommen var satt til mellom kr 900 000 og 1,4 millioner kroner, var det klart at vilkårene for omstøtelse i arveloven § 19 første ledd, jf. fjerde ledd, var til stede. A døde i 2016. For lagmannsretten stod tvisten mellom As livsarvinger og avdødes søster B. Da tingretten behandlet saken, var imidlertid A fortsatt i live. Det springende punkt i saken var om én av livsarvingene, sønnen C, hadde overholdt søksmålsfristen på ett år i § 19 andre ledd andre punktum.

Søksmål for tingretten ble anlagt av C 21. desember 2015, slik at skjæringstidspunktet for hans kunnskap var 21. desember 2014. Lagmannsretten kom til at C først sommeren 2015 fikk slik kunnskap om overskjøtingen av eiendommen at søksmålsfristen begynte å løpe. Søksmålet var dermed anlagt innen fristen, og overføringen av eiendommen måtte omstøtes. Lagmannsretten kom imidlertid også til at det var sannsynliggjort at A på tidspunktet for overskjøtingen led av alvorlig sinnslidelse, og at denne hadde påvirket disposisjonen. Overdragelsen var følgelig også avtalerettslig ugyldig.

Lagmannsrettens syn:

Arveloven § 19 andre ledd andre punktum bestemmer:

«Søksmål må reisast innan eitt år etter at arvingen fekk **kunnskap** om gåva.» (uthevet her).

Lagmannsretten bemerket at bruken av begrepet «kunnskap» i bestemmelsen isolert sett kan trekke i retning av at arvingen positivt må vite om at den aktuelle disposisjonen har funnet sted for at fristen skal begynne å løpe. Slik kan bestemmelsen imidlertid ikke forstås. Høyesteretts flertall uttaler om dette i **Rt-1997-1037**:

«Kunnskapskravet må derfor etter min mening til en viss grad objektiviseres. Vanligvis bør det avgjørende være om arvingene – bedømt ut fra hva alminnelige, forstandige personer forstår – vet så mye at de har oppfordring til å aksjonere. Fra dette tidspunkt har arvingene etter loven ett år på seg til å reise søksmål. En slik forståelse av fristregelen mener jeg også har støtte i forarbeidene, som jeg tidligere har sitert.»

Lagmannsretten tilføyde at det løper en separat frist for hver av uskiftearvingene. Dette følger allerede av ordlyden i andre ledd, som gir «kvar av arvingane» rett til omstøtelse, og bestemmer søksmålsfristen ut fra når «arvingen» fikk kunnskap om disposisjonen. Synspunktet er også lagt til grunn i rettspraksis. Det var derfor ikke i seg selv avgjørende for Cs omstøtelsesadgang om broren fikk kunnskap om overdragelsen i andre ledds forstand på et tidligere tidspunkt.

Det var på det rene at C ikke på noe tidspunkt før sommeren 2015 ble informert skriftlig om overdragelsen. Det var heller ikke ført bevis for at han på noe tidspunkt positivt har gitt uttrykk for at han var klar over overdragelsen, langt mindre at han hadde samtykket. Lagmannsrettens bevisvurdering måtte derfor langt på vei basere seg på de vitneforklaringer som var ført under ankeforhandlingen, og ta i betraktning hva slags overdragelse det var snakk om, og omstendighetene for øvrig.

Lagmannsretten fant det påfallende at det gikk lang tid, nesten to år, før overføringen ble tinglyst. Undersøkelser av grunnboken i 2013 og 2014 ville følgelig ikke gitt noen indikasjon på at eiendommen var overført til B. Ut fra en konkret helhetsvurdering mente lagmannsretten at det var først sommeren 2015 at C fikk kunnskap om overskjøtingen, og at søksmålsfristen var overholdt.

Lagmannsretten tok også stilling til om A på grunn av demens ikke rettsgyldig kunne overskjøte eiendommen til B i 2013. Det var påberopt den ulovfestede lære om ugyldighet på grunn av sinnslidelse, alternativt avtaleloven § 33 og § 36.

Læren om avtalerettslig ugyldighet som følge av alvorlig sinnslidelse er i **Rt-2005-878 avsnitt 28** (gavedisposisjon) kommet til uttrykk slik:

«En disposisjon som er avgitt av en person med en alvorlig sinnslidelse er ugyldig hvis disposisjonen er påvirket av sykdommen. Den grunnleggende forutsetning for å fastslå ugyldighet er således at vedkommende hadde en alvorlig sinnslidelse på tidspunktet for transaksjonen. Det må dessuten foreligge en årsakssammenheng mellom lidelsen og disposisjonen.»

Uttalelsen er fulgt opp i senere rettspraksis. Se for øvrig Woxholth, *Avtalerett*, 10. utg. 2017 side 275–278 og Hov/Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2009 side 348–352.

På grunnlag av medisinske journaler og forklaringen fra en psykolog som møtte som sakkyndig vitne, kom lagmannsretten til at A ikke visste hva han gjorde da han undertegnet skjøtet, og at det følgelig var årsakssammenheng mellom hans sinnslidelse og disposisjonen. Det forelå derfor også avtalerettslig ugyldighet, og lagmannsretten behøvde ikke å gå inn på om overdragelsen også ville være ugyldig med hjemmel i avtaleloven § 33 og/eller § 36.

Kommentar:

Det er ikke noe å si på det resultatet lagmannsretten kom til. Avgjørelsen er konkret begrunnet på grunnlag av bevisførselen for lagmannsretten. Den gir imidlertid et bidrag til hva som ligger i kunnskapskravet i arveloven § 19 andre ledd andre punktum og den ulovfestede lære om ugyldighet på grunn av sinnslidelse.

Per Racin Fosmark
Borgarting lagmannsrett

Avtale om boret – Frostating lagmannsrett 9. januar 2017 (LF-2016-140210)

Avdødes arvinger hadde godtatt en avtale mellom moren og hennes samboer (mens begge levde) om rett til fortsatt å bo i en leilighet som samboerne eide sammen etter at en av samboerne døde. Retten kom til at avtalen var gyldig som en livsdisposisjon og ikke ble rammet av arveloven §§ 44 eller 45 eller avtalel. § 36.

Fakta i saken: G og F var samboere i 30 år frem til Gs død. De hadde ingen felles livsarvinger. F hadde to særkullsbarn mens G hadde seks særkullsbarn. G og F eide sammen en leilighet med en eierandel på 37 % for G og 63 % på F. Gs barn hadde ved fem anledninger undertegnet flere eksemplarer av erklæringer med likelydende ordlyd. I disse erklæringer sto følgende: «For det tilfelle at den ene av de 2 skulle dø mens samboerforholdet består erklærer vi alle som en at vi; uansett hvem som skulle dø først, ikke vil fremme noe krav av noe slag som berører lengstlevendes mulighet til fortsatt å bebo samboerparets felles bopel.» Samtlige av Gs barn undertegnet etter hvert denne erklæringen som dog ikke ble undertegnet av ett av Fs barn. Etter Gs død ble det tvist mellom Gs barn og F om gyldigheten av denne erklæringen. Både tingretten og lagmannsretten kom til at erklæringen var gyldig.

Retten vurdering: Lagmannsretten vurderte først forholdet til al. § 45 om avkall på forventet arv. Ved undertegningen av denne erklæringen ga ikke Gs barn avkall på arv, men godtok en utsettelse av utbetaling av en del av arven. Som det heter i dommen, «ved å innhente forhåndssamtykke om at lengstlevende kunne bli boende i den felles boligen, unngikk samboerne å måtte inngå avtaler og opprette gjensidig testament ... Ved en slik ordning oppnår arvelater at gjenlevende er sikret og man unngår å benytte andre ordninger.»

I juridisk teori har man lagt til grunn at særkullsbarn kan gi forhåndssamtykke til uskifte og at et slikt samtykke ikke kan anses som avkall på arv, jf. Asland *Uskifte* s. 120–121 og Hambro, *Arveplanlegging og avtalt uskifte* s. 154–156. Heller ikke forhåndssamtykke til et pliktdelskrenkende testament anses som avkall på arv, jf. Hambro i FAB nr. 4, 2013 s. 286 flg. og Unneberg, *Arveretten* s. 262.

Retten drøftet videre om en slik avtale var en livs- eller dødsdisposisjon. Om dette uttalte retten: «Arvingene har selv avgitt en erklæring som gjelder boret for F og som har virkning for tidspunktet for når arvingene kan realisere sin andel i den felles boligen. Det er utelukkende dette som reguleres ved erklæringen, ikke hvordan boet skal fordeles.» Videre står det i dommen om dette: «Etter lagmannsrettens syn innebærer ikke erklæringene at G har foretatt en dødsdisposisjon med krav om testamentsform, som anført av ankende parter. I Unneberg *Arveretten* på side 309 og 310, behandles temaet «forhåndsavtale» mellom (særkulls) barn og samboere. Unneberg fremholder at samboerne må kunne komme til enighet med sine barn om hvordan samboet skal gjøres opp etter den enes død, og at

det ikke kan kreves at avtalen gjøres i testaments form. Bruksrett til felles hjem er særskilt nevnt.»

Her har man igjen en parallell til forhåndssamtykke til uskifte hvor det i Hambro, *Arveplanlegging og avtalt uskifte* s. 157 skrives at «det er arvingen selv som inngår en avtale som utelukkende gjelder tidspunktet for når dødsboet skiftes, ikke hvordan boet fordeles.» I denne saken var det arvingene som forpliktet seg ved å undertegne en erklæring og noen formkrav kan ikke oppstilles for en slik erklæring. G hadde ikke foretatt noen bestemmelser om fordelingen av boet han etterlot seg.

Ytterligere et spørsmål i saken var om erklæringen ble rammet av al. § 44 som gjelder avhendelse eller pantsettelse av forventet arv. Lagmannsretten viste til Unneberg, *Arveretten* s. 262–263 hvor han legger avgjørende vekt på om en forhåndsgodkjennelse gjelder en disposisjon som er resultat av arvelaters vilje og initiativ. I dommen heter det videre om dette: «I Unneberg *Avtaler om arv* side 278 flg. legges til grunn at avtaler som går ut på å gi en medkontrahent rettigheter er gyldig, såfremt arvingen ikke disponerer over sin posisjon som arving, herunder heller ikke sine skifterettigheter i boet. Etter lagmannsrettens syn må erklæringen naturligvis forstås slik at boretten for F og en tilsvarende forpliktelse for arvingene skal gjelde så fremt arvingene på skifteoppgjøret erverver Gs andel av boligen, jf. også *Avtaler om arv* side 283. Ved avgivelsen av erklæringen har de ankende parter godtatt at denne arven ikke skal realiseres ved Gs død. Ved utstedelsen av erklæringen beholdt de sin status som arvinger. Erklæringen om boret for F innebar ikke at han som «tredjemann» overtok plassen som arving.»

Spørsmålet om et forhåndssamtykke til uskifte rammes av al. § 44 er også behandlet i Asland *Uskifte* s. 115–116 og Hambro, *Arveplanlegging og avtalt uskifte* s. 151 flg. Begge konkluderer med at al. § 44 ikke innebærer noen begrensning i retten til å forhåndssamtykke til uskifte.

Et siste problem i saken var at alle barna til G hadde undertegnet erklæringen, mens ett av Fs barn hadde nektet å undertegne. Retten la til grunn at Gs arvinger var klar over dette forholdet, men at de allikevel undertegnet erklæringen uten forbehold. Om dette ble det uttalt. «Det er ikke sannsynliggjort at det var et tema at arvingene var ubundet så lenge Fs arvinger ikke hadde undertegnet en tilsvarende erklæring. Lagmannsretten kan ikke se at dette kan anses som noen underforstått eller stilltiende betingelse for erklæringen.»

Det forelå også i saken en påstand om at erklæringen måtte settes til side etter avtaleloven § 36. Retten la til grunn at G ikke hadde utsatt sine arvinger for noe utilbørlig press og hadde ikke forledet barna til å undertegne ved å gi inntrykk av at Fs arvinger kom til senere å undertegne en tilsvarende erklæring. «Etter lagmannsrettens vurdering er arvingene bundet av erklæringen selv om den er gitt ensidig og uten vederlag. Arvingene hadde mulighet til å ta forbehold da samtykket ble gitt.

Dette ble ikke gjort, til tross for kunnskap om hva som var standpunktet til Fs livsarvinger.»

Kommentar: Saken illustrerer at det er flere måter man kan sikre gjenlevende ektefelle eller samboer rett til fortsatt å bebo en felles bolig etter at man dør. En måte er å opprette et gjensidig testament med en sekundærdisposisjon til gunst for sine livsarvinger. Innebærer dette en krenkelse av plikt delen, kan man forsøke å få forhåndssamtykke fra barna på testamentet. En annen mulighet er å få barn til å avgi forhåndssamtykke til at gjenlevende ektefelle (men ikke samboer) får sitte i uskifte og eventuelt fastsette visse rådighetsbegrensninger. Ytterligere en mulighet er – som i denne saken – å få barn til å avgi et forhåndssamtykke til at gjenlevende får bruksrett til boligen. Et sameie hvor gjenlevende ektefelle/samboer har en eksklusiv boret, er ikke nødvendigvis den beste løsning. Et praktisk problem kan bli hvordan utgifter til vedlikehold og oppussing skal fordeles mellom partene.

Peter Hambro

ERSTATNINGSRETT

Litteratur

Trine-Lise Wilhelmsen og Birgitte Hagland: Om erstatningsrett. Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup. Gyldendal Norsk Forlag, Oslo 2017

Den foreliggende boken er, som det fremkommer av tittelen, basert på tekster skrevet av Peter Lødrup – nærmere bestemt hans lærebok i erstatningsrett. Den foreliggende fremstillingen har også et læreboksformat som sitt utgangspunkt, men Lødrups tekster er i stor utstrekning bearbeidet og videreutviklet utover dette, og boken henvender seg således til en videre lesekreis. Særlige utviklingstrekk som har påvirket erstatningsretten, og som får stor oppmerksomhet i boken, er økt lovreguleringstetthet og at private aktører i større utstrekning nå utfører oppgaver som tradisjonelt har vært utført i offentlig regi.

Trine-Lise Wilhelmsen er professor i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet (UiO) og har i mange år arbeidet med forsikringsrett, erstatningsrett, sjørett/transportrett og rettsøkonomi. Hun leder Finansklagenemnda Skade.

Birgitte Hagland er førsteamanuensis ved Det juridiske fakultet (UiO) og har erstatningsretten som sitt hovedforskningsfelt. Hun har også skrevet doktoravhandling om medvirkers erstatningsansvar, og er nestleder i Finansklagenemnda Skade.

Forfatternes renommé, forskningspraksis, pedagogiske talent og brede erfaring tyder på at vi står overfor et verk mange vil ha stor glede av, uavhengig av om man er student, dommer, advokat eller hører til i akademien.

Boken har en detaljert innholdsfortegnelse. Dette gjør at boken er relativt enkel å orientere seg i. De omfattende litteratur-, lovs-, doms- og stikkordsregistrene bidrar også til dette.

Herman Bruserud

FAMILIERETT

Kreditors krav ved gaveoverføringer mellom ektefeller – Høyesterettsdom 15. mai 2017 (HR-2017-959-A)

En insolvent ektemann overførte to fritidseiendommer til sin kone under finanskrisen i 2007. Høyesterett kom til at kona måtte betale rundt 7,9 millioner kroner til ektemannens hovedkreditor Skandinaviska Enskilda Banken (SEB) med hjemmel i ekteskapsloven (el.) § 51. Etter denne bestemmelsen kan enkeltfølgende kreditorer holde seg til mottaker-ektefellen «for verdien av det som er overført» så sant giveren ikke var «utvilsomt solvent» da gaven ble gitt. Det følger av bestemmelsens andre ledd at mottakere i god tro bare behøver å gi fra seg berikelsen.

