



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Permitteringer og nedbemanning, bedriftsansienhet og arbeidsgiver, tariffbundethet – AR-2020-8 og AR-2020-9

De to dommene gjelder parallelle hovedavtaler med like bestemmelser om permitteringer og utvelgelse. Slik avtalelikhet er et velkjent fenomen i tariffretten. Men i dette tilfellet er det en ekstra fasett og en egenartet forhistorie.

De to hovedavtalene som var direkte involvert, er hovedavtalen mellom Norges Rederiforbund (NR) og De Samarbeidende organisasjoner (DSO) [AR-2020-8] og hovedavtalen mellom NR og Sammenslutningen av fagorganiserte i energisektoren (SAFE) [AR-2020-9]. Tvisten i begge sakene knyttet seg til hovedavtalens likelydende bestemmelser om utvelgelse ved permitteringer: «Under ellers like forhold foretas permitteringer etter bedriftsansienhet innen det enkelte tariffområdet på norsk sokkel. Denne bestemmelsen er ikke til hinder for bruk av rullerende permittering.» SAFE-hovedavtalene har også en tilsvarende bestemmelse for oppsigelser ved nedbemanning.

Problemstillingene i de to sakene var de samme. Arbeidsrettens premisser er også de samme, ord for ord. Jeg nøyer meg med henvisninger til avsnittsnumre

i den første av dommene (DSO); tallene i den andre er to lavere.

Den ekstra fasetten i sakene består i at hovedavtalene i alt vesentlig er like den eldre hovedavtalen mellom NR og LO/Industri Energi (IE), og bestemmelsen som er sitert ovenfor, er helt tilsvarende pkt. 7.2 første ledd i den hovedavtalen.

Den spesielle forhistorien er i korte trekk: Det italienske selskapet Saipem SpA har hatt virksomhet på norsk sokkel fra 1990, og har to flyttbare innretninger som kan utføre arbeid der, Scarabeo 5 og Scarabeo 8. Scarabeo 5 kom til norsk sokkel for å utføre oppdrag fra 1990 og var bemannet med både norsk og italiensk personell. Virksomheten på norsk sokkel lå under Saipem SpA Norwegian Branch (Saipem Norway), som er en norskregistrert avdeling av Saipem SpA (heretter Saipem). Scarabeo 8 kom til norsk sokkel i 2012; da opprettet Saipem selskapet Saipem Drilling AS, som skulle være arbeidsgiver for arbeidstagerne på innretningen. Saipem og Saipem Drilling har felles administrasjon.

På 1990-taller stiftet IE (da NOPEF; IE ble etablert i 2006) en lokal klubb i Saipem og krevet at lønns- og arbeidsvilkårene i norske tariffavtaler skulle gjelde for arbeid på norsk sokkel. Dette voldt problemer. Saipem hadde tariffavtale med et italiensk fagforbund. Den gjaldt også for arbeid på norsk sokkel, og det italienske forbundet krevet at den skulle anvendes. For å løse problemet dem imellom inngikk Saipem og IE først en konfidensiell avtale, i 2000, om ansettelsesforhold, arbeids- og lønnsvilkår for italienske arbeidstagerne på norsk sokkel. I januar 2001 inngikk partene så en ny avtale for å løse forholdet til de italienske arbeidstagerne. Løsningen gikk i korte trekk ut på at arbeidstagerne skulle avslutte arbeidsforholdet i Saipem SpA for å ta ansettelse i selskapet RC Consultants. RC Consultants (senere NES Global Offshore AS; NES) skulle deretter leie ut de italienske arbeidstagerne til Saipems norske avdeling; det ble Saipem Drilling etter at det selskapet var etablert. Avtalen er omtalt som RC-avtalen.

I oktober og november ble det gjennomført nedbemanning og permitteringer i Saipem Drilling. Saipem tok utgangspunkt i en ansienhetsliste som også inkluderte arbeidstagerne som var innleid fra NES. Det gav opphav til tvistene.

Innhold nr. 2

Arbeidsrett.....	1
EØS-rett.....	5
Fast eiendoms rettsforhold	7
Finansmarkedsrett.....	9
Forsikringsrett	12
Gjeldsforfølgning	14
Immaterialrett.....	18
Obligasjonsrett	21
Panterett	23

Det var enighet mellom partene om at “*utgangspunktet*» ved permittering (eller nedbemanning) er at arbeidsgiver må avvikle innleieforhold og midlertidige arbeidsavtaler før fast ansatte sies opp eller permitteres. Hvorvidt det var grunnlag for permittering uten at innleieforhold først ble avviklet, var ikke et tema for Arbeidsretten. Tvistetemaet, slik retten formulerte det, var “*hvordan* utvelgelsen skal gjennomføres der det er grunnlag for permittering eller oppsigelse” (avsnitt 41; mine kursiveringer). Dette ble avgrenset videre. Ut fra saksøkernes påstandsformuleringer la Arbeidsretten til grunn at “det *kan* være saklig å permittere egne ansatte mot at virksomheten beholder innleide arbeidstakere. Det er derfor i prinsippet adgang til å inkludere innleide arbeidstakere i forbindelse med utvelgelse til permittering eller oppsigelse» (avsnitt 45, min kursivering). Spørsmålet var om Saipem hadde tilstrekkelig *saklig grunn* til å fravike utgangspunktet (jfr. ovenfor) og ta de (innleide) italienske arbeidstagerne med på ansiennitetslisten. De konkrete saklighetsvurderingene var ikke tema i sakene (avsnitt 46 jfr. 44–45).

Da, sa Arbeidsretten, måtte “utgangspunktet [...] tas i bakgrunnen for og formålet med RC-avtalen”. DSO og SAFE var riktignok ikke gjort kjent med avtalen før i 2017 og 2018, men det var ikke avgjørende. (Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.) Saklighetsvurderingen måtte ta utgangspunkt i “de objektive forholdene”. Bakgrunnen var “konkret, situasjonsbetinget”. Det hadde betydning at da avtalen kom i stand, var IE “eneste fagforening i virksomheten” (usagt, den eneste norske). Ut fra formålet og tidsforløpet måtte Saipem Drilling etter Arbeidsrettens syn ha “i det minste et felles arbeidsgiveransvar med NES overfor de italienske arbeidstakerne”. Innleieordningen fremstod som “et proforma-arrangement” for å praktisere norske lønns- og arbeidsvilkår. Retten bemerket også – «uten at det tillegges vesentlig vekt» – at det hadde vært «fast praksis» i Saipem for at arbeidstagerne som “formelt sett” var innleid fra NES, ble inkludert ved utvelgelse ved permitteringer og oppsigelser. Etter noen ytterligere bemerkninger kom Arbeidsretten til at det *ikke* “er” tariffstridig “å inkludere i utvalgskretsen arbeidstakere fra NES som Saipem har arbeidsgiveransvar for” (avsnitt 48 og 50). Med det vant DSO og SAFE ikke frem. De komplekse påstandsformuleringene lar jeg ligge; de har ikke betydning for det generelle.

Det ene som er vesentlig, er Arbeidsrettens standpunkt til innleieordningen som ren proforma. Retten sier det ikke, men arrangementet hadde et dobbelt formål: å unngå – eller omgå, om man vil – problemer for Saipem overfor sin italienske tariffmotpart, og å imøtekomme kravet om norske vilkår på norsk sokkel. Det siste kan man mene er på sin plass; det første er vel ikke et beskyttelsesverdig hensyn *per se*. Man kunne også spørre seg om ordningen er godt forenlig med arbeidsmiljølovens § 14-12a. DSO og SAFE knyttet anførsler til begge deler (jfr. avsnitt 29). Arbeidsretten gikk begge forbi i stillhet. Det var nok det enkleste,

og realitetsstandpunktet om felles arbeidsgiveransvar har utvilsomt gode grunner for seg i dette tilfellet – uten dermed å ha sagt noe om HR-2018-2371-A (*Norwegian*) som Arbeidsretten viste meget enkelt til (avsnitt 48).

Det andre som har særlig krav på interesse, gjelder spørsmål om *tariffbundethet*, eller mer presist: Hvilken avtaleforståelse er man bundet til når man er tariffbundet? Det er en kjent problemstilling der det er tale om parallelle avtaler, undertiden kalt «blåkopiiavtaler». Det kan være slik at man blir bundet til en forståelse som bygger på forutsetninger og praksis knyttet til den andre, forutgående avtalen. Men hvis det gjør seg gjeldende særlige tolkningsmomenter knyttet til den egne, etterfølgende avtalen, kan resultatet bli et annet. Dommene i ARD 1985 s. 120 og 150 illustrerer begge deler.

I dette tilfellet er det ikke sagt noe i dommene om når DSO og SAFE fikk hovedavtaler med NR med de bestemmelsene sakene gjaldt. Men DSO hadde ikke noen lokal klubb i Saipem før i 2012, SAFE først i 2016. Hovedavtalen mellom NR og LO/IE skriver seg tilbake fra 1974. Når bestemmelsen om «bedrifts-ansiennitet», til forskjell fra «ansiennitet», kom inn i denne og de to andre hovedavtalene, er det heller ikke sagt noe om. Men i hovedavtalen NR – LO/IE skriver den seg ihvertfall fra 2000. RC-avtalen ble, som det fremgår foran, inngått i 2001.

Den avtalen var DSO og SAFE ikke kjent med. Tvert imot, om man holder seg til Arbeidsrettens premisser. Det var et «særtrekk i saken», sa retten, «at Saipem har *holdt tilbake* informasjon om ordningen og avtalen fra DSO og SAFE, og de nødvendige opplysninger ble først gitt til foreningene i 2017 og 2018» (avsnitt 48, min kursivering). Det «kritikkverdige i at Saipem ikke så tidlig som mulig» hadde informert om de reelle forholdene», var ikke avgjørende for om «utvelgelsen strider mot saklighetskravet» i hovedavtalen. Etter rettens syn måtte saklighetsvurderingen ta utgangspunkt i «de objektive forholdene» (avsnitt 48; og jfr. ovenfor).

Både DSO og SAFE anførte at de ikke kunne være bundet av RC-avtalen eller mulige begrensninger LO/IE eventuelt hadde akseptert i sin hovedavtale. Arbeidsretten gikk ikke mer enn implisitt inn på dette. De to tariffpartenes tolkningsforutsetninger gikk retten stille forbi. Kan hende bekvemt, men prinsipielt sett ganske lettvin.

Stein Evju

Byte av operatör av busslinjetrafik kan vara verksamhetsövergång även om bussar inte överförs

Grafe och Pohle, C-298/18, EU-domstolens dom den 27 februari 2020.

I denna EU-dom behandlades i vilken utsträckning de miljömässiga och tekniska krav som en upphandlade myndighet ställde på entreprenören har någon betydelse vid tillämpningen av reglerna om verksamhetsöver-

gång. Dessutom behandlades vilken betydelse förhållandet mellan materiella tillgångar och personella tillgångar har för direktivets tillämpning.

Bakgrunden är följande. Südbrandenburger Nahverkehrhs (SBN) drev på uppdrag av en sammanslutning av kommuner (distriktet; *Landkreis Oberspreewald-Lausitz*) kollektivtrafik med buss. Inför att det tioåriga kontraktet var på väg att löpa ut inledde distriktet ett nytt upphandlingsförfarande. SNB valde att inte delta i upphandlingen och sade därför upp alla arbetstagare. Uppdraget för den kommande tioårsperioden tilldelades Kraftverkehrsgesellschaft Dreiländereck (KVG) som bildade dotterbolaget OSL för att leverera tjänsterna. OSL övertog merparten av SBN:s bus-schaufförer och personal med ledande befattningar. Däremot övertog inte OSL de materiella tillgångarna, såsom bussar och bussgarage med tillhörande verkstadstjänster eller andra anläggningar.

En av de arbetstagare som togs över av OSL var Reiner Grafe. Han hade varit anställd i SNB sedan 1978, men fick inte tillgodoräkna sig anställningstiden vid SNB när han skulle löneinplaceras hos OSL. Jürgen Pohle övergick däremot inte till OSL. Båda väckte talan mot bussbolagen och hävdade att det var fråga om en övergång i överlåtelsedirektivets mening, varför de båda skulle övergå automatiskt till förvärvaren OSL. För att det ska föreligga en verksamhetsövergång i direktivets mening krävs att det måste vara fråga om en «overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet», se artikel 1.1 a) och b) i direktivet.

EU-domstolen slog inledningsvis fast samhörigheten med de tidigare versionerna av direktivet (avsn. 20), och att det avgörande kriteriet för att avgöra om det ska anses vara en verksamhetsövergång är om enheten i fråga behåller sin identitet med krav på kontinuitet (23 och 37). Detta är i sig inget nytt, utan en bekräftelse av vad EU-domstolen tidigare fastslagit.

Målet har flera likheter med *Liikenne*, C-172/99. Där var det också fråga om övergång av en bussverksamhet i samband med ett anbudsförfarande. I det målet kom EU-domstolen till slutsatsen att det inte var fråga om någon verksamhetsövergång i direktivets mening, bl.a. eftersom bussarna inte övergick. Enheten ansågs inte ha bevarat sin identitet. Fråga var om slutsatserna i *Liikenne* kunde överföras på situationen i Grafe och Pohle. Kunde situationen i Grafe och Pohle vara sådan att det var en verksamhetsövergång trots att centrala materiella tillgångar inte förts över på förvärvaren (28)?

För att det ska kunna anses vara en verksamhetsövergång i direktivets mening måste något mer än arbetssuppgifterna ha övergått (26). Men enligt EU-domstolen i Grafe och Pohle kan man inte av *Liikenne* dra slutsatsen att «at overtagelsen af busserne in abstracto skal anses for at være det eneste afgørende element i en overførsel af virksomhed, hvis aktivitet består i offentlig personbefordring med bus» eftersom över-

tagandet av materiella tillgångar är en omständighet av flera som ska beaktas (30).

Det faktum att den upphandlande myndigheten hade ställt krav på att en ny aktör skulle kunna följa miljömässiga och tekniska normer för verksamheten, gjorde enligt EU-domstolen det orimligt att den nye aktören skulle överta mer eller mindre oanvändbara fordon (32). Några sådana yttre omständigheter («eksterne begrænsninger») fanns inte i *Liikenne* (33 f.).

Med hänvisning till rättspraxis konstaterade EU-domstolen att om en förvärvare till antal och kvalifikationer övertar en huvuddel av arbetstagarna kan det innebära att personalen som sådan utgör en ekonomisk enhet och att verksamheten därmed kan behålla sin identitet efter övergången (39). *Arbeitsgericht Cottbus* som hade vänt sig till EU-domstolen för ett förhandsavgörande hade understrukit att tillgången på erfarna bussförare var av avgörande betydelse för att kunna säkerställa kvaliteten på den aktuella kollektivtrafiktjänsten (38). Att inte bussar eller andra materiella tillgångar övertagits behöver således inte medföra att identiteten inte är bibehållen (40).

Omständigheterna i målet medförde att EU-domstolen kunde komma till slutsatsen att det kan anses föreligga en verksamhetsövergång av en bussverksamhet trots att bussar och andra materiella tillgångar inte övergår. De särskilda omständigheterna var att det ställdes miljömässiga och tekniska krav som gjorde bussarna oanvändbara inom en nära framtid. Man kan argumentera i termer av att domen har ett begränsat värde och endast omfattar situationer där orsaken till att inte överta materiella tillgångar är hänförliga till yttre omständigheter. Å andra sidan kan det hävdas att domen ger uttryck för att andra omständigheter, såsom miljömässiga, tekniska och andra krav kan komma att få ökad betydelse vid bedömningen av om det föreligger en verksamhetsövergång än om materiella tillgångar har övergått.

Det som däremot inte framkommer av domen är i vilken mån uppsägningarna hos överlåtaren (SBN) skulle kunna vara giltiga eftersom de inte grundar sig på övergången som sådan. Ett avgörande från den svenska Arbetsdomstolen (AD 2014 nr 1) kan vara av intresse i sammanhanget. Arbetsdomstolen kom till slutsatsen att ett bolag som enligt ett entreprenadavtal utförde servicetjänster för ett annat bolag hade rätt att säga upp arbetstagarna på grund av att avtalet skulle löpa ut. Vid uppsägningstiden pågick ett anbudsförfarande som bolaget som hade entreprenadavtalet deltog i. Innan uppsägningstiden hade löpt ut fick bolaget besked om att det hade vunnit upphandlingen. Men Arbetsdomstolen godtog likväl uppsägningarna eftersom de inte gjorts på grund av övergången som sådan. Möjligen skulle man kunna argumentera på liknande sätt i Grafe och Pohle. Jag kan inte se att arbetsmiljøloven kap. 16 skulle kunna förhindra ett sådant resonemang.

Bernard Johann Mulder

Övergång från en arbetsgivare till flera

ISS Facility Services, C-344/18, EU-domstolens dom den 26 mars 2020.

Denna dom rör övergång från en tjänsteleverantör till flera förvärvare efter ett upphandlingsförfarande.

Bakgrunden är följande. En kommun (Gent i Belgien) hade gett ISS i uppdrag att sköta städning och underhåll av olika byggnader i staden Gent. Uppdraget var indelat i tre kategorier. Efter ett anbudsförfarande tilldelade staden Gent två kategorier till ett företag (Atialian) medan en kategori tilldelades ett annat företag (Cleaning Masters).

Sonia Govaerts arbetade heltid som verksamhetsansvarig på de tre kategorierna. Fråga var om anställningen efter en övergång till flera olika förvärvare skulle övergå på förvärvarna i proportion till omfattningen av arbetstagarens arbete i respektive del av företaget, eller om anställningen efter en övergång till flera olika förvärvare skulle övergå enbart på den förvärvare där arbetstagaren huvudsakligen skulle utföra sitt arbete. Dessutom var det fråga om överlåtelsedirektivet i stället skulle tolkas så att ingen av dessa förvärvare skulle vara skyldig att överta personal.

