



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Krav om redusert disponibelperiode – HR-2023-2068-A *Disponibeltid*

Innledning

I Høyesteretts dom av 2. november i år behandles krav om redusert disponibelperiode. Bakgrunnen for saken var en servicetekniker i oljeservicebransjen, som hadde en tariffbasert arbeidstidsordning etter oljeserviceavtalen. Arbeidstidsordningen innebar at arbeidstaker byttet mellom disponibelperioder og friperioder. I disponibelperiodene skulle arbeidstaker være tilgjengelig for tilkall for arbeid på sokkelen, og serviceteknikeren var ikke underlagt instruks eller restriksjoner i disponibelperioden utover dette. I friperioden skulle i utgangspunktet arbeidstaker ha fri. Det bemerkes at disponibelplanen er en ordning for plassering av den ordinære arbeidstiden. I 2020 fikk serviceteknikeren innvilget redusert arbeidstid med 7,71 prosent etter arbeidsmiljøloven § 10-2 (4) grunnet vektige velferdsgrunner. Arbeidstaker mente at disponibelperioden måtte reduseres tilsvarende som den reduserte arbeidstiden.

Twisten gjaldt spørsmål om retten til redusert arbeidstid i arbeidsmiljøloven § 10-2 (4) måtte føre til at antallet årlige disponibeldager ble satt ned med en tilsvarende proSENTSATS. Dette reiste to spørsmål: Hadde arbeidstidsbegrepet i arbeidsmiljølovens § 10-2 (4) samme begrepsinnhold som i arbeidsmiljøloven

§ 10-1 (1)? Dersom arbeidstidsbegrepet skulle forstås likt som i arbeidsmiljøloven § 10-1 (1), var disponibeltid å anse som arbeidstid etter arbeidsmiljølovens § 10-1 (1)? Til slutt kommenterte også Høyesterett ankende parts anførsel om at disponibeltid reelt sett var en permanent beredskapsvakt utenfor arbeidsstedet, jf. arbeidsmiljølovens § 10-4 (3), og at beredskapsvakten dermed var arbeidstid etter § 10-1.

Serviceteknikeren vant frem i Hordaland tingrett, men fikk ikke medhold i Gulating lagmannsrett. Anken til Høyesterett gjaldt rettsanvendelsen. Høyesterett konkluderte med at arbeidstidsbegrepet i § 10-2 (4) har det samme begrepsinnholdet som i § 10-1 (1). Videre konkluderte Høyesterett med at disponibeltid *ikke* var arbeidstid etter arbeidsmiljølovens § 10-1 (1). Basert på dette hadde ikke arbeidstaker rett til å få antallet disponibeldager nedsatt med samme prosent-sats som årsverket allerede var redusert med. Dommen var enstemmig.

Saken er noe spesiell ettersom den omhandler disponibeltid. Dommen gir nyttige avklaringer knyttet til forståelsen av arbeidstidsbegrepets innhold.

Samme begrepsforståelse i arbeidsmiljøloven § 10-2 (4) og § 10-1 (1)

Serviceteknikeren gjorde subsidiært gjeldende at arbeidstidsbegrepet i arbeidsmiljølovens § 10-2 (4) hadde et videre innhold enn i § 10-1 (1). Spørsmålet var om 'arbeidstid' skulle forstås likt i de to bestemmelsene. Arbeidsmiljøloven definerer begrepet 'arbeidstid' i § 10-1 (1) som «den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver», og begrepets motsats 'arbeidsfri' defineres som «den tid arbeidstaker ikke står til disposisjon for arbeidsgiver».

Bestemmelsen gir legaldefinisjoner av begrepene 'arbeidstid' og 'arbeidsfri'. Høyesterett la til grunn at formålet med å legaldefinere begrepene er å fastlegge begrepsinnholdet, slik de også skal brukes i andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven. Domstolen uttalte at 'arbeidstid' i arbeidsmiljølovens § 10-2 «skal forstås som angitt i § 10-1 med mindre noe annet fremgår» (avsnitt 40). Selv om uttalelsen knytter seg til arbeidsmiljølovens § 10-2, må uttalelsene ha overføringsverdi til andre arbeidstidsreguleringer i arbeidsmiljøloven.

Innhold nr. 4:

Arbeidsrett	1
Erstatningsrett	4
Konkurranserett	10
Pengekravsrett	15

I vurderingen av om det forelå holdepunkter for en annen begrepsforståelse fant Høyesterett at verken ordlyden i § 10-2 eller forarbeidene ga noen holdepunkter for dette. Høyesterett pekte imidlertid på at formålsbetraktninger isolert sett kunne tilsi at arbeidstidsbegrepet skulle ha et videre begrepsinnhold i arbeidsmiljølovens § 10-2 enn i enkelte andre arbeidstidsreguleringer, men førstvoterende viste i den forbindelse til at lovgiver allerede hadde foretatt en avveining av hensynet til arbeidstaker og arbeidsgiver ved utformingen av reglene i arbeidsmiljøloven. Dette var derfor en tungtveiende innvending mot en utvidende fortolkning av arbeidstidsbegrepet. Høyesterett fastslo også at formålsbetraktninger «under enhver omstendighet ikke [kunne] tilsidesette den klare lovteksten» (avsnitt 42). Begrepet arbeidstid i § 10-2 (4) måtte dermed forstås likt som i § 10-1 (1).

I HR-2018-1036-A *Reisetid* (HR-2018-1036-A er kommentert i *Nytt i privatretten* 2018 nr. 3) uttalte Høyesterett at deres tolkning av arbeidstidsbegrepet ikke uten videre hadde overføringsverdi til hva som var arbeidstid «i andre sammenhenger; verken i tariffavtaler, i andre deler av arbeidsmiljøloven eller i lovgivningen for øvrig». Høyesteretts reservasjon i *Reisetid* etterlot en usikkerhet knyttet til tolkningen av arbeidstidsbegrepet i andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven. Det må særlig ses i lys av den avgrensede konklusjonen i *Reisetid*, som lød som følger: «Den omtvistede reisetiden må anses som arbeidstid etter de bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10 som implementerer arbeidstidsdirektivet». Høyesterett avklarer i *Disponibeltid* at arbeidstidsbegrepet i arbeidsmiljøloven skal forstås likt som i § 10-1 med mindre det er grunnlag for en annen begrepsforståelse. Dette er en viktig klargjøring fra Høyesterett, og jeg oppfatter at Høyesterett med dette sier at det må foreligge klare holdepunkter for at arbeidstidsbegrepet i andre arbeidstidsreguleringer i arbeidsmiljøloven skal forstås annerledes enn i § 10-1 (1).

Disponibeltid er ikke arbeidstid

Høyesteretts vurdering av det andre spørsmålet er både av praktisk og prinsipiell interesse. Høyesterett tok utgangspunkt i arbeidsmiljølovens § 10-1. Som nevnt defineres 'arbeidstid' som «den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver», og motsatsen 'arbeidsfri' er tiden arbeidstaker ikke står til disposisjon for arbeidsgiver. Førstvoterende viste til at ordlyden i § 10-1 ikke ga noen klare holdepunkter for om disponibeltid er arbeidstid. At arbeidstaker kan bli utkalt for arbeid når som helst kunne mulig ses på som at arbeidstaker sto til disposisjon for arbeidsgiver, men Høyesterett uttalte at en språklig fortolkning av «til disposisjon» innebærer at arbeidstaker er underlagt arbeidsgivers styrings- og instruksjonsrett. Høyesterett fastslo at heller ikke forarbeidene eller Rt-2001-418 *Kårstø* ga noe entydig svar på om disponibeltid er

arbeidstid. Det var derfor nødvendig å se hen til EU-domstolens praksis.

Arbeidstidsdirektivet er implementert i arbeidsmiljølovens kapittel 10, og direktivets artikkel 2 definerer arbeidstid. Førstvoterende i *Disponibeltid* viste til at Høyesterett i *Reisetid* kommenterte forholdet mellom arbeidsmiljølovens kapittel 10 og arbeidstidsdirektivet. I *Reisetid* ble det henvist til presumsjonsprinsippet, som innebærer at arbeidstidsbegrepet i vernebestemmelsene i kapittel 10 må tolkes på samme måte som i artikkel 2 i arbeidstidsdirektivet. Ettersom direktivet skal tolkes autonomt, må arbeidsmiljølovens § 10-1 tolkes i samsvar med direktivet (avsnitt 46).

Arbeidstidsdirektivet artikkel 2 nr.1 definerer «working time» som «any period during which the worker is working, at the employer's disposal and carrying out his activity or duties, in accordance with national laws and/or practice». Tidsperioder som ikke klassifiseres som «working time» anses som «rest period» («hviletid»). Med henvisning til EU-domstolens praksis – sak C-266/14 *Tyco* avsnitt 17 og C-344/19 *Radio-televizija Slovenija* avsnitt 29 – påpekte førstvoterende at direktivet ikke opererer med noen mellomkategorier (avsnitt 52). I samsvar med *Reisetid* og praksis fra EU-domstolen la Høyesterett til grunn at arbeidstidsbegrepet må tolkes i lys av direktivets formål om å ivareta arbeidstakers sikkerhet og helse.

Artikkel 2 oppstiller tre kriterier: «working», «at the employer's disposal» og «carrying out his activity or duties». Førstvoterende viste til Official Journal of the European Union, C 143/8, punkt IV A ved fastleggingen av kriterienes innhold. Det første kriteriet «working» innebærer at arbeidstakeren må være på arbeidsplassen. Det andre kriteriet, «at the employer's disposal», innebærer at arbeidstakeren må være underlagt arbeidsgivers styringsrett. Til slutt viste førstvoterende til at det tredje kriteriet innebærer at arbeidstakeren må utføre sine arbeidsoppgaver (avsnitt 53). Det er særlig presiseringen av innholdet i kriteriet «working» som innebærer en viktig avklaring ettersom det tidligere var noe uklart hvordan begrepet var å forstå.