Saksforholdet var som følger: Ektemannen drev investeringsvirksomhet og fra høsten 2006 og utover i 2007 tapte han stort på verdipapirhandel knyttet til en terminavtale med SEB. De to landstedene som han overførte til kona i 2007 var beheftet med hans pantegjeld. Hun solgte etter hvert begge landstedene og betalte samtidig mannens gjeld som var sikret med pant i eiendommene – herunder gjeld som var sikret med pant etter at hun fikk overført de to eiendommene til seg. Banken fikk ikke dekning for sitt krav hos ektemannen og fremmet da krav mot hans kone i medhold av el. § 51. Det var enighet om at ektemannen var insolvent på gavetidspunktet, uenigheten gjaldt spørsmålet om det forelå en gave, om god-tro-kravet var oppfylt og hvordan selve verdiberegningen skulle foretas.

Det tradisjonelle gavebegrepet legges til grunn også i familieretten; det må m.a.o. ha skjedd en formuesforskyvning i den hensikt å berike mottakeren. Hustruen hevdet prinsippalt at det ikke hadde skjedd noen formuesforskyvning da hun fikk overført eiendommene, og begrunnet det med at mannen var insolvent, og at hun derfor overtok det «reelle ansvaret» for gjelden hans. Dette ble avvist av Høyesterett under henvisning til at ektefellene ikke hadde inngått noen avtale om personlig gjeldsansvar, og at hun derfor bare var realkausjonist. Hun fremholdt videre at det uansett ikke hadde blitt overført noen positiv nettoverdi til henne fordi pantegjelden var like stor som markedsverdien på landstedene den gang de ble overført. Heller ikke her fikk hun medhold. Retten viser til at hun verken hadde dokumentert tilfredsstillende hvor store gjeldsforpliktelsene var da eiendommene ble overdratt, eller eiendommenes markedsverdi den gang. Førstvoterende uttaler at hun uansett har vanskelig for å se at en vederlagsfri overføring av fast eiendom ikke skulle oppfylle

vilkåret om formuesforskyvning, og at dette må være utgangspunktet selv om eiendommen er pantsatt.

Når det gjaldt kravet om gavehensikt, viser Høyesterett til den tidligere dommen i Rt. 2014 s. 1248 hvor retten uttaler at det ikke behøver å være utvist noen giverglede og at giveren kan ha flere motiver. Det kan for eksempel være å unngå kreditorbeslag eller forfordel arvinger. Det er med andre ord tilstrekkelig at den umiddelbare hensikten med formuesoverføringen er å berike mottakeren – det endelige formålet kan godt være et annet, se drøftelse med eksempler hos Asland, *Uskifte* (2008) s. 193–194 og Hambro, *Når er en gave en gave?* FAB 3/2015 pkt. 3. Man kan også se det slik at gaven noen ganger benyttes som et middel til å oppnå et annet mål, og i slike tilfeller er vilkåret om gavehensikt bare knyttet til «middelet» og ikke til det endelige målet

I vår sak fant retten det klart at ektemannen hadde gavehensikt (avsnitt 42), og peker i bevisvurderingen på at den omstendighet at fast eiendom overføres vederlagsfritt mellom ektefeller i seg selv skaper en formodning om gavehensikt. Retten uttaler videre at det var klart at formålet med disposisjonene var å unngå kreditorbeslag – underforstått at et slikt formål bare kan realiseres ved en gaveoverføring.

Det følger av el. § 51 andre ledd at kreditorens krav mot en godtroende gavemottaker er «begrenset til den berikelsen som mottakeren har oppnådd ved gaven». Spørsmålene var da om hustruen visste eller burde ha visst at hun fikk en gave og at ektemannen ikke var solvent da gaven ble gitt. Høyesterett besvarte begge spørsmål bekreftende. Hun «var selvfølgelig klar over at hun ikke ytet vederlag» og det kom også til uttrykk i ektepaktene gjennom avkryssing i gaverubrikken. Når det gjaldt spørsmålet om hun kjente til mannens betalingsvansker, kom retten til at hun «i det minste har utvist grov uaktsomhet med hensyn til manglende kunnskap om at ektemannen ikke var i stand til fullt ut å gjøre opp sine forpliktelser». Retten peker på at selv om det ikke er grunnlag for å identifisere ektefeller ved vurderingen av kravet om god tro, har det «formodningen for seg at ektefeller informerer hverandre om økonomiske forhold som berører dem begge» (avsnitt 45). Noen vil kanskje stusse litt over at førstvoterende stiller opp en presumsjon om at ektefellene informerer hverandre. Men det er uansett en formodning for at ektefellene etter hvert får kjennskap til slike økonomiske forhold som berører begge. Høyesterett kom etter dette til at kona ikke nøt godt av berikelsesbegrensningen i § 51 andre ledd.

De to fritidseiendommene hadde steget i verdi etter at mannen ga dem bort i 2007. Kona hevdet hun kunne beholde denne verdistigningen, men fikk ikke medhold. Selv om spørsmålet ikke løses direkte i ordlyden, fremholder Høyesterett at sammenhengen med regelen i andre ledd om at det bare er godtroende mottaker som kan beholde utbytte, taler for at det er nåverdien som skal legges til grunn etter første ledd. Det pekes videre på at

formålet med regelen er at kreditor skal komme i samme stilling som om gaven ikke var gitt, og at dekningslovens omstøtelsesregler også lar nåverdien være avgjørende, samt at dette også var den mest utbredte oppfatning i juridisk teori, jf. eksempelvis Strøm Bull, *Avtaler mellom ektefeller* (1993) side 119. Høyesterett konstaterte etter dette at nåverdien av landstedene skal erstattes, nærmere bestemt verdien da banken gjør ansvar mot mottakerektefellen gjeldende (avsnitt 50). I denne saken ble eiendommene solgt i 2009 og 2011 og disse salgssummene ble lagt til grunn (avsnitt 54).

Eiendommene var som nevnt pantsatt, og kona hevdet at hun uansett bare trengte å gi fra seg den delen av verdistigningen som refererte seg til den ubeheftede delen av eiendommene. Men retten viser til lovens ordlyd og fant at det bare skulle gjøres fradrag for eventuelt vederlag i form av betaling av pantegjeld. Det var også uenighet om beregningen av dette vederlaget. Bankene hevdet at det overhodet ikke skulle gjøres fradrag for konas betaling av mannens pantegjeld da betalingen ble oppveid av et tilsvarende regresskrav som hun hadde mot ektemannen. Retten avviste dette og fremholdt at et eventuelt regresskrav var tilnærmet verdiløst. Spørsmålet var dernest *hvilken* gjeld hun kunne trekke fra. Kona hadde ikke bare betalt den gjelden som var pantsikret ved gaveoverdragelsen, men også gjeld som var sikret med pant i eiendommene *etter* at gaven ble gitt. Retten fant at hun bare kunne gjøres fradrag for gjeld som var sikret med pant i eiendommene på gavetidspunktet (avsnitt 56). At hun hadde tillatt ytterligere pantsettelse av sine eiendommer og betalt denne gjelden og annen gjeld på tilsammen rundt 4 millioner kroner, var altså uten betydning for størrelsen på bankens krav.

I motsetning til tingretten, fant lagmannsretten og Høyesterett at det heller ikke var rom for lemping av kravet. Hustruen hadde ikke vært i aktsom god tro, hvilket er et vilkår for lemping, jf. § 51 tredje ledd og dekningsloven § 5-12 andre ledd. Høyesterett kom etter dette til at hun måtte betale banken den fulle verdien av det som var overført etter el. § 51 første ledd, fratrullet nedbetalt gjeld som var pantsikret på gavetidspunktet.

Høyesterett tok i denne saken stilling til en rekke tolkingsspørsmål i el. § 51, og velger jevnt over løsninger i tråd med forarbeider, rettslitteratur og tidligere rettspraksis. Lagmannsrettens premisser inneholder et par overraskende uttalelser om gavebegrepet og identifikasjon mellom ektefeller, men disse synspunktene videreføres ikke i høyesterettsdommen. Noen betydning for resultatet hadde dette uansett ikke. Høyesterett slutter seg til lagmannsrettens verdiberegning, hvor det også gjøres fradrag for de utgiftene hustruen hadde til oppgraderinger av eiendommene mens hun var eier samt for nødvendige salgsomkostninger. Høyesterett kom, i likhet med lagmannsretten, til at kreditors krav mot hustruen var på ca. 7,9 millioner kroner.

Tone Sverdrup

Vigselsretten overføres fra tingrettene til kommunene

Stortinget har vedtatt å overføre vigselskompetansen fra tingrettene til kommunene, jf. lov 16. juni 2017 nr. 66 om endringer i ekteskapsloven og bustøttelova m.m. (oppgaveoverføring til kommunene). Øvrige vigslere beholder sin kompetanse som før. Endringen trer i kraft når Kongen bestemmer. Det nærmere tidspunktet er ikke fastsatt.

Endringen inngår i rekken av lovendringer for å sikre overføring av oppgaver til kommunene i forbindelse med kommunereformen, jf. Prop. 91 L (2016–2017). Proposisjonen er videre en oppfølging av Meld. St. 14 (2014–2015) Kommunereformen – nye oppgaver til større kommuner.

Stortingets endring av ekteskapsloven § 12 gir tre realitetsendringer som er av betydning. For det første fjernes henvisningen til «notarius publicus» fra bestemmelsens første ledd bokstav b. En rekke statlige tjenestemenn har i dag vigselskompetanse som notarius publicus. Dette er typisk dommere i tingrettene og i Oslo byfogdembete, Sysselmannen på Svalbard, norske utenrikstjenestemenn og Politimesteren i Øst-Finnmark. Om disse skal utføre vigsler i fremtiden, må det følge av et eget rettsgrunnlag.

Som følge av endringen i første ledd bokstav b har Stortinget for det andre vedtatt at det nå er «ordførere, varaordførere og kommunalt ansatte eller folkevalgte som kommunestyret selv gir slik myndighet» som skal kunne utføre slike vigsler. Dette innebærer at bare ordføreres og varaordføreres vigselskompetanse følger direkte av loven. Andre kommunalt ansattes eller folkevalgtes kompetanse vil følge av kommunestyrets beslutning med hjemmel i loven. Kommunestyret kan ikke delegerer denne beslutningskompetansen jf. ordlydens bruk av «selv», jf. også Prop. 91 L (2016–2017) punkt 9, merknaden til § 12. Det forutsettes videre i proposisjonen at kommunene til enhver tid skal ha god og tilgjengelig oversikt over hvem som har vigselsmyndighet i kommunen.

For det tredje følger det av loven at enkelte grupper nå får vigselskompetanse direkte med hjemmel i loven. I § 12 første ledd *bokstav c* er det nå presisert at utsendt utenrikstjenestemann skal ha vigselsmyndighet. Dette blir i og for seg som før, men myndigheten følger nå av loven siden norsk utenrikstjenestemann ikke lenger vil ha vigselskompetanse i kraft av å være notarius publicus. På samme måte endres første ledd *bokstav d* slik at også Sysselmannen på Svalbard får vigselsmyndighet direkte etter ekteskapsloven og ikke avledet av kompetansen som notarius publicus. Sysselmannen kan delegerer kompetansen skriftlig til andre ved kontoret.

I ny § 12 a blir det videre presisert at kommunene plikter å ha et tilbud om vigsel for «kommunens innbyggere». Det er i forarbeidene presisert at bostedsbegrepet tar utgangspunkt i folkeregistrert adresse og at det er tilstrekkelig at en av brudefolkene er registrert i den aktuelle kommunen. Om partene derimot (bare)

er vokst opp i kommunen, utløses ikke plikten til å tilby vigsel. Dette innebærer på den ene siden at populære feriedestinasjoner ikke får plikt til å sørge for vigsel til flere enn egne innbyggere. På den andre siden gir endringen kommunene kompetanse til å vie alle som oppfyller vilkårene for å inngå ekteskap i Norge uansett bosted. Dette gir en mulighet for kommunene til å tilrettelegge for en viss «vigselssturisme» om kommunene ønsker dette – eller bare generelt ha en romslig (ikke forskjellsbehandlende) praksis på dette området.

Dernest får kommunene etter § 12a kompetanse til å vie «personer som ikke er bosatt i Norge, men som fyller vilkårene for å inngå ekteskap i Norge». Lovbestemmelsene viser her til ulike vilkår som er gitt for å beskytte brudefolkene som f.eks. at de i utgangspunktet må være minst 18 år, at ekteskapet skal inngås frivillig, at de ikke er nære slektninger og at eventuelle tidligere ekteskap er oppløst. For å inngå ekteskap i Norge må i tillegg utenlandske statsborgere ha lovlig opphold i Norge på vigselsdagspunktet. Dette kan f.eks. være et turistvisum.

Katrine Kjørheim Fredwall

FAST EIENDOM

Hyttebygging på reindriftsareal – Høyesterettsdom 22. juni (HR-2017-1230-A)

En grunneier fikk gjennom reguleringsplan godkjent salg og bygging av 6 hyttetomter innenfor et reinbeitedistrikt. Tomtene lå i et område som var vår-, sommer- og høstbeite for reinen.

Reinbeitedistriktet mente at de nye hyttene ville føre til økt menneskelig aktivitet, støy og andre forstyrrelser for reindriften. Dette ville innebære en krenkelse av reindriftssamenes ekspropriasjonsrettslig vernede reindriftsrett i henhold til reindriftsloven § 4 tredje ledd:

«Ved inngrep i reindriftssamenes reindriftsrettigheter skal det ytes erstatning i samsvar med alminnelige ekspropriasjonsrettslige grunnsetninger.»

Reinbeitedistriktet mente at realisering av reguleringsplanen ikke kunne gjennomføres uten etter avtale med reinbeitedistriktet eller etter ekspropriasjon.

Grunneier mente at salget av de 6 hyttetomter lå innenfor grunneiers råderett etter reindriftsloven § 63 første ledd første punktum:

«Grunneier eller bruksberettiget må ikke utnytte sin eiendom i reinbeiteområde på en slik måte at det er til vesentlig skade eller ulempe for reindriftsutøvelse i samsvar med denne lov.»

Salget av de 6 hyttetomtene ville ikke innebære noen vesentlig skade eller ulempe for reindriften.

Reinbeitedistriktet var uenig og viste til at hyttene ville bli liggende i en sentral del av reinbeitedistriktet, og at § 63 første ledd første punktum ikke hjemlet en slik varig nedbygging av beitearealene. Bestemmelsen

i § 63 var en videreføring av bestemmelsen i § 15 i reindrifftsloven av 1978, og ifølge forarbeidene til denne omfattet ikke bestemmelsen tiltak som krever byggetillatelse etter plan- og bygningsloven.

Grunneieren forsto forarbeidene på en annen måte. En tillatelse til hyttebygging gitt etter plan- og bygningsloven, ville ikke være i strid med reindrifftsloven § 63 selv om det var til vesentlig skade og ulempe for reindrifften.

Grunneieren hadde i både tingretten og lagmannsretten fått medhold i at bygging av 6 hytter lå innenfor grunneiers råderett etter § 63 første ledd første punktum. I tingretten var det imidlertid dissens, idet en av meddommerne mente hyttetomtene som lå i et meget sentralt område for reindrifften, ville være til vesentlig skade. Grunneieren vant fram også i Høyesterett.

