



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Peter Hambro går av som redaktør av *Nytt i privatretten*. Ny redaktør er Endre Stavang.

Førsteamanuensis Peter Hambro har vært redaktør av *Nytt i privatretten* siden 2011. Han fratrer våren 2018 sin stilling ved Institutt for privatrett på grunn av nådd aldersgrense, og avslutter samtidig sitt engasjement som redaktør av *Nytt i privatretten*. Ny redaktør er professor Endre Stavang.

Peter Hambro har styrt *Nytt i privatretten* med bestemt, men vennlig hånd. Han har alltid hatt et våkent øye for nyheter som fortjener omtale. Det gjelder særlig nye høyesterettsavgjørelser, men også annet materiale av interesse for privatrettsjurister. Oppgavene har vært fordelt på instituttets ansatte og andre fagpersoner ut fra den enkeltes faglige kompetanse og interesseområde. Vi som har vært og er bidragsytere til *Nytt i privatretten*, har mottatt korte eposter med vennlige påminnelser om deadline. På denne måten har instituttet lyktes med å fylle publikasjonen med

godt og nyttig stoff til hver utgivelse. Institutt for privatrett vil takke Peter for det samvittighetsfulle og store arbeidet han har gjort gjennom flere år. Redaksjonsarbeidet er utført i samarbeid med rådgiver Eva Dobos ved Institutt for privatrett. Vi er glade for å kunne meddele at Eva fortsetter sitt arbeid for redaksjonen, heretter i samarbeid med den nye redaktøren Endre Stavang. Vi er særdeles fornøyde med at Endre har sagt seg villig til å gå inn som redaktør etter Peter.

Trygve Bergsåker

Instituttleder, Institutt for privatrett

ARBEIDSRETT

Virkomhetsoverdragelse ved bytte av personlig assistanse – HR-2017-2277-A

Dom Aleris avsagt av Høyesterett den 4. desember 2017.

Domen i målet Aleris kan sägas bygga på och utveckla Høyesterettsdomen i Rt. 2015 s. 718 Kirkens Bymisjon (se *Nytt i privatretten* 2015 s. 3–7). Båda domarna rör vårdsektorn. Huvudfrågan i Kirkens Bymisjon var om byte av leverantör av tjänster om uppföljning av boendeinsatser (booppföljningstjänster) skulle anses vara övergång av verksamhet enligt arbetsmiljöloven kap. 16. Det ansåg Høyesterett. Huvudfrågan i Aleris var om en brukares byte av leverantör av personlig assistans skulle anses vara övergång av verksamhet. Det menade Høyesterett. I båda målen var arbetskraften den centrala insatsfaktorn i verksamheterna. Høyesterett kom alltså i Aleris fram till att verksamhet som består i att bistå med vissa stödfunktioner var att anse som en självständig enhet som behöll sin identitet efter övergången.

Omständigheterna i målet var i korthet följande. En person med nedsatt funktionsförmåga (funksjonsevne) hade av hemkommunen blivit beviljad (innvilget) så kallad brukarstyrd personlig assistans (BPA) med 32 timmar per vecka. Av helse- og omsorgstjenesteloven følger att kommunerna åläggs att ha ett erbjudande om brukarstyrd personlig assistans. Den kommun där brukaren bor är således pliktsubjektet och finansiär av tjänsten. Ordningen med BPA innebär att brukaren

Innhold nr. 2

Arbeidsrett	1
Arverett	3
Erstatningsrett	4
Familierett	5
Fast eiendom	6
Forsikringsrett	11
Immaterialrett	13
Konkurranserett	14
Kontraktsrett	15
Selskapsrett	22

har rätt att välja assistent och tjänsteleverantör, och någon kvalifikationsprincip avseende urvalet gäller inte. Det är också brukaren som organiserar innehållet i tjänsten efter sitt behov. Dessutom är det brukaren som utövar arbetsledning över assistenterna. Det kommunala beslutet om tilldelning av assistans blev årligen förnyat.

BPA-tjänsteleverantören Uloba hade anställt fyra fasta assistenter och en att kalla in vid behov för att täcka brukarens bistandsbehov, så kallad tilkallingsassistent. När brukaren kom i konflikt med en av de fasta assistenterna valde han att byta BPA-leverantör. Kommunen sa därför upp avtalet med Uloba och ingick i stället avtal med Aleris om leverans av BPA-tjänsterna. På grund av förlusten av uppdraget sade Uloba upp assistenterna. Tre av de fyra fast anställda assistenterna blev emellertid anställda i Aleris som brukarstyrda personliga assistenter för brukaren. Assistenten som inte fick följa med till förvärvaren Aleris hävdade att leverantörsbytet var en övergång av verksamhet enligt arbetsmiljøloven kap. 16 och att hans anställning hade gått över på Aleris. Det höll Aleris inte med om. Saken skulle komma att avgöras i domstol.

Syftet med BPA-ordningen är att brukaren ska ha en frihet att välja leverantör av assistanstjänst. Av ordningen följer därför också att brukaren när som helst kan byta leverantör av tjänsten. Det är uppenbart att detta kan ge upphov till konflikt mellan brukarens rätt att välja assistent och assistens som arbetstagare rätt enligt arbetsrättslagstiftningen (jfr domens avsnitt 35–37, 50 f.). Det innebär emellertid inte att arbetsrättsliga regler inte ska gälla i sådana sammanhang det är fråga om här. Således gäller reglerna om verksamhetsövergång i arbetsmiljøloven kap. 16 också i BPA-ordningar, om villkoren för dem är uppfyllda, inklusive skyddet mot uppsägning, arbetsmiljøloven §16-4. För att det ska vara en övergång enligt arbetsmiljøloven måste det vara fråga om övergång av en självständig ekonomisk enhet som bevarar sin identitet. Tre kumulativa kriterier måste vara uppfyllda: övergångskriteriet, enhetskriteriet och identitetskriteriet. Om att övergångskriteriet var uppfyllt var inte tvistigt (avsnitt 46).

Utgångspunkten, när väl det är klarlagt att övergångskriteriet är uppfyllt, är att det måste vara något mer än bara arbetsuppgifterna som övergår för att det ska vara en stabil ekonomisk enhet (jfr Süzen, C-13/95, och Hidalgo m.fl., C-173/96 samt C-247/96 Hernández Vidal, C-127/96, C-229/96 och C-74/97). Att så har varit fallet i Aleris har Høyesterett utgått ifrån, i vart fall implicit; någon närmare diskussion förs inte utan domstolen går rakt in i diskussionen om det föreligger en stabil ekonomisk enhet (avsnitt 48).

Høyesterett konstaterade med hänvisning till både sin dom i Rt. 2015 s. 718 Kirkens Bymisjon och EU-domstolens dom i Jouini, C-458/05 (se Nytt i privatretten 2007 nr 4 s. 3 f.) det numera självklara att också verksamheter med arbetskraft som central insatsfak-

tor «kan utgjøre en økonomisk enhet» (avsnitt 49; se även Scattolon, C-108/10). Något krav ställdes inte på att det i BPA-enheten skulle förekomma något samarbete under själva utförandet av den dagliga tjänsten. «Samlet leverer de en komplett assistansetjeneste, og det eksisterer følgelig et funksjonelt samarbeid mellom dem» (se slutet i avsnitt 49).

Den lagstadgade BPA-ordningen, som begränsar arbetsgivarens arbetsledningsrätt (styringsrett), var också intagen i anställningsavtalet med assistenterna (avsnitt 51). Assistentens anställning avsåg assistansordningen för den aktuella brukaren («gjelder assistanseordningen til [brukeren]»). Därmed kunde *som utgangspunkt* arbetsgivaren inte anvisa annat arbete hos annan brukare eller i verksamheten i övrigt för en till en viss brukare knuten assistent. Arbetsgivarens omplaceringsmöjlighet är i en BPA-ordning begränsad. En övertalighet som en följd av verksamhetsövergången kan uppkomma som en konsekvens av uppsägningsförbudet i arbeidsmiljøloven § 16-4. Frågan om att finna ett «annet passende arbeid i virksomheten» enligt arbeidsmiljøloven § 15-7 aktualiseras om det uppkommer en övertalighet hos arbetsgivaren i samband med verksamhetsövergången och det är den arbetsgivare där övertaligheten uppstår som har att lösa den uppgiften. Men det är en frågeställning som eventuellt ligger i förlängningen av bedömningen om reglerna i arbeidsmiljøloven kap. 16 ska anses vara tillämpliga. I det aktuella målet är det fråga om det föreligger en sådan verksamhetsövergång som medför att arbetstagare har rätt att följa med till förvärvaren.

En annan sida av saken är att det i anställningsavtalet fanns en uppsägningsklausul som medgav en möjlighet för tjänsteleverantören att *ensidigt* avsluta anställningsavtalet om «relasjonene mellom partene utvikler seg slik at relevant personlig assistanse i henhold til forutsetningene ikke kan utføres» (citatet från domen i lagmannsretten LF-2016-132364, s. 6). Klausulen var inte föremål för prövning i Høyesterett och behandlades inte närmare, men klausulens giltighet ifrågasattes av lagmannsretten.

Argumentet från Aleris att brukarstyrningen och brukarens funktion som arbetsledare inte i sig kunde utgöra grund för en organisatoriskt avskild enhet eftersom brukaren inte utgör en del av Uloba (arbetsgivaren), avvisades av Høyesterett (avsnitt 54 f.; jfr avsnitt 16). Tvärtom menade domstolen att brukaren var knuten till assistentens arbetsgivare med ett avtalsgrundat ansvar för den dagliga arbetsledningen i enheten. Att den anställda ingår i kundföretagets (Ulobas) organisation «er uansett ikke diskvalifiserende».

Domstolen lyfte fram det faktum att tjänsten hade en ekonomisk avgränsning genom tildelningen i kommunens tilldelningsbeslut (tildelingsvedtak), att Uloba centralt utförde stödfunktioner till de olika BPA-enheterna såsom till exempel kvalitetssäkring, bokföring, fakturering och löneutbetalningar, samt att Uloba bistod med upplärningen av nya assistenter

(avsnitt 56–59). Høyesterett setter ikke inn i sammenhengen gransdringen mellom om det faktisk er en stabil økonomisk enhet som overgår eller om det som overgår endast er arbeidsoppgifter. Som kjent skal noe mer enn arbeidsoppgifter overgå for at en overgang av virksomhet enligt arbeidsmiljøloven kap. 16 skal foreligge. Om dette foreligger fast praksis (se oven). I sin bedømming forefaller Høyesterett, i hvert fall implisitt, utgå fra at det er noe mer enn arbeidsoppgifter som går over (jfr avsnitt 48).

At administrative stødfunksjoner erholdes fra andre deler av virksomheten hindrer ikke at en virksomhet kan omfattes av enhetskriteriet. Dette argument stødde domstolen med at også deler av en virksomhet kan overlåses (avsnitt 60). Istället betonades «*substansen*», det vill säga betydelsen av själva stødfunktionen i assistentens regelmässiga bistånd till brukaren (avsnitt 61 f.). Krav på att en enhet ska vara organisatorisk skild från den övriga verksamheten foreligger inte (jfr exempelvis Klarenberg, C-466/07 och Amatori, C-458/12). Om så hade varit fallet, hade frågeställningen åtminstone i denna del varit enklare att avgöra.

Domstolen kom fram till at enhetskriteriet var oppfylt eftersom BPA-enheten til brukaren var en sjålvstendig økonomisk enhet. Høyesterett menade at det følger av «at BPA-enheten utgjorde en operasjonell enhet til tross for at Uloba sentralt bidro med enkelte støttefunksjoner. At tjenesten var stabil følger av at [brukeren] har et vedvarende bistandsbehov og at det kommunale tildelingsvedtaket følgelig fornyes hvert år» (avsnitt 63).

Vad så gäller identitetskriteriet, som aktualiseres først om overgangs- og enhetskriteriene er oppfylt, foretok Høyesterett i denna del en helhetsbedømming, men den omstendighet at arbeidskraften var den dominerende insatsfaktoren tillmattes betydende vikt (avsnitt 66–68). Tre av fem arbeidstagere overførtes fra Uloba til Aleris, men alltså ikke den fast ansatte assistenten som rest saken og en «tilkallingsassistent». Majoriteten av de ansatte ansåes foljaktligen overførte, noe som i seg selv talar for at det foreligger en virksomhetsovergang. Men det skal gjøres en samlet bedømming av de såkalte Spijkersfaktorene og andre relevante omstendigheter, der viktning av omstendighetene kan komme til gjøres. Domstolen lyfte fram även andre karakteristika for virksomheten än at arbeidskraften var den dominerende insatsfaktoren (avsnitt 71), nämligen att «Assistentene var knyttet til [brukeren] gjennom hans brukerstyrt valg. Aleris sto med andre ord ikke fritt til selv å velge nye assistenter. Dette underbygger etter mitt syn den overførte virksomhetens identitet». Domstolen konkluderte med at «Den vesentligste forskjellen før og etter overdragelsen var at [assistenten] og tilkallingsassistenten ikke fulgte med» (avsnitt 72 in fine).

Høyesteretts bedømming gjelder den konkrete saken. Høyesterett går metodisk til våge for at avgjøre huruvida det er en overgang av virksomhet enligt arbeids-

miljøloven kap. 16. Ändrade sakförhållanden kan ge andra resultat. Skulle situationen bedömts annorlunda om kommunen ansåg att det forelegat brister i utövan- det av tjänsterna och därför avbrutit kontraktsförhållandet med tjänsteföretaget ifråga? Knappast. Hur skulle situationen bedömts om brukaren inte ville att någon av assistenterna skulle fortsätta att utföra tjänster hos honom? En förutsättning för att reglerna blir tillämpliga är att det är noe mer än arbeidsoppgifterna som går over. Kanskje utgjør det förhållandet at assistansen utførdes hos samme kund og i samme lokal mer en fråga om vilka arbeidsoppgifter som utførdes än vilken rörelse som bedrevs? Jag undrar hur EFTA-domstolen skulle ha bedömt situationen.

Bernard Johann Mulder

ARVERETT

Litteratur

Peter Lødrup og John Asland: *Arverett*, 7. utgave. Gyldendal juridisk, 2018. 441 sider

6. utgave av denne boken utkom i 2012. Som nevnt i forordet er det ingen endringer i den sentrale arveretten, men en del nye lover i periferien er kommet så som lov om forsvunne personer, et kapittel i arveloven om fraværende arvinger, opphevelse av arveavgift og statens arverett. Samlet er det siden forrige utgave tatt med seks nye høyesterettsdommer og en del nye lagmannsrettsdommer. Boken er ajourført frem til slutten av oktober 2017.

Peter Hambro

Borgarting lagmannsrett 13.2 2018, LB-2016-192880

En mann overførte ved ektepakt en bolig og hytte som gav til ektefellens særeie. Retten kom til at overføringene var livsdisposisjoner.

Fakta i saken: C ble i 2002 gift med B som var 24 år yngre enn C. C hadde barn fra første ekteskap. I 2003 fikk C påvist forhøyede PSA-verdier som kan føre til prostatakreft, men det var først i 2011/2012 at kreften ble merkbar. I juni 2005 opprettet ektefellene en ektepakt om delvis særeie. Både bolig og en hytte ble oppgitt som Bs særeie og det var klart at dette var en gave fra C. Ektepakten ble registrert i Løsøreregisteret og tinglyst på boligeiendommen noen uker senere og overføringen av hytta tinglyst litt senere. Samme dag som ektepakten ble opprettet, skrev ektefellene under på hvert sitt testament. I Cs testament var det blant annet bestemt at B skulle arve det som sto på bankkonti i Cs navn og hans bil. B hadde i sitt testament bestemt at hvis hun døde før C, skulle han arve boligen og hytta. C døde i 2012. B overtok boet til privat skifte

etter reglene om minste arv. Ett av Cs særkullsbarn reiste sak med påstand om at ektepakten var ugyldig som en dødsdisposisjon. Både tingretten og lagmannsretten kom til at overføringene i ektepakten var en gyldig livsdisposisjon.

Lagmannsrettens vurdering. Det ble først vist til Rt 2007 s. 776 og presisert at det avgjørende er om avtalen har hatt realitet for giveren. Overdragelsene av bolig og hytta var begge tinglyst og gjennomført i ektefellenes selvangivelser. B ble også registrert som regningsmottaker for kommunale avgifter. Etter opprettelsen av ektepakten solgte B sin andel av en leilighet. I 2006 mottok B arv etter sin mor og i 2007 arv etter en onkel og tante. Beløpene gikk inn i ektefellenes felles økonomi og spesielt til å foreta oppgraderinger på boligen. Ektefellene delte på fellesutgifter, men retten la til grunn at B hadde brukt mer midler til oppgradering av boligen enn C. Retten oppsummerte slik: «For lagmannsretten er det avgjørende poenget vedrørende ektefellenes utgiftsfordeling, at det er lite sannsynlig at C ville ha maktet å foreta de investeringer og oppgraderinger av boligeiendommen som ble gjennomført med sin pensjonsinntekt. B har gjennom arv og salg av andel i leilighet tilført fellesøkonomien betydelige midler.» Videre: «Selv om formålet med eiendomsoverføringene dels har vært motivert ut fra at B skulle sikres eiendommene også etter Cs død, har overføringene utvilsomt hatt en betydelig realitet for ham i levende live. Han oppnådde å knytte B sterkere til seg og til eiendommene, faktisk og økonomisk. Overdragelsen fant sted kort tid etter ekteskapsinngåelsen.»

Det forelå i saken en påstand om at testamentene til ektefellene var ugjenkallelige. Det sto ingenting i testamentene om ugjenkallelighet og det fantes heller ikke holdepunkter for at ektefellene ønsket dette.

