



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Om verdighet og rimelighet. Stillingsvern i Forsvaret (HR-2017-2479-A)

Dommen berører materielle vilkår for avskjed og rekkevidden av domstolenes prøvelsesrett, og belyser samtidig sammenhengen. Dommen avdekker dessuten prinsipielle forskjeller på stillingsvern i staten og arbeidslivet for øvrig, som det er grunn til å stille spørsmålstegn ved.

Saken gjaldt gyldigheten av vedtak om å avskjedige en major i Forsvaret. Majoren var dømt til betinget fengsel og bot for legemsfornærmelser mot sine to sønner. Avskjeden var begrunnet med at dette var utilbørlig atferd utenfor tjenesten som gjorde ham «uverdigg til sin stilling» etter tjenestemannsloven § 15 (1) bokstav b. Saken ble altså vurdert etter tjenestemannsloven, som er opphevet og erstattet av en ny lov om statens ansatte (statsansatteloven) med virkning fra 1. juli 2017. Siden den aktuelle avskjedsbestemmelsen er videreført i statsansatteloven § 26 bokstav d, har dommen likevel betydning fremover.

Innhold nr. 1

Arbeidsrett.....	1
Arverett.....	3
Erstatningsrett.....	5
Fast eiendom.....	14
Forsikringsrett.....	19
Immaterialrett.....	21
Kontraktsrett.....	24
Selskapsrett	31

Det var enighet om at de straffesanksjonerte handlingene var «utilbørlig atferd». Det sentrale i saken var tolkningen og anvendelsen av uverdighetsvilkåret og spørsmålet om det i tillegg skal innfortolkes et forholdsmessighets- eller rimelighetskrav som domstolene kan prøve. Ved avskjed etter arbeidsmiljøloven § 15-14 innfortolkes et slikt krav, og domstolene har samme adgang til rimelighetsprøvelse som i andre stillingsvernssaker etter arbeidsmiljøloven, se Rt. 2005 s. 518. Høyesterett konkluderte med at det *ikke* gjelder et slikt rimelighetskrav underlagt domstolskontroll. Flertallet fant imidlertid avskjeden ugyldig idet uverdighetsvilkåret ikke ble ansett oppfylt.

Når det gjelder uverdighetsvilkåret la et samlet Høyesterett til grunn at det angir en moralsk standard som må sees i lys av stillingens samfunnsmessige posisjon og betydning. Vurderingen er dermed knyttet til den aktuelle etaten og de forventningene som kan stilles, fra samfunnet og fra etaten selv. Et kjernesporsmål var imidlertid *hvilken stilling* uverdighetsvilkåret skulle holdes opp mot: ansettelsen i grad og gren eller den konkrete stillingen man er disponert til på avskjedstidspunktet. Mannen var ansatt som major i Hæren, men tjenestegjorde i en stabsoffiserstilling, i hovedsak med saksbehandlingsoppgaver og uten ledelsesfunksjoner eller utadrettet ansvar. Dette tolkningsspørsmålet var verken berørt i lovens ordlyd eller forarbeider, og det forelå ikke rettspraksis som var direkte relevant.

Ansettelsesordningen i Forsvaret er særegen og gir begrepet «stilling» et tvetydig preg. Militært personell ansettes i militær grad og forsvarsgren og disponeres deretter til en bestemt stilling. Disponeringen er i utgangspunktet uavhengig av grad og gren, men avhenger av om personellet er på et beordrings- eller søknadssystem. Et søknadssystem, som gjaldt for majoren i saken, er basert på frivillighet. Samtidig gjelder en generell disponeringsplikt som innebærer at alt personell kan bli (midlertidig) beordret til bestemte stillinger, alt etter Forsvarets behov. I dette ligger en forventning om at personellet skal kunne utføre ulike typer oppgaver og i ytterste konsekvens måtte delta i krig.

Ved vurderingen av uverdighetsvilkåret delte Høyesterett seg i en skarp dissens (3–2). Mens flertallet mente vilkåret måtte vurderes med utgangspunkt i

den stillingen man er disponert til, la mindretallet mest vekt på grad og gren. Fraksjonene hadde ulikt syn på hvilken veiledning det var å hente i rettspraksis om et tilsvarende uverdighetsvilkår i bestemmelser om fradømmelse av stilling som straff (militær straffelov § 79 og tidligere straffelov § 29 nr. 1). Men dissensen synes særlig å skyldes en ulik avveining av hensynet til Forsvarets samfunnsoppdrag mot individuelle vernehensyn, og ulikt syn på den generelle disponeringsplikstens betydning i den sammenheng.

Flertallet lot vernehensyn – forsvarsansattes behov for et stillingsvern på linje med andre statsansatte – danne rammen for tolkningen. Selv om disponeringsplikten er avgjørende for å sikre beredskap og operativ evne, kunne det ikke bety at vurderingen må knyttes til *alle* potensielle stillinger og funksjoner man kan bli disponert til. En slik tilnærming ville ifølge flertallet gi et redusert stillingsvern for ansatte i Forsvaret sammenlignet med andre statsansatte og gjøre uverdighetsvurderingen «hypotetisk og dessuten temmelig abstrakt» (avsnitt 61).

Mindretallet lot derimot hensynet til Forsvarets samfunnsoppdrag styre tolkningen. Blant annet med henvisning til den generelle disponeringsplikten la disse dommerne til grunn at offiserers grunnleggende oppgave er å utøve ledelse i strid. Mindretallet oppsummerte at militære stillinger i Forsvaret «adskiller seg altså på avgjørende måte fra andre statsstillinger» (avsnitt 103). Det måtte stilles andre og strengere krav i denne etaten fordi Forsvarets troverdighet bygger på tillit til at personellet har de rette egenskapene i «skarpe situasjoner».

Den ulike avveiningen av samfunnsoppdraget mot vernehensyn synes videre å ha virket inn på den nærmere forståelsen av uverdighetsvilkåret. Både flertall og mindretall la til grunn at god dømmekraft, selvdisciplin og høy etisk standard, samt rollemodellfunksjonen, er viktige forventninger i en etat som Forsvaret. Flertallet fremhevet imidlertid for sin del også at vernehensyn også gjør seg sterkt gjeldende: Terskelen for avskjed på grunn av uverdighet er høy, og heves ytterligere der den utilbørlige atferden er skjedd utenfor tjenesten.

Også den konkrete vurderingen bærer preg av den ulike avveiningen. Flertallet anså de straffbare handlingene for å være situasjonsbestemte og ikke utslag av en voldelig tilbøyelighet. De ga derfor ikke grunnlag for å konkludere med at majoren i arbeidet ikke vil utvise sinnsro, sunn dømmekraft og evne til etisk refleksjon. Dette var basert på en bredere vurdering der handlingene ble sett i lys av tjenestehistorikken: Majoren hadde bak seg 28-årig tjeneste med et plettfritt yrkesmessig rulleblad og gjennomgående gode tjenestuttalelser. Det var en mangel ved avskjedsvedtaket at det ikke var sett hen til dette.

Mindretallet tok ikke avstand fra at tjenestehistorikken kunne trekkes inn, men var mindre tilbøyelig til å vektlegge den. Når sinnsro, dømmekraft og evne til etisk refleksjon forventes nettopp i pressede situasjo-

ner, kunne tjenestehistorikken ikke veie opp for de manglene straffedommen hadde avdekket.

Når det gjelder spørsmålet om et rimelighetskrav og prøvelsesrett, var begrunnelsen knapp, men uten tydelig uenighet dommerne imellom. Førstvoterende viste til at søksmålsadgangen gjelder prøvelse av «lovligheten av klageinstansens vedtak», jf. tjenestemannsloven § 19 nr. 2 (i dag statsansatteloven § 34 (1), og pekte på at prøvelsen «i utgangspunktet [må] skje innenfor rammene av den alminnelige domstolskontrollen av forvaltningen» (avsnitt 35). Tjenestemannsloven skal ifølge forarbeidene gi «et minst like godt vern» som etter arbeidsmiljøloven, men regelverket er ulikt på visse punkter. Ut fra forarbeidene til den nye statsansatteloven ble det poengtert at det er vernet *samlet sett* som skal være minst like godt (avsnitt 36). Avskjed ved uverdighet har ikke noen direkte parallell i arbeidsmiljøloven, og ble ansett som «nettopp et utslag av statsforvaltningens særpreg». Det var derfor «ikke grunnlag» for å innfortolke et tilsvarende rimelighetskrav som etter arbeidsmiljøloven (avsnitt 37).

Det er flere svakheter ved resonnementet. Dels er det uklart hva som ligger i «den alminnelige domstolskontrollen av forvaltningen». Selv om avskjed er gitt i vedtaks *form*, er det ikke gitt at beslutningen er basert på myndighetsutøvelse eller at hensynene bak begrenset prøvelse av forvaltningsskjønn gjør seg gjeldende når forvaltningen opptrer som arbeidsgiver. Dels er det et spørsmål om Høyesterett tar et riktig rettslig utgangspunkt. Det kan hevdes at et saklighetskrav som rommer individuell rimelighet, med tilhørende rimelighetsprøvelse, er det alminnelige utgangspunktet i stillingsvernssaker, og at det heller er *begrensninger* i prøvelsesadgangen som må ha et «grunnlag». Høyesterett vurderte heller ikke hvordan begrenset prøvelse i denne sammenhengen lar seg innpasse med den øvrige reguleringen av oppsigelse og avskjed av statsansatte. Førstvoterende avsto uttrykkelig fra å kommentere om det er adgang til rimelighetsprøvelse ved avskjed etter krenkelse av tjenesteplikter. Det ble heller ikke tatt stilling til hva den nye statsansatteloven innebærer for prøvelsesadgangen.

På denne bakgrunn kan dommen neppe avskjære rimelighetsprøvelse i saker om statsansattes stillingsvern mer generelt.

Dommen viser dessuten den nære forbindelsen mellom rimelighet og skjønnspregede rettslige standarder, som (u)verdighet. Som nevnt ovenfor krevde uverdighetsvilkåret en «bredere vurdering» der i hvert fall ett individuelt rimelighetshensyn ble tolket inn: hensynet til majorens gode tjenestehistorikk. En viss rimelighetsprøvelse har derfor «sivet inn» i uverdighetsvurderingen.

Men rettstilstanden er, for å sette det på spissen, at avskjed av en «uverdig» statsansatt kan være urimelig, så lenge den ikke er grovt urimelig. Og selv om rettsikkerhetshensyn gjør seg sterkt gjeldende i alle saker om opphør av arbeidsforhold, er domstolskontrollen med statlige arbeidsgiveres beslutninger svakere enn

med andre arbeidsgiveres. Så at uverdighet ikke gir rimelighet, og urimelighet ikke gir verdighet, det er vel for tiden hva vi vet om rimelighet og verdighet.

Marianne Jenum Hotvedt

ARVERETT

Overføring av en leilighet fra en uhelbredelig kreftsyk mann som gave til hustruens særeie ble ansett som en dødsdisposisjon. Gulating lagmannsrett 16. oktober 2017 (LG-2017-60012)

Fakta: D hadde vært gift tidligere og hadde adoptert de to barna til sin første ektefelle. En gang på 1990-tallet ble D samboer med A og D hadde etter hvert ingen kontakt med adoptivbarna. I slutten av april 2013 fikk D påvist kreft i bukspyttkjertelen med spredning til leveren. Sykdommen var på dette stadiet uhelbredelig og det ble ikke satt i gang noen livsforlengende behandling. Noen dager senere, 2. mai 2013, opprettet D og A en ektepakt hvor det ble krysset av at de aktet å gifte seg, at Ds leilighet skulle overføres til A som ren gave og være hennes særeie og at de skulle ha fullstendig særeie. Ektepakten ble registrert 7. mai og hjemmelsovergangen fra D til A tinglyst 7. mai. 2. mai overførte D videre 600 000 kroner til flere personer, herunder 200 000 kroner til A. Samlet hadde han på det tidspunktet 832 000 kroner på konto. 3. mai 2013 giftet så D og A seg og D flyttet til As leilighet i X. Leiligheten som D hadde overført til A, ble solgt i oktober 2013 og D døde den 16. november 2013.

Både tingretten og lagmannsretten kom til at gaveoverføringen av leiligheten var en dødsdisposisjon. I domsslutningen til tingretten står det at ektepakten datert 2. mai og overføring av hjemmelen kjennes ugyldige og omstøtes. As senere salg ble imidlertid ikke omstøtt. Ds adoptivbarn hadde i søksmålet fremsatt påstand om at pengeoverføringer på 180 000 kroner skulle omstøtes, men fikk i tingretten ikke medhold i denne påstanden. Dette spørsmålet forelå ikke til behandling for lagmannsretten.

Retten begrunnelse. Lagmannsretten viste først til høyesterettsdommen HR-2017-716 hvor det ble presisert at det avgjørende kriteriet for om det foreligger en livs- eller dødsdisposisjon, er om disposisjonen har fått eller var ment å få realitet for arvelateren i hans levetid.

Det første spørsmålet var hvilket tidsperspektiv D hadde da ektepakten ble inngått. D levde 6 måneder etter han fikk diagnosen og D var kjent med alvoret i diagnosen. Han visste også at flere i nærmeste familie hadde dødd av kreft i relativt ung alder. Omfanget av kontooverføringer 2. mai viste også at D baserte seg på at han hadde kort tid igjen å leve. Ut fra rettens konklusjon var det ikke nødvendig å drøfte om det forelå en gave på dødsleie.

Retten drøftet deretter om overdragelsen fikk noen realitet for D. Rettslig sett hadde D gitt rådigheten fra

seg. De formelle sidene ved overdragelsen fikk imidlertid liten praktisk realitet for D. As salg av leiligheten var helt i tråd med det D hadde bestemt. D og A hadde planlagt å kjøpe en leilighet sammen tilpasset As sykdom. Retten nevnte videre at faren for skilsmisse var svært liten, at begge parter hadde ordnet økonomi og at det ikke var noen fare for kreditorpågang. Det forelå kontoutskrifter som viste at D hadde betalt husleie, forsikring, strøm og andre faste utgifter så lenge han levde. Lagmannsretten la til «grunn at han ikke hadde noen økonomisk eller praktisk fordel av overføringen, og at realiteten var som før ektepakten ble inngått.» Dermed hadde ikke overføringen av leiligheten fått noen realitet for D i hans levetid slik at det forelå en dødsdisposisjon.

Subsidiært hadde A gjort gjeldende at ektepakten kunne godtas som et testament for den frie tredjedel. Retten la til grunn at verken overskriften eller innholdet i ektepakten ga noen indikasjon på at dokumentet var et testament i arvelovens forstand. Ett av vitnene hadde forklart at han regnet med at ektepakten var en livsdisposisjon. Han var blitt fortalt at D regnet med å leve ett til to år da ektepakten ble inngått. Retten konkluderte med at vitnene ikke visste at dokumentet var et testament og at kravet i al. § 49 til testamentsvitner ikke var oppfylt. Dermed var ektepakten ugyldig i sin helhet.

Kommentar. Vi har et betydelig antall dommer med spørsmål om gaveoverføringer til en ektefelles særeie er en livs- eller dødsdisposisjon. Samlet fra 1961 til i dag har vi 5 høyesterettsdommer og siden 1996 iallfall 8 lagmannsrettsdommer. I disse dommene har man blant annet lagt vekt på om en overføring finner sted etter et langvarig ekteskap eller kort tid etter inngåelsen av ekteskap. I denne saken ble overføringen foretatt en dag før inngåelsen av ekteskap, men ekte mannen var på det tidspunktet dødssyk og hadde kort tid igjen å leve.

Sykdommen som D hadde er antagelig den mest aggressive og farligste kreftform som finnes og et av de få eksemplene hvor man ut fra medisinske kriterier i visse tilfeller kan komme til at en arvelater har vært på dødsleie. Selv i dette tilfelle forelå det en medisinsk sakkyndig erklæring om at «vanlig levetid var veldig varierende, men normalt innenfor 3 måneder til 1 år – noen dog lenger.» I Lødrup/Asland 6. utg. s. 247 står følgende: «Det er ingen høyesterettsdommer som stempler en gave som en dødsdisposisjon hvor det er gått mer enn fire måneder mellom disposisjonen og døden». Videre: «På bakgrunn av de ovenfor nevnte kriterier som etter hvert har fått hevd, synes en periode på ca. et halvt år å nærme seg den maksimale tid for hva som kan sies å være «på dødsleiet.» Utviklingen i medisin har medført at leger i dag uhyre sjeldent kan gi en diagnose som oppfyller dette objektive kriteriet i dødsleiebegrepet.

Det subsidiære spørsmålet har vært behandlet i juridisk teori. I Lødrup/Asland s. 97 står det: «Men er de

kjent med innholdet, er det tilstrekkelig – da kreves det ikke at de også er klar over at det foreligger en dødsdisposisjon, se som eksempel RG 2007 s. 428 (Frosta-ting) hvor dokumentet var kalt «ektepakt».» Tilsvarende i Hambro *Kommentarutgaven* s. 353, Lødrup/Holmøy/Asland *Ekteskapsloven med kommentarer* 2013 s. 421 og Rt 1971 s. 300 (lagmannsrettens dom). Se videre Torstein Frantzen i FAB 2003 s. 20 flg.

Peter Hambro

Omstøtelse etter al. § 19 grunnet gunstig oppgjørsform. Overføringer av to faste eiendommer ble omstøtt. Borgarting lagmannsrett 9. november 2017 (LB-20126-103078)

Fakta. Gjenlevende ektefelle A satt i uskifte med fire sønner. I uskifteboet inngikk to faste eiendommer, benevnt Fiskeplassen og Tomta. I september 2014 solgte A Fiskeplassen til sønnene B og C. Det var innhentet en takst på 2 mill. kroner og salgssummen var 2.1 mill. kroner. I salgsavtalen sto følgende viktige: «Betalingen finner sted ved krav fra selger. Fra skjøtets tinglysing og frem til betaling finner sted, så skal kjøper betale 3 % rente p.a. av den til enhver tid ubetalte del av salgssummen.» Salget fant sted med bistand fra advokat. I november 2015 overdro A Tomta til sønn D. Taksten var 850 000 kroner og salgssummen 900 000 kroner. I kontrakten sto det samme som sitert om kjøpesummen. Avdrag på kjøpesummen ble ikke betalt og renter først betalt i forbindelse med hovedforhandling for tingretten. Lagmannsretten kom, i motsetning til tingretten, til at begge overdragelsene skulle omstøtes etter al. § 19.

Retten begrunnelse. Når det gjaldt definisjonen av begrepet gave, viste retten til høyesterettsdommen Rt-2014-1248 avsnitt 17 og Peter Lødrup *Arverett* 5. utg. s. 255. Retten drøftet først det *objektive vilkåret* i gavebegrepet, dvs. om det forelå en formuesoverføring. Retten uttalte om dette: «Ved salg av fast eiendom er det vanlig å avtale samtidighet mellom ytelse og motytelse og at partene oppfyller sine forpliktelser i samsvar med det som er avtalt.» I denne saken var det på det rene at det ikke forelå noe gaveelement i de avtalte beløp. Retten uttalte imidlertid: «Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til å fastslå at det ikke er tale om en gave. Dersom vilkårene som gjelder for betaling av vederlaget, eller partenes praktisering av vilkårene avviker fra det som ellers er vanlig i handel ogandel, vil dette etter omstendighetene kunne utgjøre en økonomisk fordel som innebærer at overføringen må anses som en gave i relasjon til arveloven § 19. Dette må gjelde selv om det kan reises spørsmål om begrepet «formuesforskyvning» er helt treffende for en slik situasjon. Som det fremgår nedenfor, vil også en gunstig kredittordning for kjøpesummen kunne utgjøre et gaveelement etter § 19.»

Størrelsen på renten innebar ingen økonomisk fordel, men retten la til grunn at A da avtalene ble inngått

ikke forventet at det løpende skulle betales renter. Kjøperne hadde fått fordeler som vanlige kjøpere ikke ville kunne få i markedet. Retten uttalte: «Fordelen må likevel anses som så vidt betydelig at det foreligger et gaveelement – en formuesforskyvning – i favør av mottakerne.» Det ble videre vist til dommen i Rt 2006 s. 776. Overdragelse av en fast eiendom til en arving skjedde til markedspris i den saken, men kort tid etter at overdragelsen hadde funnet sted nektet selgeren å motta kjøpesummen. Høyesterett uttalte «at det i forhold til arveloven § 19 må være riktig å legge til grunn det som ble det endelige innholdet i avtaleforholdet.» Parallellen til denne saken er at avdrag og renter ikke ble betalt etter overdragelsen og at det var «en nærliggende mulighet for at hele eller deler av kjøpesummen, herunder renter av denne, først ville bli gjort opp i forbindelse med det endelige skiftet av uskifteboet.» A hadde forøvrig uttalt at de fire sønnene på skifte skulle stilles likt og at verdien av det mottatte skulle trekkes fra i arvelodden til de tre som hadde mottatt fast eiendom. Når det gjelder avkortning viste retten til Rt 2006 s. 776 hvor det nevnes at gaver som skal avkortes kan anses som en gave etter al. § 19.

Når det gjelder det objektive vilkåret i gavedefinisjonen, la retten avgjørende vekt på at kjøpesummene sannsynligvis ville bli gjort opp ved avkortning i forbindelse med skiftet og at mottakerne ikke hadde til hensikt å betale renter før det tidspunktet. Mottakerne hadde dermed fått en kreditt på vilkår som de ikke kunne få i markedet. «Denne gunstige kredittordningen må anses for å utgjøre et gaveelement etter arveloven § 19. Det vises til Asland: *Uskifte* side 183.»

Det *subjektive vilkåret* er at det foreligger gavehensikt og her ble det vist til Rt 2014 s. 1248 avsnitt 44 og 45. Høyesterettsdommen knyttet seg til gavebegrepet i el. § 59 og lagmannsretten mente at tilsvarende måtte gjelde for gavebegrepet i arveloven § 19. Retten fant det ikke tvilsomt at det var mottakernes interesse i å overta eiendommene «som var avgjørende både for at eiendommene ble overdratt til dem og på de vilkår som ble avtalt og for den måten som avtalene er praktisert på i ettertid. Kravet om gavehensikt er således oppfylt.»

Hva angår det subjektive vilkåret for omstøtelse i al. § 19 andre ledd, ble det vist til Rt 2010 s. 1361 og Rt 1982 s. 948. Det avgjørende er at gavemottakeren er kjent med de faktiske forhold som medfører at en overdragelse blir ansett som et gavesalg. Retten fant det ikke tvilsomt at de tre gavemottakerne var kjent med alle relevante faktiske forhold i saken. At gavemottakerne hadde fått bistand av en advokat ved overføringene var uten betydning for kunnskapskravet.

Kommentar. Dommen omhandler et interessant tilfelle hvor et salg skaper problemer i forhold til den tradisjonelle gavedefinisjonen. I juridisk litteratur er gavebegrepet i forhold til al. § 19 behandlet av John Asland i boken *Uskifte* på side 171 flg. På side 183 skriver han: «Det er mer problematisk hvis lånet ikke er pantsikret, hvis det ikke skal betales renter eller

hvis det er en lang avdragsfrihet, for eksempel at forfallstidspunktet er satt til lengstlevendes død. I slike tilfeller vil man kunne komme til at salget inneholder et gaveelement.» Vilåret om gavehensikt er behandlet på s. 193–197 i denne boken. Gavebegrepet er også behandlet av Tone Sverdrup i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr.1 for 2018 og i Holmøy/Lødrup/Asland *Ekteskapsloven med kommentarer* 2013 s. 384 flg.