Høyesterett tok også stilling til om kriteriene i artikkel 2 er kumulative eller alternative. Ifølge førstvoterende tilsa ordlyden at de tre kriteriene er kumulative. Førstvoterende viste imidlertid til at EU-domstolens praksis tilsa at bestemmelsen ikke skulle forstås slik, og at «det er på det rene at en periode kan anses som arbeidstid selv om alle vilkår ikke er oppfylt» (avsnitt 54). Høyesterett fravek med dette EU-kommisjonens tolkning i Official Journal of the European Union, C 143/8 IV A hvor det ble uttalt at «[w]ith reference to the text of Article 2(1) itself, the Court's case-law and historical documents, three cumulative criteria determine whether certain periods are deemed to be 'working time'». Høyesterett tolket med andre ord EU-domstolens praksis annerledes enn EU-kommi-

sjonen på dette punkt, og har dermed et annet syn på spørsmålet om vilkårene er kumulative eller alternative.

Ettersom arbeidstaker ikke var til stede på arbeidsplassen i disponibeltiden og heller ikke utførte arbeidsoppgaver, tok førstvoterende utgangspunkt i det andre kriteriet i artikkel 2 (avsnitt 55). Spørsmålet var om arbeidstaker var underlagt arbeidsgivers styringsrett, dvs. «at the employer's disposal». Sammenlignet med tilnærmingmåten i *Reisetid*, hvor det foretas en konkret, strukturert vurdering av begrepslementene i artikkel 2, fraviker Høyesterett sin tidligere tilnærmingmåte ved at den nå legger til grunn at det er tilstrekkelig at ett vilkår er oppfylt.

Høyesterett skulle i den aktuelle sak vurdere om disponibeltid var arbeidstid. I den forbindelse pekte førstvoterende på at EU-domstolen relativt nylig har avsagt to storkammeravgjørelser, C-344/19 *Radiotelevizija Slovenija* og C-580/19 *Stadt Offenbach*. Begge sakene omhandlet spørsmål om når arbeidstakers standbyperiode var arbeidstid etter arbeidstidsdirektivets artikkel 2. Ettersom rettssetningene i avgjørelsene fra EU-domstolen er sammenfallende, tok førstvoterende utgangspunkt i *Radiotelevizija Slovenija* da dommen var mer tilpasset saken Høyesterett hadde til vurdering.

Fra *Radiotelevizija Slovenija* og tilhørende EU-praksis sluttet førstvoterende at «stand-by ikke i seg selv innebærer arbeidstid» (avsnitt 59). Utgangspunktet er følgelig at standbyperioder er hviletid. I samsvar med EU-domstolens skjønnsstema oppstilte førstvoterende i avsnitt 59 vurderingstemaet for når tidsperioden likevel skal anses som arbeidstid. Dersom «arbeidstakeren er underlagt begrensninger som objektivt sett og i meget betydelig omfang – «very significantly» – påvirker mulighetene for å disponere over fritiden og forfølge egne interesser», vil tidsperioden klassifiseres som arbeidstid. Etter min oppfatning viser EU-domstolens praksis at vurderingstemaet knyttet til standbyperioder springer ut av hviletidsbegrepet, og at utgangspunktet for drøftelsen må tas i hviletidsbegrepet. Innholdet i hviletidsbegrepet er positivt angitt i EU-domstolens praksis, herunder om tidsperioden er effektiv som hviletid. I hvilken grad hviletiden er effektiv beror på hvilke begrensninger, og omfanget av disse, arbeidstaker er pålagt i den aktuelle tidsperioden. Dersom arbeidstaker er pålagt store begrensninger i hviletiden, tilsier det at tidsperioden er arbeidstid.

Høyesterett la – med henvisning til *Radiotelevizija Slovenija* – til grunn at responstiden hadde en sentral plass i vurderingen av om standby er arbeidstid (avsnitt 60). Er responstiden kort, taler det for at hele standbyperioden er arbeidstid. I tillegg er den gjennomsnittlige frekvensen og varigheten av utkallingene av betydning for vurderingen (avsnitt 61). Til slutt påpekte førstvoterende at også andre begrensninger kunne ha betydning i helhetsvurderingen av om standbyperioden er arbeidstid (avsnitt 62). Høyesterett kom-

menterte imidlertid ikke at EU-domstolen har lagt til grunn i både *Radiotelevizija Slovenija* og *Stadt Offenbach* at dersom arbeidsgiver fasiliteter eller tilrettelegger for at standbyperioden skal utgjøre færrest mulige begrensninger, vil dette inngå i helhetsvurderingen. Det må altså foretas en helhetsvurdering av de konkrete forholdene, heller enn en vurdering strukturert etter de tre kriteriene i artikkel 2.

Førstvoterende oppsummerte sin forståelse av EUs arbeidstidsbegrep i avsnitt 63 slik:

Vilkårene i artikkel 2 nr. 1 kan være oppfylt selv om arbeidstakeren ikke befinner seg på arbeidstedet for å utføre arbeid. Men i slike situasjoner kreves det noe mer enn at arbeidstakeren i den aktuelle perioden er underlagt arbeidsgivers styrings- og instruksjonsrett. Arbeidstakeren må være pålagt begrensninger som objektivt sett og i meget betydelig omfang påvirker mulighetene for å disponere over fritiden og forfølge egne interesser. Hvis responstiden under stand-by bare er noen få minutter, er utgangspunktet at hele perioden regnes som arbeidstid. Lengre responstid vil tale mot å anse stand-by som arbeidstid. Det må uansett foretas en samlet vurdering, hvor også hyppigheten av utkallingene og andre elementer trekkes inn.

I den konkrete vurderingen av arbeidstakers disponibeltid la Høyesterett lagmannsrettens beskrivelse av saksforholdet til grunn (Høyesterett vurderte kun rettsanvendelsen). Ifølge førstvoterende var ikke arbeidstaker underlagt begrensninger i disponibeltiden som objektivt sett og i meget betydelig omfang påvirket hans muligheter til å disponere over fritiden og forfølge egne interesser. Det ble begrunnet i at responstiden var ned til noen timer, og at arbeidstaker ikke var underlagt instruks før han ble utkalt på sokkelen. Han kunne drive med fritidsinteresser og være med familien i disponibeltiden (avsnitt 67).

I forlengelsen av dette bemerkes det at ved vurderingen av spørsmålet om disponibeltid var arbeidstid tok Høyesterett utgangspunkt i disposisjonskriteriet, mens EU-domstolen i tilsvarende spørsmål synes å ta utgangspunkt i hviletidsbegrepet. Dette fikk ikke betydning for resultatet i denne saken, men det kan ikke utelukkes at de forskjellige utgangspunktene kan medføre ulike tolkningsresultater i andre tilfeller.

Særlig om beredskapsvakt

Ankende part anførte at disponibeltid reelt sett var en permanent beredskapsvakt utenfor arbeidstedet, jf. arbeidsmiljølovens § 10-4 (3), og at beredskapsvakten dermed var arbeidstid etter § 10-1. Høyesterett kommenterte i den forbindelse at det var vanskelig å se at disponibeltid er en form for beredskapsvakt ettersom en disponibelplan er en ordning for plassering av ordinær arbeidstid, mens beredskap er noe som kommer i tillegg til denne (avsnitt 71). I tillegg poengterte Høyesterett at beredskapsvakt ikke uten videre er arbeids-

tid slik begrepet er definert i § 10-1 (1), og at ordlyden i § 10-4 (3) heller indikerer at vekten *ikke* er arbeidstid. Ankende part fikk dermed ikke medhold i denne anførselen.

Ankemotpart anførte at beredskapsvakt uansett ikke er arbeidstid. Til dette uttalte Høyesterett at det var en annen sak om beredskapsvakter kunne påføre arbeidstaker så betydelige begrensninger at de innebærer arbeidstid etter de kriterier EU-domstolen har oppstilt. Det var ikke tilfellet i den aktuelle sak.

Sigrid Frajford Landa
Advokatfirmaet Thommessen

ERSTATNINGSRETT

Skadelidtes medvirkning og profesjonsansvar for forsikringsmegler – HR-2023-1796-A

Innledning

Saken gjaldt spørsmålet om en forsikringstaker skulle få nedsatt erstatningen mot en ansvarlig forsikringsmegler etter skl. § 5-1. Megleren hadde gitt uaktsom rådgivning, og forsikringstakeren var underforsikret. Men forsikringstakeren hadde ikke lest forsikringsvilkårene. En enstemmig Høyesterett kom til at erstatningen ikke skulle settes ned. Forsikringstakeren kunne ikke bebreides for selv ikke å ha lest vilkårene. Det ble vist til at det verken forelå noen «konkret oppfordring til å lese vilkårene og heller ikke noen konkret mistanke om underdekning», avsnitt 54.

Sakens bakgrunn

Saken sprang ut av en brann hos Trevaren Eydehavn AS (heretter Trevaren) som selskapet var betydelig underforsikret for. Trevaren krevde erstatning for feil begått av forsikringsmegleren Pareto for det overskytende tapet. Pareto hadde rammeavtale inngått med Norske Trevarefabrikkers Landsforbund (NTL) som Trevaren var medlem av. Pareto hadde hatt årlige gjennomganger med Trevaren av forsikringsbehov. Saken ble anlagt mot AIG Insurance som var forsikrings-selskapet til forsikringsmegleren Pareto.

Sentralt i saken sto forsikringen for «maskiner, inventar og løsøre». Denne var dekket opp til et fastsatt beløp på kr 5 166 300. Det reelle tapet etter brannen var betydelig høyere. Bakgrunnen for underdekningen var *grensesnittet* mellom denne forsikringen, og bygningsforsikringen. Bygningsforsikringen var tegnet av et annet selskap – Budalen Eiendom – men som hadde samme eiere. Forsikringene til disse selskapene ble langt på vei sett under ett. Konkret innebar forsikringsvilkårene for «maskin, inventar og løsøre» at et spesialinnredet rom for lakking – en «lakkboks» – ble ansett som en «maskin». Dette rommet, og andre installasjoner som var integrert i bygget som flisavsug og flisbrenner (men ikke ventilasjon og

fyring), inngikk dermed i det utilfredsstillende oppgjøret for «maskin, inventar og løsøre».