EU-domstolens slutsats blev att anställningen skulle övergå i proportion till omfattningen av arbetstagarens arbete i de olika delarna i företaget. Som grund för denna lösning återopade EU-domstolen syftet med överlåtelsedirektivet om att arbetstagarna och deras rättigheter i samband med övergång ska skyddas (avsn. 25). Att en verksamhet övergått på flera ska inte ha någon betydelse (27).

Som skäl för att anställningen inte skulle övergå enbart på den förvärvare där arbetstagaren huvudsakligen skulle utföra sitt arbete anförde EU-domstolen att det skulle stå i strid med förvärvarens intressen som då skulle få ansvara för en heltidsanställning, trots att arbetstagaren endast skulle utföra arbete på deltid (31). Detta hänger delvis samman med arbetsgivaransvaret för väsentligt försämrade anställningsförhållanden efter övergången (jfr 34, 36 f.).

Här gör sig EU-domstolen (återigen) skyldig till egenomliga resonemang kring avvägning mellan arbetstagares och förvärvarens intressen. Man slog nämligen fast att man också ska ta hänsyn till förvärvarens intressen vid en verksamhetsövergång så att en rättvis avvägning mellan arbetstagarens och förvärvarens intressen säkerställs. Till stöd för detta hänvisar man till *Alemo-Herron m.fl.*, C-426/11 (26). Det är slående med vilken envishet domstolen håller fast vid detta resonemang. Den avvägningen låg ju som grund för antagandet av direktivet på 1970-talet. Med denna utgångspunkt kommer överlåtelsedirektivet att dessutom tolkas som ett skydd för förvärvaren (31, jfr 34). För detta finns inte stöd i vare sig direktivtexten eller dess förarbeten.

I det aktuella avgörandet kom EU-domstolen således fram till att övergången ska ske på var och en av förvärvarna i proportion till omfattningen av arbetet som

arbetstagaren ska utföra. Att inte hela anställningen skulle övergå skulle kunna komma att bedömas som ett brott mot direktivet i det att arbetstagarens rättigheter inte skyddades efter en verksamhetsövergång (36 f.).

Hur anställningen eventuellt ska kunna delas upp är en fråga för den nationella domstolen att avgöra (32), med beaktande av att deltidsanställningar kan ge sämre ekonomiskt skydd än heltidsanställningar vad gäller olika socialförsäkringsförmåner.

Bernard Johann Mulder

Litteratur

Elektronisk tidskrift om konsekvenser av coronaviruspandemin för arbetsrättsregleringen

Italian Labour Law e-Journal Vol 13 No 1S (2020): Special Issue: Covid-19 and Labour Law. A Global Review är ett specialnummer om vilka åtgärder som vidtagits av lagstiftare eller arbetsmarknadsparter i samband med utbrottet av coronaviruspandemin.

«This special issue of the Italian Labour Law e-Journal intends to provide a systematic and informative overview on the measures set out by lawmakers and/or social partners in a number of countries of the world to address the impact on the Covid-19 emergency on working conditions and business operations. The aim is to understand which labour law norms and institutions and which workplace arrangements are being deployed in the different legal systems to tackle the global health crisis. Another aim is to find whether and to what extent the established body of laws is proving able to cope with the problems raised by the current extraordinary situation or whether, on the contrary, new special regulations are being introduced. The national reports may be subject to updating in case of major changes.»

Den innehåller korta rapporter (uppdraget var ca 1 000 ord) från ca 40 länder. Uppdatering väntas i maj. Rapporterna finns på: <https://illej.unibo.it/>

Ny litteratur om strejkrätt enligt internationell rätt Vogt, Jeffrey, Bellace, Janice, Compa, Lance, Ewing, K.D., Lord Hendy, Lörcher, Klaus, Novitz, Tonia, *The right to strike in international law*, 2020, 223 s.

Från baksidestexten kan följande information hämtas.

«Based on deep legal research, it finds that there is simply no credible basis for the claim that the right to strike does not enjoy the protection of international law; indeed, the authors demonstrate that it has attained the status of customary international law.»

Boken är ett inlägg i en debatt om de rättsliga grunderna för rätten att vidta stridsåtgärder (*arbetskamp*). Den har kommit till som en reaktion på att arbetsgivargruppen vid den 101:a internationella arbetskonferensen 2012 hävdade att strejkrätten inte var skyddad

i internasjonell rett. Boken består av fyra delar, litteraturförteckning, regelförteckning och bilagor. Efter en introduktion (13 s.) återfinns i de två följande delarna repliker till arbetsgivargruppens påståenden. Del 2 (13 s.) diskuterar «On the question of mandates» och del 3 (140 s.) «The indisputable case for the right to strike». I bokens avslutande del (16 s.) frågar man sig: «Where to from here?»

Bernard Johann Mulder

EØS-RETT

Erstatningsrettslig ansvarsplassering etter overtredelser av EU-/EØS-konkurranseretten

EU-domstolen: Sak C-724/17, Vantaan kaupunki mot Skanska/NCC/Asfaltmix, sak C-435/18 Otis m.fl. mot Land Oberösterreich m.fl. og sak C-557/12 Kone m.fl.

De senere årene har EU-domstolen ved tre anledninger uttalt seg prinsipielt om hvordan et EU-rettslig erstatningsansvar stiller krav til ansvarsregler i nasjonal rett. Sakene gjelder erstatningsansvar for overtredelser av konkurransereglene og spørsmål om henholdsvis ansvarsavgrensning og ansvarsplassering. Prinsippene som utpensles har betydning for norsk rett etter EØS-avtalen. To av avgjørelsene gjelder østerriksk rett og angår det samme kartellet (heiser og rulletrapper, jf. Kommisjonens vedtak av 21. februar 2007 der det samlet ble ilagt bøter på € 992 mill. En ytterligere sak (C-199/11) som springer ut av samme vedtak, der Kommisjonen selv søkte erstatning(!), behandles ikke her). Den tredje avgjørelsen gjelder finsk rett og et kartell vedrørende asfalt som ble bøtelagt av finske konkurransemyndigheter. Vi kommenterer i det følgende hvordan EU-/EØS-retten og de tre avgjørelsene griper inn i nasjonal rett.

Domstolen etablerte allerede i sak C-453/99 *Courage* mot *Crehan* prinsippet om at overtredelse av EUs konkurranseregler måtte medføre erstatningsansvar basert på nasjonal rett. Dette fulgte av det såkalte effektivitetsprinsippet, som krever at EU-rettslige rettigheter skal være gjenstand for beskyttelse gjennom adekvate sanksjoner etter nasjonal rett. Videre ble erstatningsansvar ansett å bidra til reglens effektive gjennomslag. De her omhandlede avgjørelsene illustrerer hvordan dette kravet må gis gjennomslag i den nasjonale rettsordenen.

Spørsmål om erstatningsansvar ved kartellovertredelser er for øvrig særskilt regulert i direktiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om privat håndheving av konkurransereglene, som foreløpig ikke er gjennomført i norsk rett. Det er imidlertid på det rene at også EØS artikkel 53 og 54 innbefatter en rett for skadelidte til å kreve erstatning for tap påført ved atferd som innskrenker konkurransen, på linje med det EU-rettslige ansvaret. (EFTA-domstolens dom i sak E-10/17, *Nye Kystlink* mot *Color Line*, prem. 71.)

Den første saken (*Kone* m.fl., prejudisiell foreleggelse fra østerrikske *Oberster Gerichtshof*, avsagt 5. juni 2014), handlet om såkalt *umbrella pricing*. Dette er den effekten et kartell kan ha i markedet dersom konkurrenter – som ikke selv deltar i kartellet – velger å følge kartellets prissetting. I kjølvannet av Kommisjonens bøtevedtak hadde *ÖBB-Infrastruktur AG*, et datterselskap av *Österreichische Bundesbahnen*, gått til søksmål mot kartelldeltakerne, med krav om erstatning for overpris på ca. € 1,8 mill, som angivelig var betalt til konkurrenter av kartellet og som ikke selv hadde vært del av overtredelsen. Ifølge den foreleggende domstolen måtte kravet avvises etter østerriksk rett, fordi det ikke kunne anses som en adekvat følge av overtredelsen (se gjengivelsen i prem. 14). Årsaksrekken ble ansett brutt fordi en konkurrents beslutninger om priser «are largely determined by a great number of factors completely unrelated to that cartel».

EU-domstolen gjentok de generelle utgangspunktene om at det gjelder et krav om erstatningsansvar etter nasjonal rett, men at det er opp til nasjonal rett å utforme de konkrete regler, herunder om årsakssammenheng. Slike regler må likevel ivareta hensynet til EU-rettens effektive gjennomslag. Ettersom «umbrella pricing» ble ansett som en kjent og forutsigbar effekt av kartellprising, ville en generell utelukkelse av slike krav være i strid med dette kravet. Nærmere uttalte Domstolen at

“the victim of umbrella pricing may obtain compensation for the loss caused by the members of a cartel, even if it did not have contractual links with them, where it is established that the cartel at issue was, in the circumstances of the case and, in particular, the specific aspects of the relevant market, liable to have the effect of umbrella pricing being applied by third parties acting independently, and that those circumstances and specific aspects could not be ignored by the members of that cartel” (prem. 34).

Avgjørelsen innebærer ingen dramatisk inngripen i nasjonal rett, men understreker snarere at nasjonale regler må tolkes i lys av hensynet til EU- og EØS-rettens effektive gjennomslag. I så måte er det ikke overraskende at en tolkning som konsekvent utelukker en bestemt type krav, selv om den bygger på velkjente økonomiske sammenhenger, ikke vil stå seg.

Også den andre saken i kjølvannet av heis- og rulletrappkartellet (*Otis* m.fl., prejudisiell foreleggelse fra *Oberster Gerichtshof*, Østerrike, avsagt 12. desember 2019) gjaldt adekvans. I denne saken fremstod imidlertid saksøker kanskje som enda mer indirekte berørt. Her hadde *Land Oberösterreich* gått til søksmål med krav om erstatning basert på at det var gitt offentlig støtte til byggeprosjekter i form av subsidierte byggelån. Kartellets prisøkninger hadde ifølge saksøker ført til at det var innvilget høyere lån enn ellers, og at det dermed hadde oppstått et tap siden midlene ellers kunne vært investert til markedsbasert avkastning (prem. 9).

Igjen viste EU-domstolen til at en absolutt avskjæring ville være i strid med hensynet til EU-rettsens effektive gjennomslag, og konkluderte med at “any loss which has a causal connection with an infringement of Article 101 TFEU must be capable of giving rise to compensation in order to ensure the effective application of Article 101 TFEU and to guarantee the effectiveness of that provision” (prem. 30). Dette måtte også gjelde personer som hadde ytet subsidierte lån der midlene ellers kunne vært investert til mer gunstige vilkår. Det var opp til den foreleggende rett å ta konkret stilling til om et slikt tap virkelig var pådratt.

Selv om det gis inntrykk av at det er opp til nasjonal rett å utpense skrankene for det erstatningsrettslige vernet i form av et krav om årsakssammenheng, fremgår det av dommene at en avskjæring av krav der man kan forfølge de økonomiske konsekvensene av kartellpriser, neppe vil bli godtatt. At det trekkes vide rammer for vernet, er i tråd med tidligere uttalelser fra Domstolen, bl.a. om at «any individual can rely on a breach of Article [101] (1) of the Treaty before a national court» (sak C-453/99, prem. 24). Så lenge det først foreligger en EU-rettslig «rettighet», vil denne i alle fall ikke automatisk kunne avskjæres gjennom f.eks. nasjonale regler om adekvans.

Dette innebærer for så vidt ikke en overstyring av nasjonal erstatningsrett, men snarere at den EU-rettslige definisjonen av kravet eller rettigheten utelukker at den settes til side i det nasjonale systemet. Denne teknikken er kanskje enda tydeligere i den finske saken, som vi skal se på nå.

Den tredje avgjørelsen (prejudisiell foreleggelse fra finsk høyesterett (Korkein oikeus) avsagt 14. mars 2019), gjelder også privat håndheving av EU-(EØS)-konkurranseretten, med sider til nasjonal erstatnings- og selskapsrett.

Tolkningsspørsmålene gjaldt reguleringen av ansvarssubjekt for erstatningskrav etter overtredelse av forbudet mot konkurranseskadelig koordinering i TEUV artikkel 101. Hovedspørsmålet var om plasseringen av erstatningsansvar reguleres direkte av traktatforbudet, og i så fall om plasseringen av erstatningsansvar da følger tilsvarende normer som for bøteansvar. Dersom ansvaret derimot reguleres direkte av nasjonal rett, var det spørsmål om effektivitetsprinsippet er til hinder for ansvarsfrihet for selskaper som har overtatt virksomheten til likviderte kartelldeltakende aksjeselskaper.

EU-domstolen kom til at plassering av erstatningsansvar reguleres direkte av traktatforbudet etter tilsvarende normer som for EU-konkurranserettens bøteansvarssanksjon. Avgjørelsesslutningen var at: “Article 101 TFEU must be interpreted as meaning that, in a case (...) in which all the shares in the companies which participated in a cartel (...) were acquired by other companies which have dissolved the former companies and continued their commercial activities, the acquiring companies may be held liable for the damage caused by the cartel in question.”

Bakgrunnen for saken var at syv finske selskaper i 2009 ble idømt bøter for å ha operert et asfalt-kartell i perioden 1994 til 2002, i strid med det finske og EU-rettslige forbudet mot konkurranseskadelig koordinering. Tre av aksjeselskapene som var direkte involvert i kartellet hadde blitt kjøpt opp og senere likvidert. Selskapene Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy og Asfaltmix Oy hadde overtatt de overtredende datterselskaperes aktiva og virksomhet. Bøtene ble derfor også ilagt de overtakende selskapene etter etablerte normer om plassering av bøteansvar i konkurransesaker.

Asfaltkunden Vantaan kommune rettet deretter erstatningskrav mot de bøtelagte selskapene. De tre nevnte overtakende selskapene avviste ansvar, og gjorde blant annet gjeldende at eventuelle krav skulle vært fremmet tidligere mot datterselskapene eller i likvidasjonsprosessene. Den finske førsteinstansdomstolen holdt likevel de overtakende selskapene ansvarlige for deres respektive likviderte datterselskapers kartelldeltakelse. Ansvaret ble forankret i hensynet til effektivt gjennomslag og rettighetsbeskyttelse av TEUV artikkel 101 og i tilsvarende ansvarsnormer som for sivilrettslige bøter. Ankeinstansen frifant derimot selskapene da det ikke ble funnet grunnlag for deres ansvar etter verken finsk erstatnings- og selskapsrett eller EU-konkurranseretten. Avgjørelsen ble videre anket inn for Finlands høyesterett, som besluttet å forelegge tolkningsspørsmål til EU-domstolen.

EU-domstolen kom til at EU-retten regulerer hvilke rettssubjekter som kan holdes erstatningsansvarlige for overtredelser av EU-konkurranseretten (prem. 28). EU-domstolen viste til at traktatens forbudsbestemmelser har direkte virkning i nasjonal rett (prem. 24) og at enhver har rett til å kreve erstatning for skade forårsaket av overtredelser av forbudene (prem. 26). Det ble videre vist til at ordlyden i TEUV artikkel 101 utpeker «foretak» som ansvarssubjekt (prem. 29), og til at foretaksbegrepet viser til økonomiske enheter som kan bestå av flere fysiske og juridiske personer (prem. 37).

Når det gjaldt plasseringen av erstatningsansvar ved foretaksstrukturelle endringer, anså EU-domstolen at foretaksbegrepet ikke kan ha ulik betydning og rekkevidde i bøtesaker og erstatningssaker (prem. 47). EU-domstolen understreket også at dersom foretak kunne unndra ansvar ved identitetsendringer, restruktureringer, transaksjoner eller andre organisatoriske omlegginger, ville forbudets gjennomslagskraft svekkes (prem. 46). EU-domstolen viste her til egne avgjørelser om bøteansvar for juridiske personer som har overtatt virksomheten til kartelldeltakende juridiske personer som ikke lenger eksisterer, med grunnlag i kontinuitetsbetraktninger.

Til det fremlagte saksforholdet påpekte EU-domstolen at de overtakende selskapene hadde overtatt aksjene i de kartelldeltakende selskapene og deretter deres respektive forretningsvirksomhet i forbindelse med likvidasjonsprosessene (prem. 48). Implikasjonen var at overtakende og overtatte virksomhet utgjorde

det samme «foretaket». De overtakende juridiske personene kunne derfor også holdes erstatningsansvarlige for kartellskaden direkte forvoldt av de likviderte selskapene (prem. 49 og 50).

Avgjørelsen kan betraktes som et krysningspunkt mellom, eller en videreføring av, to separate rettsutviklingstrender hva gjelder håndhevingen og sanksjoneringen av overtredelser av EU-konkurranseretten. Når det gjelder privat håndheving av EU-konkurranseretten, har EU-domstolen utviklet og fremmet erstatnings-sanksjonen som effektivt rettsmiddel. Det viser seg blant annet ved prinsippene om beskyttelse av EU-rettslige rettigheter og EU-rettens effektive gjennomslag, jf. de to østerrikske sakene ovenfor. Når det gjelder offentlig håndheving, har EU-domstolen utviklet vidtrekkende bøteansvarsnormer der ansvar plasseres og utmåles på grunnlag av foretaksbegrepet, heller enn på grunnlag juridiske enheter slik de avgrenses i andre rettslige sammenhenger. Her er det tale om prinsipper for plassering av ansvar for bøter i konsernforhold og ved økonomisk kontinuitet/suksesjon. I tolkningsspørsmålene om erstatningsansvar for kontrollerende og overtakende selskaper, der direkte overtredende aksjeselskaper har blitt likvidert, møtes rettsutviklingslinjene vedrørende de to ansvarsområdene.