Peter Hambro

Spørsmål om gjenlevende satt i uskifte eller hadde overtatt boet etter et felles testament. Lagmannsretten kom til at gjenlevende satt i uskifte og gaveoverføringer på kr. 1,5 mill. ble omstøtt etter al. § 19. Frostating 20. november 2017 (LF-2017-77629)

Fakta: F og G var barnløse ektefeller. I februar 2014 opprettet de et felles testament hvor det sto «at den lengstlevende av oss skal overta det vi eier.» Videre var det tatt med sekundærdisposisjoner til fordel for 6 personer. G døde i august 2014 og F sendte da inn begjæring om uskifteattest. I skjema for uskifte var det fylt inn rubrikken «anskaffet av begge» og «anskaffet av avdød ektefelle.» Rubrikken «anskaffet av gjenlevende ektefelle» var ikke fylt ut. Det var krysset av for at gjenlevende «overtar hele boet i uskifte.» F fikk så i slutten av august 2014 utstedt uskifteattest. F døde i november 2015 og i uskifteperioden hadde hun overført 1.5 mill. kroner til en av sekundærarvingene. Hvis F satt i uskifte var det på det rene at denne gaven kunne omstøtes. Både tingretten og lagmannsretten kom til at overføringen på 1.5 mill. skulle omstøtes etter al. § 19.

Retten begrunnelse: Lagmannsretten tok naturlig nok utgangspunkt i Rt 2013. s. 1182 hvor Høyesterett uttalte at når gjenlevende har sendt inn begjæring om uskifteattest skal det «mye til for å komme til at det ikke er avgitt et dispositivt utsagn». Lagmannsretten uttalte videre «at det er en konkret og sammensatt vurdering av evnen til å foreta et bevisst og selvstendig valg om uskifte på det aktuelle tidspunktet som skal foretas, men samtidig slik at det foreligger en sterk presumsjon for at utsagnet – begjæring om uskifte – er dispositivt.»

Det var på det rene at F mentalt var helt klar da hun skrev under uskifteerklæringen som på enkelte punkter var mangelfull. Retten uttalte at F neppe hadde «hatt et svært bevisst forhold til sine alternativer om enten å overta boet i medhold av testament, eller etter arvelovens regler om uskifte». Om dette ble det videre uttalt: «Dette er et relevant moment i vurderingen av om begjæringen er dispositiv, men kan etter lagmannsrettens oppfatning ikke bli utslagsgivende. Dels ut fra den generelle betraktning at bevissthetsnivået med hensyn til slike valg vil variere mye, ut fra person og situasjon, og ganske sikkert i mange tilfeller være nokså lavt. Det vil bringe for stor usikkerhet rundt selve uskifteinstituttet hvis man

legger opp til en streng vurdering her. I alminnelighet må man forvente at folk setter seg inn i de rettslige disposisjoner som de foretar, og de konsekvenser som de fører med seg.» F hadde også brukt uskifteattesten til å foreta forskjellige disposisjoner.

Arvingen som hadde mottatt 1.5 mill. hadde pekt på at det ikke forelå noen rasjonell grunn til at F skulle velge bort rettighetene etter testamentet. Om dette uttalte retten at «bestemmelsene om begrensninger i råderetten ved uskifte ikke er uten rasjonell begrunnelse, selv for den som kunne disponert friere ved å overta boet i kraft av testament. Rådighetsbegrensningene skal i første rekke ivareta interessene til førstavedes arvinger, men gir også en beskyttelse for lengstlevende mot utilbørlig pågang fra arvinger og/eller andre.» I denne saken hadde dette praktisk betydning og retten uttalte tilslutt følgende: «Tatt på ordet innebar begjæringen om uskifte at F underla seg rådighetsbegrensningene i arveloven kapittel III. Den senere historikken i denne saken viser etter lagmannsrettens oppfatning at det også var god grunn til det.»

Kommentar: Rt 2013 s. 1182 er kommentert av John Asland i *Nytt i privatretten* nr. 4 for 2013. En annen ny dom om dette spørsmål er Gulating 9. februar 2017, LG-2016-169151. I denne dommen står følgende: «Det klare rettslige utgangspunkt er at den som underskriver begjæring om uskifteerklæring, mener å begjære uskifte, jf. Rt-2013-1182.» I saken fra Frostating var det bare gått ca. 6 måneder fra ektefellene hadde opprettet testamentet til ektemannen døde. Flere av testamentsarvingene var til stede da F fylte ut uskifteerklæringen. I testamentet sto det som nevnt at lengstlevende skulle overta det som ektefellene eide og denne ordlyden er såpass vag at den også kan dekke uskifte. Rettspraksis om testamenter med en uklar ordlyd i grensen mellom arv og uskifte, er behandlet i en artikkel av undertegnede i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr. 3 for 2017 s. 227–232.

Peter Hambro

ERSTATNINGSRETT

Om arbeidsgiveransvaret og kravet til saklig tilknytning (HR-2017-2292-A) Dissens 3-2

Den 5. desember 2017 avsa Høyesterett en dom som fører seg inn i en rekke avgjørelser om rekkevidden av arbeidsgiveransvaret, jf. bl.a. Rt. 2015 s. 475 (partner), Rt-2012-1420 (leasing) og Rt. 2008 s. 755 (hjemmehjelp).

Arbeidsgiveransvaret er hjemlet i skadeserstatningsloven (skl.) § 2-1. Bestemmelsen stiller krav om både personell og saklig tilknytning. Kravet til personell tilknytning innebærer at det må foreligge et arbeidsforhold mellom «arbeidsgiver» og «arbeidstaker», jf. paragrafens nr. 1, jf. nr. 2 og 3. Mens kravet om saklig tilknytning stiller krav til sammenhengen mellom skadehendelsen og arbeidstakerens funksjoner: Skaden må

være voldt forsettlig eller uaktsomt under «arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt». En ytterligere presisering av kravet finner vi i annet punktum, hvor det fremgår at ansvaret ikke omfatter «skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet». Nyere rettspraksis har i hovedsak bidratt til avklaring av kravet til personell tilknytning i første punktum, samt unntaket i annet punktum – nærmere bestemt betydningen av at arbeidstaker har handlet forsettlig og i egeninteresse, jf. bl.a. Rt. 2015 s. 475 (partner), Rt. 2012-1420 (leasing) og Rt. 2008 s. 755 (hjemmehjelp). Denne dommen omhandler særlig første punktums krav til at skaden må være skjedd «under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren», gjerne formulert som et krav om at skaden må være voldt «i tjenesten», jf. Wilhelmsen/Hagland punkt 7.7.

Saken gjelder spørsmål om arbeidsgiver (C) kan blir erstatningsansvarlig når en tidligere ansatt (B) gjør underslag etter at ansettelsesforholdet har opphørt.

Skadelidte (A) var en pleietrengende mann, som hadde fått innvilget brukerstyrt, personlig assistanse. Et selskap som tilrettelegger brukerstyrte tjenester (C), inngikk avtale med A, hvor C påtok seg rollen som arbeidsgiver for de assistentene som A rekrutterte. B ble deretter ansatt som assistent for A. I kommunens tildelingsvedtak var det forutsatt at A (bl.a.) hadde behov for bistand til å betale regninger, og B hjalp ham med dette. Under sitt arbeid hos A fikk derfor B kunnskap om bankID, passord og personnummer. I en periode på nesten 4,5 år overførte B i underkant av 2,5 millioner kroner fra As konti til egne konti. Den første overførselen fant sted få dager etter at arbeidsforholdet hos A var påbegynt, mens siste overføring fant sted ca. ett år og ni måneder etter at arbeidsforholdet var avsluttet. Sentralt i sakens faktum er at i perioden etter at B sluttet som assistent hos A, byttet A bankID-brikke fem ganger uten å gi B tilgang. Det legges til grunn at B trolig har utnyttet kunnskap han fikk om As forhold mens han var ansatt, til å bortta brikkene hver gang A fikk tilsendt ny. A krevde erstatning fra assistentens arbeidsgiver (C) for sitt økonomiske tap. C erkjente ansvar for den delen av tapet som skyldtes overføringer B hadde gjort i den perioden han var ansatt hos C, men bestred ansvar i etterfølgende periode.

Høyesteretts flertall kom til at den omtvistede delen av tapet – underslagene begått i perioden etter ansettelsesforholdets opphør – lå utenfor arbeidsgiveransvaret.

Begrunnelsen knytter seg til den tidsmessige avgrensningen som ligger i at skaden må være voldt «under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren», jf. skl. § 2-1 nr 1 første punktum og Rt. 2008 s. 775 (hjemmehjelp) a. 27, samt Rt. 2012 s. 1420 (leasing) a. 31 og 32. Det legges til grunn at

arbeidsgiver er ikke ansvarlig for skader som arbeidstaker volder i fritiden eller etter at arbeidsforholdet er avsluttet (a. 22). Førstvoterende fremhever at situasjonen i denne saken, skiller seg fra hjemmehjelpdommen på et «avgjørende punkt: Her skjedde både tyveriene og de påfølgende uttakene etter at Bs arbeidsforhold hos [C] var avsluttet», jf. a. 25. I hjemmehjelpdommen skjedde både tyveri av kort og kode mens hjemmehjelpen var ansatt. Førstvoterende anser derfor at den skadevoldende handlingen ikke skjedde mens arbeidstaker B var i tjeneste hos arbeidsgiver C; saken ble voldt senere «da B var ute av [c]», jf. avsnitt 27.

Førstvoterende finner ikke grunnlag for å tolke bestemmelsen utvidende, og viser i denne sammenhengen til forarbeidene hvor det er åpnet for at spørsmålet om skaden er voldt i tjenesten av og til «vil ... kunne by på tvil». Førstvoterende er klar i sitt syn: «Jeg mener at vi her ikke står overfor et tvilstilfelle. Lovforarbeidene gir da ingen åpning for å bygge på andre kriterier enn det som fremgår av loven», jf. a. 29. Videre viser førstvoterende hvordan heller ikke rettspraksis, nærmere bestemt Rt. 2015 s. 475 (partner), gir støtte for å tolke § 2-1 nr. utvidende slik at også Bs skadevoldende handlinger omfattes. Partnerdommen blir ansett for å omhandle andre rettsspørsmål, jf. henholdsvis avsnitt 31 om personell tilknytning og avsnitt 32 om arbeidsgivers saklige tilknytning. Heller ikke reelle hensyn knyttet til særtrekk ved ordningen med brukerstyrt assistanse, anses å kunne lede til et annet resultat. Rimelighetsbetraktninger som trekkes frem, er tillitsaspektet ved ordningen, samt arbeidsgivers mer begrensede tilsyn og kontroll med den enkelte assistent som engasjeres av bruker. Førstvoterende fremhever at «etter avsluttet arbeidsforhold er det, generelt sett, diskutabelt om – og eventuelt i hvilke tilfeller – tidligere arbeidsgivere bør pålegges risikoen for at tidligere assistenter påfører brukere skade» (a. 34). Heller ikke arbeidsgivers forsikringsmuligheter anses å kunne begrunne utvidelse av ansvaret.

Mindretallet (to dommere) kommer – i motsetning til flertallet – at vilkåret i skl. § 2-1 er oppfylt, og dermed også til at tapet er omfattet av arbeidsgiveransvaret.

Som førstvoterende, tar mindretallet utgangspunkt i ordlyden, men det tilføyes straks at

«bestemmelsen er relativt gammel, og det er avsagt et betydelig antall høyesterettsdommer om arbeidsgiveransvaret de senere årene. Rettspraksis får derfor stor betydning når grensene for arbeidsgiveransvaret skal fastlegges. Det er – slik jeg ser det – skjedd en utvidelse av arbeidsgiveransvarets rekkevidde» (avsnitt 41).

Med støtte i Rt. 2015 s. 475 (partner) og Rt. 2008 s. 775 (hjemmehjelp) viser mindretallet hvordan det avgjørende for henne blir at B – som i hjemmehjelpdommen – skaffet seg «de nødvendige midlene for å volde skaden under arbeidsforholdet» (a. 46). Det at kodebrikkene ble stjålet etter at arbeidsforholdet opphørte, til-

legger ikke mindretallet avgjørende vekt. Avgjørende synes å være at tapet er en følge av arbeidsforholdet, og en særegen risiko knyttet til arbeidet. Det var under arbeidsforholdet B ervervet kunnskap som muliggjorde etterfølgende tilegnelse og utnyttelse av kodebriken til å begå senere underslag, og typen av arbeid åpnet for en særegen risiko knyttet til ulovlig tilegnelse av penger. Sentralt for mindretallet blir derfor at når «arbeidsoppgavene åpner for denne typen risiko – slik forholdene var i vår sak – er det mer nærliggende at arbeidsgiver dekker tapet (a. 56). Også i vurderingen av reelle hensyn, skiller mindretallets syn seg fra flertallets vurdering. Oppsummert synes hovedsynspunktet å være at skadelidte (A) er «avhengig av hjelp» og at arbeidsgiver (C) har «muligheten til å innføre rutiner og andre kontrolltiltak» (a. 57 og 59). Videre peker mindretallet på at C «som privat aktør har påtatt seg ansvaret for å drive tjenesten for kommunen», og at forretningsideen er «å håndtere den profesjonelle delen av ordningen mot et vederlag, mens brukeren styrer arbeidsoppgavene». Samtidig fremhever mindretallet at helt sentralt ved etableringen av ordningen var å styrke brukernes stilling, jf. a. 60. Arbeidsgivers forsikringsmulighet og pulveriseringshensynet anses av mindretallet for å gjøre seg gjeldende «med særlig styrke» (a. 60).

Dommen er etter min mening egnet til å illustrere et problem av mer alminnelig karakter: Arbeidsgivers informasjonsansvar. Mindretallet omtaler bestemmelsen i skl. § 2-1 som «relativt gammel» (a. 41). Tatt samfunnsutviklingen i betraktning, er det iallfall helt sikkert at dagens informasjonssamfunn byr på andre utfordringer i relasjon til arbeidsgiveransvaret, enn hva lovgiveren så for seg da lovbestemmelsen ble forberedt på midten av 1960-tallet – altså for et halvt århundre siden. Etter min mening er det grunn til å stille spørsmål om bestemmelsens ordlyd «under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren» i tilstrekkelig grad ivaretar skadelidtes behov for beskyttelse i de tilfeller der skadevoldelsen er basert på uberettiget *utnyttelse* av informasjon som arbeidstaker har *tilegnet seg* i kraft av sin stilling. Etter min mening – og kanskje i motsetning til førstvoterendes syn – er det vanskelig å se den gode begrunnelsen for at arbeidsgivers informasjonsansvar tidsmessig skal avgrenses til tilfellene hvor uberettiget utnyttelse av informasjon skjer *under* arbeidsforholdet, slik at uberettiget utnyttelse av informasjon *etter* arbeidsforholdets opphør faller utenfor – med den begrunnelse at ansettelsesforholdet er opphørt (a. 34). Ialffall så lenge arbeidstakers skadevoldelse innebærer realisering av en iboende risiko for uberettiget utnyttelse av informasjon, som hun har tilegnet seg i arbeidsgivers tjeneste.

Utnyttelse av informasjon er i mindre grad steds- eller tidsbunden (med unntak for tilfellene hvor det er truffet særlige beskyttelsestiltak). Erkjennelsen av at informasjon som arbeidstaker tilegner seg under ansettelsesforholdet, også kan utnyttes på en uberettiget

måte etter arbeidsforholdets opphør, finner vi bl.a. uttrykk for i straffeloven og markedsføringsloven. Som et tydelig eksempel kan nevnes § 209 tredje ledd som fastsetter straffansvar for brudd på taushetsplikt også «etter at tjenesten eller arbeidet er avsluttet». Også straffebudet i § 207 om krenkelse av forretningshemmeligheter og forbudet i markedsføringsloven § 28 mot rettstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter, omfatter typisk uberettiget utnyttelse av informasjon etter at et ansettelsesforhold er avsluttet. Salg av taushetsbelagte helseopplysninger til media eller forsikringselskaper, eller utnyttelse av bedriftshemmeligheter i konkurrerende virksomhet kan medføre store tap.

Etter min mening tilsier informasjonens immaterielle karakter at en tidsmessig avgrensning, basert på om uberettiget utnyttelse av informasjon har funnet sted under selve ansettelsesperioden eller etter arbeidsforholdets opphør, i mindre grad er egnet for å fastlegge arbeidsgiveransvarets rekkevidde. Mer egnet enn lovens vilkår «under utføring av arbeid» synes derfor kriteriet oppstilt i rettspraksis: om skaden «skyldes den særegne risikoen knyttet til arbeidet», jf. Rt. 2008 s. 775 (hjemmehjelp). Et kriterium som mindretallet særlig fremhever i vår dom, jf. avsnitt 55. I de tilfellene hvor vi står overfor skade voldt ved uberettiget bruk av informasjon, kan det etter min mening være grunn til å legge større vekt på hvor tett saklig tilknytning det er mellom arbeidsoppgaver, tilegnelse av informasjon og den skadevoldende handlingen. Hvorvidt skaden kan anses som utslag av en særegen risiko ved arbeidsoppgavene (som her vil være tilegnelse av informasjon egnet til å gjøre underslag), gir etter mitt skjønn bedre veiledning for fastsettelse av grensene for arbeidsgivers informasjonsansvar, enn en vurdering av tidsmessig nærhet mellom arbeidsforholdets opphør og skadetidspunkt.

Birgitte Hagland

Om erstatningsrettslig vern for prostitusjonsinntekter (HR-2017-2352-A) Dissens 3-2

Den 8. desember 2017 avsa Høyesterett en dom om erstatningsvern for prostitusjonsinntekter. Et flertall på tre dommere kom til at kortvarige, fremtidige tap av prostitusjonsinntekter ikke har erstatningsrettslig vern.

Det hører til sjeldenhetene at Høyesterett får forelagt seg spørsmål om interessevern på personskaderettens område. Fra tidligere rettspraksis har vi et fåtall dommer: En dom om restitusjon og erstatning for opptjente inntekter som bakmenn har fratatt prostituerte, jf. HR-2016-2491-A. Dommen skal vi komme tilbake til. I tillegg har vi Rt. 1999 side 203 (sterilisering) og Rt. 2013 s. 1689 (fostervannsprøve), som begge handler om erstatningsrettslig vern for tap som følge av at barn blir født – til tross for at medisinsk behandling skulle forhindre fullgått graviditet og fødsel. Høyesterett har i begge dommer lagt til grunn at det erstatningsrettslige skadebegrepet ikke omfatter at et barn blir født.

I fastleggelsen av et eventuelt erstatningsansvar må vi først ta stilling til om vi står overfor en erstatningsrettslig relevant skade. Vilkåret er forholdsvis nyetablert, og innledningsvis skal vi derfor ta med oss en kort introduksjon.

Fastleggelsen av om en skade er erstatningsmessig, fordrer at vi tar stilling til tre spørsmål: Om det foreligger et økonomisk eller ikke-økonomisk tap, om skaden har rammet en vernet interesse, og om vi står overfor en skadelidt som kan utlede beskyttelse fra den vernede interessen – en vernet skadelidt, se *Wilhelmsen/Hagland* kapittel 4. Samlet sett inngår disse tre spørsmålene i fastleggelsen av erstatningsrettens virkeområde. Betydningen er fundamental: Dersom vi ikke står overfor en erstatningsrettslig relevant skade, kan skaden ikke kreves erstattes. I foreliggende dom er det altså spørsmål om en gitt inntektstype – fremtidige prostitusjonsinntekter – nyter interessevern.

Faktum er som følger: Skadevolderne (C, B, A og D) var i tingretten domfelt for fire grove ran av de skadelidte, i alt åtte prostituerte kvinner (E, F, G, L, I, J og K). Kvinnene ble ranet i sine boliger eller på sine hotellrom. I tre av tilfellene hadde de domfelte skadevolderne skaffet seg adgang til skadelidtes oppholdssted ved å inngå avtale om kjøp av sex. Under ranene ble kvinnene påført fysiske og psykiske skader, som gjorde at de i en periode ikke kunne arbeide med salg av seksuelle tjenester. Da saken kom opp for Høyesterett, hadde kvinnene fått tilkjent oppreisningserstatning og erstatning for frarannede kontanter og gjenstander. Inntektstapet var skjønnsmessig beregnet til 50 000 kroner for hver av de skadelidte, og det ble lagt til grunn at tapet tilsvarte to ukers inntekt. Spørsmålet for Høyesterett var om dette inntektstapet var erstatningsrettslig vernet.

Flertallet presiserer innledningsvis at interessevern er et grunnvilkår for erstatning. Det overordnede blir problemstillingen deretter: «om interessen fortjener rettsordenens beskyttelse», hvor vernet for prostitusjonsinntekter må «bero på en konkret bedømmelse av hensynet til de skadelidte og samfunnets interesser vurdert generelt» (a. 36).

I avsnitt 38 tilskjæres vurderingstemaet ytterligere: Erstatningssituasjon det her er tale om er kortvarig tap av prostitusjonsinntekter. Langvarig tap av ervervs- evnen tar førstvoterende ikke stilling til.

Førstvoterende går deretter over til den konkrete vurderingen av erstatningsvernet for prostitusjonsinntekter, med utgangspunkt i at kjøp av seksuelle tjenester er straffbart, mens salg av seksuelle tjenester er lovlig, og at det i forarbeidene er uttrykkelig uttalt at salget ikke rammes av det alminnelige medvirkningsforbudet i straffeloven (a. 40). Førstvoterende viser deretter hvordan forbudet mot sexkjøp langt på vei i forarbeidene begrunnes i beskyttelse av ofre for menneskehandel og bekjempelse av alvorlig organisert kriminalitet, samtidig som «[b]egrunnelsen gir et klart budskap om at prostitusjon er sterkt uønsket av kriminal- og sosialpolitiske grunner» (a. 45).

Flere systembetragtninger løftes frem i argumentasjonen. For det første, strafferettslige systembetragtninger knyttet til kriminalisering av virksomhet tilknyttet prostitusjonen. Hensynet til de prostituerte selv, som en svak og utsatt gruppe, løftes frem som begrunnelse for at salg av seksuelle tjenester ikke er straffbart. «Dette taler etter mitt syn mot at tap for fremtidige inntekter fra prostitusjon skal ha et erstatningsrettslig vern» (a. 50). For det andre avtalerettslige systembetragtninger: Inntektstapet forutsetter fremtidige kjøp av seksuelle tjenester, som er straffbart. Et erstatningsvern løftes derfor frem som vanskelig i relasjon til NL-5-1-2, om oppfyllelse av avtale med ulovlig eller støtende innhold. «Det er ut fra sammenhengen i rettssystemet vanskelig å bygge et rettskrav på et slikt utgangspunkt» (a. 51). Skatterettslige systembetragtninger, det at det her er tale om skattepliktig inntekt, endrer ikke førstvoterendes syn: «Skattelovgivningen bygger på andre hensyn enn erstatningsretten. I praksis oppgis dessuten ikke prostitusjonsinntekter til beskatning» (a. 53).

Deretter synes argumentasjonen å flytte seg til betragtninger av mer praktisk karakter: Knyttet til skadelidtes dekningsbehov når praktiske sider ved erstatningsbetalingen tas i betraktning (a. 53). Og for det andre fremheves tilfældighetsargumentasjon – at det for skadevolder vil være en tilfeldig fordel om han skulle slippe ansvar for tapet han har voldt – som et argument for erstatningsrettslig vern. Men, «[s]å lenge det dreier seg om en skadevolder fra prostitusjonsmiljøet eller annet kriminelt miljø» legger førstvoterende til grunn at dette har «liten praktisk betydning» – all den tid det i dette miljøet er sjelden at erstatningskrav løses rettslig eller gjøres opp direkte» (a. 54).

Erkjennelsen av at dette er et verdivalg kommer der- nest til uttrykk: Et manglende vern kan «oppfattes som støtende og bidra til økt utrygghetsfølelse for en allerede sårbar gruppe» (a. 55). Etter førstvoterendes syn kan dette avhjelpes ved samfunnets samlede innsats. For vurderingen av spenningsforholdet mellom reparasjon og samfunnets mer overordnede interesse, fremholder førstvoterende at erstatningsvern for prostitusjonsinntekter vil bidra til «alminneliggjøring av sterkt uønsket virksomhet» og «motvirke de dempende effekter kriminaliseringen av slike kjøp synes å ha hatt» (a. 60).