Kommentar. Fra bare de siste tre årene har vi samlet nå fire lagmannsrettsdommer med spørsmål om en gaveoverføring til en ektefelles særeie er en livs- eller dødsdisposisjon. Disse er LB-2015-162025, LB.-2014-207398, LG-2017-60012 samt ovennevnte. Aldersforskjellen var i denne saken betydelig, men ektepakten ble inngått ganske tidlig i ekteskapet. I rettspraksis har det vært et viktig moment. Overføringen hadde tydeligvis økonomisk realitet for ektemannen som selv ikke hadde midler til oppgradering av boligen. Dommer om grensen livs-/dødsdisposisjon ved gaveoverføringer mellom ektefeller, er i teorien behandlet i Lødrup/Asland *Arverett* s. 274 flg. og i FAB 2011 s. 145 flg.

Peter Hambro

ERSTATNINGSRETT

Om lovfestet ansvar for dyr og læren om aksept av risiko – HR-2018-403-A (Rideulykke II) Enstemmig

Den 1. mars 2018 avsa Høyesterett en dom om erstatningsansvar etter skadeserstatningsloven (skl.) § 1-5, som hjemler objektivt ansvar for eier og innehaver av dyr. En kvinne ble varig skadet etter å ha blitt kastet av en hest, som hun hadde leid ved et hestesenter. Kvinnen krevet erstatning fra hestesenteret. Det var på det rene at verken hestesenteret eller kvinnen hadde utvist uaktsomhet. Spørsmålet var derfor om skl. § 1-5 kom til anvendelse, og videre om ansvaret eventuelt kunne anses bortfalt som følge av rytterens aksept av risiko. Høyesterett kom til at hestesenteret var erstatningsansvarlig.

Dommen inneholder flere generelle tolkningsuttalelser. For det første avklarer dommen forholdet mellom § 1-5 og læren om aksept av risiko. Vi har hittil ikke hatt høyesterettspraksis om bestemmelsen. Også dommen inntatt Rt. 1988 s. 1272 (Rideulykke I) omhandlet hesteeiers ansvar ved rideulykke, men aktuelle rettsgrunnlag her var den nå opphevede NL 6-10-2 og ansvar på subjektivt grunnlag. Bestemmelsen i § 1-5 er taus om ansvaret kan bortfalle som følge av aksept av risiko. I sin begrunnelse foretar førstvoterende en grundig gjennomgang av rettskildene som kan belyse spørsmålet, før han konstaterer at det er plass for aksept av risikobetraktninger som bortfallsgrunn ved anvendelse av skl. § 1-5 (a. 34–48).

For det andre inneholder dommen uttalelser om hvordan aksept av risiko kan anvendes ved personskade voldt av dyr, jf. a. 49. Etter min mening er denne delen av dommen av størst generell interesse fordi vi her finner uttalelser både om forholdet til den alminnelige medvirkningsbestemmelsen i skl. § 5-1 (a. 50), og om hvilken betydning de hensynene som begrunner det aktuelle ansvarsgrunnlaget, har for hvilket rom det er for aksept av risiko (a. 51 følgende).

Når det gjelder forholdet mellom aksept av risiko og den alminnelige medvirkningsbestemmelsen i skl. § 5-1, fremhever førstvoterende forholdet til medvirkningsregelen som et «vesentlig hensyn, som har videre nedslagsfelt enn bare objektivt ansvar for dyr» (a. 50). Poenget er at mens rettsvirkningen av aksept av risiko er bortfall av erstatningsansvar, så åpner medvirkningsbestemmelsen i § 5-1 for en rimelighetsvurdering hvor erstatningen etter rettens skjønn kan settes ned, falle bort eller ikke tillegges virkning. Rettsvirkningen er altså ulik. Førstvoterende fremhever at grensen mellom medvirkning og aksept av risiko ikke er skarp, og at aksept av en «åpenbar risiko» dels er betraktet som en form for medvirkning. Derfor bør det også utvises «stor tilbakeholdenhet med å godta aksept av risiko som bortfallsgrunn ved siden av § 5-1».

Av generell interesse er også uttalelsene om hvilken betydningen hensynene som bærer det aktuelle ansvars-

grunnlaget, kan få for hvilket rom det er for aksept av risiko, jf. avsnitt 51 følgende. Betydningen av det aktuelle ansvarsgrunnlag er særlig løftet frem av *Frøseth* i hennes doktoravhandling, *Skadelidtes egenekspone- ring for risiko i erstatningsretten*, og har senere vun- net tilslutning i litteraturen, jf. bl.a. Hagstrøm/Stenvik, *Erstatningsrett*, kaptittel 11.6 og Wilhelmsen/Hagland kapittel 21.3. Førstvoterende understreker at vurderin- gen av om det foreligger aksept av risiko, må «bygge på en helhetsvurdering», og at hvilke forventninger skadelidte kan stille til aktiviteten «da står sentralt» (a. 56). I denne sammenhengen løfter førstvoterende frem de hensyn som tradisjonelt begrunner objektivt ansvar, «nemlig at den som har økonomisk nytte av en virksomhet som innebærer en risiko, også er nær- mest til å betale for risikoen» (a. 56). Liknende betrakt- ninger finner vi bl.a. i en dom om ulovfestet objektivt ansvar inntatt i Rt. 2014 side 656 (Avløpsnett) a. 34. Førstvoterende fremholder videre et annet bærende hensyn bak objektivt ansvar, nemlig at for ridesentre vil personskader fremstå som «en påregnelig og typisk følge av virksomhet som drives i egeninteresse». Hen- synet får betydning for hvilket rom det vil være for synspunktet aksept av risiko, som derfor typisk vil være et annet ved rideskolevirksomhet enn der en hesteeier låner ut hesten sin som en vennetjeneste (a. 56). Også pulveriseringshensynet trekkes frem, jf. uttalelsen om at «rideskolen står nærmere til å forsikre seg mot [skadelidtes kunders økonomiske tap] enn den enkelte rytter» (a. 61). Samtidig understreker førstvo- terende at «risikoen for personskader som fører til økonomisk tap, normalt ikke anses for akseptert sett fra rytterens side» (a. 60).

Oppsummeringsvis sies at «det i praksis er begren- set plass for synspunktet aksept av risiko ved utleie av vanlige rideskolehester» (a. 62). Samtidig under- strekes at det ikke dermed er sagt at et ridesenter blir «fullt ansvarlig for enhver skade en rytter pådrar seg» (a. 63). Tre eksempler trekkes frem: For det første vil ikke kravet til årsakssammenheng – skade som dyret «volder» – alltid vil være oppfylt. For det andre kan det forekomme rytterfeil som medfører et alminnelig medvirkningsansvar etter skl. § 5-1. Og for det tredje vil det for hesteutleie til «aktiviteter som innebærer en særskilt risiko» være nærliggende å anse rytteren for å ha akseptert «en særlig risiko» slik at en er uten- for § 1-5 (a. 64). Slik lå imidlertid ikke forholdene an i denne saken, og den skadelidte rytteren ble ikke ansett for å ha akseptert risikoen. Rideskolen ble der- med holdt ansvarlig.

Vi har ikke mange dommer om aksept av risiko, og i rettslitteraturen har læren om aksept av risiko som selvstendig bortfallsgrunn vært omdiskutert. Særlig Kjønstad stilte seg kritisk, og ville «si farvel» til læren. I rettspraksis har imidlertid synspunkter om aksept av risiko spilt en viss rolle – særlig på sports- og fritidsskadenes område. Som eksempel kan nevnes Rt. 2001 side 1211 (Alpinbakke II), hvor førstvoterende

uttaler «Den ankende part har pekt på at utøvere som kjører utenfor preparert område, har akseptert en risiko. Jeg er ikke uenig i at skiløping utenfor alpinanlegget som hovedregel skjer på eget ansvar» (side 1226). Uttalelsen gir uttrykk for grunntanken om aksept av risiko: Den som frivillig utsetter seg for en risiko, med kunnskap om hva risikoen innebærer, kan ikke senere kreve erstatning dersom risikoen realiseres. Et annet eksempel er uttalelsen i Rt. 1988 s. 1272 (Rideulykke I) om at «det objektive ansvar også vil bortfalle i tilfelle hvor skadelidte må anses for å ha akseptert risikoen, jf. Rt-1957-25» (på side 1277). En mer prinsipiell gjen- nomgang av rammene for vurderingen av aksept av risiko, og hvor langt synspunktet rekker, har vi hittil like fullt manglet i rettspraksis. Denne nye dommen inneholder flere viktige avklaringer, som bør hilses velkommen.

Birgitte Hagland

FAMILIERETT

Gyldigheten av troskapsavtale mellom samboere LH-2017-129425

Innledning

Dommen gjelder gyldigheten av en avtale om troskap mellom samboere. Etter at den ene samboeren hadde vært utro, inngikk partene en avtale om at bolig og bil som partene eide sammen, i sin helhet skulle til- falle den andre dersom en av dem var utro. Det ble lagt til grunn at den ene samboeren hadde vært utro etter at avtalen ble inngått. De rettslige spørsmålene som ble drøftet var hvorvidt avtalen stred mot kravet om ærbarhet i avtaleforhold jf. NL 5-1-2 og videre hvorvidt avtalen var urimelig jf. avtaleloven § 36. Dom- stolen kom frem til at kontrakten verken stred mot ærbarhet eller var urimelig. Resultatet ble at avtalen skulle oppfylles.

Dommen fikk bred omtale i pressen da den kom, men dette skyldes nok først og fremst sakens særegne karakter og at avtalen som partene hadde inngått var uvanlig. Avtalens kombinasjon av det økonomiske med det personlige er ikke noen kjent figur i norsk avtalepraksis mellom samboere, og representerer sånn sett noe nytt. I saken krevde kvinnen i forholdet tro- skap mellom partene som et vilkår for å opprettholde samlivet og det ble knyttet økonomiske konsekvenser av et brudd på dette vilkåret. Tatt i betraktning den konkrete situasjonen som foranlediget avtalen og det økonomiske resultatet den førte til, fremstår dommen riktignok ikke som spesielt oppsiktsvekkende.

Forhold ved avtaleinngåelsen

Mannen anførte at forhold ved avtaleinngåelsen med- virket til å gjøre avtalen urimelig. Han hevdet at han at han ble presset til å inngå avtalen og at han ikke hadde tilstrekkelig tid til å tenke seg om før avtalein-

ngåelsen. Dette ble han ikke hørt med. Domstolen la til grunn at han hadde hatt flere dager til å vurdere avtalen og at han forøvrig ikke var i en situasjon som gjorde at avtalen ble urimelig.

Mannen hevdet at kvinnen var i en klart sterkere posisjon enn han ved avtaleinngåelsen og at hun utnyttet denne posisjonen for å oppnå en økonomisk fordel. Domstolen fant ikke at disse forhold fremsto som urimelige og fant ingen holdepunkter for at kvinnen utnyttet situasjonen for å skaffe seg en uberettiget vinning. Dette virker som riktige vurderinger. Kvinnens behov for å sikre et samliv uten at samboeren var utro, alternativt en økonomisk sikkerhet dersom dette likevel skulle skje, fremstår som legitime behov. Hun var den av partene som sto svakest økonomisk og hun hadde, sammen med samboeren, ansvar for et barn. Avtalen ville gi henne en sikkerhet for at samlivet fortsatte på en måte som hun kunne godta, altså at de begge var tro mot hverandre. Uten at dette fremkommer direkte av dommen, kan det tenkes at på grunn av den økonomiske situasjonen ville det være vanskelig for kvinnen å bryte ut av samboerskapet dersom mannen var utro, uten en slik avtale. På denne måten fremtrer avtalen som legitim sett i betraktning av den situasjonen partene var i da avtalen ble inngått.

Avtalen var foranlediget av at mannen hadde vært utro. Kvinnen fant utroskapen uakseptabel og avtalen ble inngått som et ledd i en ny start på forholdet. Rimelighetsvurderingen ville nok vært noe annerledes om avtalen ble inngått i starten av samlivet uten noen grunn til å tro at noen av partene skulle være utro.

Ærbarhetsvurderingen

Ærbarhetsvurderingen etter NL 5-1-2 retter seg mot forhold ved avtalen som er i strid med grunnleggende moraloppfatninger i samfunnet. Dersom mannen hadde gått med på noe som var krenkende for ham ville det kunne stride mot ærbarhet og det er noe fremmed ved en slik avtale siden den fører til store økonomiske konsekvenser for den som foretar seg noe som må sies å være av personlig karakter. Men det at mannen ikke ville ha blitt berørt av avtalen ved å bryte først og deretter innlede forhold til en annen, gjør at avtalen ikke virker urimelig inngripende i mannen frihet eller integritet.

Urimelighetsvurderingen for øvrig

Lagmannsretten gjør en konkret vurdering av forholdene ved avtaleinngåelsen, forhold ved avtalen og resultatet av den for partene, og kommer til at den ikke er urimelig jf. avtaleloven § 36. Utover det som er nevnt ovenfor, legges det vekt på at avtalen la de samme forpliktelsene på begge partene. At avtalen innebærer en ensidig overføring fra mannen til kvinnen på 1, 5 millioner kroner blir heller ikke ansett for å være urimelig. Her bygges det på at mannen var i en god økonomisk situasjon, med en ligningsformue på ca. 11, 5 millioner kroner samt en nedbetalt bolig ved

siden av de verdier som var omfattet av avtalen. Det må kunne sies at det økonomiske resultatet av avtalen alt i alt er et helt rimelig og normalt resultat av en deling av et samboerpars eiendeler etter et brudd. Ofte gis det avkall på verdier som er i den enes eie når partene har felles barn og de har vært sammen over en lengre periode. Dessuten er det et poeng at mye mer inngripende avtaler har vært ansett for å gå klar av urimelighetsreglene i rettspraksis mellom ektefeller. Eksempler på dette finner vi i to høyesterettsdommer fra slutten av 60-tallet (Rt. 1967 s. 973 og Rt. 1969 s. 901). Her var mennene i forholdet alkoholisert og inngikk avtaler med ektefellene sine om at ekteskapet skulle fortsette mot at de sluttet å drikke. Samtidig ble verdier som ektemennene eide overført til kvinnens eneeie og særeeie ble opprettet for disse verdiene. I begge sakene kom Høyesterett til at avtalen var gyldig og ikke i strid med kravet om rimelighet i avtaleloven § 36.

Oppsummeringsvis kan det sies at slike avtalevilkår om troskap i samlivet mellom samboere som ved brudd får en økonomisk sanksjon, nok kan fremstå som en blanding av «inkommensurable størrelser» som det på generelt grunnlag vil være grunn til å møte med skepsis når avtalens rimelighet skal vurderes. I denne konkrete saken der imot var det ikke grunn til å anse avtalen som urimelig.

Tone Linn Wærstad

FAST EIENDOM

Eierseksjonsloven 2017

Innledning

Den nye eierseksjonsloven – LOV-2017-06-16-65 – trådte i kraft 1. januar 2018, unntatt § 9 om rett til å kreve seksjonering, som trer i kraft 1. juli 2018. Loven avløste 1997-loven. Forarbeider: NOU 2014: 6 Revisjon av eierseksjonsloven («Wyllerutvalget»), Prop. 39 L (2016-2017) og Innst. 308 L (2016-2017). Merk at på enkelte punkter vedtok Stortinget noe annet enn det som var foreslått i proposisjonen. Nedenfor vil jeg kort peke på noen av de viktigste nyhetene og endringer. Jeg går ikke generelt inn på vilkårene og fremgangsmåten for seksjonering, da mye er en videreføring av 1997-loven, men det er kommet krav til parkeringsdekning og parkering for seksjonseiere med nedsatt funksjonsevne. Reglene om enerett til bruk av fellesarealer behandles ikke. Det er viktige overgangsregler.

Næringsmessig hyblifisering og korttidsutleie

Det er ikke vedtatt noen særlige regler om hyblifisering, forstått som næringsmessig ombygging av boligseksjoner til en rekke hybler med et antall beboere som boligen ikke har vært bygd for. Det er ofte omfattende korttidsutleie gjennom Airbnb og lignende. Dette har skapt en rekke problemer i flere eierseksjons-

sameier og er noe som Stortinget var opptatt av. Regjeringen skal komme nærmere tilbake til dette.

Kjøperett for leier av bolig er fjernet

I 1997-loven fulgte kjøperetten av §§ 14-18. Hovedtrekkene i reglene var at den som leier en bolig i en eiendom som skal seksjoneres, hadde rett til å kjøpe boligen til 80 prosent av seksjonens salgsverdi. Kjøperetten gjaldt selv om eieren ikke ønsket å selge.

Flertallet i Stortinget (Høyre, Fremskrittspartiet og Kristelig Folkeparti) vedtok å fjerne kjøperetten. Begrunnelsen var at kjøperetten var betydelig mindre aktuell etter at husleiereguleringen ble opphevet. Den skapte også problemer for eiendomsutviklere.

Kobling mellom eierseksjonsloven og plan- og bygningsloven

Etter 1997-loven kunne en seksjon være lovlig opprettet til boligformål etter eierseksjonsloven selv om den ikke lovlig kunne brukes som boenhet etter plan- og bygningsloven. Dette var klart uheldig, og i § 7 tredje ledd er det nå innført en «koblingsregel». Seksjonering til bolig kan bare skje dersom søkeren kan dokumentere at boligseksjonene som angis i søknaden, er lovlig etablerte boenheter etter plan- og bygningsloven. Koblingsregelen gjelder både eksisterende boliger og nybygg.