I domspremissene startet førstvoterende med å vise til at grunnlaget for reindrifftsretten er alders tids bruk og at det rettsstiftende grunnlag ikke er reindrifftsloven. Loven regulerer imidlertid reindrifftsrettens nærmere innhold i den utstrekning det ikke er etablert en mer omfattende rett basert på annet grunnlag. Fra reinbeitedistriktets side var det ikke påberopt at det forelå særrettigheter som rakk lenger enn de alminnelige rettigheter som var nedfelt i reindrifftsloven. Men Høyesterett fremhevet at reindrifftsretten «innebærer bruksrettigheter av en særlig karakter, blant annet ved at den omfatter store arealer og gjelder en særlig sårbar næring» (avsnitt 25). Denne saken gjaldt forholdet mellom reindrifftsrettigheter og grunneierens rett til utnyttelse av sin eiendom. «Det er således tale om privatrettslige rettigheter som står mot hverandre.» (avsnitt 26)

Reindrifftsrettighetene har et ekspropriasjonsrettslig vern etter reindrifftsloven § 4. Men ifølge Høyesterett var et vilkår for å yte erstatning etter denne bestemmelsen at det forelå et «inngrep». Spørsmålet om det forelå et inngrep reguleres nettopp av lovens § 63 første ledd første punktum.

Begge parter hadde påberopt seg forarbeidenes uttalelser vedrørende tillatelser gitt etter plan- og bygningsloven. Høyesterett mente at ingen av partenes forståelser av forarbeidene hadde støtte i lovens ordlyd eller i andre kilder. Førstvoterende uttalte:

«Jeg kan ikke se at noen av disse forståelsene har støtte i lovens ordlyd eller i andre kilder. Bestemmelsen i § 63 første ledd gjelder som påpekt det privatrettslige forholdet mellom grunneieren og innehavere av reindrifftsrettigheter. Plan- og bygningsloven regulerer det offentligrettslige forholdet mellom en grunneier eller annen rettighetshaver og myndighetene. Vedtak som gjelder dette forholdet, kan ikke i noen retning være avgjørende for reindrifftsutøvernes rettsstilling.» (avsnitt 35)

Etter § 63 måtte det foretas en konkret vurdering av om grunneiers utnyttelse av eiendommen er til «vesentlig skade eller ulempe» for reindrifftsutøvelsen. Retten siterer forarbeidene til bestemmelsen, og mente

at disse må forstås slik «at ikke ethvert tiltak som kan ha negativ virkning for utøvelsen av reindrifftsrettigheter, vil være til vesentlig skade eller ulempe»:

«Man må opp til en viss terskel før det foreligger vern etter bestemmelsen. Dette kan også sees slik at reindrifftsutøverne har en viss innrettingsplikt. Så lenge det ikke er tale om vesentlig skade eller ulempe, må man akseptere omlegginger av driften som blir nødvendig som følge av grunneiers tiltak.» (avsnitt 37)

Utgangspunktet for vurderingen var tiltakets virkning for reindrifftsutøverne, men vurderingen måtte samtidig innebære en interesseavveining opp mot grunneierens interesser, og retten viser til Selbuddommen, Rt-2001-769, på s. 816.

Høyesterett gjennomgikk behandlingen av reguleringsplanen som viste at hensynet til reindrifftsutøvelsen hadde stått sentralt. Den planlagte hyttebygging lå i et viktig område for reindrifften, og Høyesterett gjengir fra lagmannsrettens vurdering:

«Lagmannsretten legger, som tingretten, reindriftsdistriktet og Landbruks- og matdepartementet som fagdepartement for reindrifften, til grunn at området rundt Steinvatnet er et viktig område for reindrifften i Hjerttind reinbeitedistrikt. Der er beiteland, kalvingsland og oppsamlingsområde for rein, og det går trekk- og flyttleier i området, herunder trekk- og flyttlei på sørsiden av Steinvatn som binder sammen to områder som begge er viktige for reindrifften.» (avsnitt 45)

Selv om hyttetomtene lå i et viktig område for reindrifften, ville oppføring av hytte ikke være til vesentlig skade og ulempe for reindrifftsutøvelsen ifølge Høyesterett. Det var snakk om en begrenset utbygging, 6 hytter, og hyttene ville ha en enkel standard uten strøm, vann og kloakk. Det ville ikke bli opparbeidet vei til hyttene; parkering ville skje i et område utenfor det aktuelle reindrifftsområdet. Hyttene vil bli plassert mellom eksisterende hytter, to av dem bygget så tidlig som på 1920-tallet.

Høyesterett peker på faren for at mange, isolert sett små, tiltak samlet sett kan få alvorlige konsekvenser for reindriffts næringen. Dette ble også fremhevet og vurdert under arbeidet med reguleringsplanen, og Landbruks- og matdepartementet uttalte til reguleringsplanen at reindriffts arealbehov «bør vurderes ny, overordnet plan på regionalt nivå, der ulike sektors arealbehov avveies» (avsnitt 51). Førstvoterende uttalte:

«Slik jeg ser det, må problemene knyttet til gradvis utbygging håndteres på et politisk nivå. Ved den rettslige prøvingen etter reindrifftsloven § 63 må spørsmålet være om de nye hyttene, når de kommer i tillegg til de hyttene som er der fra før, innebærer at det oppstår en vesentlig skade eller ulempe for reindrifftsutøvelsen.» (avsnitt 52)

Høyesterett sluttet seg altså til tingrettens og lagmannsrettens vurderinger, men førstvoterende hadde denne tilføyelsen:

«Jeg finner grunn til å peke på at selv om [grunneier] har adgang til å bygge hytter, vil både han og senere kjøpere ha plikt til å ta særskilt hensyn til reindriften etter de prinsippene som følger av reindriftsloven § 63 første ledd og av de generelle reglene i reindriftsloven § 65 om ferdsel i område hvor rein beiter. Det vil innebære at man både i forbindelse med hyttebygging og senere må ta rimelig hensyn til reindriften, blant annet ved valg av tidspunkt og metode for transport til hyttene.» (avsnitt 56)

La meg slutt nevne at reinbeitedistriktet også anførte at rettigheter som samene har som urfolk og som er nedfelt i Grunnloven § 108, FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27 og ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14, jf. artikkel 8, måtte komme inn som et viktig reelt hensyn ved anvendelsen av de nasjonale reglene. Denne henvisning til Grunnloven og internasjonale regler blir ikke kommentert av Høyesterett.

Kirsti Strøm Bull

Litteratur

Thor Falkanger: *Tomtefesteloven med kommentarer*, Universitetsforlaget 2016. 239 sider

Toril G. Kjøllesdal, Thomas Andersen, Harald O. Sletner: *Tomtefesteloven med kommentarer*. Gyldendal Norsk Forlag AS 2016. 217 sider
Begge bøkene som kom siste halvår 2016, er kommentarutgaver, og de har tilnærmet samme oppbygging. Etter hver paragraf gis det en generell beskrivelse – en oversikt – før de enkelte bestemmelsene kommenteres.

Begge bøkene har fyldige henvisninger til andre rettskilder, men med litt ulik systematikk. Begge gir en skjematisk oversikt over alle forarbeidene til dagens lov, herunder til alle endringene. Lovgrunnen for endringene er ofte et viktig bidrag for å få en full forståelse av dagens regler. Den skjematiske oversikten hos Falkanger omfatter også forarbeidene til 1975-loven der disse fortsatt er relevante, mens Kjøllesdal m.fl. tar disse forarbeidene med i selve kommentarene. Når det gjelder rettspraksis har forfatterne valgt motsatt systematikk; Kjøllesdal m.fl. gir en skjematisk oversikt over domstolsavgjørelser, mens Falkanger omtaler de viktigste i selve kommentarene. Kjøllesdal m.fl. har også en systematisk oversikt over relevant litteratur.

Det såkalte engangsløftet – retten til å regulere én gang i samsvar med det som tvillaust er avtalt – ble ved lovendringen i 2015 fjernet fra Tomtefesteloven og plassert i endringsloven av 19.6.2015 (lov 63/2015). Dette begrunnet med at bestemmelsen er en overgangsregel siden alle før eller siden vil ha foretatt denne

første reguleringen etter tomtefestelovens ikrafttreden. Bestemmelsen er fortsatt særskilt viktig for den det gjelder, og det er mindre heldig at den har blitt litt bortgjemt. Det er derfor positivt at engangsløftet har fått plass i begge bøkene. Falkanger omtaler bestemmelsen under § 15, mens Kjøllesdal m.fl. har plassert sine kommentarer i et avsluttende kapittel.

Siden bøkene er kommentarutgaver gis det lite plass for problemstillinger som ikke er direkte berørt i lovteksten. Det er et savn siden praktisk viktige problemstillinger i begrenset grad er lovregulert. Et eksempel er punktbeste. Loven er i all hovedsak skrevet med tanke på arealfeste. Punktbeste er materielt regulert bare i § 16, første ledd, tredje punktum.

Eivind Bjøralt
Advokatfirmaet Thallaug

FORBRUKERRETT

Litteratur

Marte Eidsand Kjørven: *Ytelse av investeringstjenester til forbruker. Verdipapirrettslige, kontraktsrettslige og erstatningsrettslige krav til atferd*.

Universitetsforlaget, Oslo 2017. 300 sider

Boken bygger på forfatterens PhD-avhandling. Bokens hovedtema er kartlegging og analyse av utvalgte atferdsplikter for verdipapirforetak ved utføring av investeringstjenester for forbrukere, det vil si når forbrukerkunder handler eller investerer i finansielle instrumenter med verdipapirforetak som formidler eller kontraktsmotpart. Avhandlingen behandler krav til atferd ut fra verdipapirrettslige, kontraktsrettslige og erstatningsrettslige regler. Forfatteren behandler innholdet i, og forholdet mellom, verdipapirrettslige krav til god forretningsskikk og kontrakts- og erstatningsrettslige krav til faglig forsvarlig utføring av investeringstjenester. Blant rettsvirkningene av brudd på pliktene behandles bare erstatning, begrenset til spørsmålet om ansvarsgrunnlag. Sammenhengen mellom pliktbrudd og erstatningsansvar er et sentralt tema i boken.

Trygve Bergsåker

FORSIKRINGSRETT

Ansvarsforsikringsselskapets innsigelser ved et direktekrav fra skadelidtes forsikringsselskap – Høyesterettsdom 15. mai 2017 (HR-2017-958-A)

En bygning i Rauma kommune ble i juni 2011 total-skadet av brann. Brannen skyldtes grov uaktsom ildspåsettelse fra to unge menn. Bygningen var forsikret i Gjensidige, og Gjensidige utbetalte erstatning til byg-

ningens eier med kr. 6 710 280. I straffesaken mot skadevolderne ble Gjensidiges regresskrav mot skadevolderne tatt med, og de ble holdt erstatningsrettslig ansvarlig. Ansvar ble imidlertid lempet, slik at de sammen ble gjort ansvarlig for kr. 200 000, samtidig som den ene av dem ble ansvarlig for ytterligere kr. 300 000. Det kom ikke frem i straffesaken at skadevolderne var ansvarsforsikret i henholdsvis Sparebank 1 og If (i det følgende kalt selskapene). Hadde det vært fremme, ville ansvaret ikke ha blitt lempet og Gjensidige ville ha fått full dekning for sitt krav.

Etter at straffedommen var rettskraftig, reiste Gjensidige direktekrav mot selskapene for sitt samlede tap, og fikk medhold i tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.

Høyesteretts dom faller i tre deler. For det *første* vurderte Høyesterett om selskapene kunne påberope seg avgjørelsen av erstatningsspørsmålet i straffesaken mot skadevolderne etter reglene om avledet subjektiv rettskraft. Dette fant Høyesterett at de ikke kunne, se avsnittene 23-32.

For det *annet* vurderte Høyesterett om lempningen av skadevoldernes ansvar i den rettskraftige straffedommen kunne gjøres gjeldende på materielt grunnlag som erstatningsrettslig eller forsikringsrettslig innsigelse mot Gjensidiges direktekrav. Dette fant Høyesterett at selskapene ikke kunne, se avsnittene 33-46.

For det *tredje* vurderte Høyesterett selskapenes subsidiære grunnlag om at forsikringen i henhold til vilkårene bare dekket skadevolderne – de sikredes – tap, altså henholdsvis kr. 200 000 og kr. 500 000. Heller ikke på dette punkt nådde selskapene frem, se avsnitt 47.

I et overordnet plan er resultatet i dommen fullt akseptabelt. Hadde Gjensidige gjort jobben sin under straffesaken og undersøkt om skadevolderne hadde ansvarsforsikring, er det klart at skadevolderne ikke ville ha fått ansvaret sitt lempet. At dette ville ha vært situasjonen, var Gjensidige og selskapene enige om i saken (avsnitt 45), og Høyesterett bekrefter at dette er en riktig forståelse (avsnitt 46). Gjensidige ville i så fall ha fått full erstatning i straffedommen, slik de nå har fått i den etterfølgende erstatningsdommen mot selskapene.

Når Gjensidige ved eget forhold har stilt seg i en uheldig posisjon, er det imidlertid spørsmål om domstolene bør se det som sin oppgave å rette opp situasjonen. Jeg mener det er uheldig, særlig når Høyesterett tvinges inn i anstrengte resonnementer for å nå sitt resultat.

De tre forholdene som Høyesterett vurderte har en nær indre sammenheng. I det følgende legger jeg hovedvekten på det andre forholdet.

Som Høyesterett selv siterer fra Ot.prp. nr. 49 (1988-1989) (avsnitt 37), er direktekravsregelen tenkt som en regel som skal gi skadelidte «praktiske og prosessuelle fordeler», og «gjøre hans innkreving av erstatningsbeløpet vesentlig enklere». Materielt er det ikke meningen at regelen skal innebære vesentlige fordeler. Regelen betyr at skadelidte ikke behøver å holde seg

til skadevolder med sitt krav, men kan gå rett på ansvarsforsikringsselskapet. Dermed får skadelidte avklart både det erstatningsrettslige og det forsikringsrettslige spørsmålet i én sak. Her har Gjensidige valgt ikke å benytte denne «snarveien». Når Gjensidige holder seg til selskapene i henhold til reglene i FAL § 7-6 etter å ha fått en rettskraftig dom mot skadevolderne i erstatningssaken, gjør selskapet altså noe annet enn det lovgiveren har tenkt på da bestemmelsen ble gitt. Slik sett er det riktig som førstvoterende sier (avsnitt 39): Lovgiver har neppe tenkt på den spesielle situasjonen som her er oppstått.

Ved dommen mot skadevolderne har Gjensidige fått avklart skadevoldernes ansvar. Det erstatningsrettslige spørsmålet er sånn sett avgjort. Selskapene er etter forsikringsavtalen ansvarlig for skadevolders ansvar, noe som bekreftes i § 7-6 fjerde ledd første punktum, som fastslår at selskapet i et direkte søksmål kan gjøre gjeldende skadevolders erstatningsrettslige innsigelser. Hva som ligger i dette er nærmere forklart i NOU 1987:24 s. 160, der det bl.a. heter at «[s]elskapet kan ... også gjøre gjeldende at det bare kan bli tale om delvis ansvar, f.eks. fordi ansvaret [til skadevolder] kan begrenses eller lempes med hjemmel i avtale eller lov». Lovgiver har altså – i motsetning til det Høyesterett sier (avsnitt 39) – gitt et «entydig svar» på hva det betyr at selskapet kan gjøre gjeldende skadevoldernes erstatningsrettslige innsigelser.

Høyesterett gjør et poeng av (avsnitt 39) at det i NOU 1987:24 s. 159 heter at «kravet er skadelidtes fra forsikringstilfellets inntreden», og mener (avsnitt 40) at dette «står i en viss motstrid» til den siterte uttalelsen om at selskapet kan påberope seg at sikredes ansvar er lempet. Men Høyesterett unnlater å peke på at sitatet på s. 159 uttrykkelig knytter seg til selskapets forsikringsrettslige innsigelser, se i den forbindelse også § 7-6 fjerde ledd *annet punktum*, der det heter at selskapet kan gjøre gjeldende sine innsigelser overfor sikrede, «hvis ikke innsigelsene knytter seg til sikredes forhold etter at forsikringstilfellet er inntrådt». Sitatet har derfor ikke betydning for de erstatningsrettslige innsigelsene, se i den forbindelse også § 7-6 fjerde ledd *første punktum*, som ikke inneholder noen tilsvarende avgrensning mht. hvilke av skadevolders innsigelser mot kravet selskapet kan gjøre gjeldende. Det er følgelig ingen slik motstrid i uttalelsene i forarbeidene som Høyesterett konstruerer; tvert om gjengir forarbeidene lojalt lovtekstens løsninger.