Førstvoterende konkluderer deretter slik: «Jeg ser det alt i alt slik at prostitusjonsmarkedets karakter overskygger de negative konsekvenser et manglende vern får for den enkelte skadelidte. Risikoen for at erstatningsvern har negative sider for de prostituerte som gruppe, overskygger også at det kan virke støtende at en skadevolder ikke skal måtte gjøre opp for den prostituertes forbigående tap av fremtidsinntekter. Jeg peker igjen på at erstatningssituasjonen ved mer langvarige skader vil kunne være en annen. Med totalbildet hører også at det som en prostituert blir fratatt, har alminnelig erstatningsrettslig vern» (a. 62).

Mindretallet tar utgangspunkt i skl. § 3-1 og legger til grunn at «den personskadelidtes individuelle erverv-

stap har erstatningsrettslige vern» (a. 66). Konsekvensen blir at «det må oppstilles et unntak fra § 3-1 dersom kvinnene ikke skal få sine tap dekket» (a. 67).

Også mindretallet tar utgangspunkt i systembetraktninger knyttet til lovgivers valg om å kriminalisere sexkjøp og virksomhet knyttet til prostitusjon, men å tillate salg av seksuelle tjenester. Mindretallet fremhever at det her er tale om en lovlig inntekt, som er undergitt skatte- og avgiftsplikt. Sammenhengen i lovgivningen, samt at lovgivningen «bygger på en grunntanke om at de prostituerte rettsstilling ikke skal rammes av at andre begår lovbrudd i forbindelse med at prostitusjon foregår», tilsier etter mindretallets syn et erstatningsvern (a. 70). I motsetning til flertallet er altså mindretallet av den oppfatning at straffelovgivningen ikke kan begrunne at tapte prostitusjonsinntekter skal unntas et vern. Også i synet på NL- 5-1-2 synes mindretallet å legge en annen oppfatning til grunn:

«Den gir ikke noe entydig svar på hvilket rettsvern den prostituerte i dag har i avtalesituasjonen. Jeg kan uansett ikke se at den regelen gir en begrunnelse for at tapte prostitusjonsinntekter er unntatt fra erstatningsrettslig vern» (a. 73).

Som førstvoterende fremholder mindretallet at prostitusjon er uønsket sett fra samfunnets side, men mindretallet fremhever som «vesentlig at det å tilkjenne erstatning som krevd, ikke i seg selv bidrar til å fremme prostitusjon. Erstatningen tvinger ikke igjennom noen prostitusjonshandling, og den forutsetter heller ikke at en slik handling skal finne sted. Det eneste som vil skje, er at det gjøres en økonomisk beregning av et hypotetisk hendelsesforløp» (a. 73). Også i vurderingen av andre former for realargumentasjon synes mindretallet å ha en annen oppfatning enn flertallet, både hva gjelder om erstatningsvern vil påvirke holdningene til prostitusjon, og hvordan beskyttelsesbehovet til gruppen best ivaretas. Det pekes bl.a. på at prostituerte er en voldsutsatt gruppe, og at et manglende erstatningsvern medfører at konsekvensene ved å skade prostituerte blir færre enn av å skade andre (a. 77–78).

Kommentar

Hva er rettstilstanden for prostitusjonsinntekter etter dommen? Kortvarige tap av fremtidige prostitusjonsinntekter er ikke vernet. Dersom personskaden er alvorlig nok, slik at vi står overfor langvarig tap av ervervsevnen, «kan det ikke utelukkes at mer generelle vurderinger av betydningen av tapt ervervsevne vil komme i forgrunnen og kunne begrunne et erstatningsrettslig vern også for fremtidstapet etter alminnelige kriterier» (a. 38). Forholdet mellom kortvarige og langvarige tap imidlertid ikke avklart. Samtidig har vi dommen fra 16. desember 2016 som også gjelder erstatning for prostitusjonsinntekter, men da allerede opparbeidede prostitusjonsinntekter, som bakmenn hadde fratatt den prostituerte. Hoveddelen av denne dommen gjaldt restitusjon av opptjente prostitusjonsinntekter

etter obligasjonsrettslige prinsipper, men én av de tiltalte i saken, D, blir holdt erstatningsansvarlig for tap av opparbeidet inntekt med en helt kort begrunnelse:

«D var del av handlingssfellesskapet som forårsaket at de fornærmede ble fratatt sine inntekter. Hans medvirkning var forsettlig og rettsstridig, og kravene til ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng er oppfylt, jf. Rt-2005-41 avsnitt 65» (avsnitt 96).

(For en fremstilling av erstatningsbetingende handlingsfellesskap, se Hagland, *Erstatningsbetingende medvirkning* kapittel 7.2.)

I dommen fra 2016, som er enstemmig, får vi ikke noen ytterligere begrunnelse for erstatningsvernet – og førstvoterende understreker at han ikke tar stilling til erstatningsvern for fremtidige inntekter (a. 86) – men når det gjelder restitusjon, er førstvoterende tydelig: «Det kan ved vurderingen av dette spørsmålet ikke være avgjørende at kravet springer ut av en samfunns-skadelig og uønsket virksomhet som prostitusjon» (a. 87). Og videre at «det er inngrepet i den personlige frihet og integritet – og ikke prostitusjonen – som står i forgrunnen ved vurderingen av om de fornærmedes krav har rettslig vern» (a. 89).

Etter å ha lest begge dommer, med tre begrunnelser for restitusjon og vern eller ikke vern av prostitusjonsinntekter, blir både verdi- og perspektivvalgene som foretas tydeligere. Dersom vi nå går tilbake til 2017-dommen, kan vi gjøre følgende observasjon: Argumenter som for flertallet tilsier at kortvarige, fremtidige inntektstap ikke er vernet, fremhever mindretallet som argumenter for et vern. Flertallet synes å fastholde samfunnsperspektivet, mens mindretallet er mer individorientert. Dommen fra 2016 synes å ligge tettere på verdi- og perspektivvalgene i mindretallets begrunnelse (selv med reservasjonen for fremtidige inntekter i avsnitt 86). Det er flere grunner til at en slik observasjon er interessant. Rammene for en omtale av dommen i *Nytt i privatretten* fordrer en viss korthet, og hvilke tiltak som kan bidra til å løse den gordiske knuten av problemer som prostitusjonsmarkedene medfører, er vanskelig å besvare. Spørsmålet er om det å unnta kortsiktige, fremtidige inntektstap er et egnet tiltak, slik førstvoterende i vår dom synes å legge til grunn, jf. bl.a. avsnitt 62.

For kompliserte spørsmål kan det være grunn til å isolere de ukompliserte elementene: Vi står overfor en skadevoldende handling – vold mot person i en særlig voldsutsatt gruppe, typisk begått i forbindelse med andre straffbare handlinger, sexkjøp eller hallikvirksomhet – og som resulterer i tapt inntekt fra en lovlig virksomhet. Inntekten kan ikke inndras og er skattepliktig på vanlig måte, selv om det er uvanlig at inntekten faktisk oppgis til beskatning.

Og så kommer det vanskelige: Denne lovlige, skattbare inntekten stammer fra arbeid i prostitusjonsmarkedene, som bringer med seg et arsenal av alvorlige samfunnsproblemer. Og da hjelper det lite at synet på prostitusjon har endret seg. Prostitusjonsmarkedene er

fremdeles uønsket sett fra samfunnets side – og i dag med en mer graverende begrunnelse enn tidligere: fra moralsk fordømmelse av syndige kvinner til menneskehandel og annen organisert kriminalitet. Lovgiveren har valgt å treffe en rekke tiltak – uten at retten til erstatning er vurdert. Dersom inntektstypen skal unntas retten til erstatning, bør det være et lovgivervalg. Ikke bare fordi det er et verdivalg, men fordi det i spenningsfeltet mellom samfunnets interesser og den enkelte skadelidtes erstatningsinteresse, er flere rettsgrunnlag som bør løftes inn i vurderingen. Voldsofferstatningsordningen og kvinnekonvensjonen (som er en del av norsk rett, jf. mrl. § 2,) er to sentrale elementer som etter min mening bør med i grunnlaget for vurderingen.

Og dilemmaene som spørsmålet bringer med seg, er heller ikke genuint for prostitusjon. Det er lett å se for seg at vold mot andre utsatte grupper – tiggere, gateselgere eller gatemusikanter – utløser tilsvarende kortvarige, fremtidige inntektstap. Problemstillingene knyttet til menneskehandel, bakmenn og kriminelle nettverk gjør seg også gjeldende her.

Kanskje er det på tide at lovgiveren børster støvet av NOU 2011:16 om standardisert erstatningsutmåling, slik at vi for erstatningsposter som vanskelig kan la seg utmåle, får en standardisert erstatning? Hva domstolene bør gjøre i mellomtiden? Vel, de kan eksempelvis oppjustere oppreisningsbeløpet – den som utøver vold mot samfunnets svakeste grupper, skal selvsagt gjøre opp for skadene.

Birgitte Hagland

Erstatning for positiv kontraktsinteresse ved offentlige anskaffelser – EFTA-domstolens avgjørelse 31. oktober 2017 i sak E-16/16

Innledning

Det har lenge vært lagt til grunn at anbydere i offentlige anskaffelser har krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse, men at oppdragsgiveren i så fall må ha begått «vesentlige feil», jf. Rt. 2001 s. 1062 («Nucleus») og 2008 s. 1705 («Trafikk og Anlegg»). Dette særegne erstatningsansvaret, som er strengere enn for private oppdragsgivere, er innfortolket i lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 76 § 10 (tidligere lov om offentlige anskaffelser 17. juni 1999 nr. 69 § 11). Lovbestemmelsen gjennomfører det EU/EØS-rettslige direktivet om klagebehandling ved offentlige innkjøp (89/665) art. 2 nr. 3 bokstav c.

Den 31. oktober 2017 avsa EFTA-domstolen en dom med en rådgivende uttalelse om at det ikke kan stilles krav om at oppdragsgiveren har begått en «vesentlig feil» for at erstatning for positiv kontraktsinteresse skal være aktuelt. Et enkelt brudd skal ifølge domstolen være tilstrekkelig for å konstatere ansvar. Det vil si at ansvaret i praksis blir objektivt. Dessuten besvarte domstolen noen spørsmål knyttet til beviskrav og årsakssammenheng for erstatning. Domstolen ble for øvrig bedt om å

besvare noen rent anskaffelsesrettslige spørsmål, men disse skal vi i denne sammenheng la ligge.

Bakgrunn

Saken gjaldt en konkurranse om å drive et fergesamband i Sør-Trøndelag. Selskapet som ble innstilt som nr. 2 – Fosen-Linjen AS – bestred tildelingsbeslutningen. De anførte at oppdragsgiveren ikke hadde forsvarlig grunnlag for å vurdere om tildelingskriteriet «Miljø» ville bli oppfylt. Oppdragsgiveren hadde utelukkende basert seg på hvilke lovnader selskapene hadde gitt med hensyn til drivstofforbruk i sine tilbud. I stedet hadde man søkt å sikre seg mot overtredelser av estimert utslippsmengde gjennom sanksjoner i kontrakten. Utfallet av vurderingen av miljøkriteriet hadde stor betydning for konkurransens utfall, ettersom det i den totale poengsummen var det svært lite skille som skilte Fosen-Linjens tilbud fra det vinnende tilbudet.

Etter at tingrett og lagmannsrett ila forbud mot kontrahering ved midlertidig forføyning, ble konkurransen avlyst. Deretter krevde Fosen-Linjen erstatning for den positive, subsidiært den negative, kontraktsinteresse. Sør-Trøndelag tingrett frifant oppdragsgiveren. Men i sine premisser uttalte tingretten at oppdragsgiveren burde ha innhentet dokumentasjon for å undersøke riktigheten av de lovnader selskapene hadde kommet med, med hensyn til deres drivstofforbruk, og nærmere bestemt dokumentasjon om skrognostand, propulsjonsvirkningsgrad, overføringstap, hotellast og sjømargin.

Etter anke ba Frostating lagmannsrett EFTA-domstolen om bistand til å besvare seks spørsmål, hvorav fire gjaldt erstatningsrettslige spørsmål.

Spørsmål om vilkår for erstatning (spørsmål 1 og 2)

De to første spørsmålene gjaldt vilkårene for erstatning, og EFTA-domstolen behandlet dem samlet. Det første spørsmålet var om håndhevelsesdirektivet art. 1 nr. 1 og art. 2 nr. bokstav c var til hinder for at et krav om erstatning kan gjøres betinget av følgende:

- (a) «skyld og hvor det kreves at oppdragsgivers atferd må utgjøre et markert avvik fra forsvarlig handlemåte»,
- b) «vesentlig feil hvor skyld hos oppdragsgiver inngår som et moment i en større helhetsvurdering»
- c) «vesentlig, grov og åpenbar feil».

Det andre spørsmålet var om «brudd på en anskaffelsesrettslig EØS-regel, som ikke overlater skjønnsfrihet til oppdragsgiver, i seg selv utgjør et tilstrekkelig kvalifisert brudd som kan utløse rett til erstatning på nærmere vilkår.»

EFTA-domstolen besvarte begge spørsmål slik: «et enkelt brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er i seg selv tilstrekkelig til å utløse» erstatningsansvar «for den skade vedkommende har blitt påført». Det vil i praksis si at EFTA-domstolen mener det gjelder et objektivt ansvar for anbudsfeil.

Domstolen åpnet sin begrunnelse med å fremheve formålene bak det nye anskaffelsesdirektivet (2004/18/EF). Nevnt ble bl.a. tilrettelegging av fritt varebytte, etableringsfrihet og å motvirke konkurransevridninger (avsnitt 61–63), samt beskyttelse av næringsdrivendes interesser (avsnitt 65).

Videre uttalte domstolen at oppdragsgiveren ikke handlet i egenskap av å være en offentlig myndighet (*actum jure imperii*), men at oppdragsgiveren tvert imot gjennomførte en forretningsmessig handling (avsnitt 64). Domstolen ser ut til å ville gjøre et lite poeng ut av denne bemerkningen, ved å henvise til et spørsmål til oppdragsgivers prosessfullmektig under rettsmøtet (avsnitt 53 og 64). Men poenget med denne bemerkningen var naturligvis ikke å fremheve de privatrettslige aspektene ved offentlige anskaffelser, eller å jevnføre offentlige oppdragsgiveres ansvar med private aktørers ansvar i en prekontraktuell fase.

Poenget var derimot å kontrastere situasjonen mot virkefeltet til det alminnelige EU/EØS-rettslige ansvaret for offentlige myndigheter. Som kjent gjelder det alminnelige EU/EØS-rettslige ansvaret for feil begått av nasjonale myndigheter ved transponering av EU/EØS-retten til den nasjonale rettsorden. Dette ansvaret bygger på en helhetlig og fleksibel vurdering, hvor også skyld kan inngå som et moment, jf. for EU-rettens del sakene om *Brasserie du Pêcheur* og *Factortame* (sakene C-46/93 and C-48/93) avsnitt 56–57, og for EØS-ansvarets del, H. H. Fredriksen *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen* (Fagbokforlaget 2013) s. 277–362, særlig s. 296–322.

Etter å ha fremhevet formålene bak håndhevelsesdirektivet og erstatningssanksjonen (avsnitt 66–69), uttalte domstolen at det «i prinsippet er opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette kriteriene» for ansvar ved brudd på anskaffelsesregelverket (avsnitt 70). Deretter kom domstolen til at det ikke er noe handlingsrom for statene utover å knesette et objektivt ansvar.

I begrunnelsen for å legge denne tolkningen til grunn, lente domstolen seg på prinsippene om ekvivalens og effektivitet (avsnitt 70), og de «grunnleggende rettigheter, særlig retten til et effektivt rettsmiddel» (avsnitt 72). Domstolen konstaterte at et effektivt rettsmiddel i visse tilfelle bare vil være mulig å oppnå dersom det tilstås erstatning på objektivt grunnlag (avsnitt 75). Videre la domstolen vekt på erstatningssanksjonens avskrekkende funksjon, og dets rolle for å gjenopprette tilliten til anskaffelsesregelverket (avsnitt 76–79).

Av tidligere praksis siterte EFTA-domstolen en avgjørelse fra EU-domstolen 30. september 2010 *Strabag (Stadt Graz mot Strabag AG, Teerag-Asdag AG og Bauunternehmung Granit GesmbH. C-314/09)*. I denne avgjørelsen hadde EU-domstolen kommet til at en østerriksk lov som satte skyld som vilkår for erstatning ved brudd på regelverket om offentlige anskaffelser var i strid med håndhevelsesdirektivet. I kjølvannet av denne saken ble det riktignok tatt til orde for at dette innebærer at det i norsk rett må innfortolkes et objektivt ansvar,

jf. H. H. Fredriksen «Objektivt ansvar for anbudsfeil?» *Lov og rett* (2010) s. 600–615.

Men *Strabag* må sammenholdes med en senere avgjørelse 9. desember 2010, *Combinatie (Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV v. Provincie Drenthe C-568/08)*. Her hadde EU-domstolen uttalt at man har krav på erstatning etter anskaffelsesregelverket bl.a. dersom bruddet er «sufficiently serious». *Combinatie* gjør dermed henvisning til det alminnelige offentligrettslige ansvaret i EU/EØS. Også denne avgjørelsen siteres av EFTA-domstolen. Men det fremgår ikke klart av premissene hvordan EFTA-domstolen ser egen tolkningsuttalelse i forhold til denne.

En klarere redegjørelse savnes her: *Combinatie*-saken kan også leses til støtte for det motsatte resultatet. Den kan leses slik at EU-domstolen mener det alminnelige offentligrettslige ansvaret gjelder for brudd på anskaffelsesregelverket. Slik har den engelske Høyesterett lest EU-domstolens rettspraksis, jf. dom 11. april 2017 i sak *Nuclear Decommissioning Authority (Appellant) v EnergySolutions EU Ltd (now called ATK Energy EU Ltd) (Respondent)* [2017] UKSC 34. Det samme ser også ut til å gjelde i norsk litteratur, jf. H. H. Fredriksen *Offentligrettslig ansvar ved brudd på EØS-avtalen* (Fagbokforlaget 2013) s. 414 (se note 1352). I det minste kunne EU-domstolens praksis vært lest slik at det er rom for å etablere en viss terskel for ansvar utover det faktum at det er begått en feil, jf. i denne retning K. Krüger «Compensation for Procurement Damage – A Nordic Exposé» *Scandinavian Studies in Law* (2012) s. 155–193, på s. 187.

EFTA-domstolens begrunnelse bygger på generelle satser, slik som de EU-rettslige prinsippene om ekvivalens og effektivitet, viktigheten av gode håndhevingsmekanismer, tilgjengeligheten på effektive rettsmidler og betydningen av erstatningsrettens avskrekkende funksjon. Men begrunnelsen synes nokså løsrevet fra de konkrete problemer som oppstår i slike saker, hvor et behov for en mer fleksibel vurdering av ansvarsgrunnlaget kan tre frem.

Regelverket om offentlige anskaffelser bygger på høye forventninger til offentlige innkjøpsavdelingers kommersielle og faglige kunnskaper, og kravene gjelder uavhengig av den offentlige etatens størrelse, fagmiljø eller budsjett. Selve regelverket er dessuten detaljert, med mange formalkrav, likevel uten å være fri for en del rettslig usikkerhet og gråsoner. Den økonomiske interessen i å få kontrakten er hele tiden i spill og direkte berørt av oppdragsgiverens beslutninger underveis i prosessen. Det kan for øvrig nevnes at det i de senere år har vært offentlig debatt i Norge om regelverkets kompleksitet, konfliktnivået i forbindelse med tildeling av offentlige kontrakter og høye transaksjonskostnader sammenlignet med andre land.

Sett i dette perspektivet, kan det derfor fremstå temmelig strengt å knesette et objektivt erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse for ethvert brudd på regelverket, uavhengig av feilens karakter. Det frem-

går av rettsmøterapporten at den offentlige oppdragsgiveren hadde presentert EFTA-domstolen for en del komparativt materiale som underbygget at et slikt ansvar er strengt også i europeisk sammenheng (jf. rettsmøterapporten avsnitt 80 note 48). Dette blir ikke berørt i EFTA-domstolens begrunnelse, til tross for at det nok kan hevdes at tilgjengeligheten på rettsmidler i Norge ikke står tilbake for det som er tilfelle ellers i Europa. Til dette kommer det faktum at ansvaret for EU-institusjonene etter fast praksis ikke er objektivt, jf. H. H. Fredriksen «Objektivt ansvar for anbudsfeil?» *Lov og rett* (2010) s. 600–615, på s. 610–614.

Beviskrav (spørsmål nr. 3)

Det tredje spørsmålet fra lagmannsretten var om håndhevelsesdirektivet var til hinder for at nasjonal rettsorden stilte krav om klar eller kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville bli tildelt kontrakten. Spørsmålet ble tolket slik at det gjaldt erstatning for positiv – ikke negativ – kontraktsinteresse (avsnitt 90). EFTA-domstolen kom til at EU/EØS-retten ikke var til hinder for et slikt krav, «så lenge prinsippene om ekvivalens og effektivitet er overholdt».

I begrunnelsen uttalte EFTA-domstolen at «det er opp til den enkelte EØS-stats rettsorden å fastsette de aktuelle kriterier» (avsnitt 89). Men kriteriene må overholde prinsippene om ekvivalens og effektivitet, altså at reglene «ikke må være mindre gunstige enn de som gjelder for tilsvarende søksmål i nasjonal rett» (avsnitt 89), eller gjøre det praktisk «umulig eller uforholdsmessig vanskelig» å utøve retten til å kreve erstatning (avsnitt 89 og 92). Domstolen konstaterte at beviskravet klar, kvalifisert sannsynlighetsovervekt «ikke i seg selv» er i strid med effektivitetstesten (avsnitt 92). Men den ba likevel den anmodende domstol om selv å vurdere om «den omtvistede nasjonale regel overholder effektivitetsprinsippet» (avsnitt 93).

EFTA-domstolen presiserte for øvrig at erstatning for positiv kontraktsinteresse bare kommer på tale dersom den forbigåtte tilbyder har et «gyldig krav på kontrakten» (avsnitt 91). Det er ikke problematisert ytterligere hva «gyldig krav» innebærer.

Årsakssammenheng (spørsmål nr. 4)

Det fjerde spørsmålet var om håndhevelsesdirektivet var til hinder for at oppdragsgiver kan gå fri for ansvar ved å påberope seg at konkurransen uansett «skulle ha vært avlyst» som følge av en annen feil, «når den feilen faktisk ikke ble påberopt under konkurransens gang». EFTA-domstolen kom til at det ikke er noe til hinder for at ansvaret faller bort som følge av at konkurransen «ble avlyst», selv om feilen ikke ble påberopt under sakens gang eller av saksøkeren selv.

I sin begrunnelse tok EFTA-domstolen utgangspunkt i at det «må være en balanse mellom de ulike interessene i saken» (avsnitt 101). Et «overdrevent erstatningsansvar» kunne, i følge domstolen, påføre oppdragsgiver «for store forebyggingskostnader» og «svække fleksi-

biliteten» (avsnitt 101). Det er verdt å merke seg at disse hensynene først trekkes frem ved uttalelsen om årsakssammenheng, og ikke ble omtalt ved vurderingen av hvilken ansvarsnorm som bør pålegges oppdragsgiverne.

EFTA-domstolen påpekte videre at «et overdrevent erstatningsansvar» kan «friste oppdragsgiver til å gjennomføre konkurranser som åpenbart er urettmessige eller som innebærer inngrep i avtalefriheten» (avsnitt 101). Hva som siktes til her, fremstår ikke helt klart. Det kan eventuelt ses i sammenheng med en anførsel som EFTAs overvåkningsorgan (ESA) fremførte i rettsmøtet. ESA påpekte at et ansvar for positiv kontraktsinteresse vil kunne skape et insitament for oppdragsgiveren til å inngå kontrakt i tilfelle hvor konkurransen burde ha vært avlyst, for å slippe unna et søksmål om positiv kontraktsinteresse (jf. rettsmøterapporten avsnitt 124).