Rett for sameiere i boligsameier som ikke er seksjonert til å kreve seksjonering

I § 9 er det innført en ny bestemmelse om rett til seksjonering. Bakgrunnen for denne bestemmelsen er de finansieringsproblemer som kan oppstå for den enkelte sameier i boligsameier som ikke er seksjonert, f. eks. tomannsboliger. Finansinstitusjoner er tilbakeholdne med å akseptere pant i slike irregulære seksjonssameier. Merk at retten til å kreve seksjonering gjelder selv om kravene til kobling mellom eierseksjonsloven og plan- og bygningsloven, jf. ovenfor, ikke er oppfylt. Neste eier må imidlertid oppfylle disse kravene innen ett år etter overtagelsen. Kravet om seksjonering skal fremsettes overfor tingretten, og det er i § 9 nærmere regler om saksbehandlingen.

Seksjoneringstidspunktet

Det følger av § 8 at seksjonering nå kan skje allerede når det foreligger rammetillatelse etter plan- og bygningsloven – og ikke først når det er gitt igangsettingstillatelse, slik som det var etter 1997-loven. Bakgrunnen for endringen er at utbygger ofte har behov for å finansiere sitt byggeprosjekt på et tidlig tidspunkt. Dette vil normalt forutsette et panteobjekt til sikkerhet for byggelån. Som følge av at seksjoneringstidspunktet er endret, har kommunen fått rett til å kreve reseksjonering, jf. § 22.

Saksbehandlingstid og gebyr

I 1997-loven var det ikke frister for kommunens behandling av seksjoneringsaker. Det fremgår nå av § 14 at det er en frist på 12 uker for behandling av eierseksjonssaker. Da klagefristen over vedtaket er 3 uker, vil imidlertid kommunen i praksis avvende klagefristen og til eventuelle klager over vedtaket er avgjort før nødvendig dokumentasjon sendes til tinglysing, jf. eierseksjonsloven § 17. Saksbehandlingstiden kan derfor bli 12 + 3 uker. Hvis vedtaket påklages, kan det gå lengre tid. Tolvukersfristen suspenderes dersom seksjoneringsøknaden er mangelfull. Tiden som går med til en eventuell oppmålingsforretning, skal ikke medregnes i tiden på 12 uker. Oppmålingsforretning og matrikkelføring skal i utgangspunktet være gjennomført innen 16 uker etter at rekvisisjon for oppmålingsforretning er mottatt, jf. matrikkelforskriften § 16. I slike saker vil tolvukersfristen etter eierseksjonsloven stoppe opp i påvente av gjennomføring av oppmålingsforretningen. Den samlede fristen i seksjoneringsaker som gjelder registrering av utendørs tilleggsdelar til eierseksjon, kan følgelig bli 12 + 3 + 16 uker, til sammen 31 uker. Hvis kommunens vedtak blir påklaget, kan det gå lengre tid.

Etter § 15 kan kommunen fastsette seksjoneringsgebyr for å behandle seksjoneringsøknaden. Gebyret skal baseres på selvkost.

Klarere regler om vedlikehold og nye regler om erstatning ved forsømt vedlikehold

Reglene om vedlikeholdsplikt er i utgangspunktet videreført i 2017-loven, men reglene er utdypet og klargjort, se §§ 32 og 33. I §§ 33 og 34 er det bestemmelser om seksjonseieres og sameiets erstatningsansvar for mangelfullt vedlikehold. Her er kontrollansvaret innført som ansvarsgrunnlag.

Panterett for seksjonseieres forpliktelser

Legalpanteretten er videreført i § 31, men beløpet er økt fra 1 G til 2 G. Eierseksjoner og borettslag er nå likestilt her.

Begrensningen til å kjøpe boligseksjoner er videreført

I § 23 første ledd er 1997-lovens regel om at ingen kan erverve mer enn to boligseksjoner i ett og samme eierseksjonssameie videreført. Bestemmelsen rammer også tilfeller hvor en person erverver en sameieandel i flere seksjoner. Det er ikke forbud mot å eie flere enn to boligseksjoner. Den som seksjonerer (eier av eiendommen) kan derfor fortsatt eie alle seksjonene. Det er heller ingen ting i veien for at den som eier én eller flere boligseksjoner ved seksjoneringen, kjøper ytterligere to. Fusjon og fisjon av aksjeselskaper regnes ikke som «erverv» i lovens forstand – forutsatt at de samme eierinteresser står bak den som overdrar, og den som erverver.

I § 23 andre ledd er det flere unntak fra hovedregelen. Blant annet er det unntak for arv (legalarv og testamentsarv) og forskudd på arv til livsarving. Der som unntaket vedrørende arveforskudd også skulle gjelde testamentsarv, ville forbudet mot å erverve mer enn to seksjoner lett kunne omgås.

I praksis har man sett måter å omgå ervervsbegrensningen på. En måte er at A kjøper opp flere seksjoner, men tinglyser ikke for å omgå forbudet. Avtalen med selger er ok, og det tinglyses rådighetsbegrensninger. En annen måte er at A kjøper opp flere seksjoner via ulike aksjeselskaper. Dette kan skape problemer i et eierseksjonssameie. Jeg går ikke nærmere inn på i hvilken grad slike arrangementer vil kunne bli kjent ugyldige hvis spørsmålet blir brakt inn for domstolene.

Ladepunkt for elbiler

Det var i proposisjonen ikke foreslått noen særlige bestemmelser om lading for elbiler m.m. Stortinget vedtok imidlertid en bestemmelse i § 25 som skal sikre at eiere av elbiler skal få installere ladeinfrastruktur i sitt sameie. Styret kan bare nekte å samtykke til dette dersom det foreligger «saklig grunn». Det kan være en saklig grunn hvis etablering av ladepunkter for elbiler vil kreve oppgradering av hele det elektriske anlegget i sameiet. Dette har allerede skapt utfordringer i eierseksjonssameier.

Habilitet på årsmøtet

Habilitetsbestemmelsen i § 48 viderefører 1997-lovens regler. Merk at regelen i 1997-loven om at en seksjonseier var inhabil til å delta i avstemning om avtale med seg selv, er fjernet. Regelen er liberalisert i tråd med tilsvarende regler i aksjeloven § 5-3 og boligbyggelagsloven § 5-4 andre ledd.

Regnskap og revisjon

Det fremgår av eierseksjonsloven § 64 andre ledd at styret i sameier med 21 eller flere seksjoner skal sørge for at det blir utarbeidet årsregnskap og årsberetning i henhold til regnskapsloven. Regnskapsloven ble imidlertid endret ved lov nr. 115/2017, i kraft 1. januar 2018. Det fremgår nå av § 3-1 andre ledd andre punktum at plikten til å utarbeide årsberetning gjelder ikke for «små foretak». Hva som er «små foretak», er definert i § 1-6. Eierseksjonssameier anses som «små foretak» etter regnskapsloven, og det er følgelig ikke lenger noe krav om årsberetning. En annen sak er at styret på årsmøtet bør redegjøre for forhold som det tidligere var naturlig å ta med i årsberetningen.

Sameiets partsevne er utvidet

Et eierseksjonssameie er ikke et selvstendig rettssubjekt og har ikke partsevne i sin alminnelighet. Den nye loven viderefører i det alt vesentlige reglene om sameiets partsevne slik det har utviklet seg i praksis etter 1997-loven, jf. § 60. Se særlig Rt. 2012 side 1586 som har en god oppsummering av rettstilstanden i

avsnitt 26–31. Det er imidlertid både praktisk og hensiktsmessig at det er sameiet som sådan – og ikke de enkelte seksjonseierne – som skal saksøke utbyggeren ved mangler ved *fellesarealene*. Vi har derfor fått en ny regel om dette i bustadoppføringsloven § 1 b, jf. eierseksjonsloven § 60 første ledd tredje punktum, som utvider sameiets partsevne sammenholdt med 1997-loven.

Salgspålegg og fravikelse (utkastelse) i sameier med bare to seksjoner

Loven §§ 38 (salgspålegg) og 39 (utkastelse) viderefører 1997-lovens bestemmelser. I paragrafenes tredje ledd er det inntatt en ny bestemmelse om at i sameier med to seksjoner kan en seksjonseier kreve salgspålegg og utkastelse. Begrunnelsen er at kravet om styrebeslutning ellers vil hindre en seksjonseier å fremme et slikt krav. Den nye regelen vil løse en «umulig» situasjon som ellers lett vil oppstå i seksjonerte tomannsboliger.

*Per Racin Fosmark
lagdommer*

Finnmarkseiendommen kan fortsatt forvalte Nesseby bygdelags rettigheter – HR-2018-456-P

Den 9. mars 2018 avgjorde Høyesterett enstemmig i plenum at Finnmarkseiendommen (FeFo) har rett til å forvalte Nesseby bygdelags / Unjárgga gilisearvis bruksrettigheter på Finnmarkseiendommens grunn. Dommen kan antas å legge viktige føringer for hvordan rettsforholdet mellom Finnmarkseiendommen og bygdelag med kollektive rettigheter vil bli også ellers i Finnmark.

Ved lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) ble Finnmarkseiendommen overdratt statens tidligere eierrådighet over store deler av Finnmark. Samtidig ble det lovfestet hvordan Finnmarkseiendommen skulle forvalte både egne og andre rettighetshaveres ressurser, og flere av reglene i forvaltningsloven – og offentligloven – ble gjort gjeldende for saksbehandlingen.

Sametinget og Finnmark fylkesting var sterkt involvert under lovbehandlingen i Stortinget, og et hovedmål med loven var å avklare usikkerheten og striden om retten til land og vann i Finnmark. Loven skulle gi trygghet og forutsigbarhet for naturgrunnlaget for samisk kultur, for innbyggernes bruk av utmark og for en positiv næringsutvikling basert på bærekraftig utnyttelse av ressursene, jf. Ot.prp.nr. 53 (2002–2003) s. 7.

I medhold av finnmarksloven § 5 ble Finnmarkskommisjonen etablert, for å utrede rettigheter til land og vann i Finnmark, og en særdomstol – Finnmarksdomstolen – ble opprettet for å avgjøre tvister om slike rettigheter. De nærmere regler om Finnmarkskommisjonen og Finnmarksdomstolen følger av lovens kapittel 5 om kartlegging og anerkjennelse av eksis-

terende rettigheter. Denne saken i Høyesterett knytter seg til Finnmarkskommisjonens utredning av rettighetene i Nesseby kommune / Unjárgga gielda.

Finnmarkskommisjonen konkluderte med at befolkningen i Nesseby innehar en opprinnelig rett til ulike former for utmarksbruk, «som har et selvstendig grunnlag ved siden av Finnmarksloven [...] på samme måte som de sør-norske allmenningsrettighetene, og på samme måte som reindriftsretten der det har vært drevet reindrift fra gammelt av», som det het i rapporten (Finnmarkskommisjonen / Finnmarkskommisjonsvudna, Rapport felt 2 Nesseby, 13. februar 2013, s. 201). Etter kommisjonens oppfatning var det altså snakk om rettigheter som var etablert lenge før statens grunneierposisjon i Nesseby hadde festnet seg, og ikke rettigheter som var ervervet ved hevd eller alders tids bruk fra staten. Disse opprinnelige bruksrettighetene ble følgelig bare regulert av, ikke stiftet ved, finnmarksloven.

Da Finnmarksdomstolen fikk seg forelagt saken, kom den til at statens senere disposisjoner – som konstituerte statlig eiendomsrett – ikke hadde fratatt den fastboende befolkning retten til å *forvalte* bruksrettighetene (derunder jakt og fangst, ferskvannsfiske, bufebeite, sanking av egg og dun, multeplukking og stikking av torv til brensel og annet husbehov). Domstolen bemerket at domsresultatet lå nær opp til en situasjon der lokalbefolkningen har eksklusiv rett til bruk av tvisteområdet.

For Høyesterett var det enighet mellom Nesseby bygdela / Unjárgga gilisearvi og Finnmarkseiendommen om at lokalbefolkningen hadde opparbeidet omfattende bruksrettigheter til utmarksarealene på selvstendig grunnlag, uavhengig av finnmarksloven. Derimot bestred Finnmarkseiendommen at lokalbefolkningen også hadde rett til å forvalte bruksrettighetene. FeFo fremholdt at statens eiendomsrett var et resultat av eierstyring, forvaltning og regulering fra 1700-tallet og frem til i dag, og at det ikke var holdepunkter for at lokalbefolkningen noen gang hadde utøvd den form for overordnet styring og forvaltning som de var tilkjent i Finnmarksdomstolen.

Høyesterett kunne ikke se at det var «noe prinsipielt i veien for at en bruksrett også kan omfatte en rett til forvaltning av bestemte naturressurser» (avsnitt 120), men at spørsmålet om det var etablert slike rettigheter ved alders tids bruk måtte «skje ut fra en bred vurdering». Deretter trakk retten frem særlig to forhold som talte mot lokalbefolkningen:

Det første var statens forvaltning av området, særlig når det gjaldt utvisning av grunn og utmarksslåtter: «Dette er disposisjoner som staten har foretatt på grunnlag av en oppfatning om å være eier av grunnen. Situasjonen i dag er at FeFo er grunneier, noe som også aksepteres av bygdelaget» (avsnitt 149). Det andre var at bruken ikke ble ansett for å ha vært eksklusiv, men at også andre grupper hadde brukt området i vesentlig grad, hvilket «klart [taler] mot at det skulle

være etablert bruksrettigheter som også omfatter rett til forvaltning» (avsnitt 154). Konklusjonen ble at lokalbefolkningen ikke hadde utøvd sine bruksrettigheter på en slik måte at det gjennom alders tids bruk var etablert «bruksrettigheter som også omfatter rett til forvaltning av naturressursene» (avsnitt 149).

Når det gjaldt karakteren av lokalbefolkningens bruksrettigheter, sluttet Høyesterett seg til den allmenningstilnærmingen som Finnmarkskommisjonen hadde lagt til grunn. Retten viste til det skillet som Finnmarkskommisjonen oppstiller mellom «selvstendig rettsgrunnlag» og «særlig rettsgrunnlag», og forsto det slik at begrepsbruken bygger på en «allmenningsrettslig terminologi» der en kollektiv bruksrettighet ikke anses som en «særrett» eller en «særlig rett»: «Bruken av denne terminologien endrer imidlertid ikke [...] at det i dette tilfellet foreligger selvstendige rettigheter med en opprinnelig karakter som gir dem et eget vern» (avsnitt 157).

I den forbindelsen viste retten direkte til kommisjonens uttalelser om at den fastboende befolkningen i Nesseby nå har fått en rettsbeskyttet posisjon for sin bruk, og at FeFo må unngå å disponere over rettighetene slik at de lokale rettighetshaverne fortreges. Høyesterett konkluderte med at FeFo må innrette sin forvaltning etter finnmarksloven § 27 slik at det i nødvendig utstrekning skjer tilpasninger til de etablerte rettighetene, og lot det i utgangspunktet bli med det: «Hvordan dette nærmere skal gjøres, har imidlertid ikke vært prosedert for Høyesterett og står ikke til avgjørelse i denne saken» (avsnitt 161).

Et problem i saken var at den allmenningsrettlige tilnærmingen ikke fullt ut blir ivaretatt gjennom finnmarkslovens system. I den øvrige allmenningslovgivningen ligger styringsretten av bruksrettighetene nær eller hos de bruksberettigede selv. Det er mest naturlig å sammenligne med statsallmenningene, der grunneiendomsretten ligger hos staten. Skogsdriften blir der forvaltet av Statskog SF i samråd med de lokale allmenningsstyrene, som velges av og blant de virkesberettigede i vedkommende allmenning. Forvaltningen av allmenningsbruken for øvrig er i hovedsak lagt til fjellstyrene, som velges på kommunalt nivå.

Når det gjelder de tilsvarende lokale bruksrettighetene i Nesseby, ligger forvaltningen altså hos FeFo. FeFo ledes av et styre på seks personer, der Finnmark fylkesting og Sametinget velger tre medlemmer hver. De bruksberettigede selv har altså ingen umiddelbar innflytelse på forvaltningen av bruksrettighetene. Denne forskjellen ble drøftet noe av Finnmarkskommisjonen. Den antok at finnmarksloven kan virke som en form for allmenningslovgivning, men der forholdene i Finnmark skiller seg fra normalsituasjonen i en allmenning, der disponeringen over allmenningsrettighetene utøves av organer som ligger «nærmere den berettigede brukerkretsen enn i Finnmark. Dette er likevel ikke til hinder for å anse også FeFo-grunnen som en form for allmenningsgrunn, om enn av særegen karakter» (s. 123).

Men heller ikke Finnmarkskommisjonen gikk nærmere inn på hvordan de bruksberettigedes innflytelse på ressursforvaltningen kunne bedres: «hvordan de lokalt berettigede i Nesseby og andre berørte bør delta i slike prosesser, er det ikke opp til kommisjonen å vurdere» (s. 123).

Også under høyesterettsbehandlingen fremholdt Nesseby bygdelag / Unjárgga gilisearvi mangelen på lokal medvirkning under finnmarkslovens system, men da særlig knyttet til Norges forpliktelser etter ILO-konvensjon. Det ble anført at finnmarksloven og FeFos forvaltning ikke oppfyller kravene i konvensjonens artikkel 6 om plikten til konsultasjon og sikring av rettighetshavernes deltakelse i beslutningsprosesser. Det ble påpekt at FeFos forvaltning i henhold til finnmarksloven kapittel 3 skjer uten deltakelse fra den *samiske lokalbefolkningen* i Nesseby/Unjárgga: de sametingsoppnevnte representantene i FeFos styre er ikke representanter for lokalbefolkningen. – Finnmarkslovens forvaltningssystem er følgelig ikke egnet til å involvere de samiske rettighetshaverne, hevdet bygdelaget, hvilket må medføre at finnmarkslovens styringshemler ikke kan benyttes overfor den samiske lokalbefolkningen.

