



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Boikott, EØS-rett og Grunnlov – «Holship», HR-2016-2554-P

Høyesteretts plenumsdom er bemerkelsesverdig på flere måter. Saken gjaldt en varslet boikott overfor Holship Norge AS (Holship), et heleid datterselskap av det danske spedisjonskonsernet Holship Holding A/S. Holship opererer i Drammen havn. Losse- og lastearbeid er en mindre del av selskapets virksomhet der. Norsk Transportarbeiderforbund (NTF) varslet boikott i april 2013. Formålet var å få Holship til å inngå den såkalte Rammeavtalen om fastlønssystem for losse- og lastearbeid. Rammeavtalen består mellom NHO/NHO Logistikk og Transport og LO/NTF. Avtalen har bestemmelser om fortrinnsrett til losse- og lastearbeid for registrerte havnearbeidere som er fast ansatt ved et såkalt Administrasjonskontor. Rammeavtalen gjennomfører ILO-konvensjon nr. 137, Sosiale følger av nye metoder for godsbehandling i havner (1973), som er ratifisert av Norge (1974). Rammeavtalen forplikter havnebrukere som er bundet

av den, til å bestille ansatte ved Administrasjonskontoret til losse- og lastearbeid – ikke til annet arbeid i havnen; kontoret avgjør da om det har kapasitet til å utføre oppdraget, eller om havnebrukeren kan benytte egne ansatte. I forholdet mellom NHO og LO/NTF er Rammeavtalen gjort gjeldende ved de 13 største havnene i Norge, inkludert Drammen havn. Holship er ikke medlem av NHO. Tariffkravet fra NTF gikk derved ut på å inngå en direkteavtale med Holship.

Hovedspørsmålet for Høyesterett var, forenklet sagt, om den varslede boikotten var rettstridig etter boikottlovens § 2 (a) som en ulovlig restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalens artikkel 31. Høyesterett forela spørsmål om etableringsreglene og EØS-avtalens konkurranseregler for EFTA-domstolen, som gav en rådgivende uttalelse 19. april 2016. Ved Ankeutvalgets beslutning 26. mai 2016 (HR-2016-01109-U) ble saken henvist til behandling i Høyesteretts plenum og begrenset til etableringsreglene og ett spørsmål knyttet til konkurransereglene, om det såkalte tariffunntaket. Men saken involverte også spørsmål om grunnlovsbestemmelser og forholdet til internasjonale menneskerettighetskonvensjoners normer om vern av organisasjonsfriheten.

Plenumsdommen er avsagt under dissens 10 dommere mot syv. Dissensen knyttet seg til EØS-reglene.

Dommen avklarer den prinsipielle forståelsen av to sentrale grunnlovsbestemmelser: For det første, § 92 om forholdet til menneskerettighetskonvensjoner er ikke en inkorporasjonsbestemmelse (avsnitt 65–70). For det annet knyttes rekkevidden av § 101 om organisasjonsfrihet til EMK artikkel 11 (i tråd med tidligere avgjørelser om § 102). Selv om § 101 første ledd ikke gir noen uttrykkelig adgang til å gjøre inngrep i organisasjonsfriheten tilsvarende EMK artikkel 11 nr. 2, må da en slik adgang innfortolkes. Inngrepsadgangen kan da, som etter «reservasjonsklausulen» (min betegnelse) i artikkel 11 nr. 2, innebære en «sammensatt proporsjonalitetsvurdering» (avsnitt 81–82). Så langt er dommen enstemmig. Konklusjonene er ikke egnet til å overraske. Skulle det stille seg annerledes, ville det – blant annet – innebære at grunnlovsbestemmelsen ville sette bom for slik bruk av tvungen lønnsnemnd

Innhold nr. 1

Arbeidsrett.....	1
Erstatningsrett	8
Fast eiendom	11
Forsikringsrett	13
Immaterialrett.....	15
Kontraktsrett.....	16
Selskapsrett	18
Vergemål	22

som har vært et viktig virkemiddel for lønnsdannelsen gjennom tariffavtaleregulering siden 1953.

For mindretallet var det ikke nødvendig å gå inn på flertallets videre drøftelse av forholdet mellom Grunnlovens § 101/EMK artikkel 11 og EØS-avtalens regler (jfr. avsnitt 140).

Førstvoterende, for flertallet, fremholdt at «[s]elv om vilkårene for inngrep i menneskerettigheter og rettigheter etter EØS-avtalen er formulert noe forskjellig, må substansen i avveiningene bli den samme». Uansett om man tar utgangspunkt i det ene eller andre, «må man ved vurderingen av om det er grunnlag for inngrep, søke å finne frem til et rimelig balansepunkt mellom de aktuelle rettighetene. Resultatet av avveiningen av foreningsfriheten mot etableringsretten bør ikke avhenge av hvilket regelsett man tar utgangspunkt i» (avsnitt 86; jfr. avsnitt 117).

Det var ikke tvilsomt at en slik fortrinnsrett som Rammeavtalen ville innebære for Holship, måtte anses som en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalens artikkel 31 (avsnitt 89–95). Spørsmålet var om restriksjonen måtte anses som et lovlig eller et rettsstridig inngrep i etableringsretten (jfr. avsnitt 96–99). Selv om NTFs tariffavtalekrav «i og for seg» kunne anses å ha som overordnet målsetning å ivareta arbeidstagerinteresser, fremholdt førstvoterende at det ikke er tilstrekkelig til «at det inngrep i etableringsretten som en slik fortrinnsrett representerer, skal anses legitimt». Han viste spesielt til EU-domstolens uttalelse i dommen i *Viking Line* (Saml. 2007 I-10779) om at det må godtgjøres at ansattes jobber og lønns- og arbeidsvilkår er «i fare eller alvorlig truet» (*Viking Line* avsnitt 81; førstvoterendes avsnitt 101). Slik så flertallet ikke på Rammeavtalen: «Administrasjonskontoret er et eget rettssubjekt, og som tariffavtalebestemmelse er en slik fortrinnsrett som NTF krever, av *irregulær karakter*» (min kursivering). Det vernet den gir havnearbeiderne, «er nokså indirekte», den vil begrense andre aktørers (enn Administrasjonskontoret) tilgang til dette markedet og vil dermed «i realiteten inneholde en form for næringsregulering» (avsnitt 103, jfr. avsnitt 108) (jfr. i sammenheng med dette også ad dommens avsnitt 118). Det kunne da ikke anses som et «tvingende legitimt inngrep» i etableringsretten, og da hadde den varslede boikotten ikke et legitimt formål (avsnitt 109). ILO-konvensjonen, nr. 137, hadde ingen avgjørende betydning for såvidt. Dens formål kunne etter flertallets syn ivaretas på mindre inngripende måter, og etter EØS-lovens § 2 måtte konvensjonen uansett stå tilbake for EØS-avtalens artikkel 31 (avsnitt 121–125, jfr. avsnitt 118).

Førstvoterende anså at det «ikke er avklart om en boikott som ikke inngår som ledd i en streik, er beskyttet av EMK artikkel 11». Flertallet fant imidlertid ikke grunn til å ta stilling til dette, fordi en slik rett ville være «undergitt samme proporsjonalitetsbegrensning» etter artikkel 11 nr. 2 som andre rettigheter som har vern etter artikkel 11 (avsnitt 83 og 115 jfr. 114).

ILO-konvensjonen nr. 87 og 98 om organisasjonsfrihet og forhandlingsrett og Den (reviderte) europeiske sosialpakt måtte etter flertallets syn «åpne for en nærmere avveining som er beslektet med den som foretas under EMK artikkel 11 nr. 2» (avsnitt 116). Ut fra synspunktet om «et rimelig balansepunkt» i proporsjonalitetsvurderingen mellom boikotten [boikottformålet] og etableringsretten (avsnitt 118) kunne boikotten ikke gå foran etableringsretten uansett om boikott eventuelt kunne anses å ha et grunnrettighetsvern etter EU- og EØS-retten (avsnitt 110–119). Den «primære – og ønskede – virkning» var, etter flertallets syn, «å begrense andre aktørers tilgang til markedet for losse- og lastetjenester.

Dette siste tok mindretallet ikke stilling til. Mindretallet skilte lag med flertallet i vurderingen av tariffavtalen og fortrinnsrettens formål og ut fra det også i spørsmålet om forenlighet med etableringsretten og konkurransereglene i EØS-avtalen. I tilslutning til *Sola Havn*-dommen (Rt. 1997.334) bemerket annenvoterende at Rammeavtalen er «en særegen tariffavtale», men at «den har ene og alene til formål å sikre arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår» (avsnitt 157). Formålet med Administrasjonskontoret er bare å «koordinere og administrere de havnearbeiderne som har fortrinnsrett»; det har ikke en forretningsmessig interesse i å bevare en egen markedsposisjon (avsnitt 151). I vurderingene la mindretallet dessuten vekt på at Rammeavtalens fortrinnsrettsbestemmelse [også fra statens side; mitt innskudd] har vært ansett som ledd i oppfyllelsen av Norges forpliktelser etter ILO-konvensjon nr. 137 (avsnitt 153). Gjennom et mer omfattende resonnement konkluderte mindretallet med at fortrinnsretten er egnet til å beskytte lønns- og arbeidsvilkårene for havnearbeiderne og ikke går lengre enn nødvendig. Mindretallet anså dermed restriksjonen på etableringsfriheten som rettferdiggjort (avsnitt 159–197). Ut fra sitt syn på tariffavtalen og fortrinnsrettens formål kom mindretallet også til at tariffavtalen må være omfattet av «tariffunntaket» etter konkurransereglene i EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

Flertallet og mindretallet hadde sammenfallende syn på den prinsipielle betydningen av en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen, helt i tråd med uttalelser i tidligere høyesterettsavgjørelser (avsnitt 77 og 142). Mindretallet så det imidlertid også slik at «dersom den nasjonale domstolen finner at de faktiske omstendigheter på relevante måter avviker fra de[m] EFTA-domstolen legger til grunn for sine vurderinger, vil den nasjonale domstolen kunne komme til et annet resultat enn EFTA-domstolen» (avsnitt 143). Nettopp det var forholdet her, spesielt med hensyn til oppfatningen av Administrasjonskontoret, NTFs rolle i dette og forholdet til forretningsmessige og markedsmessige interesser (jfr. særlig avsnitt 151).

For mindretallet var det nødvendig å ta stilling til forholdet til konkurransereglene. For flertallet var det ikke det. Flertallet bemerket likevel, ved å slutte seg

til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, at «tariffunntaket» fra EØS-avtalens konkurranseregler ikke kunne ha anvendelse (avsnitt 127–129).

Plenumsdommen gir grunnlag for mange og ulike bemerkninger. Flertallets og mindretallet syn på Rammeavtalens, fortrinnsrettens og Administrasjonskontorets formål og funksjon står i skarp kontrast til hverandre. Fra en arbeidsrettslig synsvinkel er det ganske fremmed å se slik på tariffavtalebestemmelsene om dette at de er av «irregulær karakter». Her står mindretallets syn derimot støtt. Det samme vil da synet på «tariffunntaket» gjøre. De EØS-rettslige vurderingene av etableringsreglene kan det utvilsomt sies mye om, særlig om flertallets prinsipielle tilnærminger til og vektlegging av ulike forhold i proporsjonalitetsvurderingen, inkludert synet på betydningen av ILO-konvensjon nr. 137 og Rammeavtalens funksjon som gjennomføring av denne i nasjonal rett. Dette kan være «gefundenes Fressen» for EØS-rettsspesialister, men vil føre for langt for meg å gå inn på her.

Flertallets syn på forholdet mellom proporsjonalitetsvurderinger etter Grunnlovens § 101/EMK artikkel 11 nr. 2 og EØS-reglene legger seg derimot åpent for kritiske bemerkninger (også) fra et arbeidsrettslig perspektiv. Uttalelsene (i avsnitt 86) om at «substansen i avveiningene [må] bli den samme», står som et postulat, en naken påstand om det som skal bevises. Standpunktet bygger ikke på noen klar problemstilling, og det er et påfallende fravær av rettskildemessig funderte resonnementer. Spredte, men usystematiske, bemerkninger andre steder i førstvoterendes votum avhjelper ikke dette. Uttalelsene viser ikke noen klar forståelse av utviklingslinjene i EMDs rettspraksis om vern av retten til streik etter EMK artikkel 11 eller av domstolens avgjørende viktige «komparative metode» i denne sammenheng, med særlig utgangspunkt i storhammerdommen fra 2008 i *Demir og Baykara* (sak nr. 34503/97). Det er heller ikke treffende å hevde at «nærmere avveining» etter ILOs kjernekonvensjoner 87 og 98 og etter Den (reviderte) europeiske sosialpakt er «beslektet» med proporsjonalitetsvurderingene etter EMK artikkel 11 nr. 2. Ser man nærmere på praksis fra de aktuelle konvensjonsorganene, vil man raskt se noen klare kontraster. Med EMDs komparative metode in mente har dét betydning også for forståelsen av artikkel 11 nr. 2. Rekkevidden av nr. 2 kan imidlertid være ulik for forskjellige arbeidskampiltak i ulike situasjoner. Hvis EMDs senere avgjørelse i *RMT* (2014, sak nr. 31045/10) om sympatistreik hadde blitt trukket inn i den diskusjonen som kunne vært ført, kan det også tenkes at en EØS-rettslig proporsjonalitetsvurdering etter etableringsreglene ville være forenlig med EMK artikkel 11 nr. 2. Ikke fordi proporsjonalitetsvurderingene er sammenfallende, men fordi statene har et spillerom – en «margin of appreciation» – hvor det kunne legges vekt på statens forpliktelser etter EU/EØS-retten.

Det kan uansett beklages at Høyesteretts flertall ikke gikk inn i problemstillingen. Derved gir plenumsdommen heller ikke noe nærmere bidrag til forståelsen av hvilket vern av organisasjonsfriheten Grunnlovens § 101 gir.

Hvis vi legger konkurranseretten til side, har *Holship*-dommen en meget begrenset rekkevidde. Den gjelder «grensekryssende» etableringsrett. Den har da ikke uten videre betydning for rent innenlandske situasjoner med boikott til støtte for krav overfor et norsk foretak om å inngå Rammeavtalen. Enn så lenge kan dommen i *Sola Havn* stå som en illustrasjon her. *Holship* illustrerer på sin side det «klassiske» fenomen «omvendt diskriminering», tilsvarende som med EU-domstolens dom i den svenske *Laval*-saken (Saml. 2007 I-11767): EU/EØS-reglene gir et vern ved grensekryssende etablering eller tjenesteydelser mot arbeidskampiltak for tariffkrav som et innenlandsk foretak ikke har.

Det som derimot kan reises som et rent «innenlandsk» spørsmål, er forholdet til konkurranseloven (5. mars 2014 nr. 12). Hvis flertallssynet i *Holship* på «tariffunntaket» legges til grunn, vil det ha et overslag til fortolkningen av unntaket for regulering av «arbeids- og ansettelsesvilkår» i konkurranselovens § 3. Men svaret er ikke dermed gitt; man må i så fall gå videre til konkurranselovens §§ 10 og 11. Da går man inn i problemstillinger som hverken flertallet eller mindretallet i *Holship* har berørt.

I tillegg må det understrekes at dommen i *Holship* gjelder en tariffavtale som, uansett hvordan man ellers ser på den, har særegne elementer. Som sådan vil den ikke ha betydning for spørsmål om bruk av arbeidskamp, inkludert boikott, i «ordinære» tariffrettslige sammenhenger, heller ikke i relasjon til konkurransereglene.

Stein Evju

Stillingsvern ved universitet, fortrinnsrett for tjenestemenn – HR-2016-2346-A

Spørsmålet i saken var om en forsker ved Universitetet i Oslo hadde intern fortrinnsrett til stilling som førsteamanuensis. Under dissens (4-1) fant Høyesterett at forskeren ikke hadde slik fortrinnsrett. Dommen klargjør den øvre grensen for fortrinnsrett og setter derved en ramme for stillingsvernet i statlig sektor. For universitets- og høyskolesektoren gir avgjørelsen helt konkret avklaring av hvilke typer av ledige stillinger som må tas i betraktning i en oppsigelsesvurdering.

Etter tjenestemannsloven (tjml.) § 13 nr. 1 har arbeidstakere i statens tjeneste rett til «annen passende stilling i virksomheten» før oppsigelse gis, såkalt intern fortrinnsrett. Virksomheten var i dette tilfellet Universitetet i Oslo. Retten er betinget av minst ett års sammenhengende tjeneste og knyttet til bestemte oppsigelsesgrunner, blant andre oppsigelse på grunn av at stillingen blir inndratt eller at arbeidet er falt bort.

Intern fortrinnsrett har dermed likhetstrekk med arbeidsmiljøloven (aml.) § 15-7 (2), om at oppsigelse som skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonaliserings-tiltak, ikke er saklig begrunnet dersom arbeidsgiver kan tilby «annet passende arbeid i virksomheten». For øvrig har tjenestemenn, etter at oppsigelse er gitt, fortrinnsrett til «annen passende stilling i staten» etter tjml. § 13 nr. 2, såkalt eksternt fortrinnsrett. Begge former for fortrinnsrett er betinget av at tjenestemannen er kvalifisert, jf. tjml. § 13 nr. 3. Fortrinnsrett er følgelig et unntak fra kvalifikasjonsprinsippet, om at den best kvalifiserte søkeren skal ansettes i en ledig stilling.

Den aktuelle forskeren hadde hatt flere eksternt finansierte, midlertidige stillinger som stipendiat, post-doktor og forsker ved Det medisinske fakultetet. Siden han hadde vært sammenhengende ansatt i mer enn fire år, hadde han i utgangspunktet stillingsvern etter tjml. § 10 på linje med en fast ansatt forsker.

