



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Nedbemanning, utvelgeskrets, ansiennitet – AR-2018-18

Saken gjaldt nedbemanning i NRKs distriktskontor Østlandssendingen, som er lokalisert i Oslo og inngår i Distriktsdivisjonen. NRK er inndelt i åtte divisjoner med ialt ca. 3 450 ansatte, av dem ca. 1 700 i stillingskategorien «journalist». Ca. 2 300 ansatte har arbeidssted i Oslo (Marienlyst). Østlandssendingen hadde ca. 60 ansatte; med ett unntak var alle i stillingskategorien journalist. Prosessen med nedbemanning i Østlandssendingen startet i februar 2017. Utgangspunktet var at det skulle nedbemannes med minst 10 årsverk, men det ble redusert til 4,7 årsverk etter at noen av de ansatte var blitt innplassert i stillinger ved intern om-

organisering av distriktskontoret. For to ansatte som ble «overtallige» og ble sagt opp, var utvelgelse etter ansiennitet fraveket. Den ene hadde 16 års ansiennitet i NRK, den andre 19 års ansiennitet.

Det var ført drøftelser mellom NRK og Norsk Journalistlag (NJ) og andre fagforeninger i NRK om «utvelgeskrets» ved nedbemanningen. Partene var uenige; NRK besluttet å avgrense utvelgeskretsen til journalister i Østlandssendingen. Tvisten gjaldt dette spørsmålet, som et spørsmål om tolkningen av § 36 i hovedavtalen mellom Arbeidsgiverforeningen Spekter og NJ. NRK er det eneste medlemsforetaket i Spekter som omfattes av denne hovedavtalen. Paragraf 36 har en relativt standardisert ansiennitetsbestemmelse som, i første ledd, lyder: «Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn.»

Spørsmålet for Arbeidsretten var, slik retten selv formulerte det, «om kretsen som ble lagt til grunn ved oppsigelsene av A og B er tariffstridig. Spørsmålet om oppsigelser strider mot ansiennitetsprinsippet i § 36 er dels et spørsmål om kretsen som er lagt til grunn som utgangspunkt for vurderingen har tilstrekkelig saklig grunn, og dels et spørsmål om den konkrete ansiennitetsvurderingen som er gjort for arbeidstakere som sies opp, er korrekt. Til det siste spørsmålet hører den konkrete vurderingen av og avveiningen mellom ansiennitet og andre utvelgelseskriterier, slik som kompetanse- og kvalifikasjonskrav til stillingen og sosiale hensyn» (avsnitt 51). For Arbeidsretten ble saken begrenset til det første, til «spørsmålet om kretsen har tilstrekkelig saklig grunn» (avsnitt 52).

Utgangspunktet, slik retten formulerte det, var da «at ansienniteten skal vurderes med utgangspunkt i bedriftsansiennitet i NRK AS» (avsnitt 53). Formuleringsmåten gjenspeiles i domsslutningen: Hovedavtalens § 36 «er slik å forstå at det skal anvendes bedriftsansiennitet, med mindre det er saklig grunn til å anvende en snevrere utvelgeskrets».

Formuleringene er paradoksale. De reflekterer NJs påstandsformulering og hovedanførsel, slik den er gjengitt i dommens avsnitt 21, om at § 36 første ledd «må tolkes slik at utgangspunktet ved oppsigelse er bedriftsansiennitet, det vil si arbeidstakerens ansien-

Innhold nr. 4

Arbeidsrett	1
Avtalerett/forbrukerkjøpsrett	11
Erstatningsrett	13
Fast eiendom	14
Immaterialrett	19
Internasjonal privatrett	21
Obligasjonsrett	22
Selskapsrett	24
Sjørett	27

nitet i virksomheten. Dette betyr at virksomheten er utvelgeskrets, ...». Dette blander i realiteten to problemstillinger. Det illustreres forsåvidt av Spekters (og NRKs) anførsler. Ett er hva som skal regnes som (den enkeltes) ansiennitet. Er det tjenestetid i hele foretaket, uavhengig av divisjon, kontor, geografisk lokalisering, og/eller tjenestetid uansett stillingskategori eller bare i stilling som journalist eller hvilken kategori det måtte være tale om i det konkrete tilfellet? Dette er et spørsmål om tolkningen av termen «ansiennitet» i hovedavtalens § 36 første ledd. Ordlyden sier intet om adgang eller ikke til begrensning av utvelgeskrets. Man kan argumentere for at det er eller ikke er materiell sammenheng. Men prinsipielt sett er det snakk om to ulike spørsmål.

Rettens formulering «ansienniteten skal vurderes med utgangspunkt i bedriftsansiennitet» er ikke gjennomtenkt. Det som sies med den, er at «bedriftsansiennitet» er utgangspunktet for å vurdere hva som skal regnes som «ansiennitet» – tjenestetid – etter § 36. Saklig sett er da også domsslutningen feil formulert. Den burde lyde slik at *hele* NRK er referanserammen for vurdering, «med mindre det er saklig grunn til å anvende en snevrere utvelgeskrets» – dersom en slik konklusjon kan sies å følge av en tolkning av hovedavtalens § 36. Det er nettopp dette som er problemstillingen i første hånd – slik retten på sitt vis formulerte det i avsnitt 52 (jfr. ovenfor); spørsmålet var «om kretsen har tilstrekkelig saklig grunn».

Spørsmålet om det var saklig grunn til å begrense utvelgeskretsen til journalister i Østlandssendingen, uten å se hen til andre stillingskategorier der eller til journaliststillinger i andre deler av NRK, særlig på Marienlyst, ble drøftet i en viss bredde. Arbeidsrettens drøftelser av dette spørsmålet bringer ikke noe egentlig nytt om momenter som etter sin *art* kan eller må tas i betraktning ved en vurdering av om en begrenset utvelgeskrets er saklig begrunnet. Det kan diskuteres om rettens valg og vektlegging av momenter er mer eller mindre konsistent med tidligere avgjørelser, så som Arbeidsrettens egen avgjørelse i «Nokas-saken» (AR-2016-17 (jfr. HR-2017-777-A)) eller Høyesteretts dom i «Posten Norge» (HR 2017 561 A; omtalt i *Nytt i privatretten* 2017 nr. 2, s. 3–5). Detaljene er det ikke grunn til å gå inn på her. Det som likevel er verdt å merke seg, er at ved å anse ansiennitet og utvelgeskrets som ett spørsmål, fjernet Arbeidsretten seg – uten å gå inn på spørsmålet – fra Høyesteretts bastante skille i «Posten Norge» (avsnitt 66) mellom utvelgeskriterier og vurderingen av om en begrenset utvelgeskrets er saklig begrunnet. Men uansett Arbeidsrettens sammenblanding av problemstillinger er det vanskelig å se at Høyesteretts bastante skille kan fastholdes som generell norm.

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, reservasjonsrett og valgrett – HR-2018-1944-A

Ved overdragelse av virksomhet etter arbeidsmiljølovens kapittel 16 har en berørt arbeidstager hos overdrageren rett til å følge med over til erververen, men har også en rett til å reservere seg mot å bli overført til en ny arbeidsgiver og *kan* ha en «valgrett» til å fastholde sitt arbeidsforhold – bli værende som ansatt – hos overdrageren. Dette er velkjent. Derimot er det ikke like klart hva som skal til for at arbeidstageren har en slik valgrett ved en konkret virksomhetsoverdragelse. Det var temaet i saken her.

Kort sammenfattet var situasjonen at A var ansatt i DNB Næringseiendom AS som markedskoordinator for kjøpesenteret Oslo City. Høsten 2015 forberedte DNB-konsernet salg av Oslo City-kvartalet; det ble solgt til Steen og Strøm Norge AS per 1. januar 2016. Det var ikke omtvistet at det var tale om en virksomhetsoverdragelse (overdragelse av del av en virksomhet). Seks ansatte i DNB Næringseiendom hadde arbeidsoppgaver knyttet til Oslo City; fire av dem hadde fast kontorsted på kjøpesenteret. A var en av disse fire. Ved overdragelsen ble ansettelsesforholdet til de fire overført til Steen og Strøm, som varslet at selskapet ikke ønsket å være bundet av tariffavtaler som gjaldt for den overdragende virksomheten. Steen og Strøm gav formell meddelelse om dette 14. desember 2015. A hadde da, 3. desember, gitt melding om at hun ønsket å benytte valgrett til å fortsette sitt ansettelsesforhold i DNB Næringseiendom. DNB Næringseiendom imøtekom ikke As krav.

Som ansatt i DNB Næringseiendom var A omfattet av tariffavtalen («sentralavtalen») mellom Finans Norge og Finansforbundet. Dermed var hun tilsluttet AFP-ordningen i privat sektor. Steen og Strøm var ikke bundet av tariffavtale med AFP-ordning. Ved en overgang til Steen og Strøm ville A dermed miste rettighetene etter AFP-ordningen.

Spørsmålet for Høyesterett var om A hadde en valgrett til å fortsette arbeidsforholdet hos den overdragende arbeidsgiver, DNB Næringseiendom (avsnitt 34). På overdragelsestidspunktet var hun nær 61 år (født 1955; jfr. avsnitt 2 og 67). Hovedspørsmålet var om A kunne påberope seg valgrett fordi hun som følge av virksomhetsoverdragelsen «ikke lå an til å få AFP ved fylte 62 år» (avsnitt 52).

Høyesterett gikk ganske inngående igjennom forarbeidene til arbeidsmiljølovens kapittel 16, spesielt § 16-3, som endte med at en valgrett ikke ble lovfestet. I stedet ville man «videreføre» «en valgrett slik den er kommet til uttrykk i rettspraksis» – i realiteten de fire dommene fra 1999 og 2000 om temaet – Rt. 1999 s. 977, Rt. 1999 s. 989, Rt. 2000 s. 2047 og Rt. 2000 s. 2058. Høyesterett sammenfattet sin gjennomgåelse dithen at

«spørsmålet om det foreligger en valgrett beror på en konkret vurdering av hvilke endringer virksomhetsoverdragelsen vil ha for arbeidstakernes arbeids-

situasjon. Det må vurderes hva som er sannsynlig. Høyesterett har vurdert en rekke forskjellige virkninger av virksomhetsoverdragelse og har ikke lagt til grunn at noen typer konsekvenser er uten betydning og derfor ikke skal vurderes. Avgjørende har med andre ord ikke vært virkningenes art, men deres vekt ved den konkrete bedømmelsen» (avsnitt 51).

I den konkrete vurderingen ble det pekt på at en rett til AFP er avhengig av at vilkårene for å innvilge AFP foreligger på *uttakstidspunktet*. AFP er ikke en «opp-tjeningsordning» (jfr. avsnitt 59). Høyesterett (ved førstvoterende) var «enig i» at frem til uttakstidspunktet er en mulig rett til ydelsen beheftet med usikkerhet. «Det vil avhenge av omstendighetene om man har en mer eller mindre velgrunnet forventning om å motta AFP.» Men det kunne ikke «i seg selv» føre til at AFP er uten betydning for vurderingen av om det foreligger en valgrett. Forsåvidt i forlengelsen av sammenfatningen i avsnitt 51 fremholdt Høyesterett at «[i] rettspraksis har spørsmålet *ikke* vært om det foreligger noen *rettighet*, men hvor sannsynlig det er at den negative virkning av virksomhetsoverdragelsen inntrer» (avsnitt 56; mine kursiveringer).

Høyesterett pekte på at en slik sannsynlighet kan være ulik alt etter hvor lang tid det er igjen til en arbeidstaker kan ta ut AFP. Det vil være usikkerhet knyttet både til at ordningen kan bli endret, og til vedkommendes fremtidige yrkesforløp. Men, sa Høyesterett, «for en arbeidstaker – som A – med den nødvendige ansiennitet etter vedtektene og mindre enn to år igjen til fylte 62 år, finner jeg ikke holdepunkter i rettspraksis for at en forventning om å kunne ta ut AFP er uten betydning. Spørsmålet må her som ellers bli hvilken vekt bortfallet skal ha ved den konkrete vurdering (avsnitt 57).

I den videre generelle drøftelsen kan det være grunn til å merke seg tre poengteringer fra Høyesteretts side. For det første «kan AFP-ordningen ... ikke vurderes isolert, men må sees i lys av den alminnelige pensjonsreformen» (avsnitt 59). Videre vil det «rime dårlig med Høyesteretts praksis om valgrett ... hvis man skulle se bort fra en så praktisk og økonomisk viktig pensjonsordning som AFP fordi den er tariffestet» (avsnitt 60). Men: «I tråd med kravet i rettspraksis om at virksomhetsoverdragelsen må føre til 'ikke uvesentlige negative endringer' i arbeidstakerens situasjon, kan det ikke bli tale om å la bortfall av AFP få generell betydning for enhver arbeidstaker som er tilknyttet ordningen» (avsnitt 62). Dette er en kort sammenfatning. Flere momenter ble drøftet (avsnitt 58–65), men det fører for langt å gjennomgå alle her.

I den konkrete vurderingen la Høyesterett til grunn at dersom A fortsatt hadde vært omfattet av ordningen, ville hun «etter all sannsynlighet» ha blitt innvilget AFP ved fylte 62 år, ett år og to måneder etter virksomhetsoverdragelsen. Fra 62 til 67 år og derefter til en antatt levealder på 85 år ville ydelsene ialt beløpe

seg til 1,3 millioner kroner (avsnitt 68). Det måtte betraktes som «en ikke uvesentlig negativ endring av inngripende karakter i As arbeidssituasjon», og A ble da ansett å ha valgrett fordi «hun har sannsynliggjort» at virksomhetsoverdragelsen ville medføre at hun «gikk glipp av» AFP i denne størrelsesordenen (avsnitt 70, 71). As egen gjeldsbyrde kunne det ikke legges vekt på; det følger etter Høyesteretts syn av rettspraksis «at negative virkninger av en virksomhetsoverdragelse bare kan tillegges betydning for valgetten når de har tilknytning til arbeidssituasjonen, mens rent private forhold ikke kan tillegges vekt». I sammenheng med dette knyttet retten noen korte bemerkninger til hva som ble og ikke ble tillagt vekt i dommene i Rt. 1999 s. 977 og 989 og Rt. 2000 s. 2047. Etter noen ytterlige bemerkninger konkluderte Høyesterett med å gi fastsettellesdom for at «A hadde 31. desember 2015 rett til å fortsette arbeidsforholdet med DNB Nærings-eiendom AS».

Høyesteretts dom bidrar nok et stykke på vei til avklaring ved å understreke og befeste det generelle vurderingstemaet om «ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakerens situasjon». Det utfylles med noen mer konkrete synspunkter om hva som har eller ikke har betydning ved en slik vurdering. AFP-spørsmålet er likevel såvidt spesielt at det må vises varsomhet med å trekke generelle slutninger fra den konkrete vurderingen i saken – slik Høyesterett forsåvidt også understreket.

For A fikk historien forøvrig en lykkeligere slutt enn den nakne fastsettellesdommen. Hun fikk beholde jobb i DNB uten å bli «overtallig», og som 63-åring da dommen ble avsagt, kan hun jobbe flere år til hvis hun ønsker det. Hvordan det økonomiske blir løst etter at A var utmeldt av AFP-ordningen etter virksomhetsoverdragelsen, er et neste spørsmål. Det gjenstår visstnok å se. (Dette avsnittet bygger på underhåndssopplysninger.)

Stein Evju

Masseoppsigelser, begrepet 'kontrollerende foretak' – EU-domstolens dom 7. august 2018, Bichat, forente saker C-61/17, C-62/17 og C-72/17, EU:C:2018:653

Efter masseoppsigelsesdirektivet, 98/59/EF, artikkel 2(1) skal en «arbeidsgiver» som «overveier» å gå til masseoppsigelser, innlede drøftelser med arbeidstageres representanter i god tid med sikte på å inngå en avtale. Denne forpliktelsen, og de som følger i artikkel 2(2) og (3), inntreder uten hensyn til om avgjørelse om mulige masseoppsigelser – mer presist, det å «overveie» slike – er tatt av arbeidsgiveren *eller* av «et foretak som kontrollerer arbeidsgiveren», jfr. artikkel 2(4). Vi finner igjen disse bestemmelsene i norsk rett i arbeidsmiljølovens § 15-2. Der er direktivets artikkel 2(4) omskrevet i § 15-2 nr. 2 siste punktum, slik: «Arbeidsgiver har plikt til å innlede drøftinger

selv om de planlagte oppsigelsene skyldes andre enn arbeidsgiver og som har beslutningsmyndighet overfor denne, f.eks. en konsernledelse.»

Det er slått fast i rettspraksis at begrepet om 'kontrollerende foretak' omfatter morselskap i et konsern. Arbeidsgiverens plikt etter direktivets artikkel 2(1) inntreffer når det i et konsern er truffet beslutninger av strategisk karakter eller om driftsmessige endringer som tvinger vedkommende arbeidsgiver til å overveie eller planlegge masseoppsigelser. Det gjelder selv om den formelle arbeidsgiveren ennå ikke har all den informasjonen som kreves etter artikkel 2(2) og (3). Jfr. EU-domstolens dom 10. september 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK m.fl.* [Fujitsu Siemens], C-44/08, EU:C:2009:533. Plikten til å sørge for informasjon og drøftelser påhviler uansett *arbeidsgiveren*, ikke et «kontrollerende foretak». Det er også poengtert i *Bichat* (avsnitt 37).

I sakene i *Bichat* var det ikke snakk om konsernselskaper. Saksforholdet var i korte trekk: Miriam Bichat og to kolleger var ansatt i Aviation Passage Service Berlin GmbH & Co. KG (APSB) ved Tegel flyplass i Berlin. APSB arbeidet utelukkende for GlobeGround Berlin GmbH & Co. KG (GGB), som drev mer omfattende virksomhet i luftfartsindustrien. GGB sa opp sine avtaler med APSB trinnvis fra 30. juni 2014. I september samme år vedtok generalforsamlingen i APSB å avslutte virksomheten og oppløse selskapet fra 31. mars 2015. GGB var det eneste medlem med stemmerett i APSBs generalforsamling. APSB informerte «bedriftsrådet» (*Betriebsrat*) om de masseoppsigelsene som var planlagt som følge av generalforsamlingsvedtaket. Bichat og kollegene ble underrettet 29. januar samme år om at deres arbeidsforhold ville bli bragt til opphør med virkning fra 31. august 2015.

I *Bichat* understreker domstolen først at direktivets begrep om 'kontrollerende foretak' ('undertaking controlling the employer') er et EU-rettslig autonomt begrep; det beror ikke på nasjonal rett. Rekkevidden av begrepet om 'kontroll' kan ikke fastlegges bare ut fra ordlyden i direktivets artikkel 2(4). Domstolen legger her betydelig vekt på forarbeidene til og formålet med bestemmelsen i direktivets artikkel 2 i det hele, og særlig med artikkel 2(4) (avsnitt 29–38).

Videre klargjør EU-domstolen begrepet om 'kontrollerende foretak' i to retninger. Det omfatter på den ene side mer enn morselskaper eller rene konsernselskaper for øvrig. Det omfatter alle foretak («undertaking») som i kraft av å høre til samme konsern eller å ha en andel i selskapskapitalen som gir flertall i besluttede organer hos vedkommende arbeidsgiver, kan tvinge denne arbeidsgiveren til å treffe en beslutning om å overveie eller planlegge masseoppsigelser (avsnitt 31, 40). Det samme gjelder selv om et foretak ikke har slikt stemmeflertall, men likevel kan utøve avgjørende innflytelse fordi det er stor spredning av eierandeler eller er inngått avtaler mellom andelseiere som kan lede til det samme (avsnitt 41). På den annen side er «rent faktiske» omsten-

digheter som kontraktsforhold som ikke gir en slik innflytelse, eller felles økonomiske interesser, ikke tilstrekkelig til å bli omfattet. Dette har domstolen særlig begrunnet med hensynet til forutberegnelighet og rettsikkerhet (avsnitt 42–44). Men uansett denne begrensningen innebærer *Bichat* ikke bare klargjøring, men også en utvidet forståelse av begrepet om 'kontrollerende foretak' for masseoppsigelsesreglenes del. Det illustrerer igjen at ordlyden i arbeidsmiljølovens § 15-2 ikke er helt treffende og derfor ikke kan tas bokstavelig. I en annen relasjon – om lovens alminnelige arbeidsgiver- og virksomhetsbegreper – er det tilsvarende godt illustrert allerede med dommen av 7. desember 1995, *Rockfon*, C-449/93, EU:C:1995:420.

Stein Evju

Ferierett, avbrutt opptjening ved foreldrepermisjon – EU-domstolens dom 4. oktober 2018, Dicu, C-12/17, EU:C:2018:799

Efter arbeidstidsdirektivets (2003/88/EF) artikkel 7 skal arbeidstagere sikres minst fire ukers betalt ferie årlig «i samsvar med dei vilkårene for rett til og tildeling av slik ferie som er fastsette ved nasjonal lovgjeving og/eller praksis». I Romania er hovedregelen for dommere og påtalemyndigheten 35 dagers betalt ferie. Men feriens lengde beror på arbeidet tid i ferieåret. Antallet feriedager kan dermed bli lavere i visse tilfeller. Det var situasjonen for Maria Dicu. Hun hadde hatt fødselspermisjon fra 1. oktober 2014 til 3. februar 2015. Derefter tok hun ut foreldrepermisjon for omsorg for barn under to år fra 4. februar til 16. september. Hun hadde så 30 dagers betalt ferie fra 17. september til 17. oktober 2015, men fikk ikke innvilget ytterligere fem dager ferie.