Til dette bemerket Høyesterett at finnmarkslovens styringssystem gir betydelig samisk representasjon og oppstiller vilkår om samisk tilslutning for at visse vedtak skal kunne fattes. Men retten kunne ikke se at lokalbefolkningen i Nesseby hadde krav på en mer umiddelbar deltakelse i ressursforvaltningen som følge av ILO-konvensjonen: «Bestemmelsene i ILO-konvensjonen kan ikke forstås slik at det kreves at lokalbefolkningen innenfor ethvert geografisk område skal ha rett til å delta i beslutninger om den generelle forvaltningen av naturressursene innenfor dette området» (avsnitt 194).

Høyesterett virket likevel ikke helt komfortabel med situasjonen. I hvert fall påpekte retten at det vil være nødvendig å gjennomføre konsultasjoner mellom rettighetshaverne og FeFo, «slik FeFos prosessfullmektig har gjort rede for i skranken for Høyesterett» (avsnitt 195).

Geir Stenseth

Forholdet mellom objektivt og subjektivt bruksverdibegrep i ekspropriasjonsretten – HR-2017-2338-A

Etter ekspropriasjonserstatningsloven er hovedregelen at salgsverdien av den eksproprierte eiendom skal erstattes. I en del tilfeller kan imidlertid bruksverdien være høyere, og i så fall er hovedregelen at det er den som skal erstattes, jfr. lovens § 4 første ledd annet punktum: «Har eiegdommen ein høgare bruksverdi for eigaren enn salsverdien, skal bruksverdien leggjast til grunn [...]». I slike tilfeller skal erstatningen fastsettes på grunnlag av avkastningen av eiendommen «ved slik pårekleleg utnytting som det røyneleg er grunnlag for etter tilhøva på staden», jfr. lovens § 6 første ledd første punktum.

Det har vært diskutert om de ovennevnte bestemmelsene hjemler et *objektivt* eller et *subjektivt* bruksverdibegrep. På bakgrunn av Rt. 1986 s. 1354 (Svenkeruddommen) har det vært antatt at det gjelder et objektivt bruksverdibegrep: spørsmålet er hvordan «en alminnelig og forstandig» eier må antas å ville utnytte eiendommen i fremtiden, i motsetning til hvordan den aktuelle, konkrete, eier (ekspropriat) kan antas å ville utnytte den. Resonnementet i Svenkeruddommen var at det ikke er «eieren som person, men hans inntektsgivende aktivum – eiendommen – som rammes av avståelsen, og det er denne interesse som skal være gjenstand for erstatning» (s. 1358).

Svenkeruddommen har vært kritisert, og Høyesterett har ved HR-2017-2338-A nå innsnevret dens rettslige nedslagsfelt. I forbindelse med en veiutvidelse ble det ekspropriert striper av en rekke landbrukseiendommer i Østre Toten. Noen av grunneiere leide ut jorden, andre drev den selv. På bakgrunn av Svenkeruddommen la lagmannsretten det objektive bruksverdibegrepet til grunn: den fant ikke å kunne foreta ulik erstatningsutmåling for eiendommer med tilnærmet like forutsetninger for utnytting av jorda. Dermed presumerte retten at det på alle aktuelle eiendommer av en viss størrelse ville bli drevet et flerårig vekstskifte, med høy avkastning.

Men Høyesterett var ikke enig i at Svenkeruddommen skulle lede til en slik konsekvens. Svenkeruddommens uttalelser om et objektivt bruksverdibegrep måtte derimot leses i lys av den særskilte problemstillingen saken reiste – nemlig betydningen av den aktuelle eiers alder og gjenværende brukstid. Og i en senere sak – Rt.1992 s. 217 (Ulvåkjøldommen) – fant Høyesterett støtte for at påståtte bruksendringer som kan gi grunnlag for en høyere bruksverdi erstatning – for eksempel fra utleie til egen drift – må sannsynliggjøres konkret og individuelt på vanlig måte. Høyesterett mente også at Rt. 2008 s. 195 hadde fulgt opp forutsetningen om at en påstått bruksendring må ha en konkret og individuell sannsynlighet for seg. Etter å ha drøftet også ytterligere rettskildemateriale, kom Høyesterett til at rettskildene «samlet sett» taler for at bruksverdien skal fastsettes på grunnlag av «ekspropriatens egen sannsynlige fremtidige bruk av eiendommen» (avsnitt 48).

Når det gjaldt å vurdere sannsynligheten for påståtte bruksendringer, som i den aktuelle saken, ville vurderingen bero på en «samlet vurdering av en rekke momenter» (avsnitt 49), men retten trakk opp følgende retningslinjer: Utgangspunktet er ekspropriatens aktuelle bruk. Så må sannsynligheten for at eiendommen ville blitt utviklet videre i overskuelig fremtid vurderes. Og i den vurderingen må både forhold knyttet til driften av den individuelle landbrukseiendommen og utviklingen i landbruksnæringen generelt spille inn.

Når så den sannsynlige fremtidige bruk er fastlagt, vil det innenfor den bruken «langt på vei» måtte foretas en «objektiv vurdering», slik Høyesterett ser det

(avsnitt 50). I så måte grep retten tilbake til hvordan «en alminnelig og forstandig» eier ville ha utnyttet eiendommen, og viste til at det i landbruksnæringen foreligger omfattende statistikk og normtall som grunnlag for standardiserte og forenklete beregninger. Retten utelukket heller ikke at det ville kunne være grunnlag for å objektivisere bruksverdiberegningene basert på sannsynlig fremtidig utleie av landbruksjord.

Siden lagmannsretten hadde lagt et objektivt bruksverdigebegrep til grunn, hadde den altså ikke konkret vurdert hvordan den enkelte ekspropriert ville ha utnyttet eiendommen sin. Etter den fortolkning av bruksverdigebegrepet som Høyesterett nå ga anvisning på, hadde da sannsynlighetsvurderingen av fremtidige bruksomlegginger blitt for generell og standardisert – både for de grunneierne som drev jorden selv, og for de som leide ut – og lagmannsrettens overskjønn ble opphevet så langt det var påanket.

Geir Stenseth

FORSIKRINGSRETT

Regress fra forsikringsselskap mot ansvarlig skadevolder, skl. § 4-3, jf. § 4-2 - HR-2018-577-A
Under oppføring av en moské oppsto det setningsskader på nabobyggene. Byggherren, en stiftelse, hadde inngått byggekontrakt med en entreprenør, som igjen hadde engasjert flere underentreprenører. I byggekontrakten het det at «[E]vt. skader på nabobygg i byggeperioden belastes entreprenøren alene». Entreprenøren skulle tegne bl.a. ansvarsforsikring; dette var imidlertid ikke gjort. Stiftelsen hadde heller ikke tegnet forsikring som kunne ha dekket skadene. Entreprenøren gikk konkurs under saken.

Sameiene for nabobyggene hadde tegnet forsikring hos Nemi Forsikring, som dekket omkostningene ved utbedring av skadene, i alt NOK 18,9 mill. Nemi krevet disse omkostningene dekket av stiftelsen i medhold av skl. § 4-3, jf. § 4-2. Stiftelsen bestred regresskravet, blant annet fordi den mente at skaden ikke var voldt i «ervervsvirksomhet eller dermed likestilt virksomhet», jf. skl. § 4-2 første ledd bokstav b.

Nemi vant frem i tingretten, blant annet under henvisning til at stiftelsen drev en økonomisk virksomhet og hadde betydelige økonomiske midler. Lagmannsretten frifant stiftelsen. Flertallet (fire av fem dommere) kom under tvil til at skaden ikke kunne anses voldt av stiftelsen i «ervervsvirksomhet eller dermed likestilt virksomhet». Oppføring av en bygning med en kostnadsramme på vel NOK 30 mill. adskilte seg ikke nødvendigvis fra en privatpersons oppføring av en bygning til eget bruk. Mindretallet (en dommer) fant – også under tvil – at vilkårene i lovbestemmelsen var oppfylt, siden stiftelsen drev en stor eiendom, hadde betydelige økonomiske forpliktelser og dens inntekter i realiteten kom fra utleie av bygningen til trossamfunnet.

Høyesterett kom enstemmig til at Nemi hadde rett til regress. Førstvoterende foretok innledningsvis en detaljert gjennomgang av de relevante rettskildene: ordlyd i skl. § 4-2, lovhistorikk, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

Mens ordet «ervervsvirksomhet» i lovteksten pekte mot en virksomhet av et visst omfang, egnet til å gi økonomisk utbytte, typisk næringsvirksomhet og profesjonell yrkesaktivitet, mente førstvoterende at en naturlig forståelse av ordene «dermed likestilt virksomhet» var en aktivitet «som ikke er en levevei eller tar sikte på å generere et økonomisk overskudd, men som i omfang og intensitet er sammenlignbar med slik virksomhet» (avsnitt 42).

Førstvoterende pekte videre på (avsnitt 43–50) at skl. § 4-2 bygget på den tidligere bestemmelsen i FAL 1930 § 25, som fastslo at lempning av et forsikringsselskaps regresskrav ikke kunne skje dersom skaden var voldt «under utøvelse av næring eller bedrift». Forarbeidene til § 25 viste at tanken bak denne bestemmelsen var å gi domstolene mulighet til å «avskjære regress i ... dagliglivets forhold», slik som for eksempel husbondens ansvar for skade voldt av «en av leieboerens tjenestefolk» (avsnitt 47). Det var dessuten presisert at ordet «bedrift» også omfattet «annen virksomhet enn den som har erhverv til øiemed» (avsnitt 48).

Når det gjaldt forarbeidene til skl. § 4-2, pekte førstvoterende på (avsnitt 51–53) at Erstatningslovutvalgets forslag til nye regler om forsikringsselskapers regressrett, knyttet til den skadevoldende aktivitetens art («virksomhet som innebærer særlig risiko for skade»), se NOU 1977:33, ikke ble vedtatt. Bakgrunnen var at Produktansvarsutvalget i NOU 1980:29 hadde foreslått et felles kriterium i skadeserstatningsloven og produktansvarsloven, nemlig «yrke, ervervsvirksomhet eller dermed likestilt virksomhet». Førstvoterende fremhevet (avsnitt 54–55) at produktansvarsloven ifølge utvalget gjaldt «den yrkesmessige eller ervervsmessige produksjon», og at ren hobbyvirksomhet, som ikke tok sikte på omsetning med fortjeneste, falt utenfor. Virksomhet i offentlig regi var omfattet av alternativet «dermed likestilt virksomhet», såfremt den hadde en viss økonomisk betydning og tok sikte på omsetning.

Førstvoterende gjennomgikk deretter (avsnitt 55–60) behandlingen av de to lovutkastene i departementet. For så vidt angikk produktansvar, presiserte departementet i Ot.prp. nr. 48 (1987-88) at passusen «eller dermed likestilt virksomhet» «hovedsakelig [tok] sikte på egenproduksjon som foregår innenfor stat eller kommune». For så vidt angikk endringen i skadeserstatningsloven, la departementet i Ot.prp. nr. 75 (1983–84) til grunn – i tråd med forslaget fra Produktansvarsutvalget – at regressreglene burde være de samme for ansvar voldt av produkter som for annet erstatningsansvar, og at det avgjørende kriterium var hva slags virksomhet skaden var voldt i.

Forarbeidene ga ifølge førstvoterende grunnlag for noen generelle slutninger (avsnitt 61–65). Som i FAL 1930 § 25 skal grensen trekkes ut fra virksomhetstype og ikke ut fra om virksomheten er risikofylt eller ikke. Et viktig moment er om virksomheten har økonomisk betydning. Grensen skal trekkes likt for produktansvar og erstatningsansvar for øvrig. Ren hobbyvirksomhet som ikke tar sikte på fortjeneste faller utenfor. Det har betydning for grensetrekkingen om regressadgang kan ha en skadeforebyggende virkning.

Førstvoterende konstaterte deretter at formuleringen «ervervsvirksomhet eller dermed likestilt virksomhet» også var benyttet i foreldelsesloven § 9 andre ledd bokstav a. Selv om ordlyden ikke nødvendigvis måtte forstås likt i de to lovene, fant førstvoterende at forarbeidene inneholdt uttalelser av en viss interesse (avsnitt 66–68). De markerer at uttrykket «dermed likestilt virksomhet» skal medføre et vidt virkeområde, og at også ideelle organisasjoners virksomhet er omfattet.

Førstvoterende konstaterte deretter (avsnitt 69) at relevant rettspraksis for tolkningsspørsmålet ikke fantes. Den alminnelige oppfatning i juridisk teori syntes å være at bestemmelsen er begrenset til å gjelde skade voldt av privatpersoner (avsnitt 70).

Oppsummert pekte førstvoterende på at rettskildematerialet ga anvisning på visse generelle utgangspunkter, og noen skjønnsmomenter (avsnitt 71–75). Det er unntak fra regress som krever hjemmel, samtidig som «ervervsvirksomhet og dermed likestilt virksomhet» skal dekke et vidt område, der virksomhetens art er avgjørende. Regress vil være avskåret hvis det er snakk om en ren hobby uten siktemål om fortjeneste. At virksomheten har et ideelt formål er ikke avgjørende, så lenge den økonomiske aktiviteten har et visst omfang og intensitet. Ved vurderingen i det enkelte tilfelle «vil intensiteten og omfanget av den økonomiske aktiviteten og graden av profesjonalitet være viktig». Er den private karakteren dominerende, vil det tale mot regressadgang.

Ved den konkrete bedømmelsen slo førstvoterende først fast (avsnitt 76–77) at det ikke var grunnlag for å karakterisere stiftelsen som ervervsvirksomhet. Derimot fant han (avsnitt 78–82) at stiftelsen måtte likestilles med ervervsvirksomhet. Den hadde betydelig økonomisk aktivitet og foresto bygging og senere drift av en relativt stor bygning. Den hadde betydelige økonomiske midler, med årlige driftsinntekter på ca. NOK fire millioner og en egenkapital på omkring NOK 50 mill. At midler var skaffet til veie gjennom innsamlinger og donasjoner fant førstvoterende ikke avgjørende. Han fremhevet videre at bygningen ble brukt av «et trossamfunn med relativt bredt nedslagsfelt og mange medlemmer». Av betydning var også at stiftelsen hadde hatt profesjonell hjelp både ved byggearbeidene og i driften av stiftelsen. Førstvoterende la dessuten «noe vekt på» at regressadgang medførte at «tapet blir liggende på den siden det bør» – nemlig hos den part som hadde voldt skaden og som hadde

hatt mulighet for å sikre seg mot at den oppsto. Stiftelsen hadde dessuten hatt gode muligheter for å dekke sin risiko gjennom forsikring.

Som en forsiktig trøst til den uheldige stiftelsen pekte førstvoterende avslutningsvis på (avsnitt 83) at et mulig urimelig resultat av et regresskrav måtte korrigeres ved anvendelse av den alminnelige lempningsregelen. I den forbindelse burde det «trolig» også sees hen til om stiftelsens tap kunne dekkes av byggeprosjektets underentreprenører og deres forsikringer.

Dommen karakteriseres av en omfattende og grundig gjennomgang av de relevante rettskildene, med oppsummerende analyser underveis av hva som kan trekkes ut av dem. Det er lite å sette fingeren på når det gjelder denne delen av dommen. Men det kan nok spørres om det var heldig når lovgiveren i 1985 fant å ville samkjøre kriteriene for produktansvar og for (regress)ansvar når tingsskaden er dekket av forsikring, og om ikke Erstatningslovutvalgets kriterier for regressansvar traff bedre.

Derimot kan man nok sette forsiktige spørsmålsteget ved visse deler av rettens konkrete bedømmelse av stiftelsen. Stiftelsen må ansees som en ideell organisasjon. Selv om den disponerer betydelige økonomiske midler, er dette midler som er skaffet til veie gjennom innsamlinger, donasjoner og offentlige tilskudd; det siste fremgår av tingrettsdommen. Den betydelige økonomiske aktiviteten har således et nokså spesielt grunnlag, som det kan overraske at retten ikke tillegger større vekt. At retten dessuten fremhever som et selvstendig moment ved vurderingen at bygningen brukes av et trossamfunn med «relativt bredt nedslagsfelt og mange medlemmer», er også vanskelig å forstå. Endelig mener jeg at formuleringen om at regressadgang vil medføre «at tapet blir liggende på den siden det bør» er uheldig. Den formelle hovedregelen i skl. § 4-2 er tross alt at muligheten for regress er blokkert når skaden er dekket av en tingsskadeforsikring. Tapet blir altså liggende på skadelidte-siden fordi lovgiveren har kommet til at det er der det bør ligge, og det uavhengig av om en annen «part har voldt skaden og som hadde mulighet for å sikre seg mot at den oppstod».

Retten kunne etter min mening i denne saken enkelt ha kommet til et annet resultat, uten å øve vold på de relevante kildene. Da mener jeg nok at retten også burde ha gjort det. I tvilstilfelle er det all grunn til å støtte opp om den nominelle hovedregelen i skl. § 4-2, som har gode rettspolitiske grunner for seg.

Avslutningsvis kan det spørres om denne saken var så prinsipielt viktig at det var grunn for Høyesterett til å behandle den. Problemstillingen har tilsynelatende ikke vært særlig aktuell i de mange årene vi har hatt FAL 1930 § 25 og skl. § 4-2. Men erstatningsrett har alltid hatt sterk appell til jurister – herunder Høyesterett.