Universitetet hadde sagt forskeren opp med den begrunnelsen at eksterne oppdragsinntekter var falt bort. For tjenestemenn som er tilsatt for å utføre oppdrag som er eksternt finansierte, er dette sidestilt med bortfall av arbeid og dermed automatisk oppsigelsesgrunn etter tjml. § 10 nr. 1. Midlertidig tilsatt undervisnings- og forskningspersonale som er tilsatt for å utføre oppdrag som er eksternt finansierte, er også særskilt unntatt fra fortrinnsrett. Dette følger av forskrift til tjenestemannsloven § 2 nr. 4 og § 7 nr. 2. Universitetet hadde likevel kartlagt om det var andre passende stillinger for forskeren, men uten å ta stillinger som førsteamanuensis i betraktning. Forskeren hadde selv søkt på ledige stillinger som professor/førsteamanuensis ved fakultetet. Her ble han ansett kvalifisert, men nådde ikke opp i konkurransen med andre, bedre kvalifiserte søkere.

Fordi arbeidsforholdet var blitt forlenget med interne midler, la lagmannsretten til grunn at forskeren på oppsigelsestidspunktet ikke lenger var tilsatt for å utføre oppdrag som var eksternt finansierte. At Universitetet ikke hadde vurdert om han var kvalifisert til stillinger som førsteamanuensis, ble ansett som en saksbehandlingsfeil som kunne ha virket inn på oppsigelsesvedtakets innhold. Lagmannsretten fant derfor vedtaket om oppsigelse ugyldig uten å ta stilling til om avslutningen av prosjektet var oppsigelsesgrunn. Anken til Høyesterett ble kun tillatt fremmet for spørsmålet om fortrinnsrett.

Høyesteretts flertall bygget på at man først må foreta en objektiv sammenligning av stillingskategoriene, og deretter – hvis stillingen som sådan er «passende» – vurdere om den tjenestemannen som vurderes oppsagt, er kvalifisert.

Flertallet tok utgangspunkt i stillingskategoriene og lønsplasseringen. Professor og førsteamanuensis er kombinerte forsknings- og undervisningsstillinger, mens (rene) forskerstillinger hører til en annen kategori. Hver stilling har en egen kode og en gitt plassering på

lønnstabellen etter Hovedtariffavtalen. Mannens stilling var forsker med kode 1109, og stillingen førsteamanuensis har kode 1011. Stillingene er imidlertid plassert på samme lønnsramme, LR 24.

Forskrift til tjenestemannsloven § 7 nr. 1 fastsetter at det ikke kan hevdes fortrinnsrett til høyere lønte stillinger. Når lønsplasseringen var den samme, var spørsmålet om det likevel var forskjeller mellom stillingene som utelukket fortrinnsrett. Flertallet la til grunn at hvorvidt en stilling er «passende», ikke utelukkende kan avgjøres ut fra stillingens lønn. I tillegg må det «foretas en nærmere vurdering av stillingens karakter» (avsnitt 50).

I den nærmere vurderingen tok flertallet utgangspunkt i reglene om kvalifikasjonskrav og prosedyrer ved ansettelse og opprykk i universitets- og høyskoleloven, tilhørende forskrift og internt regelverk for Universitetet i Oslo. Det ble lagt vesentlig vekt på at kompetansekravene til en førsteamanuensis er noe bredere enn for en forsker, og at kravene til utvelgesprosessen er strengere, med færre unntaksmuligheter. En overgang fra stilling som forsker til stilling som førsteamanuensis ble derfor ansett å være et avansment, selv om lønnen er den samme (avsnitt 57). At muligheten for opprykk til stilling som professor kun gjelder for førsteamanuensis, ga støtte for at stillingen «anses å ha et annet grunnpreg» (avsnitt 59). Flertallet påpekte også at det ville være praktisk vanskelig å forene en fortrinnsrett med prosedyrekravene for stillinger som førsteamanuensis (avsnitt 60 og 61). Det forelå altså ingen saksbehandlingsfeil ved oppsigelsesvedtaket, og lagmannsrettens dom ble opphevet.

Mindretallet tok et annet rettslig utgangspunkt. Denne dommeren mente at hvorvidt en stilling er «passende», ikke kan vurderes uavhengig av tjenestemannens bakgrunn, kvalifikasjoner og personlige egenskaper. Han la blant annet vekt på at aml. § 15-7 (2) skal forstås slik, og at tjenestemannslovens regler var forutsatt å ha samme innhold da stillingsvernet ble vedtatt harmonisert i 2005 (for så å bli reversert før ikrafttredelse). Selve vurderingen måtte foretas med utgangspunkt i «om stillingene er vesensulike for en person med ankemotpartens bakgrunn.» (avsnitt 91). En førsteamanuensisstilling innen samme fag kunne derfor ikke på prinsipielt grunnlag utelukkes for den aktuelle forskeren. Det ble holdt åpent om det kunne gjelde en begrensning ut fra en objektiv vurdering av stillingskategoriene. Men en slik begrensning ble uansett ikke aktuell. For mindretallet fant at en stilling som førsteamanuensis *ikke* var høyere rangert enn en forskerstilling. Han understreket at vurderingen ikke kunne baseres på en subjektiv opplevelse av at stillingen er mer attraktiv eller har større prestisje (avsnitt 100).

Dommen klargjør at den øvre grensen for intern fortrinnsrett skal trekkes ut fra en objektiv sammenligning av stillingskategorier, og at grensen trekkes relativt stramt. Avgjørelsen er likevel etter mitt syn

ikke noen alvorlig trussel mot tjenestemenns stillingsvern. Når oppsigelse er blitt aktuelt, har tjenestemann samlet sett et sterkt vern, blant annet ved en vidtgående ekstern fortrinnsrett. Det er heller i adgangen til midlertidig ansettelse at skoen trykker, spesielt i universitets- og høyskolesektoren.

Videre viser dommen en tydelig forskjell i rettsstillingen etter tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven. Det gir en utfordring til arbeidet som nå pågår i Kommunal- og moderniseringsdepartementet med å harmonisere stillingsvernet. Det er behov for å avklare om «annen passende stilling i virksomheten» i den foreslåtte lov om statsansatte skal videreføre gjeldende rett etter tjenestemannsloven, eller tolkes i samsvar med arbeidsmiljøloven. At den eksterne fortrinnsretten til annen stilling i staten som helhet videreføres, kan tale for det første. I tilfelle det siste viser avgjørelsen behov for å ta stilling til hvordan oppsigelsesvurderinger og bedømmelsesprosedyrer i universitets- og høyskolesektoren skal forenes. Faren er uansett at et mer harmonisert stillingsvern vil romme større realitetsforskjeller enn hva lovens ordlyd gir inntrykk av.

Dommen illustrerer dessuten et spenningsforhold mellom særlige hensyn knyttet til offentlig tjeneste og alminnelige vernehensyn. Flertallets vektlegging av visse forskjeller i kvalifikasjonskrav mv. prioriterer kvalifikasjonsprinsippet på bekostning av arbeidstakerens behov for stillingsvern. Mindretallet tar derimot utgangspunkt i alminnelige vernehensyn og vektlegger harmoni med arbeidsmiljøloven. Han nedtoner kvalifikasjonsprinsippet ved å påpeke at også andre virksomheter kan oppleve at fortrinnsrett hindrer ansettelse av den dyktigste kandidaten (avsnitt 101). Det er etter mitt syn ikke helt treffende. Ansettelse av den best kvalifiserte ivaretar ikke bare virksomhetenes behov, men *samfunnets* tillit til at myndighetsutøvelse og forvaltning av felles ressurser ivaretas best mulig. På den annen side gjør dette hensynet seg ikke like sterkt gjeldende i alle sektorer i staten eller for alle typer stillinger. Særregler for universitets- og høyskolesektoren er uttrykk for at kvalifikasjonsprinsippet står spesielt sterkt her, og saken gjaldt en høyt rangert stilling. I andre sektorer og for andre typer av stillinger kunne det være grunn til å gi vernehensyn større plass ved den nærmere vurderingen av om stillingen er «passende».

Marianne Jenum Hotvedt

Styringsrett og endringsadgang, gyldigheten av vedtak om oppsigelse av seniorpolitiske tiltak – HR-2016-2286-A

Saken gjaldt rettmessigheten av endringer i, og tilbakekall av, seniorpolitiske tiltak i form av ulike goder for ansatte i en kommune. To lærere som var ansatt i kommunen, mistet retten til å arbeide i 80 % stilling og motta 100 % lønn. Spørsmålet var om endringen/tilbakekallet lå innenfor arbeidsgivers styringsrett.

Høyesterett kom enstemmig til at endringer og tilbakekall i dette tilfellet kunne gjennomføres i medhold av styringsretten.

Rygge kommune har i mange år slitt med høy gjennomsnittsalder på sine ansatte. Kommunen har helt siden 1999 hatt ulike «seniorordninger» for ansatte over 55 år som et incitament til fortsatt ansettelse i kommunen. I forbindelse med tariffoppgjøret i 2004 ble en bestemmelse om slike tiltak tatt inn i Hovedtariffavtalen for kommuner (pkt. 3.2.3). I 2005 ble en såkalt seniorpolitisk plan for ansatte over 62 år vedtatt i kommunen. På dette tidspunktet var omtrent 40 % av de ansatte i kommunen over 50 år, og kommunen hadde i tillegg en svært god AFP-ordning. Kommunen sto dermed i alvorlig fare for å miste verdifull kompetanse i nær fremtid. Særlig gjaldt dette aldersgruppen over 62 år. Innholdet i den seniorpolitiske planen var, i tillegg til AFP eller delvis AFP, en rett til enten å jobbe 80 % og motta 100 % lønn, eller til å velge en løsning der de fortsatt arbeidet 100 %, men mottok 20 000 kroner ekstra i året i tillegg til ordinær lønn. Tillegget ble senere økt til 40 000 kroner. Ordningene ble innvilget etter «søknad» fra den enkelte ansatte.

Tiltakene fungerte, og de ansatte så ut til å bli i stillingene sine. I 2011 besluttet kommunen at ansatte over 62 år som var ansatt i lederstillinger, ikke lenger skulle kunne benytte seg av tilbudet om å jobbe 80 % for 100 % lønn. Muligheten til å få kronetillegget ble også fjernet for denne gruppen ansatte. Dessuten ble AFP-ordningen endret, slik at den ikke lenger var like gunstig for de ansatte. Kommunen hadde på dette tidspunktet betydelige kostnader knyttet til de seniorpolitiske ordningene. I 2013 besluttet kommunen å revidere planen. Det ble avholdt møter med fagforeningene. Dette resulterte i at kronetillegget ble satt ned fra 40 000 kroner til de opprinnelige 20 000 kroner. Muligheten til 80 % arbeid for 100 % lønn skulle avvikes. De nye reglene skulle gjelde fra 1. februar 2014.

A og B var ansatt som lærere i kommunen. Begge hadde fra 2013 hatt ordningen med 80 % arbeid til full lønn. I juli 2013 sendte kommunen brev til de ansatte med informasjon om oppsigelse av ordningen med redusert arbeidsplikt. Samtidig ble det gjort oppmerksom på at man måtte søke på nytt dersom kronetillegget var ønsket. A og B søkte og fikk innvilget kr 20 000,– ekstra i året, men bestred tilbakekallet av den opprinnelige ordningen og tok ut stevning mot kommunen. Rygge kommune vant frem i tingretten, tapte i lagmannsretten og vant altså frem i Høyesterett.

I avgjørelsen tar Høyesterett utgangspunkt i tidligere praksis på styringsrettens område og fremhever særlig to sentrale spørsmål når rettmessigheten av en endring i arbeidsavtaler skal prøves: For det første må det tas stilling til om arbeidsgiver har gitt avkall på styringsretten. Dernest er det et vurderingstema hva slags karakter avtalebestemmelsen som skal endres, har. Dersom bestemmelsen særpreger, definerer eller

fremstår som vesentlig for arbeidsforholdet, vil det normalt falle utenfor styringsretten å endre den. De to vurderingstemaene er behandlet sammen i begrunnelsen for avgjørelsen.

Høyesterett kom til at arbeidsgiveren i dette tilfellet ikke hadde inngått avtaler som kunne ansees å begrense styringsretten. For det første gjennomførte Rygge kommune de seniorpolitiske tiltakene i medhold av kommunens seniorpolitiske plan. Denne planen var *forankret* i hovedtariffavtalen, men var ikke en del av denne. Spørsmålet var etter dette om kommunen hadde gitt avkall på styringsretten gjennom individuelle avtaler med de to lærerne.

Særlig tre forhold vektlegges i avgjørelsen: For det første innebærer ikke innvilgelse av redusert arbeidspplikt en endring av stillingsprosenten i arbeidsavtalene. Det var ingen indikasjon på at noen av partene så på dette som endring av de opprinnelige avtalene. Det dreide seg kort og godt om en lettelse i arbeidspplikt, uten lønnstrekk. Dernest legger Høyesterett vekt på ordningen i seg selv og dens karakter. Ordningen hadde en iboende endringsadgang; ulike tiltak måtte gjelde slik at den gjeldende seniorpolitiske planen ble ivarettatt, innenfor de økonomiske rammene i kommunen til enhver tid. Ordningen bar videre preg av å være dynamisk på den måten at de tiltakene som var innvilget, manglet preg av å være endelige. Det ene vedtaket vedrørende seniorgoder var uten tidsangivelse, det andre gjaldt for ett år. For det tredje var det spørsmål om endring kunne være avskåret fordi arbeidstagerne hadde innrettet seg etter ordningen. Høyesterett avviste dette og vektla at ordningen manglet den gjensidighet og det beskyttelsesverdige behov for innrettelse hos arbeidstagerne som må til.

Avslutningsvis skal det nevnes at det forelå en subsidær anførsel om påstått misbruk av styringsretten, med henvisning til de krav om saklighet som stilles til saksbehandlingen. Det ble avvist. Saksbehandlingen hadde vært forenklet, men det forelå ikke holdepunkter for at den hadde vært uforsvarlig eller vilkårlig slik A og B hevdet.

Avgjørelsen føyer seg inn i rekken av nyere styringsrettsdommer. Førstvoterende viser (avsnitt 26) til tidligere avgjørelser som omhandler utgangspunktet når styringsrettens rekkevidde og grenser skal fastsettes, og skaper en slags rød tråd fra *Nøkk* (Rt. 2000 s. 1602), gjennom *Theatercafeen* (Rt. 2008 s. 856) og til *Seinvakt* (Rt. 2009 s. 1465). Men selv om den røde tråden fra utgangspunktet til de ulike utmeislingene av styringsrettens rekkevidde i disse dommene, forsvinner argumentasjonen i denne saken fordi de ulike rettslige spørsmålene vikles inn i hverandre.

Likevel representerer dommen en presisering av at de tidligere avgjørelsene skal forstås slik at endringsrett kan foreligge dersom arbeidsgiver ikke ved avtale har gitt avkall på styringsretten for slike endringer det er tale om, eller hvis det som endres, ikke er så vidtgående at det vil falle utenfor rekkevidden av styrings-

retten. Utgangspunktet er altså at det foreligger endringsadgang *innenfor* rammen av styringsretten. Men hvordan grensene skal trekkes, må vurderes mer konkret i den enkelte sak.

Anette Grønnerød-Hemmingby

Rammeavtalen, bundethet, oppsigelse, og tariffparten som forsvant – ARD-2016-19

Holship (foran, s. 1) er ikke den eneste saken om Rammeavtalen om fastlønnssystem for losse- og lastearbeidere. Det har vært en rekke tvister om denne avtalen de siste fem årene. Saken her, *Fjord Line*, er det siste skudd på stammen. Den byr på et egenartet mysterium. Saken har flere og komplekse fasetter. For mysteriets del kan saksforholdet forenkles.

Fjord Line AS er et sjøtransportselskap. Det driver endel av sin virksomhet i Risavika havn i Sola kommune. Som organisasjonsmessig tariffavtale er Rammeavtalen inngått mellom NHO/NHO Logistikk (NHO-LT) og Transport og LO/Norsk Transportarbeiderforbund (NTF). Det er avgjort mellom disse partene at Rammeavtalen ikke gjelder for Risavika havn (se til dette ARD 2013.116).

I september 2008 gjorde Stavanger Havnearbeiderforening gjeldende overfor Fjord Line at havnearbeiderne ved Stavanger losse- og lastekontor hadde enerett til alt losse- og lastearbeid i Risavika havn. Det ledet til at det ble inngått en direkteavtale med Fjord Line om at Rammeavtalen ble gjort gjeldende, med enkelte tilleggsbestemmelser. Én av disse var en særskilt oppsigelsesklausul som ble tatt inn etter forslag fra Fjord Line. I mai 2013 ble det gjort enkelte endringer i denne avtalen gjennom en tilleggsavtale, etter forhandlinger direkte mellom Fjord Line og Stavanger Havnearbeiderforening (jfr. dommens avsnitt 71).

Fjord Line meldte seg inn i NHO/NHO-LT med virkning fra 1. desember 2009. I forbindelse med tariffrevisjonen i 2016 oppstod det uenighet mellom NHO/NHO-LT og LO/NTF blant annet om fortsatt anvendelse av Rammeavtalen for Stavanger havn, og om Fjord Line fortsatt var bundet av direkteavtalen. Det siste spørsmålet ble henvist til avgjørelse av Arbeidsretten (avsnitt 32–33).

Fjord Line hadde gitt oppsigelse av direkteavtalen ved brev 24. juni 2016 til Stavanger losse- og lastekontor. I e-post 27. juni ble det sendt kopi av oppsigelsesbrevet til losse- og lastekontoret og til Stavanger Havnearbeiderforening (avsnitt 27–28).

I saken for Arbeidsretten la LO, med NTF, ned påstand om at Fjord Line i Risavika var bundet av Rammeavtalen. Fordi påstanden var rettet mot selskapet, var Fjord Line part i saken ved siden av NHO. NHO fikk ikke medhold i at avtalen ikke skulle være bindende fordi den ikke var gjort gjeldende mellom NHO og LO etter reglene i arbeiderhovedavtalen § 3-7 flg. Den prosedyren som er foreskrevet i disse bestemmelsene, var ikke fulgt (avsnitt 55–62). NHO fikk heller ikke medhold i at Rammeavtalen på annet grunn-

lag skulle anses å være gjennomført som en organisasjonsmessig avtale overfor Fjord Line slik at det var NHO eller NHO-LT som hadde rådigheten i tariffforholdet (avsnitt 63–73).