I en relativt omfattende drøftelse av egen rettspraksis og hensynene bak direktivets artikkel 7 poengterte EU-domstolen at bestemmelsen som utgangspunkt bygger på at arbeidstageren har vært i aktiv virksomhet som kan berettigje en periode med fri fra arbeid ut fra hensynet til å sikre hvile og restitusjon (avsnitt 28). Visse typer fravær skal imidlertid regnes med på lik linje med aktivt arbeid. Det gjelder spesielt sykefravær og fødselspermisjoner (avsnitt 29–30). Foreldrepermisjoner kan derimot, etter domstolens syn, ikke betraktes på samme måte. Ved slike permisjoner er fraværet ikke betinget av helsebelastninger eller av hensynet til å ivareta mor og hennes relasjon til et nylig født barn (avsnitt 32–34). Selv om arbeidsforholdet består under permisjonen, er det ikke i strid med direktivets artikkel 7 at permisjonstiden ikke regnes med for opptjening av ferierett. Det er heller ikke i strid med artikkel 5(3) i rammeavtalen til foreldrepermisjonsdirektivet 2010/18/EU. Domstolen tok ingen reservasjoner for tilfeller der en slik løsning i nasjonal rett kan lede til at retten til betalt ferie kan bli mindre enn til de fire ukene arbeidstidsdirektivets artikkel 7 stiller krav om.

Efter vår ferielov er *feriefritiden* som kjent fire uker og én dag – 25 «virkedager», jfr. § 6. Retten til *fri* er ikke betinget av «opptjening» i det foregående året. Det er derimot retten til betaling – «feriepenger», jfr. lovens § 10. Feriepengegrunnlaget omfatter i noen grad også sykepenger, svangerskapsenger og foreldrepenger, etter en smule kompliserte regler i § 6 nr. 4. Så langt er det ikke grunn til å anta at de begrensningene som ligger i dette, er i konflikt med arbeidstidsdirektivets artikkel 7, som gir rom for nærmere regler «i samsvar med dei vilkårene for rett til og tildeling av slik ferie som er fastsette ved nasjonal lovgjevning og/eller praksis».

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, skifte av oppdragstager, økonomisk enhet og identitet ved overtagelse av arbeidstager – EU-domstolens dom 11. juli 2018, Somoza Hermo og Iluniön Seguridad, C-60/17, EU:C:2018:559

Dommen gjelder et klassisk tilfelle av skifte av oppdragstager etter anbudsutlysning av vaktjenester. Det spesielle var at etter den statlige tariffavtalen som gjaldt for slike tilfeller, var en ny oppdragstager forpliktet, etter nærmere regler, til å overta arbeidstager med deres individuelle lønns- og arbeidsvilkår. Teknisk sett var rettsgrunnlaget etter spansk rett derfor tariffavtalen, ikke bestemmelsene i loven om gjennomføring av virksomhetsoverdragelsesdirektivet, 2001/23/EF. Dette var, ikke overraskende, etter EU-domstolens syn uten betydning for anvendelsen av direktivets regler. I spørsmålet om det var tale om «en økonomisk enhet som beholder sin identitet», viste domstolen til og holdt bestemt fast ved sin tidligere rettspraksis, med henvisning blant annet til dommen av 19. oktober 2017, *Securitas*, C-200/16, EU:C:2017:780 (omtalt i *Nytt i privatretten* 2017 nr. 4, s. 5). Som tidligere pekte domstolen på at det ikke er avgjørende at det ikke foreligger noe direkte kontraktsforhold mellom tidligere og ny oppdragstager. Det er ikke i seg selv nok til at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand, at det overtas en betydelig del av de berørte arbeidstagerne. Men at det gjøres, *kan* etter omstendighetene være tilstrekkelig. Det beror på en vurdering av «alle de omstendigheter som kjennetegner den aktuelle transaksjonen, herunder hvilken form for virksomhet eller bedrift det er tale om» osv. Der de oppgavene som utføres – aktiviteten – er den samme som tidligere, og arbeidskraften, ikke andre produksjonsfaktorer, materielle eller immaterielle aktiva ikke er det sentrale, kan overtagelse av arbeidstager være nok til å anse at det er tale om en «økonomisk enhet som bevarer sin identitet». Domstolen viste til flere tidligere avgjørelser om dette. Dommen bekrefter og forsterker for såvidt rettstilstanden på området, men innebærer ikke noe egentlig selvstendig nytt.

Stein Evju

Religionsdiskriminering, gjengifte, katolsk sykehus – EU-domstolens dom 11. september 2018 (storkammer), IR mot JQ, C-68/17, EU:C:2018:696

Dommen er den siste i en kvartett av avgjørelser fra EU-domstolen om, enkelt sagt, religionsdiskriminering og artikkel 4 nr. 2 i rammedirektivet om ikke-diskriminering i sysselsetting og yrke, 2000/78/EF. De to første er «hijab-dommene» 14. mars 2017 i *Achbita* (G4S), C-157/15, EU:C:2017:203, og *Boungaoui*, C-188/15, EU:C:2017:204. Den tredje er dommen av 17. april 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, om krav om tilhørighet til den tyske evangeliske kirke for ansettelse i en kirketilknyttet virksomhet, i en midlertidig stilling for utarbeidelse av en rapport om FNs rasediskrimineringskonvensjon.

Ett av temaene i *Egenberger* var forholdet til tysk retts doktrin om selvbestemmelse i kirkelig arbeidsrett. Etter forfatningsdomstolens (*Bundesverfassungsgericht*) rettspraksis er domstolenes rolle begrenset til å prøve om kirkens «selvforståelse» er «plausibel» der selvforståelsen er grunnlag for å stille krav om religionstilknytning og opptreden i samsvar med kirkens «ethos» i ansettelsesforhold. Domstolene ville ikke ha noen prøvelsesrett ut over dette. EU-domstolen aksepterte ikke en slik begrensning. Domstolen understreket at direktivets artikkel 4 nr. 2 krever at religion eller livssyn er et «genuine, legitimate and justified occupational requirement» som dessuten tilfredsstiller krav om proporsjonalitet i det enkelte tilfelle. Dette må være gjenstand for effektiv domstolsprøvelse.

Dette kommer tilbake i *IR mot JQ*. IR er et selskap (GmbH) som har som formål å realisere den katolske kirkens velferdsorganisasjon Caritas' oppgaver som uttrykk for den katolske kirkens «liv og vesen» («Lebens- und Wesensäußerung»). Som ledd i dette driver IR blant annet sykehus. JQ var sjefslege for indremedisinsk avdeling ved et av sykehusene. Han var medlem av den romersk-katolske kirken og var kirkelig gift, men i 2005 skilte hans kone seg fra ham. Fra 2006 bodde JQ sammen med en annen kvinne, som han giftet seg med, borgerlig, i 2008. Da var hans første, kirkelige, ekteskap ennå ikke annullert. Da IR i mars 2009 ble kjent med JQs gjengifte, fikk JQ oppsigelse; oppsigelsesfristen løp ut 30. september 2009.

Det spesifikke spørsmålet i saken knyttet seg til rammedirektivets artikkel 4 nr. 2 annet ledd. Det åpner for at kirker og andre offentlige eller private organisasjoner hvis etikk (*ethos*) er basert på religion eller livssyn, kan kreve at personer som arbeider for dem, opptre «redelig og lojalt» overfor organisasjonens etikk. Men forutsetningen er at slike krav er forenlige med direktivets regler forøvrig og med nasjonal rett. EU-domstolen understreket at kriteriet «genuine» («regulært», «ekte») betyr at krav om å bekjenne seg til den religionen eller det livssynet en organisasjon bygger sin etikk på, må være nødvendige på grunn av

betydningen av de arbeidsoppgavene som skal utføres, for å formidle og fremme organisasjonens etikk eller selvbestemmelsesrett (avsnitt 51).

Her gjaldt det kirkens syn på kirkelige ekteskaps hellige og uoppløselige natur. Domstolen anså at en slik oppfatning av ekteskap *ikke* var nødvendig for å fremme IRs etikk i betraktning av hvilke arbeidsoppgaver JQ hadde. De dreiet seg om medisinsk rådgivning og pleie og ledelse av den indremedisinske avdelingen han var sjef for. Da kunne det ikke være et «ekte» krav i direktivets forstand. Det ble underbygget av at tilsvarende arbeidsoppgaver som dem JQ hadde, ble utført av ansatte som ikke bekjente seg til romersk-katolsk tro, og som det derfor heller ikke ble stilt de samme krav til om adferd i overensstemmelse med IRs etikk. Den konkrete vurderingen ble imidlertid henvist til den nasjonale, foreleggende domstol (avsnitt 57–60 jfr. 55–56).

EU-domstolen understreket i denne sammenheng kravene fra *Egenberger* om proporsjonalitet og effektiv domstolsprøvelse (avsnitt 53–54). Dommen i *IR mot JQ* bekrefter for såvidt også den strikte, snevre, tilnærming fra såvel *Egenberger* som *Boungaoui* til hva som kan utgjøre nødvendige og tilstrekkelige grunner for forskjellsbehandling på basis av religion eller livssyn. – Saken *IR mot JQ* har forøvrig en ganske annen, men fascinerende dimensjon. Saken startet i Arbeitsgericht Düsseldorf i 2009. Via ankeinstansen, Landesarbeitsgericht Düsseldorf (LAG) gikk den til Bundesarbeitsgericht (BAG), som i 2011 sendte saken tilbake til LAG. Den kom tilbake til BAG i 2013, ble så bragt inn for Bundesverfassungsgericht, som avsa dom i 2014. Da den kom tilbake til BAG, valgte BAG å forelegge spørsmål for EU-domstolen. Dermed stor-kammerdommen 11. september i år. I første omgang gjenstår nå sluttbehandling i BAG. Så vil det vise seg om saken nok en gang går videre til Bundesverfassungsgericht, eller om det går en vei videre til Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg, som jo også har hatt en rekke saker om religionsdiskriminering, etter EMK artikkel 9 – sist «hijab-saken» *Lachiri mot Belgia*, dom 18. september 2018 (nr. 3413/09). Kort sagt, dette er et felt i stadig bevegelse.

Stein Evju

Saklig grunn til oppsigelse av fastlegeavtale? HR-2018-1958-A Spiralnekt

Saken gjaldt spørsmålet om en kommunes oppsigelse av en individuell fastlegeavtale var ugyldig og ga krav på erstatning. Oppsigelsen var begrunnet i at legen av samvittighetsgrunner ikke ville sette inn spiral som prevensjonsmiddel. Dommen berører derfor det prinsipielle spørsmålet om adgangen til å gjøre inngrep i den enkeltes samvittighetsfrihet, der forståelsen av EMK art. 9 står sentralt. Samvittighetskonflikten utspilte seg imidlertid i et avtaleforhold og gjaldt arbeidsoppgaver som i utgangspunktet hører under ansvaret

som fastlege. Saken hadde derfor også avtalerettslige, arbeidsrettslige og erstatningsrettslige sider. Oppsigelsen ble ansett usaklig og ugyldig etter en vurdering av den konkrete avtalen opp mot regelverket for fastlegeordningen. Det ble derfor ikke ansett nødvendig å ta stilling til om oppsigelsen var i strid med vernet av samvittighetsfriheten. Høyesterett fant likevel grunn til å avggi et omfattende *obiter dictum* om hva som skal tillegges vekt ved vurderingen etter EMK.

Legen var polsk og kom til Norge i 2008. Hun inngikk en fastlegeavtale med Sauherad kommune i 2011. Under intervjuet med ansettelsesrådet hadde hun gjort oppmerksom på sin reservasjon mot innsetting av spiral. Hun praktiserte slik at når pasienter anmodet om dette, ble oppgaven overlatt til en kollega ved samme legekontor. I 2014 ble Fylkesmannen klar over hennes praksis og åpnet tilsynssak. Statens helsetilsyn konkluderte i januar 2015 med at hun ikke hadde adgang til å reservere seg mot oppgaven, og kommunen ble bedt om å sikre at fastlegeordningen var i samsvar med regelverket. Etter drøftelser traff kommunen i desember 2015 vedtak om oppsigelse av fastlegeavtalen.

Etter fastlegeavtalen hadde legen både en avtale om allmennpraksis i fastlegeordningen og ansettelse i 20 prosent stilling som kommunelege. Rammeavtalen for fastlegeordningen i kommunene (ASA 4310) regner fastleger som selvstendig næringsdrivende, mens hun altså var arbeidstaker i kommunelegefunksjonen. Fastlegeavtalen satte vilkår om «saklig grunn» for oppsigelse fra kommunens side, det svarer etter ordlyden til vilkåret for oppsigelse av arbeidsavtaler etter arbeidsmiljøloven § 15-7.

Høyesterett tok først stilling til om et samvittighetsforbehold ble avtalt ved ansettelsen. Det var «ikke tvilsomt» at det ble inngått muntlig avtale om dette under intervjuet med ansettelsesrådet (avsnitt 28). En anførsel om at rådet ikke kunne binde kommunen, førte ikke frem. Ansettelsen hadde skjedd i samsvar med fast delegasjonspraksis. På dette tidspunktet var det ikke grunn for å anse samvittighetsforbeholdet som en sak av prinsipiell betydning som kommunestyret er avskåret fra å delegere, jf. kommuneloven § 23 nr. 4. Ved ansettelsen i 2011 ble det altså inngått en bindende avtale med aksept av hennes samvittighetsforbehold, som kom i tillegg til den skriftlige fastlegeavtalen.

Deretter vurderte Høyesterett om regelverket for fastlegeordningen ga grunnlag for å se bort fra det avtalte forbeholdet. Spørsmålet om det skal være reservasjonsmuligheter for fastleger, blant annet knyttet til prevensjon og prevensjonsveiledning, har i senere år vært gjenstand for diskusjon og politisk behandling i flere runder, og siden 2011 er regelverket endret flere ganger. Det var derfor naturlig å knytte vurderingen til ulike tidsperioder.

Først ble regelverkets innhold *på avtaletidspunktet* vurdert. Regelverket den gang ga ingen uttrykkelige regler om samvittighetsforbehold. Førstvoterende fant ikke grunnlag for å trekke slutninger fra regelverket

for svangerskapsavbrudd, som ga en begrenset åpning for reservasjoner. Diverse rundskriv og brev som berørte ulike sider ved reservasjonsproblematikken ble ansett å illustrere at rettstilstanden var uklar, og viste at kommunene fulgte ulik praksis. Konklusjonen ble derfor at samvittighetsforbeholdet ikke kunne settes til side som stridende mot regelverket på avtale-tidspunktet (avsnitt 42).

Så ble betydningen av *fastlegeforskriften* av 2012 vurdert. Hjemmelsgrunnlaget var helse- og omsorgstjenesteloven av 2011 § 3-2 (3), som også trådte i kraft etter avtaleinngåelsen. Bestemmelsen ga hjemmel for å regulere betingelsene for å være fastlege og hvordan virksomheten skal utøves, men spørsmålet om adgang til samvittighetsforbehold var ikke drøftet i lovens forarbeider. I forskriften § 10 het det at en fastlege «ikke kan velge bort å tilby allmennlegetjenester til egne listeinnbyggere». Høyesterett fant at denne generelle formuleringen ikke kunne tas helt på ordet, og viste blant annet til at det i praksis ikke ble stilt krav om at fastleger behersker alle oppgaver som hører under listeansvaret. På den bakgrunn talte «gode grunner» for at departementet burde ha uttrykt seg klarere i forskriften dersom man tok sikte på å forby samvittighetsforbehold (avsnitt 51).

Deretter vurderte Høyesterett betydningen av *endringer i fastlegeforskriften*, som trådte i kraft i januar 2015. Endringene kom etter at departementet først hadde foreslått en ny forskriftshjemmel for å regulere fastlegers reservasjonsmuligheter i forbindelse med abort og aktiv dødshjelp, men dette møtte sterk motstand og ble lagt til side. Ved endringene ble det fastsatt i forskriften § 16 at fastlegen «skal drive sin virksomhet i tråd med krav fastsatt i lov og forskrift». Ifølge departementets merknader skulle dette innebære at fastleger ikke kan reservere seg av samvittighetsgrunner mot oppgaver som omfattes av listeansvaret, blant annet innsetting av spiral. Forskriften § 11 om listeansvaret ved såkalte felleslister ble også endret. Det ble fastsatt at fastleger med fellesliste kan fordele oppgave seg imellom av nærmere bestemte praktiske grunner. I merknadene var det klart forutsatt at man dermed ikke kan fordele oppgaver av andre grunner, som samvittighetsgrunner knyttet til blant annet innsetting av spiral. Endringene var særlig begrunnet i pasientens behov for å gå til sin faste lege i intime spørsmål, og med at reservasjonsadgang ville kunne medføre et svekket førstelinjetilbud, svekke retten til reproduktiv helse og også kunne vanskeliggjøre selve fastlegeordningen. Høyesterett fant at forskriften «lest i sammenheng» og i lys av motivene avklarte at fastleger ikke har adgang til å reservere seg mot innsetting av spiral av samvittighetsgrunner (avsnitt 67). Med andre ord ble det først avklart 1. januar 2015 at regelverket ikke åpnet for det avtalte forbeholdet.

Etter dette ble selve oppsigelsen vurdert. I oppsigelsesvedtaket var det vist til at «du ikke vil sette inn spiral på pasienter som ønsker dette», og pekt på at

nektelsen «er et brudd på avtalepliktene, jf. også helse- og omsorgstjenesteloven med forskrifter» (avsnitt 71). Denne oppsigelsesgrunnen var etter Høyesteretts syn «ikke treffende» ettersom kommunen var bundet av en avtale med aksept av forbeholdet, og regelverket ikke forbød samvittighetsforbehold ved avtaleinngåelsen i 2011 (avsnitt 72).

Høyesterett vurderte særskilt betydningen av § 30 (4) i fastlegeforskriften av 2012, der det heter at fastlege og kommune ikke kan inngå avtaler i strid med forskriften. Ifølge merknadene ville avtaler inngått i strid med ny lov eller revidert forskrift være ugyldige. Høyesterett mente imidlertid at uttalelsen bygget på en uriktig forståelse av rettstilstanden, om at det heller ikke før forskriften ble gitt, var adgang til å avtale samvittighetsforbehold. Bestemmelsen ble derfor tolket innskrenkende og kunne ikke «anvendes på en fastlege som hadde sin reservasjonsrett forankret i en gyldig avtale», slik som fastlegen i saken (avsnitt 73).

Høyesterett konkluderte etter dette med at kommunens begrunnelse for oppsigelse «dermed ikke [var] saklig», og at oppsigelsen måtte settes til side som ugyldig (avsnitt 74).

Høyesterett tok også stilling til om kommunen var erstatningsansvarlig for det tapet legen var påført som følge av oppsigelsen. Erstatningsutmålingen var imidlertid holdt utenfor saken. Høyesterett tok utgangspunkt i at «forholdet har et kontraktsrettslig preg» idet det gjaldt oppsigelse av en fastlegeavtale (avsnitt 96). Arbeidsmiljølovens erstatningsbestemmelse i § 15-12 og det alminnelige kontraktsrettslige utgangspunktet om objektivt ansvar ved rettsvillfarelse ga «gode grunner» for objektivt ansvar (avsnitt 97). Siden fastlegeordningen har offentligrettslige elementer, så Høyesterett i tillegg hen til prinsippene om ansvar for uhjemlet myndighetsutøvelse. Her gjelder objektivt ansvar kun der «særlige hensyn» gjør seg gjeldende. Det ble vist til at vedtaket fratok henne stillingen som fastlege, og at ordlyden i oppsigelsen hadde «et pønaltpreg» (avsnitt 98). Kombinert med det kontraktsrettslige «hovedsynspunktet» om objektivt ansvar for rettsvillfarelse, var det «ubetenkelig» å slå fast objektivt ansvar (avsnitt 99).

Selv om forholdet til EMK ikke kom på spissen i saken, fant Høyesterett som nevnt grunn til å gi et omfattende *obiter dictum* om «hva som må tillegges vekt ved vurderingen av EMK når en fastlege av samvittighetsgrunner reserverer seg mot innsetting av spiral» (avsnitt 76–92).