Hans Jacob Bull

Krenkelse av varemerkerett, varemerkeloven § 4 – HR-2018-110-A, ENSILOX

Saken gjelder spørsmålet om hva som er slik bruk av et varemerke at det krenker varemerkeretten, jf. varemerkelovens § 4. Et firma som omsatte et ensileringsmiddel til fiskeindustrien hadde skiftet leverandør av ensileringsmidlet, men hadde over en periode på ca. 6 måneder brukt varemerket til den gamle leverandøren, blant annet på emballasje. Ensileringsmiddel er en form for konserveringsmiddel som fiskeindustrien bruker blant annet for å ta vare på avfall og biprodukter. Den opprinnelige leverandøren solgte sitt ensileringsmiddel under det registrerte varemerket ENSILOX. Leverandørfirmaet hadde levert midlet fra den nye leverandøren i containere og kanner, som var påtrykt en merkelapp hvor det øverst sto ENSILOX med store bokstaver, mens det lenger ned fremgikk at produktet kom fra den nye leverandøren. Det ble ikke brukt følgeseddel for disse salgene, men på fakturaene var produktnavnet angitt som ENSILOX. Firmaet hadde også levert noe ensileringsmiddel med tankbil direkte til kundene. For disse leveransene var produktet i følgesedlene korrekt angitt å komme fra den nye leverandøren, men i fakturaene var det solgte produktet angitt som ENSILOX.

Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det skyldtes en utilsiktet feil at bare produsent og ikke også produktnavnet ble oppdatert på merkelappene ved skifte av leverandør, og at man hadde glemte å oppdatere fakturaprogrammet. Firmaet hadde en fast kundekrets, og alle kundene var blitt informert om overgangen til en ny leverandør av ensileringsmiddel.

I denne situasjonen, der det var liten eller ingen fare for at noen av kundene skulle bli villedet med hensyn til produktets opprinnelse, hevdet firmaet at det ikke forelå noen varemerkekrenkelse under varemerkelovens § 4. Varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a, verner innehaver av et varemerke mot at noen uten samtykke bruker et identisk merke på samme varer som merket er registrert for. Handlinger som utgjør eksempler på bruk er nevnt i § 4 tredje ledd. Bestemmelsen gjennomfører varemerkedirektivet (direktiv 2008/95/EU) artikkel 5. Ordlyden i bestemmelsene taler for at vernet er absolutt. Sakens kjerne for Høyesterett, var rekkevidden av begrensningen i anvendelsesområdet for artikkel 5, til bruk som skader varemerkets funksjoner, som er utpenslet gjennom EU-domstolens praksis (avsnitt 41).

Høyesterett går først inn på forholdet mellom norsk varemerkerett og EU-retten. Høyesterett viser til dommene i Pangea-saken, HR-2016-1993-A, og Route 66, HR-2016-2239-A, (avsnitt 42). Høyesterett gjentar formuleringen fra Route 66 avsnitt 31, hvor Høyesterett uttalte at avgjørelser fra EU-domstolen er «den sentrale rettskilden ved tolkning av varemerkeloven.»

Så går Høyesterett gjennom EU-domstolens tolkning av den tilsvarende bestemmelsen i varemerkedirektivet artikkel 5. Høyesterett tar utgangspunkt i uttalelsene i C-102/77, *Hoffmann-La Roche*, der EU-domstolen uttaler at varemerkets essensielle funksjon er å være en garanti for varens opprinnelse. Opprinnelsesgarantifunksjonen skal sette forbrukeren eller sluttbrukeren i stand til å skille produktet fra andre produkter uten noen mulighet for forveksling (avsnitt 47).

At det bare er slik bruk av varemerket som kan skade varemerkerettens funksjoner, fremgår av EU-domstolens uttalelser i sak C-206/01, *Arsenal*. I avsnitt 49 presiserer Høyesterett at dette også gjelder for tolkningen av varemerkeloven § 4, slik at det «bare [er] bruk som kan skade varemerkehaverens interesser knyttet til varemerkets funksjon, som er vernet etter varemerkeloven § 4». Selv om opprinnelsesgarantifunksjonen er varemerkets sentrale funksjon, fremgår det av EU-domstolens uttalelser i sak C-236/08 til C-238/08, *Google*, at varemerket blant annet også har en funksjon som kvalitetsgaranti, nemlig å sikre at den merkede varen har den kvalitet produsenten har gitt den (avsnitt 50 og 51). Derneft går Høyesterett gjennom eksempler på at bruk har blitt ansett å falle utenfor varemerkedirektivet artikkel 5, fordi bruken ikke har kommet i konflikt med varemerkets funksjoner. Høyesterett viser til EU-domstolens saker C-2/00, *Hölderhoff*, som gjaldt bruk av varemerket for å beskrive egenskaper ved varen, og sak C-48/05, *Adam Opel*, som gjaldt bruk av varemerket OPEL på skalamodeller av Opels biler. Fra norsk praksis om tolkningen av varemerkeloven, viser Høyesterett til Rt-1975-951, *Fiskå Mølle*, som gjaldt gjenbruk av papirsekker.

Etter dette konkluderer Høyesterett i avsnitt 55 med at varemerkeloven § 4 «(...) bare gir vern dersom den aktuelle bruken faller innenfor en av varemerkets funksjoner, blant annet opprinnelses- og kvalitetsgarantien. Det er altså bare bruk som kan skade varemerkehaverens interesser knyttet til varemerkets funksjoner som er ulovlig. (...)». Med henvisning til uttalelsene fra EU-domstolen i sak C-206/01, *Arsenal*, legger Høyesterett videre til grunn at det ikke er nødvendig for at varemerket er krenket at varemerkets funksjoner faktisk er skadet, men at det er nok at det er en fare for at varemerkets funksjoner blir skadelidende ved den påtalte bruken (avsnitt 60).

I forlengelsen av dette, legger Høyesterett til grunn at varemerkebeskyttelsen etter varemerkeloven § 4 ikke er begrenset til kun å gjelde salgssituasjonen. Det er ikke en naturlig tolkning av ordlyden i varemerkeloven § 4 og varemerkedirektivet artikkel 5. Varene kan ende opp hos en annen bruker enn den som er kjøper i den påtalte situasjonen, og varemerkebeskyttelsen omfatter også det at varemerkets funksjoner ikke må bli skadelidende i senere ledd. Varene kan bli videresolgt, kjøper kan gå konkurs, varene kan bli lånt ut eller komme på avveie (avsnitt 65). Selv om den påtalte kjøpsituasjonen ikke er slik at varemerkets

funksjoner umiddelbart blir skadelidende, må situasjonen heller ikke være slik at det er fare for at varemerkets funksjoner blir skadelidende i senere ledd.

I den konkrete saken, kommer Høyesterett på grunnlag av dette til at bruken av ENSILOX-merket på emballasjen, medførte fare for skade på varemerkets funksjoner, og dermed var en krenkelse av varemerkeretten etter varemerkeloven § 4. Bruk på emballasjen skapte uklarhet både med hensyn til hvem produktet stammet fra, og hvilket produkt emballasjen inneholdt. Det oppsto dermed fare for skade på varemerkets funksjon som opprinnelsesgaranti og kvalitetsgaranti (avsnitt 71). For bruken av varemerket ENSILOX på fakturaene, derimot, finner Høyesterett at den ikke utgjorde en krenkelse etter varemerkeloven § 4 (avsnitt 78). Selv om bruk på forretningspapirer omfattes av varemerkeloven § 4 tredje ledd bokstav d, mener Høyesterett at «faren for skade på varemerkets funksjoner utelukkende som følge av angivelsen på fakturaene, her [var] for fjern til at den kan tillegges vekt.» (avsnitt 78).

Høyesterett utmåler vederlag etter varemerkeloven § 58, og setter vederlaget skjønnsmessig til fem prosent av salgssummen (avsnitt 81). Høyesterett tilkjenner erstatning for advokatkostnader før stevning (avsnitt 84). Erstatning for kostnader til begjæring om informasjonspålegg gis det imidlertid ikke, fordi det ikke forelå ansvarsgrunnlag, da tingretten ikke hadde funnet at firmaet var å bebreide for ikke å ha gitt informasjon tidligere (avsnitt 83).

Selv om Høyesterett over lang tid har lagt til grunn at varemerkeloven må tolkes i samsvar med EU-domstolens tolkning av de tilsvarende bestemmelsene i varemerkedirektivet, er det første gang Høyesterett tar stilling til tolkningen av bestemmelsen om varemerkekrenkelse i varemerkeloven § 4 i lys av EØS-retten. Dommen er viktig fordi den bekrefter at den norske varemerkeloven § 4 også må forstås med det forbehold som EU-domstolen har innfortolket i varemerkedirektivets artikkel 5, nemlig at bestemmelsene kun rammer slik bruk av varemerket som kan skade varemerkerettens funksjoner.

Varemerkets funksjon som opprinnelsesgaranti er mest sentral, men bruken må heller ikke medføre fare for skade på andre av varemerkets funksjoner, i den aktuelle saken konkretisert til kvalitetsgarantifunksjonen. Høyesterett er imidlertid tydelig på at også bruk som medfører skade på andre av varemerkets funksjoner, kan innebære en krenkelse etter varemerkeloven § 4. Det er ikke alltid er mulig å skille klart mellom de ulike funksjoner av varemerkeretten, men det er nok heller ikke nødvendig.

Høyesteretts resonnement viser også at varemerkebeskyttelsen ikke bare gjelder i en konkretisert salgssituasjon, men at varemerkeholder har en legitim interesse i at varemerket hans ikke kommer i bruk på en slik måte at varemerkets funksjoner kan bli skadelidende når varen vandrer videre i omsetningskjeden eller på annen måte spres til nye brukere. Det rettslige

vurderingstemaet er om det er fare for at varemerkets funksjoner blir skadelidende, og i denne vurderingen ligger også det potensial for skade som følger av at varen kan omsettes videre eller på annen måte spres til nye brukere. Det vil dermed først og fremst være dersom en vare eller emballasje er påført et varemerke uten samtykke fra merkeholder, at det oppstår fare for skade, fordi merket i så fall følger varen eller emballasjen ved videre spredning. Dersom varemerket brukes uten samtykke men uten å være påført varen, eller uten direkte sammenheng med den fysiske varen, kan faren for skade ved slik sekundær bruk, være vesentlig mindre. Det illustreres godt gjennom Høyesteretts vurdering av henholdsvis emballasjen påført merket og fakturaene påført merket.

Inger B. Ørstavik

KONKURRANSERETT

Litteratur

Anders Ryssdal og Håkon Cosma Størdal: *Norsk konkurranserett, Bind II, Fusjonskontroll*.

Universitetsforlaget, 2018. 264 sider

Boken er en revidert og oppdatert versjon av fusjonskontrolldelen av standardverket Norsk Konkurranserett fra 2006. Det opprinnelige bokverkets bind I (*Atferdsregler og strukturkontroll*, ved Olav Kolstad og Anders Ryssdal) behandlet både konkurranserettens atferdsregler og fusjonskontrollregler. Det opprinnelige bind II (*Prosess og sanksjoner*, ved Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng) dekket konkurranserettens prosessuelle og sanksjonsmessige regler. Ved denne utgivelsen har altså behandlingen av fusjonskontrollreglene blitt skilt ut i et nytt bind II. Utgivelsen er eneste reviderte del av det opprinnelige bokverket.

Behandlingen av fusjonskontrollreglene i førsteutgivelsen var ved advokat Anders Ryssdal. Advokat Håkon Cosma Størdal er medforfatter av nyutgivelsen. I bokens forord opplyses det at den gjennomgående revisjonen av boken har, for den alt overveiende delen, vært utført av Størdal. Forfatterne har betydelig konkurranserettslig og fusjonsrettslig erfaring.

Som tittelen angir er bokens tema konkurranserettens fusjonskontrollregler. Fremstillingen konsentreres om konkurranselovens fusjonskontrollregelverk. Også som følge av en økende tilpasning av konkurranselovens fusjonsregler til EU-/EØS-fusjonsreglene, behandles sistnevnte regler også.

Boken er inndelt i syv kapitler. I kapittel 1 presenteres, plasseres og forklares fusjonskontrolljusen. Kapittel 2 behandler fusjonsjusens inngrepsgjensstand, det vil si foretakssammenslutningsbegrepet og konkurranselovens særregler om erverv av ikke-kontrollerende andeler i foretak. I kapittel 3 redegjøres for reglene om meldeplikt og fusjonsmeldinger. Kapittel 4 dekker konkurranselovens saksbehandlingsregler i

fusjonssaker, mens kapittel 5 behandler EUs fusjonsforordnings regler om meldeplikt og saksbehandling. I kapittel 6 diskuteres inngrepskriteriet i konkurranse-loven og fusjonsforordningen. Kapittel 7 drøfter reglene om behandlingen av såkalte aksessoriske begrensninger og «spillover»-effekter. Boken inneholder registre over litteratur, kilder og stikkord.

Boken har i hovedtrekk beholdt den hensiktsmessige fremstillingsstrukturen fra førsteutgivelsen. Siden 2006 har fusjonskontrolljusen, som forfatterne fremhever, gjennomgått en betydelig utvikling og endring. Nyutgivelsen tar opp i seg senere års regelendringer, praksisutvikling, samt bruken av nye økonomiske analysemetoder for vurdering av fusjoners konkurransevirksomheter. Den reviderte og oppdaterte utgivelsen av fusjonskontrolldelen av bokverket Norsk Konkurranserett er betimelig og et nyttig verktøy for norske konkurranserettsjurister.

Eirik Østerud

KONTRAKTSRETT

Salg av bruktbil mellom privatpersoner – kjøpers direkte krav mot verksted som har utført arbeid på bilen etter avtale med selgeren – HR-2018-648-A

En privatperson som hadde kjøpt en bruktbil av en annen privatperson (et dødsbo), fikk et år etter kjøpet motorhavari som følge av brudd på en bolt knyttet til registerremmen. Registerremmen var fire år tidligere blitt skiftet ved et verksted. Spørsmålet i saken var om kjøperen av bilen kunne gjøre gjeldende mangelskrav direkte mot verkstedet. Høyesterett ga enstemmig kjøperen medhold.

Det var ikke anket over lagmannsrettens konklusjon om at verkstedsarbeidet var mangelfullt utført. Saken for Høyesterett gjaldt heller ikke størrelsen på et eventuelt krav mot verkstedet. Spørsmålet var utelukkende om kjøperen kunne gjøre gjeldende krav direkte mot verkstedet, eller om verkstedet bare var ansvarlig overfor sin egen oppdragsgiver (avtalemotpart), selgeren av bilen.

Spørsmålet om direkte krav i et tilfelle som dette kan vurderes etter to forskjellige spor med en viss indre sammenheng. Det kan for det første vurderes om direkte krav er hjemlet i kjøpsl. § 84 annet ledd, jf. forbrukerkjøpsl. § 35 fjerde ledd. For det andre kan spørsmålet vurderes ut fra ulovfestede regler om direkte krav. Dersom det første sporet ikke fører frem, vil det være en del av vurderingen under det andre sporet om de nevnte reglene i kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven stenger for et direkte krav som ellers kunne ha vært begrunnet med ulovfestede regler.

Det følger av forbrukerkjøpsl. § 35 fjerde ledd at en forbrukerkjøper kan gjøre gjeldende direkte mangelskrav mot «en yrkesutøver som etter avtale med selgeren eller tidligere ledd har utført arbeid på tingen».

Regelen hjemler direkte krav fra forbrukerkjøper mot verksted som har utført mangelfullt arbeid under en avtale med en tidligere eier av bilen. Forbrukerkjøpsloven gjelder ifølge § 1 annet ledd bare ved salg i næringsvirksomhet, ikke ved salg mellom enkeltpersoner. Salg mellom enkeltpersoner reguleres av kjøpsloven, som har regler om direkte mangelskrav i § 84. Reglene gjelder ifølge kapitteloverskriften, paragrafens overskrift og teksten i § 84 første ledd krav mot «tidligere salgsledd». Krav mot tjenesteyter som tidligere har utført arbeid på tingen, omfattes ikke av § 84 første ledd. Etter § 84 annet ledd kan en kjøper ved salg mellom enkeltpersoner i stedet velge å «gjøre krav gjeldende mot tidligere yrkessalgsledd etter forbrukerkjøpsloven § 35». Henvisningen til forbrukerkjøpsl. § 35 omfatter etter ordlyden i § 84 annet ledd bare krav mot tidligere «yrkessalgsledd», ikke krav mot tidligere tjenesteyter som nevnt i § 35 fjerde ledd. Spørsmålet er om regelen i § 84 annet ledd til tross for ordvalget må forstås å inneholde en henvisning til § 35 i sin helhet, også fjerde ledd om krav mot annen tidligere yrkesutøver enn tidligere selger. Høyesterett konstaterer at lovforarbeidene ikke inneholder noen kommentar til eller begrunnelse for ordvalget. Selv om det ikke er uttalt uttrykkelig i dommen, synes Høyesterett å mene at ordlyden må respekteres, og at kjøperen ikke kan få medhold etter kjøpsl. § 84 annet ledd og forbrukerkjøpsl. § 35 fjerde ledd.