Agder tingrett hadde kommet til at Trevaren hadde krav på erstatning med kr 4 365 333. Med unntak for en mindre post på kr 150 000, utgjorde den tilkjente summen hele det økonomiske tap som tingretten fant sannsynliggjort for den mangelfulle rådgivningen knyttet til «maskin, inventar og løsøre». Resten av Trevarens krav ble ikke tatt følge, herunder en underdekning på vareforsikringen, som i det vesentligste skyldtes at opplysninger Trevaren selv hadde gitt ikke var tilstrekkelige. AIG anket dommen. *Agder lagmannsrett* stadfestet deretter at Pareto hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt for så vidt gjaldt «maskin, inventar og løsøre» og det mindre kravet på kr 150 000. I bevisvurderingen bygget lagmannsretten på at det hadde formodningen mot seg at Trevaren forstod at de var underdekket:

Partenes diametralt ulike oppfatning av hva som ble sagt og drøftet i de årlige kundemøtene, etterlater uklarhet om hva som faktisk ble gjennomgått. Hensett til den brann- og skaderisiko trevareproduksjon fører med seg, samt de tross alt lave premiesummer det er tale om, har det formodningen mot seg at Trevaren faktisk forstod at man ikke var tilfredsstillende dekket ved en totalskade på produksjonsanlegget og således tok en bevisst risiko.

Men i motsetning til tingretten ga lagmannsretten AIG *delvis medhold*, ved at det nå ble gitt avkortning i erstatningssummen med 1/3 som følge av *skadelidtes medvirkning*. Hadde de ansvarlige i Trevaren lest forsikringsvilkårene, ca. 160 sider, måtte det legges til grunn at «de ville forstått» hvilke installasjoner som falt utenfor bygningsforsikringen, eller «i det minste undersøkt nærmere» grensedragningen mellom forsikringene.

Saken ble anket til Høyesterett. Bare rettsanvendelsen knyttet til skadelidtes medvirkning ble tatt til behandling.

Høyesteretts vurdering

Høyesterett kom enstemmig til at erstatningen ikke skulle settes ned som følge av skadelidtes medvirkning etter skl. § 5-1. Vilkåret om at Trevaren kunne bebreides for sin opptreden var ikke oppfylt. Førstvoterende, dommer Hellerslia, gjenga de generelle utgangspunktene for skyldvurderingen i avsnitt 35, herunder hvilke *forventninger* som kan stilles til skadelidte, *risikoen, subjektive forhold* og forhold på *skadevolders side*: Det var ikke «grunnlag for å legge terskelen [for å nedsette ansvaret] høyere enn generelt i saker om profesjonsansvar». Samtidig ble det lagt til, muligens litt kryptisk i lys av det foregående, at «den omstendighet at skadevolder har et strengt profesjonsansvar» er noe som «kan få betydning ved den konkrete vurderingen av om skadelidte kan bebreides, og av om avkortning i så fall skal skje», jf. avsnitt 37.

Ved den konkrete vurderingen av Trevarens atferd, måtte utgangspunktet tas i «hva Trevaren kunne forvente av Pareto», jf. avsnitt 40. Det var benyttet megler, og det var derfor en annen situasjon enn der hvor forsikringstaker kjøper direkte av forsikrings-selskapet, jf. avsnitt 39 og 57. Etter lov og avtale var meglerens oppgave her å analysere behovene til kunden, og på bakgrunn av en slik analyse å gi råd om forsikringsdekning. Rammeavtalen bestemte at megleren skulle «identifisere risikoområder som ikke er forsikringsmessig dekket», jf. avsnitt 44. Som påpekt av lagmannsretten var grensen mellom forsikringsområdene «et typisk risikoområde», se gjengivelsen i avsnitt 45.

Det var ingen holdepunkter for at Trevaren *bevisst* tok en sjanse, jf. avsnitt 59. Høyesterett kom til at de heller ikke *burde* ha opptrådt annerledes. Flere momenter talte imot at Trevaren hadde en *generell plikt* til å sette seg inn i forsikringsvilkårene:

- For det første var «grensen mellom forsikringsne ikke [...] enkel», jf. avsnitt 55. Bygning og produksjonsutstyr var integrert i hverandre. Førstvoterende antyder bl.a. det umiddelbart kontraintuitive i at et spesialinnredet rom for lakking skal anses som en maskin og ikke være en del av bygningen.
- For det andre innebar oppdragsavtalen en «rollefordeling mellom partene». Det var betalt for en «profesjonell oppdragstaker for å utføre oppgaver som selskapet ellers måtte ha utført selv», jf. avsnitt 56.
- For det tredje kunne ikke prevensjonshensynet ha noen avgjørende vekt i relasjon til Trevarens ansvar, men derimot i relasjon til forsikringsmeglerens ansvar, som hadde «størst kompetanse og derfor størst mulighet til å forebygge feil», og dessuten «gjennom flere års samarbeid et godt kjennskap til bedriften», avsnitt 58.

Førstvoterende drøftet flere momenter som talte for at det ikke var noen «konkret oppfordring til å lese vilkårene og heller ikke noen konkret mistanke om underdekning», jf. avsnitt 54.

- Pareto ba Trevaren om å kontrollere at «opplysninger som fremkommer i polisen er korrekte» i e-post 7. oktober 2019. Men dette kunne mest naturlig leses som kontroll av Trevarens egne opplysninger. Det var også bedt om «at vilkår og sikkerhetsforskrifter blir gjennomgått og tilpasset bedriftens internkontroll». Dette måtte leses slik at det gjaldt de vilkår mv. som forsikringstaker måtte oppfylle, og implementeres i internkontrollen, se avsnitt 49–50.
- Eiendelene var delvis forsikret under bygningsforsikringen hos Budalen Eiendom. Men disse to selskapenes forsikringer ble «langt på vei [...] sett på under ett», og det var en rekke momenter i den forbindelse som talte for at Trevaren hadde en «berettiget forventning om at Pareto vurderte

den samlede dekningen av bygning og maskiner, inventar og løsøre», jf. avsnitt 52.

- En tidligere hendelse i 2014, en «mindre brann som kun rammet deler av produksjonsanlegget», er kort omtalt i avsnitt 53. Det er litt uklart ut fra premissene hva betydningen av denne hendelsen var.

Alt i alt kunne forsikringstaker ikke bebreides. Å gjennomgå vilkårene ville ha gått ut over hva som «i rimelig utstrekning kunne forventes her», jf. avsnitt 60.

Forholdet til de øvrige vilkårene i skl. § 5-1 ble kort berørt i begrunnelsen. Det står at vurderingen av «skyld og kan-vurderingen til en viss grad vil kunne gli over i hverandre», jf. avsnitt 32. I premissene er det ikke egentlig noen slik glidning over i kan-vurderingen, slik jeg leser dem. Dommen er avgjort på skyldvilkåret, jf. avsnitt 61. Det ble presisert at det momentet at skadevolder har ansvarsforsikring bare er et moment i kan-vurderingen, jf. avsnitt 36, med henvisning til Rt. 2005 s. 1714.

Kommentar

Resultatet i saken er at tingrettens konkrete vurdering av saken blir stående. Totalt sett fikk Trevaren dermed en erstatning som dekket de installasjoner som falt innenfor «maskin, inventar og løsøre», men ikke drifts-avbruddsforsikring eller vareforsikring, hvor underdekningen i stor grad berodde på opplysninger selskapet selv burde ha kommet med, og som heller ikke var til prøving i Høyesterett. De må selv dekke egne saks-kostnader for lagmannsretten. Men det skyldes at de også selv valgte å inngi avledet anke på de punkter der de tapte i tingretten.

Dommen fastslår at det for denne type rådgivningsoppdrag er en *oppgavefordeling* mellom partene. Kunden har i begrenset grad en plikt til å ettergå rådgiverens arbeid. Det gjelder også der kunden kunne ha identifisert mulige problemstillinger som rådgiveren selv ikke har løftet ved å lese underlagsdokumentasjon, og herunder *avtalevilkårene*. Plikten til å ettergå er begrenset til tilfelle hvor kunden hadde en «konkret oppfordring» til dette. Dommen er relevant også for andre typer rådgivningsoppdrag der det gjelder en streng aktsomhetsnorm, som advokatansvaret. Slike avgjørelser er riktignok ofte konkret begrunnet i sakens omstendigheter, hvor det i noen saker blir nedsettelse på grunn av medvirkning, bl.a. Rt. 2003 s. 400, noen saker ikke, bl.a. Rt. 2002 s. 286.

Dommen er antagelig på linje med situasjonen i andre land. Synspunktet om at den profesjonelle rådgiveren i all hovedsak må bære ansvaret for egne feil ble bl.a. uttrykt slik av dommer Simon ved Queens' Bench division High Court, i saken *Newline Corporate Name Ltd v Morgan Cole* (a firm) [2007] EWHC 1628 (Comm) (advokatansvar for manglende forsikringsdekning):

The defendant was specifically instructed to consider the issue of coverage and it is difficult to see

why the client, who has paid the solicitor to do the work, should check that the solicitor has done the task for which he has been employed ... To put the matter more proverbially: if you hire a dog you do not expect to have to bark.

En undersøkelse i engelsk rett indikerer at anførsler om skadelidtes medvirkning fører frem i *vesentlig færre saker om profesjonsansvar enn ellers* i erstatningsretten – og faktisk bare i 14 % av sakene om forsikringsmegling, jf. D. Nolan og J. Goudkamp 'Contributory Negligence and Professional Negligence: An Empirical Perspective' i K. Barker og R. Grantham *Apportionment in Private Law* (Hart Publishing 2019) s. 161–195, s. 190. De konstatere at engelske dommere «are unimpressed by arguments to the effect that clients should have done more to check the work done, or advice given, by a professional», og at klienten er «entitled to rely on the expertise of a defendant who has (almost always) been paid to provide a professional service», s. 180.

Rekkevidden av dommen er begrenset til ansvaret for rådgiveren. Synspunktene kan ikke uten videre anvendes på kjøp av forsikring direkte av forsikrings-selskapet. Noe overføringsverdi er det likevel. Dommen gjentar for eksempel momentet fra Rt. 2003 s. 1524 om klausuler «plassert blant detaljerte og svært omfattende vilkår som forsikringsselskapene er vel kjent med og som forsikringsselskapene i sin alminnelighet finner nokså utilgjengelige», avsnitt 31.