I oppramsingen av hensynene, trakk EFTA-domstolen også frem at erstatning hvor det ikke er årsakssammenheng vil kunne innebære en «uberettiget berikelse» (avsnitt 101). Det må være treffende karakteristikker.

Domstolen slo deretter fast at en oppdragsgiver ikke har noen plikt til å bringe en konkurranse til ende (avsnitt 105–107). For øvrig gjorde domstolen det klart at avlysningen må begrunnes, og denne må kunne prøves rettslig, noe som er i tråd med løsningene i norsk rett. Videre uttalte EFTA-domstolen at oppdragsgiveren må ha bevisbyrden og at oppdragsgiveren må begrunne avlysningen (avsnitt 108–110).

Svaret fra EFTA-domstolen gjaldt den positive kontraktsinteresse, men i premissene omtales også ansvaret for den *negative* kontraktsinteressen. Negativ kontraktsinteresse vil typisk være aktuelt for leverandører som har deltatt i en konkurranse som er blitt avlyst på grunn av feil. Domstolen uttalte at det ikke kan være frigjørende for oppdragsgiveren at konkurransen også kunne ha vært avlyst som følge av en annen feil (avsnitt 102). Det er antagelig å slå inn åpne dører: I den grad det var ytterligere feil ved konkurransen, vil det neppe ha betydning for årsakssammenhengen mellom avgjørelsen om å avlyse og leverandørenes tap.

Domstolen presiserte like fullt at rekkevidden av ansvaret for negativ kontraktsinteresse forutsetter at leverandøren har tatt «vanlige forholdsregler» og vært «rimelig velinformert og normalt aktsom» (avsnitt 102). Men EFTA-domstolen påpekte, med utgangspunkt i sakens fakta, at når oppdragsgiver her selv var «uvitende, eller i det minste usikker på, om miljøtildelingskriteriet var ulovlig», virket det «usannsynlig» at Fosen Linjen kunne være det (avsnitt 103). Tatt på ordet ser det ut til at domstolen mener det bare er der hvor oppdragsgiver selv tror at den gjennomfører en ulovlig konkurranse, at også leverandører burde ha avstått fra å inngi et tilbud. Det virker noe strengt.

Avslutning

Denne dommen fra EFTA-domstolen råder lagmannsretten til å knesette et objektivt ansvar for anbudsfeil i norsk rett. I denne sammenheng bygger den på en frem-

overlent tolkning av rettspraksis fra EU-domstolen, og annonserer et ansvar som sannsynligvis er strengere enn for en del av landene innenfor EU og ikke minst for EU-institusjonene selv. Situasjonen er ikke avklart for EU-rettens vedkommende. Det gjør at det vil bli interessant å følge med på hvordan EU-domstolen vil stille seg til en ny sak om erstatning for brudd på anbudsregler.

Domstolens resonnement bygget på de generelle EU-rettslige prinsipper om ekvivalens og effektivitet, gode håndhevingsmuligheter og effektive rettsmidler for individene, og det å ivareta erstatningsrettens avskrekkende funksjon. Det savnes likevel en redegjørelse for forholdet til de kryssende hensyn. Domstolen er inne på disse ved omtalen av de øvrige vilkårene for erstatning, men nevner dem ikke ved omtalen av ansvarsgrunnlaget. Dessuten savnes det en forankring av drøftelsen om ansvarsgrunnlaget i de konkrete situasjoner som kan utløse et erstatningsansvar. Dette kunne ha gitt grunnlag for en klarere redegjørelse for hvorfor domstolen mener det ikke er tilfredsstillende med en mer fleksibel erstatningsregel.

Det gjenstår å se om avgjørelsen vil føre til flere erstatningssøksmål for norske domstoler. I mange saker – men ikke alle – vil det største hinderet kunne være å få medhold i at det foreligger årsakssammenheng. Det syntes å være det avgjørende spørsmålet i denne konkrete saken, ettersom konkurransen ble avlyst. De svar som EFTA-domstolen gir i denne sammenheng, er avklarende, men neppe kontroversielle, kanskje sett bort fra enkelte perifere uttalelser.

Johannes Hygen Meyer

Erstatning for særlig stor eller uventet skade, som ikke skyldes svikt i behandlingen, jf. pasientskadeerstatningsloven § 2 tredje ledd – Høyesteretts dom 30. november 2017 (HR-2017-2270-A)

Innledning

Etter pasientskadeerstatningsloven § 2 tredje ledd kan det gis erstatning for personskade dersom pasienten påføres en «særlig stor eller uventet skade», selv om det ikke foreligger svikt ved behandlingen. Tolkningen av denne bestemmelsen – og de midlertidige regler som eksisterte tidligere – har vært gjenstand for flere høyesterettssaker, herunder i Rt. 2006 s. 1217, 2008 s. 218, 2011 s. 549 og 2013 s. 653. Bestemmelsen er også jevnlig oppe til behandling i underrettene.

Dommen som ble avsagt av Høyesterett den 30. november 2017 gjaldt et forsøk på å operere urininkontinens, som etter et behandlingsforløp ledet til kroniske smerter i benet med en invaliditetsgrad på 20–24 %. Saken gjaldt et inngrep som ikke var livsnødvendig. En enstemmig Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for erstatning i denne saken.

Bakgrunn

Pasienten hadde plager med urininkontinens. Det er en tilstand som ifølge dommen anslås å ha en invali-

ditetsgrad på 15 til 20 %. Deler av disse plagene manifesterte seg i form av trang, og ble behandlet med medikamenter. For å behandle de delene av plagene som manifesterte seg i ufrivillig lekkasje under stress, ble hun innlagt til en operasjon.

Operasjonen var ikke vellykket, og ledet til komplikasjon i form av en midlertidig utlagt tarm. Da tarmen ved en senere operasjon ble operert inn igjen, ble det gjort et mislykket forsøk på å bedøve pasienten med epidural. Etter denne operasjonen fikk pasienten vedvarende og varige smerter i høyre ben, som krever jevnlig inntak av smertestillende på dagtid og sovepiller på kveldstid. Hun ble erklært 100 % ervervsufør, og måtte nedlegge bedriften hun drev.

Sakkyndige konkluderte med at det sannsynligvis var det mislykkede forsøket på epidural som hadde forårsaket denne skaden. Det var videre på det rene at komplikasjonene både ved den første og den andre operasjonen var svært sjeldne, på promillenivå. Med andre ord syntes sannsynligheten for at begge risiki skulle materialisere seg i en skade, å være svært liten.

Både tingretten og lagmannsretten kom til at det ikke forelå «svikt» etter pasientskadeloven § 2 første og annet ledd. I motsetning til tingretten, hadde lagmannsretten imidlertid kommet til at det derimot var grunnlag for erstatning etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd.

Til forskjell fra tingretten, hadde lagmannsretten mottatt en ny sakkyndig forklaring, fra en sakkyndig som var engasjert av pasienten selv. Denne sakkyndige hadde et noe annet syn på den medisinske skadeårsaken og skadeomfanget, og estimerte invaliditetsgraden høyere enn det som var tilfellet for tingretten, til 30 % i stedet for 12 %. Hensyntatt de ulike konklusjonene, hadde lagmannsretten konkludert med at det forelå en invaliditetsgrad på 20–24 % som følge av inngrepet.

For Høyesterett var det ikke lenger et spørsmål om det forelå «svikt» i behandlingen etter pasientskadeerstatningsloven § 2 første og annet ledd. Videre var partene enige om at det var forsøket på å legge inn epidural som var årsaken til pasientens plager. Dessuten var de enige om å legge lagmannsrettens fastsettelse av invaliditetsgraden til grunn.

Høyesteretts begrunnelse

Førstvoterende, som fikk tilslutning av samtlige dommere, tok utgangspunkt i at pasientskadeerstatningsloven § 2 tredje ledd er en unntaksbestemmelse (avsnitt 32). Det er en «sikkerhetsventil» og «ikke en rimelighetsregel» (avsnitt 33). Poenget med regelen er å «fange opp tilfeller der det er misforhold mellom skaden og den sykdommen pasienten behandles for» (avsnitt 34), med henvisning til Rt. 2013 s. 556.

Førstvoterende presiserte også at både «særlig stor skade» og «særlig uventet skade» inngår i en helhetsvurdering. Det er altså ikke tale om alternative vilkår, slik pasienten hadde anført (avsnitt 35). I helhetsvurderingen måtte risikoen vurderes opp mot sykdommens alvorlighetsgrad – en livstruende sykdom krever større

aksept av risiko enn sykdom som ikke er livstruende (avsnitt 36–38).

Ved den konkrete vurderingen, som måtte ta utgangspunkt i forholdene på operasjons- eller behandlingstidspunktet, tok førstvoterende utgangspunkt i at det var god indikasjon for å gjennomføre inngrepet mot urininkontinens. Det samme gjaldt bruken av epidural på den andre operasjonen (avsnitt 40–42).

Videre fremhevet førstvoterende den svært lave risikoen for skade – bare noen promille for hvert av inngrepene. Dessuten måtte skadetilfellene ses i sammenheng. Det kan tolkes slik at førstvoterende mente man måtte se hen til den samlede sannsynlighet for skade, gitt den lave sannsynligheten for hvert av inngrepene. Førstvoterende karakteriserte den samlede risikoen som «svært liten» (avsnitt 46).

Det sentrale for førstvoterende var imidlertid om «skadetilfellet var en kjent og typisk følge av inngrepet». Til støtte for dette synspunkt, støttet førstvoterende seg til Rt. 2006 s. 1217 og 2008 s. 218 (avsnitt 44). I dette tilfellet kom førstvoterende til at skaden lå «innenfor den risiko som var påregnelig» (avsnitt 46).

Til skadenes omfang uttalte førstvoterende at disse ikke var «uforholdsmessige når de sammenholdes med sykdomstilstanden» før inngrepet (avsnitt 50). Høyesterett la heller ikke avgjørende vekt på det faktum at pasienten ble 100 % arbeidsudyktig ettersom skaden inntraff i en relativt høy alder – 66 år (avsnitt 51).

Avslutning

Medisinske inngrep er ikke risikofrie, og avgjørelser om erstatning for medisinske inngrep reiser i sin alminnelighet vanskelige avveininger mellom budsjettmessige prioriteringer og gjenopprettelse av voldt skade.

Høyesterett uttalte i denne saken at «skadens omfang» etter pasientskadeloven § 2 tredje ledd må ses opp mot sykdomstilstanden som skulle behandles. I denne saken endte inngrepet med en invaliditetsgrad på 20 til 24 %, sett opp mot en invaliditetsgrad for sykdommen som skulle behandles på 15 til 20 %, riktignok slik at inngrepet bare kunne avhjelpe deler av inkontinensplagene. Høyesterett ser ikke ut til å ha vært særlig sterkt i tvil om betydningen av skadens omfang i denne saken.

Når det gjelder spørsmålet om skaden er «uventet», legger Høyesterett en restriktiv oppfatning av hva som er påregnelig til grunn – tatt i betraktning den lave sannsynligheten for skade. Høyesterett fremhevet at risikoen for skade var «kjent og typisk». Det kan likevel spørres hva som ligger i uttrykket «kjent og typisk», utover en henvisning til skadefrekvens. For eksempel vil sjansen for at risikoen er «kjent og typisk» formentlig være høyere for rutinemessige enn for mindre rutinemessige inngrep, alene som følge av at slike inngrep utføres oftere.

For øvrig hadde både lagmannsretten og tingretten drøftet den informasjonen pasienten hadde fått, og betydningen av at pasienten hadde blitt informert om generell risiko, men ikke om risikoen for skade av den karakter det her var tale om. Dette poenget er ikke tatt

opp i Høyesteretts dom. Det kan tyde på at dette spørsmålet ble ansett for å være av mindre betydning i den aktuelle saken.

Høyesterett la i denne saken vesentlig vekt på at pasientskadeerstatningsloven § 2 tredje ledd er en unntaksbestemmelse, en sikkerhetsventil, som «bare skal brukes når det foreligger et markert avvik fra den risiko som pasienter må akseptere» (avsnitt 52). Dommen følger opp den restriktive linjen som har vært staket ut i tidligere høyesterettspraksis.

Johannes Hygen Meyer

FAST EIENDOM

Fikk ikke eiendomsrett til hytte (HR-2017-2064-A)

En mann bygget hytte på kjærestens tomt. Kjæresten hadde alltid drømt om å få bygd denne hytta, men hadde ikke hatt råd. Mannen søkte om byggetillatelse, sendte nabovarsel, kjøpte byggematerialer, og utførte selv det meste av byggearbeidene på hytta, som fikk et bruksareal på 76 kvadratmeter. Paret hadde da vært kjæresten et par år. Et par år senere – i 2006 – tok forholdet slutt, men det ble ikke foretatt noe økonomisk etteroppgjør. Kvinnen tok hytta i bruk som sin egen, dekket utgiftene knyttet til den, og sto for vedlikeholdet.

I 2007 tok mannens advokat kontakt med ekskjærestens bror, som sto som hyttetomtens hjemmelshaver, og ba om at hjemmelsforholdene på hytteeiendommen ble brakt «i samsvar med realitetene». Senere samme år fulgte advokaten opp, denne gang med kopi til ekskjæresten, og ba om at de «uryddige forhold» angående hyttetomta ble ordnet opp i. Ingen av brevene ble besvart. Saken lå så i ro i seks år, inntil mannens advokat sendte brev til kvinnens bror, med krav om at mannen hadde festerett til hyttetomta i medhold av tomtefesteloven § 5 annet ledd. Denne henvendelsen ble fulgt opp med stevning, med krav om både sameierett og tomtefesterett for mannen.

For Høyesterett krevde mannen prinsipalt at hytteeiendommen lå i sameie mellom ham og ekskjæresten. Det rettsstiftende grunnlaget var partenes felles forutsetninger og atferd: partenes felles mening var at de skulle eie hytta og grunnen i lag. Kvinnen fastholdt at hun var eneeier av både hytte og tomt, idet det ikke var inngått noen avtale om eierskap til tomta eller bygget, og det heller ikke forelå noe annet rettsstiftende grunnlag.

Subsidiært krevde mannen at han var eneeier av hyttebygningen med rett til punktbeste etter tomtefesteloven § 5 annet ledd. Kvinnen bestred også dette, og hevdet at det er et krav for å anse festeavtale som inngått, at partene har ment å etablere et festeforhold.

Når det gjaldt sameiespørsmålet, tok Høyesterett utgangspunkt i at det hverken var inngått skriftlig eller muntlig avtale. Spørsmålet ble da om det forelå noe

annet rettsstiftende grunnlag. Førstvoterende, som talte for en samlet rett, understreket «grunneiers sterke stilling i norsk rett», og fremholdt at «sterke grunner måtte til, før eiendomsrett kunne tenkes å falle bort på ulovfestet grunnlag», jf. Rt. 2015 s. 1157 avsnitt 33 og 46.

Selv om rene rimelighetshensyn kunne tilsi at mannen burde bli medeier i eiendommen, var det for førstvoterende for lite håndfast som underbygget mannens påstand om en felles forutsetning om sameieforhold. Den betydelige innsatsen fra mannens side med å sette opp hytta – med tilhørende verdiøkning på eiendommen – ble følgelig ikke ansett som et tilstrekkelig rettsstiftende grunnlag for sameie. Når det gjaldt kvinnens forhold spesielt, nevnte førstvoterende at hun nok burde ha foretatt seg mer for å avklare eierforholdene, men passiviteten var ikke av «en slik karakter» at hun kunne anses for stilltiende å ha akseptert et sameieforhold.

Mannen fikk heller ikke medhold i sitt subsidiære krav. Etter norsk rett er utgangspunktet at den som bygger på en annens grunn, ikke får eiendomsretten til bygget. Førstvoterende viste til lov 10. april 1969 nr. 17 om hendelege eieendomshøve § 8 første ledd, som, etter hennes oppfatning, «viderefører grunneiers sterke rettsposisjon i norsk rett». Etter bestemmelsen får grunneieren retten til alle materialer som er brukt til å bygge på tomte, så lenge de ikke kan skilles fra grunnen uten for stor skade og kostnad.

For Høyesterett var hovedspørsmålet om loven bare omfatter situasjoner hvor ting blandes sammen på tilfellig vis eller ved misforståelser o.l. (typisk der noen ved en feil bygger inn på naboens grunn), og ikke et tilfelle som her, hvor hyttebyggingen var et planlagt tiltak. Etter å ha sammenholdt lovens tittel og ordlyd med rettspraksis, lovforarbeider og rettsteori, fant førstvoterende at loven måtte forstås slik at den gjaldt også utenfor tilfeller av misforståelse og feil. Dermed falt hytteprosjektet inn under lovens anvendelsesområde. Og siden hyttebygget ikke kunne flyttes uten stor skade og kostnad, fikk kvinnen eiendomsretten til det. Kravet om festerett ble det da ikke nødvendig å gå nærmere inn på.

Etter lov om hendelege eieendomshøve er det et bote-middel mot urimelige utslag av § 8, nemlig regelen om rett til vederlag fra grunneier, oppad begrenset til verdien som er tilført eiendommen, jf. § 10. Både tingretten og lagmannsretten fant at det hadde foreligget et slikt vederlagskrav, men mannens problem var at kravet var foreldet. Denne delen av saken var ikke påanket for Høyesterett, og mannen ble følgelig sittende igjen tomhendt.

Geir Stenseth

Løsningsrett til festeeiendom ble opprettholdt (HR-2017-2160-A)

Saken gjaldt forkjøpsrett til en festeeiendom i Bogstadveien i Oslo. I 1961 festet grunneieren bort tomten, der tomtefesteren skulle oppføre et forretningsbygg. Festeavtalen inneholdt en gjensidig forkjøpsrett. Etter

avtalens punkt 4 fikk festeren «forkjøpsrett til tomten, således at før salg finner sted, må tomten tilbys festeren i rekommandert brev». I punkt 5 fikk grunneieren «forkjøpsrett på samme vilkår som ovenfor i punkt 4 er stipulert for festerens forkjøpsrett». Høyesterett forsto festeavtalen slik at forkjøpsretten ville omfatte både bygningen og den tilhørende tomtefesteretten, og at den falt inn under anvendelsesområdet for lov 9. desember 1994 nr. 64 om løysingsrettar (løysingsrettlova), jf. dens § 1 annet ledd, som bestemmer at loven «gjeld og løysingsrettar til sameigepartar i fast eigedom, til eigarseksjon, til tomtefesterett og til særleg råderett over fast eigedom».

Løysingsrettlova § 6 første ledd fastsetter at en løsningsrett ikke gjelder for lengre tid enn 25 år. Etter lovens overgangsregel forlenges riktignok denne fristen for eldre avtaler, men det var enighet om at fristen etter § 6 første ledd var ute i saken. Imidlertid gir løysingsrettlova § 6 annet ledd bokstav a unntak fra lengstetiden, for løsningsretter «som ligg til ein annan fast eigedom, når retten gjeld grunn som er utskild frå eigedomen eller som er høveleg til å slåast saman med den».

Det var enighet om at forkjøpsretten lå til en annen fast eiendom, at den var såkalt «reell», ikke personlig. Men spørsmålet i saken var om et festeforhold som her gikk under uttrykket «grunn». Nærmere bestemt om «grunn» skal forstås slik at det bare omfatter retten til å løse inn eiendomsrett, eller om det også omfatter retten til å løse inn en tomtefesterett (her inkludert bebyggelsen).

Førstvoterende kom, med tilslutning fra de øvrige dommerne, til at forkjøpsretten til tomtefestet var omfattet av unntaket i § 6 annet ledd bokstav a. Dommerne tok først tak i sammenhengen med lovens § 1 annet ledd, som altså gir loven anvendelse på en rekke andre rettigheter enn eiendomsrett, derunder rett til tomtefeste. Når loven sidestiller de aktuelle rettighetene med eiendomsrett, fant førstvoterende det nærliggende at «grunn» i § 6 andre ledd bokstav a også omfatter slike rettigheter. Han fant noe støtte for dette synet i lovforarbeidene, selv om forarbeidene kunne oppfattes som noe sprikende i spørsmålet.

Retten kunne ha nøydt seg med dette, men fant grunn til å drøfte – og søke ytterligere støtte i – de hensynene som ligger bak tidsbegrensningen i løysingsrettlova § 6 og det tilhørende unntaket. Førstvoterende viste til Sivillovbokutvalets vurderinger, som begrunnet innføring av en lovbestemt lengstetid i behovet for å rydde opp i og sanere eldre – ofte uklare – løsningsretter, som tiden kunne ha løpt fra. Løsningsretter begrenser også eierens rådighet og investeringsinsentiver, og de kan gi en skjevhet i form av en «opsjon» til den ene parten. Unntaksregelen i § 6 andre ledd ble på sin side begrunnet i nabohensyn og sammenslåingsinteresser, særlig i jordbruksnæringen.

Retten fant at hensynene bak tidsbegrensningsregelen bare i begrenset grad slo til i saken fra Bogstad-

veien. Her var forkjøpsretten relativt klar, den var gjensidig, og den var etablert i et likeverdig forretningsforhold. På den annen side fant retten at de hensyn som begrunnet unntaket, slo sterkere til. Ved utskilling av begrensede rettigheter er det ofte behov for kontroll med hvem rettighetshaveren er, mente førstvoterende, og det kan i videresalgstilfellene være hensiktsmessig å slå sammen rettighetene.

Grunneierens forkjøpsrett ble dermed ansett for å gjelde fremdeles, slik den var avtalt i festekontrakten fra 1961.

Geir Stenseth

Reduksjon av reintall (HR-2017-2428-A)

I henhold til reindriftslovens § 60 første ledd skal det på sommerbeite (sommersiidaen) fastsettes et øvre reintall. Hvis reintallet overstiger det fastsatte reintallet, må reineierne redusere flokken. Landbruksdepartementet hadde for Reinbeitedistrikt 20 Fálá fastsatt et reintall på 2000 i vårflokk fordelt på 6 siidaandeler. Dette innebar at distriktet som sammenfaller med sommersiidaen måtte redusere antall rein med 35,6 %. Saken gjaldt ikke spørsmålet om distrikt 20 Fálá måtte gjennomføre en reduksjon, men hvordan reduksjonen skulle gjennomføres internt.

Etter § 60 tredje ledd skal sommersiidaen – her distrikt 20 Fálá – utarbeide en reduksjonsplan. Dette er forstått slik at alle ledere av siidaandelene må være enige om reduksjonsplanen. I den foreliggende sak var fire av siidaandelene kommet til enighet om en reduksjonsplan, men to sluttet seg ikke til planen.

Siden enighet ikke ble oppnådd, måtte reduksjon ifølge § 60 skje ved at hver siidaandel reduserer reintallet med 35,6 % uavhengig av antall rein i andelen. Pålegget om slik reduksjon ble gitt i 2013.

For Jovsset Ante Iversen Sara innebar pålegget at han måtte redusere sin flokk fra 116 dyr til 75 dyr. Sara hadde få år tidligere overtatt en siidaandel etter sin tante, og ved overføringen var det 71 rein i andelen. Som ung og nyetablert siidaandelseier fikk han over Reindriftsavtalen etableringstilskudd i årene 2011 og 2012 for å bygge opp flokken og dermed et livsgrunnlag. Men i 2013 fikk han altså pålegg om å redusere til 75 rein. Med så få rein i flokken mente Sara at han ikke kunne drive videre, og han anla sak for Indre Finnmark tingrett med påstand om at vedtaket om reintallsreduksjonen var i strid med EMK protokoll 1 artikkel 1 (EMK P1-1) og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27 og derfor ugyldig.

Jovsset Ante Iversen Sara vant fram i Sis-Finnmárkku diggegoddi (Indre Finnmark tingrett). Tingretten fant at pålegget om reduksjon ned til 75 rein var i strid med EMK P1-1. Staten anket, men Sara vant også i Hålogaland lagmannsrett. Lagmannsretten bygget sin avgjørelse på at pålegget var i strid med SP artikkel 27, og tok ikke standpunkt om det også var i strid med EMK P1-1.