Det springende punkt var da hvorvidt *direkteavtalen* var bragt til opphør (avsnitt 74). Arbeidsretten la til grunn at selv om Fjord Lines oppsigelse var adressert til Stavanger losse- og lastekontor, var det «ingen formelle mangler ved oppsigelsen som gjør den uten virkning», ettersom det var sendt kopi til Stavanger Havnearbeiderforening (avsnitt 75). Retten la videre til grunn at de materielle vilkårene for oppsigelse som fulgte av direkteavtalen fra 2008 og tilleggsavtalen fra 2013, var oppfylt. NHO og Fjord Line ble da frifunnet for LOs påstand om at selskapet var avtalebundet.

Her ligger mysteriet. Innledningsvis i dommen sies det at i avtalen fra 2008 var partsforholdet angitt som NTF og Stavanger Havnearbeiderforening på den ene siden og Fjord Line på den andre siden. Men avtalen ble bare undertegnet av foreningen og selskapet, og i tillegg av Stavanger losse- og lastekontor (avsnitt 13). Forhandlingene om tilleggsavtalen fra 2013 ble, som nevnt ovenfor, ført direkte mellom Fjord Line og Stavanger Havnearbeiderforening. Dommen gir ingen opplysninger om at NTF var involvert eller hadde undertegnet direkteavtalen. Og som Arbeidsretten lakonisk, og riktig, bemerket (til NHOs anførsel om egen partsstilling), er det ikke avgjørende om en overordnet organisasjon er kjent med et medlems direkteavtale (avsnitt 70). Status som tariffpart forutsetter at man har undertegnet avtalen, *som part* i avtalen. Når retten anså oppsigelse overfor Stavanger Havnearbeiderforening som formelt tilstrekkelig, gir det ytterligere grunn til å anta at NTF ikke var tariffpart. Det følger av arbeidstvistlovens § 5 (1) og (2) og alminnelige tariffrettslige normer at en oppsigelse ikke har rettsvirkning hvis den ikke er gitt til rett adressat, som ville vært NTF dersom NTF var tariffpart.

Det er her mysteriet ligger. Når det ikke er opplysninger i dommen som gir grunnlag for å bygge på at NTF var (overordnet) tariffpart, måtte det være Stavanger Havnearbeiderforening som var tariffparten – og rett adressat for oppsigelsen, slik Arbeidsretten synes å ha lagt til grunn i dommens avsnitt 75 (jfr. ovenfor her). Men da har retten gitt dom for at oppsigelsen var gyldig og bindende for Havnearbeiderforeningen *selv om* foreningen som tariffpart ikke var part i saken for Arbeidsretten. Det gir grunn til å spørre om Arbeidsretten har villet innføre en annen rettslig ordning enn det som har vært grunnleggende tariffrett i 100 år.

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, arbeidsavtaler og tariffavtalehenvisninger – Forente saker C-680/15 og C-681/15 Asklepios Kliniken, forslag til avgjørelse fra generaladvokat Bot 19. januar 2017, EU:C:2017:30

Saken gjelder virkningen av såkalte *dynamiske* henvisningsklausuler i arbeidsavtaler med overdrageren *etter* virksomhetsoverdragelse. Slike klausuler kan innebære at arbeidstageren i kraft av arbeidsavtalen har krav på vilkår etter den tariffavtalen det er henvist til, når tariffavtalen endres. Det kan også gjelde endringer etter at virksomheten er overdratt til en ny arbeidsgiver, uavhengig av om denne er medlem av den arbeidsgiverforeningen som er tariffpart eller ikke. I tysk rett er det etablert at dynamiske «Verweisungsklauseln» har denne virkningen. Spørsmålet for EU-domstolen er om virksomhetsoverdragelsesdirektivet, 2001/23/EF, er til hinder for en slik rettsvirkning.

Generaladvokat Bot besvarer dette spørsmålet med et ja. Første del av resonnementet er knyttet til direktivets artikkel 3 nr. 1 og 3, som finnes igjen i norsk rett i arbeidsmiljølovens § 16-2 første og annet ledd. Etter artikkel 3 nr. 1 skal rettigheter og forpliktelser i henhold til en arbeidsavtale, slik de gjelder på overdragelsestidspunktet, eller et arbeidsforhold som gjelder på datoen for overdragelsen, «overføres til erververen». Men denne bestemmelsen kan etter Bots syn ikke fortolkes isolert, den må sees i sammenheng med artikkel 3 nr. 3. Etter nr. 3 «skal erververen opprettholde de arbeidsvilkår som er fastsatt i en tariffavtale på samme vilkår som gjaldt for overdrageren i henhold til samme avtale, inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper, eller en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse». Dette, mener generaladvokaten, innebærer at det bare er de vilkår som fulgte av den tariffavtalen det er henvist til, på overdragelsestidspunktet. Artikkel 3 nr. 3 skal ha som funksjon å balansere («reconcile») de berørte arbeidstagerens og erververens interesser. En dynamisk henvisningsklausul *opphører* derfor å ha virkning ved overdragelsen. Dette arbeidsavtalevilkåret kan med andre ord *ikke* påberopes overfor erververen på grunnlag av artikkel 3 nr. 1 – eller en nasjonal regel som gjennomfører denne bestemmelsen.

Men det er et ytterligere ledd i generaladvokatens resonnement. Etter artikkel 8 er direktivet et «minimumsdirektiv». Statene kan gi regler som er mer fordelaktige for arbeidstagerne enn dem direktivet selv gir. Bot mener at det likevel ikke kan gjelde fullt ut for dynamiske henvisningsklausuler. De kan ikke ha effekt lenger enn den tariffavtalen det er henvist til, vil ha det. Det vil si «inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper, eller en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse», eventuelt inntil ett år hvis det gir en kortere varighet og staten har fastsatt en slik begrensning som direktivet åpner for i artikkel 3 nr. 3 annet ledd. Ut over dette innebærer direktivet med

andre ord også et *forbud* mot å gi dynamiske henvisningsklausuler virkning.

Løsningen er etter generaladvokatens syn uavhengig av om overdrageren og erververen er medlem av samme arbeidsgiverorganisasjon eller bundet av samme tariffavtale.

Generaladvokaten knytter for en del sine resonnementer til EU-domstolens tidligere avgjørelser i *Werhof* (EU:C:2006:168; omtalt i *Nytt i privatretten* 2006 nr. 2) og den enn mer kontroversielle *Alemo-Herron* (EU:C:2013:521; omtalt i *Nytt i privatretten* 2013 nr. 4). I motsetning til EU-domstolen i *Alemo-Herron* har Bot imidlertid ikke trukket inn Grunnrettscharterets artikkel 16 om næringsfriheten. Det anså han unødvendig ut fra den forståelsen av direktivets egne regler som han har lagt til grunn. Det er kanskje et signal, også til domstolen. Men hvor langt det rekker, gjenstår å se. Han gjentok heller ikke domstolens argument fra *Werhof* (avsnitt 32–35) om at erververens organisasjonsfrihet ville bli berørt ved å skulle bli forpliktet av en «fremtidig» tariffavtale den ikke er part i eller bundet av. Også det må anses som positivt; argumentet er feilslått når det er spørsmål om rettigheter og plikter etter en arbeidsavtale, og det er uansett problematisk fra et organisasjonsfrihetsspektiv. Forfølger man det argumentet, blir en regel som arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd om erververs tariffbundethet, om enn betinget, straks mer av et diskusjonstema.

Asklepjos-sakene byr i det hele på en rekke sentrale problemstillinger, mange er svært kontroversielle. Det er også mange som venter med spenning av ulike slag på hvordan EU-domstolen vil stille seg til det hele.

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, tjenestetid og oppsigelsesfrister – Sak C-336/15 Unionen, forslag til avgjørelse fra generaladvokat Tanchev 1. februar 2017, EU:C:2017:77

Spørsmålet i denne saken er om en erverver plikter å ta tjenestetid hos en overdrager i betraktning ved lengden av oppsigelsesfrister for arbeidstagere som har gått over til erververen ved en virksomhetsoverdragelse. Det knytter seg til artikkel 3 nr. 1 og 3 i virksomhetsoverdragelsesdirektivet, 2001/23/EF. Spørsmålet ble reist av den svenske Arbetsdomstolen i en sak der oppsigelsesfristens lengde etter en tariffavtale var betinget av *sammenhengende* ansettelsestid hos arbeidsgiveren. I de svenske gjennomføringsreglene er virkningen av tariffavtalte vilkår hos overdrageren begrenset til ett år etter overdragelsen. Spørsmålet var da om tjenestetid hos overdrageren måtte tas i betraktning ved oppsigelser mer enn ett år etter overdragelsen. Bestemmelsene om fristberegningen var identiske i de tariffavtalene overdrageren og erververen var bundet av. Generaladvokaten resonnerte ut fra tidligere rettspraksis om ulike, mer eller mindre beslektede, pro-

blemstillinger. Ut fra dette besvarte han spørsmålet, konsist og lite overraskende, med et ja. Det er all grunn til å tro at EU-domstolen vil komme til samme resultat.

Arbeidsmiljølovens § 16-2 har ingen regel om ett års begrensning av virkningen av tariffbaserte vilkår i arbeidsavtaler. Problemstillingen er derfor ikke den samme i norsk rett. Men resultatet blir det samme etter lovens § 15-3 sjette ledd annet punktum, der det heter: «Har virksomheten eller del av den blitt overdratt eller leiet ut til ny arbeidsgiver, skal også medregnes den tid arbeidstakeren har vært ansatt hos den tidligere arbeidsgiver eller i virksomhet innenfor konsern eller gruppe av virksomheter som den tidligere arbeidsgiver tilhørte.»

Stein Evju

ERSTATNINGSRETT

Høyesterettsdom av 16. desember 2016 om laste- og losseunntaket i bilansvarsloven – HR-2016-2560

Den 16. desember 2016 avsa Høyesterett en dom som føyer seg inn i en rekke avgjørelser om bilansvarets omfang de senere årene, jf. bl.a. HR-2016-1464 (selvdrap), Rt. 2015 s. 1017 (bakluke) og Rt. 2012 s. 233 (tankbil). Denne gangen var spørsmålet om forsikrings-selskapets ansvar etter bilansvarslovens § 4 – om skade som motorvogn «gjer» – omfatter skade som følger av fall fra en konteiner, som stod på lasteplanet til en kranbil. Nærmere bestemt om skaden falt utenfor bilansvarslovens anvendelsesområde fordi skaden oppstod i tilknytning til lasting, og derfor falt inn under det såkalte «laste- og losse»-unntaket i forarbeidene til loven.

Førstvoterende tar utgangspunkt i Høyesteretts tilnærming til årsakskravet slik det er forstått i tankbildommen, Rt. 2012 s. 233, hvor det legges til grunn at «gjer»-kriteriet innebærer et alminnelig årsakskrav (det vil si betingelseslæren med de modifikasjoner som følger av uvesentlighetslæren), samtidig som den konkrete årsaksvurderingen skal ligge innenfor rammene som følger av forarbeidenes presiseringer og eksempler. En rød tråd i Høyesteretts praksis er at vurderingen av bilansvarets rekkevidde knyttes tett opp til bilansvarslovens forarbeider og de eksempler som der fremkommer. Også i vår sak står forarbeidenes «veiledende synspunkt» sentralt i vurderingen (a.24): Førstvoterende viser til at i forarbeidene er «lovgrunnen for motorvognansvaret eksemplifisert ved 'særlig den risiko som er knytt til motorvognens fart, tyngde, lettbevegelighet, motor, signaler og teknisk utstyr for øvrig'» (a. 24). Mot denne bakgrunn fremhever hun at «skader oppstått i tilknytning til disse risikofaktorene for å ligge i bilansvarslovens kjerneområde». I vår sak er vi er med andre ord utenfor ansvarets kjerneområde. Videre viser hun at ansvaret likefullt ikke er begrenset til «slike typiske trafikkskader» (a. 25), og hvordan klemskader og skader oppstått i forbindelse

med av- og påstigning, er typetilfeller som Høyesterett «med utgangspunkt i komiteinnstillingens anvisninger for de ulike typetilfellene» har lagt til grunn at er omfattet av bilansvaret, senest i Rt. 2015 s. 1017 (bakluke) og Rt. 2012 s. 233 (tankbil).

Mot dette bakteppet, viser førstvoterende at motorvognkomiteens anvisning hva gjelder lasting og lossing, er en annen: Her er utgangspunktet motsatt, nemlig at «skade oppstått som følge av lasting av eller lossing fra en stillestående lastebil som hovedregel faller utenfor bilansvaret». Med unntak for skader «som skyldes motorvognens egne innretninger eller dens plassering i trafikken». Det er nettopp unntaket fra hovedregelen om lasting og lossing som kom til anvendelse i Acrylball-dommen, Rt. 1980 s. 1061, hvor det avgjørende var «egenskaper ved trucken ... dvs. egenskaper som er en del av det farekompleks som er grunnlaget for motorvognansvaret, jfr. Innstilling fra Motorvognansvarkomiteen av 1951 side 58» (på side 1066). Derimot kom unntaket ikke til anvendelse i Rt. 1986 s. 1293 (lastelem), hvor en sjåfør ble påført en skade under opplasting av en lem på bilens lasteplan, og hvor Høyesteretts begrunnelse knyttes tett opp mot forarbeidenes anvisninger. Førstvoterende fremhever at lastelem-dommen er den dommen som ligger nærmest opp til saksforholdet i vår sak: unntaket knyttet til skader som skyldes motorvognens egne innretninger eller dens plassering i trafikken, kommer ikke til anvendelse; skaden skjedde «i tilknytning til at kontaineren ble lastet opp på kranbilen for videre transport». Skadelidte hadde i denne saken anført at det måtte tas en mer helhetlig tilnærming, hvor det blant annet ses hen til «at uhellet skjedde da kranbilen ble klargjort for transport, og til at behovet for å bestige konteinertaket hadde sammenheng med kranbilens egenskaper». Førstvoterende er tydelig på at hun ikke er enig i denne tilnærmingen:

«Den omstendighet at håndtering av last – i dette tilfellet kontaineren – foretas i tilknytning til en motorvogntransport, innebærer ikke at skaden av den grunn skjer ved en naturlig realisering av det farekompleks som er lovgrunnen for motorvognansvaret. Som allerede nevnt, var det egenskapene ved kontaineren som utløste fallet, og som dessuten var av avgjørende betydning for det videre skadeforløpet. Det kan da vanskelig sies at kranbilen var så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den» (a. 37).

Utfallet av dommen er ikke overraskende, all den tid Høyesterett tydelig føler seg bundet av forarbeidenes eksempler. I rettsteorien er det likefullt uttrykt skepsis til denne måten å bruke forarbeidenes eksempler på, fordi grensedragningene lett fremstår som subtile når en skal vurdere hva som er likt og ulikt, og skadetilfellene ligner hverandre (Hagstrøm/Stenvik side 282). Det kan være vanskelig å få tak i hva som er den gode begrunnelsen for at fall fra stige på tankbil (Rt. 2012 s. 233) og fall fra konteiner på konteiner-

bil skal vurderes ulikt. I denne sammenhengen kan det være grunn til å minne om at Høyesterett for et par år siden fikk forelagt seg spørsmålet om klemskade i en bildør falt innenfor eller utenfor bilansvarets «gjer»-kriterium, alt etter som hvilken av bilens dører som hadde forårsaket skaden (jfr. Rt. 2015 s. 1017). Lovens ordlyd åpner ikke for å skille mellom ulike fallmåter eller ulike dørtyper, og det er med en viss undring undertegnede følger de senere års kasuistiske øvelser i hva som er like og ulike skadetilfeller. Eksempelene som Høyesterett bygger sine grensedragninger på, er hentet fra Motorvognkomiteens innstilling. Ekspertkomiteen ble oppnevnt i 1951. Vi nærmer oss normal pensjonsalder, og når bruk av forarbeidenes eksempler resulterer i en tilfeldig og ubegrunnet forskjellsbehandling av lignende skadetilfeller, kan det være på tide også å pensjonere eksempelbruken som supplerende normering.

Birgitte Hagland

Høyesterettsdom av 18. november 2016. Revisors erstatningsansvar for villedende informasjon. Glåma Bygg/Informasjonsansvarsdom IV (HR-2016-2344-A)

Høyesterett avsa den 18. november 2016 dom i en sak om revisors erstatningsansvar etter revisorloven § 8-1. Dommen føyer seg inn i en rekke avgjørelser om såkalt informasjonsansvar: Rt. 2008 s. 1078 (Takstmann/Informasjonsansvarsdom I), Rt. 2015 s. 556 (Informasjonsansvarsdom II) og HR-2016-2264-A, 3.11.2016 (Terra Molde/Informasjonsansvarsdom III, som omtales av Trygve Bergsåker et annet sted i dette heftet av *Nytt i privatretten*).

Den konkrete saken dreide seg om en sparebank (Grue Sparebank) som hadde investert i et entreprenørselskap, Glåma Bygg. Banken hadde i 2011 tegnet aksjer til overkurs, i den hensikt å redde selskapet fra konkurs. I denne forbindelse hadde selskapets revisor oversendt et brev i tilknytning til et foreløpig regnskapsutkast. Brevet, som stod sentralt i Høyesteretts vurdering, lød:

«Vi viser til foreløpig regnskapsutkast for 2010. Regnskapet viser et underskudd på kr 6.203.021. I regnskapet er hensyntatt konsernbidrag fra morselskapet på kr 2.700.000. Videre er det foretatt en nedvurdering av i hovedsak damprosjektet samt en tilleggsavsetning på tap på fordringer på samlet kr 3.000.000.