Når det gjelder EU-konkurranserettens sivilrettslige bøtesanksjon, har foretaksbegrepet vært et premiss for utviklingen av normene om ansvars plassering og utmåling. Begrepet er autonomt og funksjonelt og omfatter enhver som driver økonomisk virksomhet avgrenset som økonomisk enheter. Med grunnlag i foretaksbegrepet har EU-kommisjonen, med EU-domstolens godkjennelse, rettet bøteansvar mot kontrollerende rettssubjekter («morselskaper») for konkurranserettsovertredelser begått av kontrollerte rettssubjekter («datterselskaper»). Rettsutviklingen av solidaransvar for kontrollerende og direkte overtredende rettssubjekter og kontinuitetsnormene ved foretaksstrukturelle endringer, springer også ut av foretaksbegrepet. EFTAs overvåkningsorgans (ESAs) bøtekompetanse er basert på tilsvarende regler. For Konkurransetilsynets kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven tilsier blant annet det harmoniserte foretaksbegrepet at tilsvarende ansvars plasserings- og utmålingsnormer gjelder.

I avgjørelsen brukte EU-domstolen foretaksbegrepet til å koble den EU-konkurranserettslige erstatnings-sanksjonen med ansvars plasseringsnormer for bøtesanksjonen. Resultatet ble at plasseringen av erstatningsansvar for overtredelser av TEUV artikkel 101 (og TEUV artikkel 102) reguleres direkte av traktatforbudet etter normer utviklet i tilknytning til EU-konkurranserettens bøteansvar.

For norsk retts vedkommende betyr avgjørelsen at plassering av erstatningsansvar etter overtredelser av EØS-avtalens forbud mot konkurranseskadelig samordning (EØS artikkel 53) og misbruk av markedsdominans (EØS artikkel 54), reguleres direkte av EØS-

forbudene etter tilsvarende normer som for EU-/EØS-konkurranserettens bøteansvar. Det innebærer blant annet at normene om «morselskapsansvar», solidaransvar og «ansvarssuksesjon», som er utledet og avledet av foretaksbegrepet, avgjør hvem som i siste instans blir ansvarssubjekt.

Et spørsmål gjelder avgjørelsens betydning for plasseringen av erstatningsansvar ved overtredelser av konkurranse-lovens tilsvarende forbudsbestemmelser (§§ 10 og 11). Konkurranselovens atferdsforbud innbefatter ikke den EØS-konkurranserettslige erstatnings-sanksjonen. Plasseringen av erstatningsansvar etter overtredelser av konkurranse-loven § 10 og 11 vil derfor følge av alminnelig norsk erstatnings- og selskapsrett. Ved overtredelser som påvirker samhandelen mellom EØS-stater, har norske domstoler plikt til også å anvende EØS-avtalens konkurranseregler, jf. EØS-konkurranseloven § 7. Det er følgelig ved overtredelser av konkurranse-loven §§ 10 og 11 som ikke også har samhandels-påvirkning, at ansvars plasseringen muligens reguleres ulikt overtredelser av EØS-konkurransereglene.

Et erstatningsansvar for direkte overtredende rettssubjekts aksjonærer eller suksessorer kan også ha annet grunnlag enn det EØS-konkurranserettslige. Erstatningsansvars plassering etter overtredelser av konkurranse-loven §§ 10 og 11 reguleres i så måte av alminnelige norske erstatnings- og selskapsrettslige regler. For aksjeselskapers vedkommende er aksjeeiers ansvarsbegrensning lovfestet i aksjeloven § 1-2. Aksjeeier kan likevel bli erstatningsansvarlig på avtale-/garantigrunnlag, culpagrunnlag (aksjeloven § 17-1 (1)) eller medvirkningsgrunnlag (aksjeloven § 17-1 (2)). Høyesterett har også angitt vurderinger og momenter for mulig ansvars-gjennombrudd på ulovfestet grunnlag (Rt. 1996 s. 672 Kongeparken, Rt. 1996 s. 742 Minnor).

Erling Hjelmeng og Eirik Østerud

FAST EIENDOMS RETTSFORHOLD

Högsta domstolens dom av 23. januar 2020 i mål nr. T 853-18 om jakt- og fiskerett i Girjas sameby

Spørsmålet i saken er om det er Girjas sameby eller staten som innehar retten til å råde over småviltjakt og fiske på statens grunn i Girjas sameby i Norrbotten län. I Högsta domstolen fikk Girjas sameby medhold i at samebyen alene innehadde denne retten. Avgjørelsen i Girjas-målet har fått stor oppmerksomhet i Sverige. Den har fått oppmerksomhet også utenfor Sveriges grenser. Dommen har ikke bare samerettslig interesse, men også bredere rettshistorisk og rettskildemessig interesse. Den inneholder en bred drøftelse av urminnes hävd og interessant lovtolkning i et retts-historisk perspektiv.

Spørsmålet i saken er ikke om samebyen har en rett til å jakte og fiske, i dommen kalt «jaktutøvningsrett» og «rätten til fiske», men om det er samebyen eller

staten som har rett til å disponere over disse rettigheter ved å la andre borgere få rett til jakt og sportsfiske på statens grunn innenfor Girjas sameby. Det er denne råderetten, i rennäringslagen (lag 1971:437) omtalt som retten til «upplåtelse», over jakt og fiske som i dommen er kalt «jakträtt» og «fiskerätt», se punktene 24–28.

Etter rennäringslagen 25 § har medlemmer i en sameby rett til å «jaga och fiska på utmark inom de delar av byns betesområde som hör till renbetesfjällen eller lappmarkerna, när renskötsel är tillåten där». Denne retten er en del av reindriftsretten og gir adgang til jakt og fiske både til eget hushold og for salg.

Staten kan i henhold til 32 § la andre få rett til å jakte og fiske hvis det kan skje uten «avsevärd olägenhet för renskötseln». Etter 34 § skal avgift som staten får inn ved utleie av jakt og fiske fordeles mellom Samefonden og den sameby som berøres. Reglene i 31–34 §§, som har røtter tilbake til renbeteslagen av 1886, gjelder på statens grunn ovenfor «odlingsgränsen». Det er ikke plass her til å forklare nærmere hva «odlingsgränsen» er, men det vises til dommens punkt 47.

Nærmere bestemmelser om «upplåtelse» av småviltjakt og fiske finnes i rennäringsförordningen (1993:384), og reglene her innebar en betydelig utvidelse av allmennhetens adgang til jakt og fiske ovenfor «odlingsgränsen». I 2007 skjedde det en ytterligere utvidelse til fordel for EU-borgere. Både fra samisk hold og i den juridiske debatten har det vært reist spørsmål om lovligheten av disse endringene, og retten viser til Bertil Bengtsson, *Samerätt*, (2004) s. 92 flg. og til hans artikkel «Om jakt och fiske i fjällmarken», *SwJT* 2010, s. 78 flg. (punkt 33)

Girjas sameby mente at rennäringslagen måtte forstås slik at retten til å «upplåta» jakt og fiske ligger hos samebyen, og at staten alene utøvte en råderett på vegne av samene.

Hvis Girjas sameby ikke vant frem på dette grunnlag, mente samebyen at en enerett til jakt og fiske var etablert gjennom sedvane eller urminnes hävd (punkt 40).

Videre anførte Girjas sameby at de spesielle «upplåtelsesreglerna» i rennäringslagen 31–34 §§ måtte settes til side. Disse reglene, som hindret samebyen fra selv å disponere over jakt og fiske, stred mot diskrimineringsforbudet i 2 kap. 12 § i regeringsformen og i EMK artikkel 14, og likeledes mot vernet av eiendomsrett i 2 kap. 15 § i regeringsformen og i EMK P 1 artikkel 1 (punkt 8)

Staten bestred samebyens forståelse av rennäringslagen 31–34 §§, og hevdet at bestemmelsene var en rett staten hadde i kraft av å være grunneier.

Som nevnt hadde bestemmelsene i rennäringslagen 31–34 §§ røtter tilbake til renbeteslagen av 1886, og Högsta domstolen drøfter med grunnlag i forarbeidene til 1886-loven hvordan denne lovens bestemmelser om jakt og fiske var å forstå. Retten er delt i synet på bestemmelsene i 1886-loven. Flertallet mente at selv om reindriftssamene fra gammelt av nok hadde en enerett til å jakte og fiske, var lovgiverens oppfatning da 1886-

loven ble gitt at det var staten som grunneier som hadde råderetten over jakt og fiske (punkt 108). Forarbeidene til rennäringslagen av 1971 gir ikke uttrykk for et annet syn på dette spørsmålet (punkt 113).

Mindretallet, to dommere» (den ene er justitierådet Johnny Herre som er vel kjent for Institutt for privatrett), mente renbeteslagen av 1886 ikke kunne forstås slik at den ga staten som grunneier råderetten over jakt og fiske. Mindretallet viser til at på den tid da 1886-loven ble gitt, hadde ikke eiendomsrettsbegrepet fullt ut det samme innhold som i dag; ikke minst gjaldt det forholdet mellom eiendomsretten til grunn og rettighetene til jakt og fiske. At staten var eier til grunnen betydde ikke uten videre at staten hadde alle de rettigheter som tilkom en grunneier. Ifølge mindretallet gjaldt dette spesielt i de områder hvor samene hadde holdt til over lang tid (punkt 103). Etter en bred rettshistorisk gjennomgang konkluderer mindretallet med at reglene om råderett over jakt og fiske i 1886-loven var en rett staten utøvde på vegne av samene og ikke i kraft av å være grunneier. Senere lovreguleringer endret ikke disse forhold. Dette tilsier at det er samenes rett som staten disponerer i henhold til rennäringslagens 31–34 §§.

Etter en slik forståelse av rennäringslagens 31–34 §§ kunne det ifølge mindretallet reises spørsmål om bestemmelsene kunne opprettholdes eller om de stred mot diskrimineringsforbudet i så vel regeringsformen 2 kap. 12 § som EMK artikkel 14 (punkt 163). Mindretallet tok imidlertid ikke standpunkt til dette spørsmålet, fordi staten ikke ønsket å påberope seg rennäringslagen 31–34 §§ hvis den ikke fikk medhold i at staten som grunneier hadde jakt- og fiskerett. For retten var dette en bindende prosesshandling.

På bakgrunn av flertallets syn vant Girjas sameby altså ikke frem med at den i henhold til rennäringslagen alene hadde jakt- og fiskeretten. Spørsmålet er da om en slik enerett for samebyen var etablert gjennom sedvane eller urminnes hävd.

En samlet rett mente at Girjas sameby gjennom urminnes hävd hadde ervervet en enerett til jakt og fiske. Urminnes hävd ble avskaffet ved jordabalken av 1970, men rettigheter som allerede var etablert gjennom urminnes hävd skulle fortsatt bestå, se 6 § lagen, 1970:995. Högsta domstolen foretar en bred redegjørelse for reglene om urminnes hävd etter den gamle jordabalken. Retten har videre interessante uttalelser om beviskravene i den aktuelle saken. Det heter i punkt 162:

«Målet gäller en talan som en sameby för mot staten. Samebyn representerar ett urfolk. Utgången är beroende av äldre förhållanden som till stora delar är svåra att utreda. Utredningssvårigheterna accentueras av att samernas historia länge inte fanns dokumenterad i några samiska skriftliga källor. Det är tydligt att staten genom historien har haft avsevärt större möjligheter att dokumentera äldre förhållanden. En viss bevislättning är därför nödvändig för att en sameby ska ha rimliga möjligheter att tillvarata de rättigheter som kan vara knutna

till av samer traditionellt brukade områden. (Jfr särskilt artikel 27 i FN:s deklaration om urfolks rättigheter, jfr även artikel 14.2 i ILO:s konvention nr 169 som ger uttryck för samma synsätt.)»

Man kan merke seg at retten her viser til artikkel 14 i ILO-konvensjon 169, selv om Sverige ennå ikke har ratifisert denne konvensjonen.

Retten redegjør videre for rettsutviklingen i Lappland fra middelalderen og særskilt om jakten og fisket i området fram til slutten av 1800-tallet. Högsta domstolen konkluderer med at retten til å råde «över jakten og fisket vid tiden för tilkomsten av 1886 års renbeteslag tilhörde enbart de samer som då verkade i området» (punkt 218).

Domslutet vedrørende jakt og fiskeretten lyder:

«— Girjas sameby får utan hinder av 31–34 §§ rennäringslagen upplåta rätt till småviltsjakt och fiske på området utan statens samtycke.

- Staten får inte upplåta rätt till småviltsjakt och fiske på området.»

Den enerett til jakt og fiske som Girjas sameby ble tilkjent ved dommen gjelder bare i forhold til staten. Det heter i domspremissene at det ikke kan utelukkes at også andre gjennom urminnes hævde har en rett til jakt- og fiskerett på området.

Kirsti Strøm Bull

FINANSMARKEDSRETT

Prisavslag for mangelfull forvaltning av verdipapirfond. Høyesteretts dom 27. februar 2020 (HR-2020-475-A)

1. Innledning

Høyesterett avsa 27. februar 2020 dom i norgeshistoriens største gruppesøksmål. Saken gjelder spørsmål om prisavslag for mangelfull forvaltning av verdipapirfond.

Saken har sin bakgrunn i at Finanstilsynet i 2015, som del av det løpende tilsynet med forvaltningsselskaper, undersøkte om norske aksjefond som ble tilbudt og priset som aktivt forvaltet, faktisk ble forvaltet i tråd med forutsetningene. I et aktivt forvaltet fond er formålet å oppnå høyere avkastning enn en referanseindeks, for eksempel Oslo Børs Hovedindeks (OSEBX). Dette til forskjell fra et passivt forvaltet fond, hvor investeringsstrategien er å etterligne sammensetningen til en referanseindeks. Aktiv forvaltning krever at forvaltningsselskapet foretar analyser og vurderinger av hvordan fondets midler kan investeres for å oppnå en høyere avkastning enn referanseindeksen. Slik forvaltning krever større arbeidsinnsats fra forvaltningsselskapet enn ved en passiv forvaltningsstrategi. Derfor er forvaltningshonoraret gjennomgående høyere i fond som forvaltes aktivt. Finanstilsynet vurderte graden av aktiv forvaltning i flere fond, herunder fondet DNB Norge, og konkluderte med at

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

Finanstilsynet utstedte på denne bakgrunn et pålegg om retting. DNB fastholdt at fondet var forvaltet i tråd med investeringsstrategien, men valgte likevel å rette seg etter pålegget.

Forbrukerrådet fulgte opp vedtaket ved å ta ut stevning på vegne av om lag 180.000 andelseiere, med krav om prisavslag i forvaltningshonoraret. Det avtalte forvaltningshonoraret tilsvarte 1,8 prosent av forvaltningskapitalen. DNB tilbød også et passivt forvaltet fond knyttet til samme referanseindeks med forvaltningshonorar pålydende 0,3 prosent. Forbrukerrådet krevde opprinnelig et prisavslag for denne differansen, altså et avslag på 1,5 prosent. Totalt utgjorde kravet ca. 690 millioner kroner inkludert avsnansrenter. Forbrukerrådet tapte i Oslo tingrett. I Borgarting lagmannsrett ble andelseierne tilkjent et prisavslag på 0,8 prosent, som tilsvarer et samlet krav på ca. 350 millioner kroner. Høyesterett kom enstemmig til at DNBs forvaltning hadde vært i strid med avtalen med andelseierne, og at det dermed forelå en kontraktsrettslig mangel som gir rett til prisavslag i forvaltningshonoraret. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens utmåling.

2. Mangelsvurderingen

Det sentrale spørsmålet i saken er om forvaltningen av DNB Norge i søksmålsperioden var mangelfull fordi fondene ble forvaltet med en lavere grad av aktivitet og relativ risiko enn det DNB hadde forpliktet seg til. Dette reiser spørsmål om hvilken forvaltning DNB hadde forpliktet seg til å levere, og hvilken forvaltning som faktisk ble levert.

Utgangspunktet for vurderingen av hvilke forpliktelser DNB hadde påtatt seg, er partenes avtale. Høyesterett slår innledningsvis fast at selv om det ikke inngås individuelle avtaler om forvaltningen, vil vedtektene og prospektet utgjøre «rammene for fondets forvaltning, og begge dokumentene må anses som en integrert del av avtalen mellom partene» (avsnitt 77). Det påpekes videre at avtalen må tolkes objektivt, og at det sentrale blir «hvordan de investorer fondet er rettet mot, vil forstå de ord og uttrykk som er brukt. For fond som skal være et egnet alternativ for småsparere og ikke-profesjonelle investorer ... kan det ikke forutsettes inngående kjennskap til mer avanserte finansfaglige ord og uttrykk» (avsnitt 78).

Høyesterett går deretter konkret inn på hvilke forventninger investorene kunne ha med utgangspunkt i

investorinformasjonen som ble gitt, prisen på tjenesten og DNBs egen oppfatning av rammene for forvaltningen. De forpliktelser DNB hadde påtatt seg gjennom avtalen med andelseierne, oppsummeres på følgende måte (avsnitt 128):

Fondets vedtekter og øvrig investorinformasjon innebar at DNB var forpliktet til å levere en aktiv fondsforvaltning hvor det ble tatt en relativ risiko som over tid verken lå i det øvre sjikt eller helt i det nedre sjikt målt mot referanseindeksen. Dette innebar at fondets sammensetning over tid måtte avvike i ikke ubetydelig grad fra referanseindeksens sammensetning for å gi andelseierne den finansielle risikoen – og dermed den muligheten for meravkastning – som de var forespeilet. Også størrelsen på forvaltningshonoraret underbygde at andelseierne hadde en berettiget forventning om en slik aktiv forvaltning. Slik investorinformasjonen var utformet, hadde andelseierne heller ingen grunn til å tro at forvaltningen i betydelig grad ville skille seg fra andre sammenlignbare aktive fond når det gjaldt graden av aktiv forvaltning.