Høyesterett la klare føringer for deler av vurderingen etter EMK. Nektelse av en fastleges reservasjon mot å sette inn spiral ble ansett å utgjøre et inngrep i legens rettigheter etter EMK art. 9. Spørsmålet vil derfor være om de tre vilkårene for å gjøre inngrep i rettigheten etter art. 9 nr. 2 er oppfylt. Det ble ikke ansett tvilsomt at begrensninger i reservasjonsadgangen ivaretar et *legitimt formål* om å sikre helse og beskytte andres rettigheter og friheter. Også *lovkravet*

for inngrepet ble ansett oppfylt i dagens regelverk. Det tredje vilkåret, om at inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn, krever en *forholdsmessighetsvurdering* der statene gis en viss skjønnsmargin. Høyesterett nøyde seg med å trekke opp rammen for forholdsmessighetsvurderingen. I tilfeller som her, der nasjonalt regelverk setter et generelt forbud mot de aktuelle reservasjonene, er det et sentralt spørsmål hvilken vekt som skal legges på avveiningene bak den generelle løsningen. Høyesterett pekte på at «den overordnede generelle avveining ... vil bli tillagt stor vekt» (avsnitt 82), og fant det klart at domstolene må være «tilbakeholdne med å overprøve de avveininger av legitime hensyn som er foretatt av politiske myndigheter» (avsnitt 86). De hensynene som begrunnet forbudet i norsk sammenheng var «utvilsomt legitime hensyn av vekt» (avsnitt 85). Samtidig synes Høyesterett å bygge på at vurderingen må gjøres konkret. Blant annet ble de konkrete konsekvensene av en reservasjon ansett å kunne ha avgjørende betydning: «Dersom konsekvensene av at en fastlege reserverer seg mot å sette inn spiral, blir at kvinnen det gjelder ikke får dette utført eller blir stilt overfor urimelige vanskeligheter i denne forbindelse, vil det trolig være vanskelig å komme til et annet resultat enn at de hensyn departementet har fremhevet, må tillegges avgjørende vekt» (avsnitt 85). Også avslutningsvis fremhevet Høyesterett «kompleksiteten i de avveininger som må foretas», og viste til at det «vil være domstolenes oppgave å ta stilling til den konkrete avveining av de motstående interessene i eventuelle fremtidige saker» (avsnitt 92). Tross de omfattende utlegningene ga Høyesterett derfor ikke noe klart svar på i hvilke tilfeller en fastlege kan reservere seg mot innsetting av spiral.

Forståelsen av det tidligere regelverket for fastlegeordningen ble altså avgjørende for gyldigheten av det avtalte forbeholdet og denne fastlegens adgang til å reservere seg. Med Høyesteretts tolkning av avtalen og regelverket var begrunnelsen i oppsigelsesvedtaket rett nok «ikke treffende» formulert. Men det er likevel et spørsmål hvor treffende Høyesteretts begrunnelse var, for «dermed» å anse oppsigelsen som usaklig og ugyldig.

Fastlegeavtalen åpnet for oppsigelse ved «saklig grunn». Det er naturlig å tolke et vilkår om saklighet i et løpende avtaleforhold som en rettslig standard. Hva som er 'saklig' og kan begrunne oppsigelse er da ingen fast størrelse, og det kan endre seg i avtaleperioden. Selv om det avtalte forbeholdet ikke stred mot regelverket ved avtaleinngåelsen, kunne innstrammingen i regelverket tenkes å utgjøre saklig grunn. Det er med andre ord ikke grunn til å slutte direkte, slik Høyesterett gjorde, fra at forbeholdet var gyldig avtalt, til at oppsigelsen var usaklig.

I arbeidsrettslig sammenheng er det ingen tvil om at saklighetskravet er dynamisk og har endret seg vesentlig over tid. Det er ingen tradisjon for å vurdere hva som er 'saklig' ut fra forholdene på ansettelsestidspunktet. Det arbeidsrettslige saklighetskravet er tvert imot

kjennetegnet ved sin evne til å reflektere utviklingen av de rådende verdier i samfunnet. Dette saklighetskravet gir anvisning på en bred og konkret avveining av virksomhetens grunner for å gå til oppsigelse opp mot individuelle rimelighetshensyn, ikke helt ulik forholdsmessighetsvurderingen ved inngrep i samvittighetsfriheten etter EMK art. 9 nr. 2. I lys av sakens prinsipielle karakter er det synd at Høyesterett reserverte seg mot å vurdere saklighetskravet nærmere og mot å foreta forholdsmessighetsvurderingen etter EMK.

Marianne Jenum Hotvedt

Virksomhetsoverdragelse og oppsigelse på grunn av «økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsaker». Colino Sigüenza, C-472/16

Colino Sigüenza, C-472/16, EU:C:2018:646. EU-domstolen har i Colino Sigüenza slagit fast att överlåtelse-direktivet (Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12. mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter) kan vara tillämpligt när en tjänsteleverantör upphör att driva verksamhet med uppdragsgivarens materiella resurser och därför säger upp personalen, varefter en ny tjänsteleverantör efter sex månader driver verksamheten vidare med samma materiella resurser. Den förste leverantörens uppsägning av personalen kan emellertid utgöra en tillåten uppsägning på grund av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl.

En kommunalt anställd musikalärare följde efter flera offentliga upphandlingar (offentliga anskaffelser) med verksamheten till den tjänsteleverantör som kom att driva musikskolans verksamhet. Leverantören tog då över ansvaret för lokaler, inventarier och instrument samt en del av de arbetstagare som anställdes av kommunen. Det vara samma tjänsteleverantör som drev verksamheten sedan kommunen först lade ut verksamheten på anbud i 1997. När elevantalet minskade, och således också inkomsterna för de avgifter som eleverna skulle betala för tjänsten, krävde tjänsteleverantören avtalsenligt ersättning av kommunen. Detta vägrade kommunen och efter några turer i domstol slogs det fast att kommunen brutit mot en bestämmelse om intäktsgaranti («garanti för inntægter») i avtalet. Det medförde att tjänsteleverantören hävde avtalet, slutade att driva verksamheten ett par månader före terminsslutet, sade upp personalen, och försattes i konkurs.

Kommunen tilldelade en annan tjänsteleverantör kontraktet för driften av den kommunala musikskolan. Verksamheten började terminen efter att den förra upphört, efter ca sex månader. Liksom kommunen hade låtit den tidigare tjänsteleverantören göra, lät kommunen den nye tjänsteleverantören använda lokaler, instrument och resurser för driften; äganderätten låg alltså kvar hos kommunen. Däremot tog nye leveran-

tören inte över någon av de anställda som sagts upp av den tidigare tjänsteleverantören. Fråga uppkom således om det skett ett arbetsgivarbyte enligt överlåtelsedirektivet, och i så fall om den första tjänsteleverantörens uppsägning av personalen skulle anses ogiltig eller ha gjorts av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl enligt artikel 4 i överlåtelsedirektivet.

För att direktivet ska kunna vara tillämpligt krävs ett arbetsgivarbyte, men vem som har äganderätten av de materiella tillgångarna som används för driften har ingen betydelse slår EU-domstolen återigen fast, avsnitt 28 f., 37–39. I stället är det avgörande kriteriet för om det är en övergång i direktivets mening om enheten behåller sin identitet, avsnitt 29; inte heller det något nytt. Identiteten anses bibehållen i synnerhet när driften fortsätter, men vid identitetsbedömningen ska samtliga omständigheter i transaktionen beaktas och ligga till grund för en helhetsbedömning av dessa faktorer, jfr de så kallade Spijkersfaktorererna, avsnitt 29–31. Att hänföra helhetsbedömningen av samtliga omständigheter i den aktuella transaktionen, de så kallade Spijkersfaktorererna, till identitetskriteriet, får anses vara en precisering i förhållande till tidigare avgöranden, jfr da Silva e Brito m.fl., C-106/14, EU:C:2015:565, och Aira Pascual, C-509/14, EU:C:2015:781, och där angiven rättspraxis. Däremot synes Høyesterett bedömt identitetskriteriet på detta sätt, jfr Rt. 2015 s. 718 Kirkens Bymisjon, och HR-2017-2277-A Aleris. Form och föremål (gjenstand), det vill säga övergångskriteriet och enhetskriteriet, ska bedömas för sig, framgår det vidare, jfr avsnitt 42; jfr även de två nyssnämnda domarna från Høyesterett.

Sedan tidigare gäller det att vid en övergång av en verksamhet där den viktigaste insatsen är arbetskraften, huvuddelen av personalen hos den ekonomiska enheten som överförs måste övergå på förvärvaren (erhverver) för att identiteten ska vara bibehållen, avsnitt 32. Men från detta kan man inte enligt domstolen dra några motsatsslut: en övergång av en verksamhet vars viktigaste insatsfaktor för driften inte är personalen kan likväl omfattas av direktivet även om inte personalen går över på förvärvaren, avsnitt 33.

I det konkreta fallet var det inte fråga om en övergång av en verksamhet där den viktigaste insatsen var personalen. I stället ansåg EU-domstolen de materiella insatserna vara av betydelse: «fremstår de materielle midler såsom musikinstrumenterne, installationerne og lokalerne som værende nødvendige elementer for udøvelsen af den pågældende økonomiske aktivitet, idet denne sidstnævnte angår driften af en musikskole», avsnitt 35, jfr avsnitt 36. Och som sagt: «om det er sket en overførsel af ejendomsretten til de materielle aktiver, [er ikke] relevant med henblik på anvendelsen af direktiv 2001/23». Men att «kunderne», det vill säga eleverna, övergått hade betydelse för bedömningen av direktivets tillämpning, avsnitt 40. Vad gäller avbrottet av verksamheten «i nogle få måneder» innebar «ikke, at det er udelukket, at den i hovedsagen omhand-

lede aktivitet har bevaret sin identitet, og at det dermed kan afvises, at der foreligger overførsel af en virksomhed i direktivets forstand», avsnitt 44.

I frågan om uppsägningsförbudet och uppsägning på grund av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl, artikel 4.1 i överlåtelsedirektivet, hämtade EU-domstolen stöd i två av sina tidigare avgöranden, Bork International, 101/87, EU:C:1988:308, och Dethier Équipement, C-391/94, EU:C:1998:99, avsnitt 48–53. Uppsägningen av arbetstagaren hade sitt upphov i kommunens kontraktsbrott och att arbetsgivaren inte kunde avlöna sin personal, vilket i sin tur ledde till konkurs. «Disse omstændigheder synes således at tale for at kvalificere [överlåtarens] afskedigelse af personale som værende sket af »økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager« som omhandlet i artikel 4, stk. 1, i direktiv 2001/23, for så vidt som de omstændigheder, der gav anledning til afskedigelsen af samtlige ansatte, og den sene udpegelse af en ny leverandør af tjenesteydelser imidlertid ikke udgør en bevidst foranstaltning for at fratage lønmodtagerne de rettigheder, som direktiv 2001/23 giver dem, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve», avsnitt 54.

Domen är intressant dels för att EU-domstolen preciserar hur bedömningen av identitetskriteriet ska göras, dels för bidraget till hur undantaget av uppsägningsförbudet på grund av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl i artikel 4 i överlåtelsedirektivet kan förstås.

Bernard Johann Mulder

Ammende mor har særlig vern mot nattarbeid. González Castro, C-41/17

González Castro, C-41/17, EU:C:2018:736. Det aktuella målet rör Gonzáles Castro som arbetade som säkerhetsvakt. Hon hade fött en son, som hon ammade. Hennes arbete var förlagt enligt ett rotationssystem med 8 timmars arbetsdag, alltså förekom även nattarbete. För att få rätt till förmånerna för risker vid amning i enlighet med nationell rätt, måste hon uppvisa läkarintyg som skulle styrka att hennes arbete medförde risker för amningen. Hon ansökte därför om sådant intyg, men denna ansökan avslogs.

Begreppet «nattarbete» i artikel 7.1 i Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) ska enligt EU-domstolen omfatta inte bara de som enbart arbetar nattetid, utan även sådana som arbetar skift där vissa av skiften är nattskift. Arbetstagaren ska därför beredas möjlighet till övergång till arbetet på dagtid, eller arbetsledighet eller förlängd barnledighet, artikel 7.2 i direktivet. För detta krävs emellertid att arbetstagaren uppvisar läkarintyg som styrker att en sådan övergång eller ledighet är nödvändig med hänsyn till arbetstagarens säkerhet

eller hälsa. Fråga uppkom om de särskilda bevisbörde-reglerna i artikel 19.1 i likabehandlingsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet) skulle tillämpas på frågan huruvida arbetstagaren har rätt till ledighet under amningsperioden. EU-domstolen slog fast att dessa regler om omvänd bevisbörda skulle vara tillämpliga i den konkreta situationen, eftersom den aktuella situationen var att betrakta som direkt diskriminering. «Den omständighet, at vurderingen af, hvilken risiko en ammende arbejdstagers stilling indebærer, ikke er foretaget i overensstemmelse med kravene i artikel 4, stk. 1, i direktiv 92/85, skal nemlig anses for at udgøre en dårligere behandling af en kvinde i forbindelse med graviditet eller barselsorlov som defineret i dette direktiv og udgør derfor en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn som omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra c), i direktiv 2006/54», avsnitt 63.

Bernard Johann Mulder

Alderspensionsytelser må alltid være minst 50 procent ved arbejdsgivers insolvens. Artikel 8 i insolvensdirektivet har direkte virkning. Hampshire, C-17/17

Hampshire, C-17/17, EU:C:2018:674. Artikel 8 i insolvensdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/94/EG av den 22 oktober 2008 om skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens) förpliktar medlemsstaterna att undantagslöst garantera varje enskild arbetstagare en ersättning motsvarande minst 50 procent av värdet av de rättigheter som förvärvats enligt ett kompletterande tjänstepensionssystem när arbetsgivaren blir insolvent. Denna ersättning om minst 50 procent ska beräknas med hänsyn till den förutsedda utvecklingen av pensionsförmånerna under hela pensionsperioden. Artikel 8 i insolvensdirektivet har direkt effekt.

Bernard Johann Mulder

Litteratur

Gerd Engelsrud: Statsansatteloven. Særlov om ansettelse og opphør av arbeidsforhold i staten. Cappelen Damm Akademisk, 2018. 141 sider

Siktemålet med boka er å formidle innholdet i den nye statsansatteloven som trådde i kraft 1. juli 2017. Den- na översikt presenteras i sju kapitel. Boken inleds med ett kapitel om Statsansatteloven og dens virkeområde på 19 sidor. De två följande kapitlen är bokens mest centrala och är på 50 sidor (Ansettelse i staten) respektive 40 sidor (Opphør mv.). De fyra sista kapitlen är var och ett små: kapitel 4 om Vedtaksmyndighet og saksbehandlingsregler, 4 sidor; kapitel 5 om Klage og

søksmål på dryga 5 sidor; kapitel 6 och 7 på 1 ½ sida tillsammans. Boken är försedd med en förteckning över litteratur och förarbeten samt ett domsregister med sidhänvisningar. Slutligen finns ett sakregister.

Bernard Johann Mulder

Tron Løkken Sundet: Kollektiv arbeidsrett. Cappelen Damm Akademisk, 2018. 232 sider

Boken är en inledning till den kollektiva arbetsrätten. Den inleds med en «Leseveiledning». Där sägs det inledningsvis att boken «gir en oversikt over de historiske og rettslige rammene for det kollektive arbeidslivet. Målgruppen er alle som lurer på hva den kollektive arbeidsretten er eller som ønsker en innføring som et startpunkt for mer grundige studier av faget». Boken är indelad i sju kapitel. Efter ett inledande kapitel (20 s.) ges en historisk bakgrund (21 s.). Därpå följer ett kapitel om organisationsfrihet och arbetstagarinflytande (56 s.). Kapitel fyra och fem behandlar det kollektiva avtalets begrepp och innehåll (32 s.) respektive verkningar (41 s.). De två avslutande kapitlen berör intressetvister (38 s.) och rättstvister (18 s.). Boken saknar litteraturreferenser och domsregister, men har sakregister.

Bernard Johann Mulder

Marion Holthe Hirst og Sven Ivar Lønneid: Arbeidsrett i et nøtteskall, 2. utg. Gyldendal Juridisk, 2018. 306 sider

Boken är indelad i tretton kapitel, med skiftande omfång, från små på ca fyra sidor (*Arbeid av barn og unge* och *Informasjon og drøfting*), till ganska omfattande på 37, 46 och 70 sidor (*Inngåelse av arbeidsforhold*, *Arbeidstid* respektive *Opphør av arbeidsforhold*). Boken behandlar huvudsakligen den individuella arbetsrätten; den kollektiva avhandlas på 10 sidor. Boken saknar domsregister och litteraturreferenser, men det finns en förteckning över några titlar ur den norskarbetsrättsliga litteraturen. Boken är försedd med sakregister.

Bernard Johann Mulder

Mpoki Mwakagali: International Financial Institutions and Labour Standards. Stockholms universitet, 2018, 408 sider (Avhandlingen är digitalt tillgänglig.)

Avhandlingen sägs utreda de rättsliga implikationerna av lånevillkoren hos sex internationella finansinstitut: Världsbanken, Internationella Valutafonden (IMF), Europeiska banken för återuppbyggnad och utveckling (EBRD), Afrikanska utvecklingsbanken (AfDB), Asiatiska utvecklingsbanken (ADB) och Interamerikanska utvecklingsbanken (IDB). Detta görs i sju kapitel: *Introduktion* (19 s.); *IFIs General*

Legal Framework: Mandates and Structure (54 s.); *The Concept of Conditionality* (33 s.); *International Labour Standards on Freedom of Association and Collective Bargaining: A Theoretical and Substantive Framework* (78 s.); *International Financial Institutions and International Law* (37 s.); *IFIs' Labour Conditionality on Freedom of Association and Collective Bargaining Rights* (101 s.); samt *Conclusions and Reflections* (21 s.). Det finns en sammanfattning på svenska (3 s.). Avhandlingen innehåller en källförteckning på dryga 50 s.

Författarens slutsats är att Världsbanken och IMF betraktar föreningsfrihet och kollektiva förhandlingar som ett hinder för flexibiliteten på arbetsmarknaden och därmed ett hinder för ekonomisk utveckling. Med denna syn blir dessa rättigheter instrumentella värden och dessa rättigheter främjas endast om Världsbanken och IMF bedömer att rättigheterna är nödvändiga för att öka den ekonomiska tillväxten, allt enligt författaren. Vidare sägs avhandlingen utreda om villkorligheten i de internationella finansinstitutens låneverksamhet är förenlig med den internationella rättens principer. Konklusionen är, att även om de internationella finansinstituten omfattas av internationell rätt, är deras åligganden mer oklara när det gäller mänskliga rättigheter.

Avslutningsvis diskuterar författaren hur internationella finansinstitut kan bli bättre på att främja och implementera föreningsfrihet och kollektiv förhandling. Författaren anser att de institutionella finansinstituten bör inta ett mer holistiskt och hållbart synsätt på utveckling som erkänner och beaktar sambandet mellan ekonomisk tillväxt samt sociala och politiska rättigheter. Med ett sådant synsätt är mänskliga rättigheter inte bara ett valbart alternativ eller endast ett medel, utan i stället bör rättighetsperspektivet tillämpas. Vidare bör, enligt författaren, civilsamhället, särskilt arbetsmarknadens parter, ha möjlighet att delta i förhandlingarna mellan de internationella finansinstituten och regeringarna.

Bernard Johann Mulder

AVTALERETT/ FORBRUKERKJØPSRETT

Kontrollansvar for «vild strejke»; «usædvanlige omstændigheder» i flypassasjererforordningen er et unionsrettslig begrep. Krüsemann m.fl., C-195/17 m.fl.

Krüsemann m.fl., C-195/17 m.fl., EU:C:2018:258. Symelding som reaksjon på omstrukturering var vill streik, men ikke «usædvanlige omstændigheder» ifølge flypassasjererforordningen flypassagerarförordningen (Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställ-

da eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91), og derfor ikke grunn for å nekte å utbetale kompensasjon til passasjerer.

TUIfly hade beslutat om en omstrukturering av företaget, utan att ha förankrat denna hos personalen. Som en konsekvens av det för arbetstagarna överraskande beslutet, sjukanmälde sig ett stort antal av den flygande personalen under en tiodagersperiod. Sjukskrivningarna, som gjorts på arbetstagarnas och inte deras organisations initiativ, steg från den normala nivån på 10 procent till 89 procent. Enligt tysk rätt kvalificerades sjukskrivningsåtgärden som en vild strejk eftersom den inte skett på initiativ av en facklig organisation. Den vilda strejken upphörde genom att en överenskommelse mellan TUIfly och arbetstagarrepresentanter träffades.

Som en följd av denna sjukskrivningsåtgärd kom ett stort antal flygningar att ställas in eller kraftigt försenas. Enligt flygpassagerarförordningen har resenärer under sådana omständigheter i normalfallet rätt till ersättning, med mindre det råder «extraordinära omständigheter» («usædvanlige omstændigheder»), se artikel 5.3 i flygpassagerarförordningen. TUIfly hävdade (hevdet) att sjukskrivningarna var att anse som en vild strejk och att det därför förelåg extraordinära omständigheter med följden att skyldighet att betala ut kompensation enligt förordningen föll bort, se artikel 7 i flygpassagerarförordningen. Två Amtsgerichte (tilsvarende tingrett) begärde förhandsavgörande hos EU-domstolen. De frågade (avsnitt 18 och 21 i domen) om den ifrågavarande «vilda strejken» (vilket alltså domstolarna konstaterat att det var tal om) skulle omfattas av begreppet extraordinära omständigheter i artikel 5.3 i flygpassagerarförordningen, och därmed befria TUIfly från skyldighet att utge kompensation.