Det gjenstår endelig avstemming av leverandører fra selskapets side. Det er ikke foretatt en endelig skatteberegning. Det gjenstår også arbeide knyttet opp mot endelig vurdering av varer i arbeide. Etter en gjennomgang med selskapets ledelse i går forventes det at det ikke ligger noen store overraskelser ved endelig gjennomgang av regnskapsdokumentasjonen for 2010 og bilag i 2011 som kan påvirke 2010-regnskapet.

Vi forventer at vår revisjon vil være gjennomført i uke 27, forutsatt at selskapet da har avsluttet sitt avstemmingsarbeide.»

I tillegg til brevet fikk sparebanken seg forelagt et foreløpig resultatregnskap for 2010. Bankens investering ble foretatt i juni 2011, mens regnskapet ble vedtatt på generalforsamling i juli. Revisjonsberetningen ga uttrykk for at årsregnskapet ga et rettviseende bilde av selskapets finansielle stilling per 31. desember 2010, og at regnskapet var i samsvar med lovens regler og god regnskapsskikk.

Utviklingen i selskapet var negativ, og det ble begjært oppbud i 18. mars 2013. I mellomtiden hadde Grue Sparebank gått inn med ytterligere midler. Banken tapte hele sin investering. Revisor hadde også for 2011-regnskapet avgitt ren revisjonsberetning, mens regnskapet for 2012 ble gjennomgått, mens det aldri ble avgitt beretning. 2012-regnskapet ble gjort opp med et underskudd på ca. 54 mill. NOK, mens underskuddet i 2010 og 2011 lå på ca. 5 mill.

Spørsmålet for Høyesterett var om revisor hadde handlet uaktsomt ved oversendelsen av brevet fra 2011. Saken gjelder dermed ikke ansvar for uaktsomhet i forbindelse med årsregnskapsrevisjon, men informasjonsansvar for innholdet i brevet av 2011. (Bankens investering var foretatt forut for revisjonen, slik at det uansett ikke var årsakssammenheng mellom revisjonen og investeringen, jf. dommen prem. 48).

Høyesterett tar utgangspunkt i revisorl. § 8-1 og at denne ikke bare gjelder ansvar i forbindelse med revisjon, men også «andre handlinger som revisor utfører i egenskap av revisor» (prem. 39). Videre formuleres spørsmålet som «om det foreligger et såkalt informasjonsansvar overfor tredjepart.» Under henvisning til Rt. 2008 s. 1078 og Rt. 2015 s. 556 oppstilles det tre vilkår:

At informasjonen er villedende og at dette skyldes uaktsomhet hos den som har avgitt informasjonen i en profesjonell sammenheng

Skadelidte må ha hatt en rimelig og berettiget grunn til å stole på og innrette seg etter informasjonen

Informasjonen må ha vært ment for skadelidte eller en begrenset gruppe som skadelidte tilhørte.

I sin tur er vilkårene inspirert av amerikansk rett, slik denne ut fra Amund Bjørangers doktoravhandling om «Direktekrav» (Bergen 2007), og nærmere bestemt Tørrums oppsummering av rettstilstanden ved «negligent misrepresentation», slik den er sammenfattet i Restatement (Second) of Torts § 552 (1) og (2). (Se Hjelmeng/Thorsons kommentar til dommen i NiP 1/2009 s. 17–18).

Under henvisning til HR-2016-2264-A Terra Molde viste Høyesterett til at vilkårene måtte ses i sammenheng, og ga sin tilslutning til uttalelsen i Hagstrøm/

Stenvik: Erstatningsrett, Oslo 2015, s. 60, der det heter at

«Som en generalisering kan det sies at avgiver kan hefte for opplysninger som han burde forstå at skadelidte legger særlig vekt på, dersom utsagnet de framgår av, både når det gjelder innhold, utforming og fremsettelse, er slik at skadelidte hadde berettiget grunn til å bygge på det og disponere i tillit til det.»

I saken var det ikke omstridt at det siste vilkåret; at informasjonen måtte være ment for banken, var oppfylt. (Dette vilkåret kom på spissen i Terra Molde-saken, der Høyesterett i tråd med Takstmann-dommen legger til grunn at det må foreligge et «særlig forhold» mellom avgiver og mottaker, jf. kravet om «special relationship» i Common Law etter Caparo v. Dickman [1990] All E R 568).

Spørsmålet knyttet seg derfor til villedning/uaktsomhet (vilkår 1) og bankens forventninger (vilkår 2). Dette kan sies å være uttrykk for 1) En interessevern-vurdering og spørsmålet om interessen er krenket på en adekvat måte, og 2) et spørsmål om subjektiv skyld. (Jf. Hjelmeng: Revisors erstatningsansvar – en analyse av ansvarsnormen, Bergen 2006, som benytter inndelingen culpanormens «rettighetsside» vs. «pliktside»).

I saken var det på det rene at posten «varer i arbeid» – som omfattet restfordringer på avsluttede eller nesten avsluttede prosjekter – var betydelig overvurdert. Høyesterett gikk her inn på en tolkning av brevet som er sitert ovenfor, og kom til at dette kunne forstås slik at det meste av arbeidet var utført, og at forventningen om at «det ikke ligger noen store overraskelser ved gjennomgang av regnskapsdokumentasjonen» også kunne forstås slik at det gjaldt «varer i arbeid». På denne bakgrunn ble brevet ansett som villedende.

På spørsmålet om revisor hadde handlet uaktsomt ble det tatt utgangspunkt i Rt. 2003 s. 696 Ivaran og formuleringen om at det «gjelder et strengt profesjonsansvar, men at det likevel er rom for en viss kritikkverdigg atferd før det blir tale om erstatningsbetingende uaktsomhet». Høyesterett presiserte videre at selv om det ikke var tale om en formell revisjonsberetning, var brevet utformet i tilknytning til revisors kjerneoppgaver, «der det er grunn til å forvente en høy grad av nøyaktighet og forsiktighet i formuleringene.» Ut fra denne terskelen konstaterte Høyesterett uaktsomhet.

Endelig ble interessevernet vurdert. Her uttales det at

«Også her må etter mitt syn rolleforventningen til en revisor ha betydning: Revisor er som nevnt allmennhetens tillitsperson, og brevet 21. juni 2011 omtalte forhold som ligger innenfor kjerneområdet for revisors arbeid. Da er det etter mitt syn lite rimelig å forvente at banken ikke skulle kunne legge vekt på det.» (Prem. 64).

På denne bakgrunn ble revisor ansett erstatningsansvarlig. Erstatningen ble satt ned med ca. 40 % grunnet bankens medvirkning gjennom egen skyld.

For spørsmålet om revisors erstatningsansvar inneholder avgjørelsen begrenset nytt, men gir en god illustrasjon på de kravene som oppstilles. Dommen representerer imidlertid en viktig avklaring både av innhold og status for det såkalte «informasjonsansvaret».

De tre vilkårene Høyesterett anvender er som påpekt inspirert av amerikansk rett, og det kan reises spørsmål om de kan anses som uttømmende. Dette spørsmålet adresseres særskilt i dommen:

«Det har vært reist spørsmål om disse tre vilkårene er uttømmende, eller om det i tillegg må foretas en konkret helhetsvurdering av om informasjonsansvar bør ilegges. Det er her grunn til å minne om at informasjonsansvaret er et utslag av det alminnelige skyldansvaret. Dermed skal man være varsom med å oppfatte de tre vilkårene som uttømmende i enhver situasjon. Men slik denne saken ligger an, kan jeg ikke se at det er rom for ytterligere konkrete vurderinger.» (Prem. 68).

Uttalelsen inneholder to viktige avklaringer: For det første slås det fast at informasjonsansvaret representerer en konkret anvendelse av den alminnelige culpanorm. For det andre, og nettopp med henvisning til culpanormen, utelukkes det ikke at ansvarsspørsmålet i konkrete saker også vil kunne bero på andre momenter. I den konkrete saken ble det også vist til at bankens egen skyld kom inn som et spørsmål om skadelidtes medvirkning.

På generelt grunnlag synes likevel de vilkårene som er oppstilt å dekke de ulike elementene i culpaansvaret, både rettighetsspørsmålet (interessevern gjennom berettigede forventninger), og subjektiv skyld gjennom uaktsomhet. Gitt medvirkningsbestemmelsen, er det begrenset grunn til å supplere dette med en avsluttende helhetsvurdering à la den som finnes innenfor det ulovfestede objektive ansvaret. Derimot er det på det rene at for eksempel vurderingen av om det foreligger et «særlig forhold» mellom avgiver og mottaker, typisk vil måtte suppleres av momenter knyttet til vilkåret om «konkret og nærliggende interesse» i norsk rett. På dette punkt glir vurderingen imidlertid fort over i adekvansvilkåret.

Enkelte har tatt til orde for at Høyesterett med disse fire dommene har etablert et «nytt ansvarsgrunnlag»: informasjonsansvar, i norsk rett. (Se Per M. Ristvedt: «Banebrytende erstatningssaker», kronikk i DN 29.12.16 s. 26). Så langt er det neppe grunn til å gå; det er tale om en spesiell anvendelse av culpanormen. Derimot er det ikke grunn til å betvile at vilkårene for å anvende denne normen på skader påført gjennom villedende informasjon nå trer relativt klart frem i norsk rett, og at de er på linje med utviklingen innenfor erstatningsansvar for rene formuesskader for øvrig. Ikke minst gjelder dette det viktige interessevernkriteriet.

Erling Hjelmeng

FAST EIENDOM

Høyesterettsdom av 21. oktober 2016. Kan private saksøke staten for folkerettsbrot?

Er «tvillaust»-vilkåret for regulering av festeavgift i strid med EMK? (HR-2016-2195-S)

Fleirtalet i denne storkammersaka avviste skadebotsøksmål mot staten fordi søksmålet reelt galdt overprøving av ei rettskraftig avgjerd (domstollova § 200). Mindretallet ville tillata søksmålet fordi det galdt ansvar for lovgjevarfeil. Mindretallet tok øg standpunkt til realiteten og kom til at vilkåret om tvillaust avtalegrunnlag for regulering av festeavgifta var i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjonen tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (EMK P 1-1) om vern for økonomiske posisjonar.

Bakgrunnen for saka var ei føresegn som kom inn i tomtefestelova frå 1996 (og som no er godt bortgøymd i II nr. 5 bokstav b i endringslov 63/2015 til tomtefestelova): Grunneigaren kan berre krevje regulering av festeavgifta ut over endringa i pengeverdien dersom dette «tvilløst er avtalt». I Rt. 2006 s. 1547 kom eit fleirtal på tre dommarar til at ein avtale om at «partene har rett til å krevje avgiften regulert hvert 10. år», ikkje tvillaust gav rett til regulering ut frå endring i tomteverdien. Grunneigaren måtte nøye seg med indeksregulering.

I 2012 kom Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) til at ei føresegn om rett for festaren til lenging av festeavtale på uendra vilkår var i strid med EMK P 1-1 (Lindheim-saka). Grunneigaren i saka i Rt. 2006 s. 1547 saksøkte deretter staten og kravde skadebot for tapt festeavgift ut frå det synet at også vilkåret om «tvillaust» avtale er i strid med EMK P 1-1. Den eine tapsposten i søksmålet knytte seg til festeforholdet frå 2006-avgjerda, og det var den delen av saka som vart skild ut og vist til storkammer.

Fleirtalet i storkammersaka (åtte dommarar) kom altså til at søksmålet mot staten måtte avvisast for denne tapsposten. Resonnementet var at søksmålet reelt tok sikte på ei overprøving av dommen i Rt. 2006 s. 1547, og dermed var i strid med domstollova § 200 tredje ledd. Saksøklar gjorde rett nok gjeldande at søksmålet var retta mot staten som lovgjevar og ikkje var eit åtak på dommen, men fleirtalet meinte at eit slikt skilje mellom lovgjevar og domstol gav lite mening (avsnitt 49).

Mindretallet i storkammersaka (tre dommarar) ville fremje saka ut frå saksøkjars pretensjon om at ansvaret bygde på ein lovgjevarfeil og ikkje på feil i dommen. Mindretallet tok øg standpunkt til realiteten og kom til at «tvillaust»-vilkåret er i strid med EMK P 1-1. Fleirtalet kommenterte ikkje realitetsspørsmålet.

Avgjerda reiser fleire kompliserte spørsmål, og her skal berre dei viktigaste skisserast kort.

Spørsmålet om skadebotsansvar for staten overfor private for brot på menneskerettane har ikkje vore så mykje drøfta, men i Rt. 2013 s. 588 vart det iallfall fastslege ansvarsgrunnlag for manglande handheving av det menneskerettslege vernet for ei kvinne som

gjennom lang tid vart forfølgd og alvorleg krenkt av ein mann. EMK art. 13 om *effective remedy* og art. 41 om *just satisfaction* har òg interesse. At vi for dette ansvaret skal skilje mellom feil frå staten som lovgjevar og feil frå statens domstolar, er det vanskeleg å finne haldepunkt for.

Fleirtalet i storkammersaka er inne på det same når dei – reelt – seier at brot på inkorporerte konvensjonar strengt teke berre kan skje i domstolane: Domstolane skal leggje lova til grunn så langt ho ikkje strir mot konvensjonane som er gjennomførte med menneskerettslova (avsnitt 49).

Litt indirekte går det fram at domstolane *kan* koma til å gripe feil. Retten skal «av eget tiltak anvende rettsregler», innanfor ramma av påstandar og påstandsgrunnlag (avsnitt 49). I 2006 kunne Høgsterett ha vurdert tilhøvet til EMK P 1-1. Fleirtalet føyer varsamt til «fortrinnsvis på bakgrunn av en anførsel fra [grunneigaren]» (avsnitt 52). Men helst må vi seie at retten skal byggje på relevante tolkingsfaktorar – her i tolkinga av «tvillaust» – utan at parten har framheva faktorane; det kan bli ei vanskeleg øving å sortere ut kva tolkingsfaktorar partane eventuelt skulle ha råderett over.

Konvensjonsbrot frå domstolen kan – etter fleirtalets syn – gjerast gjeldande berre ved klage til eit konvensjonsorgan, her EMD, bortsett sjølvstøtt frå gjennom ordinære rettsmiddel og gjenopning (avsnitt 53).

Ansvar overfor private for brot på folkerett som ikkje er inkorporert, har Høgsterett vore meir reservert til. I HR-2016-296-A (Fellesforbundet for sjøfolk) heiter det mellom anna: «Det vil være opp til lovgiver å bestemme hvilke konvensjoner som skal inkorporeres i norsk rett og hvordan dette skal gjøres, og en erstatningsplikt for staten kan bidra til å undergrave dette prinsippet» (avsnitt 45). Om grunnlova § 92 kan føre til eit anna resultat for ikkje inkorporerte menneskerettskonvensjonar, vart halde ope (avsnitt 49). Førstvoterande peiker dessutan på eit unntak for ansvar etter EØS-avtalen (avsnitt 46–48), noko som er velkjend frå Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II).

Her bør vi nemne at ansvaret etter EØS-avtalen – i den grad det svarar til ansvaret for medlemsstatane etter EU-retten – klårt nok omfattar feil frå domstolane, til dømes at ein domstol ikkje har handheva visse forbrukarreglar av eige tiltak (C-168/15 *Tomášová*). Skulle spørsmålet dukke opp hos oss, ville domstolova § 200 tredje ledd kanskje by på vanskar. Skulle parten vera vist til å lite på at ESA fremjar skadebotkravet for EFTA-domstolen?

Mindretalet i storkammersaka drøfta som nemnt også det materielle spørsmålet om tilhøvet mellom «tvillaust»-regelen og EMK P 1-1. Etter ei grundig gjennomgåing kom mindretalet til at føreseigna – slik ho vart tolka i Rt. 2006 s. 1547 – førte til at grunneigaren var utsett for ei krenking av EMK P 1-1.

Desse 44 avsnitt av dommen blir ståande som eit reint *obiter dictum*. Vi veit at mange – mellom dei

iallfall nokre høgsterettsdommarar – vil leggje stor vekt på *obiter dicta* frå Høgsterett som rettskjelde. I denne saka kjem synspunkta rett nok frå eit mindretal, men ingen i fleirtalet reserverer seg. Og mindretalet er talrikt nok til at det ville ha vore fleirtal i ei avdelingssak. Spørsmålet om strid med EMK P 1-1 var prosedert i saka, så vi talar ikkje om reine sidermerknader. Rettskjeldespørsmåla får vi fundere vidare på. Grunneigaren har sikkert notert seg drøftinga med interesse i alle fall for resten av søksmålet.

Kåre Lilleholt

Høyesterettsdom av 5. januar 2017. Spørsmål om erverv av eiendom gjennom fisjonsreglene må tinglyses for å få rettsvern iht. tinglysningsloven § 23 og om erverver som bevisst unnlater å tinglyse erverv kan få rettsvern gjennom regler om rettsvernshevd (HR-2017-33-A)

Da Sønnichsen AS gikk konkurs i november 2012, var selskapet hjemmelshaver til fem eiendommer som til sammen utgjør en stor industrieiendom. Disse fem eiendommene ble vitterlig overdratt til Forusstranda Næringspark AS (Forusstranda) i 2003, men for å spare dokumentavgift ble ikke ervervet tinglyst og grunnbokshjemlene ble værende hos Sønnichsen AS. Konkursboet fikk ved dom 5. januar 2017 medhold i at eiendommene inngikk i boet som følge av Forusstrandas manglende rettsvern, jf. tinglysningsloven § 23. Forusstranda hadde fremsatt tre innsigelser, som alle var relatert til det faktum at eiendommene tidligere var overført mellom selskaper i Sønnichsen-konsernet, ved ulike transaksjoner.