Høyesterett går deretter over til å drøfte hvilken forvaltning DNB faktisk leverte i søksmålsperioden. Bruk av finasteoretiske måltall for graden av aktivitet i forvaltningen, som «aktiv andel», «tracking error» og «aktiv kostnad» har stått sentralt i saken. Høyesterett slår fast i avsnitt 136 at det ikke er

grunn til å avgrense vurderingen av om fondsforvaltningen har vært i samsvar med avtalen til konkrete måltall eller mer kvantitative kriterier. Her som ellers bør vurderingen av om en innsatsforpliktelse er oppfylt i samsvar med det avtalte, ta utgangspunkt i en bred helhetsvurdering der en rekke momenter og omstendigheter kan tas i betraktning.

Fondsforvaltning omtales gjerne som en innsatsforpliktelse, slik Høyesterett gjør her. Det er da også en innsatsforpliktelse i den forstand at forvalteren ikke har en plikt til å frembringe et bestemt resultat i form av avkastning av en viss størrelse. Utover dette gir skillet mellom innsatsforpliktelse og resultatforpliktelse liten veiledning for tanken. Mange kontrakter inneholder elementer som har preg av både innsatsforpliktelse og resultatforpliktelse, og slik er det også for fondsforvaltning. Den forpliktelsen Høyesterett har formulert noen avsnitt ovenfor, om at DNB hadde plikt til å forvalte fondet slik at «fondets sammensetning over tid måtte avvike i ikke ubetydelig grad fra referanseindeksens sammensetning», har etter mitt syn karakter av å være en resultatforpliktelse. Et slikt avvik kan neppe måles på noen annen måte enn ved hjelp av kvantitative måltall. Det er likevel klart at slike måltall alene ikke er avgjørende for hvorvidt forpliktelsene til en fondsforvalter er oppfylt. Høy relativ risiko vil aldri være et mål i seg selv. I så måte er beskrivelsen av DNBs forpliktelser i avsnitt 128 ufullstendig. Det er ikke tilstrekkelig å oppnå et visst

avvik fra referanseindeksen. De avvikende posisjonene må også være i samsvar med investeringsstrategien, og bygge på faglig forsvarlige vurderinger.

En fondsforvalter som trekker lodd om hvilke avvikende posisjoner fondet skal ta, kan oppfylle det *kvantitative* elementet av forpliktelsen til å drive aktiv forvaltning, men ikke det *kvalitative* elementet. I vår sak er det imidlertid det motsatte som er tilfelle: det kvalitative elementet var oppfylt, men ikke det kvantitative. Dette fremgår idet Høyesterett peker på at det ikke er «omtvistet at DNB nedla en betydelig ressursinnsats i forvaltningen av DNB-fondene, og Forbrukerrådet har ikke angrepet kvaliteten i selve analysearbeidet. Så lenge ressursinnsatsen likevel ikke resulterte i at fondene ble forvaltet med en høyere aktiv andel og relativ risiko, slik DNB hadde plikt til etter avtalen, får også dette underordnet betydning» (avsnitt 145). Konklusjonen ble dermed at den forvaltningen DNB hadde levert ikke var i samsvar med de forpliktelsene som fulgte av avtalen (avsnitt 146).

3. *Vilkårene for prisavslag og utmåling av prisavslaget*
Høyesterett slår fast at utgangspunktet «ved mangelfull ytelse er at avtaleparten kan kreve prisavslag så fremt mangelen representerer et verdiminus» (avsnitt 149). I fortsettelsen pekes det imidlertid på at kravet om at mangelen representerer et verdiminus «er heller ikke absolutt, og i enkelte avgjørelser er det åpnet for at også en mer subjektiv verdireduksjon kan komme i betraktning».

DNB anførte at vilkåret om verdiminus ikke var oppfylt, og at det derfor ikke kunne kreves prisavslag. Anførselen bygget på at det ikke kunne påvises en sammenheng mellom pris og graden av relativ risiko i aktivt forvaltede fond. Markedsprisen for passiv forvaltning var vesentlig lavere, men innad i segmentet for aktivt forvaltede fond kunne prisforskjeller basert på innholdet i forvaltningstjenesten ikke påvises. Høyesterett uttaler at «dette ikke [kan] være avgjørende for retten til prisavslag, så lenge det sannsynliggjøres at ytelsen objektivt sett hadde en lavere verdi for andelseierne enn kontraktsmessig ytelse. Vurderingen av hvilket verdiminus mangelen representerer, må i slike tilfeller gjøres skjønnsmessig» (avsnitt 151). I denne skjønnsmessige vurderingen tar Høyesterett utgangspunkt i at forvaltningen som ble levert hadde en langt lavere grad av aktiv forvaltning enn det andelseierne var forespeilet, og at forholdet mellom prisen og den aktive andelen utgjorde et hinder for meravkastning (avsnitt 152).

Det er lett å slutte seg til både begrunnelse og resultat også her, og spørsmålet fremstår ikke spesielt tvilsomt. For tjenester utført av profesjonsutøvere vil det ofte være vanskelig å kunne påvise en markedsverdi for mangelfull ytelse. Og selv om høy pris tilsier en rettslig forventning om høy kvalitet, er det ikke sikkert denne sammenhengen er reflektert i de faktiske markedsprisene. Det er fordi slike ytelser er det vi kan kalle tillitsytelser, det vil si at realdebitor opptrer som

en ekspert og at det er vanskelig eller umulig for realkreditor å vurdere ytelsens kvalitet før og etter avtaleinngåelse. Som navnet tilsier, bygger disse avtaleforholdene på en grunnleggende premiss om tillit. Økonomer er opptatt av at prismekanismene på markeder for tillitsytelser ikke fungerer når realkreditorene på markedet ikke kan vurdere og sammenlikne pris og kvalitet på ytelsen verken før eller etter avtaleinngåelse. Sagt med andre ord vil det på slike markeder ofte være slik at kundene kan være villige til å betale høy pris for tjenester med lav kvalitet, ganske enkelt fordi de ikke er i stand til å vurdere kvaliteten. Denne saken er for så vidt et illustrerende eksempel på nettopp dette. Det er grunn til å tro at flere av investorene ville valgt passiv forvaltning til en femtedel av prisen om de forstod at den tjenesten de kjøpte i praksis var nesten identisk med slik passiv forvaltning. Eller som Høyesterett sier det i premiss 152: «En opplyst investor som ønsket bare en lav grad av aktiv forvaltning, kunne ha delt sin investering mellom et indeksfond og et mer aktivt forvaltet fond, og med det fått redusert samlet forvaltningshonorar. Dette indikerer etter mitt syn at en for lav grad av aktiv forvaltning utgjør et verdiminus for andelseieren.» På markeder for tillitsytelser, hvor prismekanismene ofte svikter, er markedsprisene dermed uegnet til å avgjøre om realkreditor skal få et prisavslag, og hvor stort dette skal være.

Som en mer overordnet betraktning synes vilkåret om «verdiminus» for prisavslag etter mitt syn å virke mer forvirrende enn oppklarende. Det er lite hensiktsmessig å tenke på dette som et generelt «vilkår» for prisavslag. Problemet med en slik innfallsvinkel er at tankene raskt trekkes i retning av en erstatningsrettslig tilnærming der det er skadelidtes påviselige økonomiske tap som skal dekkes. Formålet med prisavslag er ikke å dekke realkreditors økonomiske tap, men å gjenopprette balansen mellom partenes ytelser, slik Høyesterett også påpeker i avsnitt 149. Hvis den ene parten har levert mangelfullt, vil det forrykke balansen i avtaleforholdet om den andre må betale full pris. På hvilken måte denne balansen skal gjenopprettes, eller med andre ord hvordan prisavslaget skal beregnes, vil variere i ulike kontraktstyper.

En diskusjon om når ulike beregningsmåter skal brukes, er etter mitt syn en mer fruktbar innfallsvinkel enn drøftelser av hva som ligger i «verdiminus» i ulike sammenhenger. I så måte bidrar denne dommen til å si noe om hvordan prisavslag skal beregnes for fondsforvaltning og andre liknende tjenester. Når det ikke finnes markedspriser for mangelfull ytelse, og det heller ikke er mulig å falle tilbake på reparasjonskostnader eller andre objektive størrelser, må fastleggelsen nødvendigvis bli mer skjønnsmessig. Det er verdt å merke seg at dette likevel er noe annet enn prisavslag beregnet ut fra *individuell eller subjektiv verdi* for realkreditor, slik tilfellet var i HR-2018-392-A om prisavslag etter bustadoppføringslova. I noen forbrukerkontrakter kan forbrukeren kreve prisavslag selv om den

mangelfulle ytelsen beviselig ikke har nedsatt markedsverdi. Skoleeksempelen er en vare som er levert i en annen farge enn den som var avtalt. I vår sak er det ikke snakk om å beregne prisavslag ut fra individuell verdi for realkreditor, men å vurdere den økonomiske verdien av tjenesten, gitt at investorene i markedet hadde klart å vurdere og sammenlikne innholdet av fondsforvaltningstjenester på en rasjonell måte.

Som nevnt ble prisavslaget utmålt ved å redusere det årlige betalte forvaltningsgebyret med 0,8 prosent av forvaltningskapitalen. Høyesterett uttaler i avsnitt 157 at prisavslaget

ivaretar på den ene siden hensynet til at DNB har nedlagt en betydelig ressursinnsats i perioden og i noen grad har omsatt foretatte analyser i avvikende posisjoner. På den andre siden gjenspeiler prisavslaget i tilstrekkelig grad at andelseierne i søksmålsperioden ikke har fått den ytelsen som de etter avtalen hadde krav på.

4. Noen refleksjoner de lege ferenda

Som det har fremgått ovenfor, er det lett å slutte seg til både resultat og begrunnelse i denne dommen. Høyesterett foretar en klassisk kontraktsrettslig vurdering av spørsmålet om mangelfull ytelse og prisavslag. Saken illustrerer imidlertid noen sentrale svakheter i forbrukeres muligheter for å nå frem med sine rettmessige krav. Disse svakhetene relaterer seg dels til den materielle jusen og dels til det prosessuelle systemet. I begge tilfeller handler det grunnleggende sett om forholdet mellom offentligrettslige regler og tilsyn og privatrettslige krav.

Bakgrunnen for saken var som nevnt at Finanstilsynet fattet et vedtak om at DNB hadde brutt verdipapirfondlovens krav til god forretningsskikk i sin forvaltning av det aktuelle fondet. Uten tilsyn hadde forbrukerne neppe oppdaget manglene i første omgang. Kravet til god forretningsskikk og Finanstilsynets vedtak spiller imidlertid en underordnet rolle i Høyesteretts argumentasjon. I avsnitt 122 uttaler førstvoterende at det «ikke [er] nødvendig for meg å gå nærmere inn på hva som eventuelt kan utledes som et minstekrav til aktiv forvaltning i kraft av kravet til god forretningsskikk».

Fra et kontraktsrettslig ståsted var det klart nok ikke nødvendig for resultatet å trekke inn verdipapirfondlovens krav til god forretningsskikk og Finanstilsynets vedtak. Høyesterett kommer trygt i mål ved å foreta en konkret vurdering av investorenes berettigede forventninger til ytelsen kun i lys av den informasjonen som er gitt og avtalt pris. Dommen hadde imidlertid blitt langt mer prinsipiell, og fått en mye større betydning for forbrukere, dersom Høyesterett likevel hadde valgt å legge selvstendig vekt på Finanstilsynets vedtak.

Finanstilsynets konklusjon om at DNB hadde «tatt seg betalt for noe det ikke har levert», utgjorde selve grunnlaget for søksmålet. Når Høyesterett valgte å ikke legge vekt på vedtaket, betyr dette at forbrukere også i fremtidige saker potensielt må helt opp til Høy-

esterett for å få kompensasjon for mangler ved finansielle tjenester som er påpekt og slått fast av tilsynsmyndighetene. Og de kan ikke være sikre på at tilsynsmyndighetens vurdering verken står seg eller tillegges betydning.

Den prosessrisikoen som ligger i de skjønsmessige vurderingene tradisjonell kontraktsrett bygger på, taler åpenbart til forbrukeres ulempe. For den enkelte investor utgjør kravet mot DNB i snitt 1900 kroner. Det har kostet Forbrukerrådet 18 millioner å føre saken. Det sier seg selv at en enkelt investor som ønsket å gjøre krav gjeldende på grunnlag av Finanstilsynets vedtak, ikke ville hatt mulighet til å bære saken alene. Systemet er ikke bare ressurskrevende, men også svært tidkrevende. Søksmålet gjaldt forvaltning av DNB Norge i perioden 2010 til 2014. I løpet av årene som har gått før endelig punktum ble satt i Høyesterett, har 22.000 av kundene dødd ifølge E24. Disse får ingen glede av seieren i Høyesterett, og de om lag 48 millionene de er tilkjent.

Til sammenligning har Storbritannia et system som innebærer at Finanstilsynet der kan pålegge finansinstitusjonene å tilbakebetale beløp direkte til kundene. Dette systemet førte i 2018 til at 34 millioner pund, eller cirka 410 millioner kroner, ble tilbakebetalt til fond og investorer som ikke var forvaltet i tråd med investeringsstrategien. Et slikt vedtak kan naturligvis også forfølges rettslig. Da vil imidlertid tvisten stå mellom to parter som er mer likeverdige: Finanstilsynet på den ene siden og den aktuelle finansinstitusjonen på den annen. Vårt system innebærer at den enkelte investor må ta denne kampen, med mindre saken reises som gruppesøksmål.

Det kan også spørres om vårt system oppfyller kravene som følger av EØS-rettslige forpliktelser om å ha effektive og avskrekkende sanksjoner. I denne saken kom Finanstilsynet til at det forelå brudd på verdipapirfondlovens regler om god forretningsskikk, som er en gjennomføring av UCITS-direktivets krav til fondsforvaltere om ivaretagelse av kundens interesser. Finanstilsynet nøyte seg imidlertid med et pålegg om retting. Og enden på visa etter år i det norske rettssystemet er et prisavslag som i følge Forbrukerrådet innebærer at «DNB Norge fortsatt [vil] ha høyest aktiv kostnad sammenliknet med alle andre aktive fond» (avsnitt 58). Etter tilbakebetalingen av prisavslag til investorene og saksomkostninger til Forbrukerrådet sitter DNB igjen med ca. 288 millioner kroner for forvaltning utført av et team på fem ansatte over en femårsperiode. Det må sies å være god betaling for en mangelfull ytelse, og det spørs om dette virker spesielt avskrekkende ved neste korsvei.

Marte Eidsand Kjørven

Litteratur

Trygve Bergsåker: *Pengekravsrett*, 4. utgave. Gyldendal, 2019. 383 sider

Trygve Bergsåkers *Pengekravsrett* har utvilsomt blitt en klassiker siden den første utgaven kom i 1994. An-

nen utgave kom i 2011, tredje utgave i 2015 og nå har altså boka kommet i fjerde utgave. Boka tar for seg sentrale emner innenfor pengekravsretten, herunder spørsmål om renter, overdragelse av fordringer og debitorskifte, samskyld og regress, motregning, tilbake-søking, oppgjør av pengefordringer og foreldelse. De tematiske rammene og inndelingen i kapitler er som i tredje utgave, og omfanget av boka er omtrent det samme. Endringene fra tredje utgave består i en oppdatering med nytt rettsmateriale, lovgivning, domspraksis og annet materiale. Det er lagt vekt på å fange opp rettsendringer som følge av utbredelsen av elektronisk betaling, kommunikasjon og dokumentasjon.

Marte Eidsand Kjørven

FORSIKRINGSRETT

Foreldelse av forsikringskrav i internasjonal sjøforsikring. Direkte krav mot ansvars-assurandøren etter sikredes insolvens. Høyesteretts dom 4. februar 2020 (HR-2020-257-A)

1. Lasteskipet Mineral Libin, eid av det belgiske selskapet Bocimar, kolliderte med et annet skip og en bøye da det skulle manøvreres på plass i havnen i Fangcheng, Kina 18. mai 2007. Skipet pådro seg egne skader, tidstop og ansvar overfor det andre skipet og eieren av bøyen. Skipet var befraktet under flere certepartier i en kjede, de seks første tidscertepartier, deretter tre reisecertepartier.

Bocimar hevdet at skadene var oppstått fordi skipet var beordret til å gå til Fangcheng i strid med tidscertepartiens klausul om «safe port». Befrakterne nedover i kjeden gjorde på sin side gjeldende at skadene skyldtes feil begått av kaptein og los. Det ble innledet voldgift i London i juni 2010 i tråd med certepartiens klausul om voldgift i London og engelsk rett.

Selskapene Swiss Marine og Transfield var fjerde og femte ledd i kjeden av tidscertepartier, og deltakere i voldgiften. Transfield hadde en kombinert ansvarsforsikring i Skuld, mens Swiss Marine hadde forsikret sitt befrakteransvar i Gard. Transfield ble 30. september 2010 tatt under likvidasjonsbehandling. Skuld fortsatte etter avtale med likvidasjonsboet å styre voldgiften på vegne av Transfield.

Swiss Marine meldte krav i Transfields bo basert på det mulige ansvaret for hendelsen i Fangcheng. Transfields insolvens medførte at Swiss Marine fikk et direktekrav mot Skuld i henhold til fal. § 7-8 annet ledd. Gard meldte dette direktekravet til Skuld på vegne av Swiss Marine 5. november 2010. Skuld bekreftet mottagelse 2. februar 2011.

Voldgiftsbehandlingen trakk ut. Selv om det formelt dreide seg om fem voldgiftsaker, ble voldgiftsforhandlingene i praksis bare gjennomført mellom Bocimar og Transfield som siste befrakter i kjeden. Skuld førte dermed i realiteten voldgiften på vegne av befrakterne.

Fem voldgiftsdommer med felles begrunnelse ble avsagt 14. juli 2016. Voldgiftsretten fant at det forelå brudd på vilkåret om «safe port» og dermed grunnlag for erstatningsansvar for befrakterne. Voldgiftsretten tok foreløpig ikke stilling til erstatningsutmålingen. Forhandlinger mellom de involverte førte til at det ble inngått en forliksavtale 10. januar 2018. Transfield og Skuld hadde trukket seg ut av forhandlingene og var ikke parter i forliksavtalen.