Ut fra denne uriktige forståelsen av lov og forarbeider trekker Høyesterett den slutning (avsnitt 42) at selskapene ikke kan påberope seg lempningen av skadevoldernes ansvar, siden dette skjedde «etter at erstatningsansvaret er oppstått, og – dermed forsikringstilfellet – er inntrådt». Dette mener Høyesterett å finne støtte for i forsikringsrettslig teori, nemlig Arntzen, *Ansvarsforsikring* (avsnitt 43). Arntzen har imidlertid for øye en annen situasjon enn den denne saken gjelder, nemlig der det reises direktesøksmål mot ansvars-

forsikringsselskapet uten at skadevoldernes ansvar allerede er fastlagt i en rettskraftig dom. I en slik sak må retten naturligvis unnlate lempning, siden skadevolderne ikke ville ha hatt krav på å få sitt ansvar lempet når det er på det rene at kravet er dekket av deres ansvarsforsikring.

Når det gjelder det *første* forholdet, altså rettskraftsspørsmålet, må det være riktig som Høyesterett fastslår at tvistel. § 19-15 første ledd annet punktum ikke gir hjemmel for avledet subjektiv rettskraft i dette tilfellet. Forarbeidene åpner imidlertid for at reglene om avledet subjektiv rettskraft kan utvikles videre gjennom teori og rettspraksis og regulering i spesiallovgivningen. Holdepunkt for en slik utvikling for så vidt angår direktekrav i forsikring fant Høyesterett ikke (avsnitt 28), og heller ikke løsningen på andre områder støttet en utvidelse (avsnitt 29 og 30). Selskapene argumenterte for at dommen i straffesaken skulle ha «ensidig rettskraft» i forhold til Gjensidige (avsnitt 27) ved å gi dem adgang til påberope dommen som en ytre ramme for Gjensidiges direktekrav. Høyesterett fant imidlertid ikke grunn til å utvide området for avledet subjektiv rettskraft, hvilket nok gir mening hensett til Høyesteretts resultat i det materielle hovedspørsmålet.

Når det endelig gjelder det *siste* forholdet, gir selskapenes argumentasjon her inntrykk av å være en gjentakelse av det som er sagt under det andre forholdet, men med litt andre ord. Det er derfor ikke overraskende at Høyesterett – ut fra den løsningen retten var kommet til i det materielle hovedspørsmålet – helt kort avviste dette grunnlaget (avsnitt 47).

Hans Jacob Bull

IMMATERIALRETT

Opphavsrett

Utlevering av abonnementsopplysninger ved opphavsrettskrenkelser – Høyesteretts kjennelse i HR-2017-833-A (Scanbox)

Etter åndsverkloven (åvl.) § 56b, som ble innført i 2013, kan retten pålegge en tilbyder av elektroniske kommunikasjonstjenester å utlevere opplysninger som identifiserer innehaveren av abonnementer som er brukt ved en opphavsrettskrenkelse. I saken var det avdekket krenkelser fra åtte datamaskiner i løpet av en femdagers periode, og filmselskapet Scanbox Entertainment AS begjærte utlevering av abonnementsopplysninger av Telenor Norge AS. Mens Oslo tingrett ga Scanbox medhold i begjæringen, kom Borgarting lagmannsrett til motsatt resultat, og spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsretten hadde bygget på riktig rettsanvendelse når den kom til at begjæringen ikke kunne tas til følge. Tvistepunktet i saken gjaldt tolkningen av åvl. § 56b tredje ledd som bestemmer at for at begjæringen om utlevering av abonnements-

opplysninger skal tas til følge, må retten finne at hensynene som taler for utlevering veier tyngre enn hensynet til taushetsplikten og at ved vurderingen må hensynet til abonnenten veies mot rettighetshaverens interesse i å få tilgang til opplysningene, sett hen til krenkelsens grovhet, omfang og skadevirkninger.

Høyesterett slo først fast, med støtte i forarbeidene til § 56b, at bestemmelsen også får anvendelse på den teknologien som var anvendt i saken – den såkalte Bit Torrent-teknologien, som innebærer at brukeren ikke behøver tilgang til en enkelt datamaskin med den aktuelle filen, men kan hente forskjellige deler av den fra forskjellige datamaskiner til forskjellige tider (se også saken nedenfor). Videre ble det understreket, også med støtte i forarbeidene, at det må foretas en interesseavveining i det enkelte tilfellet, der rettighetshaverinteressene særlig må avveies mot personvern hensyn. I saken hadde Scanbox tatt til orde for at det i Bit-Torrent-tilfellene burde oppstilles en skjematisk og lett praktiserbar regel, ettersom det i disse tilfellene er umulig å føre bevis for krenkelsenes omfang. Anførselen ble blankt avvist av Høyesterett, blant annet fordi overtredelsens omfang var nevnt som et sentralt moment i forarbeidene, og at departementet uttrykkelig hadde imøtegått innspill fra høringsinstansene om at krav om omfang ville gjøre bestemmelsen virkningsløs. Det ble også vist til uttalelser i proposisjonen om at det ikke hadde vært meningen verken å heve eller senke terskelen for utlevering sammenliknet med gjeldende rett basert på alminnelige sivilprosessrettslige regler, jf. bl.a. Rt. 2010 s. 774 (Max Manus), omtalt i *Nytt i privatretten* 2010/3, der Høyesterett også uttalte at det må foretas en konkret interesseavveining i den enkelte sak. Derimot fant Høyesterett ikke grunn til å legge stor vekt på forarbeider og rettspraksis fra Sverige, ettersom de norske og de svenske reglene på dette punktet ikke er sammenfallende.

Vedrørende lagmannsrettens lovforståelse anførte Scanbox for Høyesterett at lagmannsretten uriktig hadde oppstilt krav om bevis for at krenkelsen hadde et visst omfang og begått feil ved å unnlate å drøfte personvern hensynet uttrykkelig. Høyesterett fant at lagmannsretten hadde tatt et korrekt rettslig utgangspunkt ved å vise til § 56b tredje ledd og ved uttrykkelig å nevne at det måtte foretas en konkret avveining. Ettersom omfanget og skadevirkningene var et sentralt moment i vurderingen, kunne det heller ikke være noen uriktig rettsanvendelse å kreve at det ble ført bevis for at det hadde skjedd overtredelser av et visst omfang. Høyesterett erkjente at lagmannsrettens kjennelse ikke inneholdt en uttrykkelig drøftelse av hvilken vekt personvern hensynene måtte tillegges i denne saken, men mente likevel ikke at dette var utslag av feil lovanvendelse. Lagmannsrettens lovtolkning måtte ses i sammenheng, og ettersom retten uttrykkelig hadde nevnt at det måtte foretas en konkret avveining av abonnentens og rettighetshaverens interesser, og at lagmannsretten uttrykkelig hadde vist at den var opp-

merksom på at personvern hensyn måtte trekkes inn i vurderingen, var det ingen feil i rettsanvendelse heller på dette punktet. Anken over lagmannsrettens kjennelse ble dermed forkastet.

Kjennelsen er den første Høyesterett avsier om tolkningen av åvl. § 56b. Den bekrefter at rettsstilstanden under denne bestemmelsen ikke er ment å skulle medføre en endring i de prinsipper som følger av tvistelovens regler om bevissikring, men viser samtidig at det er en terskel for å gjøre unntak fra taushetsplikten etter ekomloven § 2-9.

Ole-Andreas Rognstad

Ansvar for fildelingsplattformer –

EU-domstolens dom i sak C-610/15 (Ziggo)

Den senere tids rettspraksis fra EU-domstolen viser en klar tendens til at 'mellommannsansvaret' for krenkelser av opphavsrett på Internett, løses med grunnlag i regler om direkte inngrep i rettighetene. Tendensen ses tydelig i domstolens tilnærming til spørsmålet om lenker til ulovlig materiale som er lagt ut på Internett, jf. sak C-160/15 (GS Media), omtalt i *Nytt i privatretten* 2016/4, og C-527/15 (Filmspeler) der også salg av fysiske produkter som inneholder slike lenker ble løst på samme måte. Men den forsterkes ytterligere av EU-domstolens dom av 14. juni 2017 i Ziggo-saken. Mens det lenge har vært omdiskutert om lenking må anses som tilgjengeliggjøring av allmennheten, slik at lenker til ulovlig materiale må løses med grunnlag i regler om direkte opphavsrettsinngrep, og ikke medvirkningsbestemmelsene, har det vært en utbredt oppfatning at såkalte delingsplattformer ikke selv gjør opphavsrettsbeskyttet materiale tilgjengelig, men kan medvirke til andres ulovlige tilgjengeliggjøring. I rettssaken mot det svenske fildelingsnettverket The Pirate Bay (TPB) i Sverige bygget svenske domstoler symptomatisk nok TPBs ansvar på medvirkningsansvaret (se Svea Hovrätts dom i sak B 4041-09 av 26. november 2010).

EU-domstolens dom i Ziggo-saken, som også gjaldt spørsmålet om opphavsrettslig ansvar for Pirate Bay, ser ut til å kunne endre på dette. Partene i den nederlandske tvisten som førte til prejudisielle spørsmål for EU-domstolen, var riktignok internettleverandører (deriblant Ziggo) og rettighetshaverorganisasjonen Stichting Brein, idet sistnevnte hadde reist krav om blokkering av abonnentenes tilgang til TPB. Spørsmålene som ble stilt EU-domstolen var imidlertid om tjenester med TPBs karakteristika selv må anses for å overføre verk til allmennheten i henhold til opphavsrettsdirektivet (dir. 2001/29/EU) art. 3 og, hvis det ikke er tilfellet, om bestemmelsene om forbud mot mellommannshandlinger i opphavsrettsdirektivet art. 8(3) og direktivet om håndheving av immaterialrettigheter (dir. 2004/48/EU, ikke innlemmet i EØS-avtalen) art. 11 får anvendelse på denne type tjenester. Ettersom EU-domstolen besvarte det første spørsmålet bekreftende, var det ikke nødvendig å ta stilling til det siste.

Nettstedet TPB indekserer Bit-Torrent filer (jf. også saken ovenfor). Bit-Torrent er en såkalt protokoll, dvs. regler som bestemmer hvordan programmer og maskiner i datanettverk interagerer, som innebærer at filer som skal deles splittes opp i biter og slik sett ikke gjør det nødvendig å lagre filene på en sentral server. TPB lagrer med andre ord ikke filer selv, men indekserer informasjon som gjør at filene som deles mellom brukerne av nettstedet kan bli identifisert. Spørsmålet fra nederlandsk høyesterett (Hoge Raad) til EU-domstolen var på den bakgrunn om overføring til allmennheten av verk i opphavsrettsdirektivets forstand skjer der verket ikke er tilgjengelig på selve nettstedet, men der nettstedet opererer med et system der metadata om verk som er lagret på brukernes datamaskiner indekseres og kategoriseres, slik at brukerne kan finne og laste opp og ned verkene på det grunnlaget (dommens premiss 17).

Ved besvaring av spørsmålet viste EU-domstolen til sin tidligere praksis vedrørende tolkningen av uttrykket 'overføring til allmennheten' ('communication to the public') i opphavsrettsdirektivet art. 3(1). Et utgangspunkt for vurderingen er at et verk overføres til allmennheten der brukeren av et verk med full kjennskap til konsekvensene av sine handlinger gir sine kunder tilgang til et beskyttet verk, og spesielt der disse kundene ikke ville fått tilgang til verket, eller ville hatt vanskeligheter med det, uten den aktuelle handlingen (premiss 26). EU-domstolen uttalte i den forbindelse, med henvisning til sak C-527/15 (Filmspeler), at det er tilstrekkelig at et verk gjøres tilgjengelig på en slik måte at personer som utgjør allmennheten får tilgang til det fra det stedet og til den tid de velger selv (premiss 31). I den foreliggende saken var det riktignok slik at verkene ble gjort tilgjengelig av brukerne av delingsplattformen og ikke av plattformoperatøren (TPB) selv. Like fullt, bemerket EU-domstolen, sørget plattformoperatøren for at brukerne fikk tilgang til verkene ved at den – med full kunnskap om konsekvensene av sine handlinger – gjorde delingsplattformen tilgjengelig og ved å indeksere filene, slik at brukerne av plattformen kunne finne verkene og dele dem innenfor rammen av fildelingsnettverket (avsnitt 36). Slik sett måtte plattformoperatøren (TPB) anses for å gi brukerne tilgang til verkene og for å spille en vesentlig rolle ved å gjøre dem tilgjengelig. Ved spørsmålet om verkene kunne sies å gjøres tilgjengelig for *allmennheten*, trakk domstolen inn kravet fra tidligere rettspraksis om at de må gjøres tilgjengelig for en *ny* allmennhet, dvs. en allmennhet som ikke ble tatt i betraktning av rettighetshaverne da de ga tillatelse til den opprinnelige tilgjengeliggjøringen. I den forbindelse trakk EU-domstolen inn at plattformen ga tilgang til verk som var gjort tilgjengelig uten samtykke fra rettighetshaverne og at plattformoperatørene uttrykkelig hadde annonsert i flere forskjellige sammenhenger sin hensikt med å gjøre slike filer tilgjengelig og at de hadde oppfordret brukere til å lage kopier av

verkene. I alle tilfeller var det klart, ifølge EU-domstolen, at TPB ikke var uvitende om at plattformen ga tilgang til verk som var gjort tilgjengelig uten rettighetshavernes samtykke. Det ble også vektlagt at fildelingsplattformen har et kommersielt formål ved at plattformen genererer betydelige annonseinntekter. Av disse grunner måtte plattformen selv anses for å overføre verk i henhold til opphavsrettsdirektivet art. 3(1).

Dommen må anses som oppsiktsvekkende og går betydelig lenger i å fastslå direkte opphavsrettsansvar for fildelingsplattformer enn selv det generaladvokaten foreslo i samme sak, nemlig å begrense ansvaret til de situasjoner der plattformen har konkret og positiv kunnskap om de aktuelle filene. Tankene går utvilsomt til andre typer plattformer som – typisk – YouTube. Riktignok har utvilsomt den særlige innretningen til TPB mot fildeling av ulovlig materiale spilt en stor rolle for resultatet, men konsekvensene av domstolens resonnementer synes uoverskuelige. Det forhold at medvirkningsansvar ikke er harmonisert på EU-nivå, legger utvilsomt et press på reglene om direkte ansvar. Spørsmålet er likevel om EU-domstolen går for langt når tilrettelegging for verkstilgang i seg selv langt på vei er tilstrekkelig for å bli ansett som overføring til allmennheten. Saker om mindre opplagte tilfeller av illegitim atferd enn TPB er nok nødvendig for å få nærmere avklaring.

Ole-Andreas Rognstad

Patentrett

Litteratur

Torger Kielland: *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*.

Universitetsforlaget, 2017. 375 sider

Boken behandler den innholdsmessige patenterbarheten til informasjonsteknologi, definert som elektronisk basert teknologi som brukes til databehandling. Spørsmålet er hva som skal til for at informasjonsteknologi kan være en oppfinnelse som har teknisk karakter, jf. patentlovens § 1/EPO Art. 52. Spørsmålet har vært svært omdiskutert over lang tid, særlig spørsmålet om i hvilken grad patenterbarheten er avhengig av at databehandlingen får en fysisk manifestasjon. Denne boken er den første omfattende fremstillingen av temaet på norsk, og analysens dybde er enestående også i nordisk sammenheng.