EU-domstolen svarade nekande på denna fråga:

artikel 5.3 «skal fortolkes således, at det spontane fravær af en væsentlig del af flypersonalet ('vild strejke') som det i hovedsagerne omhandlede, der skyldes et luftfartsselskabs uventede meddelelse om en omstrukturering af virksomheden, hvilket fravær ikke sker på opfordring fra virksomhedens medarbejderrepræsentanter, men spontant på medarbejdernes eget initiativ, idet de sygemelder sig, ikke er omfattet af begrebet 'usædvanlige omstændigheder' som omhandlet i denne bestemmelse», avsnitt 48.

EU-domstolen ansåg nämligen inte att de två kumulativa villkoren som kvalificerar en händelse som extraordinär omständighet förelåg, jfr avsnitt 32 och 34. Villkoren som måste vara uppfyllda, är att aktuell händelse måste till sin art eller ursprung falla utanför det berörda lufttrafikföretagets normala verksamhet. Dessutom ska händelsen ligga utanför företagets faktiska kontroll. Den situation som inträffade hos TUIfly ansågs vara en del av ett företags normala verksamhet, avsnitt 42. Att sådana reaktioner hos personalen, som det att vidta en vild strejk, är tydliga

något som arbetsgivaren riskerar att drabbas av till följd av en omstrukturerings som inte kommunicerats med arbetstagarna, och därför ingår som en normal del av verksamheten. Och eftersom den vilda strejken upphörde genom den överenskommelse som TUIfly slöt med arbetstagarrepresentanterna, ansågs tydligen den vilda strejken inte ligga utanför företagets kontroll, avsnitt 43 f. Att det i flygpassagerarförordningens skäl 14 anges att strejker kan utgöra en händelse som förorsakats av extraordinära omständigheter, innebär inte nödvändigtvis en befrielse från skyldigheten att utge kompensation i händelse av strejk, avsnitt 34. Det gäller även om det är fråga om en vild strejk i enlighet med nationell rättsordning. Begreppet extraordinära omständigheter är alltså ett unionsrättsligt begrepp och oberoende av om en stridsåtgärd är laglig eller inte enligt nationell rätt, avsnitt 47. Domstolen menade som skäl för detta att i annat fall det «ville faktisk medføre, at passageres ret til kompensation ville afhænge af social- og arbejdsmarkedslovgivningen i hver enkelt medlemsstat, hvorved målene med første og fjerde betragtning til forordning nr. 261/2004 om at sikre et højt beskyttelsesniveau for passagererne såvel som ens betingelser for luftfartsselskabers udøvelse af deres aktiviteter inden for Unionens område ville blive bragt i fare».

EU-domstolens utslag är väl inte i och för sig att förvåna. Eftersom reglerna om flygpassagerares rättigheter är nedfälda i en förordning, är det inte så långsökt att se att begreppen i denna blir att tolka unionsrättsligt. De rättigheter som förordningen garanterar är direkt tillämpliga och har direkt effekt. Därför ska det inte vara avhängigt av vad som enligt nationell rättsordning bedöms som lovlig eller olovlig stridsåtgärd (arbetskamp) för bedömningen av vad som ska anses vara en extraordinär omständighet. En konsekvens av domen är nog att det ska mycket till för att en lovlig stridsåtgärd beslutad av en facklig organisation ska bedömas som en extraordinär omständighet. Detta förefaller ligga i linje med praxis i Transportklagenemnda – Fly. Däremot kanske man kan skänka ytterligare en tanke kring argumentet att den vilda strejken ansågs ligga inom «luftfartsselskabets faktiske kontroll» för att den upphörde efter en överenskommelse. Arbetsgivaren skulle ha varit i en bättre position om man hade förankrat beslutet om omstrukturerings hos arbetstagarna, men inte nödvändigtvis fått medhåll, för att slippa utge kompensation. Konsekvensen av att en vild strejk ska anses ligga inom arbetsgivarens kontroll har onekligen också dimensioner till arbetstagarinflytande.

Ersättning ska även betalas för den kommission som en mellanman uppburit, om lufttrafikföretaget hade vetskap om detta. Detta har EU-domstolen numera klarlagt i mål Harms m.fl. mot Vueling Airlines, C-601/17, EU:C:2018:702. Att ersättningsskyldighet skulle uppkomma genom en sådan vild strejk som i

Krüsemann m.fl. mot TUIfly, kan inte ha någon betydelse. Denna fråga var emellertid inte temat i målet.

Bernard Johann Mulder

Refusjon grunnet kansellert flyreise kan inkludere gebyr. Harms, C-601/17

Harms, C-601/17, EU:C:2018:702. Harms hade för sig och sin familj bokat en flygresan på företaget Opodos webbplats. Opodo fakturerade Harms ett belopp på 1 108 euro. På bokningsbekräftelsen angavs samma belopp. Opodo överförde 1 031 euro till lufttrafikföretaget Vueling Airlines. Mellanskillnaden 77 euro utgjorde kommission. Eftersom flygresan sedan inte genomfördes i enlighet med den route som angetts av Vueling Airlines, var detta att likställa med en inställd flygning enligt artikel 8.1 a i flygpassagerarförordningen (Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91). Återbetalningsskyldighet (refusjon) förelåg därför. Vueling Airlines menade emellertid att bara 1 031 euro skulle utgöra inköpspris (köbspris) och bestred därför återbetalningsskyldighet för kommissionsbeloppet.

EU-domstolen slog fast att «et gebyr, som en formlervirksomhed har afkrævet en passager i forbindelse med købet af en billet, i princippet skal anses for at være en del af den billetpris, som skal refunderes til den pågældende passager, hvis den pågældende flyafgang aflyses», avsnitt 16 i domen. Motiveringen till detta sades vara målsättningen med förordningen att sörja för ett långtgående skydd för flygpassagerarna och att tillförsäkra en avvägning mellan passagerarnas och lufttrafikföretagens intressen, avsnitt 15. Mellan begreppen «biljett» och «inköpspris» finns enligt domstolen ett direkt samband, eftersom en biljett kan köpas av passagerare antingen direkt från lufttrafikföretaget eller via mellanman, avsnitt 13. Har en biljett utfärdats av lufttrafikföretaget eller av en av luftföretaget godkänd förmedlare, ska i uttrycket «biljett» inbegripas biljettpriset inklusive kommission, avsnitt 17–20.

Detta synes också vara den lösning som rimligen ligger i linje med förordningen. Det skulle vara att göra det väl krångligt om en resenär hade att vända sig till både reseförmedlaren och lufttrafikföretaget för att återfå kommissionen respektive biljettpriset i inskränkt bemärkelse. Dessutom kan man tänka sig att reseförmedlaren i det fall man måste återbetala kommissionen, skulle komma att vända sig till lufttrafikföretaget för att återfå det beloppet. Men ett caveat är ändå på sin plats: en beställare av resa måste förvissa sig om att det han eller hon betalar är ett belopp för något som lufttrafikföretaget har vetskap om; i annat fall är det som betalas inte något som

behøvs for resans utførande. EU-domstolen indikerer dermed at endast sådana «'uundgåelige' elementer i den pris» kan återkrävas (refunderes). Risk att betala till någon icke auktoriserad återförsäljare torde emellertid i praktiken vara liten.

Bernard Johann Mulder

ERSTATNINGSRETT

Foreldelse av krav mot försikringsselskap – HR-2018-1612-A

Saken gjelder forholdet mellom ettårsregelen i foreldelsesloven (fel). § 22 nr 1 og seksmånedersregelen i forsikringsavtaleloven (FAL) § 18-5 andre ledd.

Når foreldelsesfristen for en fordring er avbrutt ved søksmål etter fel § 15 eller ved klage til reklamasjonsnemnd etter § 16, og saken ender uten realitetsavgjørelse, følger det av fel § 22 nr 1 at kreditor har ett år på seg til å ta nytt fristavbrytende skritt. Dette er en alminnelig regel som gjelder for alle typer fordringer, herunder krav mot forsikringsselskap. Selv om det sjelden vil ha praktisk betydning, kan det nevnes at ettårsfristen i § 22 nr 1 står tilbake for den opprinnelige foreldelsesfristen for fordringen dersom denne løper ut senere enn ettårsfristen.

Ved krav mot forsikringsselskap i ulykkes- og sykeforsikring kan selskapet etter FAL § 18-5 andre ledd i skriftlig melding til forsikrede om helt eller delvis avslag bestemme at søksmål eller klage til utenrettslig klageorgan (Finansklagenemnda) må iverksettes innen seks måneder fra meldingen. Hvis søksmål eller klage ikke inngis innenfor fristen, mister forsikrede sin rett til erstatning. For omtalen av HR-2018-1612-A er det ikke viktig om regelen bør kalles en regel om foreldelsesfrist, slik Høyesterett gjør, eller en regel om søksmålsfrist. Regelen i FAL § 18-5 andre ledd innebærer uansett at krav mot selskapet kan falle bort før det er foreldet etter de alminnelige reglene om foreldelse i FAL § 18-6. Regelen er ifølge lovhistorien (avsnitt 55 – 59) begrunnet i forsikringsselskaperens behov for å få oversikt over krav.

Det er for omtalen av HR-2018-1612-A ikke nødvendig å gå nærmere inn på lovens alminnelige regler om foreldelse, og heller ikke på utgangspunktet for henholdsvis ettårsfristen i fel § 22 nr 1 og seksmånedersfristen i FAL § 18-5 andre ledd.

Saken for Høyesterett gjelder krav mot forsikringsselskap for personskade under en personulykkesforsikring tegnet av skadelidtes arbeidsgiver. Skaden skjedde i en trafikkulykke. Forsikringsselskapet avsto ansvar under henvisning til at personalforsikringen var subsidiær i forhold til bilforsikringen, som var tegnet i et annet forsikringsselskap. Saken ble klaget inn for Finansklagenemnda før foreldelse var inntrådt. Klage til Finansklagenemnda avbryter foreldelse i medhold av fel § 16 nr 2 bokstav a. Klagen var begrenset til spørsmålet om forsikringen var subsidiær i forhold til

bilforsikringen. Erstatningsutmålingen var ikke tema i klagesaken. Fristavbrudd ved klage etter § 16 vil, til dels i motsetning til det som gjelder ved søksmål etter § 15, kunne omfatte flere sider av saken enn det som formelt er gjort til klagegjensstand. Førstvoterende uttrykker det (avsnitt 46) slik at foreldelse ble avbrutt for «hele kravet», ikke bare for spørsmålet om samordning med bilforsikringen. Finansklagenemndas sekretariat ga i sin uttalelse uttrykk for at forsikringen ikke var subsidiær. Selskapet aksepterte sekretariatets syn og dermed ansvar for skaden. Forsikrede ble tilbudt et erstatningsbeløp, som var lavere enn forsikredes krav. Selskapet meddelte at forsikrede måtte ta ut ny klage eller gå til søksmål innen seksmånedersfristen i FAL § 18-5 andre ledd for å beholde retten til å fremme ytterligere krav mot selskapet. Det ble ikke tatt ut klage eller anlagt søksmål innenfor seksmånedersfristen, men derimot innenfor ettårsfristen i fel § 22 nr 1.

Saken ble formelt avsluttet i Finansklagenemnda noen dager etter at selskapet hadde gitt meddelelse om søksmålsfrist etter § 18-5 andre ledd for ytterligere krav. Forsikrede gjorde prinsipielt gjeldende at det ikke kan settes slik frist mens saken formelt står for nemnda. Subsidiært ble det anført at ettårsfristen i fel § 22 nr 2 ikke kan forkortes gjennom FAL § 18-5 andre ledd. Høyesterett begrenset sin drøftelse til forholdet mellom § 22 nr 1 og § 18-5 andre ledd, som altså var forsikredes subsidiære grunnlag. Førstvoterende la i den forbindelse til grunn at uttalelsen fra Finansklagenemndas sekretariat ikke var en realitetsavgjørelse, og at ettårsfristen i fel § 22 nr 1 derfor i utgangspunktet kom til anvendelse (avsnitt 53). Siden alle sider av saken ble reddet fra foreldelse ved klagen, ville ettårsfristen også gjelde for andre sider av saken enn de som var omfattet av klagen. Spørsmålet for Høyesterett var altså om denne fristen kunne settes ut av spill ved at selskapet satte en seksmåneders søksmåls- eller klagefrist i medhold av FAL § 18-5 andre ledd.

Regelen i FAL § 18-5 andre ledd om at et forsikringsselskap som avslår et krav helt eller delvis, kan fastsette en søksmålsfrist på seks måneder selv om den alminnelige foreldelsesfristen løper ut senere, er en særregel for krav mot forsikringsselskap. Regelen har en parallell i skadeforsikring i FAL § 8-5 andre ledd, men har ellers ingen alminnelig parallell ved krav mot andre enn forsikringsselskaper. Andre som utsettes for krav, har ingen tilsvarende mulighet for å fastsette en kort søksmålsfrist etter avslag. Når en klagesak mot for eksempel en bank ender uten realitetsavgjørelse i Finansklagenemnda, er det klart at klageren har ett år på seg til å foreta nytt fristavbrytende skritt.

Høyesterett kom enstemmig til at forsikringsselskapet ikke kunne påberope søksmålsfristen i § 18-5 andre ledd i et tilfelle som dette. Førstvoterende bemerket (avsnitt 61) at ordlyden i § 18-5 andre ledd isolert sett omfatter det foreliggende tilfellet. Situasjonen var likevel uvanlig fordi forsikrede i saken allerede tidligere ved klage til Finansklagenemnda hadde foretatt

slikt fristavbrytende skritt som kreves etter § 18-5 andre ledd. Spørsmålet var derfor om selskapet ved varsel etter § 18-5 andre ledd kunne bestemme at fristavbrytende skritt må tas på nytt (avsnitt 62). Førstvoterende fant det «lite tvilsomt» at bestemmelsen i § 18-5 andre ledd ikke er utformet med tanke på et tilfelle som dette, men derimot med tanke på situasjonen før fristavbrudd (avsnitt 63). Førstvoterende fremhevet videre (avsnitt 65) at reglene i §§ 8-5 andre ledd og 18-5 andre ledd har vært kritisert i juridisk teori som svakt begrunnet fordi de ensidig ivaretar selskapenes interesser på bekostning av de som har krav mot selskapene (avsnitt 65). Rekkevidden av § 18-5 andre ledd bør derfor begrenses til tilfeller som «klart ligger innenfor ordlyden» (avsnitt 66). Det gir dessuten den retts teknisk klareste regelen å avgrense rekkevidden av § 18-5 andre ledd mot situasjoner hvor foreldelsesfristen allerede er avbrutt (avsnitt 66).

Høyesteretts resultat i saken er godt begrunnet. Når foreldelsesfristen for en fordring er avbrutt ved saksanlegg eller klage og saken ender uten realitetsavgjørelse, bør kravets levetid bestemmes av ettårsfristen i fel § 22 nr 1, som er gitt nettopp med sikte på denne situasjonen. Forsikringsselskapet bør ikke kunne gripe inn i ettårsfristen ved å fastsette en kortere søksmålsfrist i medhold av FAL § 18-5 andre ledd.

Trygve Bergsåker

FAST EIENDOM

Kapitaliseringsrenten ved erstatning for ekspropriert næringsseiendom – HR-2008-1715-A

Saken gjaldt fastsettelse av kapitaliseringsrente ved utmåling av erstatning etter ekspropriasjon av næringsseiendom. Hovedspørsmålet var om den standardiserte kapitaliseringsrenten som benyttes blant annet i personskadesaker, skulle anvendes. Retten avgjorde at selv om en viss usikkerhet ved fremtidige tap i utgangspunktet kan tas hensyn til når de årlige beløp fastsettes, kan denne usikkerheten også gi seg utslag i fastsettelsen av kapitaliseringsrenten.

Ved ekspropriasjon av et næringsbygg i forbindelse med byggingen av Follobanen var partene enige om at erstatningen skulle fastsettes etter bruksverdi. Eiere og brukere av næringsbygget hadde lidt både avbruddstap (36 mnd.) og permanente tap. Ved utmåling av erstatningen benyttet lagmannsretten den alminnelige standardiserte kapitaliseringsrente på 4 prosent. Tingretten hadde anvendt 8 prosent på deler av tapet. Begrunnelsen for den høye kapitaliseringsrenten var særlige forhold ved vurdering av risikoforholdene.

I sin anke over overskjønnet anførte Bane Nor at rekkevidden av anvendelsen av den standardiserte renten er begrenset og ikke omfatter saker av den type skjønnet dreiet seg om. Videre ble det anført at kapitaliseringsrenten må fastsettes konkret ut fra den aktuelle reinvesteringssmulighet i næringen.

Ankemotpartene anførte at det følger av Høyesteretts praksis fra og med Rt-2008-195 at standardrenten nå gis generell anvendelse i alle ekspropriasjonssaker.

Anken førte frem som følge av uriktig rettsanvendelse. Med henvisninger bl.a. til uttalelser i Rt-2008-195 (Regionfelt Østlandet), Rt-2012-577 (Bergen bybane) og storkammerdommen i Rt-2014-1203 konkluderer førstvoterende med at den standardiserte rentesatsen kan fravikes når særlige forhold gjør seg gjeldende. Slike forhold kan være aktuelle ved ekspropriasjon av næringsseiendom med høy avkastning.

En høy avkastning kan være et resultat av at virksomheten innebærer stor usikkerhet. Et spørsmål som da reiser seg er om denne usikkerheten bør tas hensyn til ved den skønsmessige fastsettelse av de årlige tap eller ved justering av kapitaliseringsrenten. Økonomisk teori tilsier at det er det siste alternativet som bør velges. I rettslig tradisjon er det derimot vanlig å ta hensyn til denne usikkerheten ved fastsettelsen av de årlige tap. Dette ble stadfestet i storkammerdommen om personskadeerstatning Rt-2014-1203 avsnitt 83, der det var spørsmål om usikkerhet i personskadesaker knyttet til skadelidtes fremtidige inntekter uten skaden. Ingen av partene i denne saken hadde prosedert på at kapitaliseringsrenten skulle justeres på grunnlag av usikkerheten. Mot slutten av hovedforhandlingene ble det fra eksperthold argumentert for å justere kapitaliseringsrenten slik økonomisk teori tilsier, men siden ingen av partene hadde prosedert på dette, uttalte førstvoterende:

«Jeg er enig med sakens parter i at aktuarisk risiko og inntektsusikkerhet ikke skal spille inn ved fastsettelse av kapitaliseringsrenten. Aktuarisk risiko og inntektsusikkerhet vil variere mye fra skadetilfelle til skadetilfelle. Selv om det nok fra et fagøkonomisk ståsted kan gi god mening å ta hensyn til dette som en slags forsikringspremie som er lik for alle ved beregning av kapitaliseringsrenten, er erstatningsretten basert på at man skal finne frem til den enkelte skadelidtes hypotetiske livsløp og inntekt på grunnlag av vanlige bevisregler. Er det – enkelt sagt – sannsynlighetsovervekt for at den skadelidte for eksempel uansett ville ha blitt ufør i løpet av erstatningsperioden, tar man hensyn til dette når dette inntektstapet beregnes i kroner, ellers ikke.» (Rt-2014-1203 avsnitt 83)

Denne enkle – kanskje litt for enkle – forklaringen følges ikke opp av førstvoterende i den foreliggende sak (avsnitt 44):

«Også i ekspropriasjonssaker må utgangspunktet være at beregningen av det årlige tapet skal skje ut fra prinsippet om sannsynlighetsovervekt – man skal bygge på det som er mest sannsynlig. Det innebærer at man i noen grad, men langt fra fullt ut, tar hensyn til foreliggende risikomomenter knyttet til fremtidige inntekter. Dette vil være usikkerhet som knytter seg til inntektsstrømmen for den avståtte eiendommen, så som framtidige leieinntekter eller framtidige drifts- og vedlikeholdskostnader. At slike forhold er hensyntatt, kan ikke

lede til at kapitaliseringsrenten skal fastsettes med utgangspunkt i en investering med særlig lav risiko.»

Dette må forstås slik at kapitaliseringsrenten må avspeile den *generelle* usikkerhet ved de tap som oppstår ved ekspropriasjon av næringsbygg.

Førstvoterende noterer at lagmannsretten ved beregningen av det årlige tapet har «tatt et visst hensyn til usikkerhet». Han finner det nærliggende å oppfatte denne knappe formuleringen som at det er det mest sannsynlige årlige tap som er lagt til grunn. Men han noterer at denne måten å ta hensyn til usikkerheten på i seg selv ikke gir grunnlag for å anvende den standardiserte kapitaliseringsrenten. Som påpekt i det siterte avsnitt 44, bør usikkerhet knyttet til den aktuelle eiendom tas hensyn til ved fastsettelsen av de årlige tap, men ikke den generelle usikkerheten ved næringsvirksomheten. Denne usikkerheten må hensyntas ved fastsettelsen av kapitaliseringsrenten, og derfor kan ikke den (lave) standardrenten uten videre anvendes.

Med denne veiledning blir det opp til skjønnsretten å velge en kapitaliseringsrente som avspeiler den generelle usikkerheten ved den aktuelle næringsvirksomheten. Ekspertene i den nevnte storkammersaken anslo den aktuariske risiko for inntektstapet til 0,75 prosent, og den risikofrie kapitaliseringsrente ble foreslått gitt et tilsvarende tillegg. En vurdering av usikkerheten knyttet til risikofylt næringsvirksomhet vil trolig lede til et høyere tillegg.