Et mottrekk mot dommen er at rådgiverne som engasjeres *selv* begrenser sitt ansvar i *sine standard-vilkår*, eventuelt sørger for *mer skriftlig dokumentasjon* fra møter mv. for å begrense sitt ansvar, for bl.a. underdekning. Oppgavefordelingen som ligger i oppdraget, og behovet for tillit til rådgivere som denne dommen gir uttrykk for, innebærer at slike begrensninger i ansvaret ikke uten videre vil kunne stå seg *avtalerettslig*. Men det er en annen problemstilling.

Johannes Hygen Meyer

Ikke erstatning for særlig uventet skade hos et prematurt barn etter pasientskadeloven § 2 (3) – HR-2023-2069-A

Innledning

Saken gjaldt krav om erstatning for særlig uventet skade etter passkl. § 2 (3). Et ekstremt prematurt barn, født i den 24. svangerskapsuken, hadde i tråd med normal behandling fått anlagt arteriekateter i venstre arm da han lå på nyfødtintensiven. Som følge av denne fikk han nedsatt blodsirkulasjon i hånden. Dette ledet til vevsdød, såkalt nekrose. Han er i dag seks og et halvt år og mangler gripeevne i hånden, som han nå bare kan bruke som støttehånd. Hans medisinske invaliditet er satt til 40 %. Det forelå ikke «svikt» ved

behandlingen av gutten, og spørsmålet var om det likevel skulle svares erstatning etter unntaksregelen i passkl. § 2 (3).

Passkl. § 2(3)

Vilkåret etter unntaksregelen i passkl. § 2 (3) er at skaden er «særlig stor eller særlig uventet, og at den ikke kan anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere». Bestemmelsen viderefører i noen grad tidligere praksis der erstatning ble tilstått av billighetsgrunner. Den er i hovedsak ment å fange tilfeller hvor manglende erstatning vil «virke støtende på rettsfølelsen», for eksempel «ved sjeldne, uunngåelige skader hvor pasientens tilstand er betydelig forverret som følge av behandlingen» jf. Ot.prp.nr. 31 (1998–1999) s. 68, NOU 1992:6 s. 94.

Rettspraksis etter bestemmelsen har lagt seg på en streng linje. Bestemmelsen er ikke en «ren rimelighetsvurdering», men skal regnes som en «sikkerhetsventil», jf. HR-2017-2270-A (urininkontinens I). Den skal anvendes der hvor manglende erstatning vil virke «støtende», jf. Rt. 2013 s. 653 (cellegift). Det må være et «markert misforhold mellom skaden og pasientens sykdom»; skadeomfanget må være «uforholdsmessig stort», jf. HR-2022-2356-A (Urininkontinens II). Det skal legges vekt på *indikasjonsstilling, skadehyppigheten og skadens omfang*. Det vil kun helt unntaksvis være grunnlag for å vurdere erstatning etter bestemmelsen når invaliditeten er lavere enn mengruppe 3 (35–44 %), jf. HR-2022-2356-A (Urininkontinens II) avsnitt 62. Der behandlingen er «adekvat og nødvendig for å redde pasientens liv, vil skade som følge av behandlingen normalt anses som utslag av en risiko som pasienten må akseptere», jf. HR-2022-2356-A (Urininkontinens II) avsnitt 23. Det fremgår samme sted at dette kan ses som et spørsmål om *tålegrensen* er overskredet.

Høyesteretts vurdering

Høyesterett delte seg i et flertall og et mindretall. Flertallet på fire dommere, anført av dommer Thyness, stemte for å frifinne staten for erstatning. Mindretallet, dommer Stenvik, stemte for å tilkjenne erstatning. Et sentralt punkt var *hva vurderingen skulle ta utgangspunkt i*: Selve behandlingen på *nyfødtintensiven* fra uke 24 var åpenbart «adekvat og nødvendig for å redde pasientens liv». Bruken av *arteriekateteret* – isolert sett – var derimot ment å overvåke blodtrykk og blodverdier, den hadde svært lav risiko, og det fantes for så vidt også alternativer som ble benyttet etter at skaden oppsto. Flertall og mindretall hadde ulikt syn. Flertallet tok utgangspunkt i behandlingen av prematuriteten på *nyfødtintensiven*, sett under ett, mens mindretallet tok utgangspunkt i *selve arteriekateteret*.

Flertallet gikk gjennom momentene *indikasjonsstilling*, om skaden var *særlig stor*, om skaden var *særlig uventet* og *tålegrensen*. Om indikasjonsstillingen – som var et sentralt punkt under advokatenes

prosedyre – uttalte han at det var «for snevert» å vurdere denne «ut fra metoden for overvåkning av blodtrykk og blodverdier», jf. avsnitt 51. Det relevante for indikasjonsstillingen var «sykdommens alvor – og dermed hvor nødvendig den samlede behandlingen var». Førstvoterende viste til departementets ordvalg i proposisjonen – «det forhold pasienten ble behandlet for» – og til at erstatning ble nektet i Rt. 2006 s. 1217 (angiografi) der en pasient ble 100 % arbeidsufør som følge av en forundersøkelse før behandling av en livstruende sykdom. Her ble «alle nødvendige ledd i behandlingen vurdert under ett», jf. avsnitt 54. Førstvoterende siterte videre fra forarbeidene om at erstatningsansvar ikke utløses der hvor «det [er] nødvendig å utsette pasienten for fare for å redde livet»; i slike tilfelle er skaden et utslag av en kalkulert risiko, jf. avsnitt 57.

Når det gjelder de øvrige momentene kom førstvoterende til at *skadens størrelse* på 40 % invaliditet ikke var «så liten at det i seg selv taler imot å tilkjenne erstatning», men «heller ikke så stor at den i helhetsvurderingen taler med særlig styrke for å tilkjenne erstatning», jf. avsnitt 67. Samtidig var det ikke riktig å sammenligne med totalt fravær av behandling, som her hadde vært fatalt, slik staten hadde anført. Annerledes dersom pasienten fra før hadde en medisinsk invaliditet, i så fall var det bare «økningen» som måtte tas i betraktning. Under tvil var skaden *særlig uventet*, selv om den iht. førstvoterende lå i «risikoens retning», og at rettspraksis i slike tilfelle var «streng», jf. avsnitt 72. Men alt i alt var *tålegrensen* ikke overskredet, tatt i betraktning at det måtte veie «tungt at prematurbehandlingen – som må vurderes under ett – var nødvendig for å redde livet», jf. avsnitt 76.

Mindretallet kom til at *tålegrensen* var overskredet og at erstatning skulle tilkjennes. Mindretallets votum er i større grad innrettet mot *tålegrensen*, om denne skulle være forhøyet eller ikke. Det går inn på begrunnelsen for unntaksbestemmelsen, hvordan denne er kommet til uttrykk i forarbeidene, og konkluderer med at (avsnitt 89):

Jeg finner ingen holdepunkter i forarbeidene for at alvorlig syke pasienter må finne seg i en høyere *tålegrense* der skaden skyldes behandlingstiltak som generelt anses å medføre lav risiko.

Slik mindretallet så det, var det *risikoen* ved det aktuelle *behandlingstiltaket* som skulle vurderes. For det første var det «risikoen ved *det skadevoldende behandlingstiltaket*, og ikke risikoen ved *sykdommen i seg selv*» som hadde vært «den bærende begrunnelsen for å heve *tålegrensen*» i tidligere rettsavgjørelser om passkl. § 2 (3), jf. avsnitt 85. For det andre var det verken nødvendig å se hen til *behovet* for behandlingstiltaket, eller om det fantes *alternative* behandlingsmåter – det var *risikoen alene* som var sentralt – som i et objektivisert ansvar, jf. avsnitt 90.

Når det gjelder de konkrete momentene var min-

dretallet enig i at graden av medisinsk invaliditet på 40 % var en *særlig stor skade*, riktignok «ikke helt i det nedre sjiktet av de skadetilfellene som bestemmelsen tar sikte på» (avsnitt 93). Mindretallet går grundigere inn i spørsmålet om skaden var *særlig uventet*. Å legge et arteriekateter er ansett for å være beste praksis, og skaden slik den hadde oppstått var ifølge sakkyndige «særlig sjelden», jf. avsnitt 96. Mindretallet festet seg ved at den sakkyndige erklæringen nærmest virket rådvill om hvordan skaden kunne ha oppstått. Alt i alt måtte en *normal lålegrense* legges til grunn, og denne var ikke overskredet.

Kommentar

Flertall og mindretall delte seg i synet på hvordan unntaksbestemmelsen og tilhørende rettspraksis skulle tolkes. Både flertall og mindretall siterte fra forarbeidene, og har ulik tolkning av dem. Illustrerende for det ulike synet på tolkningen av dem, er at de begge siterte det samme avsnittet fra Ot.prp.nr.31 (1998–1999) side 91 (se avsnittene 57 og 86 i dommen):

Er det nødvendig å utsette pasienten for fare for å redde livet, utløses imidlertid ikke erstatningsansvar om faren manifesterer seg. Skaden er i dette tilfelle en kalkulert risiko.

Dommerne var også delt i tolkningen av rettspraksis. Mindretallet tolket de tidligere dommene slik at «det skadevoldende behandlingstiltaket» var «den bærende begrunnelsen for å heve *tålegrensen*», med henvisning til Rt. 2006 s. 1217, Rt. 2008 s. 218, Rt. 2013 s. 653 og HR-2017-2270. Flertallet konsentrerte seg i større grad om Rt. 2006 s. 1217 og vektla at det var tale om komplikasjoner som følge av en undersøkelse som var ledd i en større behandling. Det må like fullt være riktig å si at undersøkelsen i den saken hadde større kjent risiko enn arteriekateteret her.

Ved tolkningstvill er det relevant å se nærmere på de bakenforliggende hensynene for ordningen. Her leser jeg mindretallets begrunnelse som mer prinsipielt anlagt med tanke på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende ved unntaksregelen i passkl. § 2 (3).