Boken er en bearbeidet utgave av forfatterens Ph.D.-avhandling som ble forsvart ved det Juridiske Fakultet i Bergen i oktober 2014. Forordet oppgir at boken er oppdatert per 15. april 2017. Det vesentlige kildegrunnlaget for analysene er imidlertid fra før 2014. Som en god Ph.D.-avhandling skal, går boken til bunns i de teoretiske problemstillingene. Ikke desto mindre fungerer boken fint også som et oppslagsverk for prakti-

kere, ikke minst på grunn av kildelisten og analysen av praksis. Stoffet er systematisert med petitavsnitt og noteverk som gjør resonnementene i teksten tydelige, men likevel slik at praksis fra EPO og utenlandske domstoler er lett tilgjengelig i petitavsnitt og noter. I tillegg har Kielland både en teknisk forståelse og pedagogisk fremstillingsevne som gjør at nyanser i informasjonsteknologien som har betydning for den rettslige analysen blir forståelige også for lesere som ikke har samme tekniske innsikt.

Boken er delt i to hoveddeler, en teoretisk rettslig del og en konkret rettsanvendelsesdel. Som analytisk og pedagogisk grep, er dette svært vellykket. Den første, den rettsteoretiske delen, tar i et innledende kapittel 2 for seg informasjonsteknologi som faktisk og rettslig problem. Her fremstilles grunnleggende trekk i teknologien som er nødvendige for å forstå dikotomien mellom informasjon og maskin, altså hvordan dataprogrammer virker på datamaskiner. Videre gis det en oversikt over tilgrensende immaterielle rettigheter som kan beskytte aspekter av informasjonsteknologi.

Det analytiske kapitlet i bokens rettsteoretiske del, er grundig, systematisk og velskrevet. Forfatteren tar opp historiske utviklingslinjer i patentretten, med hovedvekt på utviklingen i og rundt EPO. Utgangspunktet er i norsk rett, men det finnes nesten ingen relevante norske kilder. Den norske patentloven er harmonisert med EPC, og praksis fra EPO er direkte relevant i norsk rett. Diskusjonen om hvordan patentretten har blitt utformet som følge av ulike konseptuelle tilnærminger til både lovregler og informasjonsteknologi har interesse også utover bokens tema. Analysen av de ulike tilnærmingerne til patenterbarheten av informasjonsteknologi, er komparativ, med gjennomgående perspektiver fra engelsk, tysk og amerikansk rett. Det gir bedre forståelse for unntaket fra patenterbarhet for datamaskinprogrammer i patentlovens § 1/ EPC artikkel 52. Denne diskusjonen gir også en nøkkel til forståelsen av EPOs praksis under EPC, og bidrar til å konkretisere kravet om «technical effect» slik det er forstått av EPO for informasjonsteknologiske oppfinnelser.

Særlig interessant er kapittel 4 om forholdet mellom kravet om teknisk karakter, og kravene til nyhet og oppfinneshøyde, jf. patentlovens § 2. Kielland viser hvordan disse størrelsene er innbyrdes avhengige, og elastisk avhengig av hvilken analytisk tilnærming en velger til spørsmålet om patenterbarheten av informasjonsteknologi.

Rettsanvendelsesdelen av boken tar for seg de to ulike tilnærmingerne til informasjonsteknologiske oppfinnelser: enten en fysisk tilnærming, det Kielland kaller et «maskinperspektiv» eller en tilnærming fokusert på selve datahåndteringen, et «informasjonsperspektiv». I kapittel 6 om maskinperspektivet går Kielland gjennom bakgrunnen for og metodikken i EPOs «any hardware approach». Frembringelser som kun består i datahåndtering på en datamaskin kan utgjøre

en oppfinnelse også i et maskinperspektiv, men for at oppfinnelsen skal oppfylle kravet til teknisk effekt, har EPO krevet en ytterligere teknisk effekt utover det at det går strøm gjennom kretsene i maskinen når den behandler data. Grensen for det patenterbare under «maskinperspektivet» trekkes etter Kiellands analyse mellom de oppfinnelser som retter seg mot en forbedring i selve maskinen, og oppfinnelser som bare retter seg mot en utnytting av maskinen. Denne grensen er svært skjønnsmessig og viser behovet for en analyse i et informasjonsperspektiv.

I kapittel 7 diskuteres patenterbarhet i et informasjonsperspektiv. Teoretisk knytter diskusjonen seg til det tradisjonelle skillet mellom abstrakte frembringelser, og oppfinnelser på det tekniske området. Kielland skiller mellom data som har en kognitiv funksjon og data som har en operasjonell funksjon for å konkretisere skillet. Med kognitive data mener han data som har et meningsinnhold som kun gir mening for en menneskelig mottaker, og håndtering av disse rammes fort av unntakene i patentl. § 1 annet ledd for metoder for utøvelse av forretningsvirksomhet eller spill. Håndtering av data som har en operasjonell funksjon gjelder implementeringen av datahåndteringen på datamaskinen, som hvordan dataene er formatert, eller hvordan datamaskinen for øvrig behandler data, som en datastruktur eller en algoritme. For denne formen for datahåndtering, er det unntakene for matematiske formler og dataprogrammer som det må avgrenses mot.

Spørsmålet om patenterbarhet ut fra et informasjonsperspektiv, er det mest kontroversielle i boken, og Kiellands diskusjon av det er et viktig bidrag til den juridiske diskusjonen. Boken som helhet er et viktig tilskudd til norsk (og nordisk) patentrettslig litteratur. Kiellands analyse er både dyp, systemfokustert og samtidig tilgjengelig. Ved å bryte ned diskusjonen i forhold til de tekniske eller systematiske trekene ved informasjonsteknologien, blir analysen ikke bare forståelig – også for de mindre teknisk innvidde, men også tidsrobust på et teknisk dynamisk område.

Inger B. Ørstavik

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Pant over landegrenser og domsmyndighet; lovvalg for pant i fordringer – Høyesterettsdom 28. juni 2017 (HR-2017-1297-A)

Dommen er viktig for den norske internasjonale privatretten så vel av metodologiske hensyn som av materielle grunner. Metodologisk bekrefter dommen at lovvalg skal foretas på grunnlag av faste regler for å sikre forutsigbarheten. Materielt formulerer dommen en lovvalgsregel for pant i fordringer, der tilknytningsfaktoren er pantsetterens hjemland. I dommen drøftes videre det såkalte konkursunntaket i Luganokonvensjonen og det konkluderes med at Luganokonvensjonen

ikke kommer til anvendelse når en sak om pant reises i forbindelse med konkurs. Det er tvilsomt om denne delen av dommen er i overensstemmelse med EU-domstolens tolkning av den parallelle bestemmelsen i Brussel I-forordningen, som norske domstoler bør ta hensyn til ved tolkning av Luganokonvensjonen. Dommens argumentasjon for forankring av norsk domsmyndighet er basert på en tolkning av tvisteloven § 4-3 som er videre enn den tolkningen som Høyesterett nylig argumenterte for i Rt. 2015 s. 1040.

Spørsmålene for Høyesterett var om norske domstoler har domsmyndighet, og i så fall hvilket lands rett som skal anvendes, i en sak anlagt av et norsk konkursbo mot en utenlandsk panthaver.

Panthaveren, den nederlandske banken ING, var agent for en rekke långivere som hadde gitt lån til Bergen Bunkers-konsernets morselskap i Danmark. Bergen Bunkers AS, hvis konkursbo innledet den aktuelle saken, var ett av konsernselskapene som benyttet seg av ING's finansiering til morselskapet. Bergen Bunkers ga ING sikkerhet i form av pant i sine kundefordringer. Sikkerhetsavtalene inneholdt en lovvalgsklausul til fordel for engelsk rett. Spørsmålet for Høyesterett var om norske domstoler har domsmyndighet til å avgjøre om ING hadde gyldig pant i Bergen Bunkers' kundefordringer og derved nøt rettsvern i konkurssammenheng. For det tilfelle at norske domstoler har domsmyndighet, var spørsmålet om pantets gyldighet og virkninger var underlagt engelsk rett, slik panteavtalen stipulerte, eller norsk rett.

Spørsmålet om domsmyndighet må løses på grunnlag av tvisteloven § 4-3 til 4-8 ettersom konkursloven § 145 om tingrettens saklige kompetanse ikke gjelder internasjonal domsmyndighet, jf. Rt. 2004 s. 1018. For sivile og kommersielle saker med internasjonal karakter og der saksøkte er bosatt i et konvensjonsland, løses spørsmålet på grunnlag av Luganokonvensjonen, jf. tvisteloven § 4-8 og Luganokonvensjonen artikkel 1. Luganokonvensjonen er parallell med EU Brusselkonvensjonen, som ble avløst av Brussel I-forordningen. Etter protokoll 2 til Luganokonvensjonen bør norske domstoler ved tolkning av Luganokonvensjonen ta hensyn til rettspraksis om Brussel I-forordning. Det bør her nevnes at Brussel I-forordningen ble endret med virkning fra 2015 (forordning 1215/2012), mens Luganokonvensjonen ikke ble endret tilsvarende. De bestemmelsene som er relevante her ble imidlertid ikke endret, derfor gjelder parallellismen som er statuert i protokoll 2 fullt ut. Høyesterett uttalte i avsnitt 37 at «det er sikker rett at EU-domstolens avgjørelser er en tungtveiende rettskilde».

Luganokonvensjonens anvendelsesområde er angitt i artikkel 1, som angir enkelte områder der konvensjonen ikke skal anvendes. Blant disse er det såkalte konkursunntaket nedfelt i artikkel 1 nr. 2 bokstav b. Konvensjonen gjelder således ikke «konkurs, avvikling av insolvente selskaper, foreninger og stiftelser, offentlige gjeldsforhandlinger (akkord) og liknende ordninger».

Spørsmålet for Høyesterett var om konkursunntaket anvendes på begge krav som var fremmet av konkursboet: At ING ikke hadde pant, og at et eventuelt pant kan omstøtes. Høyesterett viste til EU-domstolens praksis og bekreftet at ikke alle spørsmål som oppstår under konkursbehandling omfattes av konkursunntaket. Konkursunntaket omfatter kun insolvenstypiske spørsmål, og vurderingen må foretas for hvert enkelt krav. Høyesterett viste til EU-domstolens sak 133/78 (*Gourdain mot Nadler*), som riktignok dreide seg om fullbyrdelse av dommer, der det heter at unntaket anvendes «når [sakene] direkte udspringer af konkurser og er [...] i snæver forbindelse med en sag om konkurs». Basert på dette viste Høyesterett kort til at omstøtelse bare skjer i konkurs og bygger på insolvensrettslige regler, og at kravet om omstøtelse derfor omfattes av konkursunntaket. Spørsmålet om pantets gyldighet derimot beror ikke på «hva man naturlig vil kalle eksklusivt insolvensrettslige regler» (avsnitt 56). Likevel konkluderte Høyesterett med at også dette spørsmålet omfattes av konkursunntaket. Argumentasjonen er basert på at pantets gyldighet er et sentralt spørsmål i insolvensbehandlingen, og derfor har en annen karakter enn for eksempel spørsmålet om hvorvidt boet kan gjøre gjeldende en fordring. Dette mener Høyesterett må antas å ligge til grunn i EU-domstolens nevnte sitat » i snæver forbindelse med en sag om konkurs». Det ville etter Høyesteretts mening være retts teknisk u hensiktsmessig å skille spørsmålet om pantets gyldighet fra resten av insolvensbehandlingen. Denne tolkningen av konkursunntaket synes å være videre enn det som EU-domstolens rettspraksis gir grunnlag for.

Etter å ha slått fast at begge spørsmål omfattes av konkursunntaket, la Høyesterett til at formålsbetraktninger relatert til Luganokonvensjonen samt reelle hensyn syntes ikke nødvendigvis å innebære at Luganokonvensjonen ikke anvendes på de kravene som faller inn under konkursunntaket. Høyesterett antydte således, dog uten å ta uttrykkelig standpunkt, at det kan innfortolkes en implisitt regel i Luganokonvensjonen om at konkurslandets domstoler har domsmyndighet når konkursunntaket anvendes. Det synes ikke å være grunnlag for en slik tolkning. Hvis konkursunntaket kommer til anvendelse, faller saken utenfor Luganokonvensjonens anvendelsesområde, og spørsmålet må derfor avgjøres etter de øvrige vernetingsregler i domstolens rett som da kommer til anvendelse. For domstoler i EU-land fører dette til anvendelse av Insolvensforordningen, som inneholder en vernetingsregel til fordel for konkursdomstolen. Det er altså Insolvensforordningen som fører til at konkurslandets domstoler har domsmyndighet, ikke konkursunntaket. I Norge gjelder ingen konvensjon tilsvarende insolvensforordning, og konkursloven § 145, som ville gi tilsvarende hjemmel for norsk domsmyndighet, gjelder ikke internasjonal domsmyndighet inntil endringen ved LOV-2016-06-17-55 trer i kraft. Internasjonal

domsmyndighet reguleres derfor av tvisteloven § 4-3 dersom Luganokonvensjonen ikke kommer til anvendelse. Etter Høyesteretts syn er de ovennevnte momenter tilstrekkelig til å anse tilknytningskriteriene i § 4-3 som oppfylt. Høyesterett synes derved å innta en mer fleksibel holdning til § 4-3 enn det den gjorde i Rt. 2015 s. 1040. I Rt. 2015 s. 1040 ble det uttalt at § 4-3 gir svært lite rom for skjønn. Utgangspunktet bør være at norske domstoler ikke har jurisdiksjon om det ikke kan påvises vernetning etter tvisteloven § 4-4 til 4-6 eller ved annet hjemmel. Denne restriktive tolkning av tvisteloven § 4-3 fortjener etter mitt syn støtte av hensyn til forutsigbarhet.

Spørsmålet om lovvalg for pantets gyldighet og rettsvern må besvares på grunnlag av ulovfestet rett. Her viste Høyesterett til Rt. 2009 s. 1537 og Rt. 2011 s. 531 og bekreftet deres moderne tilnærming. Begge disse dommene (og også HR-2016-1251-A) hadde gitt uttrykk for at lovvalget bør foretas med utgangspunkt i faste regler, og at EU-forordningene Roma I og Roma II har betydelig vekt i denne sammenhengen. Høyesterett sluttet seg i denne saken til denne tilnærmingen og gikk enda et skritt videre. Det finnes ikke faste regler om lovvalg for pant i fordringer, hverken i norsk rett eller i EU-retten. Høyesterett falt ikke tilbake til den gammeldagse individualiserende metode, slik de nevnte dommer hadde antydte at man kunne gjøre i fravær av faste norske regler eller EU-regler. Av hensyn til forutsigbarhet argumenterte Høyesterett for at det bør formuleres en fast tilknytningsfaktor som gjelder for typetilfeller. Denne tilnærming fortjener støtte. En fast tilknytningsfaktor har utgangspunkt i det som antas å være den nærmeste tilknytning for typetilfellet. Derved er prinsippet om den nærmeste tilknytning, som den kjente Irma Mignon-formelen bygger på, ivaretatt – dog på en objektiv og forutsigbar måte fremfor på grunnlag av en konkret helhetsvurdering uten overføringsverdi, slik den individualiserende metode forutsatte. Høyesterett konkluderte med at pant i fordringer har sin nærmeste tilknytning til pantsetterens hjemland. Selv om denne løsningen ikke har fått enstemmig tilslutning i litteraturen som tilknytningsfaktor for pant i fordringer, fortjener løsningen etter mitt syn støtte.