Forusstranda anførte for det første at overføringen av eiendommene ved to fisjoner til nystiftede selskaper, i 1988 og 2003, ikke innebar at det ble stiftet en rett «ved avtale» jf. tinglysningsloven § 23. Dette ble anført å innebære at Forusstrandas rettsforgjenger hadde rettsvern uten tinglysning, slik at også Forusstrandas erverv sto seg i konkursen. Høyesterett slo fast at begrepet «avtale» ikke er definert verken i tinglysningsloven eller i andre lover, men at det vanligvis forstås som en gjensidig disposisjon som binder to parter (avsnitt 36). Det ble deretter foretatt en presiserende tolkning av «avtale» hvor det ble lagt vekt på at både sjøloven § 25 første ledd og luftfartsloven § 3-31 benytter begrepet «frivillig stiftet rett» i stedet for avtale. I Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey) legges det til grunn at disse begrepene må forstås på samme måte. En tolkning av avtalebegrepet som innebærer at det omfatter alle frivillige rettsstiftelser ble ansett å være i samsvar med bestemmelsens formål, nemlig å hindre kreditorsvik. Det ble også fremhevet at hensynet til notoritet ikke var fullgodt ivarettatt gjennom de aksjerettslige og regnskapsrettslige reglene som gjelder for fisjoner. Avtalebegrepet i tinglysningsloven § 23 ble dermed ansett å omfatte erverv ved fisjon. Avgjørelsen fremstår som godt begrunnet, både obligasjonsrettslig, selskapsrettslig og konkursrettslig, og det er vanskelig å se at en fisjon ikke kan anses avtalebasert.

Fisjon til eksisterende selskap er utvilsomt basert på en avtale mellom overdragende og overtagende selskap. Ved fisjon til et nystiftet selskap er det på det rene at det overdragende selskap ensidig utarbeider og undertegner fisjonsplanen jf. aksjeloven § 14-4 første ledd. Det overtagende selskap stiftes imidlertid i det fisjonen trer i kraft jf. aksjeloven § 14-8 og § 13-16 første ledd, og fisjonsavtalen har etter dette to parter. En tolkning av avtalebegrepet i tinglysningsloven § 23 som omfatter fisjon, gir således god sammenheng mellom rettsreglene og ivaretar grunnleggende kreditorhensyn. At fisjon i noen sammenhenger innebærer kontinuitet, kan ikke rokke ved disse obligasjonsrettslige utgangspunktene.

For tre av eiendommene ble det subsidiært anført at Boet ikke kunne påberope seg grunnbokshjemlene fordi Sønnichsen AS aldri hadde vært eier av eiendommene. Grunnbokshjemlene ble overført til Sønnichsen ved en fusjon med et annet selskap i konsernet, Sønreal AS i 2003, hvor Sønnichsen var overtagende selskap. Selve eiendommene var fisjonert ut fra Sønreal allerede i 1988, og ble således ikke overført til Sønnichsen ved fusjonen. Forusstranda anførte at Boet ikke kunne bygge rett på at Sønnichsen hadde overtatt en «tom» grunnbokshjemmel fra et annet selskap ved fusjon. Dette ble avvist av Høyesterett, som slo fast at det «fusjonerte selskapet trer fullt ut inn i det overdragende selskaps rettsstilling», jf. aksjeloven § 13-2 (avsnitt 47). Det sentrale poeng i relasjon til denne anførselen, er altså at Høyesterett fant at den kreditorposisjonen som følger en grunnbokshjemmel inngår i den universalsuksesjonen som skjer ved en fusjon.

Det ble atter subsidiært anført at Forusstranda hadde fått rettsvern til de tre eiendommene som ble fisjonert ut i 1988, gjennom regler om selvstendig rettsvernshevd. En hevdet eiendomsrett får rettsvern uten tinglysning jf. tinglysningsloven § 23, da dette ikke er rett stiftet ved avtale. Høyesterett viste til at selvstendig rettsvernshevd, er en betegnelse som benyttes hvis man har en gyldig stiftet rett, men kun hevder rettsvernet, ved å ha hatt eiendommen som sin i full hevdstid (avsnitt 56). Det ble videre uttalt at selvstendig rettsvernshevd er akseptert i juridisk teori «i nokså stor utstrekning», men at denne saken ikke ga foranledning til å ta stilling til selvstendig rettsvernshevd på generelt grunnlag. Det begrunnes med at erververen her bevisst unnlot å tinglyse sitt erverv for å unngå dokumentavgift og at det ville være i strid med ordlyden i tinglysningsloven § 23 om erverver likevel skulle få rettsvern i konkurs. Det ble videre vist til at begrunnelsen for rettsvernshevd ikke slår til i slike tilfeller, noe som gjorde det betenkelig åpne for «skår» i grunnbokens troverdighet. Forusstranda hadde således ikke rettsvern for sitt erverv på grunnlag av selvstendig rettsvernshevd. Høyesteretts argumentasjon innebærer at det fortsatt er åpne spørsmål knyttet til eksistensen av, og eventuelt vilkårene i, en lære om selvstendig rettsvernshevd.

Margrete Buskerud Christoffersen

FORSIKRINGSRETT

Høyesterettsdom av 20. desember 2016.

Beviskrav ved selvmord (HR-2016-2579-A)

1. C omkom 19. juli 2013 etter å ha falt ut av et vindu i fjerde etasje hos arbeidsgiveren. Han etterlot seg samboer og deres felles barn, født i 2013. C var medlem av en kollektiv ulykkesforsikring, som ga samboer og barn krav på erstatning ved dødsfall som følge av en ulykke. Forsikringen dekket ikke «selvmord eller forsøk på selvmord», med mindre dette var en følge av akutt sinnssforvirring. Selskapet avslo krav på forsikringsdekning, fordi det mente at C hadde begått selvmord ved å hoppe fra vinduet.

2. Tingretten frifant selskapet, fordi den fant at det var sannsynlighetsovervekt for selvmord. Lagmannsretten kom til et annet resultat. Den mente at det gjaldt et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for å konstatere selvmord, og at det ikke var tilstrekkelige holdepunkter for at dødsfallet skyldtes selvmord i dette tilfellet. Høyesterett var enstemmig enig med tingretten i at det ikke kunne oppstilles et skjerpet beviskrav ved påstått selvmord.

3. Førstvoterende konstaterte innledningsvis at hverken den relevante lovbestemmelsen, fal. § 13-8 første ledd første punktum, eller de tilhørende forarbeidene ga holdepunkter for at det skulle oppstilles et særskilt beviskrav. I forarbeidene (NOU 1983: 56) var det henvist til Rt. 1969 s. 980 som et eksempel på problemstillingen, men beviskravet var ikke drøftet i dommen og førstvoterende så den derfor ikke som avgjørende for spørsmålet i saken.

4. Saken måtte derfor etter førstvoterendes mening løses «med utgangspunkt i de alminnelige domstolskapede beviskravsreglene». I sivile saker ville det innebære at «domstolene skal bygge på det faktum som anses mest sannsynlig». Utgangspunktet kan imidlertid fravikes, og førstvoterende påpekte at partene i saken hadde konsentrert seg om dommer som oppstiller et kvalifisert beviskrav ved særlig belastende faktum.

5. De første dommene førstvoterende trakk frem, Rt. 1985 s. 211, Rt. 1987 s. 657 og Rt. 1990 s. 1082, gjaldt skadeforsikring hvor forsikringstilfellet var fremkalt forsettlig. Ved avgjørelsen av om det forelå forsettlig ildspåsettelse, ble det i alle sakene oppstilt et skjerpet beviskrav. Det var snakk om saker der den forsettlige frembringelsen innebar «en straffbar og sterkt klanderverdig handling».

6. Førstvoterende gikk deretter over til å se på andre typer saker, nemlig hvor et krav om erstatning og/eller oppreisning ble begrunnet med at det var begått en straffbar handling. Også her var det normalt oppstilt et skjerpet beviskrav, som i Rt. 1996 s. 864, som gjaldt

krav om oppreisning etter frifinnelse for voldtekt og seksuell omgang med barn under 14 år. Under henvisning til Rt. 2005 s. 1322 ble det likevel påpekt at det ikke generelt kunne oppstilles et skjerpet beviskrav når ansvarsgrunnlaget måtte begrunnes i en straffbar handling; det måtte gjelde «alvorlige forhold som seksuelle overgrep, voldtekt og drap». Ved belastende forhold av mindre alvorlig art kunne kryssende hensyn lede til at det ordinære kravet om sannsynlighetsovervekt ikke ble fraveket, som hensynet til bevissikring og hensynet til skadelidte. I Rt. 1991 s. 520, som gjaldt ulykkesforsikring, fant Høyesterett således etter en alminnelig sannsynlighetsovervekt at drukningsulykken skyldtes selvforskyldt beruselse og frifant selskapet.

7. Tvistemålsutvalget oppsummerte rettspraksis i NOU 2001: 32A «Rett på sak» s. 459, og uttalte at krav om kvalifisert sannsynlighet var oppstilt der «resultat i en retning har særlig belastende konsekvenser for parten» eller der «hensynet til bevissikring» tilsa det.

8. Finansklagenemnda hadde behandlet en del saker om selvmord. Selv om ingen av avgjørelsene formulerte et skjerpet beviskrav, viste vurderingene i de enkelte sakene at nemnda hadde en tendens til å anvende «et relativt strengt beviskrav i selvmordstilfellene». Førstvoterende understreket imidlertid at dette hadde «begrenset rettskildemessig betydning».

9. Når det gjaldt utenlandsk rett, konstaterte førstvoterende at kravene til bevis varierte fra land til land. Utenlandske kilder hadde likevel mindre interesse, siden spørsmålet i saken var «å tolke og anvende de norske beviskravsreglene, som er blitt til ved samspill mellom norsk rettspraksis og norsk juridisk teori». Førstvoterende fant det derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på disse kildene.

10. Ved sin samlede oppsummering av rettskildene, fastslo førstvoterende at det «normalt oppstilles et kvalifisert beviskrav der det faktum det er snakk om å bygge på, er kvalifisert klanderverdig, belastende eller infamerende for den ene part.» Samtidig kunne «kryssende hensyn medføre at det ordinære kravet om sannsynlighetsovervekt fastholdes, selv om faktum er belastende».

11. Den foreliggende saken skilte seg fra den gjennomgåtte rettspraksis ved at det var de etterlatte som var part i saken og ikke den som eventuelt hadde frembrakt forsikringstilfellet. Selv om selvmord blir sett på som en stor personlig tragedie, mente førstvoterende at det ikke lenger var forbundet med tidligere tiders stigmatisering og fordømmelse. Hensynet til avdøde tilsa derfor ikke å oppstille et skjerpet beviskrav.

12. Når det gjaldt hensynet til de etterlatte, var førstvoterende enig i at det kan være svært belastende å være etterlatt etter et selvmord, og at de etterlatte kan

være plaget av skyldfølelse og/eller følelse av utilstrekkelighet. Det var likevel ikke grunnlag for å si at omverdenen generelt ville rette bebreidelser mot de etterlatte, fordi det ikke i seg selv er klanderverdig eller infamerende å være etterlatt etter en som har begått selvmord. «De etterlattes belastninger er av en annen karakter enn de som i rettspraksis har gitt grunnlag for å oppstille et skjerpet beviskrav».

13. De etterlatte hadde dessuten påberopt seg pulveriseringshensyn. Førstvoterende var for så vidt enig i at de trolig få ekstra tilfellene som ville bli ansett som ulykker og ikke som selvmord ved et skjerpet beviskrav, ville pulveriseres på alle forsikringstakere og neppe bety noe vesentlig økonomisk for selskapene eller forsikringstakerne. Det var derfor «ikke særlig tungtveiende hensyn som taler mot å oppstille et skjerpet beviskrav for denne spesielle gruppen». Heller ikke bevissikringshensyn talte mot. Når førstvoterende likevel ikke ville gå for et slikt resultat, skyldtes det «at gjennomgangen av rettspraksis viser at det vil innebære en endring av beviskravsreglene å oppstille et skjerpet beviskrav i dette tilfellet», og at det ville «utvide området for unntak fra hovedregelen om sannsynlighetsovervekt». Det mente førstvoterende at det ikke var tilstrekkelig tungtveiende grunner til.

14. Både selve avgjørelsen og begrunnelsen for den virker umiddelbart overraskende. Høyesterett aksepterer at det kan oppstilles unntak i det alminnelige utgangspunktet om at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn i sivile saker, men vil ikke oppstille et slikt unntak her. Når Høyesterett påviser og aksepterer at det gjelder et skjerpet krav ved påstått forsett i skadeforsikringssaker, er det vanskelig å forstå at ikke det samme bør gjelde ved påstått forsett (selvmord) i personforsikringssaker og der det er en «uskyldig tredjemann» som rammes. Praksis fra Finansklagenemnda, som er det tvisteløsningsorganet som oftest møter denne type tvister, viser en klar og stort sett enstemmig holdning i denne retning. Denne praksis, som angir hva sentrale representanter for norske forsikrings- og forbrukerinteresser mener er en riktig holdning til et vanskelig spørsmål, burde ha mer enn «begrenset rettskildemessig betydning». Og når land som det er naturlig å sammenligne oss med, her først og fremst Danmark, har valgt løsningen med skjerpet beviskrav ved selvmord i ulykkesforsikring, bør det også være et relevant forhold å ta med i betraktningen. I det hele krever avfeiningen av betydningen av utenlandsk rett en egen kommentar. Utenlandske kilder påstås å være av «mindre interesse» her, fordi det er snakk om «å tolke og anvende de norske beviskravsreglene, som er blitt til ved samspill mellom norsk rettspraksis og norsk juridisk teori». Men er dette virkelig så særegent for dette området at det gir grunn til ikke å se hen til utenlandsk rett? Og for-

sikringsretten er da fortsatt et område med betydelig likhet i rettsreglene i de nordiske landene?

15. Høyesterett legger til grunn – på generell basis – at et kvalifisert beviskrav er på sin plass når det faktisk det er snakk om å bygge på er «belastende eller infamerende» for den ene parten. Da er det overraskende og kanskje litt følelsesløst når Høyesterett gir inntrykk av at vi i dag er kommet så langt at selvmord ikke kan anses på en slik måte, og derfor mener det er med på å begrunne at det ikke er plass for et skjerpet beviskrav i selvmordsaker. Og å understreke at «de etterlattes belastninger» er av en annen karakter enn de «belastninger» som rettspraksis har lagt vekt på ved oppstilling av unntak hittil, er vel heller ikke noe overbevisende argument.

16. Forhandlingene for Høyesterett var begrenset til beviskravet, og de etterlattes anførsler om at selskapet ikke hadde reklamert i tide, jf. fal. § 13-13, ble ikke behandlet. Saken må derfor tilbake til lagmannsretten til endelig avgjørelse. Finner lagmannsretten at det er reklamert i tide, oppstår vel spørsmålet om det er endelig avgjort at det foreligger selvmord, eller om lagmannsretten må prøve hele saken på nytt, herunder om det er mest sannsynlig at dødsfallet ikke skyldtes en forsettlig handling, altså selvmord.

Hans Jacob Bull

IMMATERIALRETT

Bruk av en geografisk stedsbetegnelse som varemerke ROUTE 66. (HR-2016-2239-A)

1. november 2016 avsa Høyesterett en dom om tolkningen av varemerkelovens § 14 annet ledd bokstav a, forbudet mot registrering av varemerker som beskriver egenskaper ved varen. Saken gjaldt Patentstyrets og senere Klagenemnda for industrielle rettigheters (KFIR) avslag på registrering av ordmerket ROUTE 66 for visse varer og tjenester i klassene 9, 16, 39, 41 og 43.

Varemerkeloven § 14 første ledd krever at et merke må ha «særpeg» for å kunne registreres som varemerke, og bestemmelsens annet ledd bokstav a forbyr registrering av varemerker som «utelukkende, eller bare med uvesentlige endringer eller tillegg, består av tegn eller angivelser som angir varens eller tjenestens (...) geografiske opprinnelse (...) eller andre egenskaper». Innledningsvis konstaterer Høyesterett at overprøvingen av KFIRs avgjørelse er et lovbundet vedtak som domstolene prøver fullt ut, og at det ikke er grunn til å vise tilbakeholdenhet i prøvingen slik det kan være i blant annet patentsaker (avsnitt 30). Det må nå være klart at dette er gjeldende rett for varemerkesaker.

Når det gjelder forholdet til EØS-retten, legger Høyesterett til grunn (avsnitt 31), at fordi varemerkeloven er utformet i samsvar med EUs tidligere og någjeldende varemerkedirektiv, og dermed skal tolkes i samsvar

med EU-domstolens praksis om direktivene, vil EU-domstolens avgjørelser være den sentrale rettskilden ved tolkningen av varemerkeloven. Høyesterett viser til sin avgjørelse i Pangea-saken, HR-2016-1993-A, omtalt i *Nytt i Privatretten* nr. 4/2016.

Om tolkningen av bestemmelsen i varemerkeloven § 14 annet ledd bokstav a, viser Høyesterett (avsnitt 33) til at bestemmelsen eksemplifiserer hvilke angivelser av egenskaper ved en vare eller tjeneste som vil være beskrivende for varen eller tjenesten, jf. også kravet om særpeg etter varemerkeloven § 14 første ledd. Tolkningsspørsmålet for Høyesterett var hvorvidt et geografisk navn brukt som varemerke kan være beskrivende for varens eller tjenestens egenskaper, selv om stedsbetegnelsen ikke angir varens eller tjenestens opprinnelse. Høyesterett viste til EU-domstolens dom i sakene C-108/97 og C-109/97, *CHIEMSEE* (avsnitt 34). Dommen har vært retningsgivende for senere praksis innen EU og er ikke fraveket. I *Chiemsee*-dommen fremholdt EU-domstolen friholdelsesbehovet ved tolkningen av den tilsvarende bestemmelsen i varemerkedirektivet, 2008/95/EU, artikkel 3 nr. 1 bokstav c. EU-domstolen tolket denne bestemmelsen slik at den både ville forby registrering av varemerker som er en angivelse av varens opprinnelsessted, altså stedet der varen er fremstilt, og at den ville forby registrering dersom omsetningskretsen ville forbinde stedsangivelsen med bestemte egenskaper ved varen eller tjenesten. Høyesterett la til grunn at det måtte være klart at den norske varemerkeloven må forstås på samme måte, slik at navn på et geografisk sted brukt som varemerke kan være beskrivende, og dermed rammes av forbudet mot registrering i § 14 annet ledd bokstav a, selv om stedsangivelsen ikke angir varens eller tjenestens opprinnelse (avsnitt 33).