Johannes Hygen Meyer*

**Forf. hadde en kort uformell drøftelse av saken med den skadelidtes advokat før forhandlingene i Høyesterett. Forf. har ikke hatt noe oppdrag for noen av partene i saken.*

Ikke erstatning for psykisk følgeskade ved selvmord – HR-2023-1108-A

Innledning

Saken gjaldt spørsmålet om det skulle svares erstatning for psykisk følgeskade som følge av et selvmord. En ung kvinne på 20 år hadde begått selvmord etter

behandlingssvikt i helsevesenet, og dette hadde ført til at faren ble psykisk syk. Høyesterett kom under dissens til at det ikke skulle svares erstatning. Dette er den første høyesterettsdommen som er avsagt siden HR-2018-1332-A (heretter Ullevål-dommen) der Høyesterett ga anvisning på en «viss justering» av kriteriene for såkalt «sjokkskadeerstatning». Høyesterett har nå gitt avklaringer om rekkevidden av ansvaret for psykiske følgeskader i kjølvannet av denne dommen.

Sakens bakgrunn

Datteren hadde i store deler av sin barndom fått oppfølging for psykiske plager, herunder en operasjon for hjernesvulst høsten 2011. Rett over nyttår 2012 ble hun skrevet inn på sykehuset etter et selvmordsforsøk med alvorlig skade til følge. Her oppholdt hun seg noen få måneder før hun ble skrevet ut, fikk deretter poliklinisk behandling i ca. et halvt år, før hun på ny ble frivillig innlagt. Etter noen uker ble hun utskrevet igjen. Kort etter ble hun funnet død i et badekar på et hotellrom. Foreldrene mottok dødsbudskapet dagen etter og ble med til politihuset for å diagnostisere henne. Cirka seks år senere, i oktober 2018, og etter saksanlegg fra foreldrene, erkjente staten ansvar for at kvinnen hadde blitt utsatt for «svikt ved diagnostisering, med påfølgende svikt i behandlingen, av psykisk sykdom». I utenrettslig forlik erkjente staten at selvmordet sannsynligvis ville ha vært unngått ved «riktig diagnostisering og påfølgende behandling».

Om lag to år tidligere, i 2016, hadde faren, som inntil da hadde vært i full jobb samtidig som han arbeidet med å få erstatning for datterens død, brutt sammen. Han fikk senere diagnosen PTSD, posttraumatisk stresslidelse med dissosiative trekk og forsinket debut, komplisert sorg og sannsynligvis en panikklidelse. Det fremgår av Høyesteretts dom at han ikke lenger er i arbeid, og mottar arbeidsavklaringspenger, jf. avsnitt 12. Han krevde erstatning for det økonomiske tapet han led som følge av dette.

Ullevål-dommen fra 2018

Et bakteppe for denne saken var *Ullevål-dommen* fra 2018. I denne saken hadde Høyesterett kommet til at det skulle svares erstatning til en mor som hadde våknet opp på sykehuset ved siden av sin døde sønn, som følge av at helsepersonellet ikke hadde sørget for at sønnen hadde en fungerende ventrikkelsonde. Dommens premisser ga uttrykk for et ønske om «en viss justering» og oppmyking av vilkårene for såkalt «sjokkskadeerstatning», sammenlignet med tidligere rettspraksis. Dommen er omtalt av Birgitte Hagland i *Nytt i privatretten* 2019 nr. 1.

I *Ullevål-dommen* ble det beskrevet noen «anslag til rettsutvikling». For det første at vi har «fått vesentlig mer og dypere innsikt i psykologiske skademekanismer, årsaksforhold og komplekse sorgreaksjoner», en kunnskap som innebærer at man «i større grad enn før vil kunne anse psykiske skader når noen mister et

barn som påregnelige», jf. *Ullevål-dommen* avsnitt 42. For det andre at adekvansvurderingen hadde blitt praktisert «mindre fleksibelt og snevrere enn ellers i erstatningsretten», som følge av det såkalte rentemotivet og frykten for å rokke ved «forutsetningene for ulike offentlige erstatningsordninger» – innvendinger som i dag har «noe mindre vekt», jf. avsnitt 46 og 47. Konkret betyr det at det ikke lenger skal stilles krav om at «skadesituasjonen måtte være *helt ekstraordinær* eller *særlig gruoppvekkende*»; grensene burde være «en del romsligere», jf. avsnitt 48. Skadesituasjonen eller omstendighetene rundt måtte utgjøre en «særlig belastning» for forelderen, utover selve tapet, jf. avsnitt 49.

Høyesteretts vurdering

Høyesterett delte seg i et flertall på fire dommere som stemte for frifinnelse, anført av dommer Arntzen, og et mindretall anført av konstituert dommer Elshheim som stemte for å idømme erstatning. Det var enighet om de rettslige utgangspunktene, som av førstvoterende ble formulert slik, jf. avsnitt 33:

I rettspraksis er kravet til adekvans gjerne formulert slik at erstatningsansvaret må avgrenses mot skade som er «en så upåregnelig, fjern og avledet følge av den skadevoldende handling at det ikke er rimelig å knytte ansvar til den», jf. HR-2020-1332-A avsnitt 64 med henvisning til Rt-2007-172 avsnitt 66. Det skal altså foretas en vurdering av påregneligheten og nærheten mellom skaden og den ansvarsbetingende handlingen. Som jeg kommer tilbake til, bruker jeg begrepet påregnelig om hvilke skader som faktisk eller erfaringsmessig kan forventes. Spørsmålet om nærhet knytter seg til den rettslige avgrensningen av ansvarets rekkevidde.

Førstvoterende gikk grundig igjennom *Ullevål-dommen* i avsnittene 34 til 48. I henhold til *Ullevål-dommen* var det «generelt ikke upåregnelig» at foreldrene får en «reaksjon som også innebærer en psykisk skade», men skadesituasjonen eller omstendighetene rundt måtte utgjøre en «særlig belastning» for forelderen, utover selve tapet. I vår sak presiserte førstvoterende for det første at kravet til *påregnelighet* «ikke er til hinder for å tilkjenne erstatning for psykisk skade», men at det kan oppstå i «tilknytning til skadens varighet og omfang», med hensyntagen til «det alminnelige sårbarhetsprinsippet» «innen rimelighetens grenser», jf. avsnitt 41. For det andre måtte «det alminnelige prinsippet om at skaden ikke må være for «fjern og avledet»» være sentralt for så vidt gjaldt den *rettslige avgrensningen av ansvaret*, jf. avsnitt 42.

Det var dissens om *den konkrete rettsanvendelsen*. *Flertallet*, som stemte for ansvar, tok utgangspunkt i at det var påregnelig at far utviklet den aktuelle psykiske skaden som følge av selvmord, jf. avsnitt 50. Spørsmålet ble ikke viet grundigere drøftelse. Saken gjaldt derfor avgrensningen av ansvarets rekkevidde,

noe førstvoterende formulerte slik at «selvmordet eller omstendighetene rundt det i rettslig forstand var en særlig belastning utover selve tapet av datteren, herunder om det er tilstrekkelig nærhet mellom fars psykiske skade og svikten i helsehjelpen», jf. avsnitt 51.

Selvmordet «beror på avdødes egne handlinger». Selv om dette «tragisk nok» er det som bidrar til «tilleggsbelastningene ved å miste et barn i selvmord», var det at helsevesenet ikke klarte å avverge dette «fjernere og mer avledet i den sammensatte årsaksrekken frem mot fars psykiske skade», jf. avsnitt 53. Videre hadde *skyldgraden* betydning. Den kunne ikke karakteriseres som høy, og «sykehuset sto overfor sammensatte og vanskelige avveininger» ved spørsmålet om hun skulle skrives ut fra sykehuset. Dødsfallet kom *brått og uventet*, men selvmordsrisikoen knyttet til «datterens grunnlidelse som familien hadde levd med gjennom flere år var faren kjent med». I motsetning til i *Ullevål*-dommen ble dødsbudskapet *formidlet* av en prest og en politimann.

Et særlig forhold var *identifikasjonen* av datteren på politihuset. Den sakkyndige, gjengitt av lagmannsretten og Høyesterett, beskrev den som «lite profesjonelt gjennomført». Foreldrene ble vist bilder av «det forkomne og ustelte liket» av datteren – uten ytterligere innledning eller ivaretagende kommentarer. Dette var tale om etterfølgende traumatiske opplevelser som likevel kunne tillegges vekt i helhetsvurderingen av ansvaret for helsetjenestene. Førstvoterende kom imidlertid til at de ikke i seg selv kunne være avgjørende jf. avsnitt 61. Et annet særlig forhold var det faktum at sykehuset hadde *avvist* at det var begått feil i en informasjonssamtale. Førstvoterende fant ikke grunn til å legge vekt på dette. Datterens lidelse var «kompleks og sammensatt» og det måtte ta tid å avklare ansvarsforholdene jf. avsnitt 62.

Mindretallet stemte for ansvar, riktignok under «noko tvil». Hun var enig i de rettslige utgangspunktene, og hun var enig i at «psykisk skade som går utover ein normal sorgreaksjon» ligger innenfor det som er påregnelig. Hun var videre enig med førstvoterende i at det ikke skulle legges vekt på at det hadde tatt tid før de psykiske skadene hadde materialisert seg. Men hun mente at skadesituasjonen og omstendighetene rundt utgjorde en «særlig belastning» for A, utover selve tapet av datteren. Hun la vekt på at dødsfallet var *brått og uventet*. Faren var ikke klar over at datteren hadde blitt gitt permisjon, og den sakkyndige hadde presisert at «det å vera mentalt førebudd, gjev vern». Hun trakk dessuten frem *skyldforholdene*, nemlig at det var tale om «langvarig svikt i helsehjelpa» datteren fikk. Endelig la hun vekt på omstendighetene rundt *identifikasjonen* av avdøde. Dette kunne ikke være avgjørende, men måtte tillegges vekt. Vurderingen av slike hendelser kunne ikke stille seg annerledes enn for eksempel omstendighetene rundt formidlingen av dødsbudskapet, som også ligger utenfor skadevolders kontroll.