Spørsmålet var så om kravet kunne begrunnes i ulovfestede regler om direkte krav. I denne sammenhengen var det også spørsmål om begrensningen i § 84 annet ledd til «yrkessalgsledd» stenger for bruk av ulovfestede regler overfor tidligere yrkesutøver som ikke er tidligere salgsledd. Høyesterett kom til at kravet kunne hjemles i ulovfestede regler. Det ble vist til velkjente høyesterettsdommer om direktekrav på ulike rettsområder (Rt. 1976 s. 1117 Siesta, Rt. 1981 s. 445 Davanger, Rt. 1995 s. 486 Nordland og Rt. 1998 s. 656 Veidekke), til annen lovgivning som hjemler direktekrav mot andre enn tidligere selgere (avhendingsl. § 4-16, bustadoppføringsl. § 37), og til reelle hensyn som oppsummeres slik i avsnitt 57:

«Jeg kan ikke se at verkstedet har noen beskyttelsesverdige interesser i å motsette seg kravet. Jeg kan heller ikke se at verkstedet kommer dårligere ut ved at direktekrav tillates, enn det verkstedet måtte regne med da det påtok seg å reparere bilen. Det ville være en uberettiget berikelse om verkstedet skulle slippe å dekke sitt mangelsansvar fordi bilen ble videresolgt. Det har dessuten en egenverdi at [kjøperen] ikke må rette kravet sitt mot dødsboet eller enken, men kan forholde seg direkte til verkstedet.»

Når begrensningen i § 84 annet ledd til «yrkessalgsledd» ikke er begrunnet eller kommentert i lovforarbeidene, kan begrensningen i lovens rekkevidde heller ikke stenge for anvendelse av ulovfestede regler som supplement til loven (avsnitt 41–47).

Trygve Bergsåker

(1) *Tvisten*

Høyesterett tok i denne saken standpunkt til forståelsen av begrepet «verdireduksjonen» som prinsipp for utmåling av prisavslag etter buofl § 33 andre ledd andre punktum, det vil si der retting av mangelen ikke er aktuell.

Forbrukerne i saken inngikk kontrakt om oppføring av ny bolig med entreprenøren sommeren 2014. Kjøpesummen var 3 millioner kroner og overtakelse fant sted i februar 2015. Ved forretningen ble en rekke misligholdskrav gjort gjeldende, som det er unødvendig å gå nærmere inn på her.

En av de manglene som ble påberopt, var at huset var plassert lenger nordøst på tomte enn avtalt. Konkret besto mangelen i at bolighuset var plassert om lag fire meter lenger øst og én meter lenger nord enn forutsatt. Entreprenøren bestred ikke feilen, men fordi den først ble oppdaget etter at ringmuren var montert og installasjoner gjort, ville det bli for dyrt å rette feilen, jf vilkåret i buofl § 32 første ledd om at utbedring ikke må føre til «kostnader eller ulempe som ikkje står i rimeleg høve til det forbrukaren oppnår». Feilplasseringen førte til at huset kom nærmere nabogrensen enn planlagt. Dermed ble det økt innsyn til og fra naboen i nord, et forhold som vanskeliggjorde naboforholdet. Videre førte den faktiske plasseringen av huset til at forbrukerne ikke kunne foreta innkjøring til planlagt garasje nord for huset. I tillegg måtte inngangspartiet til huset reduseres som følge av avstandskravet til naboeiendommen. Sistnevnte forhold fikk imidlertid forbrukerne kompensert for særskilt, og var ikke en del av problemstillingen for Høyesterett.

Forbrukerne krevde prisavslag, men gjorde ikke gjeldende at mangelen påvirket markedsverdien, se avsnitt 29. Det ble heller ikke påvist at entreprenøren sparte noe ved å forskyve plasseringen av boligen, se den såkalte minimumsregelen i buofl § 33 andre ledd tredje punktum. Det som forbrukerne derimot anførte, var at prisavslaget skulle utmåles på bakgrunn av ulempene mangelen medførte for dem konkret (se ovenfor), det vil si utmåling av den subjektive verdireduksjonen. Entreprenøren motsatte seg dette og anførte på sin side at feilen ikke førte til fall i markedsverdien av eiendommen og derfor ikke ga rett til noe prisavslag.

Høyesterett delte seg i et flertall på tre dommere og et mindretall på to.

(2) *Flertallets synspunkter og konklusjon*

Det følger av buofl § 33 andre ledd andre punktum at når en mangel blir urimelig kostbar å rette, skal prisavslaget utmåles på bakgrunn av «den verdireduksjonen som mangelen medfører». I foreliggende sak presiserte førstvoterende i avsnitt 30 at problemstillingen var om de beskrevne ulempene for forbrukerne utgjorde en «verdireduksjon» i lovens forstand.

På tradisjonelt vis gikk førstvoterende gjennom rettskildene. Han startet med de positivrettslige kildene, lovtekst og forarbeider, som begge må sies å trekke i retning av at loven ikke åpner for individualiserte utmålingsprinsipper. Selve ordet «verdireduksjon» gir klare assosiasjoner til rent økonomiske betraktninger, og skiller seg fra den parallelle regelen i hvtjl § 25 andre ledd andre punktum som snakker om mangelens «betydning». Motivene til bustadoppføringslova gir dessuten inntrykk av at individuelle ulemper må avbøtes gjennom minimumsregelen i buofl § 33 andre ledd tredje punktum.

Deretter tok førstvoterende for seg de kildene som understøtter et motsatt standpunkt.

For det første trekkes inn systembetraktninger i form av beslektet lovgivning. Både håndverkertjenesteloven og forbrukerkjøpsloven gir rom for individualiserte betraktninger; i sistnevnte lov er det utformet en særregel om spørsmålet, jf fkjl § 31 andre ledd. At løsningene etter håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova skal være forskjellige, gir liten sammenheng i regelverket. Det kan i denne sammenhengen nevnes at også motivene til kjøpsloven åpner for å ta hensyn til subjektive forhold på kjøperens side, jf Ot prp nr 80 (1986–87) side 90, noe andre voterende bemerket, se avsnitt 62.

For det andre foretok førstvoterende en grundig gjennomgang av de reelle hensyn, blant annet under henvisning til Lasse Simonsen, *Bustadoppføringslova*, digital utgave, side 143 flg. En forbruker er ofte i en underlegen og sårbar posisjon i kontraktsforholdet med en entreprenør, og bustadoppføringslovas formål er å styrke forbrukerens stilling. Det framstår derfor som rettspolitisk uheldig at tilsidesettelse av kontraktsforpliktelser blir stående usanksjonert. I forbrukerkjøpslovens motiver framheves det at forbrukere «kan ha behov for en rimelig og effektiv sanksjon mot selgerens mislighold», se Ot prp nr 44 (2001–2002) side 134 og 135.

Et forhold som også trekkes inn, er at verdireduksjonen, uansett utmålingsprinsipp, i de fleste tilfeller må fastsettes ved skjønn, se Rt-2017-2102 avsnitt 47. Langt på vei vil prisavslaget størrelse avpasses etter det domstolene finner er en rimelig kompensasjon for den aktuelle mangel. Ved denne type utmålinger vil individuelle forhold enkelt kunne kamufleres som en bedømmelse av markedsreaksjonen. Førstvoterendes poeng er at man da like gjerne kan spille med åpne kort.

Førstvoterendes åpenbare problem besto i å avveie kildene mot hverandre. Han ga uttrykk for atskillig tvil, se avsnitt 52, men konkluderte med at så lenge lovens ordlyd og forarbeider ikke utelukket den løsningen som han fant rimeligst og som best tok hensyn til lovens formål og sammenhengen i regelverket, måtte det være adgang til å trekke inn individuelle forhold ved utmålingen av prisavslaget.

Det neste spørsmålet som måtte avklares, er når en individualisert betraktning kan trekkes inn i utmålin-

gen av prisavslaget. Om dette uttalte førstvoterende følgende, se avsnitt 52:

«Jeg er på den bakgrunn kommet til at bustadoppføringslova må forstås slik at det unntaksvis er adgang til å utmåle prisavslag skjønnsmessig slik at det svarer til den verdireduksjonen mangelen representerer for forbrukeren. Jeg forutsetter at det i slike tilfeller stilles krav om at forbrukeren viser til konkrete ulemper som det fremstår som plausibelt at han eller hun vektlegger.»

I den foreliggende saken fant førstvoterende at vilkårene for en individualisert utmåling var til stede. I avsnitt 53 framholdt han blant annet:

«Korrespondansen som er fremlagt i saken, viser imidlertid at kjøperne forut for oppføringen av boligen hadde fremsatt ønske om at huset ble oppført lengre mot sør-vest enn planlagt, altså i motsatt retning av den endringen som fant sted. Det fremstår da ikke som oppkonstruert at feilplasseringen på tomten, også uavhengig av innsynsproblematikken, representerer et verdiminus for dem.»

Forbrukeren hadde benyttet en takstingeniør og byggmester til å fastslå prisavslagets størrelse. Han fant at 85 000 kroner utgjorde «et fornuftig beløp som kompensasjon for den endrede plasseringen av boligen på tomten», en betraktning førstvoterende sluttet seg til.

Når det gjaldt saksomkostningsspørsmålet, konstaterte førstvoterende at forbrukerne hadde vunnet saken fullt ut, og at det ikke var grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om dekning av sakskostnader, se avsnitt 56.

(3) Kort om mindretallets synspunkter

Andrevoterende ga uttrykk for mindretallets vurderinger av spørsmålet om prisavslag. I motsetning til flertallet fant mindretallet at de positivrettslige kildene måtte tillegges avgjørende vekt, se avsnitt 65 hvor det blant annet ble framholdt følgende:

«Holdt opp mot reglene om prisavslag ellers i lovgivningen, har jeg vanskelig for å lese dette på annen måte enn at problemet er oppfattet, og man har gitt en løsning som man erkjenner ikke vil kunne anvendes i alle tilfeller, og at forbrukeren da vil «stå utan mangelskrav». Dette må etter min mening være avgjørende, selv om det – slik førstvoterende fremhever – kan anføres gode grunner for at muligheten for å kreve prisavslag for mangler av ikke-økonomisk karakter burde være videre.»

Andrevoterende anførte videre at «beregningen av en verdireduksjon vanskelig gjøres av at det skal tas hensyn til ulempene uten økonomisk verdi», og at en slik løsning vil kunne bli prosessdrivende, se avsnitt 69.

For øvrig mer enn antyder andre voterende at den praktiske betydningen av spørsmålsstillingen er heller liten, se avsnitt 68.

(4) Noen bemerkninger til dommen

For enkelte mangler er det grunn til å tro at markedet ikke tillegger avviket mellom avtalt og levert ytelse samme vekt som det forbrukeren gjør. Spørsmålet om man ved utmåling av prisavslag kan ta i betraktning individuelle reaksjoner hos kreditor som ikke samsvarer med markedsreaksjonen, såkalte mangler av ikke-økonomisk karakter, er en prinsipielt interessant problemstilling. Flertallets standpunkt er et klart signal om at domstolene vil strekke seg ganske langt for å sikre at forbrukere får en rimelig og effektiv sanksjon mot selgerens mislighold. Det er lite ønskelig at debitor skal komme unna med kontraktsavvik som ikke har nevneverdig betydning generelt ved kjøp og salg av realgoder.

Så kan det spørres hvor praktisk viktig utmålingsprinsippet er. Rettingsplikten i norsk kontraktsrett vil også omfatte mangler av ikke-økonomisk karakter, og dermed avhjelpe situasjonen for kreditor. Hvor misforholdsbegrensningen stenger for et slikt krav, hvilket var situasjonen i foreliggende sak, vil en antatt markedsreaksjon i de fleste tilfeller representere en hensiktsmessig sanksjon mot kontraktsbruddet. Paradoksalt nok vil dette være tilfelle for den type mangel som var oppe til bedømmelse i Høyesterett. Førstvoterende påpekte da også at «hvor boligen er plassert nærmere naboeiendommen og med større innsyn mellom husene, kunne mye tale for at det er en presumsjon for en reduksjon i markedsverdi», se avsnitt 50. Andrevoterende fulgte opp med tilsvarende betraktninger i avsnitt 68. Forbrukerne valgte imidlertid ikke å prosedere på fall i markedsverdien, og dermed var det duket for den prinsipielle drøftelsen av utmålingsprinsippene.

Det er likevel et aspekt som bedømmelse av markedsreaksjonen ikke gir plass for, og som dommen fra Høyesterett gir en illustrasjon av, nemlig skuffelsesreaksjonen ved ikke å få det man har krav på. Den som får bygget en bolig vil i større eller mindre grad delta ved valg av løsninger, og vil gradvis innrette seg på resultatet, for eksempel ved å legge planer. I foreliggende sak hadde forbrukerne uttrykt ønske om at huset ble oppført lengre mot sør-vest, og den faktiske plasseringen hindret dem i å anbringe garasjen og innkjørselen nord på eiendommen. For den forbruker som rammes av misligholdet, er dette høyst følbare realiteter. Når man spør om den sannsynlige effekten av kontraktsavviket i markedet, vil dette aspektet derimot ikke være til stede, heller ikke at det faktisk foreligger et kontraktsavvik. Det er med andre ord svakheter ved den klassiske vurderingsmodellen som avbøtes ved de prinsippene som flertallet i Høyesterett gir anvisning på.

Et interessant spørsmål, som ikke berøres i dommen, er om det også kan gis rom for å legge vekt på individuelle ulemper (og ergrelser) ved en regulær erstatningsutmåling. Det vil føre for langt å gå nærmere inn på denne problemstillingen her.

Når det gjelder virkeområdet for de subjektivt baserte utmålingsprinsippene, fastslår førstvoterende

at det «unntaksvis» er adgang til å utmåle prisavslag på denne måten. I forbrukerkjøpsloven er det inntatt en egen regel om anvendelsen av prinsippene, jf fkjl § 31 andre ledd. Her er vilkåret at det foreligger «særlige grunner», og i motivene er bestemmelsen karakterisert som «en nokså snever unntaksregel». Så streng er det ikke grunn til å være utenfor forbrukerkjøpsloven, og førstvoterende synes da heller ikke å legge opp til et så smalt virkeområde. Han presiserte at forbrukeren må vise til «konkrete ulemper som det fremstår som plausibelt at han eller hun vektlegger», se avsnitt 52, og konkluderer i avsnitt 53 at kravet ikke framstår som «oppkonstruert».

Lasse Simonsen

Sluttoppgjørsdommen - HR-2018-383-A

(1) Tvisten

Tvisten i saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt krav på dagmulkt ved bygging av ny bolig var falt bort, dels som følge av reglene om sluttoppgjør, dels ved at vederlaget var betalt og dels som følge av ulovfestede passivitetsregler.

Forbrukerne inngikk kontrakt med entreprenøren våren 2014 om kjøp av en eierseksjon under oppføring. Kontraktsforholdet falt dermed inn under bustadoppføringslova. Overtakelse var avtalt midt i juli 2014, men fant først sted i midten av november 2014 ved at forbrukerne flyttet inn, det vil si fire måneder forsinket. Allerede i august ba forbrukerne per e-post om «at dagbøtene motregnes mot kjøpesum ved oppgjøret».

I slutten av januar 2015 sendte eiendomsmegleren en «oppgjørsoppstilling» til forbrukerne, men denne inneholdt verken entreprenørens krav på betaling for tilleggsarbeider eller forbrukernes krav på dagmulkt.

Forbrukerne framsatte spesifisert krav på dagmulkt for 100 dagers forsinkelse, til sammen 328 500 kroner, i e-post medio september 2015. Partene var enige om at overtakelse av leiligheten var så forsinket at forbrukerne i utgangspunktet var berettiget til dagmulkt. Entreprenøren avviste likevel kravet fordi han mente at det var tapt som følge av forholdene nevnt innledningsvis.

Spørsmålet om forbrukernes dagmulktkrav var bortfalt ble sluppet inn for Høyesterett, men bare for så vidt gjaldt rettsanvendelsen.

(2) Bortfall som følge av reglene om sluttoppgjør

(2.1) Innledning, se avsnittene 31 til 23

Etter forbilde fra entreprisestandardene er det tatt inn regler om sluttoppgjør i bustadoppføringslova, jf buofl § 48 andre og tredje ledd. Bestemmelsene pålegger ikke entreprenøren å utarbeide et sluttoppgjør (men dette forutsettes i den aktuelle kontrakten, se nedenfor, hvilket samsvarer med regler inntatt i de såkalte byggblankettene). Hvis han imidlertid sender et sluttoppgjør til forbrukeren, får dette to konsekvenser. For det første vil han som hovedregel ikke kunne korri-

gere oppgjøret i ettertid, og for det andre vil oppstillingen være bindende for forbruker etter følgende regel i tredje ledd:

«Rekning for sluttoppgjør utan atterhald er bindande for forbrukaren dersom innvending ikkje er reist seinast ein månad etter at rekninga er motteken. Dette gjeld likevel ikkje dersom lågare vederlag følgjer av avtalen, eller dersom kravet er urimeleg.»

Det er hovedregelen i første punktum som ble påberopt av entreprenøren. Unntakene i andre punktum var ikke aktuelle, og det var heller ikke tatt noe forbehold.

Den foreliggende tvisten berørte en rekke sentrale problemstillinger knyttet til tolkningen av hovedregelen.

(2.2) Hvorvidt det var sendt sluttoppgjør, se avsnittene 24 til 27

En forutsetning for at reglene i buofl § 48 andre og tredje ledd skal komme til anvendelse, er at entreprenøren har sendt et sluttoppgjør. Dette er derfor det første spørsmålet som Høyesterett måtte ta standpunkt til.

Som framholdt av førstvoterende må spørsmålet besvares på bakgrunn av en tolkning av det påberopte dokumentet, hvor tolkningstemaet er som følger, se avsnitt 25:

«Avgjørende vil være om det med tilstrekkelig klarhet – for begge parter – fremgår at entreprenøren ikke vil sende flere regninger til forbrukeren.»

Som ellers må det, når det ikke kan påvises en felles oppfatning, anlegges en objektiv forståelse av utspillet fra entreprenøren. Selve ordlyden på dokumentet fra meklere – «oppgjørsoppstilling» – skapte etter Høyesteretts oppfatning ikke tilstrekkelig klarhet. Flere andre faktorer trakk imidlertid i retning av et endelig oppgjør. I oversendelsesbrevet fra meklere het det at oppstillingen «viser at fullt oppgjør er innbetalt». Videre forutsatte kjøpekontrakten at det skulle skje et «sluttoppgjør», og oversendelse av oppstillingen skjedde etter overtakelse og tinglysning av skjøte. Til sammen skapte dette den nødvendige tolkningsklarhet.