Når det gjelder de kortsiktige tap, uttaler førstvoterende at den standardiserte kapitaliseringsrenten ikke er ment å gjelde i slike tilfeller. Her må det foretas en konkret vurdering. Også på dette punkt førte anken frem.

Erling Eide

Tilbakeføring av gave – verdifull villaeiendom – HR-2018-1906

Når en gave ytes, kan det være for et mer eller mindre presist angitt formål, og dermed har man i mange sammenhenger fått spørsmål om hva som skjer når gaven ikke lenger tjener formålet. For fast eiendom nevnes som eksempler: grunn avgitt til skole, bedehus eller annet forsamlingshus – og ikke minst: grunn avgitt til vei. Hvorvidt eiendommen skal tilbake til giveren når det ikke lenger er aktuelt med den påtenkte bruk, beror oftest på en konkret vurdering av omstendighetene omkring avgivelsen og hvorledes det har vært forholdt gjennom kanskje en årrekke før tilbakeføringsspørsmålet reises. Eksempler fra eldre rettspraksis er Rt. 1936 s. 697 (grunn avgitt til lærerskole) og Rt. 1939 s. 926 (Agder – kristelig tuberkulosehjelp).

Et nytt bidrag gir HR-2018-1906 om den verdifulle villaeiendom Fredheim:

Ifølge As testament av 1940 skulle det vesentlige av hans formue tilfalle et legat med formål å «yte hjelp til veldedige og almenntilgitt tiltak». Om eiendommen Fredheim var det bl.a. bestemt at den skal «i montert stand stilles til disposisjon som bolig for biskopen i

Stavanger». A døde i 1943, men legatet ble ikke en realitet før enken døde i 1964.

Om bruk av Fredheim som bispebolig ble det adskillige forhandlinger mellom legatets styre og myndighetene. Det endte med at eiendommen ble tilskjøtet Opplysningsvesenets fond (OVF), fra skjøtet gjengis:

«1) Eiendommen skal nyttes som embetsbolig for Biskopen i Stavanger. Den kan ikke nyttes til andre formål uten Legatstyrets samtykke.

2) Hvis endrede forhold gjør det umulig å nytte eiendommen som bispebolig, eller andre grunner gjør det mer hensiktsmessig at Biskopens leieforhold blir ordnet på annen måte, kan Legatet kreve eiendommen tilbakeført til seg vederlagsfritt og fri for pengeheftelser.»

Biskopen flyttet fra eiendommen i august 2015, og i oktober samme år bad Legatet om at eiendommen måtte bli tilbakeført. Men OVF avslo dette under henvisning til løsningsrettsl. (lov 64/1994) § 16, jf. § 23: Hovedregelen i § 16 er at en løsningsrett ikke gjelder for lengre tid enn 25 år, med den overgangsregel i § 23 at løsningsretter eldre enn loven tidligst faller bort 20 år etter lovens ikrafttreden, som var 1. juli 1995. Dermed var tilbakeføringskravet fremsatt for sent. Legatet vant i tingsretten, men tapte i lagmannsretten med omkostningsansvar overfor OVF.

Høyesterett fant det klart at det var foretatt en reell eiendomsoverføring fra Legatet til OVF, riktignok med betydelige begrensninger i eierrådigheten (avsnitt 46-48). Etter en detaljert gjennomgang av forarbeidene sies det:

«Den type tilbakeføringsrett som er avtalt i saken her må nemlig etter min oppfatning under enhver omstendighet sies å ligge innenfor det lovgiveren har tatt sikte på. Jeg viser særlig til det jeg har referert om lovens vide siktemål og til at også rettsforhold som har et meget langsiktig preg er ment omfattet» (avsnitt 72).

Var dermed også samtykkeklausulen bortfalt – slik som hevdet av OVF? Høyesterett pekte på at bestemmelsen hadde vært viktig under kontraktsforhandlingene, og at det ikke var grunnlag for at den skulle falle bort fordi løsningsretten var gått tapt (avsnitt 83). OVF's anførsel om at det ville innebære misbruk om den ble benyttet, og at den i alle fall ville bli fjernet etter reglene om om- og avskiping i servituttløven, førte heller ikke frem idet det ikke var:

«noe grunnlag for å forutsette at en fremtidig nektelse av samtykke vil innebære maktmisbruk. Der nest bemerket jeg at retten selvsagt ikke slutter å gjelde selv om en mulig senere utvikling kan føre til endringer» (avsnitt 84).

Men var bortfallet av løsningsretten i strid med Grunnloven § 97 eller EMK P1-1?

For grunnlovsspørsmålet tar Høyesterett utgangspunkt i HR-2016-389 (Hagen), men finner det ikke nødvendig med noen inngående drøftelse (avsnitt 92). Det pekes på at Legatets rett til igjen å bli eier var usikker, klausulen hadde bestått i mer enn 50 år, at løsningsrettsloven er en «allmenn lov som generelt

retter seg mot avtalte løsningsretter», med «et legitimt formål forankret i samfunnsmessige hensyn», og med en lang overgangsperiode, og endelig at «samtykke-klausulen gir legatet en posisjon som reduserer den konkrete belastningen ved å miste løsningsretten» (avsnitt 93–95).

De nå anførte momenter «leder til at det ikke foreligger motstrid med P1-1» (avsnitt 100).

Saksomkostninger ble ikke tilkjent for noen instans.

Thor Falkanger

Mistet jaktrett etter 55 år – HR-2018-1782-A

I 1963 solgte en mann sin sameieandel i utmark til en nabo, men beholdt innmarka og samtlige jaktrettigheter. Etter at det på 1980-tallet kom i gang organisert hjortejakt i distriktet, hadde selgerens rettsetterfølger deltatt i jakt på lik linje med de øvrige rettighetshavere.

I 2013 kom imidlertid *kjøperens* rettsetterfølger under vær med bestemmelsen i lov 29. mai 1981 nr. 38 om jakt og fangst av vilt (viltloven) § 28 annet ledd første punktum: «Jaktrett kan ikke skilles fra eiendommen for lengre tid enn 10 år om gangen, uten når jaktretten følger bruksretten til eiendommen». Dermed påsto han at avtalen om tilbakeholdelse av jaktrettigheter ikke lenger var gyldig, og at jaktrettighetene var hans, som eier av sameieandelen.

En regel tilsvarende viltloven § 28 annet ledd første punktum har eksistert i norsk jaktlovgivning helt siden 1899. Ikke bare var man den gang opptatt av å gjøre jaktrett til del av eiendomsretten for å motvirke overbeskatning («allmenningens tragedie»), men jaktretten skulle også beskyttes som en *inntektskilde* for grunneierne. Ja, så sterkt skulle grunneierne være beskyttet mot fristelser om å overdra jaktrett separat, at en omgåelse av lovens forbud «aldrig kunne opretholdes som gyldig», i.h.t. forarbeidene.

Da det aktuelle salget skjedde var loven av 1899 avløst av jaktloven av 1951. Også forarbeidene til den sistnevnte viser et sterkt engasjement for at grunneierrett og jaktrett måtte være på samme hånd, og det ble særskilt påpekt at langvarig bortleie – gjerne med forskuddsbetaling for hele leieperioden – kunne bringe mindre fjellgårder i en vanskelig stilling.

Med støtte både i en klar ordlyd og i lovforarbeidene, kom Høyesterett raskt til at avtalen fra 1963 om å holde tilbake jaktrettighetene, var et brudd på viltlovens forbud mot å skille jaktrett fra eiendommen for lengre tid enn 10 år.

Men det var ikke uten videre gitt hva konsekvensene av lovbruddet skulle bli. Under henvisning til Rt. 1993 s. 312 tok Høyesterett utgangspunkt i at det ikke gjelder noen alminnelig regel om at en avtale med lovstridig innhold er uten privatrettslig virkning mellom partene. Dette spørsmålet avgjøres ved en tolking av den enkelte lov, der det også må «legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om

reelle hensyn tilsier at lovovertrедelsen får slik virkning» (s. 315).

Nå uttrykte ikke Høyesterett særlig tvil som hva som måtte gjelde i den foreliggende saken: lovbruddet måtte føre til privatrettslig ugyldighet. Retten fant støtte for dette både i forarbeidene (til jaktloven av 1899, der det var uttalt at omgåelse av lovens fraskillelsesforbud «aldrig kunne opretholdes som gyldig») og i rettspraksis (Rt. 1926 s. 955, der det ikke ble funnet tvilsomt at en slik avtale var «uforbindende for grundeierne»). Særlig vesentlig var det for tolkningen at retten vanskelig kunne tenke seg at forbudet kunne håndheves på annen måte enn gjennom privatrettslig ugyldighet, da det ikke finnes offentlige tilsynsordninger eller lignende mekanismer som bidrar til håndheving. At viltloven § 56 har en generell straffebestemmelse for brudd på loven, kunne ikke endre dette.

Men hva med tidsforløpet og passivitetsbetraktninger? Parten som krevde jaktrettsavtalen opprettholdt, anførte både at det var utvist passivitet fra det offentliges side som måtte få betydning (flere offentlige instanser hadde behandlet og uttalt seg om avtalen på 1960-tallet, uten å ha merknader til den) og at alminnelige innrettelses-hensyn tilsa at en avtale som partene hadde innrettet seg etter og etterlevd i 50 år måtte få stå.

Høyesterett avviste imidlertid blankt passivitetsargumentene, under henvisning til at når forbudet bare kunne håndheves via privatrettslig ugyldighet, kunne ikke eventuell passivitet fra partene ha betydning for gyldighetsspørsmålet. Om en slik argumentasjon oppfyller anvisningene fra Rt. 1993 s. 312 om at det skal legges vekt på momenter av mer generell karakter, herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertrедelsen får privatrettslig virkning, er heller tvilsomt. Ved *retts-håndhevelse* er jo tidsforløp, innrettelse og passivitet momenter som normalt tas i betraktning ved avgjørelsen av om et rettsbrudd i det hele tatt skal håndheves, og i så fall på hvilken måte. Det ville ikke vært helt unaturlig å gå frem etter samme standard der privatrettslig ugyldighet representerer retts-håndhevelsen, og håndhevelsesorganet – domstolene – er godt rustet til å foreta slike vurderinger. Selv om privatrettslig ugyldighet utvilsomt er utgangspunktet ved brudd på viltlovgivningens fraskillelsesforbud, var det neppe nødvendig helt å avskrive tidsforløp, innrettelse og passivitet som relevante hensyn ved vurderingen av håndhevelsesspørsmålet i det enkelte tilfelle.

Geir Stenseth

Overdragelse av kalk- og marmorforekomster omfattet også nødvendig uttak av eklogitt – HR-2018-1721-A

Med grunnlag i en avtale fra 1906 er det et selskap som utvinner kalk- og marmorforekomstene i Blåberget i Eide kommune. Eierne av Blåberget er et grunneiersameie.

For å utvinne forekomsten på en bergfaglig forsvarlig måte, må et overdekkende lokk av andre bergarter tas ut, derunder den harde og tunge bergarten eklogitt. Spørsmålet i saken var om selskapet, uten å betale ekstra vederlag eller erstatning til grunneiersameiet, kunne selge eklogitten som tas ut på denne måten.

Såkalte mutbare mineraler, som tilhører staten, er regulert i mineralloven av 2009. Denne saken gjaldt imidlertid en type ikke mutbare mineraler, som tilhører grunneieren i kraft av eiendomsretten. Slike ikke mutbare mineraler har ikke vært underlagt lovgivning, og mineralloven slår bare fast at den som vil utvinne forekomst av slike mineraler, må inngå avtale med grunneieren eller søke om ekspropriasjon (§ 28). Spørsmålet om retten til å utnytte eklogitten måtte derfor løses ved en fortolkning av avtalen fra 1906.

Etter ordlyden ble «alle Kalk eller Marmorfjeld der forekommer paa vaar fælles Havnegang (Blaabjerget)» overdratt, og spørsmålet om biproduksjon av eklogitt var således ikke uttrykkelig avtaleregulert. Høyesterett mente imidlertid at ordlyden kunne indikere at partene hadde noe mer i tankene «enn akkurat selve kalken og marmoren slik den befant seg inne i fjellet – at også det berget som ville måtte tas ut i forbindelse med utvinningen av kalk og marmor var en del av det som ble overdratt i 1906» (avsnitt 29). Partenes opptreden etter avtaleinngåelsen ga likevel sparsomt med bidrag til avtaletolkningen, siden kommersiell utnyttelse av eklogitten først ble aktuelt mot slutten av 1990-tallet.

Heller ikke bakgrunnsretten ved kontraktsinngåelsen ga nevneverdig bidrag til fortolkningen. Høyesterett la til grunn at utvinneren i 1906 hadde rett til å ta ut andre masser, så langt det var nødvendig av hensyn til en bergfaglig forsvarlig utvinning, og at utvinneren hadde rett til å utnytte slik biproduksjon i selve anlegget (eksempelvis til fyllinger og veier). Hvordan bakgrunnsretten var m.h.t. salg av biproduksjon var imidlertid ikke klart, men Høyesterett fant en viss støtte i Rt.1987 s. 1223, der retten mente det hadde «formodningen mot seg» at en overdragelse ikke omfattet «de fulle rettigheter til utvinning av feltspat og kvarts, herunder avfallsproduktet subb».

Høyesterett fant også en viss støtte i praksis på avtaletiden, idet professorene Vogt og Brøgger i 1896 hadde gitt uttrykk for at «der et ikke mutbart mineral «optræder i en Ertsgrube i økonomisk underordnet Mængde, har det hos os været nedarvet Praksis, at Mineralet tilfalder Grubeeieren»» (avsnitt 34). Også senere rettspraksis og teori så ut til å støtte opp om at Vogt og Brøggers syn reflekterte daværende praksis, selv om oppfatningene syntes å ha variert noe.

De konkrete forholdene rundt avtaleinngåelsen tilsa imidlertid at partene måtte ha oppfattet avtalen i den retning bakgrunnsrett og praksis syntes å trekke. Partene var kjent med at det lå store mengder berg over forekomsten, og biproduksjonen ville nødvendigvis bli så stor at den måtte fraktes bort. Høyesterett mente det da var sannsynlig at partene hadde forutsatt at

biproduksjonen var utvinnerens ansvar og risiko, slik at en eventuell økonomisk utnyttelse av den var grunneieren uvedkommende. Høyesterett fant dermed at det fulgte av selve avtalen at utvinnererselskapet (som mine-raleier) har rett til å selge den eklogitten som tas ut som biprodukt ved utvinningen i Blåberget. – Men om det skulle ha vist seg å være grunnlag for selvstendig drift på eklogitt, så Høyesterett «ikke bort fra» (avsnitt 36) at grunneiersameiet ville hatt rett til den eklogitten som ikke benyttes i anlegget, mot å dekke utvinningskostnadene.

Lagmannsretten hadde i sin dom vist til mineralloven av 2009 § 32 andre ledd, som gir utvinneren av mutbare mineraler rett til å nyttiggjøre seg forekomster av en grunneiers mineraler som det er nødvendig å fjerne for å komme til statens mineraler, og antatt at et tilsvarende prinsipp måtte innfortolkes i avtalen. Høyesterett reserverte seg imidlertid mot at en ved tolking og utfylling av en avtale fra 1906 kunne legge noen stor selvstendig vekt på en løsning lovgiver hadde valgt for et beslektet spørsmål mer enn 100 år senere.

For Høyesterett hadde grunneiersameiet – som var den ankende part – gjort gjeldende at lagmannsretten hadde foretatt en utfylling av avtalen fra 1906, en utfylling som for sameiet fremsto som uhjemlet og uforholdsmessig og dermed som en eiendomsoverføring i strid med eiendomsvernet i EMK P1-1. For egen del fant Høyesterett at løsningen av tvisten altså fulgte av selve avtalen, og gikk da ikke nærmere inn på grunneiersameiets anførsel om overtredelse av EMK.

Geir Stenseth

NOU 2018:11 - Ny fjellov

Den 22. juni 2018 gav utval oppnemnt ved kongeleg resolusjon 4. mars 2016 si innstilling til Landbruks- og matdepartementet. Sentralt i mandatet for lovutvalet var forenklingar i lovverk og administrasjon av statsallmenningane. Det var også klart at utvalet skulle ta utgangspunkt i den grunnleggjande rolledelinga med staten som grunneigar, og der retten til jordbruks-tilknytte bruksrettar ligg til bygder som frå gammalt av har hatt slik bruk. Mandatet framhevar også at utvalet skulle ivareta grunnlaget for samisk kultur og samiske rettar og interesser. Dei sentrale rettane og prinsippa i allmenningsretten skal vidareførast. Utvalet var også bedt om å leggja vekt på det lokale sjølvstyret, og at lokal kompetanse i fjellbygdene er avgjerande for ei god lokal forvaltning. Ein del av oppdraget var også å vidareføre, og helst styrke det lokale sjølvstyret på dette området.

Eg vil her peika på eit lite utval sentrale spørsmål i utgreinga.

Eit samla utval foreslår å slå saman fjellova og statsallmenningslova. Ordninga gir slik ei forenkling i lovverk.

Samanslåinga får konsekvensar for forvaltning av allmenningsrettane. Etter ordninga i dag har fjellstyret ansvaret for forvaltning av dei jordbrukstilknytte bruksrettane utanom hogstretten. Fjellstyret forvaltar også jakt- og fiskerettane i statsallmenningen. Den økonomisk og historisk viktige hogstretten har vore forvalta i eit eige statsallmenningsstyre (allmenningsstyre), og skogsdrifta i statsallmenningar har vore regulert i statsallmenningslova.

Med samanslåing av lover fylgjer også eit forslag om å slå saman fjellstyre og allmenningsstyre. Med den todelte ordninga ein har hatt har gardbrukarar med virkesrett sete tett på forvaltninga av denne ressursen. Både fleirtalet og mindretalet i utvalet går inn for at det skal vera fjellstyre i kvar kommune der det er statsallmenning. Fleirtalet går inn for at hovudregelen er at eit fjellstyre skal ha fem medlemmar, men at når ein kommune har fleire statsallmenningar så kan fjellstyret ha ein representant for dei med jordbrukstilknytt bruksrett frå kvar allmenning. Årsmøtet i allmenningen bestemmer om kvar allmenning skal vera representert i fjellstyret. For å unngå at dette skal gå utover moglegheit for påverknad frå dei andre interessene i statsallmenningen skal kommunestyret, som oppnemner fjellstyret, sikra ei balansert røystegiving når talet på representantar med jordbrukstilknytt bruksrett er fleire enn to. På denne måten får ein altså sikra både at det nye styret har den naudsynte nærleiken til ressursen dei forvaltar, omsynet til ei balansert stemmegiving og samstundes ei forenkling gjennom at dei ulike fjell- og allmenningsstyra i ein kommune blir slått saman.

Fleirtalet går også inn for at det etter søknad frå fjellstyret eller andre som organiseringa vedkjem kan opnast for fleire fjellstyre av kommunestyret i kommunar der det er fleire statsallmenningar. Ordninga sikrar naudsynt fleksibilitet der ny styremodell med eitt samla styre ikkje passar til dei lokale forholda. Nokon få kommunar har så mange allmenningar at det synest særleg utfordrande å samla alle interessene i eitt styre og få til ei god forvaltning av allmenningane. Ein kan også koma i den situasjonen at framtidige kommunesamanslåingar gjer at ny kommunestruktur ikkje er like eigna for avgrensinga av området til det enkelte fjellstyre. Mindretalet sitt forslag opnar ikkje for fleire representantar frå dei ulike involverte statsallmenningane i ein kommune. Mindretalet går heller ikkje inn for andre løysingar enn eitt felles styre i ein kommune etter søknad. Også når det gjeld samansetninga av resten av styret går mindretalet inn for ei løysing der ein i lova fastset fullt ut korleis styret, også utanom kravet om at det skal vere to med jordbrukstilknytt bruksrett, er sett saman.

Eit samla utval går inn for at styret i statsallmenningar innanfor det samiske reinbeiteområdet skal ha to representantar for samisk reindrift. Det vil sikre representasjonen frå reindriften i alle fjellstyre på ein betre måte enn det fjellova § 3 siste ledd gjer i dag. Forslaget er i samsvar med forslaget til Samerettsutvalet (SRU) II i NOU 2007:13.

Eit anna sentralt spørsmål i lovarbeidet har vore korleis skogen der det er virkesrett skal forvaltast. I dag har grunneigarrolla vore forstått slik at det er Statskog SF som forvaltar skogen. Fleirtalsforslaget i NOU-en gir oppgåva med forvaltninga av skogen til det nye fjellstyret, jf. forslaget til § 1-3. Dette synest å vere i godt samsvar med oppmodinga i mandatet om å styrka den lokale forvaltninga. Forslaget gir forvaltningsoppgåva til eit organ som er tett på ressursen, og som har insentiv for å gjera forvaltningsoppgåva på ein god måte. Mindretalet går inn for at Statskog SF skal forvalte skogen, og at dette skal skje i samråd med fjellstyret i statsallmenningar med virkesrett.