2. Den 13. september 2016 sendte Swiss Marine søksmålsvarsel til Skuld vedrørende direktekravet. Skuld avviste kravet, og 22. september 2016 tok Swiss Marine ut forliksklage og senere stevning. Skuld gjorde gjeldende at kravet var foreldet, og at Swiss Marines krav uansett ikke var omfattet av Transfields P&I-forsikring. Tingretten besluttet å avgjøre foreldesspørsmålet særskilt, og avsa 5. september 2017 dom om at Swiss Marines direktekrav ikke var foreldet. Skuld anket avgjørelsen til lagmannsretten.

Gard hadde allerede 30. november 2010 stilt garanti for Swiss Marines mulige ansvar overfor selskapet Exelon i leddet over i certepartikjeden. Gard innfridde Swiss Marines ansvar overfor Exelon etter forliksavtalen 1. februar 2018 og varslet Skuld om betalingen 23. februar 2018. Gard trådte deretter inn i saken for lagmannsretten, og gjorde gjeldende at Gard hadde et regresskrav mot Skuld, basert på inntreden i Swiss Marines krav. Dette regresskravet var ikke foreldet, selv om Swiss Marines direktekrav skulle være det.

Lagmannsretten fant at Swiss Marines direktekrav mot Skuld var foreldet, mens Gards regresskrav mot Skuld ikke var det.

Høyesterett fant enstemmig at ingen av kravene var foreldet.

3. Høyesterett tok ved drøftelsen av Swiss Marines krav utgangspunkt i fal. § 7-8 annet ledd, som fastslår at om sikrede er insolvent «gjelder bestemmelsene i §§ 7-6 og 7-7, jf § 8-3 annet og tredje ledd». Paragraf 7-8 er en absolutt preseptorisk bestemmelse, som aldri kan fraskrives, jf. § 1-3 annet ledd: «Med unntak for ansvarsforsikring etter § 7-8 ...».

Det første spørsmålet var om foreldelsen ble regulert av den særskilte foreldelsesregelen i fal. § 8-6. Såfremt denne bestemmelsen kunne anses som en absolutt preseptorisk bestemmelse ved direktekrav etter § 7-8, slik Swiss Marine mente ut fra systembetraktninger, lovhistorikk og reelle hensyn, var kravet ikke foreldet. Høyesterett fant det nærliggende å forstå § 7-8 slik at lovgiver hadde tatt et klart valg, der unntaket i § 1-3 annet ledd bare gjaldt for de bestemmelsene som § 7-8 annet ledd uttrykkelig nevner. Siden § 8-6 ikke var blant disse bestemmelsene, måtte det bety at § 8-6 ikke var en absolutt preseptorisk bestemmelse.

Neste spørsmål var dermed om § 8-6 som en deklaratorkisk bestemmelse var fraveket i Skulds forsikringsvilkår. Høyesterett mente det fulgte med tilstrekkelig klarhet av disse vilkårene at § 8-6 ikke kom til anvendelse på direktekravet fra Swiss Marine. Rule 2.1

fastslo at forsikringsavtalen ikke medførte rettigheter for noen andre enn medlemmet (sikrede). Noe direktekrav etter § 7-6 kunne følgelig ikke gjøres gjeldende, og § 8-6 var dermed for så vidt gjenstandsløs i denne sammenheng. Ved insolvens oppsto det riktignok et direktekrav etter § 7-8, men siden § 8-6 ikke var absolutt preseptorisk, kunne bestemmelsen – i lys av Rule 47.3, som fastslo at forsikringsavtaleloven 1989 ikke fikk anvendelse på forsikringsavtalen – ikke gis anvendelse med grunnlag i Skulds regler bare fordi avtalen ikke mer uttrykkelig sa det motsatte.

Spørsmålet var dermed om kravet var foreldet etter foreldelseslovens regler. Her var partene uenige om det var de generelle reglene i §§ 3 og 10 nr. 1 eller særregelen i § 9 om skadeserstatningskrav som skulle anvendes. Høyesterett fant det ikke nødvendig å ta stilling til dette, ut fra sitt syn på når Swiss Marine fikk nødvendig kunnskap. Ved drøftelsen av dette spørsmål tok Høyesterett utgangspunkt i Rt-2007-1665 avsnitt 54, der kunnskapskravet var formulert som et spørsmål om når fordringshaverne «hadde så vidt sikre opplysninger at de da hadde grunn til å reise erstatningssøksmål ... med utsikt til et positivt resultat». Høyesterett henviste også til HR-2019-2034-A avsnitt 64, der det påpekes at det på grunn av rettskraftsvirkningene av en dom ville være uheldig om foreldelsesreglene skulle tvinge en fordringshaver til å gå til søksmål før han har muligheten til å vinne frem.

Når det gjaldt tvisten mellom Bocimar og befrakterne om de oppståtte tapene skyldtes brudd på tids-certepartienes klausul om «safe port» eller feil fra kaptein og los, hadde Skuld både i voldgiftssaken og i e-post-korrespondanse med Gard gjort gjeldende at kollisjonen ikke skyldtes brudd på «safe port»-garantien. Hverken Swiss Marine eller Gard hadde annen kunnskap om kollisjonen enn Skuld. Voldgiftsretten kom, etter en konkret bevisvurdering, til at losens opptreden var «sub-optimal» og ikke «sub-standard», og at havnen ikke var «safe», siden den ikke hadde tilstrekkelige systemer for å gi rom for at slike losfeil kunne begås med så store skip uten at det fikk følger.

Bevissspørsmålet – hva som faktisk skjedde da skipet skulle manøvreres på plass – sto dermed sentralt i voldgiftssaken. Høyesterett pekte på at «[d]et må ha vært nærliggende å anta at selv små nyanser i det samlede bevismaterialet kunne få avgjørende betydning for bedømmelsen av de involvertes opptreden» (avsnitt 78). Kapteinens forklaring, som en del av det samlede bevisbildet, måtte ikke minst ha vært av sentral betydning for ansvarsspørsmålet og for om et søksmål mot Skuld om direktekravet hadde utsikt til et positivt resultat. Kapteinens vitneforklaring forelå imidlertid først 18. november 2015.

Det var ikke anført fra Skuld, og heller ikke noe i saksforholdet ellers tydet på, at faktum i saken burde ha vært avklart tidligere fra Swiss Marine eller Gards side. Høyesterett fant derfor at kunnskapskravet ikke kunne anses oppfylt før 18. november 2015. Forliks-

klagen 22. september 2016 innebar at foreldelsen var avbrutt i tide, uavhengig av om man la § 9 eller § 10 til grunn.

4. Når det gjaldt Gards regresskrav mot Skuld, hadde partenes argumentasjon for Høyesterett i realiteten hatt som forutsetning at Swiss Marines krav var foreldet etter foreldelsesloven. Det sentrale spørsmålet da var om foreldelsesloven § 8 om regressfordringer kom til anvendelse, og om regresskravet likevel ikke var foreldet etter denne bestemmelsen. Når Høyesterett kom til at Swiss Marines direktekrav ikke var foreldet, var det imidlertid uten videre klart at Gards regresskrav heller ikke var det.

5. Høyesteretts dom kaller på enkelte kommentarer.

Når det gjelder spørsmålet om fal. § 8-6 annet ledd er å anse som en absolutt preseptorisk bestemmelse, vil et positivt svar nok gi best sammenheng i regelverket omkring skadelidtes direktekrav. Lovgiveren har fastsatt at i såkalt stor næringsforsikring skal skadelidte ved den sikrede skadevolders insolvens ha et preseptorisk beskyttet direktekrav, på linje med skadelidte i annen ansvarsforsikring. Da virker det uheldig at disse skadelidte – når det gjelder ett element, nemlig foreldelse – ikke får glede av spesialreguleringen i forsikringsavtaleloven og henvises til foreldelseslovens regler. Høyesterett kunne nok ha kommet rundt en mindre heldig utformet lovtekst uten å opptre illojalt overfor lovgiveren, men valgte altså den «trygge» vei.

Når det gjaldt foreldelsesloven, valgte også Høyesterett den «trygge» vei ved ikke å ta stilling til hvilket regelsett som det var mest nærliggende å anvende i den foreliggende situasjonen. Egentlig er vel ikke det så overraskende; her hadde valget etter Høyesteretts oppfatning ingen betydning. Men rettsavklaring er jo også en av Høyesteretts oppgaver.

Når det endelig gjaldt oppfyllelse av «kunnskapskravet» og dermed når foreldelsesfristen startet å løpe, fulgte Høyesterett opp tidligere gitte retningslinjer. Det er imidlertid interessant å se hvor konkret og detaljert Høyesterett gikk til verks, og kanskje litt overraskende å se hvordan ett element i bevisbildet, nemlig kapteinens forklaring, i realiteten tillegges avgjørende betydning. Foreldelsesfristens begynnelse er direkte knyttet til tidspunktet for denne forklaringen, uten at premissene gir noen egentlig forståelse for hva det er i denne forklaringen som er nytt og avgjørende for bevisbildet.

Hans Jacob Bull

GJELDSFORFØLGNING

Stortinget har vedtatt en ny midlertidig lov om rekonstruksjon som skal erstatte dagens regler om gjeldsforhandlinger i konkursloven

Loven er ment å gjelde til 1. januar 2022. Loven er ferdigbehandlet av Stortinget, men det er foreløpig uklart når loven trer i kraft. I tillegg til endringer gir

lovvedtaket hjemmel for å vedta forskrift om enklere regler for mindre bedrifter, og til å gjøre unntak fra reglene om at skattekrav er fortrinnsberettigede krav ved konkurs. I det følgende redegjøres det for forhistorien til lovvedtaket og de etter mitt skjønn viktigste endringene gjennomgås og kommenteres.

1. Lovens forhistorie og formål

Lovvedtaket bygger i det vesentligste på en utredning fra 2016 utført av dommer Leif Villars-Dahl, heretter kalt utreder. Formålet bak utredningen var å få en vurdering av om gjeldsforhandlingsreglene kunne gjøres mer fleksible, og om endringer kunne bidra til at virksomheter unngikk konkurs. Utredningen ble sendt på høring i 2016, men som følge av at EU vedtok insolvensrelevante direktiver, ble utkastet og høringsuttalelser liggende i departementets skuff.

Når det i dag børstes støv av forslaget, er det for å imøtegå de økonomiske konsekvensene som følge av Covid-19-utbruddet. Noen ny høringsrunde var det ikke tid til, men Konkursrådet fikk komme med innspill til de foreslåtte endringene som er beskrevet i proposisjon 75 L (2019-2020) og i innstilling 244 L (2019-2020).

I proposisjonen defineres hovedformålet med den nye loven slik:

«Hovedformålet med lovforslaget er å redusere risikoen for unødige konkurser i levedyktige virksomheter som er rammet av en akutt svikt i inntektene som følge av utbruddet.»

Det kan synes rart at lovens formål formuleres over fire år etter at utredningen loven bygger på, ble skrevet. De endringene som ble foreslått i utredningen fra 2016, var ment å representere varige endringer, og selv om det var en pågående oljekrise da utredningen ble skrevet, var ikke endringene som ble foreslått utformet med tanke på en slik krise som norsk næringsliv står overfor i dag og tiden som kommer. Da kunne man tro at forslagene til utreder tilpasses eller «spisses» i lovvedtaket, for å oppfylle formålet med loven. Som vi skal se, er ikke dette alltid tilfelle, og på noen områder går lovforslaget inn for regler som i mindre grad ivaretar selskapets og samfunnets interesser enn det som ble antydnet i 2016. Selv om lovvedtaket kunne vært bedre tilpasset formålet, representerer loven en etterlenget endring, og den vil avløse de mindre praktiske reglene om gjeldsforhandlinger som gjelder i dag.

2. Endringer

2.1 Fra gjeldsforhandlinger til rekonstruksjonsforhandlinger

Både en frivillig gjeldsordning eller tvangsakkord etter reglene i konkursloven, innebærer som oftest at gjelden reduseres. For å understreke at den nye loven ikke bare gjelder lettelse i gjeldsansvaret, men også åpner for å gjennomføre en omfattende og nødvendig rekonstruksjon, brukes uttrykket *rekonstruksjonsforhandlinger* istedenfor *gjeldsforhandlinger*.

Videre endrer *gjeldsnemnden* navn til *rekonstruksjonsutvalg*. Dette utvalget består av en rekonstruktør, oftest en advokat med erfaring som bostyrer, og et kreditorutvalg. Rekonstruksjonsutvalget skal oppnevnes av retten i kjennelsen som åpner rekonstruksjonsforhandlingene eller like etter.

2.2 Lavere terskel for åpning av rekonstruksjonsforhandlingene

En viktig forutsetning for en vellykket rekonstruksjon er gjerne at denne kommer i gang tidlig, og før den økonomiske situasjonen blir så dårlig at det eneste reelle alternativet er konkurs. I dag kan ikke retten åpne gjeldsforhandlingene før skyldnerens økonomi er slik at den *ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller*. I utredningen ble det påpekt at dette vilkåret sperrer for at forhandlingene kommer i gang på et tilstrekkelig tidlig stadium, og at skyldneren ofte har kommet for langt på veien mot et økonomisk uforenlig begjæring fremsettes. For å sikre at rekonstruksjonsforhandlingene kan åpnes tidligere, ble vilkåret for åpning endret til at skyldneren *må ha «eller i overskuelig fremtid vil få alvorlige økonomiske problemer»*, jf. lovvedtaket § 2 første ledd.

I dag er det også bare skyldneren som kan begjære gjeldsforhandlingene åpnet. I utredningen ble det påpekt at skyldneren ofte ikke innser at den økonomiske situasjonen er svak før det er for sent, og etter lovvedtaket har også kreditorer anledning til å begjære rekonstruksjonsforhandlingene åpnet. Formålet bak denne endringen er beskrevet som at kreditorer bør kunne «vekke» skyldneren. En vellykket rekonstruksjon krever imidlertid at skyldneren aktivt jobber for dette, og rekonstruksjonsforhandlingene kan fortsatt ikke åpnes mot skyldnerens vilje.

2.3 «Superprioritet» for lån gitt under rekonstruksjonsforhandlingene

En av endringene som har fått mye oppmerksomhet, er reglene om såkalt «superprioritet». I dag kan ikke skyldneren stifte gjeld eller etablere pant uten at gjeldsnemnda samtykker. Gjeld som stiftes med slikt samtykke, vil være et uprioritert krav, mens eventuelle pantsettelse vil ha prioritet bak eldre panteheftelser. I utredningen så vel som i proposisjonen, ble det påpekt at drift av virksomheten under rekonstruksjonsforhandlingene krever tilgang på midler. For å øke muligheten til å få kreditt til driften under forhandlingen, ble det vedtatt regler om såkalt «superprioritet». Disse reglene innebærer et unntak fra utgangspunktet om at yngre pantstillelser står bak eldre, og etter de foreslåtte reglene skal en långiver som yter kreditt under rekonstruksjonsperioden, få sikkerhet for sine lån foran eldre panterettigheter. Dette kan synes inngripende overfor eldre panthavere, som må akseptere at utsikten til full dekning svekkes gjennom at långivere «sniker» i prioritetskøen og får bedre sikkerhet for nyere kreditt. I tråd med forslaget i utredningen fra 2016 kan det imid-

lertid bare etableres pant med «superprioritet» i driftstilbehør, varelager og utestående fordringer.

I utredningen påpekes det at verdien av disse panteobjektene allerede er variabel og usikker i det driftstilbehør og varelager forbrukes, slites ut eller skiftes ut. Det antas at panthavere som har gitt kreditt med pant i disse formuesgodene har akseptert at verdien er variabel, og dette brukes som en begrunnelse for at det er mindre betenkelig å svekke eldre panthaveres prioritet i disse panteobjektene.

Etter mitt skjønn kunne denne begrunnelsen like gjerne vært brukt for å forklare hvorfor det ikke er tilstrekkelig bare å tilby pantesikkerhet i disse objektene for å sikre tilstrekkelig finansiering under rekonstruksjonsperioden. Grunnen til at en virksomhet har – eller i overskuelig fremtid vil få – alvorlige økonomiske problemer, er nok ofte at virksomheten mangler eller kommer til å mangle utestående fordringer, eller at varene på varelageret er – eller vil bli – mindre verdt eller vanskeligere å omsette.

Videre vil store deler av driftstilbehøret allerede kunne være beheftet med salgspant, og salgspantekravet må også dekkes før driftstilbehørspantekravet. Etter mitt skjønn er det tvilsomt om muligheten til å få pant i driftstilbehør, varelager og utestående fordringer oppleves som en tilstrekkelig trygghet til at seriøse kredittinstitusjoner gir kreditt til virksomheter som beviselig har – eller i overskuelig fremtid vil få – alvorlige økonomiske problemer.

Det er også slik at formuesgoder som tidligere bare kunne pantsettes som en del av driftstilbehøret, nå også kan pantsettes særskilt, slik som patentrettigheter, patentsøknader og patentlisensavtaler. Særskilt panterett i disse formuesgodene vil gå foran yngre pante rettigheter i driftstilbehøret, og vil følgelig også gå foran långivere som yter kreditt i forhandlingsperioden.

Det kan også legges til at varelageret og driftstilbehøret kun kan selges og byttes ut så langt dette er i samsvar med «forsvarlig drift» og ikke «vesentlig forringer panthavers sikkerhet», jf. panteloven §§ 3-7 og 3-13. Etter mitt skjønn burde virksomheten med samtykke fra rekonstruksjonsutvalget gis anledning til å redusere og tilpasse driftstilbehøret virksomhetens reelle behov, uten frykt for å bli møtt med innsigelser fra panthavere om at dette forringer deres pant. En virksomhet bør kunne selge unna maskiner som et ledd i å redusere driftens omfang dersom dette er nødvendig for å berge virksomheten, selv der panthavere med driftstilbehørspant får redusert sin sikkerhet. Slike tiltak er imidlertid ikke foreslått.