Kommentar

Dommen følger opp retningslinjene fra *Ullevål*-dommen, som den i hovedsak gjentar, og presiserer gjennom en subsumsjon på et annet saksforhold. Det springende punkt var avgrensningen av ansvarets rekkevidde, og ikke påregneligheten. Det gir etter min oppfatning også en klarere begrunnelse. Det er vanskelig å se at psykiske lidelser som følge av tapet av et barn ikke skulle være «påregnelig» – i betydningen sannsynlig. Når det praktisk viktige vurderingstemaet er om det foreligger en «særlig belastning», løfter det frem at avgrensningen av ansvarets rekkevidde beror på andre momenter og hensyn enn skadens påregnelighet isolert sett. Se også Birgitte Hagland i omtalen av *Ullevål*-dommen i *Nytt i privatretten* 2019/1. Et bakteppe som riktignok savnes i disse sakene, og særlig når de går for Høyesterett, er samfunnsdata som kan si noe om hvor stort antall saker det er tale om.

Bakteppet er en tragisk begivenhet, og selv om det ikke er mulig å kjenne til hvordan de pårørende vil lese denne dommen, er mitt inntrykk at flertall og mindretall går grundig inn i subsumsjonen og det konkrete saksforhold. Rettsutvikling skjer ikke bare gjennom overordnede rettssetninger, men vel så mye gjennom konkret anvendelse av disse fra sak til sak. Det vil nødvendigvis måtte trekkes visse grenser for denne type ansvar, basert på ytre omstendigheter – som hvordan den pårørende fikk kjennskap til dødsfallet, om det var helt uventet, osv. Både tilgrensende rettspraksis, og fra andre land, indikerer et behov for visse objektiviserte kriterier for ansvarets grenser, se bl.a. HR-2017-352-A (Utøya) og House of Lords' avgjørelse om Hillsborough-tragedien, *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992] 1 A.C. 310. Ettersom dommen gjaldt en forelder, som utvilsomt er innenfor kretsen av erstatningsberettigede, gir dommen imidlertid ikke veiledning for hvilken *personkrets* som kan kreve denne type erstatning.

Et av de mest kompliserte aspektene ved erstatning for psykiske lidelser er måten disse kan påvirkes av den påstått ansvarliges opptreden og rettssaken på. De fleste erstatningssøksmål gjelder i det ytre økonomiske verdier. Men bakteppet er gjerne mye mer sammensatt. Psykologisk forskning viser at saksøkeren kan la seg motivere av den ansvarliges manglende evne og vilje til å unnskyldte seg. Tidlig unnskyldning og ansvarserkjennelse kan på den andre siden bidra til at aksepteres et lavere oppgjør. Se J. Robbennolt 'Apologies and reasonableness: Some implications of psychology for torts' *DePaul Law Review* 59 (2010) 2 s. 489-514.

Resultatet i denne saken er at faren ikke får erstatning for sin lidelse overhodet. At denne rettstilstanden hos noen kan skape en opplevelse av urettferdighet, og generelt bidra til å drive frem saksanlegg, er mulig å se for seg. Det kan spørres hvor heldig det er at erstatningsvernet for denne type krenkelser er knyttet

til et økonomisk tap, som må være en følge av en *psykisk sykdom*, og hvor avgrensningen av vernet – forståelig nok – vil være *sammensatt og tvilsom*. Uten at jeg har svart her, reiser jeg spørsmålet om et tidlig oppgjør for ikke-økonomisk tap – en lavere sum – som ikke er ment å kompensere sykdommen som sådan, men krenkelsen for den nærstående, i snitt kunne ha gjort belastningen mindre for alle parter i denne type saker. Jeg nevner at det i Tyskland i 2017 ble vedtatt en bestemmelse i BGB § 844 (3) som gir rett til erstatning for «*seelische Leid*» for etterlatte som står i særlig nært personlig forhold til avdøde, såkalt «*Hinterbliebenengeld*». I tilfeller hvor den primærskadelidte ikke er død, gjelder ellers hovedregelen om at pårørende i visse tilfeller kan ha krav på «*Schmerzensgeld*» etter BGB § 253 (2), som i motsetning til skl. § 3-5 bokstav a ikke er betinget av grov uaktsomhet eller forsett. Utmåling av ikke-økonomisk tap er for øvrig vanligere i andre jurisdiksjoner.

Johannes Hygen Meyer*

**Forf. hadde en uformell drøftelse av saken med statens advokater før forhandlingene i Høyesterett. Forf. har ikke hatt noe oppdrag for noen av partene i saken.*

KONKURRANSERETT

Prøving av inngrep mot foretakssammenslutninger. EU-domstolen: Sak C-376/20 P, CK Telecoms – dom 13. juli 2023

Innledning

EU-domstolen avsa 13. juli 2023 dom i sak C-376/20 P CK Telecoms (ECLI:EU:C:2023:561). Saken gjelder anke over Underrettens annullering av EU-kommisjonens vedtak om å forby foretakssammenslutningen mellom CK Telecoms og Telefónica (O2).

Bakgrunnen kan sammenfattes som følger: I 2016 forbød EU-kommisjonen foretakssammenslutningen mellom CK Hutchinson (ved datterselskapet CK Telecoms) og Telefónica (O2) (sak M.7612). EU-kommisjonen fant at foretakssammenslutningen oppfylte inngrepsvilkåret i fusjonsforordningen art. 2 (3), om å hindre effektiv konkurranse i betydelig grad på detaljist- og grossistmarkeder for mobile telekommunikasjonstjenester i Storbritannia. I 2020 annullerte Underretten inngrepsvedtaket etter å ha funnet flere feil ved EU-kommisjonens rettsanvendelse (sak T-399/16 CK Telecoms (ECLI:EU:T:2020:217)). EU-kommisjonen anket, og EU-domstolen har nå opphevet Underrettens overprøving og henvist saken tilbake for ny behandling.

Europeiske og norske konkurranserettsjurister har fulgt saken tett. Den reiser sentrale og prinsipielle spørsmål om beviskrav, domstolsprøving og om tolk-

ning og anvendelse av inngrepsbestemmelsen i fusjonskontrollforordningen (139/2004) artikkel 2, særlig der ingen foretak oppnår en dominerende markedsposisjon.

For norsk konkurranserett har dommen betydning ved at inngrepsbestemmelsen i konkurranseloven § 16 første ledd i 2016 ble harmonisert med fusjonskontrollforordningen. Her tilkommer at Høyesterett i HR-2023-299-A Staten v/Konkurransetilsynet mot Schibsted (omtalt i *Nytt i privatretten* 2/2023) ikke gikk nærmere inn på muligheten for inngrep uten markedsdominans, men nøyde seg med vise til at vilkårene stod til prøving for EU-domstolen nettopp i sak C-376/20 P CK Telecoms.

Her tilsikter vi ikke en uttømmende gjennomgang av EU-domstolens avgjørelse, men nøyer oss med å omtale utvalgte temaer. Først behandler vi beviskrav for inngrep mot foretakssammenslutninger. Deretter tar vi for oss prøving av inngrepsvedtak. Videre kommenterer vi tolkningen av materielle inngrepsvilkår. Noen refleksjoner følger avslutningsvis.

Beviskrav

Det første punktet hvor dommen innebærer avklaring er spørsmålet om beviskrav. Beviskravet i EU-retten har tradisjonelt vært formulert annerledes enn vi er vant med i norsk rett. I EU-retten er det lagt større vekt på å beskrive kvalitetene i bevismaterialet enn å knytte kravet til en eller annen prosentbasert terskel. Underretten hadde delvis gått bort fra dette, og konkluderte med at beviskravet i fusjonssaker var sterkere enn «*more likely than not*», men svakere enn «*beyond reasonable doubt*» (sak T-399/16 CK Telecoms, prem. 118). Underrettens skjerpede beviskrav ble avvist av EU-domstolen i ankesaken, som viste til at det gjaldt samme beviskrav både for å gripe inn mot og klarere en transaksjon (prem. 70). Det var altså ikke noe rom for et særlig skjerpet beviskrav. Domstolen opprettholdt sin kvalitative beskrivelse av bevis, og påpekte i den forbindelse at analysen i fusjonssaker etter sin natur er fremoverskuende (prospektiv), og at EU-kommisjonen i denne forbindelse har noe skjønn (prem. 82 og 84). Dette skjønnet er likevel gjenstand for prøving. EU-domstolen fremholdt også at en slik fremtidsanalyse innebærer en «*prediction of events which are more or less likely to occur*» og at dette «*precludes a requirement ... to meet a particularly high standard of proof*» (prem. 85 og 86). Løsningen her synes i samsvar med norsk retts krav om sannsynlighetsovervekt og kravet til forsvarlige fremtidsprognoser (se senest Høyesterett i HR-2023-299-A Staten v/Konkurransetilsynet mot Schibsted, avsn. 67 og 68).

Prøving

Avgjørelsen i CK Telecoms kaster også lys over det viktige spørsmålet om domstolsprøving i fusjonssaker. EU-retten følger her en tilnærming der det i utgangspunktet er full gyldighetsprøving av inngrepsvedtak, med forbehold for såkalte «*complex economic matter*»,

der utgangspunktet er at Domstolen ikke vil erstatte EU-kommisjonens økonomiske vurderinger med sine egne. Saken bekrefter at prøvingen likevel er omfattende, jf. prem. 125, der det heter at Domstolen, «among other things» må vurdere: «whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it». Konkret i saken var det spørsmål om Domstolen kunne prøve innholdet i økonomiske begreper anvendt av EU-kommisjonen i retningslinjene for horisontale fusjoner. Domstolen la til grunn at «even though the concepts of ‘important competitive force’ and ‘close competitors’ require an economic analysis when they are implemented, the EU Courts have jurisdiction to interpret them when reviewing Commission merger control decisions» (prem. 129). Tilsvarende må gjelde etter norsk rett, jf. Høyesteretts eksplisitte henvisning til EU-rettsens tilnærming for prøving av økonomiske vurderinger i HR-2023-299-A Staten v/Konkurransetilsynet mot Schibsted (avsn. 66).

Inngrepsvilkår

Introduksjon

I dommen behandles også tolkningen av inngrepsbestemmelsen i fusjonskontrollforordningen art. 2 (3). Bestemmelsen angir at «[a] concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market».