I Høyesterett vant staten fram. Rettens flertall, fire dommere, mente pålegget ikke stred hverken mot EMK P1-1 eller SP artikkel 27. Mindretallet sluttet seg til flertallet når det gjaldt vurderingen av EMK P1-1, men mente at pålegget var ugyldig fordi det var i strid med SP artikkel 27.

Høyesterett går i likhet med lagmannsretten grundig gjennom lovgivningsprosessen. Reindriftslovutvalget som avga sin innstilling i 2001 (NOU 2001:35) hadde for reglene om reintallsreduksjon foreslått et «bunnfradrag».

«Overstiger reintallet i siidaen det reintall som er fastsatt etter første eller annet ledd, skal hver ansvarlige enhet som har mer enn 200 rein, redusere det overskytende antall forholdsmessig. Har ingen siidaandeler et reintall over 200, skal det skje en forholdsmessig reduksjon i alle siidaandeler.»

Reindriftslovutvalget ønsket å skjerme de minste enhetene, et hensyn som kommer til uttrykk i lovutvalgets merknader til det som i dag er § 60 fjerde ledd:

«Bakgrunnen for regelen er å hindre at distriktets reindrift alene utøves av noen få siidaandeler med mange rein, og hvor de som arbeider i reindriften først og fremst blir innleid arbeidskraft. En fastsettelse av et øvre reintall pr. siidaandel kan åpne for etablering av flere siidaandeler, og dermed gi de unge mulighet til å få ansvar for egen siidaandel. Dette vil igjen sikre rekrutteringen til reindriften. Skal reindriften bestå som næringsvei med alt den innebærer av kultur og samiske tradisjoner, er det nødvendig at det er mange mennesker som har en tilknytning til reindriften. En reindrift som kun utøves av noen få, vil ha vanskelig for å hevde sine interesser i konkurranse med andre brukerinteresser, og vil i seg selv svekke grunnlaget for en livskraftig samisk kultur.» (NOU 2001:35 s. 110)

Under konsultasjonene med Sametinget ønsket Sametinget et mer differensiert bunnfradrag enn 200, som det mente i visse tilfeller kunne være for lavt. Etter at konsultasjonene var avsluttet, utarbeidet departementet et nytt utkast til regel om reduksjon av reintallet, og her var det ikke tatt med en skjerming av de minste enhetene. Sametinget uttalte da at hvis det ikke var enighet om en reintallsreduksjon innad i siidaen skulle lovutvalgets forslag om skjerming av 200 rein gjelde. Dette ville ifølge Sametinget «bidra til å sikre unge reindriftsutøvere i etableringsfasen samt sikre økonomisk bærekraftig reindrift for alle reindriftsutøvere». (avsnitt 46)

Også Norske Reindriftssamers Landsforbund (NRL) gikk inn for lovutvalgets forslag om skjerming siidaandelene med laveste reintall ved reduksjon.

Departementet mente at det av flere grunner var betenkelig å fastsette en nedre grense som skjermet de minste enhetene. I avsnitt 48 siterer førstvoterende fra Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) hvor det heter:

«For det første vil lovens utgangspunkt om en forholdsmessig reduksjon innebære at de største enhetene må ta den største andelen av den vedtatte reduksjonen. Dersom det i tillegg til dette settes en nedre grense for når en siidaandel skal bidra til reduksjonen, vil det på sikt kunne føre til en uheldig næringsstruktur som både svekker den totale og den gjennomsnittlige lønnsomheten i siidaen. Med andre ord kan mulighetene til å drive en økonomisk forsvarlig reindrift bli undergravd.» (s. 45)

Etter gjennomgang av lovgivningsprosessen går førstvoterende over til å vurdere om pålegget om reintallsreduksjon overfor Sara strider mot Sp artikkel 27. Bestemmelsen lyder:

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

Førstvoterende redegjør først for hvordan SP artikkel 27 må forstås. Han slår fast at artikkelen verner enkeltindivider, men at dette vernet har et visst kollektivt preg. Videre uttales det at selv om uttrykket «denied» er brukt i ordlyden, er bestemmelsen forstått slik at også inngrep som ikke utgjør en total nektelse, kan krenke retten til kulturutøvelse, og han viser til NOU 2007:13 *Den nye sameretten* (s. 203).

Videre påpekes det at tiltak til vern om minoriteten må respektere SPs bestemmelser om vern mot diskriminering, artikkel 2 nr. 1 og artikkel 26. Tiltak som har som mål å forbedre minoritetens muligheter til å utøve sin kultur m.v., vil kunne anses som legitime, forutsatt at de er basert på fornuftige og objektive kriterier (avsnitt 59).

Førstvoterende gjennomgår praksis fra FNs menneskerettskomité, og mener det må skilles mellom saker som gjelder inngrep fra storsamfunnet mot en minoritetsinteresse og saker som gjelder reguleringer som er ment å ivareta minoritetens interesser. I den foreliggende sak skal reintallsreguleringen ivareta reindriftssamenes interesser, og rettssetninger i saker om naturinngrep kan ikke uten videre legges til grunn i saker om interne forhold. I motsetning til lagmannsretten mente derfor førstvoterende at det ikke kunne oppstilles et krav om at reindriftsutøvere måtte sikres et økonomisk utbytte fra reindriften ved slik intern regulering. Men ved den konkrete vurderingen av om pålegget var i strid med SP artikkel 27, måtte de økonomiske konsekvensene trekkes inn (avsnitt 71).

Ved vurdering av om SP artikkel 27 er krenket er det videre av betydning om minoriteten har fått uttale seg og blitt trukket inn i prosessen. Myndighetene har en konsultasjonsplikt. Også i dette spørsmålet skiller førstvoterende mellom saker som gjelder storsamfunnets inngrep og saker som gjelder regulering til vern

for minoriteten. I førstnevnte saker hvor et inngrep innebærer at livsgrunnlaget rives bort fra det minoritetssamfunn klageren tilhører, foreligger det en krenkelse av SP artikkel 27 «hvis det ikke er innhentet samtykke fra minoriteten på forhånd». Førstvoterende viser her til uttalelsen i *Poma Poma mot Peru* 24. april 2009 [CCPR-2006-1457]

Ved en regulering som er ment å ivareta minoritetssamfunnets interesser stiller det seg annerledes. Førstvoterende uttaler:

«I en sak som først og fremst gjelder interesseløsninger mellom enkeltindivider eller grupper internt i minoriteten, finner jeg ikke grunnlag for å kreve at minoriteten faktisk har påvirket avgjørelsen. Det må være tilstrekkelig at minoriteten er konsultert ut fra et ønske om å finne en omforent løsning.» (avsnitt 75)

Han viser til tre saker fra menneskerettighetskomiteen som gjaldt reguleringer ment å ivareta minoritetssamfunnets interesser. I saken *Mahuika mfl. mot New Zealand* 27. oktober 2000 [CCPR-1993-547] heter det i komiteens uttalelse at minoriteten må ha fått «the opportunity to participate». I sakene *Lovelace mot Canada* [CCPR-1977-24] fra 1981 og *Kitok mot Sverige* [CCPR-1985-197] fra 1988 er konsultasjoner ikke berørt, noe som ifølge førstvoterende «tilsier at det i hvert fall ikke kan oppstilles noe ubetinget krav om at minoritetens deltakelse må ha virket inn på avgjørelsen.» (avsnitt 74)

Jeg vil påpeke at førstvoterende ikke problematiserer at Lovlace-saken og Kitok-saken skriver seg fra 1980-tallet. Det har skjedd en utvikling i synet på konsultasjoner siden den tid.

Førstvoterende går så over til en konkret vurdering av om pålegget overfor Jovsset Ante Iversen Sara innebærer en krenkelse av SP artikkel 27. Det første spørsmålet er om reintallsreduksjonen i § 60 tredje ledd «er gitt i reindriftsutøvernes interesse, når disse vurderes som en gruppe». (avsnitt 79)

Reglene om reduksjon av reintall ble gitt av hensyn til reindriften, og det trengtes en effektiv håndhevelse. Departementet mente en skjerming av de minste enhetene ville undergrave en økonomisk forsvarlig enhet. Etter førstvoterendes mening var bestemmelsen om forholdsmessig reduksjon gitt i reindriftsutøvernes interesse.

Det neste spørsmålet er om reintallsreduksjonen har en rimelig og objektiv begrunnelse, og om den er nødvendig av hensyn til reindriftssamene som gruppe. Denne vurderingen må ifølge førstvoterende skje på bakgrunn av de virkninger reduksjonen vil ha for Sara. (avsnitt 83)

Lagmannsretten kom til at Sara «ikke vil kunne drive reindrift med økonomisk overskudd», noe førstvoterende også legger til grunn. Det er også på det rene at vedtaket om reintallsreduksjon «kan få betydelige konsekvenser for Sara». Men ifølge førstvoterende

måtte bildet nyanseres. Sara hadde også før vedtaket så få rein at driften vanskelig kunne gå med overskudd. Førstvoterende uttaler:

«Effekten av vedtaket om reduksjon er dermed ikke at Sara ble fratatt muligheten til å fortsette med en virksomhet som ga overskudd. Virkningen er snarere at han i hvert fall for en periode ikke får mulighet til å videreutvikle driften, slik at den i fremtiden eventuelt kan gi utbytte. Slik jeg ser det, kunne ikke Sara ha en berettiget forventning om å utvide til en stor flokk: Da han kom inn som andelsleder, var reintallet i distriktet allerede for høyt.» (avsnitt 87)

Høyesterett kommenterer ikke det forhold at da Sara overtok siidaandelen fikk han etableringstilskudd for å bygge opp flokken, noe som vel ga ham en begrunnet forventning om et livsgrunnlag.

Førstvoterende vurderer så om plikten til *effektiv deltakelse i beslutningsprosessen* er overholdt. Det ble holdt sju konsultasjoner mellom myndighetene og Sametinget under arbeidet med ny reindriftslov. I tillegg var det tett kontakt på administrativt nivå. «Det er dermed på det rene at samene har blitt hørt og fått anledning til å påvirke utformingen av regelverket». (avsnitt 90) Men samtidig er det ifølge førstvoterende «heller ikke tvilsomt at de samiske representantene ikke har fått gjennomslag for sitt ønske om å skjerme de minste siidaandelene fra reduksjon».

Han sier videre at det «kan hevdes at sentralmyndighetene her i større grad burde lyttet til de samiske representantene, som må forutsettes å kjenne sin egen næring og kultur best.» Men etter en samlet vurdering kan dette ikke være avgjørende. Førstvoterende fremhever at lovens primære løsning er at siidaen selv skal utarbeide reduksjonsplan. Og han mener samene på denne måten har fått gjennomslag for ønske om selvstyre. Siidaen hadde i to omganger blitt oppfordret til å utarbeide reduksjonsplan.

Det påpekes videre at distriktsstyret som består av representanter for reindriftsutøverne i henhold til § 60 fjerde ledd kunne fastsatt et øvre reintall pr. siidaandel og dermed oppnådd en skjerming av de minste.

La meg her tillate meg en kommentar. Det «selvstyret» førstvoterende her fremhever, ivaretar på ingen måte de minste enhetene. En siida – og spesielt en sommersiida – som det her er snakk om, er sammensatt av flere grupper reineiere som kan ha konkurrerende interesser. Som nevnt forutsetter en reduksjonsplan enighet, og i den foreliggende saken, var det to som ikke sluttet seg til foreslått reduksjonsplan. Når det gjelder henvisningen til § 60 fjerde ledd er denne lite anvendelig der distrikt sammenfaller med siida som i det foreliggende tilfellet. Også i det tilfellet vil den interne konkurranse slå inn. Bestemmelsen er først og fremst tenkt for de tilfeller der et distrikt består av flere siidaer, og det er behov for å få opp rekrut-

teringen i en siida, se nærmere om regelens begrunnelse i NOU 2001: 35 s. 110 og s. 179.

Selv om indre selvstyre er et viktig prinsipp, er det i reindriften som i andre næringer behov for regler om minoritetsvern. Et prinsipp om intern selvstyre skal ikke bare beskytte «de store». Dette er jo også begrunnelsen for at Sametinget så vel som NRL ønsket at loven skulle ha et vern for de minste enhetene.

Mindretallet, dommer Falch, mente i likhet med lagmannsretten at vedtaket mot Sara var i strid med SP artikkel 27 og dermed ugyldig. Med henvisning til FNs menneskerettighetskomités praksis må det foretas en vurdering i to ledd: 1) er det gjort et inngrep som kvalifiserer til en *nektelse* av Saras rett til å utøve sin kultur. 2) Hvis det foreligger en slik nektelse må man ta stilling til om nektelsen er *rettferdiggjort*.

Mindretallet mente at pålegget om å redusere reinflokken til 75 dyr for Sara i realiteten innebar en nektelse av å drive reindrift. Neste spørsmål ble om nektelsen kunne rettferdiggjøres. Ifølge mindretallet var det rimelig og nødvendig at det skjedde en reduksjon til 2000 dyr i Fálá reinbeitedistrikt. Spørsmålet i saken gjelder utelukkende fordelingen av byrden siidaandelene imellom.

Mindretallet peker på at under lovforberedelsen gikk både lovutvalget, hvor et flertall av medlemmene var reineiere, Sametinget og næringsorganisasjonen Norske Reindriftssamers Landsforbund inn for at de mindre enhetene skulle skjermes. En slik skjerming fant man også i lovgivning fra 1897 og 1933. Mindretallet uttaler:

«I et byrdefordelingsspørsmål innad i reindriften som dette er, mener jeg at det er naturlig å ta utgangspunkt i det syn som entydig har kommet fra det samiske samfunnet selv. Minoriteten vil i et slikt spørsmål ha betydelig innsikt i hva som tjener levedyktigheten til, og utviklingen av, sin kultur. Sametinget er et representativt organ for og av samene i Norge og har som en sentral oppgave å arbeide for at samene skal få sikret og utviklet sin kultur, jf. sameloven § 1-1 og § 2-1. Denne enigheten i et internt anliggende tilsier etter min mening at staten må påvise at det aktuelle inngrepet likevel er rimelig og nødvendig for å sikre levedyktigheten til samisk reindrift.» (avsnitt 131)

Staten mente en skjerming av de minste enhetene ville bidra til en struktur som styrket lønnsomheten. Men ifølge mindretallet ville en konsentrasjon om færre utøvere få konsekvenser som gjorde reindriften mer sårbar.

Mindretallet viser ved tall at en skjerming av dem med mindre enn 200 rein ville utgjøre en svært liten andel av det samlede reintall i Vest-Finnmark, og vil ikke true en levedyktig samisk reindrift.

Som flertallet mente mindretallet at det er behov for regler som effektivt bidrar til at reintallsreduksjon skjer på individnivå. «Men regelen vil være like effek-

tiv i så måte dersom de mindre siidaandelene skjermes – for eksempel slik lovutvalget foreslo.»

Statens anførsel om at siidaen var gitt et selvstyre ved gjennomføringen av reintallsreduksjonen innebærer ikke at inngrepet går klar av SP artikkel 27. Mindretallet påpeker at «når staten først griper inn, slik den her gjorde, må inngrepet oppfylle de krav som følger av SP artikkel 27.» (avsnitt 136)

En samlet Høyesterett kom til at pålegget om reintallsreduksjon ikke var ugyldig etter EMK P1-1. Partene var enige om at vedtaket måtte vurderes ut fra den såkalte kontrollregelen i bestemmelsens andre ledd, noe retten også sluttet seg til. Det springende punkt var da om reduksjonen var uforholdsmessig.

EMK P1-1 verner eiendomsretten, minoritetsaspektet kommer ikke inn her slik det gjør ved vurdering etter SP artikkel 27. Men førstvoterende fremhever at mange av de momenter som er trukket fram i drøftelsen av SP artikkel 27 har relevans også for spørsmål om EMK P1-1 er krenket.

Vedtaketets *virksomheter* for Sara står sentralt i vurderingen. Virkningene er følbare, men det som ifølge EMDs praksis er vernet, er de berettigede forventninger. Siden Saras forventninger ikke hadde noe rettslig grunnlag, var de heller ikke vernet.

Formålet med vedtaket måtte også trekkes inn, og som vist i drøftelsen av SP artikkel 27, var formålet å verne beitegrunnlaget. Reintallsreduksjonen har i tillegg en *demokratisk legitimitet*, vedtatt av Stortinget etter en grundig prosess.

Til slutt nevner førstvoterende at Sara ved reduksjonen ikke var påført en «individuell byrde», selv om han «som en av få reineiere med lave reintall – nok rammes hardere enn det store flertall». (avsnitt 105)

Kirsti Strøm Bull

FORSIKRINGSRETT

Regress mellom ansvarsforsikringsselskaper – Høyesterettsdom 20. desember 2017 (HR-2017-1152-A)

Nordisk Festeteknikk AS importerer og selger spiker til byggebransjen. Det viste seg at spiker importert fra Kina rustet fordi sinkbelegget var for tynt, og at rusten førte til skader på treverket. Bedriften hadde sin bedrifts- og produktansvarsforsikring hos Protector Forsikring ASA i 2009, Møretrygd Gjensidige Forsikring i 2010 og Landbruksforsikring AS i 2011.

Møretrygd gjorde i første omgang opp med Festeteknikk for enkeltskader som bedriften var blitt ansvarlig for. Festeteknikk og de involverte forsikringsselskapene ble etter hvert enige om at det forelå en «serieskade», der det avgjørende for ansvars plasseringen mellom selskapene ville være når første skade ble konstatert. Rustne spiker var konstatert allerede i

2009, altså i Protector's ansvarsperiode, og Møretrygd gjorde regresskrav gjeldende mot Protector.

Tingretten fant at skaden var konstatert i Protector's ansvarsperiode. Kravet var ikke falt bort pga. manglende melding fra Festeteknikk til Protector etter FAL § 8-5, fordi retten mente at denne bestemmelsen ikke fikk anvendelse i regressomgangen mellom selskapene. Kravet var heller ikke foreldet.

Lagmannsretten var enig i at skaden var konstatert i Protector's ansvarsperiode, men la til grunn at Møretrygd ikke kunne få større rett mot Protector enn det Festeteknikk hadde. Siden Festeteknikk ikke hadde overholdt meldefristen etter FAL § 8-5 i forhold til Protector, og derfor hadde mistet sitt krav, fant retten at Møretrygd ikke kunne gjøre regresskravet gjeldende mot Protector.

Høyesterett kom til at forsikringstilfellet ikke inntrådte i Protector's ansvarsperiode, og at Protector følgelig ikke var ansvarlig. Det fulgte av Protector's forsikringsvilkår at selskapet var ansvarlig for «fysisk skade påført en tredjepersons ... fast[e] eiendom», og skader på panel og annet treverk forårsaket av at spikerne rustet, var dermed omfattet. Vilkårene inneholdt unntak for «ansvar for skade på sikredes [Festeteknikks] leveranse», altså skaden på selve spikerne. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det ble konstatert rustne spiker i 2009, men at skader på treverk først ble konstatert i 2010. Det var ikke fremkommet forhold som ga grunnlag for å fravike denne bevisbedømmelsen. Det fulgte av dette at skade i vilkårenes forstand ikke kunne konstateres før den tingen som ble dekket av ansvarsforsikringen – treverket – faktisk hadde tatt skade, noe som først skjedde i 2010 i Møretrygds ansvarsperiode.

Høyesterett pekte på at i det konkrete tilfellet kunne det være nærliggende og rimelig å legge avgjørende vekt på at de rustne spikerne uomgjengelig ville medføre skade på treverket og følgelig utgifter til skifte av panelet. Det var altså bare et tidsspørsmål før skaden kunne konstateres. En naturlig forståelse av vilkårets objektive innhold gjorde det imidlertid vanskelig å komme utenom at skade først kunne konstateres når treverket var påvirket. Høyesterett la i denne forbindelse også noe vekt på at «skaden konstatert-prinsippet» er et entydig og godt innarbeidet kriterium i forsikringsretten, og at en utvidende tolkning av vilkåret ville kunne skape usikkerhet for fremtidige skadeoppgjør.

Ut fra det faktum Høyesterett fant å kunne legge til grunn, virker resultat og begrunnelse riktig og fornuftig. I et spørsmål som først og fremst har betydning for forholdet mellom to forsikringsselskaper, og der forsikringstakeren ikke er involvert, vil det være viktig med enkle og sikre regler for ansvars plasseringen mellom selskapene, og der konkret rimelighet ikke bør tillegges vekt.

Høyesterett nøyde seg imidlertid ikke med å avgjøre saken i Protector's favør på periodiseringsspørsmålet, men valgte også – i form av et *obiter dictum* – å se på

det spørsmål som ledet til at lagmannsretten frifant Protector, nemlig at Festeteknikk ikke hadde meldt kravet i tide, jf. FAL § 8-5. Begrunnelsen var at dette spørsmål var prosedert i adskillig bredde, samtidig som anken fremhevet det som «det prinsipielt interessante». Det hadde også betydning at Høyesterett så annerledes på denne rettslige problemstillingen enn lagmannsretten. Andre problemstillinger som også var reist for Høyesterett ble derimot ikke vurdert.

Høyesterett tok utgangspunkt i den såkalte Mofrakt-dommen (Rt-1997-1029). Der fastslo Høyesterett at «det følger av alminnelige rettsgrunnsetninger at den som har dekket en annens forpliktelse, normalt og som utgangspunkt, har et regresskrav i behold». Det var også uttalt at «tvil om hvilken assurandør som rettelig skal erstatte tapet, skal være en konflikt mellom assurandørene», et synspunkt Høyesterett i vår sak mente hadde generell rekkevidde.

Høyesterett la til grunn at Mofrakt-dommens formulering «som har dekket en annens forpliktelse» måtte forstås slik at det normalt og som utgangspunkt ikke kreves noe mer for et krav om dekning enn at den ene part – her Møretrygd – har dekket noe som den annen – her Protector – skulle ha betalt.

Protector hadde imidlertid – i tråd med lagmannsrettens dom – gjort gjeldende at «dekket en annens forpliktelse» innebar at alle forsikringsrettslige innsigelser Protector hadde kunnet gjøre gjeldende mot Festeteknikk, var i behold overfor Møretrygd. Når Festeteknikk ikke hadde meldt sitt krav mot Protector i tide, jf. § 8-5, var også Møretrygds krav mot Protector gått tapt. Møretrygd hadde trådt inn i Festeteknikks krav og kunne derfor ikke få noen større rett enn det Festeteknikk hadde som sikrede etter forsikringsavtalen.

Dette synspunktet var Høyesterett ikke enig i. «[D]e beste grunner» talte for at fristen i § 8-5 ikke kunne gjøres gjeldende overfor Møretrygd. Bestemmelsen var utformet for å ivareta oppgjørsinteressen til selskapet der sikrede fremmer sitt krav mot selskapet, og var ikke skrevet med regress mellom selskaper for øye.

Bestemmelsen i § 8-5 gjaldt dessuten ikke ved direktekrav fra skadelidte mot selskapet, siden FAL § 7-6 fjerde ledd annet punktum fastsetter at selskapet i en slik situasjon ikke kan gjøre gjeldende forsikringsrettslige innsigelser knyttet til sikredes forhold etter forsikringstilfellets inntreden. Det ville gi nokså tilfeldige resultater om regressadgangen var avhengig av om oppgjør var skjedd overfor sikrede eller direkte overfor skadelidte.

En slik løsning som Protector gikk inn for, ville også lett sperre for regress i forsikringsforhold i situasjoner som i denne saken. Sikrede vil ofte ikke ha noen egentlig oppfordring til å melde skaden til andre enn det selskapet hvor han nå var forsikret. Et selskap kunne dermed risikere å måtte bære et ansvar som rettelig skulle ha vært dekket av et annet.