Utredningen påpekte også at det ville vært hensiktsmessig å åpne for å gi kredittgivere «superprioritet» i alle pantsatte formuesgoder for lån gitt i forhandlingsperioden, herunder for eksempel fast eiendom, skip og fly, men antok at et slikt forslag ville møte stor motstand. Både hensiktsmessigheten og faren for motstand ble også påpekt av konkursrådet i deres innspill til dagens lovforslag. Det er ikke tvil om at en mer omfat-

tende ordning der «superprioritet» kunne tilbys også i andre formuesgoder, ville møtt stor motstand – i hvert fall hvis forslaget ble fremsatt i en normalsituasjon.

Dersom målet om å redde ellers levedyktige bedrifter skal nås, ville det etter mitt skjønn vært hensiktsmessig, og i mange tilfeller helt nødvendig, at det ble åpnet for «superprioritet» også i realregistrerbare formuesgoder og patentrettigheter. Dette ville vært inngripende overfor eldre panthavere, men virksomhetene ville med en slik ordning kunne stille en reell sikkerhet for kreditten som ytes for å holde driften i gang under forhandlingene.

Man kunne også sett for seg en ordning der skyldneren måtte fremlegge dokumentasjon på at bedriften i en normalsituasjon vil være levedyktig, før det kan gis «superprioritet» i realregistrerbare formuesgoder. Også etter de foreslåtte reglene er det slik at lån med «superprioritet» bare kan avtales med samtykke fra rekonstruksjonsutvalget. Videre kan eldre panthavere som får dårligere prioritet, gå til domstolen med begjæring om at samtykke skal omgjøres, og dersom eksisterende panthaveres sikkerhet blir vesentlig forringet, eller retten finner at det ikke er tilstrekkelig behov for slikt lån, kan retten velge å omgjøre rekonstruksjonsutvalgets samtykke, jf. lovvedtaket § 19 andre ledd. Denne sikkerhetsventilen ville etter mitt skjønn gjort det lettere å godta «superprioritet» i andre formuesgoder enn de som fremgår av lovvedtaket, som et alternativt verktøy i rekonstruksjonsforhandlingenes verktøykasse.

En mer omfattende mulighet til å etablere pant med «superprioritet» ville imidlertid kunne ført til at kreditorer med pant i realregistrerbare formuesgoder ser seg tjent med at virksomheten går konkurs, og i så måte stemmer imot rekonstruksjonsforslaget.

2.4 Legalpant for lån gitt under rekonstruksjonsforhandlingene

Videre åpner lovvedtaket for at kreditt gitt i rekonstruksjonsperioden kan sikres med lovbestemt pant, legalpant, etter modell av lovbestemt pant for boomkostninger ved konkurs. Dette innebærer at långivere som yter kreditt under rekonstruksjonsforhandlingene, får lovbestemt pant i ethvert formuesgode beheftet med pant så fremt formuesgodet tilhørte skyldneren da rekonstruksjonsforhandlingen ble åpnet. Panteretten utgjør 5 % av formuesgodets verdi, eller av salgssummen, men maksimalt 700 ganger rettsgebyret i hvert enkelt realregistrerte panteobjekt. Denne panteretten går foran alle andre heftelser, herunder annen lovbestemt pant.

Benyttes slik lovbestemt pant under rekonstruksjonsforhandlingene, reduseres konkursboets panterett tilsvarende. Dette er bra for långiverne, men uheldig for den etterfølgende bobehandlingen siden de 5 prosentene ikke kan brukes til å gjennomføre en forsvarlig bobehandling.

Heller ikke lån som sikres med legalpant, kan avtales uten rekonstruksjonsutvalgets samtykke, og deres beslutning kan også bringes inn for retten av eldre

panthavere. Det retten da skal prøve, er om sikkerheten til de eldre panthaverne vesentlig forringes, og om det er tilstrekkelig behov for et slikt lån.

I høringsrunden pekte Finans Norge på at reglene om legalpant og «superprioritet» var regler som hadde tilbakevirkende kraft, og at de kunne være i strid med Grunnloven. I proposisjonen fant departementet at disse reglene ikke var i strid med forbudet om å gi lover tilbakevirkende kraft, jf. Grunnloven § 97, eller i strid med vernet om eiendomsretten etter henholdsvis Grunnloven § 105 og EMK P1-1. Departementet påpekte at det måtte legges betydelig vekt på at lovforslaget kan gi bedre muligheter for vellykket gjennomføring av rekonstruksjonsforhandlinger, avverging av konkurs og videre drift av virksomheten, og at dette generelt er positivt for pantekreditorene, næringslivet generelt og av stor samfunnsmessig betydning.

2.5 Vedtakelse av rekonstruksjonsforhandlinger

I dag forutsetter en frivillig gjeldsordning enighet mellom kreditorene og at ingen av kreditorene motsetter seg ordningen. Dersom noen ikke svarer, og ingen stemmer imot innen en ny gitt frist på to uker, skal forslaget anses vedtatt dersom kreditorer som representerer 3/4 – i beløp – av de krav som omfattes, har godtatt forslaget. I lovvedtaket beholdes kravet til enstemmighet blant kreditorene for frivillig rekonstruksjon. Dagens ordning der kreditor skal purres på og gis ny frist på to uker ved manglende respons på første henvendelse, sløyfes under henvisning til effektivitetshensynet, jf. lovvedtaket § 29.

Når det gjelder tvangsakkord, er det etter konkursloven et krav om at de uprioriterte kravene får en dividende på minst 25 %. Utreder fant ingen gode grunner for å fastholde en minimumsdividende, og pekte på at det eneste vilkåret burde være at de usikrede kreditorene sikres en bedre løsning enn den de ville fått ved konkurs. Isteden inntas et vilkår om at retten kan nekte å stadfeste rekonstruksjonsforslaget når forslaget ikke er «rimelig og rettferdig overfor fordringshaverne», jf. lovvedtaket § 48.

Videre kreves det i dag at et kvalifisert flertall av kreditorene stemmer for forslaget om tvangsakkord. Det ble ansett som uheldig at et mindretall av kreditorene kan stanse en løsning som flertallet av kreditorene ønsker, og etter lovvedtaket er dette endret til at det er tilstrekkelig med et flertall på 50 % av kreditorene – regnet i beløp, av de som har stemt for forslaget. Det kreves også at et flertall av kreditorene – i beløp – aktivt har stemt for forslaget, jf. lovvedtaket § 42. Dette innebærer altså at en tvangsakkord ikke kan vedtas ved passivitet fra flertallet av kreditorer.

2.6 Konvertering av gjeld til egenkapital i aksje- og allmennaksjeselskapet

I proposisjonen påpekes det at konvertering av gjeld til egenkapital i ovennevnte selskaper reiser to spørsmål. For det første blir det et spørsmål om når selska-

pet skal kunne vedta at aksjekapitalen forhøyes ved nytegnning av aksjer. For det andre blir det et spørsmål om kreditorer som heller ønsker utbetalt dividende, skal tvinges til å måtte tåle at fordringene omgjøres – konverteres – til aksjer i selskapet.

I dag kan selskapet bare beslutte kapitalforhøyelse ved nytegnning av aksjer som en vedtektsendring. En vedtektsendring krever minst to tredelers flertall av de avgitte stemmer så vel som av den aksjekapitalen som representerer generalforsamlingen, jf. aksjeloven § 5-18.

Departementet pekte på at aksjelovgivningens generelle regler burde gjelde som utgangspunkt, men at generalforsamlingen bør kunne treffe beslutning om kapitalforhøyelse så vel som kapitalnedsettelse, samt beslutning om utstedelse av finansielle instrumenter, når beslutningen treffes ved rekonstruksjon av selskapet med simpelt flertall. Dette ble begrunnet med at alternativet til disse tiltakene vil kunne være konkurs, og at det var lite heldig at et mindretall av aksjeeierne kunne blokkere en løsning som kunne ha sikret videre drift.

Når det gjelder forholdet til kreditorene, har ikke konkursloven regler om konvertering av gjeld til aksjer. Dette innebærer at samtlige kreditorer i dag må samtykke til konvertering. Utreder foreslo imidlertid at flertallet av kreditorene burde kunne tvinge igjennom en slik konvertering. I høringsrunden fra 2016 pekte Finans Norge på at en slik tvangskonvertering vil være uheldig, ettersom finansforetaksloven begrenser finansinstitusjoners mulighet til å eie annen virksomhet. Samtidig viste Skattedirektoratet til at skatteetaten som offentlig kreditor, ikke kan velge å gå inn som eier i selskapet.

Departementet fant at en akseptabel mellomløsning vil være den der hovedregelen var at omgjøring av gjeld til egenkapital krevde samtykke fra berørte kreditorer, men at retten kunne beslutte at konverteringen skal omfatte samtlige kreditorer når de som nektet «åpenbart ikke har rimelig grunn til dette» og «tungtveiende hensyn taler for det», sml. lovvedtaket § 34 tredje ledd nr. 3. Videre ble det i proposisjonen lagt til grunn at der offentlige instanser er kreditorer, vil disse normalt ha «rimelig grunn» til å motsette seg å få gjelden omgjort, og det samme måtte gjelde for de foretak som ikke kan være eiere etter finansforetaksloven.

2.7 Beskyttelse mot åpning av konkurs og gjennomføring av tvangssalg under rekonstruksjonsforhandlingene

I dag er det slik at skyldneren ikke kan begjæres konkurs under frivillig gjeldsforhandling på grunnlag av fordringer som er fra tiden før gjeldsforhandlingene ble åpnet. Dette gjelder imidlertid bare i de første tre månedene etter at gjeldsforhandlingene ble åpnet.

Videre kan tvangssalg bare gjennomføres med samtykke fra gjeldsnemnda, men denne begrensningen gjelder bare de første seks månedene. For å styrke skyldnerens stilling og for å gi denne arbeidsro under rekonstruksjonsforhandlingene, inneholder ikke lovvedtaket noen tidsbegrensninger. Skyldneren kan alli-

kevel begjæres konkurs under forhandlingene, så fremt dette gjøres av minst tre dividendeberettigede fordringshavere med fordringer som utgjør minst en halvdel av de kjente dividendeberettigede fordringenes samlede beløp, sml. lovvedtaket § 17 fjerde ledd. Dette er en skjerping av kravet, da konkurs kunne åpnes med 2/5 av de kjente dividendeberettigede fordringenes samlede beløp etter dagens regler i konkursloven.

2.8 Kunngjøring og tinglysing

I dag er det bare tvangsakkord som alltid skal kunngjøres i Brønnøysundregisteret, mens frivillige gjeldsforhandlinger kan unntas fra kunngjøring dersom retten finner at særlige forhold begrunner dette. For at forbudet mot utlegg og gjennomføring av tvangsfullbyrdelse under rekonstruksjonsforhandlingene skulle være effektive, er det inntatt regler i lovvedtaket § 7 om at åpningen av rekonstruksjonsforhandlingene skal tinglyses i løsereregisteret, realregistre, og i verdipapirregisteret og i foretaksregisteret dersom dette er aktuelt.

3 Hva lovvedtaket savner

3.1 Lønnsgarantiordningen og enklere oppsigelsesprosesser

I den offentlige debatten etter at proposisjonen ble offentliggjort er det påpekt at lovvedtaket burde inneholdt bestemmelser som muliggjør raskere nedbemanning, og ordninger om finansering av lønn og lønn i oppsigelsesperioden, se «Ny midlertidig rekonstruksjonslov», av Stine Dalen og Snertingdalen og Jon Skjørshammer publisert på Kvale.no. Verken i dagens regler om gjeldsforhandlinger eller i lovvedtaket finner vi slike regler.

Siden lønnsgarantiordningen ikke kommer til anvendelse under gjeldsforhandlinger, jf. lønnsgarantiloven § 1, er det skyldneren som må dekke lønnsutbetalinger for arbeidstakerne som arbeider under forhandlingene. Ved konkurs derimot, dekker staten krav på lønn som ikke kan dekkes på grunn av konkursoåpningen hos arbeidsgiver. I utredningen fra 2016 ble det i tråd med mandatet vurdert om lønnsgarantiordningen burde komme til anvendelse også ved åpning av rekonstruksjonsforhandlinger. Utreder skrev at det «er vesentlig – ikke minst av hensyn til de ansatte – at muligheten for å få lønnsgarantidekning ved rekonstruksjon og ved konkurs skal være den samme». Dette ble begrunnet med to forhold. For det første er det vesentlig for selskapets drift under forhandlingsperioden at de ansatte får rett lønn til rett tid. For det andre vil skyldneren ha eller komme til å få, en svært anstrengt økonomi, og det å utbetale lønn til de ansatte vil kunne være utfordrende. Utreder foreslo en ordning der skyldneren kunne søke om lønnsgaranti for dekning for lønnskostnader som har oppstått forut for rekonstruksjonsforhandlingene. Forlaget hadde de samme begrensningene i lønnsutbetalingenes størrelse som i dag følger av lønnsgarantiloven § 1 tredje ledd.

Når det gjelder behovet for rask nedbemanning, viste utreder til at et konkursbo kan velge hvem av de

ansatte som skal få fortsette i jobben under konkursbehandlingen, og ved ikke å tre inn i arbeidsavtalen, blir boet fristilt for de arbeidsrettslige forpliktelsene overfor de ansatte. Under gjeldsforhandlinger derimot er skyldneren bundet av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven, herunder av reglene om oppsigelser. Utreder pekte på at årsaken til at virksomheter trenger rekonstruksjonsforhandlinger eller går konkurs ofte er høye faste kostnader, og muligheten til å kunne fortsette virksomheten med færre ansatte ble sett på som et viktig virkemiddel for en vellykket rekonstruksjon. Det ble også vist til at den gjeldende ordningen kunne gjøre det gunstigere for kreditorene å slå virksomheten konkurs, eller at potensielle kjøpere kunne sette som vilkår at virksomheten ble slått konkurs.

På denne bakgrunn foreslo utreder at man ved rekonstruksjon burde ha samme mulighet til å velge hvem av de ansatte man ville ha med videre under en rekonstruksjonsperiode, som under en konkurs.

I proposisjonen viser departementet kort til at eventuelle endringer i regler som gjelder de ansattes rettigheter, krever ytterligere utredning. Når dette var endringer som utreder mente var av vesentlig betydning å få på plass for å gi skyldneren en reell mulighet til vellykket rekonstruksjon i en normalsituasjon, kan det spørres om det ikke ville vært hensiktsmessig å få på plass en slik ordning under de rådende forhold. I det minste burde utreders forslag ha blitt vurdert i proposisjonen. Det er verdt å peke på at konsekvensen av en mislykket rekonstruksjon oftest er konkurs, og da mister de ansatte rettighetene sine og kommer innunder lønnsgarantiordningen uansett. Det bemerkes imidlertid at lettelsene i permitteringsreglene nok avhjelper situasjonen en del så lenge disse lettelsene gjelder.

Morten Smedal Nadheim

IMMATERIALRETT

Bilutleie er ikke overføring av verk til allmennheten. EU-domstolens dom i sak C-753/18 (Nordisk biluthyrning)

Den 2. april 2020 avsa EU-domstolen dom i bilutleiesaken som har versert for svenske domstoler og som var forelagt fra Högsta domstolen etter anke av to dommer avsagt av henholdsvis Patent- och marknadsöverdomstolen og Hovrätten för Skåne och Blekinge. Spørsmålet i saken – om utleie av biler med radio kan sies å innebære overføring av verk (eller andre prestasjoner) til allmennheten – har lenge vært omdiskutert i Norden. EU-domstolen besvarte spørsmålet benektende, og kom dermed til praktisk talt samme resultat som Borgarting lagmannsrett i en dom av 2. juni 2014. Spørsmålet må derfor nå anses som endelig avklart.

Hovedsynspunktet bak søksmålet mot bilutleieselskapene var at bilutleie har samme funksjon som hoteller, restauranter, treningssentre, spa osv. som gjør TV- og

radiosendinger tilgjengelige for sine kunder. EU-domstolen har i flere dommer fastslått at denne type virksomhet innebærer overføring til allmennheten, noe som i praksis innebærer at virksomhetene må betale til rettighetshaverne for den. Synspunktet til rettighetshaverorganisasjonene på musikkensiden i Sverige, STIM og SAMI, var at også bilutleieselskapene overfører verk mv. til allmennheten ved å stille biler med radio til rådighet for sine kunder. Det ble i den forbindelse også anført at verkene overføres til en ny allmennhet, dvs. en allmennhet som rettighetshaverne ikke tok i betraktning da de klarerte selve radiosendingene. EU-domstolen så imidlertid ingen grunn til å gå nærmere inn på spørsmålene om overføringen skjer overfor allmennheten, herunder en ny allmennhet, idet man kom til at det ikke var tale om noen «overføring» overhodet.

Selve tolkningsspørsmålet knyttet seg til henholdsvis art. 3(1) i opphavsrettsdirektivet (dir. 2001/29/EF) og art. 8(2) i utleie- og utlånsdirektivet (dir. 2006/115/EF) og uttrykket «overføring til allmennheten» i begge sammenhenger (jf. den norske åndsverkloven §§ 3 og 21). Et sentralt moment i den type saker det her er tale om, er grensen mellom handlinger som anses som overføring til allmennheten og ren tilrådighetsstillelse av utstyr for avspilling av verk. I opphavsrettsdirektivets fortale pkt. 27 (jf. WIPO-konvensjonen om opphavsrett, WCT, art. 8) er det uttrykkelig sagt at sistnevnte ikke innebærer overføring til allmennheten. Dette fremheves i EU-domstolens dom (avsnitt 33). Som domstolen også har fremhevet tidligere, understrekes det samtidig at det er forskjell på slik tilrådighetsstillelse og overføring der tjenesteleverandørene bevisst sender vernede verk til sine kunder ved frivillig å sende signal til TV- eller radioapparater som de har installert i sin virksomhet (avsnitt 35). Kombinasjonen av tilførsel av signal og tilrådighetsstillelse av apparat er årsaken til at TV- og radioapparater på hotellrom, restauranter mv. blir ansett som overføring til allmennheten. I det perspektivet kan man spørre hvorfor EU-domstolen kommer til at utleie av biler med radioapparat installert ikke er overføring til allmennheten, idet bilene rimeligvis også er utstyrt med antenner som sørger for tilførselen av signalet. Generaladvokatens uttalelse, som landet på samme resultat som EU-domstolen, ga ikke noe tilfredsstillende svar på det spørsmålet.