Forståinga av det dynamiske innhaldet i dei jordbrukstilknytte bruksrettane har sjølvsagt vore eit viktig tema i lovarbeidet. Spørsmålet er i dag regulert i fjellova § 2. Eit samla utval foreslår ei vidareføring av utgangspunktet om at retten kan utøvast på ein måte som til kvar tid er i samsvar med rasjonell bruk, og som er naturleg etter tida og tilhøva. Skilnader i oppfatning av forståinga av det dynamiske innhaldet på eit grunnleggjande plan kjem likevel til uttrykk i forarbeida, og gjennom ulik oppslutning om forslaga om å la fleire jordbrukstilknytte bruksrettar koma til uttrykk i lova. Eit stort fleirtal i utvalet peikar på at det er heilt naudsynt at ein held fast på at bruksrettane framleis kan utviklast i takt med «tida og tilhøva», og behovet på garden for framleis å leggja til rette for ein rasjonell ressursbruk i statsallmenningane. Eit mindretal, representanten frå Statskog SF, har ei prinsipielt anna haldning og peikar mellom anna på faren for nye interessemotsetnader med meir. Eit anna mindretal, utvalsleiar Karl Arne Utgård, vil ikkje ta opp ei teoretisk vurdering av innhaldet i omgrepet «tida og tilhøva». Standpunktet til spørsmåla om tilleggsjord og mindre kraftverk kan likevel lesast som avklaringar på kvar ein står prinsipielt.

Fleirtalet foreslår at ein no lovfestar at retten til tilleggsjord i statsallmenning er ein bruksrett. Dette er ei viktig prinsippavklaring. Mindretalet held fast på oppfatninga om at tilleggsjord er ei grunndisponering, og noko som bruksrettshavarane etter fjellstyret si vurdering berre *kan* få utvist.

Det har sidan Vinstra-dommen, Rt. 1963 s. 1263, vore klart at retten til å byggja ut store kraftverk ligg til grunneigar i statsallmenningane. Fleirtalet foreslår at å byggja ut mindre kraftverk aleine eller saman med andre bruksrettshavarar til eige forbruk i dag fell innanfor den jordbrukstilknytte bruksretten. Eit mindretal vil avgrensa retten til å gjelde «den eller dei aktuelle setrene eller gardsbruk som ligg i allmenningen». Med denne avgrensinga vil dette vera ein rett som i praksis framleis ligg til grunneigar (Statskog SF). Eit anna mindretal vil ikkje gå inn for at denne ressursen høyrer til bruksretten i det heile. Energiressursen i vassdraga i statsallmenning ligg dermed framleis hjå Statskog SF. Om ein skal nytta desse ressursane rundt om i statsallmenningane i landet vil altså etter dette forslaget vera opp til Statskog SF sitt initiativ.

I statsallmenningar har salsforbodet vore praktisert slik at ein kan inngå festeavtalar for fritidstomt, men ikkje sal av fritidstomter. Ein festar vil i dag ha rett til å forlenga festeavtalen, og langt på veg har altså allmenningen mista råderetten over tomte også ved bortfeste. Diskusjonen i utvalet har dermed vore i kva grad denne innretninga medfører eit økonomisk tap for allmenningane fordi ein gjennom årlege festeavgifter i praksis ikkje klarer å ta inn den verdien ein går ut frå at ei tomt har, og som det er mogleg at ein enklare kunne fått igjen ved ein vanleg salsavtale. Fleirtalet i utvalet har likevel ikkje gått inn for gjera unntak frå salsforbodet på dette punktet. Eit mindretal foreslår at ein også i statsallmenning skal få anledning til å selja hyttetomter. Dette mindretalet vil også opna for å selja grunn til seter der allmenningsretten er falle bort. Korleis lovgivar ser på dette spørsmålet vil sjølvstøtt vera viktig for den framtidige arealbruken i statsallmenningane.

Utvalet foreslår ingen endringar i reglane om jakt- og fiske i statsallmenningane.

Katrine Broch Hauge

IMMATERIALRETT

Varemerkerett

Tredimensjonale varemerker, EU-domstolens dom i sak C-84/17 P m.fl., KIT KAT

EU-domstolen avsa 25. juli 2018 dom i sakene C-84/17 P, C-85/17 P og C-95/17 P, om registrering av et tredimensjonalt varemerke. Nestlé hadde i 2006 registrert dette tredimensjonale EU-varemerket for blant annet bakverk, konfektyrer («sweets»), kjeks, kaker, vaffler og konditorvarer i klasse 30:

Registreringen ble påklaget av Mondelez, som selger sjokoladen Kvikk Lunsj. Etter behandling i to instanser hos EUIPO («European Intellectual Property Office»), ble registreringen opprettholdt. Det var ikke omstridt for EU-domstolen at merket ikke hadde tilstrekkelig iboende særpreg, fordi formen med avlange kjeksfingre dekket med sjokolade var naturlig for produktet. EUIPO hadde registrert merket med den begrunnelse at det hadde opparbeidet særpreg gjennom bruk, jf. art. 7 (3) i varemerkeforordningen (forordning 2009/207) (nå forordning 2017/1001 art. 7 (3)). EUIPO hadde imidlertid ikke tatt stilling til om merket hadde oppnådd særpreg gjennom bruk i hvert enkelt medlemsland, og særlig Belgia, Irland, Hellas og Portugal var ikke vurdert. Spørsmålet for EU-domstolen var om det var tilstrekkelig å dokumentere at merket hadde oppnådd særpreg gjennom bruk i en stor del av EU, eller om merkehaber må dokumentere særpreg gjennom bruk i alle medlemsstatene.

EU-domstolen konstaterte først at det følger av EU-varemerkets enhetskarakter at det er en betingelse for særpreg at et merke har nødvendig særpreg i hele EU

(avsnitt 67). Det gjelder også for særpreg opparbeidet gjennom bruk, jf. forordningens art. 7(3). Tidligere praksis om tolkningen av forordningens art. 15(1) om kravet om reell bruk av et registrert merke, kunne ikke nødvendigvis være relevant ved tolkningen av art. 7(3). Artikkel 7(3) gjelder spørsmålet om merket i det hele tatt kan registreres for hele EU-området, og det er andre hensyn som begrunner kravet om reell bruk for opprettholdelse av vernet i art. 15(1). At det under art. 15(1) ses bort fra medlemsstatenes grenser ved vurderingen av om det foreligger reell bruk, kunne derfor ikke ha betydning for spørsmålet om registrerbarhet under art. 7(3) (avsnitt 70-72).

Kravet om særpreg gjelder hele EUs område, og domstolen pekte på at et merke kan ha iboende særpreg i noen medlemsstater, og i så fall kan merket registreres dersom det dokumenteres at merket har oppnådd særpreg gjennom bruk i de medlemsstatene der det ikke har iboende særpreg (avsnitt 75). For merker som ikke har iboende særpreg, må særpreg gjennom bruk dokumenteres for hele EU-området. Førsteinstansretten hadde opphevet registreringen med den begrunnelse at EUIPO ikke konkret hadde tatt stilling til om merket hadde oppnådd særpreg gjennom bruk for fire av medlemsstatene.

EU-domstolen opprettholdt avgjørelsen, og viste til at det er et materielt krav i forordningens art. 7(3) at merket har opparbeidet særpreg gjennom bruk i hele EU-området, og at det betyr i alle medlemsstatene (avsnitt 78). Noe annet ville innebære at en ved å registrere et EU-varemerke fremfor et nasjonalt merke, kunne få registrert et varemerke i en medlemsstat der vilkårene for registrering ikke ellers er oppfylt. Domstolen fremhevet at kravet om at merket må ha opparbeidet særpreg i alle medlemsstatene er et materielt krav som medfører et krav til hvilke faktiske omstendigheter som må dokumenteres, men at det ikke innebærer noe prosessuelt krav til bevisførselen (avsnitt 79-80). Selv om det altså må være sannsynliggjort at merket har oppnådd særpreg ved bruk i alle landene, innebærer ikke det et krav om separat bevisførsel for bruken i hvert enkelt medlemsland. Domstolen åpnet for at bevis for bruk i ett medlemsland kan være relevante for å konstatere bruk også i et annet medlemsland. Dermed presiserte domstolen sin tidligere uttalelse i sak C-98/11, *Lindt*, der den i avsnitt 62 uttalte at det går for vidt å kreve at det føres bevis for at særpreg er oppnådd gjennom bruk for hver enkelt medlemsstat. EU-domstolen mente altså at dette skal forstås som en uttalelse om bevisførselen, og ikke kan forstås slik at det er tilstrekkelig å bevise at merket har oppnådd særpreg gjennom bruk for en vesentlig del av EU-territoriet.

Saken skal tilbake til EUIPO for ny avgjørelse, og for at EUIPO skal komme frem til at merket kan registreres, må EUIPO finne det bevist at merket har oppnådd særpreg gjennom bruk i hver enkelt medlemsstat. Det kan bli vanskelig å komme frem til at merket er registrerbart.

Konsekvensen av EU-domstolens avgjørelse, er at EUIPO i fremtidige saker må undersøke bruken av merket i hver medlemsstat, tilsvarende en nasjonal vurdering. Avgjørelsen medfører altså ikke konkrete krav til den faktiske bevisførselen for bruken i hver av medlemsstatene, men det kan fort bli en praktisk konsekvens av avgjørelsen at det føres separate bevis, som markedsundersøkelser, for bruk i hver enkelt medlemsstat.

Avgjørelsen har ikke direkte betydning for norsk rett. Varemerkedirektivet 2008/95 art. 3 (3) (varemerkedirektivet 2015/2436 art. 4. (4)) tilsvarer forordningens art. 4 (3) og er gjennomført i varemerkeloven § 14 tredje ledd. EU-domstolens avgjørelse gjelder den territorielle utstrekningen av bruk som grunnlag for særpreg, et spørsmål som ikke oppstår på samme måte i nasjonal rett.

Inger Berg Ørstavik

EU-domstolens dom av 25. juli 2018, sak C-129/17, «de-branding» - fjerning av varemerke

Saken gjaldt en foreleggelse fra appelldomstolen i Brüssel med spørsmål om det å fjerne et varemerke fra en vare før varen første gang ble markedsført i EØS, kunne utgjøre varemerkeinngrep etter varemerkedirektivets art. 5 jf. varemerkeforordningen art. 9.

Det japanske selskapet Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd («Mitsubishi») er innehaver av ordmerket MITSUBISHI og et figurmerke. Begge merkene er registrert både som EU-varemerker og som Benelux-merker. Det nederlandske selskapet Duma Forklifts NV («Duma») driver, sammen med et annet selskap, med kjøp og salg av nye og brukte gaffeltrucker. Selskapet markedsfører sine egenproduserte gaffeltrucks under egne varemerker. Selskapet har tidligere vært offisiell forhandler av Mitsubishi gaffeltrucks i Belgia.

Etter at forhandleravtalen var opphørt, hadde Duma kjøpt gaffeltrucks fra et selskap i Mitsubishi-konsernet, som ligger utenfor EØS. Gaffeltruckene ble så innført til EØS, men plassert i tollopplag. Under opplaget ble alle tegn som var identiske med Mitsubishi varemerkene fjernet fra truckene. Truckene ble endret for å komme i overensstemmelse med EU-regler, identifikasjonsplater og serienummer ble byttet ut, og truckene ble påført Dumas egne varemerker før de ble tatt inn og solgt i EØS. Mitsubishi-merkene ble ikke brukt i markedsføringen av gaffeltruckene. Spørsmålet var om denne «de-brandingen» gjorde inngrep i Mitsubishis varemerkerett.

Spørsmålet kom opp som et spørsmål om inngrep under direktivets (2008/95) art. 5 jf. forordningens (2007/2009) art. 9, fordi gaffeltruckene ikke enda hadde vært markedsført i EØS. Det var altså ikke et spørsmål om parallellimport og konsumpsjon, men et spørsmål om det å fjerne varemerkene når varene var på vei inn på EØS-markedet første gang, var en inngrepshandling under art. 5/art. 9.

Innledningsvis pekte EU-domstolen på hensynet til lojal konkurranse (avsnitt 30). Domstolen fremhevet også, (avsnitt 31 og 32), at konsumpsjon først inntreffer etter at varene påført merket første gang er omsatt i EØS, og at det er avgjørende for å sikre beskyttelsen av de rettigheter som er knyttet til varemerket, at merkeholder kan kontrollere den første markedsføringen av varer påført merket i EØS. Deretter fastslo Domstolen at varemerkeholders enerett, jf. art. 5/art. 9, er begrenset til de tilfelle hvor tredjemanns bruk av tegnet kan gjøre inngrep i varemerkets funksjoner (avsnitt 34). Denne funksjonsteorien er etablert med blant annet dommene C-206/01, Arsenal Football Club, C-236/08-238/08, Google, og C-323/09, Interflora. Opprinnelsesgarantien er varemerkets avgjørende funksjon, og den som sikrer at varemerket kan utøve sin funksjon som en vesentlig bestanddel av ordningen med lojal konkurranse (avsnitt 35). EU-domstolen fremhevet imidlertid også investeringsfunksjonen (avsnitt 36), altså at merkeholder skal kunne bruke varemerket for å oppnå eller opprettholde sitt omdømme, og reklamefunksjonen (avsnitt 37), som består i å anvende varemerket til reklameformål med henblikk på å informere eller overbevise forbrukeren.

Når det konkret gjaldt «de-brandingen», altså å fjerne Mitsubishi-merkene, sa Domstolen at oppregningen av den type handlinger som kan utgjøre «bruk» i direktivets art. 5 (forordningens art. 9), ikke er uttømmende. Domstolen kom så frem til at «de-brandingen» var et inngrep på grunnlag av to hovedargumenter: For det første (avsnitt 42), at «de-branding» fratar innehaveren av merket den grunnleggende rett til å kontrollere den første markedsføringen i EØS av varene som er påført merket. For det andre (avsnitt 43-46), at fjerningen av merkene gjorde inngrep i varemerkets funksjoner. Domstolen la til grunn at enhver handling fra tredjemann som forhindrer merkeholder å kontrollere den første markedsføringen i EØS av varene som er påført merket, forstyrrer opprinnelsesgarantifunksjonen. Dette forsterkes dersom forbrukerne kjenner igjen gaffeltruckene som å komme fra Mitsubishi, men en slik gjenkjenning av varen er ikke nødvendig for at «de-branding» skal være et inngrep. «De-branding» vil også påvirke reklame- og investeringsfunksjonen fordi forbrukernes gjenkjenning av varene fra markedsføring uten forbindelse med merkene, forstyrrer muligheten til å bruke merkene til å tiltrekke forbrukere eller som ledd i en forretningsstrategi. Det følger av det at «de-branding» forstyrrer merkeholders mulighet til å hente inn investeringer i sin forretning som kanaliseres gjennom varemerket, slik at han ikke får den forutsatte muligheten til å hente inn investeringene ved å kontrollere den første markedsføringen av varene påført merket i EØS.

EU-domstolens syn på varemerkeholders rett til å kontrollere den første markedsføringen av en vare påført merket i EØS, er svært positivt rettslig. Merkeholders enerett til å kontrollere den første markedsfø-

ringen omfatter ikke bare markedsføring av varen under varemerket, enten merket er påført varen eller bare brukes i markedsføringen, jf. sak C-558/08, Portakabin, men også markedsføring av den aktuelle varen uten at merket brukes i det hele tatt. Dommen viser at EU-domstolen anvender funksjonsteorien ikke bare som et argument i en innskrenkende tolkning av ordlyden i direktivets art. 5/forordningens art. 9, men at teorien også kan gi grunnlag for å tolke ordlyden i art. 5/art. 9 utvidende. Dommen går nok lenger i å anse «de-branding» som varemerkeinngrep enn det som har vært gjort i norsk rettspraksis til nå, se senest HR-2018-110A, ENSILOX. Norske domstoler har imidlertid anledning til å se på «de-branding» under reglene om illojal konkurranse i markedsføringsloven. EU-domstolen vektlegger hensynet til lojal konkurranse i tolkningen av varemerkedirektivet og -forordningen, og fremhever gjentatte ganger i dommen varemerkerettens betydning i ordningen med lojal konkurranse på EØS-markedet.

Inger Berg Ørstavik

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Unntak for internasjonale forsikringssaker frå hovudregelen om heimeting? HR-2018-869-A

Fleirtalet i Høgsterett kom til at særreglane om forsikringssaker i Lugano-konvensjonen er uttømmende, og at ein forsikringsgjevar derfor kan motsetje seg å bli saksøkt i staten der han har bustad, dersom søksmålet gjeld eit direktekrav, og særreglane ikkje opnar for slikt søksmål. Eit mindretal (ein dommar) meinte at hovudregelen om søksmål i bustadstaten gjeld der særreglane ikkje opnar for søksmål.

Saka galdt oppgjær etter ein skipskollisjon i indonesisk farvatn. Noko forenkla kan vi seie at eigarar, disponerande reiar og forsikringsgjevarar knytte til det eine skipet saksøkte P&I-forsikringsgjevaren for det andre skipet ved forsikringsgjevarens allmenne verneting (Aust-Agder tingrett). Saksøklarane kravde òg å få trekkje inn i søksmålet selskap på eigarsida for dette andre skipet, selskap som er registrerte utanfor Noreg.

Hovudregelen etter Lugano-konvensjonen artikkel 2 er at personar med bustad i ein konvensjonsstat kan saksøkjast ved domstolane i denne staten. Unntak kan følgje av konvensjonen sjølv. Avsnitt 3 i konvensjonen gjeld verneting i forsikringssaker. Her òg er hovudregelen at ein forsikringsgjevar kan saksøkjast i bustadstaten (artikkel 9 nr. 1 bokstav a), men i tillegg kan forsikringsgjevaren måtte finne seg i å bli saksøkt ved ei rekkje andre verneting. I avsnittet er det ein særleg regel i artikkel 11 nr. 2 om søksmål frå skadelidne direkte mot forsikringsgjevaren i ansvarsforsikring (såkalla direktekrav): «Artiklene 8, 9 og 10 gjelder for søksmål som skadelidte reiser direkte mot forsikringsgiveren, når slike søksmål er tillatt.»

Lagmannsretten hadde lagt til grunn at søksmålet mot forsikringsgjevaren kunne fremjast både etter hovudregelen i artikkel 2 og etter særregelen i artikkel 11 nr. 2. Fleirtalet i Høgsterett var ikkje samde med lagmannsretten. Dei meinte at reglane i konvensjonen avsnitt 3 om forsikringssaker er uttømmende, og at artikkel 2 ikkje opnar for søksmål som særreglane ikkje opnar for. Vidare synest fleirtalet å meine (det er ikkje sagt med reine ord) at vernetinget for direktekrav er uttømmende regulert i artikkel 11 nr. 2, slik at søksmål som *ikkje* kan reisast etter den sistnemnde føresegna, heller ikkje kan reisast i forsikringsgjevarens bustadstat etter hovudregelen i artikkel 9 nr. 1 bokstav a.

Føresegna i artikkel 11 nr. 2 om direktekrav kan oppfattast slik at det er trekt inn materielle vilkår for søksmålet («når slike direkte søksmål er tillatt»); det er elles ikkje det vanlege for reglar om jurisdiksjon. Lagmannsretten hadde teke som utgangspunkt at kravet mot forsikringsgjevaren var «forankret» i forsikringsavtalelova § 7-6 første ledd. I femte ledd i same paragrafen heiter det at søksmål «mot selskapet etter denne paragraf må anlegges i Norge». Lagmannsretten oppfatta dette som ein spesiell lovvalsregel, og at direktekravssaker som blir reiste i Noreg, blir regulerte av norsk rett. Lagmannsretten meinte vidare at det ikkje var eit vilkår for søksmål at saksøklar kunne vise at kravet i den konkrete saka ville føre fram.

Fleirtalet i Høgsterett var ikkje samd med lagmannsretten i tolkinga av artikkel 11 nr. 2, heller. Dei kom til at forsikringsavtalelova § 7-6 femte ledd ikkje er ein lovvalsregel, og at lovvalet måtte avgjerast på grunnlag av andre lovvalsreglar. I og med at saka galdt ein vidare anke over orskurd, kunne ikkje Høgsterett ta stilling til lovvalet, og lagmannsrettsavgjerda vart oppheva. Fleirtalet gjekk ikkje inn på spørsmålet om retten til å trekkje inn fleire saksøklarar.

Fleirtalet synest byggje på at lovvalet blir avgjerande for om direktekrav kan reisast etter artikkel 11 nr. 2, med andre ord slik at lovvalet er avgjerande for om direktekrav er «tillatt». Fleirtalet gjekk ikkje nærare inn på om det konkret må vurderast om søksmålet kan føre fram, eller om det er tilstrekkeleg at direktekrav generelt er godtekne etter det aktuelle landets rett (det siste var lagmannsrettens føresetnad).

To dommarar dissenterter i Høgsterett, med ulik grunngjeving.

Dommar Bull meinte at søksmålet kan fremjast etter konvensjonen artikkel 2 dersom det ikkje kan fremjast etter artikkel 11 nr. 2. Resonnementet var at særreglane om forsikringssaker er uttømmende berre så langt søksmål etter særreglane kan reisast.