Lovteksten benytter uttrykket «rekning for sluttoppgjør». Entreprenøren framholdt at det aldri ble sendt en regning i forbindelse med oppstillingen, og derfor var lovens vilkår ikke oppfylt. Dette ble kort avvist av Høyesterett som viste til at oppstillingen fra mekler viste et lite tilgodehavende til forbrukerne. Det var dermed ikke grunnlag for å sende en regning sammen med oppstillingen, se avsnitt 27.

Dersom oppstillingen hadde munnet ut i en saldo i favør av entreprenøren, ville spørsmålet kommet på spissen. Hvorvidt det er sendt faktura eller ikke i samband med oppstillingen, kan imidlertid ikke være avgjørende. Det er selve den økonomiske oppstillingen

som danner fundamentet for reglene i buofl § 48 andre og tredje ledd. Om det sendes med en regning samtidig, er ikke bestemmende for regelens virkeområde.

(2.3) Hvorvidt eiendomsmegler har anledning til å sende sluttoppgjør, se avsnittene 28 og 29

Det neste spørsmålet Høyesterett måtte ta standpunkt til, gjaldt meklerens fullmaktsforhold: Hadde mekleren kompetanse til å binde entreprenøren etter buofl § 48 andre ledd ved å sette opp en sluttoppstilling?

Høyesterett tok utgangspunkt i eiendomsmeglingsloven § 6-6 hvor det framgår at mekleren «kan ikke binde oppdragsgiveren overfor en tredjeperson uten særskilt fullmakt». Hvor langt dette utgangspunktet rekker, kan være omstridt. Kjerneområdet er utvilsomt inngåelse av selve avtalen. Høyesterett har tidligere lagt til grunn at også endringer i inngåtte avtaler rammes av regelen, jf Rt-2011-951 Nye Major, se avsnitt 44, hvor det framheves at et tilsagn om overtakelse som stredd mot den inngåtte avtalen, falt direkte inn under fullmaktsregelen i meklerloven. (Hvorvidt et utsagn om leveringsdato før avtaleinngåelsen også rammes av fullmaktsregelen når avtalen ikke berører spørsmålet, er mer uklart.)

Men meklerens handlemåte og unnlatelser kan i mange sammenhenger få rettslige følger for oppdragsgiver. Et eksempel er opplysningssvikt etter avhendingslova, se buofl §§ 26 og 27 (som tilsvarende avhl §§ 3-7 og 3-8). Er det mekleren som har gitt uriktige opplysninger eller holdt tilbake informasjon, blir selgere identifisert med ham, se Ot prp nr 66 (1990–91) side 89 og Rt-2001-369 Takstmannsdommen. Et annet eksempel er reklamasjon. Det synes alminnelig antatt at en kjøper av fast eiendom kan reklamere over mangler til mekler, se Trygve Bergsåker, *Kjøp av fast eiendom*, 5. utg, Oslo 2013, side 458 flg. Formidles ikke reklamasjonen videre, er dette selgers risiko. Et tredje eksempel er selgers identifikasjon med meklers grove uaktsomhet ved anvendelse av avhl § 4-19 tredje ledd, se nevnte forfatter side 471.

Når det gjelder sluttoppgjør, kan det være delte meninger om forholdet faller inn under emgll § 6-6. På den ene siden vil en slik oppstilling binde entreprenøren, jf buofl § 48 andre ledd. På den andre siden hører gjennomføringen av det økonomiske oppgjøret med til meklerens kjerneoppgaver, jf emgll § 6-9 første ledd punkt 4. Man må dermed avveie de to motstående hensyn. Problemstillingen er om forbruker bør kunne stole på en økonomisk oppstilling fra meklers side, eller om han skal bære risikoen for at mekleren handler utenfor sine fullmakter. Mye kan nok tale for at forbruker bør beskyttes i disse tilfellene, og la feiloppsett forbli et internt forhold mellom entreprenør og mekler (det vil si hans forsikringsselskap).

Det framgår av domspremissene at Høyesterett nøyde seg med å peke på ulike momenter i avveiningen, men tok ikke endelig standpunkt til spørsmålsstillingen, se avsnitt 29.

Hvis sluttoppgjør anses å falle inn under emgll § 6-6, og mekler formidler et uriktig sluttoppgjør, vil det kunne være aktuelt å kreve erstatning av ham etter avtl § 25 (falsus procurator). I så fall må forbruker ha innrettet seg på den uriktige oppstillingen på en måte som har påført ham et tap.

(2.4) Hva innsigelsesfristen omfatter, se avsnittene 30 til 35

Et av hovedspørsmålene ved anvendelse av regelen i buofl § 48 tredje ledd er hvilke anmerkninger fra forbrukerens side som omfattes av fristen på én måned. Man skiller mellom to kategorier av innspill fra forbrukeren. Den ene er rene innsigelser mot entreprenørens vederlagskrav, så som at han ikke har krav på justering av vederlaget som følge av endringer eller man er uenige om beregningen av kravet. Den andre gruppen omfatter alle forbrukerens selvstendige krav, typisk dagmulkt- og erstatningskrav. I foreliggende sak anførte entreprenøren at fristregelen i buofl § 48 tredje ledd omfatter begge typer anmerkninger (både innsigelser og selvstendige krav), mens forbrukerne framholdt at den bare kommer til anvendelse for rene innsigelser mot vederlagskrav.

Problemstillingen er velkjent og er kommentert og til dels drøftet i rettslitteraturen, se Kåre Lilleholt, Trygve Bergsåker, Christian Wefling og Lasse Simonsen, og oppfatningene har vært noe delt. Høyesterett har imidlertid ikke vist til disse kildene.

Høyesterett valgte å starte med behovet for å trekke inn selvstendige krav under fristregelen, og slo fast at oppgjørshensyn klart talte for dette, og at det er få grunner for en forbruker til å vente ut over én måned etter mottakelse av et endelig sluttoppgjør med å fremme slike krav.

Flere forhold trakk derimot i retning av å avgrense fristregelen mot selvstendige krav. Bestemmelsene i buofl § 48 tredje ledd var inspirert av NS 3430 punkt 31, men her sies det uttrykkelig at «andre krav mot entreprenøren» må framsettes innen samme frist som gjelder for «innsigelser». Når buofl § 48 tredje ledd nøyde seg med å omtale «innvending», gir det inntrykk av at selvstendige krav faller utenfor regelens anvendelsesområde.

I denne sammenhengen kan det imidlertid opplyses at forløperen til bestemmelsen i NS 3430 bare nevnte «innsigelser», ikke «andre krav», jf NS 3401 punkt 24.3, men ble likevel ansett å omfatte selvstendige krav fra byggherren, se Tore Sandvik, *Kommentar til NS 3401*, Bergen oas 1977, side 223. Når man uttrykkelig presiserte i den nye standarden at også selvstendige krav måtte gjøres gjeldende innen fristen, var dette ikke for å endre, men for å presisere regelens innhold.

Høyesterett framhevet videre at selve begrepet «innvending» peker i retning av at selvstendige krav ikke er omfattet av fristregelen. Slike krav kan fremmes som motkrav, men vil også kunne framsettes særskilt uavhengig av entreprenørens vederlagskrav.

Rent begrepsmessig synes ikke «innvending» å passe så godt på selvstendige krav. I praksis motregnes imidlertid dagmulktkrav nesten alltid mot entreprenørens krav. Dermed oppfattes også kravet gjerne som en innsigelse mot oppstillingen til entreprenøren.

Høyesterett siterte dessuten fra de alminnelige delene av forarbeidene som understøttet at selvstendige krav faller utenfor fristregelen. De generelle merkna-
dene er imidlertid ikke helt entydige. I NOU 1992: 9 side 44 framholdes at det er unødvendig å ta inn en særlig reklamasjonsfrist for forsinkelser fordi «frådrag for dagmulkt eller skadebot vil i praksis koma opp seinast i samband med sluttoppgjøret».

Høyesteretts vurdering munner ut i en forståelse av fristregelen som etter undertegnede oppfatter er lite hensiktsmessig, se Høyesteretts egne kommentarer om de såkalte oppgjørshensyn. De motstående hensyn synes ikke av en slik art at de stenger for en løsning i tråd med de reelle hensyn. Når Høyesterett likevel falt ned på sitt standpunkt, skyldtes dette kanskje at forbrukeren ville kommet dårligere ut dersom oppgjørshensynene hadde blitt tillagt avgjørende vekt. (Avgjørelsen i HR-2018-392 er et eksempel hvor Høyesterett har latt reelle hensyn fortrenge positivrettslige kilder, men da i forbrukerens favør.)

(2.6) Hvordan avbrytes innsigelsesfristen, se avsnitt 36

Med det resultatet som Høyesterett kom fram til ovenfor, var det unødvendig å ta standpunkt til forbrukernes påstand om at framsettelse av dagmulktkravet i e-post av august 2014, det vil si etter fristoversittelsen, men før faktisk overtakelse og mottakelse av oppgjørsoppstillingen, var tilstrekkelig til å avbryte fristen etter buofl § 48 tredje ledd.

Spørsmålet om betydningen av tidligere framsatte innsigelser er imidlertid en viktig problemstilling fordi forbrukeren ofte vil ha fremmet sine synspunkter før mottakelsen av sluttoppgjøret. Dersom dette ikke er tilstrekkelig, må forbrukeren gjenta anførselene innen innsigelsesfristen i buofl § 48 tredje ledd. En slik ordning finner vi i NS 8405: 2008 punkt 33.2 andre ledd andre punktum. Dette er imidlertid en streng regel tilpasset profesjonelle forhold, og den framgår heller ikke uttrykkelig av NS 3430 punkt 31.3. Mye kan derfor tale for at dersom forbruker har framsatt sine innsigelser på en klar måte før oversendelse av sluttoppgjøret, og entreprenøren ikke hadde grunn til å tro at anførselene er frafalt, så er fristen avbrutt (eventuelt så faller tilfellet utenfor fristregelen i buofl § 48 tredje ledd.) Svaret er imidlertid ikke opplagt, og man må derfor avvente en senere rettsavklaring av spørsmålet.

(3) Bortfall som følge av innbetaling av vederlaget, se avsnittene 37 og 38

Den andre bortfallsgrunnen som entreprenøren påberopte seg, var at forbruker betalte hele kjøpesummen. Som tidligere nevnt hadde forbrukerne allerede i au-

gust 2014 bedt om at dagmulkten ble motregnet mot kjøpesummen. Da meklere ikke trakk inn dagmulkten i oppgjøret, og forbrukerne likevel betalte uten forbehold, måtte entreprenøren oppfatte dette som at motkravet var frafalt.

Anførselen førte ikke fram ut fra en konkret vurdering. Forbrukerne betalte kjøpesummen på et tidspunkt hvor det økonomiske mellomværende mellom partene var uavklart. Blant annet hadde entreprenøren varslet, men ikke spesifisert, betaling for tilleggsarbeider. I en slik situasjon forelå det ikke rimelig grunn til å anta at forbrukerne hadde frafalt sitt motkrav.

Høyesterett framførte ikke prinsipielle innvendinger mot argumentasjonen til entreprenøren. Hadde entreprenøren hatt tilstrekkelig grunn til å tro at forbrukeren hadde frafalt sitt krav ved å betale uten forbehold, ville synspunktet kunne ført fram. I norsk rett er problemstillingen velkjent, se eksempelvis Trygve Bergsåker, *Kjøp av fast eiendom*, 5. utg, Oslo 2013, side 468 flg, og Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utg, Oslo 2011, side 363 flg. Man stiller gjerne spørsmålet om betaling skal tillegges oppgjørsvirkninger som stenger for senere korreksjoner.

I forbrukerforhold skal det likevel mye til før betaling i seg selv fratar ham retten til en senere korreksjon. Betales det før sluttoppgjøret kommer, slik som i foreliggende sak, vil dette ytterst sjeldent være tilfelle, se Høyesteretts bemerkning om at «skulle anførselen [til entreprenøren] føre frem, ville dagmulktkravet være tapt allerede før en eventuell frist etter buofl § 48 tredje ledd begynte å løpe. Det var ingen rimelig grunn til å oppfatte betalingene slik.»

(4) Bortfall etter ulovfestede passivitetsregler, se avsnittene 39 til 47

Til slutt anførte entreprenøren at kravet på dagmulkt uansett var bortfalt etter ulovfestede passivitetsregler.

I Norge er det over tid utviklet alminnelige prinsipper og regler om at en fordring kan falle bort dersom kreditor forholder seg passiv urimelig lenge, se eksempelvis kjl § 23 tredje ledd som må sies å være uttrykk for disse alminnelige reglene. En overordnet framstilling av temaet finner man hos Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utg, Oslo 2011, side 802 flg.

Høyesterett nevnte Rt-1992-295 Custos-dommen som utslag av synspunktene, samt at forarbeidene til bustadoppføringslova forutsetter at krav på dagmulkt kan falle bort som følge av allmenne passivitetsregler, jf NOU 1992: 9 side 44. Hvorvidt en part har ventet urimelig lenge med å fremme et krav, må avgjøres på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering hvor en rekke momenter kan gjøres seg gjeldende. Høyesterett trakk fram to sentrale forhold – om kreditor hadde en særlig oppfordring til å gjøre kravet gjeldende, og om debitor har hatt et særlig behov for å innrette seg på at kravet ikke eksisterte.

Et viktig aspekt ved situasjonen, og som kunne ha vært presisert bedre av Høyesterett, er at forbrukerne

allerede august 2014 gjorde dagmulktkravet gjeldende i forbindelse med at sluttfristen ble overskredet. Når det så reises spørsmål om forbrukerne har tapt sitt krav på dagmulkt på grunn av passivitet, er det i realiteten et spørsmål om de måtte gjenta kravet for at det ikke skulle falle bort. Det sier seg selv at det skal mer til for rettstap i en slik situasjon, enn når forbruker første gang fremmer sitt krav etter overtakelsen. Den konkrete vurderingen som Høyesterett foretok, må leses i lys av dette utgangspunktet.

På bakgrunn av oppfordringskriteriet foretok Høyesterett en faseoppdeling i tiden etter overtakelsen:

i) *Før meklerin sendte oppgjørsoppstillingen:* Høyesterett fastslo kort at det var uaktuelt å anse dagmulktkravet tapt før mottakelse av oppgjørsoppstillingen fra megler siden det økonomiske mellomværende var uavklart på dette tidspunktet.

Synspunktet er kanskje ikke så opplagt som det synes ved første øyekast. Man kan spørre om hvorfor forbruker skal vente på utspillet fra entreprenøren med å gjøre et selvstendig krav gjeldende. Poenget må være at forbruker skal kunne benytte dagmulktkravet som motpost til krav entreprenøren måtte komme opp med i sluttoppgjøret. Men tidligere har Høyesterett fastslått at dagmulktkrav ikke er en del av sluttoppgjøret etter buofl § 48 og derfor fritt må kunne fremmes uavhengig av et sluttoppstilling. Det framstår derfor ikke fullt ut konsekvent å trekke inn ventetiden fram til et sluttoppgjør som et avgjørende moment i vurderingen. Særlig dersom det går lang tid vil det kunne stilles et spørsmålsteget ved synspunktet. Legger ikke kontrakten opp til et sluttoppgjørsscenario, vil ikke perioden ha noen rettslig relevans.

ii) *Etter at meklerin sendte oppgjørsoppstillingen:* I tiden etter at meklerin sendte oppgjørsoppstilling, endret derimot situasjonen seg. Som framholdt av Høyesterett fikk forbrukerne nå en oppfordring til å gjenta kravet om dagmulkt, og «Etter hvert som tiden gikk, fikk derfor [entreprenøren] et visst grunnlag for å gå ut fra et kravet ikke ville bli forfulgt», se avsnitt 43. Perioden vi snakker om strakte seg fra 30. januar til medio mai 2015.

Høyesterett fant likevel ikke at dette var tilstrekkelig. Og i den sammenhengen ble trukket fram et annet sentralt moment, som langt på vei må sies å ligge i bunnen av alle vurderingene om tap av rettigheter som følge av passivitet. Høyesterett uttrykte dette slik i avsnitt 45:

«Mitt syn er derfor at [entreprenøren], frem til våren 2015, ikke hadde noen rimelig grunn til å innrette seg på at dagmulktkravet var frafalt. Så lenge [entreprenøren] antok at [forbrukerne] ventet på tilleggskrav fra ham, kunne han ikke innrette seg på at de hadde droppet dagmulktkravet mot ham.»

Selv om Høyesterett ga en psykologisk begrunnelse, inneholder argumentasjonen et represaliehensyn. Så lenge det forelå en realistisk mulighet for at entrepre-

nøren ville fremme ytterligere krav, burde forbruker sikres adgangen til å iverksette mottiltak. Represaliehensynet gjør seg imidlertid bare gjeldende dersom man antar at oppgjørsoppstillingen ikke kunne karakteriseres som et sluttoppgjør etter buofl § 48 andre ledd og tredje ledd. Betraktes derimot oppsettet som et sluttoppgjør, kan ikke entreprenøren komme med ytterligere krav i ettertid, og da faller også argumentasjonen om mottiltak.

iii) *Etter at forbrukerne fikk avklart at entreprenøren ikke hadde ytterligere krav:* Det var fasen etter at forbrukerne fikk kunnskap om at entreprenøren ikke ville fremme ytterligere krav og fram til at dagmulktkravet ble gjort gjeldende, om lag 4 måneder, som utgjorde den kritiske perioden å bedømme. Nå forelå ikke lenger de hensynene som var avgjørende for Høyesteretts bedømmelse av de to første fasene.