Endelig pekte Høyesterett på – i tråd med synspunkter i Mofrakt-dommen – at regressadgang uavhengig av fristregelen i § 8-5 «formentlig» kan bidra til at uenighet mellom selskapene kan løses uten at sikrede trekkes inn.

Det var bra at Høyesterett valgte å behandle dette spørsmålet, selv om det ikke var nødvendig for dommens resultat. Det er tross alt ikke så ofte at sentrale forsikringsrettslige spørsmål slipper til i Høyesterett, og da er det viktig at en praktisk problemstilling, som er bredt prosedert i Høyesterett, faktisk blir kommentert og «avgjort» der.

Høyesteretts resultat og begrunnelse i denne del av dommen virker også hensiktsmessig og fornuftig. Tvisten sto mellom to ansvarsforsikringsselskaper, der det ene – under den forutsetning Høyesterett la til grunn – hadde dekket et ansvar for en serieskade som det andre etter vilkårene i de respektive forsikringsavtalene om periodisering av ansvaret skulle ha dekket. Det var altså et annet spørsmål enn det vi normalt ser i tvister mellom forsikringsselskaper (se fra den siste tid Rt-2017-958-A og Rt-2017-1977-A), der et tingsskade-forsikringsselskap som har dekket skadelidtes skade/tap, vender seg mot skadevolders ansvarsforsikringsselskap. Gir først reglene i skadeserstl. § 4-3, jf. § 4-2 rett til et slikt krav, er det klart at ansvarsforsikringsselskapet kan gjøre gjeldende sine innsigelser fra forsikringsforholdet mot tingsskade-forsikreren, med de begrensninger som følger av FAL § 7-6 fjerde ledd annet punktum. De lege ferenda kan det nok spørres om det er grunn til å la tingsskade-forsikreren, som normalregel for de praktisk viktige tilfellene, få flytte sitt tap over på ansvarsforsikreren, eller om tapet i større utstrekning bør bli liggende hos tingsskade-forsikreren, i tråd med den nominelle hovedregelen i § 4-2. Der tvisten, som i den foreliggende sak, står mellom to ansvarsforsikrere og gjelder en serieskade som har ført til enkeltskader i begge ansvarsperiode, er det all grunn til å plassere ansvaret riktig mellom dem på bakgrunn av de respektive forsikringsavtalenes vilkår om periodisering. At sikredes misforståelse av slike kompliserte regler kan ha medført at han har meldt sitt krav til «galt» selskap bør ikke få betydning. Meldefristregelen i FAL § 8-5 har i seg selv en svak legislativ begrunnelse. Det er derfor viktig at ikke sikrede blir straffet hvis han trår feil ved oppfyllelsen av sin meldeplikt, men også at ansvaret for det oppståtte tapet i siste omgang blir lagt på det selskap som etter en riktig tolkning av de respektive forsikringsvilkår skal bære det.

Hans Jacob Bull

Opphavsrett

Virtuelle videoopptakere – EU-domstolens dom i sak C-265/16 (VCast)

I sin dom av 29. november 2017 bringer EU-domstolen en viss klarhet i et spørsmål som har vært omdiskutert lenge, og der nasjonal praksis på verdensbasis har sprikt i alle retninger – om lovligheten av såkalte virtuelle videoopptakere. Mens det er liten tvil om at salg av fysiske videoopptakere er lovlige og ikke krenker noen opphavsrett, har moderne løsninger basert på skytjenester skapt atskillig større problemer. Fra ett synspunkt sett har tilrådighetsstillelse av slike løsninger samme funksjon som salg av fysiske opptakere, nemlig å gi brukerne muligheter til å ta opp TV-programmer for å kunne se dem på et annet tidspunkt enn når de går i sanntid ('realtime'). Og så lenge brukerens opptak potensielt er lovlig etter regelen om eksemplarframstilling (kopiering) til privat bruk (jf. åvl. § 12), bør tilrådighetsstillelsen av utstyr som gjør slike handlinger mulig, heller ikke være problematiske etter opphavsrettslovgivningen. Hensynet til teknologinøytralitet tilsier fra et slikt perspektiv at løsninger basert på ny teknologi ikke bør behandles annerledes enn gårsdagens teknologiske løsninger. Problemet er likevel at løsningene ikke nødvendigvis er parallelle. Mens salg av fysiske videoopptakere skjer uavhengig av publikums tilgang til TV-kanaler, og hvilke abonnementer brukerne måtte ha, gir digitale løsninger basert på skytjenester muligheter for å kombinere tilgang til kanaler med opptaksfunksjonen. Og det EU-domstolen avklarer i VCast-dommen, er at EU-reglene om opphavsrett er til hinder for nasjonale regler som tillater tilbud av virtuelle videoopptakere med slike doble funksjoner.

Saken for EU-domstolen oppsto i Italia, der det britiske selskapet VCast tilbød sine kunder en internettbasert opptakstjeneste for skybasert lagring av jordbaserte TV-sendinger, bl.a. fra den italienske kringkasteren RTI. Den praktiske løsningen er basert på at brukeren velger programmer fra VCast's nettside, enten ved å spesifisere bestemte TV-programmer den ønsker å se, eller å angi en viss tidsperiode. VCast's system innebærer at TV-signalene plukkes opp ved hjelp av Vcast's egne antenner og tar opp de utvalgte programmene eller programmer innenfor den angitte tidsperioden. Kunden kjøper så nødvendig lagringsplass fra en annen tilbyder. Slik EU-domstolen reformulerte spørsmålene fra den italienske domstolen, måtte den ta stilling til om direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet (dir. 29/2001), og spesielt regelen om tillatt privatkopiering i direktivets art. 5(2) b), hindrer nasjonal lovgivning som tillater et kommersielt foretak å tilby en skytjeneste for opptak av private eksemplarer av opphavsrettsbeskyttede verk, ved å aktivt involvere seg i opptaket, uten rettighets-

havernes samtykke. Og det er det spørsmålet EU-domstolen besvarer bekreftende.

Kort fortalt tar EU-domstolen utgangspunkt i sin praksis knyttet til tolkningen av opphavsrettsdirektivet art. 5(2)b), som tillater privatkopiering mot at brukeren betaler et rimelig vederlag for bruken. Domstolen konstaterer bl.a., med henvisning til tidligere rettspraksis, at det ikke er noen betingelse at brukerne selv innehar kopieringsutstyret, slik at privatkopieringsregelen også gjelder der brukeren mottar tjenester som er nødvendige for at kopieringen skal skje. Likevel påpeker domstolen den doble funksjonen i VCast's tjeneste, ved at det både skjer en kopiering og en tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten. Den sistnevnte handlingen er dekket av eneretten til offentlig overføring i opphavsrettsdirektivet art. 3. Domstolen fastslår at VCast gjør programmene tilgjengelig for allmennheten og understreker at transmisjonen av signalene fra VCast skjer med andre tekniske midler enn den originære transmisjonen fra kringkastings-selskapene. Dermed er det tale om overføringer til forskjellig publikum, og det er i denne situasjonen ikke nødvendig å ta stilling til om det er det samme publikumet som mottar begge transmisjonene eller om det er et 'nytt publikum' (jf. sak C-607/11, ITV Broadcasting, premiss 39). Av denne grunn vil brukernes eksemplarframstilling i et tilfelle som dette underminere rettighetshavernes rettigheter og ikke være dekket av privatkopieringsregelen i opphavsrettsdirektivet art. 5(2)b).

Som følge av EØS-forpliktelsene må EU-domstolens resultat også følges i norsk rett, og faktisk sett er det flere regelsett som vil være anvendelige. For det første vil tjenestetilbyderens handling i et tilsvarende tilfelle dekkes av eneretten til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten ved offentlig fremføring etter åvl. § 2 første og tredje ledd. For det andre vil forbudet mot bruk av fremmed hjelp ved privatkopiering av film- og musikkverk i åvl. § 12 tredje ledd bokstav a) og b) kunne anvendes mot brukerens eksemplarframstilling. Og for det tredje vil også forbudet mot eksemplarframstilling av ulovlig tilgjengeliggjort materiale etter åvl. § 12 fjerde ledd kunne påberopes. Instrumentene for å følge EU-domstolens behandling av virtuelle videoopptakere er derfor godt på plass. Men det må presiseres at forbudet mot bruk av slike løsninger i EU-retten gjelder der tjenesten har en dobbel funksjon ved at kopierings- og lagringstjenesten kombineres med at kunden får selvstendig tilgang til programmet. Det skulle følge av VCast-dommen at tjenester som bare fyller førstnevnte funksjon ikke vil være i strid med EU-reglene.

Ole-Andreas Rognstad

Høyesterett avsa 15. november 2017 dom i sak HR-2017-2165-A, mellom Caprino Filmcenter (Caprino), Hunderfossen Familiepark AS (Hunderfossen) og Aukruststiftelsen. Dommen er enstemmig.

Saken gjelder spørsmålet om en berg- og dalbane i Hunderfossen krenker opphavsretten til fantasibilen Il Tempo Gigante, som er brukt i filmen Flåklipa Grand Prix.

Ivo Caprino og Kjell Aukrust hadde lenge samarbeidet, først om å lage TV-serie, deretter om filmen «Flåklipa Grand Prix». Kjell Aukrust gjenbrakte tegninger, blant annet av den bilen han i manuskriptet ga navnet «Il Tempo Gigante». Han hadde tidligere også brukt andre navn på denne bilen.

Under arbeidet med TV-serien laget Bjarne Sandemose hos Caprino filmstudio en modell av bilen. Denne modellen er kalt filmbilen. NRK var ikke fornøyd med TV-serien, og prosjektet ble skrinlagt. Caprino og Aukrust ble da enige om å lage en helaften spillefilm, «Flåklipa Grand Prix», en av Norges største filmsuksesser.

I 1984 begynte et omfattende samarbeid mellom Hunderfossen og Ivo Caprino. Etter Ivo Caprinos død i 2001, ble det inngått en avtale om å utvikle samarbeidet. I 2008 henvendte Hunderfossen seg til Caprino med ønske om å lage en mer helhetlig attraksjon rundt Il Tempo Gigante. De forhandlet fra vinteren 2008 til april 2011, men ble ikke enige. Hunderfossen henvendte seg da til Aukruststiftelsen med sikte på samarbeid. Dette ledet frem til en avtale i september 2013. Her fikk Hunderfossen lisens til blant annet å «bygge en utendørs skinnegående bane med et Il Tempo Gigante-inspirert kjøretøy, basert på Kjell Aukrusts originale tegninger». Caprino motsatte seg planene om en berg- og dalbane, og viste til at den ville krenke deres opphavsrettigheter til filmbilen. Banen ble bygget, og var klar ved åpningen 2014, under navnet «Il Tempo Extra Gigante».

Lagmannsretten la til grunn at Bjarne Sandemose benyttet Kjell Aukrusts tegning som forbilde ved byggingen av filmbilen Il Tempo Gigante. Filmbilen er ikke en slavisk gjengivelse av tegningen. Bearbeidelse i opphavsrettslig forstand, foreligger når en ny opphavsmann skaper en ny versjon av et eldre åndsverk, slik at verket i den nye utforming fremtrer som resultat av en skapende åndsinnatts fra både den nye og den gamle opphavsmannens side (dommen avsnitt 69).

Partene var enige om at filmbilen er en bearbeidelse av Kjell Aukrusts tegning – som i opphavsrettslig forstand er originalverket – og at Sandemose tilførte elementer som har opphavsrettslig vern som bearbeidelse, jf. åndsverkloven § 4. Retten skulle derfor ikke ta stilling til spørsmålet om hvorvidt filmbilen var en opphavsrettslig vernet bearbeidelse. Uenigheten gjelder hva som er beskyttet som bearbeidelse i filmbilen.

Spørsmålet var om berg- og dalbanen var en ettergjøring av filmbilen, eller om den var basert på Aukrusts tegninger på en måte som gjorde at den ikke krenket Caprinos rettigheter. Nedad avgrenses bearbeidelsene

som åndsverk mot gjengivelser og endringer som er resultat av teknisk og håndverksmessig arbeid. Et eksempel er når en tegning skal fremstilles i tredimensjonal form og det av tekniske eller funksjonelle grunner må gjøres endringer som fraviker tegningsunderlaget (avsn. 70).

Bearbeideren får, på samme måte som andre opphavsmenn, bare opphavsrett til det åndsverk han selv har skapt. Bearbeiderens opphavsrett er derfor begrenset til resultatet av hans skapende åndsinnatts. Det må følgelig klarlegges hva som i det bearbeidete verk utgjør hans åndsprodukt, og ved denne fastleggingen må bearbeidelsen avgrenses mot originalverket (avsn. 75).

Ettersom verket i bearbeidet form – i vår sak *filmbilen* – også omfatter originalverket, vil bearbeiderens rådighet over bearbeidelsen være avhengig av samtykke fra originalopphavsmannen. Men det består et avhengighetsforhold også den andre veien: Originalopphavsmannen kan ikke fremstille eksemplarer av, eller gjøre tilgjengelig for allmennheten, sitt eget verk i den skikkelse bearbeideren har gitt det, uten bearbeiderens samtykke. Caprino mente at Aukruststiftelsen hadde gitt Hunderfossen samtykke til å gjøre bruk av verket i deres bearbeidede skikkelse.

Et sentralt spørsmål, hvor dommen gir en viktig avklaring, er hvordan man skal vurdere bearbeidelser. Førstvoterende skriver i avsnittene 81–83:

«(81) Lagmannsretten mener, som det fremgår, at det er «helhetsinntrykket av filmbilen» som er beskyttet som bearbeidelse og at opphavsretten til originalverket, som skal komme til «fradrag», er begrenset til helhetsinntrykket av tegning A.

(82) Lagmannsretten baserer seg her, etter mitt syn, på en uriktig forståelse av åndsverkloven § 4.

(83) Den korrekte tilnærming for å fastslå hva som er vernet som bearbeidelse, er å klarlegge hvilke selvstendige endringer og tillegg bearbeideren har tilført originalverket, og så vurdere om disse fyller kravet til verkshøyde, hver for seg eller etter en helhetsbedømmelse. Bearbeidelsen må ved denne vurderingen holdes opp mot alle sider av originalverket som er uttrykk for originalopphavsmannens åndsinnatts – detaljer så vel som helhet.»

I avsnitt 86 fortsetter førstvoterende:

«En konsekvens av lagmannsrettens rettsanvendelse er at opphavsretten til originalverket blir innskrenket og fortrent av bearbeidelsen.»

Dette som sies om vern for bearbeidelser er det viktigste i dommen.

Etter dette foretok førstvoterende en konkret gjennomgang av de enkelte elementer i tegninger og Filmbilen, og konkluderte med at berg- og dalbanen Il Tempo Ekstra Gigante ikke krenket opphavsretten til Sandemoses bearbeidelse i filmbilen. Førstvoterende fremhevet den forfinede håndverksmessige utførelsen i filmbilen, som ikke finnes i den mer industripregede berg- og dalbanen.

I lagmannsretten fikk Caprino medhold på opphavsrettslig grunnlag. Caprino anførte også markedsføringslovens bestemmelser om produktettersligninger, samt generalklausulen. Videre tidligere inngåtte avtaler. Bare opphavsrettsspørsmålet ble sluppet inn til behandling i Høyesterett. Det vil derfor bli en ny runde i lagmannsretten om de subsidiære grunnlagene.

Et lite sidepoeng i dommen, er dette: Så vidt jeg har kunnet bringe på det rene, er dette den første illustrerte dommen fra Høyesterett. Et par av Aukrusts tegninger, samt et bilde av film bilen, er gjengitt i dommen. Etter åvl § 9 er blant annet dommer unntatt fra vern etter åndsverksloven. Men dette gjelder ikke for kunstverk. Så opphavsretten til tegningene faller ikke bort, selv om de er gjort til en del av en høyesterettsdom.

Olav Torvund

Fargen lilla som varemerke. Høyesteretts dom 11. desember 2017 (HR-2017-2356-A)

Saken gjelder spørsmålet om to bestemte sjatteringer av lillafarge var innarbeidet som varemerke for et legemiddel. Selskapet GlaxoSmithKline (GSK) markedsfører og selger legemiddelet Seretide, som er en inhalasjonsmedisin som brukes i behandling av astma og KOLS (kronisk obstruktiv lungesykdom). Pasientene puster inn medisinen gjennom en pusteinhaltor eller en spray-aerosol. GSK har i markedsføringen av Seretide brukt ulike sjatteringer av fargen lilla. Selve inhalatoren er utført med en mørk lillanyanse på nedre del av inhalatoren, og en lysere lilla på den øvre delen. GSK hadde patentbeskyttelse for preparatet Seretide frem til 2014.

Etter utløpet av patentbeskyttelsen i 2014, introduserte Sandoz, som er en av de største produsentene av såkalte generiske legemidler, et legemiddel med samme virkestoff som Seretide. Sandoz' inhalator er utført i en lilla farge, kombinert med hvite elementer. Det er ikke den samme nyansen av lilla som GSK bruker på Seretide. GSK gikk til søksmål mot Sandoz med krav om forbud mot salg og markedsføring av Sandoz' legemiddel ved bruk av lilla farge. GSK anførte at Sandoz' markedsføring og salg av inhalatorer med den lilla fargen gjorde inngrep i GSK sine innarbeidede varemerkerettigheter og var i strid med markedsføringsloven. Sandoz ble frifunnet i tingretten og lagmannsretten. Høyesterett har kun tatt stilling til spørsmålet om GSK har innarbeidet to nyanser av fargen lilla som varemerker for legemidler til behandling av astma og KOLS. Høyesterett kom enstemmig til at GSK ikke hadde oppnådd varemerkerett for lillafargene.

For å oppnå varemerkerett ved innarbeidelse, må vilkårene i varemerkelovens § 3 tredje ledd være oppfylt. Merket må være «godt kjent som noens særlige kjennetegn» innenfor den relevante omsetningskretsen for varene. Høyesterett begynner med å diskutere terskelen for å oppnå vern gjennom innarbeidelse. Varemerkelovens § 3 tredje ledd inneholder to vurderingstemaer, både at merket er kjent «som noens særlige kjennetegn», og at merket er «godt kjent» (premiss

57). Kravet om at merket må være kjent som «kjennetegn», betyr at merket må fylle de alminnelige kravene for å være et varemerke, altså at merket må ha særpreg, jf. varemerkelovens § 14 andre ledd bokstav a (premiss 55 og 58). Dersom merket i utgangspunktet er generisk, slik farger er fordi de brukes generelt i utforming av mange produkter og i markedsføring, uten at det signaliserer en tilknytning til en bestemt produsent, må innarbeidelsen resultere i at merket får særpreg. Særpreg innebærer at et i utgangspunktet generisk merke av omsetningskretsen oppfattes slik at det ikke lenger er generisk, men egnet til å kommunisere at varen kommer fra en bestemt kommersiell opprinnelse (premiss 59). Verdt å merke seg i denne avgjørelsen, er at Høyesterett legger til grunn at terskelen for når merket er kjent som «kjennetegn», er den samme som terskelen for særpreg ved registrering, jf. varemerkelovens § 14 (premiss 55 og 58).

Med utgangspunkt i dette, legger Høyesterett til grunn (premiss 63), at «det skal mye til» for at deskriptive merker i sin alminnelighet skal oppnå varemerkerettslig vern ved innarbeidelse. Når det gjelder fargermerker i særdeleshett, er nok terskelen enda høyere (premiss 64 og 65). Høyesterett viser til det som Are Stenvik og Birger Stuevold Lassen skriver i *Kjennetegnsrett*, tredje utgave s. 116, om kravet til særpreg og friholdelsesbehovet når det gjelder registrering av farger som varemerker (premiss 64). Selv om en registrering av en farge som varemerke kun gjelder en bestemt nyanse av fargen, vil konkurrenters bruk av andre nyanser lett bli begrenset som følge av registreringen. Forbrukeren klarer ikke å skille nyanser av samme farge fra hverandre slik han møter fargemerker i omsetningen, og det kan derfor være risiko for forveksling med mange nyanser av samme farge, jf. varemerkeloven § 4 første ledd bokstav b. Høyesterett slutter seg etter dette til Stenvik/Lassens formulering som et utgangspunkt for vurderingen av om en fargenyanse er innarbeidet som varemerke (premiss 65 jf. 66): «(...) adgangen til å registrere farger som varemerker er temmelig begrenset, men at farger, som andre varemerker som i utgangspunktet mangler særpreg, kan «slite seg til den nødvendige distinktivitet gjennom innarbeidelse»».

Norsk varemerkerett er sterkt påvirket av EU-retten, og EU-rettslige kilder er primærkildene for mange tolkningsspørsmål ved anvendelsen av varemerkeloven. Vilårene for innarbeidelse er imidlertid ikke omfattet av varemerkedirektivet (2008/95). Om betydningen av EU-domstolens og øvrige EU-organers praksis sier Høyesterett at «i fravær av norsk særregulering synes det vel begrunnet å vektlegge praksis fra EU-organene.» (premiss 61). Så viser Høyesterett til Rt-2005-1601, GULE SIDER, og HR-2016-1993-A, PANGEA, som begge gjaldt områder som ikke omfattes av varemerkedirektivet, henholdsvis vern ved innarbeidelse og foretaksnavn. Siden innarbeidelsen må resultere i at merket oppnår særpreg, og kravet til særpreg er det

samme som ved registrering etter varemerkeloven § 14, vil praksis fra EU-organene om terskelen for særpreg ved registrering av tilsvarende merker være relevant også for terskelen for innarbeidelse.

Høyesterett måtte ta stilling til to hovedspørsmål i den konkrete vurderingen av om lillanyansene var innarbeidet som varemerke. For det første var det tvilsomt om lillanyansene var kjent som «kjennetegn», fordi bransjen i nokså stor utstrekning hadde brukt ulike farger på inhalatorer for å kommunisere hvilken type medisin inhalatoren inneholdt. Blå og brun hadde vært brukt på andre typer astma- og KOLS-medisiner, men GSK hadde, så lenge patentbeskyttelsen varte, vært alene om å bruke lilla. Høyesterett måtte ta stilling til om lillafargen var blitt oppfattet som en indikator på legemidlets kommersielle opprinnelse ut fra hvordan farger ellers ble brukt i bransjen, nemlig i en viss utstrekning deskriptivt for legemidlene, altså som indikator for det aktuelle legemidlets egenskaper.

I denne vurderingen peker Høyesterett på at et viktig element i begrunnelsen for regelen om at merker kan oppnå vern gjennom innarbeidelse, er hensynet til å beskytte den betydelige goodwill som varemerket kan representere (premiss 77). Dette hensynet må avveies mot friholdelsesbehovet (premiss 77). Deretter sier Høyesterett at hensynet til opparbeidet goodwill vil måtte «tillegges mindre vekt der det innarbeidede kjennetegn bare vil ha begrenset betydning for kjøpers beslutningsprosess» (premiss 77). Det betyr for det første at verdien av goodwill er muligheten til å påvirke kjøpernes beslutning, slik at de velger dette legemidlet fremfor tilsvarende legemidler fra andre produsenter. Videre betyr det at ved fastleggelsen av den relevante omsetningskretsen for legemidlet, er det de personer som påvirker beslutningen om hvilket legemiddel pasienten skal kjøpe, som utgjør omsetningskretsen.

Det andre spørsmålet i den konkrete vurderingen av innarbeidelse i saken, var hvem som utgjør den relevante omsetningskretsen for legemidler til behandling av astma og KOLS. Om dette sier Høyesterett i premiss 85: «Fastleggelsen av hva som er omsetningskretsen må ta utgangspunkt i formålet med reglene om innarbeidelse av varemerker, slik at spørsmålet blir hvem som direkte eller indirekte kan influere på den enkelte kjøpsbeslutning. Omsetningskretsen vil da måtte tilpasses handlemonsteret for det aktuelle produkt.» I den konkrete vurderingen av hvordan kjøpsbeslutningene treffes for disse legemidlene, legger Høyesterett til grunn at også når legemidlet er reseptbelagt, inngår pasientene i et samspill med legen med hensyn til valg av legemidler (premiss 90 jf. 87). Både legene og pasientene inngår dermed i omsetningskretsen. Ut fra spørsmålet om hvem som kan påvirke kjøpsbeslutningen, holdes farmasøyter i apotek utenfor omsetningskretsen (premiss 91), selv om farmasøyter kan ha plikt til å foreslå billigere alternativer fra den såkalte byttelisten, jf. også blåreseptforskriften § 8 jf. § 7 (premiss 86 jf. 91).