Når det galdt artikkel 11 nr. 2, meinte dommar Bull at direktekrav som blir fremja i Noreg mot ein norsk ansvarsforsikrar, blir regulerte av norsk rett, og at dette følgjer av forsikringsavtalelova § 7-6 femte ledd. Så langt var han samd med lagmannsretten, men han meinte – i motsetnad til lagmannsretten – at det er eit søksmålsvilkår etter Lugano-konvensjonen artikkel

11 nr. 2 at kravet materielt kan føre fram i det konkrete tilfellet. I og med at direktekrav her var fråskrive i forsikringskontrakten, måtte det i tilfelle påvisast at den sikra var insolvent (sjå andre punktum i § 7-6 sjette ledd).

Dommar Bull meinte vidare at andre saksøkte kan trekkjast inn i søksmålet etter hovudreglane om dette i Lugano-konvensjonen artikkel 6 nr. 1 dersom søksmålet kan reisast etter artikkel 2. Han argumenterte òg for at andre saksøkte kan trekkjast inn på grunnlag av artikkel 11 nr. 3 dersom direktekravet blir fremja etter artikkel 11 nr. 2.

Eit anna mindretal, dommar Tønder, var samd med fleirtalet i at søksmål ikkje kan reisast etter artikkel 2, fordi særreglane om forsikringssaker er uttømmende. Vidare var han samd med dommar Bull i at lovvalet er regulert av forsikringsavtalelova når direktekrav blir reiste her i landet. Han var òg samd med dommar Bull i at retten måtte ta standpunkt til om kravet materielt kunne føre fram (noko fleirtalet ikkje uttala seg om). Dommar Tønders løysing går med andre ord lengst i å skjerme forsikringsgjevaren mot søksmål ved heimetinget.

Både fleirtalet og dommar Bull har utførlege resonnement, og for detaljane må eg nøye meg med ei tilvising til avgjerda. Det same gjeld for dei grundige premissane i lagmannsrettsavgjerda.

Lagmannsretten og dommar Bull var reelt samde om at hovudregelen om søksmål i bustadstaten slår gjennom der særreglane ikkje opnar for søksmålet. Det er freistande å seie at grunngjevinga for dette frå lagmannsretten er den mest prinsipielle og overtlydande: Kvifor skal ein forsikringsgjevar kunne motsetje seg å bli saksøkt i bustadstaten slik alle andre må? Særreglane om forsikringssaker har til føremål å betre situasjonen for skadelidne, forsikringstakarar og forsikra – ikkje å verne forsikringsgjevaren mot søksmål som han elles måtte ha funne seg i.

Formuleringa i artikkel 11 nr. 2, med det som verkar som eit materielt vilkår for vernetingsregelen, skapte problem for både lagmannsretten og Høgsterett. Ligg det ikkje nær å seie at den spesielle formuleringa er vald for å unngå den tolkinga at konvensjonen skulle utgjera eit sjølvstendig grunnlag for direktekrav (ein figur som ikkje er godteken i alle land)? I så fall kan ein falle tilbake på den vanlege modellen, nemleg at det høyrer til dei materielle spørsmåla å avgjera om saksøkjaren har eit direktekrav. Poenget med artikkel 11 nr. 2 blir da å opne for at den forsikra og forsikringstakaren òg kan fremje søksmål (gjennom tilvisinga til artiklane 8, 9 og 10).

Formuleringa i forsikringsavtalelova § 7-6 femte ledd er heller ikkje lett å hanskast med. At føreseigna skal vera ein lovvalsregel, er lite overtlydande. Ein kan spørje om det ikkje ligg nærare å sjå føreseigna som ein vernetingsregel for krav som har § 7-6 som grunnlag. Skulle ein norsk forsikringsgjevar gå med på direktekrav i ein kontrakt som elles vart regulert av

retten i eit land som ikkje kjenner slike krav, er det ingen grunn at § 7-6 skulle gripe inn i dette.

Det står att å sjå kva lagmannsretten kjem til i neste runde. Kanskje får Høgsterett med saka å gjera ein gong til.

Kåre Lilleholt

OBLIGASJONSRETT

Rettskraft - HR-2018-1130-A

(1) *Twisten*

Høyesterett tok i denne saken standpunkt til om krav om tilbakebetaling og erstatning skulle avvises fordi kravene var rettskraftig avgjort i en tidligere tvistesak.

Konkret gjaldt saken et rørleggerarbeid som kunden reklamerte på. Fakturakrav fra rørleggeren ble ikke betalt, og han tok ut forliksklage mot vedkommende. Kundens innsigelser framkom av en e-postutveksling mellom partene som ble lagt ved klagen, men det ble ikke innlevert noe tilsvar. Forliksrådet avsa dermed en fraværdsdom i medhold av tvl § 16-10 den 3. november 2015.

Året etter, i forbindelse med at namsmannen vedtok lønnstrekk hos kunden, forsøkte kunden å få kravet gjenopptatt. Da dette ikke lyktes, tok han ut stevning mot rørleggeren med krav om tilbakebetaling av vederlag på grunn av overfakturerings samt krav om erstatning som følge av mislighold.

Så vel tingretten som lagmannsretten avviste søksmålet fordi kravene var rettskraftig avgjort ved forliksrådets fraværdsdom. Twisten ble sluppet inn for Høyesterett, som besluttet å avgjøre saken i avdeling med fem dommere etter muntlige forhandlinger. Høyesterett vedtok enstemmig å forkaste anken.

(2) *Høyesteretts alminnelige betraktninger*

Det følger av tvl § 19-15 tredje ledd at «Retten skal avvise en ny sak mellom samme parter om et krav som er rettskraftig avgjort ...». Spørsmålet Høyesterett måtte ta standpunkt til var derfor om de kravene som kunden nå gjorde gjeldende mot rørleggerfirmaet, hadde så nær tilknytning til kravet på betaling at det dreide seg om samme rettsforhold (eller samme krav).

Når det gjaldt forholdet mellom hovedkravet på betaling og kundens ulike innsigelser eller motkrav, startet Høyesterett sine generelle betraktninger med å gjengi tradisjonell lære slik den har kommet til uttrykk i NOU 2001: 32 A Rett på sak, se side 381 flg. Krav på prisavslag har blitt betraktet som en innsigelse mot hovedkravets størrelse, og ikke som et selvstendig motkrav. Dermed vil et slikt krav ikke kunne reises i en ny sak etter at betalingsspørsmålet er blitt endelig avgjort. Krav på erstatning har derimot blitt håndtert annerledes. Etter tradisjonell oppfatning regnes erstatning som motkrav atskilt fra hovedkravet: «Vederlagskrav i kontraktsforhold er som utgangspunkt et annet rettsforhold enn motpartens krav på erstatning på

grunn av mislighold av samme kontrakt», jf NOU 2001: 32 A side 384. Krav om erstatning skulle derfor kunne bringes inn for domstolene etter at vederlagskravet var avgjort. Dette grunnsynet kom også til uttrykk i Rt-2000-199 Pelsdyrhalldommen.

Deretter gikk Høyesterett over til den rettsutviklingen som har funnet sted med hensyn til vurderingen av forholdet mellom prisavslag og erstatning. Dette er gjerne kjent som spørsmålet om et krav skifter identitet når det fremmes som erstatning i stedet for prisavslag. Fordi Høyesterett i sin etterfølgende konkrete vurdering sidestilte kundens krav om erstatning med en prisavslagsinnsigelse, noe som brøt med eldre lære, var gjennomgangen av rettsutviklingen på området påkrevd.

Høyesterett la særlig vekt på de prosessøkonomiske betraktningene som kom til uttrykk i Rt-2009-286, se avsnitt 31, hvor førstvoterende framholdt følgende:

«Det er videre god prosessøkonomi å handsame disse krava samla. Dersom ein ved fastlegginga av reglane om rettskraft handsamar prisavslag og skadebot som kontraktsbrotssanksjon under eitt, vil dette kunne bidra til at alle slike krav blir trekte inn i den første saka, sjå her også Rt-2009-286 avsnitt 25. Omsyna bak tvistelova § 19-15 tredje ledd talar for ei slik løysing; rettskraftinstituttet er mellom anna grunngeve i at ei sak bør få ei endeleg avslutning, sjå til dømes Rt-2008-833 avsnitt 62 og Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave 2017 side 1049-1050.»

I avsnitt 32 sammenfattete Høyesterett rettsutviklingen på følgende måte:

«Dette, saman med nyare rettspraksis, gjev grunnlag for å kunne rekne både krav på prisavslag og krav på skadebot for kontraktsbrot som same krav. Dersom prisavslag blir sett fram som motsegn mot vederlagskravet i den første saka, kan det etter omstenda ikkje fremjast nytt krav om skadebot for det same kontraktsbrotet i ei ny sak. Kontraktsbrotssanksjonar i form av prisavslag eller skadebot kan då berre gjerast gjeldande dersom kravet er basert på omstende som har oppstått etter at den første saka vart teke opp til doms.»

(3) Den konkrete rettsanvendelsen

Etter å ha klarlagt de generelle prinsippene for å avgjøre rettskraftens grenser, gikk Høyesterett over til den konkrete rettsanvendelsen, se avsnittene 33 flg. Forliksrådets fraværdom gjaldt entreprenørens krav om betaling av to utestående fakturaer. I kundens stevning ble det nedlagt i alt tre påstander.

For det første framholdt kunden at fakturaene brøt med et bindende prisoverslag etter hvtl § 32 andre ledd. Høyesterett slo uten videre fast at denne type innsigelser er så nært knyttet til vederlagskravet at det må anses å stamme fra samme rettsforhold, se avsnitt 40. Dette er helt i tråd med tradisjonell lære.

For det andre gjorde kunden gjeldende to krav på erstatning for mislighold av kontrakten. Siden kravene ikke var fremmet som prisavslag, men erstatning, var

«svaret ikkje like tvillaust» som påstanden om overfakturerings, se avsnitt 41. Innledningsvis måtte domstolen fastlegge hvorledes påstandene skulle forstås. Høyesterett presiserte at det er realitetene som teller, ikke den formelle utformingen av påstandene, se avsnitt 39. Med dette utgangspunktet fant Høyesterett at begge påstandene fra kunden måtte forstås slik at entreprenøren ikke hadde krav på full betaling fordi arbeidet var mangelfullt utført. Etter å ha tolket påstandene om erstatning på denne måten, konkluderte Høyesterett med følgende, se avsnitt 42:

«Det er etter mitt syn *då* [min uthevelse] mest trefande å rekne også dei kontraktsbrotskrava som er sett fram i denne konkrete saka som så nært knytte til kravet som vart fremja for forliksrådet at dei er motsegner som er rettskraftig avgjorde ved forliksrådets dom.»

På denne bakgrunnen ble også kravene om erstatning avvist i medhold av tvl § 19-15 tredje ledd.

(4) Noen betraktninger om avgjørelsens rekkevidde

(4.1) I Rt-2000-199 Pelsdyrhalldommen fant Høyesteretts flertall at krav om prisavslag etter avhl § 4-12 og krav om erstatning for verdiminuset etter avhl § 4-14 første ledd, måtte behandles som to atskilte krav rent prosessuelt. Avgjørelsen var kontroversiell da den ble avsagt, og senere har Høyesterett gradvis beveget seg bort fra standpunktet. Foreliggende dom markerer den endelige tilsidesettelse av synspunktene til flertallet i Pelsdyrhalldommen. De to kravene på erstatning i foreliggende sak ble ansett å stamme fra samme rettsforhold som hovedkravet om betaling, det vil si at de ble prosessuelt behandlet som innsigelser og dermed håndtert på samme måte som et krav om prisavslag.

Men hvor langt rekker egentlig denne dommen? Ser man på de generelle uttalelsene til Høyesterett, skulle man tro at skillet mellom prisavslag og erstatning helt oppheves prosessuelt sett. Både i avsnitt 31 og 32 snakkes det om erstatning generelt. Premissene skiller ikke mellom erstatning for verdiminuset og erstatning for tap som følge av kontraktsbruddet, så som tapte inntekter og økte utgifter. Når Høyesterett i tillegg påpekte mulighetene for å kumulere krav om prisavslag og erstatning i avsnitt 30, underbygges en slik tolkning. Siden det bare er erstatning for konsekvenstap som vil kunne kumuleres med et prisavslag, trekker dette i retning av at man har hatt alle typer erstatningskrav i tankene.

Dersom denne forståelsen av avgjørelsen hadde vært korrekt, ville den representert et temmelig radikalt brudd med tradisjonell lære. I så fall måtte en part som fikk et betalingskrav mot seg, sørge for å bringe alle innsigelser og motkrav inn i prosessen i første omgang.

Høyesteretts rettsanvendelse støtter imidlertid ikke en slik utlegning av avgjørelsen. I sin oppsummering av rettstilstanden i avsnitt 32 tok Høyesterett inn reservasjonen «etter omstenda» for at prisavslag og erstatning skal likestilles. Hvilke betingelser det er tale om,

må utledes av Høyesteretts konkrete rettsanvendelse, se særlig uttalelsene i avsnittene 41 og 42. Som framhevet ovenfor understreket Høyesterett at kundens påstander gikk ut på at entreprenøren ikke hadde krav på full betaling fordi arbeidet var mangelfullt utført. Det er med andre ord der prisavslag og erstatning fyller samme funksjon at kompensasjonskravene skal likestilles. I disse tilfellene er det da heller ikke adgang til å kumulere kravene. At et motkrav er konnekst med hovedkravet, og stammer fra samme rettsforhold, er ikke tilstrekkelig.

Selv om prejudikatsverdien av HR-2018-1130 ikke rekker lenger enn nevnt ovenfor, stenger likevel ikke dommen for en videre utvikling; å oppheve det prosessuelle skillet mellom prisavslag og erstatning i videre utstrekning. Når det gjelder erstatning av konsekvenstap, vil imidlertid de prosessøkonomiske hensyn som skulle tilsi en felles behandling med prisavslag, svekkes. For det første må det prosederes på et ansvarsgrunnlag; kontraktsbrudd er ikke tilstrekkelig slik som ved prisavslag. Ved krav om erstatning av indirekte tap vil denne forskjellen kunne bli påtakelig. For det andre vil utmålingen av tapet være helt ulikt fastleggelsen av et avslag i prisen. Det er dermed ikke så mye å tjene på å tvinge partene til å trekke inn et erstatningskrav sammen med krav om prisavslag eller i forbindelse med motpartens krav om betaling.

(4.2) Et annet tolkningsspørsmål skal også nevnes. Både i redegjørelsen av faktum i saken og i den konkrete rettsanvendelsen påpekte Høyesterett at en e-postutveksling mellom partene ble lagt ved forliksklagen. Av disse e-postene framgikk det at kunden hadde imøtegått hele kravet, blant annet som følge av forsinkelse og mangler. At forliksrådet ikke tok standpunkt til innsigelsene, skyldtes reglene om uteblivelssesdom, jf tvl § 16-10 andre ledd.

I den generelle gjennomgangen av rettskildene ble dette forholdet på nytt framhevet. Høyesterett trakk fram to eldre dommer hvor erstatning som følge av mangler, ble behandlet etter at selve vederlagskravet var rettskraftig avgjort (den eldre lære). Det ble videre framholdt at saksforholdet i den ene dommen, Rt-1965-1362, var svært likt den foreliggende tvisten, men at det forelå en ulikhet mellom sakene: Tvisten i Rt-1965-1362 gjaldt «ein dom frå forliksrådet der det ikkje låg føre opplysningar om motsegner mot betalingskravet», se avsnitt 27.

Den rettslige betydningen av de forholdene som her er påpekt, er ikke godt å se. Hvis en part faktisk har fremmet innsigelser i form av prisavslag eller erstatning i den første saken, er naturlig nok disse forholdene gjort til tvistegjenstand og rettskraftig avgjort en gang for alle. (Dette gjelder riktig nok ikke ved en fraværssdom fordi dommen skal bygge på saksøkerens påstandsgrunnlag, jf tvl § 16-10 andre ledd.) Hele poenget med de synspunktene som Høyesterett framførte i HR-2018-1130, er at en part vil kunne være forhindret fra å reise ny sak om forhold som ikke var

brakt inn i den første prosessen. Dette har for så vidt Høyesterett selv påpekt i dommen, se avsnitt 22, hvor det heter følgende:

«Ei motsegn som er så nært knytt til hovudkravet at ho ikkje kan reknast som eit sjølvstendig rettsforhold, blir rettskraftig avgjort utan omsyn til om ho har vore framme i den første saka eller ikkje.»

Lasse Simonsen

SELSKAPSRETT

Ytterligere forenklinger i aksjelovgivningen - Prop. 100 L (2017-2018)

Arbeidet med ytterligere forenklinger i aksjelovgivningen fortsetter. Den 15. juni 2018 la Nærings- og fiskeridepartementet frem Prop. 100 L (2017-2018) vedrørende mindre endringer i aksjelovgivningen.

Det foreslås endringer i reglene om oppløsning og avvikling, mellombalanser, krav til forretningskom-mune i vedtektene og ivaretagelse av oppgaver tillagt daglig leder i selskaper uten daglig leder. Proposisjonen er i likhet med Prop. 112 L (2016-2017) basert på NOU 2016: 22 som ble fremlagt av Aksjelovutvalget ledet av professor Tore Bråthen den 21. oktober 2016.

Departementet noterer at enkelte forslag i NOU 2016: 22 krever mer utredning og behandlingen av disse blir utsatt. Dette gjelder blant annet forslaget om endringer i aksjelovgivningens regler om transaksjoner med nærstående (§ 3-8). Departementet uttaler at dette må vurderes i lys av aksjonærrettighetsdirektivet artikkel 9c (Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2017/828 av 17. mai 2017 om endring av direktiv 2007/36/EF om fremme av langsiktig aksjonærengasjement.)

I tillegg utsettes de foreslåtte endringene i bestemmelsene om styrets handleplikt ved tap av egenkapital (§ 3-5). Det noteres at dette krever en bredere vurdering som også inkluderer forholdet mellom styrets handleplikt og bestemmelsene om erstatning og straff i aksjeloven og allmennaksjeloven kapittel 17 og 19.

Foreløpig dato for første behandling av proposisjonen i Stortinget er satt til 29. november 2018.

Erlend Eriksen Gjein

Avvikling av aksjeselskap - HR-2018-1983-A

Høyesterett har den 16. oktober gitt en ny dom, HR-2018-1983-A, om aksjeeieres ansvar for udekkede forpliktelse i et avviklet aksjeselskap som deler ut midler fra selskapet. Ifølge aksjeloven kan aksjeselskapet vanligvis dele ut utbytte så langt det etter utdelingen har tilbake netto eiendeler som gir dekning for selskaps aksjekapital og øvrig bundet egenkapital, jf. asl. § 8-1 (1). Selskapet kan bare dele ut utbytte så langt det etter utdelingen har en forsvarlig egenkapital og likviditet, jf. § 3-4 og 8-1 (4). Aksjeeiernes ansvar for

ulovlige utdelinger reguleres i utgangspunktet av skyldregelen i asl. § 3-7: ifølge § 3-7 (1) er det skjedd utdeling fra selskapet i strid med bestemmelsene i loven, skal mottakeren tilbakeføre det som er mottatt. Ved utdeling av utbytte eller tilbakebetaling etter kapitalnedsetting, fusjon, fisjon eller oppløsning gjelder dette likevel ikke dersom mottakeren da utdelingen ble mottatt, verken forsto eller burde ha forstått at den var ulovlig.

Spørsmålet i HR-2018-1983-A er om utdelingen omfattes isteden for culpa-regelen i § 3-7 av den sær-regelen av objektivt ansvar i asl. § 16-12 fordi den er foretatt av et selskap under avvikling etter utløpet av en seksukersfrist i asl. § 16-4 (1). Når et aksjeselskap er besluttet oppløst av generalforsamlingens beslutning, jf. aksjeloven § 16-1 (1), skal generalforsamlingen velge et avviklingsstyre som trer i stedet for styret og daglig leder, jf. § 16-2 (1). Avviklingsstyret skal sørge for at selskapets forpliktelser dekkes i den utstrekning ikke kreditor har frafalt sitt krav eller samtykker i å ta en annen som debitor i stedet, jf. asl. § 16-7 (1). Utdeling til aksjeeierne av annet overskudd enn utbytte etter § 8-1 kan ikke finne sted før selskapets forpliktelser er dekket og det er gått minst seks uker siden kunngjøringen av kreditorvarselet i Brønnøysundregistrenes elektroniske kunngjøringspublikasjon, jf. asl. 16-9 (1) og § 16-4. Overfor kreditorer som ikke har fått dekning etter § 16-7 og heller ikke er tilstrekkelig sikret ved avsetning etter asl. § 16-9 (2), hefter aksjeeierne solidarisk inntil verdien av det som vedkommende har mottatt som utdeling etter asl. § 16-9. Overfor slik kreditor hefter dessuten avviklingsstyrets medlemmer solidarisk uten begrensning, hvis det ikke godtgjøres at de har opptrådt med tilbørlig aktsomhet. Jf. asl. § 16-12 (1).

Ifølge norsk juridisk teori må grensen mellom utbytte (asl. § 8-1) og avviklingsandel (§ 16-9) «formentlig» trekkes etter seksukersfristen i § 16-9 (1) «slik at utdelinger som er foretatt før fristens utløp, må anses som utbytte, mens utbetalinger som er foretatt etter at fristen er utløpt, må anses som avviklingsandel» (Aarbakke m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven: Lovkommentar*, 4. utgave 2017, s. 902). Det gis for øvrig ikke nærmere anvisninger på hvordan grensen skal trekkes utover en henvisning til hva den aktuelle utbetalingen «kan sies å være mottatt som» (Andenæs m.fl., *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 3. utgave 2016, s. 629).