Giuditta Cordero-Moss

KONKURRANSERETT

Anbuds-/prosjektsamarbeid – Høyesterettsdom 22. juni 2017 (HR-2017-1229-A)

Ski Taxi SA, Follo Taxi SA, Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/Konkurransetilsynet

Høyesterett avsa 22. juni 2017 dom i tvisten Ski Taxi SA, Follo Taxi SA og Ski Follo Taxidrift AS mot Staten v/Konkurransetilsynet. Høyesterett i avdeling kom enstemmig til at samarbeidet mellom taxisentralene

Ski Taxi og Follo Taxi om å inngi felles tilbud til Oslo Universitetssykehus («OUS») gjennom det felleseide selskapet Ski Follo Taxidrift i to anbudskonkurranser om pasienttransport, hadde konkurransebegrensende «formål», jf. konkurranseloven (lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger) § 10 første ledd. Taxiselskapenes anke ble derved forkastet og samarbeidet funnet i strid med bestemmelsen.

Konkurranseloven § 10 forbyr konkurransebegrensende samarbeid. Bestemmelsen svarer til EØS art. 53 og TEUV art. 101 og skal tolkes og anvendes på tilsvarende måte. Første ledd forbyr samarbeid mellom foretak som har til «formål eller virkning» å hindre konkurransen. Dersom et samarbeid har konkurranseskadelig «formål» er det ikke nødvendig å analysere og påvise konkrete konkurransebegrensende virkninger. Formålsalternativet er reservert de mest alvorlige og typisk konkurranseskadelige samarbeidsformene som kartellvirksomhet. Slike ulovlige samarbeid sanksjoneres ofte med sivilrettslige bøter/overtredelsesgebyr. Av bestemmelsens tredje ledd følger en unntaksbestemmelse hvorefter forbudet likevel ikke får anvendelse på samarbeid som er nødvendig for å realisere effektivitetsgevinster som oppveier de negative virkningene av svekket konkurranse.

Konkurransetilsynet har prioritert håndheving av anbuds- og prosjektsamarbeid og vel halvparten av alle overtredelsesvedtakene etter konkurranseloven § 10 har omhandlet slike samarbeidstilfeller. I februar 2014 utga Konkurransetilsynet også en «Veiledning om prosjektsamarbeid» som beskriver hvordan tilsynet vil anvende forbudet. Selv om veiledningen ikke gikk like langt som det sterkt kritiserte utkastet fra 2012, gir også den endelige versjonen uttrykk for en meget vid anvendelse av formålsalternativet i konkurranseloven § 10 første ledd. Høyesteretts dom 22. juni 2017 kan ses som en tilslutning til en slik ekspansiv rettsanvendelse.

Sakens bakgrunn var som følger: Høsten 2010 utlyste OUS anbudskonkurranse om kjøp av pasientreiser i Oslo og deler av Akershus. For områder i Follo innga Ski Follo Taxidrift tilbud på vegne av de to taxisentralene. Da det ikke ble inngitt andre tilbud avlyste OUS konkurransen og utlyste ny konkurranse der Follo ble inndelt i mindre områder. To andre foretak ga da også tilbud. OUS inngikk rammeavtale med Ski Follo Taxidrift og taxisentralene på andre prioritert.

Konkurransetilsynet iverksatte etterforskning etter henvendelse fra OUS. I juli 2011 fattet tilsynet vedtak (V2011-12) om at taxisentralenes felles tilbud i anbudskonkurransene var i strid med konkurranseloven § 10. Tilsynet mente at taxisentralene hadde reell mulighet til å inngi separate tilbud og at det var tale om samarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter om pris, kvalitet og kapasitet. Konkurransetilsynet kom derfor til at «*det aktuelle anbudssamarbeidet må anses å ha et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 første ledd. Det er derfor ikke*

nødvendig å påvise en konkurransebegrensende virkning.» (avsnitt 106) Unntaksvilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd var ikke oppfylt. Ski Follo Taxidrift, Follo Taxisentral og Ski Taxi ble ilagt overtredelsesgebyr på henholdsvis NOK 2,2 millioner, NOK 400 000 og NOK 250 000.

Selskapene brakte vedtaket inn for domstolene. I dom 8. februar 2013 opphevet Follo tingrett (sak 11-202508TVI-FOLL) vedtaket. Tingretten kom til at den ene taxisentralen ikke kunne inngitt selvstendig bud i anbudskonkurranse 1. Sentralene var derfor ikke konkurrenter og samarbeidet var ikke rammet av forbudet. Når det gjaldt anbudskonkurranse 2 kom retten til at samarbeidet ikke hadde påvirket konkurransen merkbart og at heller ikke det var rammet av forbudet.

I ankesaken kom Borgarting lagmannsrett til at konkurranseloven § 10 var overtrådt i begge anbudskonkurransene. Lagmannsretten kom til at taxisentralene kunne inngitt separate bud i begge konkurransene. Etter lagmannsrettens oppfatning er det «*som hovedregel ikke er tillatt for konkurrenter å samarbeide om å innlevere et felles tilbud i en anbudskonkurranse.*» Lagmannsretten kom til at inngivelsen av felles tilbud hadde konkurransebegrensende «formål» etter konkurranseloven § 10 da samarbeidet var «egnet til å være konkurransebegrensende». Vilkårene for unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd ble ikke ansett oppfylt.

Taxiselskapene anket til Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg tillot anken fremmet og forhandlingene ble begrenset til spørsmålet om samarbeidet hadde konkurransebegrensende «formål». Da konkurranseloven § 10 svarer til EØS artikkel 53 anmodet Høyesterett EFTA-domstolen om rådgivende tolkningsuttalelse, jf. domstoloven § 51 a.

22. desember 2016 avga EFTA-domstolen tolkningsavgjørelse (sak E-3/16). EFTA-domstolen uttalte blant annet at «[s]iden inngivelsen av felles tilbud omfatter prisfastsettelse, som er uttrykkelig forbudt etter *EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, vil undersøkelsen av den økonomiske og rettslige sammenheng kunne begrenses til det som er helt nødvendig for å klargjøre at det foreligger en formålsrestriksjon. En slik undersøkelse vil imidlertid kreve en vurdering, om enn mindre inngående, av om partene i en avtale er faktiske eller potensielle konkurrenter, og om den felles fastsettelse av prisen som ble tilbudt anskaffelsesmyndigheten, utgjør en tilknyttet begrensning.*»

Betydningen av EFTA-domstolens tolkningsuttalelser ble for øvrig omhandlet i Høyesteretts plenumsavgjørelse i «Holship-saken» fra desember 2016 (HR-2016-2554). Førstvoterende (dommer Skoghøy) fremhevet da at selv om EFTA-domstolens tolkningsuttalelser bare er «rådgivende» må de nasjonale domstolene normalt følge EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten og kan ikke fravike en tolkningsuttalelse uten at det foreligger «særlige grunner» som ble presisert til «gode og tungtveiende grunner» (avsnitt 77). At Høyesteretts avgjørelse i denne saken er nært knyt-

tet til EFTA-domstolens tolkningsuttalelser er således ikke uventet, jf. også uttalelsene om vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i Rt. 2000 s. 1811 Finanger I.

Med referanse til EFTA-domstolens tolkningsavgjørelse uttalte førstvoterende (dommer Falch) innledningsvis blant annet at «formålskriteriet er et objektivt begrep», at det ikke er tilstrekkelig at et samarbeid er «egnet til» å begrense konkurransen, men at formålskriteriet krever at det må «fremstå tilstrekkelig skadelig for konkurransen» slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene, og at det ved bedømmelsen skal tas hensyn til innholdet i samarbeidsavtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen den inngår i. (avsnitt 38-40) Disse utgangspunktene er ukontroversielle, og i tråd med EU-domstolens seneste praksis på området.

Høyesteretts videre begrunnelse for at taxisentralenes samarbeid om inngivelse av felles tilbud i anbudskonkurransene hadde konkurranseskadelig «formål» består grovt regnet av fem elementer.

Først uttalte Høyesterett at det var «klart at et anbudssamarbeid, som det vi her står overfor, er skadelig for konkurransen» (avsnitt 46). Høyesterett viste til at lagmannsretten hadde fastslått at begge taxiselskapene kunne ha inngitt tilbud alene i begge anbudskonkurransene og at lagmannsretten derfor konkluderte med at Ski Taxi og Follo Taxi var «potensielle konkurrenter» (avsnitt 43). Høyesterett forklarte at når to aktører hver for seg har mulighet til, eller lett kan skaffe seg mulighet til, å inngi tilbud til en oppdragsgiver i en anbudskonkurranse, vil de utsette hverandre for et konkurransepress. (avsnitt 44). At Ski Taxi og Follo Taxi var mindre aktører kunne ikke være avgjørende. Blant annet måtte de være klar over at det neppe fantes mange andre konkurrenter i Follo. (avsnitt 46)

Til dette kan bemerkes at ikke all konkurrentsamarbeid som begrenser konkurransen *inter partes* subsumeres under formålsalternativet. En slik rettsanvendelse vil medføre en rettslig likestilling av ren kartellvirksomhet med bredere fellesvirksomhet og «pool-avtaler» om eksempelvis produkt-/tjenesteutvikling, ressursutnyttelse, produksjon, drift av fellesoppgaver, distribusjon eller kommersialisering. Allokering av konkurrentsamarbeid som ikke er begrenset til felles salg eller koordinering av sentrale konkurranseparametere til formålskriteriet vil føre til at en rekke konkurransefremmende samarbeid forbyr, sanksjoneres og avskrekkes. At et bredere konkurrentsamarbeid leder til i et felles bud i en anbudskonkurranse betyr heller ikke at formålsvilkåret er oppfylt. I EU-kommisjonens retningslinjer om horisontalt samarbeid ([2011] OJ C 11/1), avsnitt 160 uttrykkes det derfor at samarbeid om felles produksjon mellom konkurrenter ikke representerer et konkurransebegrensende formål selv om både pris og mengde fastsettes i fellesskap. Et slikt samarbeid skiller seg

fra samarbeid i form av budgivingsunnlatelser, budrotasjonsordninger, «cover bids» og liknende anbudssamarbeidstyper som savner noen annen rasjonell begrunnelse enn konkurranseskade (se f.eks. Rt. 2012 s. 1556 Gran og Ekran). At Ski Taxi og Follo Taxi måtte være klar over at det neppe fantes mange andre konkurrenter i Follo er videre snarere et moment i en konkret virkningsanalyse enn en omstendighet som tilsier at samarbeidet er konkurransebegrensende etter sin art. Her tilkommer at Konkurransetilsynet i andre sammenhenger har erkjent at det i noen anbudsmarkeder kan være sterk konkurranse selv om det er få aktører (se f.eks. Konkurransetilsynets vedtak V2015-31, *Aleris – Teres* og V2016-5, *Sogn og Fjordane fylkeskommune – Torghatten*).

Høyesterett viste videre til at «formålet med selskapenes anbudssamarbeid objektivt sett var å begrense konkurransen, underbygges av de dokumentene som etablerer samarbeidet – en strategiplan fra 2009 og en aksjonæravtale fra 2007.» Høyesterett forklarte at Lagmannsretten hadde bygget på at det følger av disse at formålet med å inngi felles tilbud var å styrke markedsposisjonen, blant annet ved å begrense konkurransen mellom de samarbeidende selskapene. (avsnitt 47) Det er imidlertid ikke opplagt holdbart å slutte noe om et «objektivt» formål med inngivelsen av felles bud i 2010 fra dokumenter som etablerte det opprinnelige samarbeidet i 2007 og 2009. Og selv om Lagmannsretten bygget på at felles bud ville begrense konkurransen «mellom de samarbeidende selskapene» er det som nevnt ikke slik at ethvert samarbeid som begrenser konkurransen mellom partene tilordnes formålskriteriet i konkurranseloven § 10. (Se og Cyril Ritter: «Joint tendering under EU competition law» (<https://ssrn.com/abstract=2909572>), som også er kritisk til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse).

Når det gjaldt foretakenes argumentasjon om betydningen av at anbudssamarbeidet skjedde åpent, var Høyesterett «enig i at det som regel vil være lettere å konstatere at det foreligger et konkurransebegrensende formål hvis anbudssamarbeidet er holdt skjult.» (avsnitt 48) Førstvoterende fremholdt videre at «det faktum at anbudssamarbeidet var åpent, endrer ikke at dette like fullt skadet konkurransen på de måter som jeg har beskrevet. En konkurrent ble eliminert – i den rettslige og økonomiske sammenhengen jeg har redegjort for. Etter min mening fratar derfor ikke åpenheten dette anbudssamarbeidets karakter av, objektivt sett, å ha et konkurransebegrensende formål.» (avsnitt 49) For anvendelsen av forbudet mot konkurranseskadelig samarbeid spiller det i utgangspunktet ingen rolle om et samarbeid skjer åpent eller skjult. Kartellvirksomhet er selvsagt forbudt selv om det annonseres for alle og enhver og konkurransefremmende avtaler er lovlige selv om de er konfidensielle. At det er en faktisk korrelasjon mellom skjulte og ulovlige og åpne og lovlige anbudssamarbeid er en annen sak. Gitt Høyesteretts inngang om at anbudssamarbeidet allerede var funnet

å ha karakter av en formålsrestriksjon, er det lite å innvende mot begrunnelsen for at åpenheten ikke ble tillagt betydning.

Foretakene hadde videre gjort gjeldende at deres objektive formål var å tilby etterspurt kapasitet på en måte som innebar en hensiktsmessig sammenslåing av ressurser. Heller ikke denne argumentasjonen fikk tilslutning. Høyesterett henviste til EFTA-domstolens rådgivende avgjørelse og påpekte blant annet at «det at partene fastsetter en felles pris (...) er uttrykkelig forbudt i konkurranseloven § 10 første ledd bokstav a». Eksempellisten i § 10 første ledd definerer imidlertid ikke virkeområdet til formålsalternativet da en slik tolkning ville gjøre virkningsalternativet betydningsløst. Det er ikke slik at ethvert samarbeid som innebærer felles prisfastsettelse utgjør en formålsovertredelse og det er for øvrig heller ikke EU-kommisjonens «policy», jf. ovenfor om uttalelsene i de horisontale retningslinjene. Videre viste Høyesterett til at effektivitetsgevinster må bedømmes etter tredje ledd, med den implikasjonen av et samarbeids effektivitetsgevinster er irrelevant for skillet mellom formåls- og virkningsrestriksjoner. At en eventuell nettovirkningsavveining skal skje etter unntaksbestemmelsen i tredje ledd er på det rene. Effektivitetsgevinster kan likevel komme inn i en kontekstuell formålsvurdering, se f.eks. EU-domstolens avgjørelse sak C-234/89, *Delimitis & Henninger Bräu*. Høyesteretts skille mellom positive økonomiske virkninger som det erkjennes kan tillegges vekt i en kontekstuell formålsvurdering og effektivitetsgevinster som avskrives betydning, er videre vanskelig å forstå. Høyesterett synes å anerkjenne at et mål om bekjempelse av det såkalte «gratispassasjerproblemet» er relevant ved anvendelsen av formålskriteriet (med henvisning til EU-domstolens avgjørelse i C-67/13, *Cartes Bancaires*), mens mulige effektivitetsgevinster skal være av en annen karakter og kan ikke trekkes inn i vurderingen. Til det kan påpekes at Konkurransetilsynet i sin *Veiledning om anvendelse av konkurranseloven § 10 – bindende videresalgspriser* nettopp viser til at bindende videresalgspriser vil kunne bøte på «gratispassasjerproblemet» ved at forhandlerne gis et ekstra insentiv til å investere i og tilby ekspertise/service til kundene – og derved utgjøre en relevant effektivitetsgevinst under konkurranseloven § 10 tredje ledd.

Avslutningsvis tok Høyesterett stilling til selskapenes anførsel om at den felles prisfastsettelsen utgjør en nødvendig «tilknyttet begrensning». EFTA-domstolen hadde uttalt at det også måtte vurderes om fastsettelsen av felles pris utgjør en tilknyttet begrensning. Det er på det rene at avtalte restriksjoner som er nødvendige for gjennomføringen av ikke-konkurransebegrensende samarbeid (såkalte «ancillary restraints»), ikke er i strid med forbudet, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-382/12, *MasterCard mot Kommisjonen*. Høyesterett avviste anførselen med den begrunnelse at «Anbudssamarbeidet var, i dette

tilfellet, etter sin art konkurransebegrensende. Det foreligger derfor ingen lovlig hovedvirksomhet som prisfastsettelsen er direkte knyttet til.» Doktrinen om «ancillary restraints» fremstår med det, og tross EFTA-domstolens fremheving, blottet for enhver praktisk betydning i denne typen saker.