Nøkkelen i EU-domstolens dom, der spørsmålet synes å være besvart, er domstolens sidestillelse av ren tilrådighetsstillelse av utstyr og «tilrådighetsstillelse af et radioapparat, der er *integreret i en udlejningsbil*, som uden nogen *yderligere indgriben fra udlejnings-selskabet* er i stand til at opfange den jordbaserede radiospredning» (avsnitt 34; min utheving). Det synes som om domstolen her legger vekt på at bilene som utleiefirmaene leier ut *er utstyrt* med integrerte radioapparater uten noen særskilt inngripen fra firmaet selv. Bilradioer er standardutstyr i biler, og slik sett foretar utleieren ikke noen selvstendige handlinger som sikrer tilgang til verket, i motsetning til det som er tilfellet

med hoteller, restauranter mv. der det er virksomheten selv som besørger utstyret og signaltilgangen. På dette punktet er det en forskjell på domstolens og Generaladvokatens begrunnelse, idet den sistnevnte uttrykkelig sa at det ikke var «relevant, at radioapparaterne blev installeret i bilerne af producenterne af de nævnte biler», og «heller ikke relevant at fastslå, hvorvidt biludlejningsselskaberne ikke vil ... eller ikke kan ... afmontere eller ubrugeliggjøre disse radioapparater» (avsnitt 42 i Generaladvokatens uttalelse). EU-domstolen tilslutter seg ikke det førstnevnte, og det sistnevnte forholdet kan heller ikke være avgjørende. Domstolens poeng synes å være at radioapparatet er *integrert* i utleie bilen og at bilutleieren ikke foretar seg noe særskilt for at allmennheten skal få tilgang.

Saken, og dommen, viser de hårfine grensene som trekkes opp ved tolkningen av hva som anses som overføring til allmennheten. Undertegnede har lenge ment at bilutleie ikke bør falle inn under begrepet (se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 1. utg. 2009 s. 181 og 2. utg. 2019 s. 228-229), og er derfor av den oppfatning at domstolen falt ned på den riktige siden av grensen. Konsistensproblemer oppstår alle veier her, og det er vanskelig å se fornuftige grunner til at bilutleie faller inn under begrepet, mens bilsalg faller utenfor, slik de svenske rettighetshaverorganisasjonene tok til orde for. Konseptet «overføring til allmennheten» er problematisk i seg selv, idet det i prinsippet er nokså grenseløst, og i erkjennelsen av at det må trekkes en grense, kan det hevdes at dommen har truffet et noenlunde konsistent grensedragningspunkt. Det betyr ikke at alle grensedragningsproblemer under dette spørsmålet er løst, men bilutleiekontroversen er det i alle fall i den form den kom opp for EU-domstolen.

Ole-Andreas Rognstad

EU-domstolens dom i sak C-567/18, Amazon Marketplace, «bruk» av et varemerke

EU-domstolen avsa 2. april 2020 dom i en foreleggelsessak, TFEU art. 267, om tolkningen av uttrykket «bruk» av et varemerke i varemerkeforordningen (207/2009) art. 9(1). Bestemmelsen i forordningen er likelydende med varemerkedirektivets (2008/95/EF) art. 5(1), som er gjennomført i den norske varemerkeloven § 4.

Tjenesten Amazon-Marketplace åpner for at selgere kan tilby sine varer til kunder direkte, markedsført over Amazon-Marketplace-plattformen. Kontrakt om kjøp av varen inngås direkte mellom tilbyder og kunde. Lagring og frakt kan skje gjennom Amazon. Varene lagres hos et selskap i Amazon-konsernet, og frakt skjer ved selvstendige tjenesteytere. I denne saken hadde en selger tilbudt parfyme på Amazon-Marketplace, og varen ble lagret hos et Amazon-selskap. Spørsmålet som ble forelagt EU-domstolen, var om lagerselskapet gjorde «bruk» av varemerket slik at det ville utgjøre

inngrep i varemerket. Varene ble lagret for markedsføring og salg, men dette ble gjort av selgeren selv, uten at lagerselskapet var involvert. Lagerselskapet lagret varen uten å kjenne til om merkeholder hadde gitt samtykke til markedsføring og salg av varen under det aktuelle varemerket, og spørsmålet var om dette utgjorde «bruk» av merket etter forordningen art. 9(1).

Domstolen kom til at det å yte lagertjenester ikke er «bruk» under art. 9 og dermed ikke gjør inngrep i varemerket. Det å lagre en vare med det formål at den skal markedsføres og selges, er riktignok en type handling som er nevnt i den ikke-uttømmende listen i forordningens art. 9(2) som eksempler på «bruk» (avsnitt 32 og 33). Domstolen viste til sin tidligere praksis, og at den tidligere har tolket «bruk» i art. 9(1) slik at det tar sikte på aktive handlinger der vedkommende direkte eller indirekte har kontroll over den handlingen som utgjør bruk (avsnitt 37). Merkeholder skal effektivt kunne påtale inngrep, men det vil bare være de personer som har kontroll over handlingene som utgjør bruk av merket det vil ha noen hensikt å rette slik påtale mot (avsnitt 38).

Domstolen har i Google-dommen c-236/08 til c-238/08, påpekt at for at det skal være «bruk» av et varemerke, må den aktuelle personen bruke merket i sin egen kommersielle kommunikasjon. Når det gjelder tredjepersoner som tjenesteytere, har domstolen tidligere uttalt at det ikke er bruk dersom vedkommende utfører tjenester på oppdrag fra en annen, for eksempel å tappe drikke på bokser, jf. c-117/10, Frisdranken Industrie Winters, eller å tilby lagring i et varehus, jf. c-369/14, TOP Logistics (avsnitt 41 og 42). Dermed sluttet EU-domstolen at for at det skal være tale om «bruk» av et varemerke, må den som tilbyr slike tjenester som lager, selv ha til formål å tilby varene for salg (avsnitt 45). Lagerselskapet gjorde altså ikke inngrep i varemerket.

Som gjennomgått i dommen, er det ganske klar tidligere praksis som tilsier at tredjeparter som tilbyr generelle tjenester, ikke gjør inngrep i varemerker dersom det skulle vise seg at tjenestene blir kjøpt av noen som gjør varemerkeinnngrep, også dersom tjenesten er et ellers nødvendig ledd i å bringe varen ut på markedet. Merkeholder hadde i denne saken bedt EU-domstolen om å ta stilling til om lagerselskapet medvirket til varemerkeinnngrep, men siden det ikke var tatt med i spørsmålene fra den foreleggende domstol, ville ikke EU-domstolen ta stilling til det.

Dommen utpensler den tidligere praksis om tolkningen av begrepet «bruk» i varemerkeforordningen, jf. også direktivets tilsvarende regel. Dommen er konsistent med tidligere praksis, men gir plattformformidlerne som eBay, Google og Amazon enda litt friere spillerom, i det det nå altså er klart at de kan tilby tjenester som lagring uten at de gjør varemerkeinnngrep dersom det viser seg at de lagrede og/eller solgte varene gjør inngrep.

Spørsmålet om medvirkning til inngrep i varemerkerettigheter er imidlertid ikke løst etter denne dommen. Den praksis som EU-domstolen lener seg på her,

bidrar heller ikke egentlig til å løse spørsmål om ansvar for ulike handlinger som har mer indirekte karakter enn de klare inngrepshandlingene. Domstolen trekker grensen mellom direkte inngrep og medvirkning ved å tolke begrepet «bruk» i art. 9 i forordningen, og definerer dermed handlingen ut av de handlinger som gjør inngrep i varemerker.

Verken forordningen eller direktivet inneholder regler som retter seg mot medvirkningshandling, eller handlinger som er relevante for at varen påført merket kommer i salg, men som ikke omfattes av eneretten slik den avgrenses ved begrepet «bruk». Det blir dermed opp til medlemslandenes rett om det er rettslig grunnlag for å ilegge ansvar for medvirkning til inngrep. Det følger imidlertid av håndhevingsdirektivet (2004/48/EF) art. 11 at pålegg skal kunne rettes mot mellommenn, slik at også disse kan være adressat for pålegg om destruksjon eller tilbakekallelse av varer. Det følger imidlertid ikke av det at disse mellommenn også skal ilegges ansvar for medvirkning til inngrep, det må eventuelt følge av nasjonal rett. Den norske varemerkeloven likestiller hovedinngriper med medvirkeren i varemerkeloven § 57, men her er det nok ulikheter mellom medlemslandene.

Inger B. Ørstavik

EU-domstolens dom i sak C-240/18 P, «Fack Ju Göhte»

EU-domstolen avsa 27. februar 2020 dom om registrering av ordmerket FACK JU GÖHTE. Merket ble søkt registrert av et filmselskap som hadde produsert og markedsført en film med tittel «Fack Ju Göhte», en film som var blitt svært populær i Tyskland, og selskapet hadde produsert to oppfølgere med samme tittel. Ordmerket ble søkt registrert for en lang rekke varer og tjenester, blant annet ulike data media opptak, digitale videopptak og elektroniske publikasjoner i klasse 9, underholdningstjenester i klasse 41, drikkevarer med og uten alkohol i klasse 32 og 33, og ulike varer i klasse 3, 13, 16, 18, 25 og 30 (typiske «merchandise» varer).

Registreringen ble nektet av EUIPO (European Intellectual Property Office) under henvisning til varemerkeforordningen (forordning (EC) 207/2009) artikkel 7(1) f, jf. artikkel 7(2). Merket ble funnet å være i strid med offentlig moral («contrary» to «accepted principles of morality») i den engelske versjonen av forordningen). Etter forordningens artikkel 7(2) må registrering nektes selv om merket er i strid med offentlig moral etter artikkel 7(1) f kun i en del av EU. EUIPOs nektelse ble opprettholdt av retten i første instans, en avgjørelse som altså ble anket til EU-domstolen.

Ordlyden i artikkel 7(1) f er identisk med ordlyden i varemerkedirektivet fra 2008 (direktiv 2008/95/EC) artikkel 3(1) f, som er gjennomført i den norske varemerkeloven § 15 første ledd bokstav a.

Spørsmålet for EU-domstolen gjaldt tolkningen av varemerkeforordningen artikkel 7(1) f, og spørsmålet

om hva som skal til for at et varemerke er i strid med offentlig moral. EU-domstolen ga i avsnitt 39 til 43 nokså grundige generelle anvisninger for tolkningen. For det første måtte ordene i forordningen tolkes i sin vanlige mening og kontekst. For det andre refererer konseptet til de grunnleggende moralske verdier og standarder som gjelder i et samfunn til enhver tid. Disse verdier og normer forandrer seg over tid og sted, og må fastlegges i henhold til den sosiale konsensus i det aktuelle samfunnet på tidspunktet for vurderingen. Begrepet fastlegges i sin konkrete sosiale kontekst.

For det tredje fant domstolen at det skal noe til for at et merke skal være i strid med offentlig moral. Det må mer til enn at merket er uttrykk for dårlig smak (avsnitt 41). Målestokken er oppfatningen til en fornuftig person med gjennomsnittlig sensitivitet og toleranse. Merket må vurderes i den kontekst det normalt vil møte forbrukerne, vurderingen er konkret og ikke abstrakt. Videre fremhevet EU-domstolen at vurderingen må ta hensyn til lokale forhold, og at elementer som lovgivning og administrativ praksis, publikumsoppfatninger, eventuelt også hvordan publikum har reagert på dette merket eller lignende merker tidligere, etter omstendighetene kan være relevant.

EU-domstolen fant at førsteinstansrettens avgjørelse måtte settes til side. Domstolen var enig med førsteinstansretten i at vurderingen måtte ta utgangspunkt i de tyskspråklige forbrukerne, typisk i Tyskland og Østerrike. Domstolen mente imidlertid at rettens vurdering hadde vært for abstrakt og tatt for lite hensyn til konkrete omstendigheter, som at merket var brukt som tittel på en film som var sett av flere millioner mennesker og som hadde vært en enorm publikumssuksess. Domstolen fremhevet også at Goethe-instituttet hadde brukt filmen i utdanning. Det var ikke tilstrekkelig at merket hadde konnotasjoner til det engelske uttrykket «fuck you» som i og for seg kan oppfattes som et vulgært uttrykk, men det måtte også tas hensyn til at det tyske publikum ikke virket å ha oppfattet merket som moralsk uakseptabelt, basert på hvordan filmen var blitt mottatt. Endelig viste EU-domstolen til at ytringsfriheten, jf. TFEU artikkel 11, spiller en rolle i tolkningen av artikkel 7(1) f i varemerkedirektivet 2009, slik det også fremgår av fortalen til den nye forordningen (forordning 2015/2424), avsnitt 21. Førsteinstansretten hadde ikke tatt hensyn til ytringsfriheten.

EU-domstolen gikk videre til å vurdere sakens realitet, noe den har anledning til siden saken kom opp som en anke over EUIPOs og Førsteinstansrettens avgjørelser. Domstolen viste til at det at merket også var tittelen på en film, i seg selv ikke var nok til at registreringen ikke ble rammet av forordningen artikkel 7(1) f, heller ikke at filmen hadde vært en så stor suksess (avsnitt 66). Men, det faktum at filmen hadde vært en så stor suksess, med to oppfølgere, at den hadde fått pengestøtte fra ulike organisasjoner, blitt brukt av Goethe-instituttet og blitt brukt i undervisning i skolene, uten kontrovers om tittelen, tilsa at den ikke hadde vakt

anstøt hos publikum (avsnitt 67). Dessuten mente domstolen at publikums sensitivitet mot banneord nok ville være større for ord på deres eget språk (avsnitt 68). Det forelå heller ikke omstendigheter som kunne forklare at registrering av varemerket FACK JU GÖHTE skulle bli oppfattet mer støtende enn når uttrykket var brukt som tittel på filmen (avsnitt 69). På det grunnlaget mente EU-domstolen at forordningens artikkel 7(1) f om forbud mot registrering av varemerker i strid med offentlig moral ikke kom til anvendelse.

Dommen er interessant allerede av den grunn at det er første gang et spørsmål om tolkningen av bestemmelsen om offentlig moral som registreringshindring kommer helt til EU-domstolen. Den eneste tidligere dommen fra EU/EØS-domstolene som går grundig inn i tolkningen av registreringshindringen knyttet til offentlig moral, er EFTA domstolens dom i sak E-5/16, Vigeland. EU-domstolen viser ikke til EFTA-domstolens avgjørelse, selv om den var diskutert av Generaladvokaten.

EU-domstolen går nokså langt i å gi generelle føringer for tolkningen av konseptet offentlig moral som registreringshindring. Dommen gir anvisning på en konkret, lokal og tidsmessig avgrenset vurdering for å fastlegge innholdet i konseptet den offentlige moral. EU-domstolen peker mot en konkret og kontekstuell vurdering; konseptet får kun innhold når det settes i sammenheng med alminnelig aksepterte normer i et konkret samfunn på et konkret tidspunkt. Standarden må settes ut fra det aktuelle samfunnets syn på moral, det domstolen omtaler som en sosial konsensus.

Saken reiser også spørsmål om betydningen av yringsfriheten, jf. TFEU artikkel 11, i tolkningen av varemerkerettslige regler om registrering av varemerker. EU-domstolen legger vekt på yringsfriheten i den konkrete anvendelsen av artikkel 7(1) f, og finner at det er en feil ved førsteinstansrettens avgjørelse at den ikke har vurdert forholdet til yringsfriheten. Generaladvokaten tok opp det helt prinsipielle utgangspunktet, at et vedtak om å nekte registrering av et varemerke ikke kan fattes i strid med grunnleggende rettigheter, som yringsfriheten. Hensynet til yringsfriheten inngår også i den konkrete anvendelsen av artikkel 7(1) f, som et moment i å fastlegge terskelen for når et merke kan være stridende mot offentlig moral.

En kan merke seg at EU-domstolen ikke tok stilling til betydningen av det andre elementet i merket, ordet GÖHTE. De tidligere instansene hadde vurdert om det at FACK JU var koblet mot et etternavn, GÖHTE, gjorde at merket ble mindre støtende fordi det da var rettet mot en tilsynelatende bestemt person. Det fant man imidlertid ikke. EU-domstolen vurderte hele merket under ett, og trengte dermed ikke ta stilling til betydningen av elementet GÖHTE på den måten. Man kunne imidlertid ha vurdert om ikke elementet GÖHTE kunne bli oppfattet som en konnotasjon til forfatteren Johann Wolfgang von Goethe, og at merket i så fall ble mer støtende for forbrukerne, gitt at forfatteren

Goethe har en så prominent stilling i tysk litteratur og litteraturhistorie. Generaladvokaten var inne på dette i sin uttalelse (avsnitt 1), men som et retorisk poeng og ikke et moment i rettsanvendelsen.