HR-2018-1983-A gir klart lys i problemsettingen. Saken gjelder et ambulanseselskap som drev ambulansetjeneste i Sør-Trøndelag etter oppdrag fra Helse Midt-Norge RHF. Ambulansestasjonene var lokalisert på forskjellige steder i fylket og eid av lokale Røde Korsforeninger med ulike aksjeposter. Ambulanseselskapet, som hadde offentlig tjenestepensjon for sine ansatte i Kommunal Landspensjonskasse gjensidig forsikrings-selskap, sluttet seg til Overføringsavtalens Sikringsordning. Denne ordningen bygger på en avtale mellom

Statens Pensjonskasse og andre leverandører av offentlig tjenestepensjon om overføring og samordning av pensjonsrettigheter. Ordningen skal bidra til å sikre pensjonsrettigheter opparbeidet hos arbeidsgivere der virksomheten opphører, eller der premien ikke betales ved forfall. Sikringsordningen finansieres ved årlige tilskudd fra arbeidsgivere som er tilsluttet ordningen. Ved eventuell avvikling av virksomheten må det betales et avviklingstilskudd for fremtidige tilleggspremier.

Ambulansetjenesten ble overtatt av Helse Midt-Norge, som også overtok ambulanseselskapets ansatte. Ambulanseselskapet ble besluttet oppløst på generalforsamlingen. Beslutningen ble meldt til Foretaksregisteret, som kunngjorde meldingen om oppløsning med frist for å melde krav til foretaket ved avviklingsstyrets leder innen seks uker fra kunngjøringen. Etter beslutningen om avvikling av et ambulanseselskap, ble det foretatt utdelinger til aksjeeierne i to omganger. Begge utbetalingene skjedde etter utløpet av kreditorenes frist til å melde inn krav mot selskapet.

Den første utdelingen, som var omtalt som «utbytte», lå innenfor den frie egenkapitalen i overensstemmelse med asl. § 8-1. Avviklingstilskuddet til Sikringsordningen var imidlertid ikke balanseført som en forpliktelse i ambulanseselskapets godkjente årsregnskaper. Dette hadde sammenheng med at selskapet på det tidspunktet la til grunn at alle forpliktelsene knyttet til pensjon var overtatt av Helse Midt-Norge. I avviklingsstyrets begrunnelse for utdelingen er det vist til at avviklingen av selskapet hadde tatt lengre tid enn ønskelig, og at det derfor ville gå noe tid før endelig likvidasjonsbeløp kunne overføres til aksjeeierne. Utbetalingen fant sted kort tid etter generalforsamlingsvedtaket. Den andre utdelingen tok plass i form av avviklingsandel. Avviklingsbalansen ble vedtatt i avviklingsstyrets møte og egenkapital til utdeling ble overført til aksjeeierne. Etter det ble ambulanseselskapet slettet fra Foretaksregisteret.

Et halvt år senere mottok aksjeeierne krav fra Sikringsordningen om innbetaling av avviklingstilskuddet. Da ambulanseselskapet ikke hadde betalt det pliktige avviklingstilskuddet til Sikringsordningen før det ble avviklet, gjorde Sikringsordningen kravet gjeldende mot aksjeeierne, jf. asl. § 16-12. Aksjeeierne erkjente ansvar for den andre utdelingen men ikke for den første utdelingen. Sikringsordningen tok ut søksmål mot aksjeeierne med krav om dekning av hele beløpet med tillegg av forsinkelsesrente. Tingretten fant at reglene om utdeling av avviklingsandeler i asl. § 16-9 ikke berører adgangen til å dele ut ordinært utbytte etter § 8-1 mens et selskap er under avvikling, og frifinner aksjeeierne. Den objektive ansvarsregelen i § 16-12 fikk da ikke anvendelse på utdelingen av den første utdelingen, dvs. «utbyttet». Overføringsavtalens Sikringsordning anket dommen til lagmannsretten. Lagmannsretten fant at begge utdelingene til aksjeeierne etter seksukersfristens utløp omfattes av den objektive ansvarsregelen i § 16-12.

Aksjeeierne anket dommen til Høyesterett. De gjorde gjeldende at deres ansvar for utdelinger som fremstår som utbytte etter § 8-1 (den første utdelingen), reguleres av den subjektive ansvarsregelen om ulovlige utdelinger i § 3-7 uavhengig av seksukersfristen. Høyesterett, som lagmannsretten tidligere, kom til at alle utdelinger til aksjeeierne som foretas etter utløpet av kreditorenes frist på seks uker til å melde krav til avviklingsstyret, må anses som utdelinger av avviklingsandeler etter asl. § 16-9. Dette innebærer at utbetalinger etter seksukersfristen omfattes av aksjeeiernes objektive ansvar etter asl. § 16-12 (1).

Ifølge førstvoterende fremsto den omtvistede utdelingen isolert sett som utbytte etter asl. § 8-1. Ordlyden i asl. § 16-9 (2) forutsetter at det kan deles ut ordinært utbytte etter § 8-1 også fra selskap under avvikling. Ifølge den førstvoterende må bestemmelsen dog tolkes slik at det etter utløpet av seksukersfristen oppstår et nytt regime der utdelinger til aksjeeierne reguleres uttømmende av § 16-9. Utdelinger kan da bare foretas dersom selskapets kreditorer er dekket eller sikret. Til gjengjeld kan hele den resterende egenkapitalen deles ut. På dette stadiet er det med andre ord ikke lenger nødvendig eller relevant å vurdere om utdelingene ligger innenfor begrensningene i § 8-1 (1) og (4), dvs. kravet til fri egenkapital og forsvarlig egenkapital og likviditet. Den objektive ansvarsregelen i § 16-12 er ifølge førstvoterende en spesialregel for utdelinger til aksjeeierne i avviklingsfasen som må gå foran den generelle ansvarsregelen i § 3-7. Så lenge § 16-12 viser til utdelingsbestemmelsen i § 16-9, kan førstvoterende ikke se at loven gir støtte for et slikt «to-sporet» system de aksjeeierne drøfter. Den strenge ansvarsregelen i § 16-12 er tvert imot ment å fange opp også ukjente kreditorer som melder krav innen tre år etter at selskapets endelige oppløsning ble registrert i Foretaksregisteret, jf. særregelen om foreldelsesfristens utgangspunkt i bestemmelsens tredje ledd. Slike kreditorer vil ikke fanges opp av begrensningene i adgangen til å utdele utbytte etter § 8-1.

Aksjelovens forarbeider er «knappe og uklare» for så vidt gjelder grensedragningen mellom utdelinger av utbytte etter § 8-1 og utdelinger av avviklingsandeler etter § 16-9. I Aksjelovkomiteens innstilling fra 1947 (s. 107) står det under omtalen av forløperen til någjeldende § 16-9 (1) at «man for tydelighets skyld uttrykkelig [har] uttalt at regulær utbetaling av utbytte kan finne sted under likvidasjonen under samme vilkår som ellers». Ifølge førstvoterende kan denne uttalen tas til inntekt for at utbytte etter någjeldende § 8-1 kan deles ut også etter utløpet av seksukersfristen. Under den tidligere aksjelovgivningen var imidlertid kreditorenes frist til å melde krav på hele seks måneder, og adgangen til å foreta ordinære utbyttebetalinger «under likvidasjonen» hadde følgelig større praktisk betydning enn under dagens seksukersfrist. I 1947-innstillingen (s. 108) står det videre at forslaget til forløperen til någjeldende § 16-12 (1) første punk-

tum «stemmer med regelen i skiftelovens § 41 om arvingenes ansvar når en kreditor er forbigått ved utlodningen av et dødsbo hvor avdødes gjeld ikke er overtatt». Skifteloven § 41 inneholder ingen sondering mellom ulike kategorier utlodninger, og henvisningen til denne bestemmelsen gir etter den førstvoterendes syn støtte for at alle utdelinger fra selskapet etter utløpet av seksukersfristen behandles likt. Av nyere forarbeider viser den førstvoterende til NOU 1996:3 (s. 183), der det under omtalen av § 16-9 står: «Bestemmelsen regulerer det nærmere tidspunktet for når likvidasjonsutbytte kan utdeles til aksjeeierne.» Ifølge den førstvoterende er det nærliggende å ta uttalelsen til inntekt for at § 16-9 gir anvisning på skjæringstidspunktet for hvilke utdelinger som omfattes av reglene om «likvidasjonsutbytte».

Ifølge førstvoterende taler de beste grunner for at grensen mellom utbytte etter § 8-1 og avviklingsandel etter § 16-9 trekkes ved utløpet av fristen for kreditorene til å melde sine krav som nå er på seks uker. Et hovedhensyn også under en frivillig avviklingsprosess må være at kreditorenes krav dekkes. Som det fremgår av § 16-5 (2), kan selskapets virksomhet fortsette under avviklingen «i den utstrekning det er ønskelig for en hensiktsmessig gjennomføring av avviklingen». Dette underbygger at aksjeeieres interesser i selskapets økonomiske formål ikke er det primære på dette stadiet. Det vil dessuten stille den lovbestemte kreditorbeskyttelsen i et underlig lys dersom valg av betegnelse på utdelingene skulle ha avgjørende innflytelse på hvilke midler som skal være tilgjengelige for eventuelle udekede kreditorer. Ifølge den førstvoterende gir den grensedragningen seksukersfristens utløp en klar regel som det er enkelt for de ulike aktørene å forholde seg til både når utdelinger finner sted og når eventuelle krav fremmes. Aksjelovens system må forstås slik at den objektive ansvarsregelen i § 16-12 får anvendelse på alle utdelinger til aksjeeierne etter utløpet av seksukersfristen i § 16-4. Ansvarsregelen i § 3-7 er da begrenset til å gjelde utbytteutdelinger etter § 8-1 foretatt innen utløpet av seksukersfristen.

Førstvoterendes slutsats er logisk fra aksjelovens systematikk og kan aksepteres som en kreditorvennlig tolkning av regelen. Etter utløpet av seksukersfristen kan alle utdelinger foretas bare dersom kreditorer er dekket eller sikret. For det andre, er dommen viktig for fremtidens rettssikkerhet for alle aktører i selskaper. Det kan dog kritiseres å ikke ta i hensyn til ordlyden i § 3-7. Ifølge § 3-7 (1) tillempes dess god tro-regelen («verken forsto eller burde ha forstått at den var ulovlig») også i «oppløsning», dvs. aksjeloven kapittel 16 romertall I om oppløsning og avvikling etter beslutning av generalforsamlingen (asl. § 16-1-14). Henvisningen til «oppløsning» i § 3-7 (1) samt henvisning til § 8-1 i § 16-9 (1) kunne gi grunn for en annen slutsats enn førstvoterendes.

Jukka Mähönen

Fordelingen av sjørettslig begrensingsfond - HR-2018-1260-A

Da Full City grunnstøtte i Oslofjorden i 2009, førte det til forurensing og erstatningskrav for opprydning. Mens hovedregelen i norsk rett er at forurenseren skal betale, kan redere begrense ansvaret sitt til beløp angitt i sjøloven, «begrensingsfond». Høyesteretts avgjørelse fra juni i år angår en detalj i dette regelverket. Fondet består av selve begrensningsbeløpet (sjøl. § 232 første ledd a) med tillegg av renter fra ulykkeshendelsen til fondsopprettelsen (sjøl. § 232 første ledd b). Spørsmålet for Høyesterett var om dette tillegget skulle fordeles forholdsmessig på de kravene som er undergitt begrensning (sjøl. § 176), eller om det skulle reserveres for rentekrav.

Høyesterett gikk gjennom de relevante kildene, og fant lovteksten uklar. Den enstemmige konklusjonen var at rentekrav skal ha enerett til dekning fra tillegget til begrensningsbeløpet etter sjøl. § 232 første ledd b. Det betydde at det ble mindre å fordele på dem som hadde lidt forurensingsskade. De måtte finne seg i ytterligere avkortning av hovedstolen.

Nå er det riktignok de som har meldt en hovedstol i begrensingsfondet som også har krav på renter. Kanskje tapet på hovedstolen da oppveies av gevinsten på rentekravet? Men rentekrav er ikke undergitt begrensning (sjøl. § 173 nr. 6). Kreditorerne vinner da ingenting på å få dekket rentekravene av beløpet etter sjøl. § 232 første ledd b; de vil uansett ha krav på full dekning (og kravet er dekket av ansvarsforsikring). Tapet på hovedstolen blir da ikke oppveiet av gevinsten på rentekravet. Det var vel derfor redersiden argumenterte for den løsningen Høyesterett landet på.

Siden rentekravene ikke er undergitt begrensning (sjøl. § 173 nr. 6) og begrensningsbeløpet skal fordeles på krav undergitt begrensning (sjøl. § 176), kan det synes uriktig å fordele tilleggsbeløpet etter sjøl. § 232 første ledd b på rentekravene. Men Høyesterett synes ikke å se tilleggsbeløpet etter sjøl. § 232 første ledd b som en del av begrensningsbeløpet, visstnok fordi det står i et kapittel med fellesregler for flere begrensingsformer. I avsnitt 46 sies det:

«Min konklusjon så langt – basert på lovens regler og systematikk – er at reglene om begrensingsfond i kapittel 12 ikke leder til at retten til ansvarsbegrensning endres på en slik måte at redersiden blir ansvarlig for et høyere beløp enn det som fremgår av kapittel 9.»

Det er mulig Høyesterett her overser at dette tilleggsbeløpet er en integrert del av begrensningsbeløpet i den konvensjonen sjøloven søker å gjennomføre i norsk rett. I LLMC 1996 art. 11(1) heter det:

«The fund shall be constituted in the sum of such of the amounts set out in Articles 6 and 7 as are applicable to claims for which that person may be liable, together with interest thereon from the date of the

occurrence giving rise to the liability until the date of the constitution of the fund.»

Å ikke fordele også tilleggsbeløpet i sjøl. § 232 første ledd b på de krav som er undergitt begrensning, men i stedet unndra kravet fra disse kreditorerne og dele det ut til dekning av rentekrav, synes da å være i strid med konvensjonen. Det er etter mitt syn uheldig, og neppe lovgiverens intensjon. Når begrensingsfondet på denne måten ikke er opprettet i samsvar med konvensjonen, fordi det foreskrevne begrensningsbeløpet ikke blir tilgjengelig for begrensingskreditorerne, får dette også den alvorlige følgen at det ikke trenger anerkjennes av andre land eller hindrer enkeltforfølgelse av krav etter konvensjonens art. 13. Rederen kan imidlertid beskyttes av andre regler om anerkjennelse av fondsopprettelsen, for eksempel Luganokonvensjonen.

Akkurat den varianten av begrensingsreglene som ble brukt her (begrensning etter sjøl. §§ 172a og 175a) bygger riktignok ikke på konvensjonen, siden Norge har tatt forbehold om særskilte nasjonale regler for opprydningsaksjoner. Men dette kan ikke spille noen rolle, for reglene er like på dette punktet både for konvensjonsfastsatt og ikke konvensjonsfastsatt begrensning. Høyesterett siterer da også konvensjonsbestemmelsen gjengitt ovenfor, og nevner ikke Norges forbehold til konvensjonen.

Regelen om at renter ikke kan meldes i begrensingsfondet er heller ikke konvensjonsfastsatt. En kunne da hatt en regel om at rentekrav kunne gjøres gjeldende i begrensingsfondet. Det problematiske med Høyesteretts avgjørelse er da at hovedstolen ikke kan dra nytte av tilleggsbeløpet etter sjøl. § 232 første ledd b.

Det kan synes som Høyesterett ikke har holdt klart fra hverandre at det ved begrensingsfond oppstår to grupper rentespørsmål. Gruppe A dreier seg om renter på kravene som fremmes mot begrensingsfondet – om rentesats, om det er en grense for hvor mye renter som kan kreves og om rentekrav kan kreves dekket av begrensingsfondet. Gruppe B dreier seg om renter på midlene i begrensingsfondet som skal fordeles. Hvis for eksempel pengene settes i banken, skal da rentene av disse pengene fordeles mellom kravshaverne i fondet, eller noen av dem, eller til rederen som betalte inn pengene? Denne saken dreier seg om rentespørsmål av det siste slaget. Men Høyesterett skriver mest om spørsmål av det første slaget. Sammenblandingen kommer særlig til syne i siste setning i avsnitt 52.

Heller ikke Sjølovkomiteen har holdt tungen rett i munnen her. I en særlig, ikke konvensjonsfastsatt regel om sikkerhet for renter i sjøl. § 234, sies det at det ikke er nødvendig å stille sikkerhet for renter for tiden etter opprettelsen av fondet. Det bygger nok på at krav på renter for tiden før fondsopprettelsen kan meldes i fondet, slik at den særskilte sikkerheten ikke er nødvendig (men bestemmelsen er ikke nærmere kommentert av komiteen). Denne forutsetningen er imidlertid i strid med lovteksten (sjøl. §§ 232 og 173 nr. 6), og kan derfor uansett ikke slå igjennom.

Poenget med tilleggsbeløpet i sjøl. § 232 første ledd b dreier seg klart nok om renten på midlene som skal fordeles (et gruppe B-spørsmål). Beløpet inngår i fondet, og renter av kravene som fremmes (et gruppe A-spørsmål) kan ikke fremmes i fondet. Hvis man ikke hadde en slik regel om renter fra fondet fra ulykken til fondsoprettelsen, ville det vært en fordel for rederen å vente så lenge som mulig med å betale inn begrensingsbeløpet. Da ville hun jo selv få renteinntektene inntil fondet er opprettet. Det er for å bøte på dette man har regelen i sjøl. § 232 første ledd b om at begrensingsfondet skal bestå av begrensningssummen på ulykkestidspunktet pluss renter av begrensningssummen fra ulykken til opprettelsen av fondet.

Denne forståelsen av regelen passer bra med Sjølovkomiteens kommentar til den tilsvarende bestemmelsen i sjøl. 1893 § 351 første ledd b (NOU 1980:55 s. 51):

«Denne regel er ny og medfører at den ansvarlige ikke vil oppnå rentefordel ved å trenere opprettelsen av fondet. Dette rentebeløp inngår altså som en del av fondet ...»

Høyesterett kommenterer dette i avsnitt 59.

For det første peker man på at sitatet ikke er klargjørende. For min del synes jeg det er rimelig klart at når det står at beløpet etter sjøl. § 232 første ledd b inngår som en del av fondet, så skal det fordeles på krav undergitt begrensning, og ikke på rentekrav og andre krav som ikke kan begrenses. Høyesterett siterer et lengre avsnitt, men det er ingenting der som svekker dette inntrykket, og Høyesterett peker heller ikke på noe slikt.

For det andre peker Høyesterett i avsnitt 59 på at hensynet til å motvirke trening av fondet «antakelig ivaretas best dersom også rentene inngår i beløpet til fordeling». Dette forklares ikke nærmere, og er vanskelig å skjønne. Tvert imot, når beløpet etter sjøl.

§ 232 første ledd b brukes til å dekke rentekrav rederen uansett måtte ha dekket fordi de er ubegrensede, blir rederens nettoutgift ved å trenere fondsoprettelsen mindre, og den insentivvirkning lovgiveren ønsket svakere.

For det tredje peker Høyesterett på at det ikke bare er tilleggsbeløpet etter sjøl. § 232 første ledd b som påvirker valget av tidspunkt for å opprette begrensingsfond. Det er selvsagt riktig, men har vel lite å si for fordelingen av midlene etter sjøl. § 232 første ledd b.

Til slutt i dette avsnittet oppsummerer Høyesterett: «Det hensynet som trekkes frem i forarbeidene, kan uansett ikke slå igjennom overfor lovens regler om rett til ansvarsbegrensning.» Det er nok treneringshensynet det her pekes på. Dette settes opp i motsetning til «lovens rett til ansvarsbegrensning». For min del har jeg vanskelig for å se annet enn at sjøl. § 232 første ledd b er en integrert del av sjølovens regulering til ansvarsbegrensning. At lovgiveren har vedtatt dette for å motvirke trening av fondsoprettelsen, endrer ikke på dette og står slett ikke i noen motsetning til det.

Lovgiverens motiver er klare og greie. Men hva slags motiver man kunne ha hatt for den regelen Høyesterett finner, er uklart. Hvorfor skulle man sette til side et eget beløp for rentekrav i begrensingsfondet når rentekrav ikke kan meldes i fondet? Var det dette man hadde tenkt å gjøre, ville det nok vært forklart i forarbeidene.

Resultatet i denne dommen burde vært at også beløpet etter sjøl. § 232 første ledd b inngår som en del av fondet og fordeles på de kravene som er undergitt begrensning, slik den underliggende konvensjonen, ordlyden, reelle hensyn og forarbeidene sitert ovenfor anviser.

Erik Røsæg

Nytt i privatretten

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

Redaktør: Endre Stavang
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 (2019) på *Nytt i privatretten* koster kr 680,-. Studentabonnement koster kr 350,-. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2018

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer februar 2019.