Dette ledet til en vurdering i to trinn, nemlig først hvorvidt omsetningskretsen ville oppfatte ROUTE 66 som en geografisk stedsangivelse, og dernest hvorvidt omsetningskretsen ville forbinde stedsangivelsen med egenskaper ved de aktuelle varene eller tjenestene (avsnitt 38). Den aktuelle omsetningskretsen var norske gjennomsnittsforbrukere (avsnitt 39).

Betegnelsen ROUTE 66 måtte være godt kjent for den norske gjennomsnittsforbrukeren over lang tid gjennom blant annet bøker og filmer. Så lenge veistrekningen fysisk finnes, vil den være å anse som en geografisk stedsangivelse i relasjon til varemerkeretten, selv om den er en lang veistrekning og selv om den ikke lenger har ROUTE 66 som offisielt navn.

Høyesterett innleder den konkrete diskusjonen med noen generelle betraktninger om hvordan en geografisk stedsangivelse også vil forbindes med egenskaper ved varene og tjenestene. Poenget er at ROUTE 66 av gjennomsnittsforbrukeren oppfattes som et reisemål (avsnitt 46–48). Det er betydningen som reisemål som gjør at gjennomsnittsforbrukeren vil oppfatte bestemte egenskaper ved varene og tjenestene, når disse også er reiselivsrelatert. Forbrukeren vil planlegge en reise til den

aktuelle veistrekningen ved hjelp av de typene varer og tjenester som merket er søkt registrert for. Det betyr også at forbrukere som i forbindelse med reiselivsrelaterte varer og tjenester møter merket ROUTE 66, naturlig vil oppfatte det slik at varen eller tjenesten har en direkte tilknytning til reisemålet Route 66 (avsnitt 48). Det spiller ingen rolle for denne vurderingen om ROUTE 66 også vil fremkalle andre assosiasjoner hos forbrukeren som ikke henger sammen med egenskaper ved varene eller tjenestene (avsnitt 46). Dette er et utslag av et mer overordnet varemerkerettslig prinsipp om at registrering skal nektes så fremt det omsøkte merket i én betydning eller på én måte, mangler særpreg eller er beskrivende for de omsøkte varene eller tjenestene.

Den konkrete vurderingen av de enkelte varene og tjenestene i avsnittene 49 følgende gjøres på bakgrunn av disse generelle utgangspunktene. Høyesterett kan da nokså kort slå fast at for både elektroniske «route planners» i klasse 9 (avsnitt 49) og transportrelaterte tjenester og informasjonstjenester knyttet til sport, kultur, underholdning, restauranter og overnatting i klassene 39, 41 og 43 (avsnitt 50), vil merket ROUTE 66 av en norsk forbruker naturlig bli oppfattet slik at det gjelder varer og tjenester med direkte tilknytning til reisemålet Route 66. Det var dermed riktig av KFIR å nekte registrering av ROUTE 66 for de aktuelle varene og tjenestene på grunn av regelen i varemerkeloven § 14 annet ledd bokstav a.

Høyesteretts dom er klargjørende for grensen mellom suggestive og beskrivende varemerker når det gjelder geografiske betegnelser som merker. Dommen befester også regelen om at dersom merket i én betydning er beskrivende for noen varer eller tjenester, må merket nektes registrert for disse varene og tjenestene, selv om merket også kan oppfattes å peke mer indirekte på egenskaper ved varene eller tjenestene, altså at det virker suggestivt.

Særlig interessant er at merket ROUTE 66 var tillatt registrert av OHIM (nå EUIPO / European Intellectual Property Office) også for de varer og tjenester som merket ble nektet registrert for i Norge. Høyesterett tar opp forholdet til OHIM i avsnittene 51 og 52. Selv om norske domstoler må tolke varemerkeloven i lys av den forståelse som kommer til uttrykk i OHIMs (nå EUIPOs) praksis, jf. Rt-2006-1473 (livbøye), så vil ikke en forvaltningsmyndighets konkrete rettsanvendelse i en enkeltsak binde andre forvaltningsmyndigheter, jf. EU-domstolens dom i C-218/01, Henkel, avsnitt 62. Så lenge OHIMs avgjørelse ikke er uttrykk for en etablert praksis, og det er relevante ulikheter i vurderingen, så som hvem som utgjør den relevante omsetningskretsen, vil resultatet i enkeltsaker kunne falle ulikt ut i ulike jurisdiksjoner. Dette har vært lagt til grunn både av Patentstyret og KFIR i deres praksis, men stadfestes altså uttrykkelig av Høyesterett.

Inger Berg Ørstavik

KONTRAKTSRETT

Eiendomsmeglerens informasjonsansvar (Informasjonsansvarsdom III) (HR-2016-2264 A)

Høyesteretts dom 3. november 2016 (HR-2016-2264 A) føyer seg inn i rekken av dommer om informasjonsansvar. Vi har fra før Rt. 2008 s. 1078 og Rt. 2015 s. 556 (Informasjonsansvar I og II), som begge gjelder informasjonsansvar for takstfolk. Den dommen som omtales her og som gjelder eiendomsmeglerens informasjonsansvar, kan betegnes som Informasjonsansvarsdom III. Den 18. november 2016 avsa Høyesterett en fjerde dom i rekken (Informasjonsansvarsdom IV, HR-2016-2344 A). Den gjelder revisors informasjonsansvar, og omtales et annet sted i dette heftet av *Nytt i privatretten*.

Dommene fra 2008 og 2015 slår fast at takstfolk har erstatningsansvar overfor selgerens eierskifteforsikringsselskap når feil i takst fører til mangel etter avhendingsloven med utbetaling av prisavslag til kjøper av boligeiendom som konsekvens. Den dommen som omtales her, dreier seg for en stor del om likheter og mulige ulikheter mellom feil i takst og feil i salgsoppgave utarbeidet av eiendomsmegler, og om prinsippene i takstdommene lar seg overføre til eiendomsmegling. Svaret på dette fra en enstemmig Høyesterett er ja.

Saken gjaldt salg av seksjonert boligeiendom, som også inneholdt tre utleiehybler. Både selgeren og eiendomsmegleren hadde før salget informasjon fra kommunen om at bruken av seksjonene og hyblene krevde brukstillatelse etter plan- og bygningsloven. Dette ble ikke opplyst i salgsoppgaven. Kjøperen oppdaget noen år etter kjøpet at det manglet brukstillatelse for en av seksjonene og for alle de tre hyblene. Brukstillatelse var avhengig av utbedringsarbeider. Kjøperen krevde, og fikk, prisavslag for utbedringsarbeidene og erstatning for tapte leieinntekter. Det var eierskifteforsikringsselskapet som betalte dette.

Eierskifteforsikringsselskapet krevde erstatning av eiendomsmeglerens ansvarsforsikringsselskap for sine utbetalinger til kjøperen. Ansvarsforsikringsselskapet reiste regressøksmål mot selgeren. I tingretten ble erstatningskravet gitt medhold, og selgeren ble i regressøksmålet dømt til å betale halvparten av ansvarssummen. Dommen i hovedsøksmålet ble anket. Anken ble forkastet av lagmannsretten og senere også av Høyesterett.

Grunnvilkårene for informasjonsansvar er fastlagt i de to takstmannsdommene. Vilråene samt bakgrunnen og begrunnelsen for disse er behandlet nærmere av Erling Hjelmeng i omtalen av revisordommen. Her nevnes bare kort: (1) Det må foreligge villedende informasjon, avgitt uaktsomt i profesjonell sammenheng. (2) Skadelidte må ha hatt rimelig og berettiget grunn til å innrette seg etter informasjonen. (3) Informasjo-

nen må ha vært ment for skadelidte eller for en begrenset gruppe som skadelidte tilhører.

Vilkårene er gjengitt i dommen (avsnitt 36). Vilkår (1) var oppfylt i saken, og drøftes ikke nærmere, bortsett fra noen bemerkninger (avsnitt 49) om eiendomsmeglerens plikter etter eiendomsmeglingsloven. Om vilkår (3), som gjerne omtales slik at det må foreligge en viss nærhet mellom skadevolderen og skadelidte (avsnitt 37), uttales det (avsnitt 60) at eiendomsmeglere «åpenbart» står nærmere eierskifteforsikringsselskapet enn det takstfolk gjør.

Vilkår (2) om innrettelse volder problemer når eierskifteforsikringsselskap krever erstatning som følge av feil i takst eller salgsoppgave. Forsikringen tegnes, og premie og forsikringsvilkår fastsettes, helt uavhengig av innholdet i taksten eller salgsoppgaven. I informasjonsansvarsdom II er dette behandlet nærmere av Høyesterett, som la vekt på at en faglig forsvarlig takst vil redusere risikoen for ansvar under eierskifteforsikringen. Dette er tilstrekkelig til at innrettelsesvilkåret er oppfylt. Høyesterett kom i den saken som omtales her, til at det samme gjelder ved feil i eiendomsmeglerens salgsoppgave. Selv om heller ikke innholdet i den enkelte salgsoppgaven har betydning for premie og vilkår i den individuelle eierskifteforsikringen, er forsikringen basert på en alminnelig forutsetning om at eiendomsmegleren utarbeider en riktig og fullstendig salgsoppgave, noe som «åpenbart» må ha vært påregnelig for eiendomsmegleren (avsnitt 53). Det er ikke et avgjørende motargument at salgsoppgave ikke er et uttrykkelig vilkår for tegning av eierskifteforsikring. Utarbeidelse av salgsoppgave er forutsatt i agentavtalen mellom eiendomsmegleren og forsikringsselskapet, og salgsoppgave er i alle tilfelle et ufravikelig krav i eiendomsmeglingsloven (avsnitt 55).

Eiendomsmeglerens ansvarsforsikringsselskap anførte også (avsnitt 56) at den «omsorgsplikten» for megleren overfor eierskifteforsikringsselskapet som ligger implisitt i informasjonsansvaret, kommer i strid med eiendomsmeglerens lovbestemte uavhengighet. Dette avvises av førstvoterende (avsnitt 58) under henvisning til at det ikke vil være noen interessekonflikt mellom eiendomshandelens parter (selger og kjøper) og eierskifteforsikringsselskapet.

Etter å ha konkludert med at de tre grunnvilkårene for informasjonsansvar er oppfylt i saken (avsnitt 62), går førstvoterende inn på et par tilleggsspørsmål som også var oppe i informasjonsansvarsdom I og II. Igjen kom førstvoterende til at eiendomsmeglerens informasjonsansvar overfor eierskifteforsikringsselskapet ikke står i noen særstilling sammenlignet med informasjonsansvaret for takstfolk.

Trygve Bergsåker

Høyesteretts dom av 24. november 2016.

Foreldelsesloven § 9 – erstatningskrav utenfor kontraktsforhold (HR-2016-2399 A)

Saken gjelder starttidspunktet for treårsfristen for foreldelse av krav på erstatning utenfor kontraktsforhold etter foreldelsesl. § 9. Etter denne bestemmelsen begynner treårsfristen å løpe «den dag da skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige». Det var tidspunktet for kunnskap om skaden som var avgjørende i saken.

Andelshavere i et borettslag krevde erstatning av borettslagets bankforbindelse for tap av innskudd og tap av verdistigning på andelene, med den begrunnelse at banken hadde utbetalt et stort lån til borettslaget uten at bankens egne vilkår for lånet var oppfylt. Borettslaget fikk økonomiske problemer, og konkurs ble åpnet 18. oktober 2010. Fristavbrytende søksmål mot banken ble reist 14. oktober 2013.

Tingretten bestemte at forhandlinger og pådømmelse skulle deles i medhold av tvistel. § 16-1 andre ledd bokstav a. Saken gjaldt derfor utelukkende foreldelse. I Høyesterett kom et flertall på tre dommere til at erstatningskravet ikke var foreldet. Mindretallet på to kom til at kravet var foreldet. Førstvoterende begrunnet på vegne av flertallet sitt resultat med at andelshaverne før konkursåpningen «ikke hadde noe krav mot banken knyttet til tap av innskudd mv.» (avsnitt 63). Mindretallet mente på sin side at de skadelidte hadde nødvendig kunnskap om skaden og dermed tilstrekkelig grunnlag for søksmål før den tid, og at treårsfristen var utløpt da søksmålet ble reist.

Man kan stusse over førstvoterendes formulering av problemstillingen i dommens første avsnitt: «Spørsmålet er særlig på hvilket tidspunkt «skade» har oppstått etter foreldelsesloven § 9 nr. 1.» Dette er i beste fall en lite presis gjengivelse av lovens kriterium for friststart. Formuleringen følges opp i avsnitt 48, fortsatt like lite presist: «Spørsmålet i saken er særlig når den påberopte skaden inntrådte og om kravet er fremmet i tide.» Lovens kriterium for friststart er ikke når skaden oppstår eller inntreffer, men når skadelidte fikk eller burde ha skaffet seg kunnskap om skaden. Dette fremgår for øvrig klart av annenvoterendes begrunnelse, når hun på vegne av mindretallet i sitt innledende avsnitt uttaler følgende (avsnitt 68): «Etter mitt syn var tapet klarlagt på en slik måte at andelseierne hadde tilstrekkelig kunnskap om skaden før skjæringstidspunktet 14. oktober 2010.» Det kan neppe være uenighet om at kunnskapskravet kan være oppfylt før skaden og tapet er «oppstått», i hvert fall hvis «oppstått» betyr noe i retning av «realisert». Førstvoterende viser selv til, og siterer fra, tidligere rettspraksis, som gir uttrykk for nettopp dette. I avsnitt 49 siterer førstvoterende fra Rt. 2011 s. 1029, hvor det i avsnitt 36 heter at foreldelsesfristen starter å løpe når skadelidte har fått «slik kjennskap til de økonomiske skadevirkninger han er påført eller antas å bli påført, at han objektivt

sett har grunnlag for og en oppfordring til å reise søksmål» (uthevet her).

Ut fra sammenhengen er det lite trolig at førstvoterende med ordene «oppstått» og «inntrådt» kan ha ment at fristen *generelt sett* ikke kan starte å løpe før tapet er realisert eller endelig pådratt. Det kan likevel ikke utelukkes at forskjellen i ordbruk mellom først- og annenvoterende ved *gjengivelsen av lovens kriterium*, har lagt føringer på vurderingene, og at dette kan være en del av forklaringen på at flertall og mindretall konkluderte med ulike tidspunkter for friststart i saken.

Etter opplysningene i saken ble det i tiden frem mot konkursåpningen gradvis klart for andelshaverne at innskuddene var i ferd med å gå tapt. At konkursåpningen likevel var avgjørende for friststart, begrunner førstvoterende med at innskudd i borettslag er en spesiell type formuesgode (avsnitt 53–55). Innskuddet kan ikke skilles fra andelen i borettslaget, og det kan – så lenge borettslaget består – ikke kreves tilbakebetalt eller gjøres om i penger på annen måte enn ved salg av andelen med tilhørende boret. Innskuddet er altså «ikke et selvstendig formuesobjekt» (avsnitt 61), og det

«ville være systemfremmed om andelseieren, så lenge andelen er i behold, kunne oppnå frigjøring på annen måte enn ved å realisere et eventuelt tap gjennom salg og derved kreve erstatning for tapet. En adgang til å kreve verdifall erstattet mens man ennå utøver de bruks- og eierbeføyelser som andelen gir, ville dessuten medføre at andelseieren kan fortsette å bo uten å ha den økonomiske forpliktelse og risiko som et bundet innskudd ellers representerer» (fortsatt avsnitt 61).

Han tilføyer så i avsnitt 62:

«Borettslagslovens system gjør at foreldesspørsmål knyttet til erstatningskrav etter tap på investeringer i verdipapirer ikke gir veiledning ved fastsettelsen av fristutgangspunktet for tap av borettsinnskudd.»

Så lenge andelseieren ikke har realisert tapet ved salg av andelen, har han «ikke ... realisert noe erstatningsmessig tap». Det er «konkursåpningen som utgjør skadetidspunktet» (avsnitt 63).

Fristavbrytende søksmål ble tatt ut mindre enn tre år etter konkursåpningen, og erstatningskravet var ikke foreldet (avsnitt 64).

Annenvoterende ser annerledes på saken. Hun peker i avsnitt 71 på at «borettslagets økonomi ble stadig dårligere» i tiden før konkursåpningen, og videre i samme avsnitt:

«Andelene sank i verdi, og sjansen for å få igjen verdien av innskuddene ved salg ble gradvis redusert.»

Hun uttaler i avsnitt 73 at det er

«mest naturlig å anse innskuddene og de tilhørende andelene i borettslaget som formuesobjekter i vanlig forstand. Det alminnelige utgangspunktet er da er at det kan kreves erstatning for påstått verdireduksjon selv om innehaveren fremdeles sitter med formuesobjektet».

I neste avsnitt (avsnitt 74) slutter hun seg til førstvoterendes syn om at «innskudd og andel ikke kan skilles fra boretten», men hun «er ikke enig i at dette fører til at andelseiere ikke kan kreve erstatning så lenge de har andelen og boretten i behold». At det i denne situasjonen kan være vanskelig å anslå det økonomiske tapet, skiller ikke saken fra mange andre saker, for eksempel saker om erstatning for tap etter kjøp av spareprodukter eller ved tap i fremtidig erverv (avsnitt 76).