I den konkrete vurderingen kommer Høyesterett så til at de fremlagte markedsundersøkelsene dokumenterte at omsetningskretsen, først og fremst pasienter og leger, var oppmerksomme på farger ved valg av legemidler til behandling av astma og KOLS. Undersøkelsene dokumenterte imidlertid ikke at omsetningskretsen også oppfattet fargen som en indikator på legemidlets kommersielle opprinnelse, fordi farger hadde vært brukt som indikator på legemidlets egenskaper i relativt stor utstrekning. Det var dermed ikke tilstrekkelig dokumentert at de aktuelle lillanyansene var tilstrekkelig kjent i omsetningskretsen som «kjennetegn» for GSKs Seretide.

Det har tidligere vært få, om noen, saker om farger som varemerker for norske domstoler. Høyesteretts avgjørelse her er derfor en viktig kilde for terskelen for vern for farger som varemerker. Avgjørelsen stadfester at friholdelsesbehovet har særlig styrke når det gjelder farger som varemerker. Avgjørelsen har betydning både for registrering av fargemerker og for innarbeidelse av fargemerker, fordi Høyesterett presiserer at kravet til særpreg, altså at merket kan kommunisere varen eller tjenestens kommersielle opprinnelse, er likt, uansett om vernet har grunnlag i registrering eller innarbeidelse etter varemerkeloven § 3 tredje ledd. Uttalelsene om betydningen av praksis fra EU-organene i denne sammenheng, virker også avklarende. Når det gjelder vilkårene for innarbeidelse, er Høyesteretts systematisering av vilkårene for innarbeidelse forbilledlig. Et merke må være kjent som «kjennetegn» og det må være godt kjent for å oppnå vern ved innarbeidelse. Slik Høyesterett legger opp drøftelsen av disse vilkårene, kommer det godt frem både at markedsundersøkelser kan bidra til å dokumentere et krav om innarbeidelse, men også at markedsundersøkelser kan ha svakheter som må inngå i den konkrete bevisvurderingen. I denne saken tar Høyesterett først stilling til hvordan farger for øvrig er brukt i markedsføring av legemidler til behandling av astma/KOLS. Resultatene fra markedsundersøkelsene holdes så opp mot dette, fordi dette er den konteksten som respondentenes svar må vurderes i. Dommen er derfor klargjørende for tolkningen av varemerkelovens § 3 tredje ledd generelt, og ikke bare for innarbeidelse av fargemerker, og den gir et bidrag til hvordan markedsundersøkelser kan vurderes som bevis i innarbeidelsessaker.

Inger Berg Ørstavik

KONTRAKTSRETT

Erstatning og prisavslag for feil opplysninger, spørsmål om økonomisk tap.

Høyesteretts dom 7. november 2017 (HR-2017-2102-A)

Saken gjelder erstatningskrav fra boligutbygger mot et arkitektkontor på grunn av uriktige opplysninger om arealet. Høyesterett kom til at boligutbyggeren

kunne kreve erstattet de prisavslagene selskapet ga boligkjøperne da arealsvikten ble oppdaget.

I 2012 la boligutbyggeren BKG ut 35 prosjekterte rekkehus for salg på Brånåsen i Skedsmo kommune. Arkitektkontoret Haaland stod for prosjekteringen, herunder beregningen av størrelsen på P-rom (primærrom) som ble inntatt i boligens salgsoppgave. Etter befaring av de påbegynte boligene stilte to av kjøperne spørsmål ved arealene som var oppgitt. Det viste seg at Haaland hadde tatt med carporten ved beregning av P-rom for to typer av rekkehus i prosjektet (B og C). For rekkehus av type B var oppgitt P-rom 119 kvadratmeter, mens riktig beregning tilsvarte 107 kvadratmeter. For rekkehus type C var tilsvarende tall hhv. 175 og 162 kvadratmeter.

BKG tilbød 11 kjøpere 150.000 kroner hver i prisavslag for feil opplysninger. BKG korrigerer deretter opplysningene i prospektet, men beholdt prisene uendret for gjenværende rekkehus. Alle boligene ble solgt i god tid før overtakelse i andre kvartal 2013.

BKG fremmet krav om erstatning mot Haaland for det tap selskapet hadde lidt fordi det måtte utbetale prisavslag til kjøperne. Det var enighet om at Haaland hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt ved å gi feil opplysninger om P-rom. Det springende punktet var om dette hadde påført BKG et økonomisk tap.

Haaland gjorde gjeldende at vilkåret om økonomisk tap ikke var oppfylt fordi boligkjøperne ikke hadde hatt krav på det prisavslag som BKG gav, og at prisavslagene uansett ikke utgjorde mer enn den fordel BKG fikk ved at boligene ble solgt med uriktige arealopplysninger. Høyesterett fant at vilkåret om økonomisk tap var oppfylt, og BKG ble tilkjent erstatning.

For spørsmålet om prisavslag var det enighet mellom partene om at de gale opplysningene om arealet innebar en mangel etter bustadoppføringslova § 27 annet ledd, herunder at kravet til innvirkning var oppfylt. Det springende punktet var om prisavslaget måtte beregnes til null fordi mangelen ikke medførte en verdireduksjon etter § 33 annet ledd annet punktum. Haaland viste i den forbindelse til at BKG hadde solgt tilsvarende boliger til den samme prisen kort tid etter at de uriktige opplysningene ble korrigert.

Høyesterett la til grunn at vilkåret om verdireduksjon måtte ses i sammenheng med det alminnelige innvirkningsvilkåret ved mangelsvurderingen etter § 27. I premiss 52 la førstvoterende til grunn at når

«arealopplysningene er av en slik størrelse at de har betydning «for de fleste boligkjøpere», må det – slik jeg ser det – være en presumsjon for at mangelen også representerer en verdireduksjon».

Spørsmålet ble om denne presumsjonen også kunne legges til grunn i en situasjon der boligene ble solgt til samme pris også etter at opplysningene ble rettet. Om dette uttales det i premiss 60 at

«når boligene – som her – er under oppføring slik at visning ikke kan gjennomføres, må det legges til

grunn at angivelsen har desto større betydning for den enkelte boligkjøper. For boligkjøperne er perspektivet boligen hver av dem har kjøpt, og hvilken innvirkning arealforskjellen har for verdien av denne boligen. Forklaringen som er fremlagt fra en av boligkjøperne støtter dette.»

Høyesterett kom på denne bakgrunn til at opplysningsvikten medførte en verdireduksjon, og at kjøperne hadde krav på det prisavslaget BKG hadde utbetalt. Anførselen om at BKG ikke hadde lidt et økonomisk tap fordi selskapet ikke var forpliktet til å utbetale prisavslag førte altså ikke frem. Det er lett å slutte seg til både begrunnelse og resultat, og spørsmålet fremstår ikke spesielt tvilsomt.

Haalands subsidiære anførsel var at BKG likevel ikke var påført et økonomisk tap som følge av opplysningssvikten fordi BKG ville ha solgt boligene til en lavere pris dersom selskapet hadde fått riktige arealopplysninger fra Haaland. Det ble anført at prisavslaget innebar en tilbakebetaling av en tilfeldig økonomisk fordel BKG hadde fått ved å kunne markedsføre eiendommene med større antall kvadratmeter P-rom enn eiendommene reelt hadde.

Problemstillingen har en side mot tidligere dommer om informasjonsansvar i Rt. 2005 s. 870 og i informasjonsansvarsdom I og II (Rt. 2008 s. 1078 og Rt. 2015 s. 556). I førstnevnte avgjørelse ble en eiendomsmegler funnet erstatningsansvarlig overfor kjøper for feil opplysninger i et prospekt. Spørsmålet i saken var om kjøperen hadde en plikt til å gå på selgeren først, slik at megleren bare heftet subsidiært. Høyesterett uttalte at

«[a]nkende part har vist til at selger urettmessig kan sitte igjen med en større kjøpesum enn han har krav på. Som det fremgår, mener jeg at en megler i utgangspunktet har rett til regress mot selger.»

Dommen kan tas til inntekt for at det i tilfeller der flere hefter overfor kjøperen på grunnlag av informasjonssvikt, er det i forholdet mellom disse selgeren som skal sitte med det endelige ansvaret. Dommen er imidlertid ikke nevnt. Isteden viste Høyesterett til en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett (RG-2012-562).

I informasjonsansvarsdom I og II hadde en takstmann gitt feil opplysninger om eiendommen som ledet til at kjøperen fikk prisavslag. Spørsmålet var om selgerens eierskifteforsikringsselskap kunne kreve erstattet det utbetalte prisavslaget av takstmannen eller dennes ansvarsforsikrer. I begge saker var det anført at selgeren, dersom han ikke hadde hatt eierskifteforsikring, ikke kunne krevd erstatning fra takstmannen for de utbetalte prisavslagene fordi disse ikke ville utgjøre et økonomisk tap på selgers hånd. Det ble hevdet at eierskifteforsikring i realiteten innebærer forsikring av selgers interesse i å få beholde en uberettiget vinning ved å ha solgt en bolig med mangler til en pris som ikke tar hensyn til manglene. Denne anførselen førte imidlertid ikke frem, og i begge sakene ble takstman-

nens ansvarsforsikrer funnet erstatningsansvarlig overfor selgerens eierskifteforsikringsselskap.

Heller ikke i vår sak førte anførselen om at prisavslag per definisjon ikke påfører selgeren et økonomisk tap fram. Tvert imot fant Høyesterett at prisavslaget som var tilkjent kjøperne, hadde påført selgerne et økonomisk tap. Begrunnelsen for dette var at

«P-rom – både generelt ved denne type prosjekter og ved dette prosjektet – ikke har hatt betydning for prisfastsettelsen. Denne skjer på grunnlag av en sammensatt vurdering blant annet for å få et tilstrekkelig antall kjøpere til prosjektet, og ikke – som ved salg av en bruktbolig – etter en budrunde der den ene kjøperen som gir det høyeste budet, får tilslaget.»

Det ble altså lagt til grunn at BKG ville solgt boligene til samme pris dersom selskapet hadde fått riktige opplysninger om størrelsen på P-rom. Umiddelbart kan det fremstå noe ulogisk at de gale opplysningene om P-rom antas å ha hatt innvirkning på avtalen mellom kjøper og boligutbygger, samtidig som opplysningene anses å ikke ha hatt betydning for BKGs prisfastsettelse. Dette forklares med utgangspunkt i hva som er vanlig metode for å fastlegge fastpris på nye boliger. Når «de uriktige opplysningene har virket forskjellig for kjøperne og BKG», blir konsekvensen klart nok at BKG ble påført et økonomisk tap på grunn av Haalands opptreden. Om resultatet ville blitt det samme ved salg av bruktbolig, der prismekanismene er andre, lar Høyesterett stå åpent (se premiss 65 jf. 59).

Marte Eidsand Kjørven

Voldgift. Spørsmål om avvisning av sak på det grunnlag at saken hører under voldgift, jfr voldgiftsloven § 7 første ledd (HR-2017-1932-A)

- (1) *Sammendrag:* Et norsk rederi som hadde kontrahert skip ved et verft i Kina, hadde bestemt at det skulle benyttes motorer fra en tysk leverandør. Verftet inngikk kontrakt med denne leverandøren. Kontrakten inneholdt en bestemmelse om voldgift i Kina. Senere inngikk rederiet kontrakt med motorleverandørens danske datterselskap om kjøp av flere motorer. Denne kontrakten inneholdt en bestemmelse om voldgift i Danmark. Høyesterett, som behandlet saken i avdeling, avviste rederiets erstatningskrav mot motorleverandøren for så vidt gjaldt motorene som var kjøpt av det danske datterselskapet, idet kravet falt inn under voldgiftsklausulen, jfr voldgiftsloven § 7 første ledd. Det ble ikke ansett som avgjørende at kravet var bygget på deliktsansvar og ikke kontraktsansvar, idet det forelå en tilstrekkelig nær sammenheng mellom kravet og den inngåtte kontrakten. Erstatningskravet ble derimot ikke avvist når det gjaldt motorene som var levert til verftet i Kina. Den aktuelle voldgiftsklausulen regulerte forholdet mellom verftet og motorleverandøren, og rederiet hadde ikke trådt inn i den-

ne kontrakten. Erstatningskravet ble også ansett som et annet krav enn det rederiet hadde kunnet fremme overfor motorleverandøren.

- (2) *Partsforhold.* De ankende parter er en del av Skaugen-konsernet. I M Skaugen SE er et norsk børsnotert rederi som driver skipstransport av gass. Skaugen Marine Services Pte Ltd (Singapore) er et heleiet datterselskap av I M Skaugen SE, som er morselskapet i konsernet. I det følgende omtales de to Skaugen-selskapene som «Skaugen» i sammenhenger der det ikke er nødvendig å skille mellom selskapene. Ankemotpartene er MAN Diesel & Turbo SE, som produserer dieselmotorer til skip og MAN Diesel & Turbo Norge AS, som er et norsk datterselskap. Selskapene er en del av Volkswagen-konsernet. De omtales i det følgende som «MAN» i sammenhenger der det ikke er nødvendig å skille mellom selskapene.
- (3) Nedenfor skal det først redegjøres for sakens faktiske bakgrunn jfr pkt (4) til og med pkt (11) Den praktiske måten å gjøre dette på er å forholde seg til gjengivelsen i Høyesteretts kjennelse. Deretter skal det redegjøres nærmere for kjennelsens begrunnelse, jfr pkt (12) til pkt (25).
- (4) Skaugen inngikk i juli 2000 avtale om bygging av en serie spesialskip ved det kinesiske verftet Zhonghua Shipyard – i det følgende omtalt som Verftet. I kontrakten er det angitt alternative underleverandører for en rekke komponenter på en såkalt «Makers List». Skaugen skulle i varierende utstrekning være involvert i den beslutningsprosessen som ledet frem til endelig leverandørvalg. MAN var – sammen med to konkurrenter – aktuelle motorleverandører, og valget av motor var i kontrakten helt overlatt til Skaugen.
- (5) Forbruk av drivstoff utgjør en vesentlig kostnad ved driften av skip og er derfor av sentral betydning ved valg av motorleverandør. Før valg av leverandør ble det avholdt flere møter mellom MAN og Skaugen, der MANs representanter ga utførlig informasjon om selskapets motorer, blant annet om drivstofforbruk.
- (6) Etter å ha vurdert de ulike tilbudene tilskrev Skaugen Verftet og meddelte at MAN var deres foretrukne leverandør. Verftet opplyste kort tid etter at det hadde inngått avtale med MAN om levering av fire motorer av den aktuelle typen. Samme høst ble det kontrahert ytterligere to motorer. Motorene omtales i det følgende som *Somargas-motorene*. Samtlige avtaler ble inngått mellom Verftet som kjøper og MAN Tyskland som selger. De seks salgsavtalene inneholder likelydende voldgiftsklausuler. Motorene ble installert i seks søsterskip, som ble ferdigstilt og levert til Skaugen i perioden 2001–2002.
- (7) Den 27. november 2006 inngikk MAN Tyskland og Skaugen Norge avtale om kjøp av ytterligere to motorer. Motorene ble av ulike grunner aldri

installert i noe skip, og de ble satt på lager i Hamburg. Avtalen inneholder voldgiftsklausul. Motorene benevnes *Hamburg-motorene*.

- (8) Den 12. januar 2007 inngikk MAN Tysklands danske datterselskap, MAN Diesel A/S, kontrakt med Skaugen Norge om kjøp av fire totaktsmotorer. Disse er produsert på lisens av STX-verftet i Sør-Korea. Det danske datterselskapet fusjonerte i 2010 med MAN Tyskland, som derfor nå er part i avtalen med Skaugen Norge. Avtalen inneholder en voldgiftsklausul. Motorene omtales i det følgende som *totaktsmotorene*.
- (9) I pressemelding 25. mai 2011 opplyste MAN-konsernet at det var fremkommet indikasjoner på at drivstoffmåling – såkalte Factory Acceptance Tests, forkortet FAT – på konsernets firetaktsmotorer i noen tilfeller kunne vise irregulære, manipulerte testresultater på drivstofforbruk. Det ble igangsatt intern gransking, og konsernet varslet tyske myndigheter og kunder. Skaugen ble varslet ved brev 13. og 22. juni 2012. FAT-saken resulterte i politianmeldelser og etterforskning.
- (10) Den såkalte «FAT-manipulasjonen» står sentralt i saken. MAN hadde benyttet en særskilt programvare ved FAT-testene, som gjennomføres i tilknytning til overlevering av motorene med kunden og klassifikasjonsselskapet til stede. Programvarene gjorde det mulig for MAN å manipulere testresultatene, slik at disse stemte med og ikke oversteg tallene om drivstofforbruk som ble oppgitt før kontraktsinngåelsen.
- (11) Den 28. mars 2013 ble det avsagt straffedom i Augsburg, Tyskland, hvor MAN Tyskland ble idømt en bot på 8,2 millioner euro. Det fremkommer i dommen at MAN har utbetalt forliksbeløp til kunder på nær 43 millioner euro. Også Skaugen fremmet krav overfor MAN, og partene forhandlet om en løsning uten at avtale ble inngått. Dette førte til flere rettstvister mellom partene. Det er per i dag avsagt tre voldgiftsdommer i det samme sakskomplekset som omfattes av anken til Høyesterett. Voldgiftsdommene det er tale om er:
 - (a) Voldgiftsdom 15. desember 2014 ved ICC International Court of Arbitration, København, mellom på den ene siden Skaugen Norge og Skaugen Singapore og på den andre siden MAN Tyskland – Forliksdommen. Saken gjaldt spørsmålet om MAN Tyskland hadde bundet seg til forliksavtale med Skaugen om erstatning for alle tapene de var påført som følge av underrapportering av drivstofforbruk. Voldgiftsdomstolen kom til at det ikke var inngått slik avtale.
 - (b) Voldgiftsdom datert 4. april 2017 ved The Danish Institute of Arbitration, København, mellom Skaugen Singapore og MAN Tyskland om totaktsmotorene: MAN anla opprinnelig denne voldgiftssaken og fikk i stor utstrekning

medhold. Men voldgiftsretten kom til at MAN hadde hevet kontrakten for de siste motorene, og at Skaugen da hadde krav på å få tilbakebetalt de innbetalte forskuddene. Dette spørsmålet er endelig avgjort ved voldgiftssaken, og kravet på tilbakebetaling ble følgelig frafalt av Skaugen ved tingrettens behandling av saken der. Det er opplyst overfor Høyesterett at det er tatt ut søksmål ved de alminnelige domstoler i Danmark med krav om at voldgiftsdommen er ugyldig.

- (c) Voldgiftsdom 12. mai 2017 ved International Chamber of Commerce, Stockholm, mellom Skaugen Norge og MAN Tyskland om Hamburg-motorene: Skaugen fikk der i det alt vesentlige medhold i sine krav, og ytterligere krav knyttet til disse motorene er frafalt. Hamburg-motorene er således ikke lenger en del av saken for Høyesterett. Det ble i den saken ikke fremmet krav om erstatning, da motorene aldri ble levert.
- (12) Høyesterett presiserer først at saken gjelder anke over kjennelse og Høyesteretts ankeutvalgs kompetanse reguleres av tvisteloven § 30-6 jf. § 29-20. Lagmannsretten avviste saken med den begrunnelse at den ikke hører under domstolene, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav a. Høyesterett har da full kompetanse. Deretter fremholder Høyesterett at voldgiftsloven i utgangspunktet bare kommer til anvendelse på «voldgift som finner sted i Norge», jf. voldgiftsloven § 1 første ledd andre punktum. De aktuelle voldgiftsklausulene gir anvisning på voldgift i henholdsvis Danmark og Kina. Voldgiftsloven § 7 om saksanlegg får imidlertid også anvendelse når voldgiftsstedet er i utlandet, jf. § 1 andre ledd.
- (13) Høyesterett gjør det så klart at det rettslige utgangspunktet for bedømmelsen er voldgiftsloven § 7 første ledd som lyder:

«Domstolene skal avvise søksmål om rettsforhold som hører under voldgift dersom en part begjærer avvisning senest samtidig med at partene går inn på sakens realitet. Domstolen skal fremme saken hvis den finner at en voldgiftsavtale er ugyldig eller av andre grunner ikke kan gjennomføres.»

Deretter presiseres det at det avgjørende for de krav Skaugen har fremsatt i stevningen er om kravene gjelder «rettsforhold som hører under voldgift.» Utgangspunktet er at norske domstoler skal anvende norske prosessregler – *lex fori* – ved avgjørelsen av sin kompetanse, jf. Rt 2008 s 1376 (avsnitt 29). Retten påpeker at partene i liten grad har gått inn på hvilket lands rett som skal anvendes, og enda mindre på hva de aktuelle nasjonale rettsreglene nærmere har å si for løsningen av de spørsmålene saken reiser. Deretter går ret-

ten over til å vurdere lovvalgsspørsmålene, først vedrørende totaktsmotorene (avsnitt 67).

- (14) Kontrakten som gjelder disse motorene ble inngått 12 januar 2007 mellom MAN Diesel AS, Danmark og Skaugen Norge. Det danske selskapet er senere innfusjonert i MAN Tyskland som har overtatt dette selskapets rettigheter og forpliktelser etter avtalen. Det følger av den aktuelle lovvalgsklausulen i avtalens pkt 12, at lovvalget for de materielle spørsmålene er dansk rett, mens det for prosessuelle spørsmål vises til reglene for Copenhagen Court of International Arbitration. Avvisningsspørsmålet ble prosedert for Høyesterett for norsk rett, men Høyesterett uttaler i den forbindelse at det neppe er særlig forskjell på norsk og dansk rett, slik at lovvalget ikke får betydning for om saken vedrørende totaktsmotorene skal avvises. Det er åpenbart en holdbar vurdering.
- (15) Deretter går Høyesterett over til å vurdere Skaugens anførsler om at det underliggende erstatningskrav skulle fremmes for domstolsbehandling. Skaugen hadde fremmet en anførsel om at voldgift er lite egnet for tvisteløsning i en situasjon hvor det fremsatte erstatningskravet bygger på et påstått bedragerisk forhold. Høyesterett fremholder at det ikke kan utelukkes at Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 kan føre til at norske domstoler må fremme søksmål til behandling til tross for at saken hører under voldgift, dersom voldgiftsbehandlingen ikke vil tilfredsstille de krav til rettferdig rettergang som følger av disse reglene (avsnitt 72). Retten påpeker at dette ikke er praktisk og at det ikke på generelt grunnlag kan hevdes at voldgift er en mindreverdig prosessform (avsnitt 72). Deretter imøtegår Høyesterett Skaugens mer konkrete anførsler om manglende edisjonsplikt (avsnitt 73), samtidig som det fremholdes at det også i voldgift kan være aktuelt å anvende regler om omvendt bevisbyrde dersom en part nekter å fremlegge bevis (avsnitt 74).
- (16) Det neste argument Høyesterett imøtegår er Skaugens anførsel om at det fremsatte erstatningskrav er et deliktskrav og ikke et kontraktskrav (avsnitt 76). Skaugen anførte at det avgjørende måtte være de pretensjoner Skaugen som saksøker har, ikke en nærmere vurdering av kravets innhold og tilknytning. Retten viser her til Rt 1987 s 531, der det fremkommer at når retten skal ta stilling til sin kompetanse, så kan den ikke bare holde seg til saksøkerens pretensjoner, men må ta standpunkt til de faktiske forhold i saken i den utstrekning det er nødvendig for å avgjøre spørsmålet. Også dette standpunktet fremstår som holdbart. På dette punkt finner retten grunn til å vise til juridisk teori, ved at det refereres til Born, International Commercial Arbitration. Høyesterett ender opp med det standpunkt at spørsmålet i tilknytning til totaktsmotorene må avgjøres på

grunnlag av en fortolkning av avtalen/voldgiftsklausulen (avsnitt 80).