I forordningens fortale (avsn. 26) fremholdes det at «[a] significant impediment to effective competition generally results from the creation or strengthening of a dominant position.». Det kan være der en foretakssammenslutning enten skaper eller styrker et enkelt foretaks dominerende markedsstilling eller flere foretaks kollektivt dominerende markedsstilling. Inngrepsgrunnlag kan potensielt også foreligge der effektiv konkurranse vil hindres i betydelig grad, men uten å skape eller styrke en dominerende markedsstilling. Inngrep uten dominans reiser likevel flere spørsmål og har ikke tidligere vært behandlet av EU-domstolen. Domstolen uttaler seg også prinsipielt om vekten av uttalelser i fortaler vs. ordlyd i sekundærlovgivning, og legger ikke overraskende avgjørende vekt på ordlyden i forordningen (prem. 105 ff.). En generell svakhet ved Underrettens dom var dermed at man hadde fokusert på vilkår utledet av uttalelser i fortalen, som ikke var å finne i selve forordningsteksten.

Skadeterskel

En problemstilling gjelder terskelen for «significant impediment to effective competition» (SIEC) uten do-

minans. Ordlyden indikerer en tilsvarende grad av konkurransebegrensning. En dominerende stilling viser nettopp til «a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers» (sak 27/76 United Brands (ECLI:EU:C:1978:22) prem. 65).

Underretten i *CK Telecoms* uttalte at inngrep uten dominans fordrer at foretakssammenslutningen er «liable to affect the competitive conditions on the market to an extent *equivalent* to that attributable to [dominant] positions» (vår uthv.) (prem. 90). Også *generaladvokat Kokott* anerkjente at «it does not follow from any legislation or case-law that that new concept of [SIEC] is easier or more difficult for the Commission to apply nor that evidence of a lesser degree of harm to competition [than dominance] is sufficient to allow the Commission to prohibit a concentration» (prem. 92).

EU-domstolen tok ikke uttrykkelig stilling til Underrettens formulering om terskelen for konkurranseskade, da formuleringen ikke hadde vært avgjørende for konklusjonen (se prem. 94–97). EU-kommisjonen bestred dessuten ikke at «the degree of harm required to demonstrate a possible significant impediment to effective competition as a result of non-coordinated effects is the same as that required to demonstrate such an impediment as a result of the creation or strengthening of a dominant position» (prem. 92).

Til sammenlikning uttalte Høyesterett i HR-2023-299-A, uten å nevne dominansbegrepet, at «[h]vor terskelen for hva som er «betydelig» ligger, lar seg ikke angi eksakt» (avsn. 105). Staten v/Konkurransetilsynet hadde gjort gjeldende «at det for inngrep er tilstrekkelig at hindringen ikke er ubetydelig i betydningen bagatellmessig, ofte omtalt som «de minimis»». Høyesterett avviste naturlig nok en slik tolkning. Konkurransklagenemnda og Konkurransetilsynet har for øvrig, og uten henvisning til markedsdominans, unnveket fra å tolke den påkrevde konkurranseskaden for inngrep, med henvisning til at «[d]en rettslige terskelen ‘i betydelig grad’ lar seg vanskelig definere presist.» (Konkurransklagenemnda V1/22 DNB – Sbanken avsn. 38, V2022-8 Nortura–Steinsland avsn. 102 og 105, V2022-10 Bewi–Jackson avsn 247.)

Testen for SIEC u/dominans

Et annet spørsmål gjelder innholdet i en rettslig vurdering av, eller test for, om en foretakssammenslutning vil hindre effektiv konkurranse i betydelig grad, men uten å skape eller styrke en dominerende stilling. Et slikt inngrepsalternativ fordrer en klargjøring av vurderingstema, kriterier eller momenter og en grenseoppgang mot enedominans og kollektiv dominans.

Underrettens tolkning, i lys av fusjonsforordningens

fortale, var blant annet at «Article 2(3) of Regulation No 139/2004 must be interpreted in the light of recital 25 thereof, which lays down two cumulative conditions in order that non-coordinated effects arising from a concentration may, under certain circumstances, result in a significant impediment to effective competition: the concentration must involve (i) ‘the elimination of important competitive constraints that the merging parties had exerted upon each other’ and (ii) ‘a reduction of competitive pressure on the remaining competitors’» (prem. 96). Dessuten måtte EU-kommisjonen foreta en samlet vurdering som godtgjorde at konkurranseskaden var betydelig (prem. 289).

EU-domstolen kom imidlertid til at Underretten hadde begått en feil ved å artikulere to kumulative vilkår for SIEC uten dominans. Et argument var blant annet at en to-vilkårs-test ville være restriktiv og ikke fange opp alle tilfeller der en foretakssammenslutning kan hindre effektiv konkurranse i betydelig grad. (prem. 110–114) Her kan bemerkes at spørsmålet snarere er om enedominans, kollektiv dominans og to-vilkårs-testen samlet virker for restriktivt. Det kan synes som om EU-domstolen kritiserer Underrettens tolkning av SIEC uten dominans isolert og ikke som supplement til dominansalternativene. En annen sak er at Underrettens kildegrunnlag for å artikulere kumulative vilkår unektelig var begrenset og at de uttrykte vilkårene tematisk overlappet.

Lite oppklarende er det også at EU-domstolen avviser Underrettens to-vilkårs-test uten selv å formulere en rettslig operasjonaliserbar alternativ tolkning. Hva som skiller alternativet SIEC uten dominans fra SIEC som følge av enedominans eller kollektiv dominans forblir ubesvart. En risiko er at konkurransemyndigheter vil basere inngrep på et uklart og manglende definert alternativ om SIEC uten dominans fremfor de etablerte og definerte inngrepsgrunnlagene. Det har nettopp kjennetegnet Konkurransetilsynets inngrepspraksis etter EU-harmoniseringen i 2016.

«Important competitive force» og «close competitors»

EU-domstolen fant videre feil ved Underrettens overprøving av enkelte av EU-kommisjonens konkrete vurderinger.

Etter EU-kommisjonens egen mal for konkurranseanalyse uttrykt i retningslinjer (Guidelines on the assessment of horizontal mergers 2004) inneholdt vedtaket vurderinger av om foretakssammenslutningen ville eliminere «an important competitive force» og om involverte foretak var «close competitors». Retningslinjene skiller likevel ikke mellom momentenes betydning ved vurdering av henholdsvis SIEC uten dominans eller ved enedominans.

Om eliminering av en «important competitive force» fant Underretten at EU-kommisjonen hadde forvekslet tre begreper «namely the concept of a ‘significant impediment to effective competition’, which is the legal criterion referred to in Article 2(3) of Regulation

No 139/2004, the concept of ‘elimination of [an] important competitive [constraint]’, referred to in recital 25 of that regulation, and the concept of elimination of an ‘important competitive force’, used in the contested decision and based on the Guidelines. By confusing those concepts, the Commission considerably broadens the scope of Article 2(3) of Regulation No 139/2004, since any elimination of an important competitive force would amount to the elimination of an important competitive constraint which, in turn, would justify a finding of a significant impediment to effective competition» (sak T-399/16, prem. 173).

EU-domstolen, som hadde avvist Underrettens tolkning av SIEC uten dominans til to kumulative vilkår, kom da også til at Underrettens forståelse av «important competitive force» var for snever: «in order to classify an undertaking as an ‘important competitive force’, it is sufficient, as set out in paragraph 37 of the Horizontal Merger Guidelines, that it has more of an influence on the competitive process than its market share or similar measures would suggest» (prem. 167).

Underretten hadde videre funnet feil ved EU-kommisjonens vurdering av om foretakene var tilstrekkelig «close competitors». Også her var Underrettens innvending særlig at EU-kommisjonen ikke hadde vurdert om foretakssammenslutning oppfylte Underrettens uttrykte vilkår om «elimination of important competitive constraints that the merging parties had exerted upon each other» (se sak T-399/16 prem. 241–242). For EU-domstolen, som ikke støttet Underrettens to-vilkårs-test for SIEC uten dominans, ble Underrettens krav til vurderingen av om foretakene var nære konkurrenter også for restriktiv: «by requiring the Commission (...) to demonstrate that the merging parties are not close competitors, but rather ‘particularly close’ competitors, the General Court erred in law» (prem. 192).

Mens Underrettens prøving av EU-kommisjonens inngrepsvedtak var basert på en tolkning og presisering av inngrepsalternativet SIEC uten dominans, sonderer ikke EU-domstolen mellom inngrepsalternativene. EU-domstolen har en videre tolkning av momentene «important competitive force» og «close competitors», men denne tolkningen er til gjengjeld like gyldig for en dominansvurdering.

Avsluttende kommentarer

EU-domstolens avgjørelse er klargjørende om beviskrav og domstolsprøving av inngrepsvedtak i fusjonsaker. Beviskravet formuleres fortsatt kvalitativt, og Underrettens skjerpede beviskravsformulering ble ikke opprettholdt. I utgangspunktet har domstolene full prøvingskompetanse ved gyldighetskontrollen med EU-kommisjonens inngrepsvedtak, med forbehold for såkalte «complex economic matter». Men også her er prøvingen omfattende. For norsk retts vedkommende samsvarer EU-domstolens avklaringer godt med Høy-

esteretts dom i HR-2023-299-A Staten v/Konkurransetilsynet mot Schibsted (jf. *Nytt i privatretten* 2/2023).

Når det gjelder den materielle tolkningen av inngrepsbestemmelsen i fusjonskontrollforordningen art. 2 (3), tilsvarende konkurranseloven § 16 første ledd, gir EU-domstolens avgjørelse mindre avklaring. Det er klart at Underrettens to-vilkårs-test for SIEC uten dominans ikke kan opprettholdes, og at skadeterskelen («betydelig») tilsvarer dominans var ubestridt. Likevel unnvek EU-domstolen fra å presisere vurderingstema og kriterier for inngrepsalternativet SIEC uten dominans og foretok heller ingen grenseoppgang mot dominansalternativene.