I avsnitt 77 formulerer hun sakens problemstilling som et spørsmål «om andelseierne hadde eller burde ha skaffet seg tilstrekkelig kunnskap om *skaden* for skjæringstidspunktet» (uthevet i dommen). Det er en «forutsetning for friststart at skaden må ha blitt synliggjort i form av et økonomisk tap (avsnitt 79). Ut fra opplysningene i saken konkluderer annenvoterende og mindretallet med at andelshaverne før det avgjørende tidspunktet 14. oktober 2010 hadde «slik kunnskap om de økonomiske skadevirkningene de var eller måtte antas å bli påført, at de hadde foranledning til å reise sak» (avsnitt 80). Erstatningskravene var derfor foreldet.

Flertallets syn og dermed Høyesteretts dom i saken innebærer ikke en alminnelig omvurdering av den tidligere forståelsen av foreldelsesl. § 9, som går ut på at foreldelsesfristen kan starte å løpe før tap er «oppstått» i betydningen «realisert» eller «endelig pådratt». Flertallets begrunnelse er så sterkt knyttet til særegenheter ved det formuesgodet som tapet er knyttet til, at dommen har begrenset betydning for den alminnelige forståelsen av § 9.

Trygve Bergsåker

SELSKAPSRETT

Selskapsrettsgruppens høringssvar: NOU

2016:22 Aksjelovgivning for økt verdiskaping

Det juridiske fakultets forskergruppe Selskaper, markeder og bærekraft (Selskapsrettsgruppen), inngav sitt høringssvar til NOU 2016:22 Aksjelovgivning for økt verdiskaping, 9. januar 2017. Høringssvaret gjengis her, da lovforslaget og vårt høringssvar berører viktige selskapsrettslige spørsmål som vi antar vil være av allmenn interesse. Hovedinnholdet i lovforslaget er redegjort i for i *Nytt i Privatretten* 4/2016.

Utvalgets disponible tid og høringsfrist

Utvalget for evaluering av aksjeloven og allmennaksjeloven ble oppnevnt ved kongelig resolusjon

22. januar 2016 og fremla sin utredning (NOU 2016:22) den 21. oktober 2016. Utvalget har således hatt i underkant av ni måneder til disposisjon, med fratrekk av eventuelle feriedager (påskeferie og sommerferie) og helligdager i denne perioden. Til sammenlikning hadde Gudmund Knudsen alene ca. seks måneder til disposisjon med fratrekk av eventuelle feriedager i perioden for rapporten «Forenkling og modernisering av aksjeloven», som ble overlevert Justisdepartementet 7. januar 2011. Utvalgets redegjørelse bygger på Knudsens arbeid, og har i tillegg evaluert endringene av aksjelovene som trådte i kraft 1. juli 2013 som bygger på Knudsens arbeid.

Utvalget har dermed hatt relativt god tid. På den annen side hadde bedre tid gitt rom for mer dyptgående drøftelser og analyser i mange av de viktige endringene som foreslås (se for eksempel nedenfor vedrørende avtaler med nærstående og senkning av minimumskravet til aksjekapital). I tillegg til å skulle foreslå forenklingene har utvalget også fått oppdraget om å evaluere alle endringene som ble gjennomført i 2013. Mandatet er dermed omfattende og vi er av den oppfatning at utvalget burde ha hatt mer tid til rådighet, spesielt når det foreslås endringer som vil ha stor effekt på aksjeselskapsinstituttet i overskuelig fremtid.

I henhold til Utredningsinstruksen (sist fastsatt ved kongelig resolusjon 19. februar 2016) skal høringsfristen normalt være tre måneder og ikke mindre enn seks uker. I det foreliggende tilfellet er det benyttet redusert høringsfrist på 11 uker. Selv om dette ikke er en sterk redusering av høringsfristen er vi prinsipielt skeptisk til en forkorting av høringsfrister, og spesielt på et område av så stor viktighet og omfang. Det vises i tillegg til en artikkel fra Dagsavisen fra 29. oktober 2016 hvor avisen har gjennomgått ca. 50 saker regjeringen hadde sendt på høring i en fem ukers periode. Undersøkelsen viste at i om lag hver femte av sakene (18,9 %) ble det satt en høringsfrist som var kortere enn minimumsperioden på seks uker. Det noteres at dette er en meget uheldig praksis.

Minstekravet til aksjekapital

Bakgrunn

Utvalgets mandat omfattet spesifikt en vurdering av hvorvidt kravet til minste aksjekapital bør endres. Endringene omfatter kun aksjeselskap. Utvalget uttaler at de vil diskutere kravet til minste aksjekapital i lys av EU-kommisjonens forslag KOM (2014) 212, og også vurdere kravet til minste aksjekapital «uavhengig av om kommisjonsforslaget blir vedtatt». Utvalget foreslår at minstekravet til aksjekapital senkes fra NOK 30 000 til NOK 1.

Betydningen av minstekravet til aksjekapital for kreditorvern og i kampen mot økonomisk kriminalitet

Etter utvalgets oppfatning har «minstekravet til aksjekapital ingen betydning for selskapets kreditorer,

og utvalget har ikke kjennskap til at minstekravet har noen betydning i kampen mot økonomisk kriminalitet».

Vi er enig i at minstekravet til aksjekapital ikke har noen reell betydning for selskapets kreditorer, det er selskapets reelle egenkapital som vil være avgjørende.

Vedrørende utvalgets konklusjon om økonomisk kriminalitet har vi ikke grunnlag for å si noe nærmere om dette. Det skal bemerkes at grunnlaget for konklusjonen om økonomisk kriminalitet ikke kommer tydelig frem (med unntak av en dansk undersøkelse), og synes noe overflatisk behandlet. Vi antar at dette vil bli nærmere kommentert av enkelte av de andre høringsinstansene.

Seriositetssperre

Utvalget noterer at det «synes som om hovedargumentet i dag for å opprettholde kravet om minste aksjekapital er ønsket om en form for «seriositetssperre», og at det bør være en viss «inngangsbillett» til aksjeselskapsformen.» Utvalget antar at useriøse aktører klarer å fremskaffe NOK 30 000 og dessuten at muligheten for å oppnå ansvarsbegrensning ved bruk av NUF gjør det grunnløst å legge hindringer i veien for bruken av aksjeselskapsformen (ved bruk av minimumskrav til aksjekapital).

Det er uklart hva utvalget legger i begrepet «useriøse», som for øvrig også alltid brukes med hermetegn. Dersom det menes aktører som har onde hensikter, eller driver virksomhet på en uforsvarlig måte, er vi enig i at et minimumskrav til aksjekapital på NOK 30 000 ikke nødvendigvis vil være egnet til å stoppe disse. Dersom det siktes til personer som har mindre erfaring med å drive virksomhet og som eventuelt burde benytte en annen foretaksform, vil disse bli omtalt nærmere nedenfor under *Ufunderte selskapsstiftelser*.

Utvalget drøfter også kort hvorvidt nedsetting av kravet til aksjekapital kan medføre negative assosiasjoner til aksjeselskapsformen, i likhet med det enkelte har assosiert med NUF. Utvalget konkluderer med at det er andre regler i aksjeloven som har større betydning for det norske aksjeselskapets «kvalitetsstempel» og at det derfor vil være en liten risiko for dette.

Dette viser den vanskelige avveiningen mellom på den ene siden ønsket om å nærme seg andre jurisdiksjoner for å motvirke bruk av NUF, og på den annen side ønsket om å opprettholde kvaliteten på norske aksjeselskaper som er bygget på at det er en «gjennomregulert selskapsform». Vi er i utgangspunktet enig i at en senkning av minimumskravet til aksjekapital antakelig ikke vil svekke tiltroen til norske aksjeselskap alene. Spørsmålet blir deretter hvor mange «forenklinger» av reglene som skal til før man oppnår et svekket aksjeselskapsinstitutt i Norge. Dette er det vanskelig å svare på, og vi har forståelse for at utvalget ikke har drøftet dette i NOU-en. Vi er allikevel av den oppfatning at dette bør utredes nærmere, også i lys av at allerede 2011- og 2013-endringene bremset tendensen med bruk av NUF og økte bruken av aksjeselskapet.

Utvalget mener at NOK 30 000 er et beløp som er altfor lavt for å fungere som en seriøsitetssperre, uten at dette er nærmere underbygget. Utvalget foretar ingen mer generell vurdering av kapitalisering av aksjeselskaper, men det må antas at det kreves mer enn NOK 30 000 for å starte svært mange virksomheter. Minimumsaksjekapitalkravet på NOK 30 000 vil derfor ikke være tilstrekkelig, uten at det i seg selv kan være et avgjørende argument for å fjerne det fullstendig.

Utvalget ser ut til å legge mer vekt på harmonisering med EU-reglene som ennå ikke er vedtatt, og som er det er usikkert om til slutt vil bli vedtatt.

Ufunderte selskapsstiftelser

Utvalget vurderer i ett avsnitt hvorvidt en reduksjon av kravet til minste aksjekapital vil kunne føre til flere ufunderte selskapsstiftelser. Begrepet «ufunderte selskapsstiftelser» defineres ikke, men utvalget legger vekt på stiftelseskostnader og det antas derfor at utvalget har vurdert risikoen for at personer stifter aksjeselskap uten et egentlig behov. Utvalget noterer at det koster NOK 5 570 kroner å registrere et selskap elektronisk, i tillegg til eventuelt andre kostnader ved stiftelse. Det vil således fortsatt ikke være gratis å stifte et aksjeselskap og dette vil kunne bidra til å hindre ufunderte selskapsstiftelser.

Det vil neppe være andre større stiftelseskostnader utover opprettelse av bankkonto for et mindre aksjeselskap, da det foreslås at de kan stiftes uten medvirkning av revisor eller andre (stiftelse med innskudd i penger under NOK 100 000) og elektronisk stiftelse er blitt en såpass enkel operasjon at man kan gjøre dette uten bistand av rådgivere. I realiteten blir det således betraktelig billigere å etablere sin virksomhet i et aksjeselskap.

Vi er for øvrig enig med utvalget at faren for at personer uten behov for et foretak stifter et aksjeselskap helt grunnløst er liten. Den reelle faren slik vi ser det er at personer som ønsker å drive virksomhet i større grad vil benytte aksjeselskap, fremfor andre foretaksformer som kan være mer egnet til deres formål. Det er også dette de tidligere forarbeidene siktet til da de snakket om ufunderte selskapsstiftelser, nemlig å «unngå noen aksjeselskapsstiftelser som verken samfunnet eller de involverte er tjent med» (Prop. 148 L (2010–2011)). Kombinasjonen av å fjerne minstekravet til aksjekapital, oppmykning av utbytteregele (som foretatt i 2013), muligheten til å velge bort revisjon, fjerning av gyldighetsreglen i § 3-8 og mindre behov for rådgivere ved kapitalforhøyelser kan føre til at det blir enklere for mindre profesjonelle aktører å trå feil vedrørende aksjelovens andre regler (for eksempel kravet om forsvarlig egenkapital og likviditet, styrets handleplikt, reglene om den bundne egenkapitalen og styreansvar). Dette kan medføre store konsekvenser for enkeltpersoner som kan bli «ufrivillige lovbrøyttere».

Ved stiftelse av aksjeselskap etableres en egen juridisk person, som ikke skal identifiseres med stifterne/aksjonærene og hvor selskapets økonomi skal være

helt adskilt fra aksjonærenes. Dette er som kjent en side av det begrensede ansvaret som det å velge aksjeselskapsformen gir aksjonærene. Slik er det ikke for enkeltpersonforetak, hvor det er fullt ansvar og ikke et slikt absolutt skille mellom entreprenørenes økonomi og virksomhetens økonomi. Utvalget drøfter ikke hvorvidt det er en fare for at virksomhet som passer best i enkeltpersonforetak i fremtiden vil bli drevet i aksjeselskap, og konsekvensene av dette. I tillegg vil et lavere kapitalkrav ved stiftelse trolig kunne lede til økt konsernstrukturer, selv i tilfeller der den økonomiske aktiviteten kunne vært drevet som enkeltpersonforetak. Virkningene av at økonomisk aktivitet drives i stadig mer komplekse konsernstrukturer er en utfordring lovverket allerede står overfor, hvor en ytterligere senkning av aksjekapitalen ikke nødvendigvis er det beste virkemiddelet for forenklinger. I henhold til SSBs statistikk per 1. januar 2015 utgjør enkeltpersonforetak rundt 44 % av alle foretak i Norge.

Aksjekapitalbegrepet

Dersom minste tillatte aksjekapital senkes til NOK 1 som foreslått vil det være en fortsettelse av utviklingen som har pågått de siste årene hvor aksjekapitalen har mistet mye av sin betydning. Som nevnt mener utvalget at minstekravet til aksjekapital ikke har betydning for selskapets kreditorer og vi er enig i denne vurderingen.

Utvalget utaler også at «Behovet for kapitalbeskyttelse i norske aksjeselskaper ivaretas blant annet gjennom kravet om forsvarlig egenkapital og likviditet, styrets handleplikt, reglene om den bundne egenkapitalen, samt av styreansvaret jf. aksjeloven § 3-4, § 3-5, § 3-6 og § 17-1.» Vi er enig i denne vurderingen rettslig sett, samtidig som vi savner en nærmere vurdering av signaleffekten av å redusere minimumsaksjekapitalkravet sammen med de andre endringer..

Spørsmålet blir således hva som står igjen i begrepet «aksjekapital» og vi etterlyser en bredere vurdering av begrepet og betydningen av begrepet i loven, som benyttes cirka 90 ganger i aksjeloven, samt hvorvidt det vil være behov for ytterligere revisjon av loven.

Avtaler med selskapets nærstående

Etter utvalgets oppfatning er ikke aksjelovene § 3-8 særlig velegnet til å beskytte aksjonær- og kreditorinteresser utover det som allerede følger av andre regler i aksjeloven. Aksjelovene § 3-8 fastsetter ingen materielle skranker for hva slags avtaler selskapet kan inngå. Utvalget mener at hensynet til åpenhet og kontroll heller ikke tilsier at aksjelovene § 3-8 bør opprettholdes i sin nåværende form. Utvalget kjenner ikke til at bestemmelser i lovene § 3-8 har spilt noen rolle i strafferettslig sammenheng.

Det foreslås at den någjeldende bestemmelsen i aksjeloven § 3-8 erstattes med en plikt til å gi aksjonærene informasjon om transaksjoner mellom selskapet og dets aksjonærer, tillitsvalgte og deres nærstående.

Vi enige med Aksjelovutvalget at det er grunn til å tro at nåværende aksjelovene § 3-8 ikke rettslig sett gir et spesielt aksjonær- og kreditorvern utover de generelle minoritets- og kreditorvernreglene i aksjelovene for øvrig. Det er imidlertid behov for å få avtaler mellom selskapet og det nærstående «frem i lyset», slik at avtaler som forsøkes inngått i strid med andre og mer skjønnspregede aksjeselskapsrettslige regler og prinsipper kan vurderes nærmere. Aksjelovene § 3-8, spesielt ugyldighetstrusselen i disse, medfører imidlertid betydelig merarbeid, kostnader og risiko for alle typer aksjeselskaper i ulike sammenhenger. Det er betydelig rettslig uklarhet knyttet til bestemmelsens anvendelsesområde, effekten av den saksbehandling som bestemmelsen forutsetter og enkelttilfeller hvor selskapet ikke har oppfylt saksbehandlingskravene i bestemmelsen. Det er også grunn til å stille spørsmål ved om § 3-8 har fungert etter intensjonen, eller om den primært har medført ekstraarbeid for de forsiktige, uten å være en sperre for den type avtaler som er brudd på andre aksjeselskapsrettslige regler og prinsipper.

Aksjelovutvalgets forslag er imidlertid problematisk. For det første, som nevnt av Aksjelovutvalget, arbeides det i EU med forslag om endring av direktiv 2007/36/EF (KOM(2014) 213 final). Forslaget til artikkel 9c inneholder detaljerte krav til reguleringen av transaksjoner mellom selskapet og nærstående. Rådet og EU-parlamentet oppnådde enighet om forslaget i desember 2016. Kompromissteksten er enda mer detaljert og komplisert enn Kommisjonens forslag.

Aksjelovutvalget mener at det ikke på nåværende tidspunkt bør gjøres endringer i allmennaksjeloven for å tilpasse norsk lovgivning til EU-forslaget. Ifølge utvalget krever det trolig endringer i allmennaksjeloven om forslaget blir vedtatt. Siden det nå er noenlunde klart at det vil bli vedtatt, er det etter vår mening upraktisk å vedta ny lovgivning om nærstående transaksjoner uten å ta hensyn til hva som i fremtiden kommer i den endelige direktivteksten.

Behovet for informasjon om nærstående transaksjoner dekkes ikke gjennom de generelle regnskapsrettslige reglene. Regnskapslovutvalgets forslag i NOU 2015: 10 stiller krav til noteopplysninger om transaksjoner med nærstående parter for alle aksjeselskaper. Regnskapslovutvalgets forslag er dog differensiert, slik at opplysningskravene for små foretak er mindre omfattende enn det som gjelder for foretak som ikke er små.

Vi er enige med Aksjelovutvalget at informasjonen etter Regnskapslovutvalgets forslag vil fremkomme gjennom regnskapene også for små aksjeselskaper. Aksjelovutvalgets forslag er imidlertid for komplisert. Vi kan også være enig i at det kan være et behov for en regnskapsrettslig vesentlighetsterskel. Terskelen utvalget foreslår er dog for høy både for aksjeselskaper og spesielt for allmennaksjeselskaper. For det første avgrenses informasjonsplikten til kun å gjelde aksjonærer som eier mer enn 10 prosent av aksjene. Terske-

len er spesielt høy for børsnoterte allmennaksjeselskaper. For det andre er den materielle terskelen (NOK 500 000/5 000 000) veldig høy. Man risikerer dermed at avtaler av vesentlig betydning for selskapet, og for andre aksjonærer og kreditorer, ikke blir redegjort for. Også for de avtaler som tas med i regnskapet, er det utilfredsstillende at informasjonen først kommer frem gjennom regnskapet. Det kan da ha gått svært lang tid etter at avtalen ble gjennomført, og terskelen for å følge opp mulige brudd på aksjeselskapsrettslige regler og prinsipper vil da være enda høyere. Potensielle negative virkninger av slike avtaler kan da være uopprettelige.