- (17) Voldgiftsklausulen lyder: «This Contract shall be governed by the Laws of Denmark. Any dispute arising out of or relating to this Contract shall be finally settled by arbitration in accordance with the Rules of Procedure of the Copenhagen Court of Arbitration». Høyesterett følger så opp ved å fremholde at ordlyden i klausulen er vid, og at det avgjørende må være en vurdering av sammenhengen mellom kravet og den inngåtte kontrakten, jfr Rt 1993 s 777. Det avgjørende var således ikke om kravet formelt var å beskrive som et delikts- eller kontraktskrav. Også på dette punkt støttet Høyesterett sin argumentasjon ved å vise til juridisk teori, jfr Born, International Commercial Contracts (avsnitt 87). Høyesterett fremholder så at kravene ifølge kontrakten og erstatningskravet ligger nær hverandre og at Skaugen selv har ansett det slik ved tidligere å ha fremmet slikt erstatningskrav under voldgift (avsnitt 89). Høyesterett viser også til andre argumenter, herunder reelle hensyn (avsnitt 93). Deretter konkluderes det med at kravet knyttet til totaktsmotorene er omfattet av voldgiftsavtalen. Jeg for min del er enig både i argumentasjonen og konklusjonen.
- (18) Deretter vurderer og avviser Høyesterett et argument om at den potensielle ugyldighetsgrunnen som eventuelt knyttet seg til den underliggende kontrakten (bedrageri) ikke smitter over på klausulen om voldgift, jfr separasjonsprinsippet, som også fremkommer gjennom voldgiftsloven § 18 (avsnittene 96–98) og konkluderer med at heller ikke denne anførselen kan føre frem (avsnitt 99). Også på dette punkt mener jeg det er klart at Høyesterett treffer rett, spørsmålet er temmelig opplagt.
- (19) Skaugen hadde også fremmet en anførsel om at søksmålet mot MAN Norge uansett måtte fremmes, fordi Skaugen ikke har inngått noen voldgiftsavtale med dette selskapet. MAN Norge skulle således ikke være bundet av voldgiftsavtalen som Skaugen hadde inngått med det tyske moderselskapet. Høyesterett tilbakeviser også denne anførselen. Retten uttaler at det her ikke er et spørsmål om det norske datterselskapet kan identifiseres med morselskapet, men om det foreligger forhold som tilsier at MAN Norge må anses å ha tiltrådt voldgiftsavtalen. Også på dette punkt viser Høyesterett til juridisk teori for å underbygge sin argumentasjon, denne gang til Woxholth, *Voldgift*, som anfører at det i konsernforhold kan være grunn til å stille noe lempeligere krav til avtaleterskelen enn i andre tilfelle der avtalepart og tredjemann ikke står i noe kontraktsforhold til hverandre. Høyesterett uttaler at denne vurderingen tiltres, og førstvoterende nevner samtidig at hun er enig med forfatteren i at det i denne sammenheng verken er tale om identifika-

sjon eller en variant av den selskapsrettslige læren om ansvarsgjennombrudd (avsnitt 102).

- (20) Høyesterett går så over i en konkret vurdering, der det fremholdes at kravet i saken fremsatt mot MAN Norge bygger på tilnærmet samme grunnlag som kravet mot MAN Tyskland (avsnitt 103). Samtidig viser Høyesterett til lagmannsrettens vurdering, om at det er en nær sammenheng mellom kravet mot morselskapet, som er bundet av voldgiftsavtalen, og kravet mot det heleide datterselskapet (avsnitt 104). Retten viser videre til at MAN Norge hadde en sentral hjelperrolle i kontraktsforhandlingene med Skaugen Norge forut for inngåelsen av den aktuelle avtalen (avsnitt 105). Deretter konkluderer Høyesterett med at MAN Norge må anses for å ha tiltrådt avtalen, med den følge at kravet vedrørende totaksmotorene må avvises (avsnitt 106). Den nevnte vurderingen er basert på konkret avtale-tolkning, der det altså stilles temmelig lave krav til avtaleterskel. Jeg for min del anser den konkrete bedømmelsen som holdbar, selv om den kanskje ikke er helt utvilsom.
- (21) Høyesterett går deretter over til en vurdering av kravet knyttet til Somargas-motorene (avsnitt 107 flg). Først refereres voldgiftsavtalen inngått mellom MAN Tyskland og det kinesiske verftet. Avtalen lyder:

«All disputes in connection with this Contract or the execution thereof shall be settled friendly through negotiation. In case no settlement can be reached, the case may then be submitted for arbitration to The China International Economic and Trade Arbitration Commission in accordance with the Provisional Rules of The International Chamber of Commerce in Paris. The Arbitration shall take place in Beijing (or in Shanghai, or in Shenzhen) and the decision of the Arbitration Commission shall be final and binding upon both parties; neither party shall seek recourse to a law court or other authorities to appeal for revision of the decision. Arbitration fee shall be borne by the losing party. Or the Arbitration may be settled in the third country mutually agreed upon by both parties.»

- (22) Også her argumenterer Skaugen med at de har fremmet et rent deliktsskrav. Høyesterett nøyer seg med å vise til drøftelsen foran vedrørende totaksmotorene, og viser til at anførslen ikke kan føre frem. Deretter formulerer Høyesterett problemstillingen for den følgende drøftelse. Det betones at det avgjørende ikke er hvor vidtrekkende voldgiftsklausulen er, men om og i hvilken utstrekning Skaugen er bundet av voldgiftsavtalen mellom MAN og verftet når selskapet retter krav direkte mot MAN. Etter å ha påpekt at partene heller ikke i forbindelse med dette spørsmålet har problema-

tisert hvilket lands rett som skal anvendes ved prøvelsen, viser Høyesterett til at «utenlandske kilder kan være relevante i kraft av sin argumentasjonsverdi, og særlig på et område som voldgift der de norske reglene langt på vei er søkt tilpasset internasjonale regler.» (avsnitt 113). Dette er en interessant uttalelse om rettskildeværdien av utenlandsk rett og Høyesteretts videre behandling av saken viser at det særlig er internasjonal juridisk teori man forholder seg til og støtter seg på. Det vises både til Blessing, *The Law Applicable to the Arbitration Clause* og Born, *International Commercial Arbitration*, herunder at en tredjemann rent prinsipielt kan bli bundet til en voldgiftsavtale ved «implied consent» (avsnitt 115).

- (23) Høyesterett går så over til en konkret vurdering, der det fremholdes at Skaugen hadde en sentral rolle i forbindelse med avtaleinngåelsen mellom Verftet og MAN om levering av Somargas-motorene (avsnitt 116), og påpeker at man ikke kan se bort fra at tredjemann etter forholdene også etter norsk rett kan bli bundet av en voldgiftsklausul ved – som Skaugen – å ha deltatt aktivt i avtaleforhandlingene (avsnitt 117). Så reserverer retten seg, når det gjelder den konkrete rettsanvendelsen, ved å si at den ikke kan se at denne konstruksjonen kan trekkes så langt at den gjelder i et tilfelle som det aktuelle, hvor Skaugen ikke har trådt inn i Verftets kontrakt med MAN. Høyesterett følger dette opp med konkret argumentasjon (avsnitt 118). MAN får dermed ikke medhold i sin argumentasjon på dette punkt.
- (24) Høyesterett går så over til å vurdere en argumentasjon fra MAN om at det foreligger en treparts-konstellasjon, en kontraktskjede, som er tilstrekkelig til at Skaugen er bundet av voldgiftsklausulen mellom verftet og MAN (avsnitt 120). Også denne argumentasjonen blir tilbakevist av Høyesterett. Også på dette punkt viser retten til juridisk teori, Woxholth, *Voldgift*, som prinsipielt åpner for at tredjemann kan bli bundet av en voldgiftsklausul, dersom det helt fra begynnelsen av har vært en trepartskonstellasjon og tredjemann har vært klar over voldgiftsavtalen. Høyesterett fremholder så at den situasjon som på dette punkt er beskrevet i den siterte monografien, synes å ta sikte på et tilfelle der tredjemann forsøker å fremme sin hjemmelsmanns krav, eksempelvis i form av et direktekrav. Høyesterett påpeker at dette er en annen situasjon enn den som inneværende sak omfatter, og konkluderer deretter at Skaugen ikke kan anses å være bundet av voldgiftsklausulen som er inntatt i kontraktsforholdet mellom Verftet og MAN Tyskland. Jeg for min del tiltrer den vurderingen retten her gjør. Konklusjonen blir at begjæringen om avvisning da ikke kan tas til følge for den del av kravet som er knyttet til Somargas-motorene.

- (25) Kjennelsen gjelder en sak som er satt med Høyesterett i avdeling og er enstemmig. Den er spesielt interessant fordi retten i så stor grad trekker inn juridisk teori knyttet til internasjonal voldgiftsbehandling, både internasjonal og norsk litteratur. I dette ligger også at Høyesterett i atskillig grad støtter seg til internasjonale, kontraktsrettslige rettskilder. På dette punkt vil kjennelsen derfor i atskillig grad kunne sies å være normdannende for den fremtidige rettsutvikling på området internasjonal voldgift bedømt i forhold til norsk rett. Det gjelder selv om de enkelte tolkningsspørsmål først og fremst er avgjort konkret.

Geir Woxholth

**Forsvarlig fondsforvaltning i gruppesøksmål –
Oslo tingretts dom 12. januar 2018
(16-105341TVI-OTIR/04)**

Oslo tingrett avsa 12. januar 2018 dom i norgeshistoriens største gruppesøksmål. Sakens kjerne er spørsmål om DNB har forvaltet tre verdipapirfond i overensstemmelse med verdipapirfondlovens krav og i samsvar med vedtekter, prospekt og nøkkelinformasjon.

Saken har sin bakgrunn i et vedtak fra Finanstilsynet fra mars 2015. Tilsynet hadde vurdert DNBs forvaltning, og konkluderte med at

«den faktiske forvaltningen av DNB Norge over lang tid har avveket betydelig fra det som forutsettes i fondets vedtekter og prospekt, og som investorene er forespeilet. Fondet er forvaltet indeksnært, men tilbudt og priset fra Foretaket som et aktivt forvaltet fond. Foretaket har på denne måten tatt seg betalt for noe det ikke har levert. Slik Foretaket har innrettet forvaltningen av DNB Norge, har ikke Foretaket ivarettatt andelseiernes interesser slik verdipapirfondlovens regler om god forretningsskikk krever.»

Forbrukerrådet fulgte opp vedtaket ved å ta ut stevning på vegne av om lag 180.000 andelseiere, med krav om ca. 690 millioner kroner. Tingretten fant at det ikke var grunnlag for kravet. Forbrukerrådet har varslet at avgjørelsen vil bli anket.

Tingretten delte drøftelsene opp i tre hovedspørsmål: hvilken forvaltning andelseierne har betalt for, hvilken forvaltning andelseierne har fått, og om andelseierne kan sies å ha fått den forvaltningen de har betalt for.

For spørsmålet om hvilken forvaltning andelseierne har betalt for, tok tingretten utgangspunkt i vedtektene. Det fremgår av disse at fondenes målsetting var å skape «størst mulig» eller «høyest mulig» meravkastning i forhold til referanseindeksen. Retten sluttet fra dette at

«andelseierne har betalt for en aktiv forvaltning som skulle avvike fra referanseindeksen. Avvikene måtte i det minste være så store at andelseierne ble gitt en reell mulighet til meravkastning.» (s. 15)

For spørsmålet om hvilken forvaltning andelseierne har fått, bruker retten mye plass på å ta stilling til

hvordan man finasteoretisk kan vurdere graden av aktiv forvaltning. Drøftelsene oppsummeres på s. 22 på følgende måte:

«Muligheten for meravkastning i et aktivt forvaltet fond står i nødvendig sammenheng med hvor mye forvaltningen avviker fra referanseindeksen. Dersom et fond skal ha mulighet til å tjene inn forvaltningshonoraret, må avvikene være av et visst omfang. Retten mener at avvikenes omfang – eller graden av aktiv forvaltning – måles best gjennom parameterne Active Share og Tracking Error. Målt etter disse parameterne har graden av aktiv forvaltning i DNB Norge-fondene i søksmålsperioden vært langt lavere enn i andre norske eller utenlandske aktive fond. Forvaltningen av DNB Norge-fondene har ligget så tett på referanseindeksen i årene 2010–2014 at sannsynligheten var liten for at den aktive forvaltningen skulle være mer lønnsom enn et indeksfond. Etter rettens syn var det likevel en reell mulighet for at dette kunne skje.»

Endelig tar retten stilling til det siste spørsmålet, om andelseierne har fått det de har betalt for. Drøftelsene av dette spørsmålet er omfattende, idet retten mener problemstillingen

«reiser overordnede spørsmål om forholdet mellom domstolen og lovgiver, og om forholdet mellom rettslige reguleringer og markedets egen regulering». (s. 24)

Når retten først har fastlagt hvilken forvaltning andelseierne har betalt for, og hvilken forvaltning de har fått, skulle det være en enkel sak å sammenlikne disse to størrelsene og dermed svare på spørsmålet om andelseierne har fått det de har betalt for. Når retten likevel finner at svaret krever omfattende drøftelser, har det sammenheng med at retten ikke har gitt et fullstendig svar på hva andelseierne har betalt for i de innledende drøftelsene av dette. Som det fremgår ovenfor, konkluderte retten med at andelseierne «minst» har betalt for en forvaltning som skulle avvike så mye fra referanseindeksen at det var en reell mulighet for meravkastning i forhold til en investering i tilsvarende indeksfond.

Spørsmålet som gjenstår er imidlertid om andelseierne har betalt for noe *mer* enn et slikt absolutt minimum. Retten formulerer denne problemstillingen som et spørsmål

«om det gjelder noe minstenivå for grad av aktiv forvaltning utover det nivået som er nødvendig for å gi andelseierne en reell mulighet for meravkastning».

Når retten kommer til at det ikke kan stilles slike krav, er det blant annet begrunnet i at en slik grense vil ha positivrettslig karakter. Retten peker på at «domstolene ikke har tradisjon for å drive rettsskapende virksomhet» og at den er «i tvil om det vil være lovgivers

ønske å innføre en minstegrense for Active Share og Tracking Error i aktivt forvaltede fond», da en slik grense vil «fungere som en form for prisregulering».

Etter mitt syn svikter det grunnleggende premisset for drøftelsene: at retten må slå fast et minstenivå for graden av aktiv forvaltning av positivrettslig karakter. Det retten skal ta stilling til er hva som var en forsvarlig forvaltning av de aktuelle fondene i lys av vedtekter, prospekt og nøkkelinformasjon. I den grad disse dokumentene ikke gir klare svar, må de utfylles med betraktninger om hva som er «alminnelig god forvaltning» i lys av blant annet prisen, markedspraksis og generelle forventninger. I prinsippet er ikke disse vurderingene annerledes enn de Høyesterett har foretatt i blant annet Rt. 1998 s. 774 (videospiller-dommen), uten at Høyesterett der fant grunn til å trekke inn forholdet mellom domstolene og lovgiver i sin begrunnelse.

Tingretten synes å legge til grunn at en fastleggelse av hvilken grad av aktiv forvaltning andelseierne i de tre aktuelle fondene kunne forvente, automatisk ville gjelde som en minstestandard også for alle andre aktivt forvaltede fond. Dette er imidlertid ikke riktig. Spørsmålet i saken er hvilken forvaltning andelseierne i de tre aktuelle fondene kunne forvente (eller mer presist: hvilken forvaltning fondene kunne forvente). Det er ikke gitt at disse forventningene er overførbare til andelseiere i andre fond. Tvert imot vil det være mange relevante forskjeller innenfor gruppen av aktivt forvaltede fond, ikke minst hva gjelder investeringsstrategi, som kan gi forventninger om en større eller mindre grad av aktiv forvaltning.

Når det gjelder de konkrete vurderingene av hvilke forventninger andelseierne i de aktuelle DNB-fondene kunne ha, er det naturligvis vanskelig å ha bestemte oppfatninger om dette uten tilgang til alle sakens dokumenter. Det er imidlertid påfallende at retten overhodet ikke viser til prospektenes beskrivelse av investeringsstrategien. I prospektet for DNB Norge (I), er denne angitt slik:

«Egenanalyse danner grunnlaget for de investeringsbeslutninger som gjennomføres. Gjennom en veldefinert og strukturert investeringsprosess analyserer forvalterteamet makroøkonomiske trender, sektorer og selskaper med det formål å generere investeringsideer som gir bedre avkastning enn referanseindeksen generelt.»

Retten trekker heller ikke inn betydningen av prisen eller markedspraksis, herunder at det ikke er funnet eksempler på norske eller utenlandske aktivt forvaltede fond som har hatt tilsvarende eller mindre grad av aktiv forvaltning.

Saken reiser i tillegg andre spørsmål, herunder om identifikasjon og foreldelse. På grunn av tingrettens konklusjon, kom disse spørsmålene ikke på spissen.

Marte Eidsand Kjørven

SELSKAPSRETT

Daglig leders erstatningsansvar overfor selskapets kontraktspart, basert på aksjeloven § 17-1 (HR-2017-2375-A)

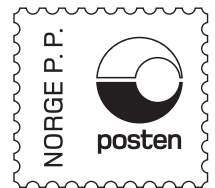
Det ble åpnet konkurs i skipsverftet Blålid AS («Selskapet») i oktober 2011, kort tid etter at styret og daglig leder ble kjent med selskapets svake økonomiske stilling. En underleverandør som hadde levert utstyr på kreditt i august 2011, krevet erstatning av daglig leder personlig, for tap lidt som følge av at Selskapet ikke kunne gjøre opp sine forpliktelser. Høyesterett fant enstemmig at daglig leder hadde opptrådt uaktsomt, og han ble idømt erstatningsansvar for underleverandørens tap iht. aksjeloven § 17-1.

Høyesterett vurderte først Selskapets økonomi. I motsetning til lagmannsretten, fant Høyesterett at insolvens kan foreligge før debitor rent faktisk ikke kan gjøre opp forfalte forpliktelser, og at det må vurderes «om de likvider han disponerer, med tillegg av de likvider han i fremtiden antas å ville få tilgang til, er tilstrekkelige til å dekke hans allerede forfalte forpliktelser samt hans øvrige forpliktelser etter hvert som disse forfaller til betaling» (avsnitt 30). Det ble på det grunnlag konstatert at insolvens inntrådte i august 2011, altså før Selskapets aktuelle forpliktelser overfor underleverandøren ble pådratt.

Høyesterett vurderte deretter om Selskapet hadde misligholdt sin kontraktsforpliktelse overfor underleverandøren. Det ble konstatert at det ikke kunne utledes en plikt til å gi informasjon om betalingsproblemer av lov eller avtale, men at en slik plikt følger av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Med henvisning til Rt. 1998 s. 1078 og Rt. 1995 s. 1460, uttalte Høyesterett at «informasjon om at man ikke vil kunne klare å oppfylle sin del av avtalen – for eksempel plikten til å betale ved forfall – ligger nok i et kjerneområde av den kontraktuelle lojalitetsplikten» (avsnitt 35). Selskapet hadde således ikke overholdt plikten til å varsle underleverandøren om svikt i selskapets økonomi.

Høyesterett gikk så over til å vurdere daglig leders forhold. Det ble presisert at for at daglig leder skal kunne holdes erstatningsansvarlig i en slik situasjon, må det kunne bebreides ham som uaktsomt at underleverandøren ikke fikk relevant informasjon. Den sentrale problemstillingen var om Selskapets brudd på lojalitetsplikten overfor underleverandøren, automatisk innebar at de som opptrådte på vegne av Selskapet hadde opptrådt uaktsomt. Det ble i den sammenheng presisert at ledelsen i et aksjeselskap forventes å foreta en balansert avveining av kryssende interesser, i dette tilfellet kreditorens behov for informasjon på den ene siden, og «aksjeeierne, ansatte, samarbeidspartnere, lokalsamfunnet og samfunnsøkonomien» sin interesse i at det arbeides for fortsatt drift på den andre siden. Denne forventningen til ledelsen, må etter min vurdering forankres i ledelsens

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



plikt til å ivareta selskapsinteressen. Høyesterett gir således retningslinjer for hvilke elementer som inngår i selskapsinteressen.

Det faktum at ledelsen må ivareta kryssende interesser, medfører etter Høyesteretts syn at det ikke gjelder «et «én-til-én-forhold» mellom selskapets kontraktsrettslige informasjonsplikt og ledelsens personlige ansvar overfor den kreditoren som måtte lide et tap som følge av at selskapets informasjonsplikt ikke er etterlevd» (avsnitt 38). Dette er en viktig presisering, som ikke alltid kommer klart frem i domstolens argumentasjon i tidligere avgjørelser. Et eksempel er Rt. 2013 s. 785, hvor Høyesteretts ankeutvalg legger til grunn uten videre drøftelse at når selskapet hadde opptrådt illojalt, gjaldt det samme, dem som handlet på vegne av selskapet.

I Blålid-saken trekker Høyesterett den alminnelige konsekvens, at det personlige erstatningsansvaret ikke rekker like langt som selskapets kontraktsrettslige plikt til å varsle om svekket økonomi (avsnitt 39). Det begrunnes med at ledelsen må ha et strategisk arbeidsrom og at hensynet til forutsigbarhet tilsier at ansvar ikke inntreffer hvis ledelsen på forsvarlig grunnlag bygger på solvens. Til sist slås det fast at selv om insolvens har inntrådt, vil ikke ledelsen i et selskap nødvendigvis bli erstatningsansvarlige, hvis det er et realistisk håp om å unngå konkurs.

Etter at Høyesterett har kommet med disse nyttige generelle presiseringene, konkluderes det med at disse forholdene ikke kom på spissen i den aktuelle saken. Ledelsen kjente ikke til den økonomiske situasjonen i selskapet, og det var således ikke behovet for strategisk handlingsrom som ledet til at underleverandøren ikke hadde fått informasjon. Grunnen var at daglig leder hadde forsømt sine plikter i aksjeloven 6-14, til

å sørge for betryggende formuesforvaltning og at regnskapene var i samsvar med lov og forskrifter. Det forelå mangler ved regnskapsførselen og rapporteringsrutinene, da informasjon om økonomien ikke var tilfredsstillende integrert i selskapets regnskap (avsnitt 32). Dette i seg selv vil ikke nødvendigvis lede til erstatningsansvar overfor selskapets kontraktspart, men Høyesterett fant at i denne saken satte daglig leder seg selv og øvrig ledelse ute av stand til å forvalte selskapets interesser på en forsvarlig måte. Unnlatsene ledet således til at den aktuelle underleverandøren ble påført et tap.

Dommen inneholder flere viktige prinsipielle uttalelser, knyttet til insolvensbegrepet og innholdet av den kontraktuelle lojalitetsplikten. Videre gis det retningslinjer for å fastlegge culpanormens innhold for selskapets ledelse, altså både daglig leder og styrets medlemmer.

Margrethe Buskerud Christoffersen

Litteratur

Geir Woxholth: *Selskapsrett*, 6. utg. Gyldendal juridisk, 2018. 442 sider

Boken er skrevet som en lærebok for studenter ved det juridiske fakultet i Oslo. Den er ajourført med rettspraksis og ny lovgivning til og med første halvår 2017. Boken inneholder en fremstilling av EU-retten som rettskildegrunnlag, men siden boken primært er ment som en lærebok har forfatteren naturlig nok ikke tatt med en utførlig fremstilling av EU-domstolens rettspraksis.

Peter Hambro

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 (2018) på *Nytt i privatretten* koster kr 670,-. Studentabonnement koster kr 335,-. 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 2018

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer mai 2018.