Høyesterett startet med å karakterisere ventetiden som «noe lang». Likevel fant ikke Høyesterett at dagmulktkravet var bortfalt som følge av passivitet. Det angis to begrunnelser for standpunktet.

For det første framhevet Høyesterett lojalitetsprinsippet og at entreprenøren i samsvar med dette kunne avklart spørsmålet om dagmulkt med forbrukerne, på samme måte som forbrukerne rettet en henvendelse til entreprenøren om mulige tilleggskrav.

For det andre pekes på at forbrukere «gjennomgående må innrømmes noe romsligere frister enn andre før de reagerer», se avsnitt 46.

Høyesterett kunne også ha føyd til, som nevnt innledningsvis, at forbrukerne hadde fremmet kravet om dagmulkt tidlig i prosessen, og da skal det naturlig nok en del til før et krav faller bort som følge av passivitet.

(5) Sakskostnadene, se avsnitt 48

Forbrukerne vant saken fullt ut og skulle etter hovedregelen i tvl § 20-2 første ledd fått tilkjent full erstatning for sine sakskostnader. Høyesterett fant imidlertid grunn til å fritta entreprenøren for kravet om sakskostnader etter unntaksregelen i tredje ledd:

«I betraktning av at ankesaken har reist rettsspørsmål som tidligere ikke har vært avklart, er jeg blitt stående ved at tungtveiende grunner gjør det rimelig at sakskostnader for Høyesterett ikke tilkjennes, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.»

Isolert sett er det lite å innvende mot avgjørelsen av sakskostnadene. Sammenlignes den derimot med saksomkostningsavgjørelsen i HR-2018-392, som også gjaldt bustadoppføringslova og som ble avsagt bare én måned tidligere, er kontrasten stor. I sistnevnte dom, som også gjaldt et prinsippspørsmål, delte Høyesterett seg i et flertall på tre og et mindretall på to, mens foreliggende dom var enstemmig. Dessuten uttrykte flertallet i førstnevnte dom stor tvil om løsningsen som strek med de positivrettslige kildene (lovtekst

og forarbeider). Likevel fikk forbruker tilkjent fulle sakskostnader etter hovedregelen.

Det kan diskuteres hvor god sammenheng det er mellom disse to avgjørelsene. En forskjell i saksforholdet kan forklare at domstolen kom fram til ulikt resultat. I foreliggende sak var forbrukerne til en viss grad å bebreide for å ha ventet lenge med å gjenta kravet, og kunne således sies å ha bidratt til tvisten. Slike omstendigheter forelå ikke tvisten som ble behandlet i HR-2018-392.

Lasse Simonsen

SELSKAPSRETT

Aksjeloven § 10-9 tredje ledd ble tolket innskrenkende for ikke å komme i strid med grunnleggende kontraktsrettslige prinsipper- HR-2018-111-A

Selskapet Ree Minerals AS besluttet å gjennomføre en kapitalforhøyelse fordi selskapet hadde behov for styrket kapital. En aksjeeier ønsket å tegne seg, og ga styreleder i Ree Minerals ugjenkallelig tegningsfullmakt til å tegne aksjer. Kapitalforhøyelse ble besluttet 6. mars 2014, og styreleder tegnet aksjer på vegne av aksjeeieren for kr. 12.000.000.

Tegneren betalte ikke for aksjene innen forfallsfristen og kapitalforhøyelsen ble derfor ikke gjennomført. Selskapet foretok deknings salg av tegnerens eksisterende aksjer for kr. 919.980 for å dekke tapet, tegneren betalte kr. 325.000 og etter dette var utestående: ca kr 11.000.000. Ree Minerals tok ut stevning i august 2015 med krav om at tegneren oppfylte sin tegningsforpliktelse, men fikk ikke medhold i verken tingretten eller lagmannsretten. Underinstansene ga tegneren medhold i at tegningsforpliktelsen var bortfalt i henhold til aksjeloven § 10-9 tredje ledd, fordi det hadde gått mer enn tre måneder etter tegningen fant sted. Det følger direkte av bestemmelsens ordlyd at aksjetegningen dermed ikke lenger er bindende.

Høyesterett kom til motsatt resultat. I argumentasjonen ble det tatt utgangspunkt i at aksjetegning danner grunnlag for et gjensidig bebyrdende rettsforhold, med referanse til en artikkel av Magnus Aarbakke i TfR 1989 s. 333 flg. I nærværende sak fant førstvoterende at det forelå en gjensidig forpliktende og bindende avtale som innebar at selskapet skulle levere 75 000 aksjer og tegneren skulle betale tegningsbeløpet. Det ble angitt at ordlyden i aksjeloven § 10-9 tredje ledd talte for at betalingsforpliktelsen bortfalt når det var gått tre måneder etter tegningen uten at registrering fant sted, men at denne ikke kunne være avgjørende i den oppståtte situasjon.

Høyesterett foretok deretter en analyse av forholdet mellom avtalerettslige og selskapsrettslige virkninger av aksjetegningen. Det uttales at disse ikke trenger å være sammenfallende, men at når selskapsrettslige regler avviker fra avtalerettslige prinsipper, er de

begrunnet i særlige selskapsrettslige hensyn. Det er et grunnleggende avtalerettslig prinsipp at en avtalepart ikke kan erklære seg ubundet som følge ugyldighet eller mislighold, på bakgrunn av eget forhold. Etter Høyesteretts syn, er det ingen selskapsrettslige hensyn som tilsier en avvikende løsning i selskapsforhold, altså at en tegner skal kunne komme seg ut av en tegningsforpliktelse ved selv å misligholde betalingsforpliktelsen. Bestemmelsens forhistorie ble gjennomgått, og det var etter Høyesteretts vurdering ikke holdepunkter i forarbeidene for at lovgiver hadde ment å fravike et så grunnleggende kontraktsrettslig prinsipp. Det ble vist til at selskapsrettslig teori er skeptisk til underrettsdommene i saken. I tillegg ble det trukket inn et reelt hensyn, nemlig at det ville åpne for spekulasjonsmulighet, om en tegner kan komme seg ut av tegningsforpliktelsen ved å unnlate å betale. På denne bakgrunn kommer Høyesterett til at det ikke er grunnlag for å tolke aksjeloven § 10-9 tredje ledd slik at betalingsforpliktelsen bortfaller ved eget mislighold.

Det kan utledes av dommen at en tegningsavtale som et utgangspunkt er underlagt alminnelige avtalerettslige prinsipper, med mindre disse er fraveket av selskapsrettslige hensyn. Dette er det vanskelig å være uenig i. Det er riktignok uvanlig at aksjeloven tolkes innskrenkende for å unngå motstrid med avtalerettslige prinsipper, men det må anses å være et godt og riktig resultat.

Margrethe Buskerud Christoffersen

Presentasjon av dr-gradsprosjektet «Dynamisk immaterialrett»

Formålet med ph.d.-prosjektet er å undersøke hvordan hele og delvise rettigheter i immaterielle rettsgoder, oppnår rettsvern mot tredjemenn med konkurrerende rettigheter. De vanligste og kommersielt viktigste immaterielle rettighetene, er *patentrettigheter*, *opphavsrettigheter*, *varemerkerettigheter* og *designrettigheter*. Avhandlingens analyser vil ta utgangspunkt i rettigheter knyttet til disse.

Før det kan vurderes hvordan aktuelle rettighets-haverne kan oppnå rettsvern for sine erverv i disse rettighetene, må det innledningsvis redegjøres for hvordan den enkelte immaterielle rettighet oppstår og hva den omfatter. Dernest må rettigheten som formuesgode, lisensobjekt og panteobjekt analyseres. Denne analysen må omfatte *om* og eventuelt *når* rettigheten eller lisensen kan beslaglegges av enkeltforfølgende kreditor, eller konkursbo. Videre må det undersøkes om rettigheten eller lisensen kan pantsettes særskilt eller om den kan inngå i et driftstilbehørspant.

Det er spesielt tre aktører som har behov for beskyttelse mot tredjemenn. *Den første aktøren* er innehaveren av den immaterielle rettigheten. Dette kan både være den som har skapt det immaterielle rettsgodet, og en som har kjøpt et slikt rettsgode. *Den andre* er lisenstakeren som har fått en begrenset rett til utnyt-

telse av en immateriell rettighet, gjennom en lisensavtale. Den tredje aktøren er investoren eller långiveren som vil trygge sitt krav med sikkerhet i en immateriell rettighet, eller i en lisensavtale.

For innehaveren som har kjøpt en immateriell rettighet vil tredjemannskonflikten kunne oppstå i relasjon til andre omsetningsserververe, der selgeren selger den samme rettigheten til flere, eller der selgeren etter salget utsteder nye lisensavtaler, i strid med kjøperens interesser. Videre vil tredjemannskonflikten kunne oppstå mellom kjøperen og selgerens kreditorer, for eksempel dersom selgeren går konkurs og bobestyreren hevder at rettigheten inngår i generalbeslaget.

For innehavere som utsteder lisensavtaler, vil tredjemannskonflikten kunne oppstå dersom lisenstakeren, – eller lisenstakerens konkursbo – videreselger lisensen i strid med lisensavtalen. I slike situasjoner risikerer innehaveren å miste kontrollen over hvem som skal få delvise rettigheter i innehaverens egne immaterielle verdier. Lisensgiver kan følgelig risikere at en lisens overdras til en bitter konkurrent, eller til en lisenstaker med et langt svakere omdømme. Et sentralt spørsmål blir om retten går tilbake til lisensgiveren som følge av immaterialrettslovgivningens videre salgsbegrensninger, eller om den godtroende kjøper ek스팅verer lisensgiverens innsigelse.

For lisenstakeren vil tredjemannskonflikten kunne oppstå dersom lisensgiveren gir flere lisens til den samme immaterielle rettigheten, i strid med lisensavtalens bestemmelser om eksklusivitet. Videre vil tredjemannskonflikten kunne oppstå der lisensgiveren videreselger lisensobjektet, eller der lisensgiveren går konkurs og enten kjøperen eller konkursboet nekter å respektere lisensavtalen. Det viktigste for lisenstakeren vil i slike tilfeller gjerne være å ha rettsvern for tilgangen til kommersiell bruk av den immaterielle rettighet, slik at lisenstakers virksomhet kan fortsette som før salget eller konkursen.

For enkelte lisensavtaler, slik som avanserte patentlisensavtaler, vil imidlertid adgang til patenthavers kunnskap, nøkkelpersonell og materiell kunne være like viktig som tilgangen til å utnytte selve patentet. Spørsmålet i disse tilfellene blir om lisensavtalens eventuelle rettsvern også omfatter andre av lisensavtalens bestemmelser, for eksempel bestemmelser om taushetsplikt, plikt til å bidra med knowhow, eller avtalens regler om eksklusivitet.

For konkursboet og kreditorfellesskapet vil det kunne være gunstig dersom lisensavtalens bestemmelser om eksklusivitet eller konfidensialitet ikke omfattes av rettsvernet siden et patent som ikke er beheftet med slike begrensninger, gjerne er mer verdt og lettere omsettelig, enn et patent med slike begrensninger. Hensynene til kreditorfellesskapet, og ønsket om effektiv bobehandling, trekker følgelig i retning av at lisensavtalens bestemmelser om eksklusivitet eller konfidensialitet ikke bør omfattes av rettsvernet.

På den annen side kan lisenstaker ha innrettet sin virksomhet på et langvarig samarbeid med lisensgiveren og foretatt investeringer deretter. Hensynet til lisenstakeren og dennes forutberegnelighet, kan tilsi at disse bestemmelsene også burde gjelde etter at konkurs er åpnet hos lisensgiver, eller etter at lisensobjektet er overdratt.

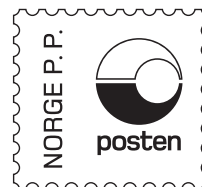
Hva et eventuelt rettsvern til en lisensavtale omfatter er ikke avgjort i norsk rett. En analyse av hvilke forhold som gjør seg gjeldende vil kunne ha betydning både for parter som vurderer å inngå en lisensavtale, og for bobestyrer som på så effektivt og på så lønnsomt måte som mulig ønsker å få omgjort det immaterielle rettsgodet til penger.

Når det gjelder investorers mulighet til å sikre sine krav, ble det åpnet for særskilt pantstillelse av patenter gjennom en lovendring fra 1. juli 2015. Panteretten omfatter også overdragelige lisensavtaler og på nærmere angitte vilkår, patentsøknader. Investorer og finansinstitusjoner vil også kunne få pantesikkerhet i andre immaterielle rettigheter, men kun dersom rettighetene inngår som en del av driftstilbehørs pantet. Det er imidlertid verdt å merke seg at EUs varemerkedirektiv forutsetter at varemerker skal kunne pantesettes særskilt, og at det legges til rette for at panterettigheter skal fremgå av varemerkeregisteret. Tredjemannskonflikten vil kunne oppstå långiverne imellom, eller mellom långiver og kjøperen av panteobjektet. Sentrale spørsmål blir hvilke immaterielle rettigheter og lisensavtaler det kan stiftes panterettigheter i, hvordan panteobjektene bør avgrenses samt hvordan långivere oppnår rettsvern overfor omsetningsserververe og kreditorer.

De rettslige utgangspunktene for hvordan tredjemannskonflikter skal løses for mer ordinære formuesgoder, er forholdsvis klarlagt gjennom lov, rettspraksis og teori. Rettighetsobjektene i tingsretten er imidlertid begrenset til materielle formuesgoder og pengekrav, og immaterielle rettigheter har ikke vært ansett som del av tingsrettens rettighetsobjekter. Dette synes begrunnet med at immaterialrettslovgivningen er så særpreget at det ikke er naturlig å betegne rettigheter i immaterialretter som en eiendomsrett. Videre er heller ikke godtroervervloven, som gjelder rettighetskollisjoner i «løsøretting», direkte anvendelig for immaterielle rettigheter.

Det at immaterielle rettigheter ikke omfattes av tingsretten, kan tas til inntekt for at tredjemannsproblemene i immaterielle rettigheter er fullstendig fristilt fra den dynamiske tingsretten og de utgangspunktene som gjelder for rettighetskollisjoner i mer ordinære formuesgoder. Dette ville imidlertid ha ført for langt. Tredjemannskonflikten oppstår i de samme situasjonene og med de samme aktørene, uavhengig av om et formuesgode er fysisk eller immaterielt, og ønsket om god sammenheng mellom rettsreglene tilsier at den rettslige «utgangsstilling» for drøftelsen av tredjemannsproblemene bør være lik. Videre har

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Lilleholt lagt til grunn at immaterialrettens særpreg som ulegemlig, ikke har så mye å si «for forståinga av forholdet mellom fleire rettar til same immaterialrett» (Lilleholt, *Allmenn formuerett* (2012) side 112). Lovgiver synes å være enig i dette og har anvendt de tradisjonelle utgangspunktene for løsningen av tredjemannskonflikter i forarbeidene til immaterialrettslovgivningen når rettighetskollisjoner drøftes der. Endelig er det de samme utgangspunktene som anvendes når tredjemannskonflikter knyttet til immaterielle rettigheter til nå er drøftet i teorien (Marthinussen, *Tredjemannsproblemene* (2016) side 202).

Det er imidlertid innbyrdes forskjell mellom reglene som regulerer de nevnte immaterielle rettighetene når det gjelder adgang til overdragelse, pantsettelse og hvorvidt rettighetene kan være gjenstand for kreditorbeslag.

Disse forskjellene er blant annet begrunnet ut fra den enkelte immaterielle rettighets karakter og innehaverens tilknytning til rettigheten. I en betenkning angående nordisk patentlovgivning (NU 1963:6), ble det vurdert hvorvidt det skulle inntas en regel som skulle unnta patentrettigheter fra kreditorforfølgning, slik som det i dag gjøres for åndsverk. Komiteen bak utredningen fant imidlertid at den særlige personlige interessen som kunstnere og forfattere har av å forhindre kreditorforfølgning, kun i begrenset grad gjør

seg gjeldende for oppfinnere. Videre er det tilknytningshensynet som begrunner at det kun er konkursbo som kan ta beslag i varemerkerettigheter, og ikke enkeltforfølgende kreditorer.

Dette viser at de reglene som spiller inn ved vurderingen av tredjemannskonflikter, og de hensyn som begrunner dem, kan være vidt forskjellige avhengig av hvilke immaterielle rettsgoder de kolliderende rettighetene knytter seg til. Disse forskjellene krever at det foretas konkrete analyser av tredjemannsproblemene som kan oppstå for hele og delvise rettigheter knyttet til henholdsvis patenter, varemerker, opphavsrettigheter og design.

Konsekvensen av at de forskjellige aktørene ikke oppnår rettsvern, er at de taper rett til fordel for tredjemann. En avklaring av hvordan de forskjellige aktørene oppnår rettsvern og hva rettsvernet reelt sett omfatter, vil kunne bidra til at flere vil ønske å investere med sikkerhet i immaterielle rettigheter og at det inngås flere lisensavtaler. Dette vil igjen kunne resultere i mer forskning, mer utvikling og flere innovasjoner. Videre vil klarhet rundt rettsvernsspørsmålene, samt lisensavtaler og immaterielle rettigheters stilling som dekningsobjekter, bidra til en mer effektiv kreditorforfølgning.

Morten Nadheim

Nytt i privatretten

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

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

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

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

Et årsabonnement (2018) på *Nytt i privatretten* koster kr 670,-. Studentabonnement koster kr 335,-. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2018

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer oktober 2018.