Adgang til ikke å ha styrebehandling når alle aksjeeiere sitter i styret

Aksjelovutvalget har i punkt 9.4.3.1 foreslått at «det i aksjeloven § 5-1a inntas en ny og generell lovbestemmelse, hvor det fremgår at det kan avholdes generalforsamling uten forutgående styrebehandling dersom samtlige aksjonærer samtykker til dette». Det vil fortsatt være enkelte beslutninger som vil kreve forutgående styrebeslutning. Selv om utvalget har de små selskapene for øye når slike forenklinger foreslås, presiseres det samtidig at det ikke skal gjelde særskilte regler for *enkeltstående* selskaper med bare en aksjonær. Forenklingene skal følgelig ha generell virkning.

Utvalget har presisert at forenklingene skal gjelde også for aksjonær som eier aksjer gjennom et selskap, men ikke at forenklingene skal gjelde generelt i konsernforhold. Dette kommer til uttrykk i formuleringen «(d)et ligger ikke i utvalgets forslag noe ønske om å åpne for en generell lære om gjennomskjæring». Grensedragningen mellom hvilke tilfeller som anses som innenfor omfanget av forenklingsregelen og tilfeller som faller utenfor virker uklart, og bør ha et klarere nedslagsfelt.

Mange konsern er etablert med datterselskaper hvor morselskapet er eneste aksjonær. Som eneaksjonær i datterselskapet vil morselskapet være underlagt de samme forenklingsregler til styrebehandling som enkeltstående aksjeselskap. Dersom det ikke skal differensieres i lovverket mellom selskap som reelt drives i et enkeltstående selskap, og de selskapene som reelt er en del av en konsernstruktur, foreslås det, i realiteten, å innføre lovregel om utvidet adgang til konsernstyring i norsk aksjeselskapsrett. Dette reiser en rekke spørsmål inkludert om forholdet mellom konsernstyring og konsernansvar, som bør underlegges en nærmere utredning.

I dag anses konsernforbundne selskaper som enkeltstående aksjeselskap, hvor morselskapet som aksjonær er begrenset til å øve innflytelse i beslutningsprosesser i datterselskap gjennom generalforsamling, om ikke annet er besluttet i vedtektene eller ved fullmakt. En fravikelse av styrebehandling i konkrete saker flytter beslutningskompetanse til aksjonærene, og til morselskapet i konsern hvor morselskapet er eneaksjonær.

Det kan være gode grunner for å innføre andre beslutningsprosedyrer i konsernforhold enn de reglene vi har i dag. Mange konsern drives som en økonomisk

enhet, hvor beslutninger fattes i andre deler av konsernet enn det selskapet som formelt sett har beslutningskompetanse. Dette er likevel ikke tillatelig etter dagens aksjelovgivning, men kan omgås ved at de rette styremedlemmer signerer beslutningene på vegne av selskapet, mens den reelle beslutningen kanskje på et tidligere tidspunkt er fattet av morselskapet i tråd med konserninteressen fremfor den individuelle selskapsinteressen som styret i det enkelte selskap skal ivareta.

Vi er enig i at forenklinger i styrebeslutninger kan være nyttig, men vi mener at det stiller krav til at det differensieres mellom ulike foretaksorganiseringer. Aksjelovgivningen kunne med fordel være inndelt i ulike kapitler hvor beslutningsprosedyrer vil være ulike i de tilfeller hvor (i) enkeltstående selskaper har én aksjonær og ett styremedlem (og som i realiteten kunne vært drevet som et enkeltpersonforetak); (ii) enkeltstående selskaper har flere aksjonærer, slik at minoritetsvernet vil sette noen skranker på forsvarligheten av forenklete beslutningsprosedyrer; (iii) konsernforbundne selskaper; både i de tilfeller der morselskapet eier alle aksjene i datterselskapet og der morselskapet har lavere prosentandel av aksjene, men fortsatt har bestemmende innflytelse. Også andre skiller mellom forskjellige typer konsern bør vurderes.

Ved siden av at det kan tenkes ulike beslutningsprosedyrer for ulike foretaksorganiseringer, vil ansvarsregler i konsernforhold måtte vurderes konkret dersom man åpner opp helt eller delvis for en utvidet adgang til lovlig konsernstyring. Den foreslåtte løsningen åpner for at aksjonærer med indirekte aksjeeierskap også skal kunne nyttiggjøre seg av forenklingene, men uten at virkning for ansvarsplasseringen diskuteres. Dette reiser prinsipielle spørsmål om tilsidesettelse av styret og dets grunnleggende rolle i aksjeselskapsinstituttet, og spesielt i konsernforhold. En vurdering av lovfesting av utvidet adgang til konsernstyring i konkrete saker eller på generelt grunnlag bør ikke innføres uten en mer omfattende og grundig vurdering av ansvarsforhold, skatterettslige virkninger av konserninterne transaksjoner og kreditorvern i konsernforhold.

Adgang til fravalg av revisjon for konsern

I punkt 13.1.2.5.2 foreslås det å oppheve kravet til revisor for morselskaper som ligger under terskelverdiene for revisjon. Andre hensyn kan gjøre seg gjeldende i konsernforhold med hensyn til notoritet av særlig konserninterne transaksjoner.

Det må forventes at aktørene i næringslivet som velger å etablere en konsernstruktur fremfor et enkeltstående aksjeselskap foretar et bevisst valg, hvor etablering av flere selvstendige skattesubjekter ofte trekkes frem som et sentralt hensyn. Det kan tenkes at det bør føres en annen form for kontroll med konsernstrukturer enn med enkeltstående selskap.

Vi anbefaler en nærmere vurdering av sikring av økonomisk notoritet i konsernforhold før det lovfestes at morselskaper skal være fritatt fra revisjon i bestemte tilfeller.

Avsluttende kommentarer

Vi vil påpeke at utvalgets gjennomgående bruk av «eier» om aksjeeier og «eierandel» om aksjeeiernes aksjeinnehav kan bidra til å sementere den feilaktige oppfatningen hos enkelte lesere om at aksjonærene eier selskapet. Aksjonærene eier aksjer som gir en rekke organisatoriske og økonomiske rettigheter; de eier ikke selskapet eller en andel av selskapet eller dets kapital.

Utvalgets bruk av den etablerte, og rettslig sett misvisende, eierskapsterminologien er spesielt uheldig sett i sammenheng med utvalgets forslag. Til sammen kan dette undergrave kampen mot økonomisk kriminalitet gjennom å gi signaler som forsterker tre tendenser. Den første er dominerende aksjonærs misbruk av aksjeselskapsformen, med potensielt negative konsekvenser for minoritetsaksjonærer, kreditorer, ansatte og samfunnet. Den andre, som påpekt over, er faren for at mindre profesjonelle aktører kan overse at aksjeselskapet er en egen rettslig enhet som ikke kan identifiseres med stifteren/aksjonæren, og kan medføre store konsekvenser for enkeltpersoner som kan bli «ufrivillige lovbrøyttere». Den tredje er tendensen til konsernstyring ut over det loven legger opp til, hvor det enkelte selskaps selskapsinteresse settes til side, uten at det medfører ansvar for morselskapet.

Beate Sjøffell, Jukka Mähönen, Erlend Eriksen Gjein, Linn Anker-Sørensen og Sjur Swensen Ellingsæter

VERGEMÅL

Høyesterettsdom av 20. desember 2016.

Adgangen til fratakelse av rettslig handleevne - fullt ut eller delvis (HR-2016-2591-A)

A født i 1965 hadde vært psykiatrisk pasient i mange år. I 2013 døde moren og hun arvet da om lag 1 million kroner etter foreldrene. A ble innlagt på sykehus i 2014 etter et hjerneinfarkt. Under sykehusoppholdet ble det klarlagt at hun ikke hadde boevne. Hun ble fra april 2015 bosatt i en leilighet ved et omsorgssenter under den kommunale psykiatritjenesten. Den 30. oktober 2014 ble det opprettet vergemål for A. Som følge av arvefallet (og økt tilgang til midler) ble det truffet et midlertidig vedtak 16. desember 2014, jf. vergemålsloven § 61 første ledd, om å frata A rettslig handleevne i økonomiske forhold. Foreldrearven ble deretter forvaltet av vergen.

Etter å ha truffet et slikt vedtak skal fylkesmannen «straks» bringe vedtaket inn for retten, jf. § 61 fjerde ledd. Det ble også gjort. Sunnmøre tingrett avsa deretter dom i saken 7. april 2015. Dommen ble påanket av fylkesmannen og vergen. Frostating lagmannsrett avsa dom 6. januar 2016 der A ble fratatt deler av sin rettslige handleevne, men slik at A fortsatt skulle ha rådighet over foreldrearven. Dommen ble avsagt under dissens.

Staten v/fylkesmannen anket. Anken gjaldt rettsanvendelsen og bevisvurderingen knyttet til spørsmålet om A helt eller delvis skulle fratas sin rettslige handleevne i økonomiske forhold.

Det fremgikk av en fremlagt forklaring for Høyesterett fra den psykiatriske overlegen som hadde pasientansvaret for A, at A ikke var i stand til å håndtere egen økonomi. Det fremgår av premiss 83 i dommen at Høyesterett hadde merket seg at A hadde syns- og hørselshallusinasjoner og realitetsbrist, svikt i kognitiv fungering og svikt i evnen til å vurdere mulige konsekvenser. Det fremgår også av samme premiss at A hadde en «vrangforestilling om at hun er meget rik, og at hun er kona til en verdenskjent sanger».

På domstidspunktet var det ca. 650 000 kroner igjen av foreldrearven.

Rettens vurdering:

Førstvoterende pekte på at ingen av partene hadde fri rådighet over saken, jf. tvisteloven § 11-4. Høyesterett kunne derved prøve alle sider ved saken ut fra forholdene på domstidspunktet.

Førstvoterende gikk deretter over til å vurdere adgangen i vergemålsloven § 22 til å frata rettslig handleevne i lys av gjeldende konvensjonsforpliktelser. Han pekte blant annet på at vergemålsloven § 22 så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser og gikk deretter igjennom rekkevidden av disse forpliktelsene, herunder forholdet til FN-konvensjonen om personer med nedsatt funksjonsevne artikkel 12. Når det gjelder art. 12 forstår norske myndigheter (og mange øvrige statsparter) denne bestemmelsen annerledes enn det komiteen som overvåker konvensjonen gjør. Det fremgår av den norske tolkningserklæringen til bestemmelsen at Norge i forbindelse med undertegning av konvensjonen klargjorde at Norge anså ordningen i den nye vergemålsloven for å være i tråd med artikkel 12 – og at også en viss adgang til fratakelse av rettslig handleevne er i tråd med konvensjonen «*der slike tiltak er nødvendige, som en siste utvei og underlagt kontrollmekanismer*», jf. tolkningserklæringen.

Komiteen som overvåker etterlevelsen av konvensjonen kom i 2014 (etter at konvensjonen var gjennomført i norsk rett) med «General comment no. 1» som forstås slik at fratakelse av rettslig handleevne ikke er tillatt etter konvensjonen. En slik komiteuttalelse er ikke rettslig bindende, men vil ofte tillegges betydelig vekt ved tolkningen av konvensjoner.

Det forelå på domstidspunktet ikke noe (endelig) lovgiversyn på forholdet til komiteuttalelsen, men HR la til grunn at lovgivers forutsetninger var at lovgivningen var i tråd med de folkerettslige forpliktelsene, og at domstolene da må legge lovens løsning til grunn selv om den (senere) skulle vise seg å være folkerettsstridig, jf. Rt. 2000 1811 (Finanger 1), jf. premiss 62-63.

Også forholdet til Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 (inngrep i retten til privatliv) ble behandlet, og

Høyesterett fant det lite tvilsomt at lovgivningen var i tråd med disse forpliktelsene.

Høyesterett konkluderte med at den rettslige handleevnen i økonomiske forhold gyldig kan fratas en vergetrengende fullt ut med hjemmel i vergemålsloven § 22, jf. premiss 71.

Førstvoterende gikk deretter over til å foreta en konkret vurdering av om vilkårene for en slik fratakelse forelå i saken. I dette spørsmålet delte Høyesterett seg i et flertall og et mindretall.

En fratakelse kan bare foretas der dette er «nødvendig» for å hindre «fare» for at formuen blir «vesentlig forringet». Det ble påpekt at departementet hadde fremhevet det som viktig at «den enkeltes integritet og ønsker om en konkret forvaltning respekteres selv om den kan fremstå som mindre fornuftig for andre». Høyesterett konkluderte med at lovgiver hadde oppstilt en høy terskel for å kunne frata en vergetrengende rettslig handleevne fullt ut i økonomiske forhold, jf. premiss 81.

I den konkrete vurderingen av om A skulle fratas den rettslige handleevnen fullt ut, la flertallet dels vekt på at lagmannsrettens vurdering av at «Hennes manglende forståelse av økonomiske forhold medfører et betydelig avvik fra normal ivaretagelse av den personlige økonomien» og at i alle fall en delvis fratakelse var nødvendig for å forhindre at A fortsetter å utsette sine økonomiske interesser for fare for å bli vesentlig forringet.

Det følger videre av premiss 84 at førstvoterende la betydelig vekt på forklaringen fra den pasientansvarlige overlegen, nevnt over, og begrunnet behovet for en full fratakelse først og fremst ut fra at disposisjonene «vil være motivert eller påvirket av den tilstand hun er i». Det antas at det er først og fremst siktes til overlegens forklaring om at A anså seg som meget rik.

Førstvoterende kom derved til at lovens krav til fare for vesentlig forringelse av formuen var oppfylt og at A måtte fratas den rettslige handleevnen i økonomiske forhold fullt ut.

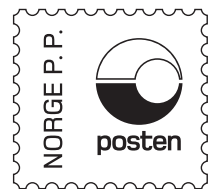
Dommen inneholder også et obiter dictum om at det også ved delvis fratakelse av rettslig handleevne i økonomiske forhold, vil kunne treffes særskilt beslutning om at den vergetrengende ikke kan stifte gjeld.

Mindretallet på to dommere kom til at anken ikke burde føre frem slik at A skulle beholde råderetten over foreldrearven. Mindretallet pekte særlig på forarbeidenes understreking av at hjemlene skulle benyttes med varsomhet. Mindretallet uttaler i prinsipp 101 at dersom «pengene benyttes på en måte vedkommende har glede av og økonomi til å bære, er det, slik jeg forstår det, ikke å anse som en forringelse».

Kommentar: Dette er den første høyesterettsdommen om adgangen til fratakelse av rettslig handleevne. Den berører et krevende felt i balansegangen mellom å verne den enkeltes selvbestemmelse og å sikre personens øvrige grunnleggende rettigheter og interesser.

Katrine Fredwall

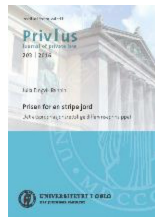
Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Prisen for en stripe jord Det ekspropriasjonsrettslige differanseprinsippet

Av Julia Ringvik Bennin

PrivIus nr. 203 – 2016



Prisen for en stripe jord tar for seg en rettslig analyse av differanseprinsippet. Kort fortalt er differanseprinsippet en metode for å utmåle ekspropriasjonserstatning, hvor tapet settes til forskjellen mellom resteiendommens verdi før og etter inngrepet. Prinsippet er særlig aktuelt ved stripeekspropriasjon, en form for ekspropriasjon hvor kun en del av den faste eiendommen blir ekspropriert. Problemstillingene som søkes besvart i denne fremstillingen er hva differanseprinsippet innebærer og hvordan prinsippet forholder seg til de øvrige ekspropriasjonsrettslige utmålingsregelen. Dette gjøres både gjennom en redegjørelse av den historiske konteksten, herunder en analyse av Rt. 1976 s. 1507, men først og fremst gjennom en analyse av prinsippets anvendelsesområde, hvor også nærliggende feilkilder ved bruk av prinsippet problematiseres.

Denne fremstillingen er en gjengivelse av masteroppgaven til Julia Ringvik Bennin, som ble skrevet mens hun var ansatt som vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett. Det juridiske fakultet i Oslo. Hun var tilknyttet Forskergruppen for naturressursrett. Den publiseres i hovedsak slik den ble levert til sensur i juni 2015.

Skriftlig jus. Skriftstilleri i juridiske arbeider på norsk. Enveiledning om form, språk og referanser, med praktiske anvisninger om tekstbehandling

Av Stein Evju

PrivIus nr. 204 – 2016



Skriftlig fremstilling er viktig i juridisk arbeid på alle plan. God formidling har flere fasetter. Fremstillingen må ha tydelige problemstillinger og presenteres i en form som gir leseren et godt inntrykk. Ikke minst er godt språk sentralt. «Klart språk» krever mer enn enkle ord og enkel setningsbygning. Riktig ordvalg, rettskrivning og tegnssetting er vesentlig for et godt resultat. I mange arbeider er henvisningsteknikk og utførlige referanser også viktige faktorer. Alle disse temaene blir behandlet i denne veiledningen. Den inkluderer også praktiske råd om bruk av tekstbehandling. Det kan ha betydning i seg selv at en fremstilling presenterer teksten på en ryddig og konsekvent måte som ikke gjør den tung å lese. Det gjelder mange typer arbeider, blant annet avhandlinger på ulike nivåer.

Kjøpes hos
Akademika, St. Olavs plass 5, 0166 Oslo,
tlf. 40 76 13 64
eller bestilles via e-post:
bestilling-skriftserien-ifp@jus.uio.no

Nytt i privatretten

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

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

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

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

Et årsabonnement (2017) på *Nytt i privatretten* koster kr 650,-. Studentabonnement koster kr 325,-. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2017

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer mai 2017.