Distinksjonen mellom alternativene konkurransebegrensende formål og virkning har vært omdiskutert i de senere årene, og EU-domstolens tilnærming har ikke vært helt konsekvent. I sak C-67/13, *Cartes Bancaires* slo Domstolen imidlertid fast at formålsskategorien måtte fortolkes snevert (prem. 58), noe som er gjentatt i sak C-345/14 *Maxima Latvija* prem. 18 der det heter at den: «must be interpreted restrictively and can be applied only to certain types of coordination». Domstolen har med dette understreket at det bare er de mest alvorlige formene for samarbeid som henføres til formålsskategorien og derfor er ulovlige uten at det er nødvendig å påvise en potensiell konkurransebegrensende virkning. Både EFTA-domstolen og Høyesterett beveger seg således på tvers av utviklingen i EU-retten. Hensynet til homogen rettsanvendelse tilsier at det er EU-domstolens kategorisering som bør være avgjørende. (Se mer allment Halvard Haukeland Fredriksen: «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen? – noen betraktninger om størrelsen 'gjeldende EØS rett'», TfR 2010 s. 247–287 og replikkveksling med Ole Andreas Rognstad i TfR 5/2011 og TfR 3/2012)

For lovligheten av det konkrete samarbeidet spilte distinksjonen formål/virkning imidlertid neppe noen rolle. Så lenge det påvises at partene hver for seg kunne ha løftet kontrakten, betyr dette at i det minste en potensiell konkurranse dem imellom er eliminert. På denne bakgrunn kan en si at prosjektsamarbeid mellom konkurrenter etter omstendighetene kun krever en begrenset virkningsanalyse, uten at det av den grunn er riktig å si at samarbeidet har konkurransebegrensende formål. Samtidig dreide saken seg strengt tatt ikke bare om et samarbeid om ett konkret prosjekt, men om et varig logistikk- og salgssamarbeid gjennom et aksjeselskap. Rammene for saken kunne derfor ha vært trukket videre enn bare de to anbudskonkurransene som ble vurdert.

Høyesteretts dom representerer en ekspansiv tolkning og anvendelse av formålsalternativet i konkurranseloven § 10 første ledd. Implikasjonen synes å være at det som et utgangspunkt er forbudt for konkurrenter å samarbeide om å innlevere et felles tilbud i en anbudskonkurranse. Denne forståelsen vil etter vår oppfatning kunne avskrekke samarbeid utover det hensynene bak kartellforbudet tilsier. En enda videre mulig implikasjon er at det som et utgangspunkt er forbudt for konkurrenter å inngå ethvert samarbeid som innebærer felles prisfastsettelse – også utenfor anbudssituasjonene, hvilket er direkte i strid med EU-konkurranseretten. Når samarbeid blir plassert i formålsskategorien gjør det det også vanskelig for foretak

å «snu» et slikt utgangspunkt – hverken effektivitetsgevinster eller «ancillary restraints» synes akseptert eller anvendelig. Dette understrekes av Konkurransetilsynets «policy» om at formålrestriksjoner vanskelig tilfredsstiller tredje ledd, samtidig som en plassering i formålsalternativet vil ha betydning for utmåling av overtredelsesgebyr. Både enkeltvis og samlet vil disse forholdene øke risikoen for at forbudsbestemmelsen forbyr og avskrekker konkurranse- og effektivitetsfremmende samarbeid og således motvirker lovens formål.

*Erling Hjelmeng
Eirik Østerud*

KONTRAKTSRETT

Inngåelse av provisjonsavtale – Høyesterettsdom av 16. mai 2017 (HR-2017-971-A)

(1) Saken gjelder spørsmålet om det er inngått avtale om provisjon i mellommannsforhold. Sakens faktum er i korthet som følger, i all hovedsak gjengitt ved å referere førstvoterendes formuleringer:

Selskapet Green Tech Marine AS, som i 2014 skiftet navn til Yara Marine Technologies AS, ble stiftet av Peter Strandberg i 2010. Selskapet har utviklet et renseanlegg for skip, kalt «scrubber», som renser ekso-sen fra skip som går på tungolje, for svovel. Produktet ble godkjent av Det Norske Veritas i juli 2012, og det første salget av scrubberanlegg til cruiseskip fant sted i slutten av 2012, til Norwegian Cruise Line – NCL. Det ble deretter solgt scrubberanlegg til ytterligere syv skip i NCL-flåten. Den totale kjøpesummen for alle scrubberanleggene til de åtte skipene var i underkant av 324 millioner kroner.

Presentwater AS ble etablert av Geir Erik Samnøy i 2009. Dette selskapet har utviklet et produkt for utnyttelse av overskuddsvarme, «waste heat recovery» eller «WHR», fra kjølevannet fra skip. Presentwater har også tatt sikte på å utvikle et system for å konvertere energi fra overskuddsvarme til andre energiformer, omtalt som «waste heat conversion» eller «WHC». I tillegg driver selskapet agenturvirksomhet for skipsutstyr og skipsinstallasjoner.

Strandberg og Samnøy møttes på en shippingmesse i Miami i mars 2011. Der drøftet de mulighetene for et samarbeid basert på at scrubberanlegget kunne kombineres med Presentwaters produkter, og da særlig hvordan det planlagte WHC-anlegget kunne gjøre scrubberen energinøytral. Etter møtet i Miami var det jevnlig kontakt mellom de to.

I januar 2012 var partene inne på muligheten for et samarbeidsprosjekt, med finansiering fra Innovasjon Norge. På samme tid fikk Presentwater solgt WHR-anlegg til NCL. I den forbindelse ba Samnøy YMT om å forestå installasjonsarbeidet. Samtidig spurte han om han kunne fortelle til NCL at YMT leverte scrubberanlegg. Strandberg svarte bekreftende på dette.

I forbindelse med installasjonen av WHR-anlegget sommeren 2012 hadde Samnøy mye kontakt med teknisk sjef i NCL, Brian Swensen. Samnøy hadde da lenge ønsket å presentere scrubberanlegget for NCL, men av hensyn til et prøveprosjekt som YTM hadde med et annet cruisereferi, og fordi Strandberg og Swensen hadde en dårlig relasjon, måtte han trå forsiktig.

I tiden etterpå holdt Samnøy kontakten med Swensen, og han formidlet blant annet teknisk informasjon om scrubberanlegget fra YMT til NCL. Samnøy var i denne fasen YMTs kontaktperson overfor NCL. Den 3. september 2012 ble det avholdt et møte ved Meyer Werft i Tyskland, der NCL hadde to skip under bygging. På dette møtet deltok både Samnøy og Strandberg. Etter møtet var i hovedsak kontakten om salg av scrubberanlegg mellom YMT og NCL direkte, frem til salgene jeg tidligere har nevnt. Meyer Werft i Tyskland, som hadde to av skipene til bygging, var kontraktsmotpart for leveransene til disse to skipene. For øvrig var NCL kjøper.

Samtidig som Samnøy hadde kontakt med NCL på vegne av YMT, tok han opp spørsmålet om fremtidig samarbeid mellom YMT og Presentwater. Ulike løsninger ble presentert og diskutert, men det ble ikke skrevet noen samarbeidsavtale.

Presentwater var imidlertid av den oppfatning at YMT hadde bundet seg til å betale provisjon for Samnøys innsats i forbindelse med salg av scrubberanlegg til de åtte NCL-skipene. YMT mente at selskapet ikke hadde forpliktet seg til dette.

Presentwater tok 3. september 2014 ut stevning med krav om provisjon på seks prosent av salgssummen for 42 scrubbere til NCL. Under hovedforhandlingen i tingretten ble det lagt ned påstand om at YMT var ansvarlig overfor Presentwater for et beløp oppad begrenset til 16,5 millioner kroner.

(2) *Tingretten* frifant YMT for provisjonskravet fra Presentwater, men *lagmannsretten* la til grunn at det var inngått avtale og ga sin tilslutning til Presentwaters krav om provisjon.

Høyesterett kom med 3 mot 2 stemmer til at bindende avtale med provisjonskrav ikke var inngått. Dissensen gjelder dels forståelsen av lagmannsrettens bevisvurdering, som Høyesterett etter de gjeldende regler som kjent er bundet av, ettersom anken gjaldt rettsanvendelsen, og dels enkelte forhold knyttet til subsumsjonen (konkret rettsanvendelse), der Høyesterett sto fritt. Avtalerettslig er den del av dissensen som knytter seg til forståelsen av lagmannsrettens bevisvurdering ikke så interessant – dette gjelder ikke avtalerett – men uenigheten på dette punkt førte i sin konsekvens til at flertall og mindretall så nokså ulikt på enkelte forhold knyttet til subsumsjonen, og dermed på rettsanvendelsen i spørsmålet om avtalebinding forelå i det konkrete tilfellet, jfr nedenfor.

(3) *Flertallet* – ved førstvoterende – ser først på enkelte grunnleggende avtalerettslige forutsetninger. Det pekes på utgangspunktet i norsk rett om formfrihet, og at det må ses hen til andre omstendigheter som konkludent adferd og passivitet, når det ikke foreligger en skriftlig eller muntlig avtale (avsnitt 36). Det fremheves så at det må foretas en samlet vurdering, der en rekke disposisjonskriterier og forhold må tas i betraktning. Flertallet trekker frem prinsippet om at en felles partsvilje normalt er avgjørende for om avtale kan sies å ha kommet i stand, men fremholder at en slik felles partsvilje kan være vanskelig å fastslå (avsnitt 37). Flertallet peker deretter på at det grunnleggende ved avtalebinding, når det ikke foreligger en felles partsoppfatning, er om det alle forhold tatt i betraktning kan sies å foreligge en berettiget forventning om at avtale er kommet i stand (avsnitt 41). På dette punkt vises det til juridisk teori (Woxholth, *Avtalerett*). Flertallet reiser så spørsmålet om forventningen må ha kommet klart til uttrykk overfor løftgeveren, og besvarer det etter min oppfatning korrekt, ved å slå fast at det ikke kan sies å gjelde noe generelt klarhetskrav på dette punkt (avsnitt 44). Videre betoner flertallet at det ved bedømmelsen av om en part kan sies å ha hatt berettigede forventninger, vil det kunne ha betydning om i hvilken grad det er oppnådd enighet om sentrale vilkår i avtalen, også dette i samsvar med Høyesteretts tidligere praksis og juridisk teori (avsnitt 45). Deretter går flertallet inn på den konkrete rettsanvendelsen ved først å ta for seg Presentwaters anførsler.

Først avviser flertallet anførslen om at det må stilles lempeligere krav ved inngåelse av enkeltstående mellommannsoppdrag enn ved andre avtaler (avsnitt 47). I alminnelighet må det kunne sies at denne holdningen fra flertallets side er korrekt, men synspunktet møter likevel visse utfordringer i denne konkrete saken, jfr nedenfor. Igjen viser flertallet til juridisk teori (Brækhus, *Meglerens rettslige stilling*). Utfordringen med en slik uttalelse er at dens holdbarhet er avhengig av hva man sammenligner med. Hvis sammenligningsgrunnlaget er avtaler flest, kan en slik påstand muligens være korrekt nok, men hvis man med dette mener at det ikke kan tenkes at det kan stilles lavere krav ved vedtagelsen av om et oppdrag har kommet i stand i et mellommannsforhold, enn spesifikt nevnte andre avtaler, f.eks. langsiktige avtaler med vidtrekkende konsekvenser, så er man på ville veier. Mindretallet angriper da også flertallets – etter min mening – for unyanserte oppfatning på dette punkt (avsnitt 97-98).

Deretter går flertallet over til den konkrete rettsanvendelsen – om det er inngått bindende avtale mellom YMT og Presentwater om provisjon knyttet til salg av scrubberanlegg til NCL. Det presiseres at Høyesterett må bygge på det faktum lagmannsretten har funnet bevist, ettersom anken gjelder rettsanvendelsen (avsnitt 56), samtidig påpekes det at det kan være en subtil overgang mellom bevisvurderingen og subsumsjonen. Flertallet refererer lagmannsrettens begrun-

nelse, og betoner at det sentrale for lagmannsretten var at Strandberg «måtte forstå» at ...

«Samnøy arbeidet for YMT ut fra en forutsetning om provisjon eller annen form for vederlag, og at han ikke gjorde noe for å korrigere en eventuell misforståelse hos Samnøy, slik et minstekrav til lojalitet i forretningsforhold eventuelt ville tilsagt».

Deretter foretar flertallet en bedømmelse av om det er grunnlag for den vurdering av hva Strandberg «måtte forstå» som lagmannsretten legger til grunn (jfr foran). Flertallet fremholder at lagmannsretten har sett bort fra en del av konteksten fra forholdet partene i mellom, og at dens vurdering av partenes forventninger og partsviljen blir for snever (avsnitt 65). Videre finner flertallet at det ikke er konsensus om sentrale avtalevilkår i en eventuell avtale, som f.eks. hva Samnøy skulle bistå med, hvilket omfang bistanden skulle ha, hvor lang tid han skulle opptre på vegne av YMT overfor NCL eller provisjonens eventuelle omfang. Flertallet finner at det foreligger uklarhet om alle vesentlige forhold (avsnitt 69), og trekker den konklusjon at det verken kan legges til grunn en felles partsvilje eller at Samnøy hadde en berettiget forventning om godtgjørelse (avsnitt 70). Dermed førte provisjonskravet ikke frem.

(4) *Mindretallet* er enig med flertallet i de prinsipielle og generelle forutsetninger som gjelder for avtaleslutning ved konkludent adferd/passivitet, men har en ulik oppfatning både om den frihet Høyesterett i dette tilfellet har til å fravike lagmannsrettens bevisvurdering og om deler av rettsanvendelsen.

Mindretallet mener at Høyesterett i større grad er bundet av lagmannsrettens bevisbedømmelse enn flertallet. Først fremholder mindretallet at lagmannsrettens bruk av formuleringen om hva Strandberg «måtte forstå», mer kan sies å være utslag av en bevisvurdering enn en rettslig subsumsjon, underforstått at Høyesterett ikke står fritt, men er bundet av lagmannsrettens bedømmelse på dette punkt (avsnitt 81). Imidlertid anser mindretallet at det ikke er nødvendig å forfølge dette argumentet, fordi lagmannsretten på flere punkter har tatt et klart standpunkt til faktum, og da slik at det faktum lagmannsretten har lagt til grunn må få avgjørende betydning for subsumsjonen (avsnitt 85).

Mindretallet viser til at lagmannsretten legger til grunn som bevist at det var en felles forståelse mellom partene at Presentwater skulle oppnå rett til provisjon (avsnitt 90). Mindretallet mener derfor at det ikke lar seg forene med lagmannsrettens bevisbedømmelse, når flertallet mer forsiktig kommer til at Samnøy bare kan ha hatt «en tanke om provisjon, og at det mest nærliggende er at Strandberg oppfattet Samnøys innsats som ledd i deres felles promotering». På dette punkt mener jeg at mindretallets forståelse er den korrekte. Det fremgår rimelig klart av lagmannsrettens dom at lagmannsretten legger til grunn at det bevismessig har vært en felles partsoppfatning om at Pre-

sentwater skulle oppnå rett til provisjon. Dette innebærer at mindretallet også rettslig – som et utgangspunkt – legger til grunn at avtale om oppdraget må antas å ha være kommet i stand. Forskjellen mellom votaene på dette punkt innebærer at mens flertallet ikke mener at det foreligger en felles partsoppfatning om binding, så mener mindretallet at det er tilfellet.