Inger B. Ørstavik

OBLIGASJONSRETT

Tolkning av morselskapsgaranti (HR-2020-611-A) Skeie

I 2008 fikk selskapet Skeie Energy AS, eller E&P Technology AS som selskapet senere ble hetende, tildelt andel i en utvinningstillatelse på norsk sokkel. I henhold til vanlig praksis på sokkelen stilte morselskapet Skeie Technology AS en morselskapsgaranti for datterselskapets forpliktelser under lisensen. Morselskapsgarantien ble avgitt i henhold til olje- og energidepartementets standard for slike garantier. Den gitte garantien var dermed helt generell, i den forstand at den ikke knyttet seg til noen bestemt utvinningstillatelse, men til de forpliktelser det aktuelle datterselskap «har påtatt seg eller måtte påta seg» overfor staten. E&P Technology ble etter hvert også deltager i andre utvinningstillatelser gjennom nytildeling og kjøp.

E&P Technology hadde finansielle vanskeligheter, og fant på en kreativ måte for å skaffe kapital. De inngikk en avtale med seismikkselskapet TGS Nopec Geophysical ASA om kjøp av seismikk og tjenester. Et helt sentralt element i avtalen var at TGS for en stor del ikke fikk betaling for sine tjenester. De ga kreditt, som igjen kunne konverteres til aksjer i selskapet. Formålet var at E&P Technology da kunne søke refusjon fra staten gjennom den såkalte leterefusjonsordningen under petroleumsskatteregimet. Selskapet fikk altså levert seismikk og tjenester, og ble samtidig tilført kapital fra staten. I realiteten finansierte staten gjennom leterefusjonsordningen at TGS kjøpte seg inn i E&P Technology gjennom leveranser av seismikk og tjenester, samtidig som selskapet fikk tilført kapital. Ikke overraskende mente skattemyndighetene at ordningen ikke ga krav på leterefusjon, noe som både ledet til tiltaler for grovt skattesvik og krav om tilbakebetaling av midler utbetalt under refusjonsordningen. Da E&P Technology ikke betalte, ble krav rettet mot Skeie Technology under morselskapsgarantien. For Høyesterett var det enighet både om at staten hadde et krav mot E&P Technology, og at avtalen med TGS primært hadde hatt som formål å skaffe E&P Technology kapital gjennom å utnytte leterefusjonsordningen. Spørsmålet for Høyesterett var dermed om morselskapsgarantien dekket tilbakebetalingskravet.

I motsetning til lagmannsretten, men i likhet med tingretten, kom Høyesterett til at kravet ikke var omfattet av garantien. Det viktigste rettslige utgangspunktet var garantiens ordlyd, som i sine relevante deler lød som følger:

1. Undertegnede selskap stiller seg herved økonomisk ansvarlig som selvskyldner for følgende forpliktelser som måtte oppstå for [E&P Holding AS] i forbindelse med dette selskaps virksomhet ved undersøkelse etter og utvinning av undersjøiske naturforekomster, derunder lagring og transport på annen måte enn med skip på den norske kontinentalsokkel:

a) De forpliktelser som det ovennevnte selskap har påtatt seg eller måtte påta seg overfor Den norske stat, norsk kommune eller annen norsk offentlig institusjon.

...

Denne selvskyldnerkausjon gjelder alle nåværende og fremtidige krav og uansett om kravet er av offentlig rettslig eller privatrettslig natur.

Spørsmålet var altså om tilbakebetalingskravet på grunn av urettmessig mottatt leterefusjon var en forpliktelse datterselskapet hadde påtatt seg overfor staten. Dersom det istedenfor «påta» hadde stått «pådra» kunne en slik tolkning vært nærliggende, men å «påta» seg en forpliktelse betyr jo normalt at man aksepterer eller samtykker i å være forpliktet til noe.

Høyesterett sier ikke så mye om selve ordlydsfortolkningen i dommen, men selv om det ikke sies helt uttrykkelig synes retten forutsetningsvis å ha gått ut fra at det ville innebære en utvidende fortolkning å la leterefusjonskravet omfattes av garantien. Her tok Høyesterett ikke overraskende utgangspunkt i et sterkt objektivt tolkningsprinsipp, slik det også er blitt lagt til grunn i tidligere rettspraksis (Rt. 2012 s. 1263). Interessant er at Høyesterett også synes å ha basert seg på en variant av minimums- eller uklarhetsregelen. Begrunnelsen er tilsynelatende helt generell, og knyttet til garantiens ensidig bebyrdende karakter. Basert på hensynet til garantisten måtte en tolkning «ut over ordlyden» til garantistens ugunst kreve «klare holdepunkter»:

En garanti som dette må fortolkes objektivt, og det må legges stor vekt på ordlyden. Særlig hensynet til garantisten tilsier at det må klare holdepunkter til for å tolke garantien utvidende, ut over ordlyden. Til garantistens ugunst er det derfor ikke rom for å bygge tolkningen på tilblivelsesnotater og lignende i staten som har vært ukjent for garantisten. Dette kan stille seg annerledes hvis slike kilder er til garantistens gunst. Dersom det avdekkes at statens mening var en mer begrenset dekning enn ordlyden tilsier, kan dette etter omstendighetene bli avgjørende.

Det er likevel tvilsomt etter mitt syn om man kan tolke det som at Høyesterett her mente å formulere et helt generelt utgangspunkt for fortolkning av garantierklæringer. Et særlig hensyn i saken var jo at det var tale om en garanti avgitt til fordel for staten som

et konsesjonsvilkår, i samsvar med et standard garantiformular staten hadde utarbeidet.

Et særlig spørsmål i denne forbindelse var hvilken betydning hjemmelen for å kreve morselskapsgarantien, petroleumsloven § 10-7, skulle tillegges ved tolkningen. I teorien har det blant annet av Selvig blitt fremholdt at det her er tale om ulike tolkningsspørsmål (se Erling Selvig, 'Rettighetshaver- og morselskapsansvar ved omsetning av deltakerandeler i tillatelser etter petroleumsloven', *Marlus* nr. 500 (2018) s. 12). Tolkningen av hjemmelen for å avkreve garantien må bygge på forvaltningsrettslige tolkningsprinsipper, mens morselskapsgarantien er et selvstendig privatrettslig instrument som må fortolkes i samsvar med avtalerettslige prinsipper. Tilsynelatende i motsetning til dette, synes det som om Høyesterett legger forholdsvis betydelig vekt på hjemmelsgrunnlaget, og bygger på et slags utgangspunkt om samsvarende tolkning. Som et sentralt rettslig utgangspunkt, og enn videre uttalt rett etter prinsippet for objektiv tolkning referert over, uttales således følgende:

Når kravet om garanti er stilt som et konsesjonsvilkår, slik tilfellet er her, må imidlertid garantien fortolkes i lys av loven som hjemler garantien, jf. Rt-1957-375 på side 379 og 380. Dette innebærer at i den grad garantien bruker ord og uttrykk som også fremgår av lovhjemmelen, bør garantien forstås på samme måte – enten dette er til garantistens gunst eller ugunst.

Etter mitt syn er det likevel tvilsomt om man bør tolke dette som at Høyesterett mente det gjaldt et helt generelt utgangspunkt om samsvarende tolkning også til garantistens ugunst. For det første ville dette stå i klar motsetning til det objektive minimumsregel-utgangspunktet formulert rett før. Og for det andre ledet Høyesteretts tolkning av lovhjemmelen i den aktuelle saken rent faktisk til en innskrenkende tolkning av garantien til garantistens gunst. Basert på sin tolkning av petroleumsloven § 10-7 kom Høyesterett til at garantien bare kunne anses å omfatte forpliktelser datterselskapet påtar seg *som rettighetshaver under den eller de aktuelle utvinningstillatelser*. At en garanti avkrevd som konsesjonsvilkår helt i sin alminnelighet bør tolkes innskrenkende av hensyn til lovhjemmelen har gode grunner for seg. En garanti avkrevd i henhold til lovhjemmel kan jo heller ikke privatrettslig formodes å gå lenger enn hva myndighetene hadde hjemmel for å kreve.

Selvigs hovedsynspunkt rundt samsvarende tolkning er egentlig det motsatte, nemlig at det at det potensielt foreligger en videre lovhjemlet adgang til å avkreve garantier basert på forvaltningsrettslige tolkningsprinsipper, ikke tilsier at den avgitte garantien tolkes mer utvidende enn det garantierklæringen selv gir holdepunkter for i henhold til privatrettslig, objektiv tolkningsmetode. Heller ikke høyesterettsdommen i Skeie-saken gir etter mitt syn gode holdepunkter for å dra

andre slutninger. Når Høyesterett sier at garantien må fortolkes i lys av hjemmelsloven, sier de ikke noe annet og mer enn at det også i henhold til privatrettslig tolkningsmetode er naturlig og rimelig å fortolke ord og uttrykk i garantien som har en *bestemt* og *original* betydning under det forvaltningsrettslige regelverket på samme måte. Dette er naturligvis ikke det samme som at man anvender forvaltningsrettslige tolkningsprinsipper på tolkning av garantien bare fordi den inngår i et konsesjonsrettslig system.

Samlet sett må Høyesteretts dom i Skeie-saken dermed anses for å legge til grunn et utgangspunkt om at en garanti avgitt til fordel for staten som et konsesjonsvilkår under et mer omfattende forvaltningsrettslig konsesjonssystem, må tolkes i henhold til en nokså streng, objektiv minimumsregel, der tolkning utover ordlyden til garantistens ugunst krever klare holdepunkter. Det har lenge vært en diskusjon rundt tolkningen av morselskapsgarantien også i en del andre sammenhenger, hvor dette utgangspunktet kan være instruktivt. Videre gir dommen et interessant eksempel i mer alminnelig forstand på forholdet mellom privatrettslige og offentligrettslige regler, der et privatrettslig instrument som en garanti inngår som virkemiddel i mer omfattende konsesjonssystemer.

Ivar Alvik

PANTERETT

Rettsvern for faktoringpant ved forhåndsnotifikasjon (HR-2020-837-A)

Den 13. desember 2013 fikk Bergen Bunkers' kunder en e-post der det bl.a. het:

This letter constitutes notice to you that under the Security Agreement we have assigned by way of security to ING Bank N.V. (the Security Agent) all our rights in respect of the supply contract between us as may be constituted or supplemented to the OWB general terms and conditions as provided to you and as amended, restated or supplemented from time to time ...

Meningen var at ING Bank skulle få sikkerhet i Bergen Bunkers nåværende og fremtidige kundefordringer. Sikkerhetsstillelsen var et ledd i en konsernkredittavtale.

Sikkerhetsstillelsen ble aldri tinglyst som en samlet pantsettelse av kundefordringer (en faktoringavtale) etter pantel. § 4-10, kanskje fordi panthaver og pantsetter gikk ut fra at sikkerhetsstillelsen ble regulert av engelsk rett. Det ble senere avgjort at den ble regulert av norsk rett (avsnitt 13–14). Da Bergen Bunkers senere gikk konkurs, ble det spørsmål om sikkerhetsstillelsen hadde rettsvern overfor konkursboet uten tinglysing bare på grunnlag av meldingen til kundene.

For Høyesterett var saken avgrenset slik at man ikke skulle behandle spørsmålet om meldingen gjengitt oven-

for oppfylte de innholdsmessige kravene til rettsvernsmeldinger (avsnitt 24). Avgrensingen gjaldt nok klarheten i meldingen, for det var allerede rettskraftig avgjort at pantsettelsen ikke oppfylte individualiseringskravet i pantel. § 4-4 første ledd andre punktum om navngitt skyldner og om særskilt nevnt rettsforhold (avsnitt 56). Spørsmålet som ble behandlet, var da om en pantsettelse av kundefordringer i prinsippet kunne få rettsvern overfor pantsetterens tvangskreditorer ved notifikasjon av de enkelte kundene også når individualiseringskravet i pantel. § 4-4 ikke var oppfylt (avsnitt 44). Det var ikke hevdet at et slikt rettsvern kunne omfatte fordringer mot andre kunder enn dem som var notifisert, selv om pantavtalen gjaldt alle kundefordringer (avsnitt 31).

Et flertall på tre dommere i Høyesterett gikk detaljert gjennom rettskildene og reelle hensyn, og de konkluderte med at pant i krav den næringsdrivende måtte få mot en kunde, ikke har rettsvern selv om kunden har fått forhåndsmelding om pantsettelsen etter § 4-5 første ledd, når vilkårene i panteloven § 4-4 ikke er oppfylt (se problemstillingen i avsnitt 44):

Panteloven gir ingen holdepunkter for at rettsvern for slike ikke-individualiserte krav kan oppnås på denne måten, og dette kan heller ikke utledes av rettspraksis. Juridisk teori gir ikke noe entydig svar. I en slik situasjon finner jeg det ikke riktig å supplere bestemmelsene om rettsvern for enkle krav i panteloven kapittel 4 slik ING [panthaverbanken] tar til orde for. Dette må i tilfelle være en lovgiveroppgave [avsnitt 99].

Talsmannen for mindretallet på to tok utgangspunkt i at det var adgang til å pantsette nåværende og fremtidige (ikke-individualiserte) kundefordringer etter pantel. § 4-10, og fant da følgende:

Oppsummert er det ut fra pantelovens oppbygning, forarbeidene og Karmøy Montering-dommen etter mitt syn på det rene at rettsvern for pant i fordringer som er omfattet av en avtale om faktoringpant, kan oppnås ved at skyldneren får melding om pantsettelsen etter § 4-5, og ikke bare gjennom tinglysing etter regelen i § 4-10 andre ledd [avsnitt 127].

Høyesterett har med dette avgjort at faktoringpant bare kan få rettsvern mot pantsetterens tvangskreditorer ved tinglysing, og at rettsvern ved notifikasjon etter pantel. § 4-5 bare gjelder pantsettelse av enkelfordringer etter pantel. § 4-4. Det er visst ingen litteratur som hevder dette standpunktet nå, og resultatet er for så vidt overraskende. Flertallets kildegjennomgang begrenser seg til å vise at kildene ikke er uforenelige med deres konklusjon. De fleste har nok imidlertid lest litteraturen på samme måte som mindretallet. For min del leser jeg den fortsatt slik. Det har formidlingen mot seg at ingen av de siterte forfattere har sett flertallets poeng klart nok til å fremheve det (om det var det de mente).

Konsekvensen av dommen er at notifikasjon heller ikke kan erstatte tinglysing av en faktoringavtale

innenfor de rammene pantel. § 4-4 setter. Faktoring-avtaler navngir jo vanligvis ikke skyldnerne, slik § 4-4 krever. Dette innebærer for øvrig at de litteratur-sitatene flertallet påberopte seg, blir feil for så vidt som de bygger på at en faktoringavtale iallfall i § 4-4-tilfellene kan få rettsvern ved notifikasjon. Om alle disse forfatterne virkelige har oversett dette, blir det ikke mye igjen av flertallets litteraturstøtte.

Selv om dommen endrer det de fleste nok har trodd var gjeldende rett, får den neppe store negative konsekvenser. De som ikke har gjort det, kan bare tinglyse faktoringavtalen sin. Slik tinglysing i etterhånd kan imidlertid skape problemer med omstøtelsesregelen i dekningsl. § 5-7 om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

Av reelle hensyn til støtte for sitt syn påpeker flertallet at

Rettsvern gjennom forhåndsmelding til kundene i en sak som her gir uansett en retts teknisk og prosessøkonomisk dårlig ordning. Vår sak er illustrerende for tvistepotensialet ved en slik løsning. Som nevnt gjorde ING [panthaver-banken] opprinnelig faktoringpant gjeldende for fordringer som ble hevdet meldt til i alt 163 kunder; et tall som senere er blitt redusert til 147 på grunn av fravær av – eller manglende bevis for – slik melding. Ved tinglysing unngås usikkerhet om hva rettsvernet dekker [avsnitt 98].

Det er for så vidt riktig at siden tinglysing gir rettsvern overfor tvangskreditorer for absolutt alle kundefordringer, er det ingen tvil om hvilke fordringer som inngår i pantet. Dette er vel ingen stor fordel all den tid en uansett må finne frem til fordringene, og for boet måtte det være bedre med mindre omfattende pant enn et mer omfattende. Klarheten ved den forkastede

rettsvernsregelen er for øvrig omtrent like god som ved andre tingsinnbegreps pant, så som løsøre pant i panteloven kap. 3 og tilhører til forskjellige hovedgjenstander. Den begrensede klarheten har her vært til å leve med. Hvis denne økede klarheten er det man har oppnådd ved dommen, har man ikke oppnådd mye.

I saken var partene enige om at pantet var etablert som faktoringpant etter pantel. § 4-10 (avsnitt 27). Selv ville jeg trodd at formuleringen i notifikasjonen («assigned by way of security») ville ledet tanken til sikrings-sesjon. I så fall ville ikke begrensingene om navngitt skyldner og særskilt nevnt rettsforhold i pantel. § 4-4 gjelde, fordi denne bestemmelsen ikke er blant de bestemmelsene pantel. § 4-9 viser til. Noen tilsvarende begrensinger finnes ikke i gjeldsbrevloven § 29. Resultatet ville vært at rettsvernet kunne etableres ved notifikasjon av sikrings-sesjon også for fremtidige krav. Denne muligheten står etter dommen fortsatt åpen.

Det som har voldt problemer i denne dommen er begrensningene i pantel. § 4-4 om at pant i enkle fordringer bare kan gjelde fordringer mot «navngitt skyldner i særskilt nevnt rettsforhold». Når pantsettelse og sikrings-sesjon av enkle fordringer er anerkjent også i Norge, er det da noen grunn til å opprettholde disse begrensingene for overdragelse til pant når tilsvarende ikke gjelder overdragelse til eie eller sikrings-sesjon? Oppheves begrensingen, ville også faktoringavtaler som den i dommen kunne få rettsvern ved notifikasjon. For konkursboene ville dette spille liten rolle. De måtte uansett finne seg i tinglyst faktoringpant, og fordringer mot skyldnere som ikke er navngitt, eller som ikke oppstår i et særskilt nevnt rettsforhold, ville uansett være en helt ubetydelig aktivareserve.

Erik Røsæg

Nytt i privatretten

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

Redaktør: Geir Stenseth
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 (2020) på *Nytt i privatretten* koster kr 690, –. Studentabonnement koster kr 350, –. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2020
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer oktober 2020.