Siden mindretallet kommer til at det er en felles partsoppfatning om at avtale må anses inngått, blir det ganske så enkelt for mindretallet å legge til grunn at avtalen må sies å inneholde en forpliktelse til å betale provisjon. På dette punkt flagger mindretallet at det ser ulikt (også på) rettsanvendelsen enn flertallet (avsnitt 86). Mindretallet fremholder – etter min mening med rette – at når det må legges til grunn at et oppdrag (avtale) er inngått som følge av felles partsoppfatning, så må det stilles mindre krav når det gjelder sentrale avtalemomenter som må forventes regulert – altså til innholdet i avtalen. Det underforståtte er her at et (forutsatt) inngått oppdrag for en mellommann, nærmest som en nødvendig konsekvens, innebærer at han skal godtgjøres med provisjon. Situasjonen er fundamentalt annerledes enn når det er tale om å søke å komme frem til en avtale der parternes ytelser er betinget av hverandre, og status quo ikke forrykkes ved at det ikke anses inngått avtale (avsnitt 92). Jeg mener at mindretallets argumentasjon her er treffende – og den mest holdbare.

Mindretallet finner også uttalelser i juridisk teori (Brækhus) som understøtter den øvrige argumentasjonen (avsnitt 98-100), og mindretallet fremholder også at det ikke foreligger uklarhet rundt alle vesentlige forhold (avsnitt 101). Mindretallet viser også til andre konkrete bevismomenter trukket frem av lagmannsretten som underbygger at det må kunne sies å foreligge berettigede forventninger om provisjonsforpliktelsen (avsnitt 102-107). I avsnitt 104 kommer dette klart frem: «Jeg er enig i at situasjonen samlet sett var slik at Samnøy hadde rimelig grunn til å forstå Strandberg slik at han var innforstått med at han ville være forpliktet til å betale Samnøy en provisjon om salgsarbeidet lyktes».

Dette kan sammenfattes slik at mindretallet – på grunnlag av lagmannsrettens bevisbedømmelse – kom til at det forelå en felles partsoppfatning om at det var kommet i stand et oppdrag – og at det forelå berettigede forventninger om at oppdraget skulle godtgjøres med provisjon.

(5) Jeg har som det vil fremgå mest sympati med mindretallets forståelse av lagmannsrettens bevisbedømmelse og også med mindretallets rettsanvendelse og votum. Flertallet synes å stille seg mer enn forsvarlig fritt når det gjelder lagmannsrettens bevisbedømmelse, som for mindretallet og for min del etterlater det inntrykk at lagmannsretten mener at det forelå en felles partsoppfatning om at Presentwater hadde krav på provisjon. Dette legger føringer for mindretallets rettsanvendelse, ettersom man legger til grunn at en slik enig-

het innebærer at det ikke kan stilles like strenge krav når det gjelder avtalens innhold som hvis det var mer uklart om (en eller annen) avtale kunne anses inngått. Man kan kanskje si at i realiteten forsøker flertallet å løse saken som om det foreligger ett og bare ett spørsmål – bindingsspørsmålet (til oppdraget), mens mindretallet på mer nyansert vis i realiteten først tar stilling til om avtale er inngått (oppdraget) og deretter stiller spørsmål om oppdragets innhold omfatter provisjonsforpliktelsen. Dermed får man en overgang mellom en bindingsargumentasjon til en tolkningsargumentasjon, og overgangen blir myk i den forstand, at det ikke fremstår som særlig oppsiktsvekkende at det til et (forutsetningsvis inngått) oppdrag i et mellommannsforhold, også er knyttet en plikt til å betale provisjon.

For flertallet blir det derimot nærmest kun et spørsmål om avtalebinding, ved at den uklarheten som egentlig tilhører tolkningsspørsmålet om avtalen omfatter provisjonskravet, tilordnes spørsmålet om avtale er kommet i stand, med den virkning at avtale ikke anses kommet i stand, fordi det etter flertallets oppfatning er uklart hvilket innhold en (eventuell) avtale har. Dommen gjelder etter dette etter min mening – og antagelig også mindretallets mening – i realiteten både avtaleinngåelse og tolkning, mens flertallet mer synes å ha oppfattet tvisten som et rent spørsmål om avtalebinding. Etter min mening er sistnevnte ikke den mest nærliggende tilnærmingsmåten.

Det kan stilles spørsmål om den rettskildemessige betydningen av dommen. Verken flertall eller mindretall resonnerer på noen måte som kan sies å innebære en rettsutvikling. Snarere er argumentasjonen tradisjonell og bygget på Høyesteretts egen praksis og juridisk teori, der sistnevnte blir trukket frem i ganske betydelig utstrekning. Avgjørelsen må på denne bakgrunn anses som konkret begrunnet. Ulikheten mellom flertallets og mindretallets argumentasjon har primært sitt grunnlag i en ulik forståelse av hvor bundet Høyesterett i det konkrete tilfellet er av lagmannsrettens bevisvurdering på grunn av den glidende overgangen mellom bevisbedømmelse og subsumsjon. Men det er også en viss forskjell i den rent avtalerettslige tilnærmingen, noe som fremgår av det som er fremholdt foran.

Geir Woxholth

Kjøp av bolig «som den er». Fradrag for standardheving ved vesentlighetsvurderingen etter avhendingsloven § 3-9 annet punktum?

– Høyesteretts dom 31. mai 2017 (HR-2017-1073-A)

Ved kjøp av fast eiendom «som den er» overtar kjøperen en stor del av risikoen for feil og mangler. Kjøpsrettslig mangel kan ifølge avhendingsl. (avhl.) § 3-9 første punktum gjøres gjeldende dersom selgeren har forsømt sin opplysningsplikt etter § 3-7 eller har gitt uriktig opplysning om eiendommen etter § 3-8. Hvis ingen av disse bestemmelsene kommer til anvendelse,

er mangel ifølge § 3-9 annet punktum betinget av at eiendommen «er i vesentleg ringare stand enn kjøperen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles». Avviket fra kjøperens berettigede forventning om eiendommens tilstand og standard må altså være vesentlig.

I rettspraksis er det utviklet et veiledende utgangspunkt for vesentlighetsvurderingen. Relevante utbedringskostnader må utgjøre opp mot 6 % av kjøpesummen for eiendommen for at avviket skal være vesentlig. Den viktigste dommen i utviklingen av denne læren er Rt. 2010 s. 103. Det understrekes i dommen at denne kvantitative tilnærmingen til vesentlighetskravet ikke er avgjørende. Vurderingen inneholder også et viktig kvalitativt element. Individuelle omstendigheter, for eksempel risikoopplysninger som er gitt før kjøpet, boligens alder og vedlikehold mv., kan medføre at 5–6 % ikke er tilstrekkelig til å oppfylle vesentlighetskravet. På den annen side kan avvikets art, boligens alder og andre individuelle omstendigheter medføre at det foreligger kjøpsrettslig mangel selv om forholdstallet er lavere enn 5–6 %. I Rt. 2010 s. 103 er det fremhevet at det i så fall skal «mye til».

Høyesteretts dom HR-2017-20173-A gjelder først og fremst beregningsgrunnlaget for forholdstallet. Utbedring av feil og mangler vil ofte resultere at boligen blir i bedre stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med. Nye materialer, nye tekniske løsninger og nye forskriftskrav til bygninger gjør at utbedring medfører en bedre standard. I tillegg vil utbedring med nye materialer mv. gjerne medføre forlenget teknisk varighet (levetid) for den delen av boligen som blir utbedret. Utbedring innebærer at kjøperen får «nytt for gammelt», noe som innebærer en standardheving sammenlignet med den tilstand og standard som kjøperen ellers kunne forvente. Når prisavslag fastsettes ut fra utbedringskostnader etter § 4-12 annet ledd, har det lenge vært lagt til grunn at slik standardheving går til fradrag. Kjøperen må selv bære kostnaden ved økt standard. Fradraget gjøres gjerne skjønnsmessig. Det har derimot vært uenighet om hvorvidt det forholdstallet mellom utbedringskostnader og kjøpesum som inngår i selve mangelsvurderingen (vesentlighetsvurderingen) etter § 3-9 annet punktum, skal beregnes uten eller med fradrag for standardheving. Dette var et viktig tema i HR-2017-20173-A.

Førstvoterende gjorde det helt klart at betydningen av spørsmålet ikke må overdrives. Mangelsvurderingen etter § 3-9 annet punktum beror på en helhetsvurdering, der det kvantitative utgangspunktet må suppleres og korrigeres gjennom en bred kvalitativ vurdering. Selv om betydningen av forholdstallet er dempet ned, var det likevel behov for en avklaring av spørsmålet om vesentlighetsvurderingen skal gjøres ut fra samlede eller korrigererte utbedringskostnader.

Dommen gjaldt fuktskader på badet i en bolig som var tolv år gammel ved kjøpet. Det var enighet mellom partene om at nødvendig utbedring ville gi en standardheving i form av bedre kvalitet og lengre levetid på

ca 40 % av de samlede utbedringskostnadene. Uten fradrag var utbedringskostnadene ca 5,5 % av kjøpesummen, med fradrag ca 3,6 %. Finansklagenemnda eierskifte, tingretten og lagmannsretten la alle til grunn at selve mangelsvurderingen skulle gjøres ut fra de samlede utbedringskostnadene, uten fradrag for standardheving. Slikt fradrag skulle først gjøres ved fastsettelse av prisavslag etter § 4-12 annet ledd. Høyesterett kom enstemmig til samme resultat. Det er brutto utbedringskostnader, uten justering for økt standard og forlenget levetid, som gir det beste målet for avvikets vesentlighet.

Etter å ha slått fast dette, gikk førstvoterende over til å se på de øvrige elementene i vesentlighetsvurderingen. Her måtte badets alder og forventet levetid tas i betraktning. Selv om det i taksten forut for kjøpet var bemerket at anbefalt brukstid for bad var 15–20 år, var baderommet beskrevet som godt vedlikeholdt og i god teknisk stand, med beste tilstandsgrad for brukte bad. Det var samlet sett ikke grunnlag for å forstå opplysningen om brukstid på 15–20 år slik at badets brukstid på det nærmeste var utløpt. Dusjen var plassert i badekaret, slik at man ikke dusjet rett på flisene. Lekkasjen på badet hadde ikke sammenheng med slit og elde, men skyldtes feil utførelse fra først av. Kjøperne hadde ikke grunn til å regne med behov for en omfattende utbedring av baderommet.

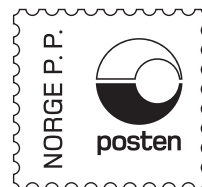
Dommen synes å gi grunnlag for følgende alminnelige slutninger: Når kjøperen ikke har grunn til å regne med kostnadskrevende utbedringer på kort sikt, skal vesentlighetsvurderingen ta utgangspunkt i forholdet mellom utbedringskostnader og kjøpesum uten fradrag for standardheving. Prisavslaget kan i så fall bli lavere enn kostnadene, fordi en større eller mindre del av disse gjelder en standardheving i forhold til det kjøperen kunne forvente. I tilfeller hvor sakens omstendigheter – salgsopplysninger, boligens alder og alminnelig tilstand mv. – indikerer behov for større utbedringer på kort sikt, er utbedringskostnadene av underordnet betydning i vurderingen. I slike tilfeller vil behovet for kostnadskrevende tiltak sjelden medføre at boligen er i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med.

Trygve Bergsåker

Litteratur

Silje Karine Nordtveit: *Når oppstår en fordring?* Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2017. 304 sider
Boka bygger på forfatternes ph.d.-avhandling. Formålet med framstillinga er å analysere grensa mellom eksisterande fordringar og framtidige, ikkje-eksisterande fordringar («fordring» blir nytta i tydinga krav på yting). Grensedraginga kjem inn i fleire samanhengar, til dømes når vi skal avgjera om kreditorane kan ta beslag i fordringa, om fordringa kan meldast i konkurs, om fordringa kan nyttast til motrekning, om ein panterett gjeld ei eldre fordring og kan omstøytast, osv.

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Forfatteren set drøftingane i samanheng med diskusjonen om ei «funksjonell» tilnærming til rettar, i motsetnad til ei «substansiell» (kva vi no meir eksakt skal leggje i det uttrykket). Ho er prisverdig nøktern i påvisinga av at dette kokar ned til eit spørsmål om vektlegginga av omsynet til koherens og systemorientering i rettsbruken.

Forfatteren konkluderer med at vi kan finne grunnlag for eit utgangspunkt og ein hovudregel om at fordringa er oppstått når debitors valfridom er avgrensa slik at debitor ikkje lenger har kontroll med om fordringa vil bli «fullstendig», og det er etablert ei tilknytning mellom debitor og kreditor som gjeld den aktuelle fordringa (s. 276).

Boka tek opp grunnleggjande formuerettslege spørsmål, og framstillinga byggjer på eit omfattande materiale frå nordisk, tysk og amerikansk rett. I sine grundige og reflekterte drøftingar er forfatteren overtydande varsam i form og sterk i sak, og ho har levert eit verdifullt tilskot til den formuerettslege teorien.

Kåre Lilleholt

Kåre Lilleholt: *Kontraktsrett og obligasjonsrett.*

Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2017. 706 sider
Ved boken «Kontraktsrett og obligasjonsrett» har Kåre Lilleholt, som en av våre mest erfarne og kunnskapsrike forskere, ytet et verdifullt bidrag til litteraturen om sentrale temaer innen formueretten. Tidligere har forfatteren utgitt boken «Allmenn formuerett», og hans litterære produksjon dekker dermed alle viktige deler av dette store rettsfeltet.

Forfatteren har tatt flere grep som skiller denne boken fra andre fremstillinger. Her skal nevnes tre særtrekk.

For det første dekker boken de tre temaene avtalerett (del II «Stifting av kontraktsplikter»), del III «Kon-

traktsvilkåra» og del VI «Rammer for kontraktsfridommen»), generell kontraktsrett (del IV «Ytepliktene» og del V «Oppfyltingsavvik og verknader»), samt pengekravsrett (del VII «Allmenne reglar om formuerettslege yteplikter»). Fordelen med en samlet framstilling er naturlig nok at drøftelsene i større grad enn det som har vært vanlig, kan integreres i en større helhet.

Det har da også forfatteren lyktes med.

For det andre har forfatteren beflitt seg på å trekke linjer i stoffet framfor detaljerte studier av enkeltspørsmål. Dette er et valg forfatteren har tatt, og som han kommer godt ut av. Hovedinndelingen av stoffet gir meget god oversikt og vil utvilsomt være nyttig ikke minst for studentene. Argumentasjonen er på mange måter tilpasset dette overordnede siktemålet. Forfatteren er stilsikker og fører en nøktern og gjerne kortfattet drøftelse av problemstillingene. Enkelte ganger føler man temaer kunne ha vært behandlet mer inngående. På mange måter representerer boken en systemanalyse som man kan benytte som basis for videre studier av enkelttemaer.

Et tredje særdrag ved framstillingen er den gjennomgående bruken av internasjonale kilder. Dels dreier det seg om andre lands rett, typisk representert ved tysk, fransk og engelsk rett, dels konvensjoner på området så som CISG, og dels om anasjonale modellregler hvor UNIDROIT-prinsippene og DCFR kan nevnes. Som forfatteren selv sier dreier dette seg om inspirasjonskilder og ikke tradisjonelle rettskilder for å fastslå norsk rett. Ved å trekke disse internasjonale kildene inn ved behandlingen av stoffet oppnår forfatteren å gi et videre perspektiv på framstillingen. Mange vil nok finne glede i den kunnskapsrikdommen som forfatteren her legger for dagen.

Lasse Simonsen

Nytt i privatretten

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

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

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

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

Et årsabonnement (2017) på *Nytt i privatretten* koster kr 650,-. Studentabonnement koster kr 325,-. 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 2017

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer november 2017.