Erling Hjelmeng og Eirik Østerud

Boligbyggsaken – HR-2023-1807-A

Den 29. september 2023 avsa Høyesterett i avdeling dom i den såkalte Boligbyggsaken. Spørsmålene i saken gjaldt tilbakeføring av ulovlig offentlig støtte, et tema som Høyesterett sist hadde til behandling i 2013 (Hydro/Søral, Rt. 2013 s. 1665, se Erling Hjelmeng; «Tilbakeføring av offentlig støtte – hva er situasjonen etter Rt. 2013 s. 1665 Hydro/Søral?», *Lov og Rett* 2014 s. 210 (<https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3061-2014-04-03>)).

Den gangen valgte Høyesterett en løsning på tilbakeføringsspørsmålet som skapte enkelte problemer mht. den effektive virkningen av forbudet mot å iverksette ulovlig offentlig støtte (iverksettelsesforbudet). Dette ved at det implisitt ble lagt til grunn at det ikke oppstod noe krav om tilbakeføring før støttegiver hadde fattet vedtak om dette, mens kravet iht. iverksettelsesforbudet vil oppstå umiddelbart etter at støtte er utbetalt.

I dag er spørsmålet om tilbakeføring av ulovlig støtte regulert i støtteprosessloven, som trådte i kraft 1. januar 2023. Paragraf 12 oppstiller der en særskilt hjemmel for vedtak om tilbakeføring, slik at lovgiver kan sies å ha valgt en offentligrettslig tilnærming til tilbakeføringsspørsmålet, i tråd med Høyesteretts avgjørelse i Hydro/Søral. Dette i motsetning til en privatrettslig tilnærming der det utledes rettsvirkninger, herunder avtalerettslige ugyldighetsvirkninger, direkte fra iverksettelsesforbudet. Boligbyggsaken gjelder den gamle lov om offentlig støtte fra 1992, som var langt mer uklar på dette punktet.

Konkret gjaldt saken Oslo kommunes (Boligbyggs) kjøp av andelsleiligheter og garasjeplasser i Grønnegata 21. Kontraktpart var Grønnegata 21 AS. Tilbudet om kjøp av leilighetene, til en kjøpesum på ca. 75 mill. NOK, ble fremsatt 21. juni 2016, som separate tilbud for hver leilighet. Disse ble 23. juni akseptert enkeltvis av Boligbygg, sannsynligvis for å unngå konflikt med en fullmaktsgrense for kjøp inntil 15 mill. NOK. Kjøp over denne grensen krevde godkjenning fra bystyret.

Kontrakt ble derimot først skrevet i desember samme år.

Etter skriverier i pressen om innkjøp av kommunale boliger til overpris, innledet kommunen undersøkelser og engasjerte en ekstern rådgiver. Denne gjennomgangen resulterte i at kommunen mente å ha betalt 13 mill. NOK over markedspris. Kommunen fattet deretter (3. juni 2019) vedtak etter daværende lov om offentlig støtte § 5 der støtten ble krevet tilbakeført. Videre ble det 18. juni 2019 tatt ut stevning ved Oslo tingrett med krav om tilbakeføring av ulovlig støtte. Grønnegata 21 AS påklaget kommunens vedtak til kommunens klagenemnd, som opprettholdt vedtaket. Tingretten kom til at vedtaket var ugyldig, og frifant Grønnegata 21 AS for kravet (7. februar 2021).

Saken ble anket til lagmannsretten. Også her ble Grønnegata 21 AS frifunnet, da med en annen begrunnelse. Lagmannsretten kom til at det forelå ulovlig offentlig støtte på ca. 8 mill. NOK, men at daværende lov om offentlig støtte § 5 ikke ga tilstrekkelig hjemmel for tilbakeføring der det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt. Høyesterett vurderte saken på en noe annen måte.

For det første presiserte Høyesterett sakens gjensidighet. Dette var nødvendig fordi kommunen *både* hadde fattet vedtak om tilbakeføring og tatt ut stevning med påstand om betaling (nærmest i en kombinasjon av det offentlig- og privatrettslige sporet). For lagmannsrett og Høyesterett hadde Grønnegata 21 AS også angrepet vedtaket. Høyesterett la til grunn, med henvisning til Rt. 2013 s. 1665, at kravet på tilbakeføring først oppstod ved vedtaket, og at saken derfor reelt sett dreide seg om dette vedtaket var gyldig eller ikke. Kommunens krav ble derfor ikke behandlet som et enkelt pengekrav fremsatt direkte i medhold av forbudet mot iverksettelse av ulovlig støtte og rettsvirkninger av dette.

For det andre foretok Høyesterett en vurdering av om det forelå støtte i saken, dvs. om kommunen hadde kjøpt leilighetene til over markedspris og det dermed forelå ulovlig offentlig støtte til selger. I saken var tidspunktet for støtteberegningen vesentlig, siden prisene i markedet hadde gått betydelig opp i perioden mellom aksept av tilbud (juni 2016) og inngåelse av kontrakt (desember 2016).

I kommunens og kommunens klagenemnds vedtak var det lagt til grunn at det relevante tidspunktet for støttevurderingen var juni 2016. Siden det på dette tidspunktet ikke var gitt et endelig og bindende tilsagn om mulig støtte, pga. fullmaktsforholdene i kommunen, kom Høyesterett til at vedtaket led av feil, og det ble kjent ugyldig. Dermed falt også kravet om tilbakeføring av mulig ulovlig støtte.

Høyesterett behøvde ikke å gå inn på spørsmålet om når godkjenning faktisk ble gitt. Dette holdes tilsynelatende åpent i dommen, jf. avsnitt 68: «På et eller annet tidspunkt må antakelig bystyret anses for å ha gitt samtykke, ved konkludent adferd eller på

annen måte, men saken er ikke godt nok opplyst til at jeg finner grunnlag for å gå nærmere inn på dette». I påfølgende avsnitt fremholdes det likevel at «for meg er det tilstrekkelig å konkludere med at kommunen i hvert fall i løpet av 2016 ikke hadde gitt et ubetinget og rettslig bindende tilsagn om støtte». Dette spørsmålet var imidlertid uansett ikke avgjørende, siden vedtaket om tilbakeføring bygget på tidspunktet i juni, da det ikke var gitt noe bindende godkjennelse.

Dommen går ikke nærmere inn på det materielle spørsmålet om det forelå støtte. Dette hadde Høyesterett heller ikke foranledning til, siden saken ble avgjort på den bakgrunn at vedtaket om tilbakeføring av støtte var ugyldig. Spørsmålet er også ganske rett frem; det er om kommunen hadde betalt en pris som oversteg markedspris. Med henvisning til praksis fra EU-domstolen la Høyesterett til grunn at det «må det dreie seg om en fordel som mottaker «klart» ikke ville ha fått på markedsvilkår» (avsnitt 56). Vurderingen må skje på tidspunktet da støtten ble gitt, dvs. «det tidspunktet da støttemottaker ble gitt et rettslig bindende, uforbeholdent tilsagn om støtte», jf. avsnitt 58, med henvisning til Prop. 212 L (2020–2021) side 48. I en situasjon som den foreliggende er det uansett på det rene at ettersom markedet steg, ville en eventuell overpris blitt mindre og mindre jo lengre tid det tok før «støtten» ble endelig.

Høyesterett kunne i og for seg stoppet der, men førstvoterende falt også for fristelsen til å komme med en omfattende obiteruttalelse med tittel: «Hvordan skulle ulovlig støtte ha vært tilbakeført?» Primært diskuteres her formen for tilbakeføring, der det legges til grunn at hovedregelen er kontant innbetaling av den fordel som er ulovlig mottatt (avsnitt 72–87). Fremstillingen her syns å være en lojal oppfølging av EØS-rettens krav, men innenfor det offentligrettslige sporet som er valgt for tilbakeføring etter norsk rett.

Dette systemet har midlertid noen uheldige sider. For det første skaper det usikkerhet om hvilke selvstendige rettsvirkninger som kan utledes av iverksettelsesforbudet i det privatrettslige sporet. For det andre kan vedtakskompetansen tillagt støttegiver (her det offentlige som kontraktspart), vesentlig påvirke balansen i kontraktsforholdet. Støttegiver er etter dommen og støtteprosessloven utstyrt med et potent våpen – det kan fattes enkeltvedtak om tilbakeføring. Etter støtteprosessloven § 12 femte ledd er vedtaket tvangsgrunnlag for utlegg. I prinsippet gir dette offentlige kjøpere eller selgere av aktiva en slags støtterettslig «angrerett». Regler om klagerett og klageinstans er ikke formalisert i støtteprosessloven. Dersom klageinstansen – som i Boligbyggsaken – er den kommunale klagenemnda, vil dette neppe garantere en fri og upartisk prøving av vedtaket om tilbakeføring. Spørsmålet om oppsettende virkning er heller ikke regulert i loven.

Høyesterett kommenterer kort konsekvenser for

kontraktsforpliktelser som blir endret som følge av tilbakeføringskravet. I avsnitt 88 og 89 heter det:

[D]et [er] etter min mening klart at ulovlig støtte i form av overpris etter § 5 kan pålegges tilbakeført uten at dette umiddelbart får følger for kontraktsforpliktelsene. Restitusjon av kontraktsytelsene ville bare kunne være aktuelt der en slik fremgangsmåte vil være like egnet og effektiv som tilbakeføring av selve støtteelementet.

Jeg føyer til at en støttemottaker som pålegges å tilbakeføre det ulovlige støtteelementet, må kunne gjøre gjeldende i en egen sak at kontraktsforpliktelsene er endret som følge av tilbakeføringsplikten. Hvordan et slikt kontraktsrettslig revisjonskrav skal bedømmes rettslig, går jeg ikke nærmere inn på. Det må imidlertid være klart at det også her må tas hensyn til våre EØS-rettslige forpliktelser om å sikre effektiv tilbakeføring av ulovlig støtte.

Denne løsningen skaper altså usikkerhet for det offentlige kontraktsparter, som risikerer at det offentlige, der det mener at det har betalt en overpris ved kjøp eller solgt for en for lav pris, vil kunne fremsette krav om tilbakeføring eller tilleggsvederlag ved vedtak som er tvangsgrunnlag for utlegg. Dette kan klart nok forrykke balansen i kontraktsforholdet vesentlig, og skaper en generell uheldig usikkerhet knyttet til kontrakter med det offentlige. Den private parten er henvist til å gå til separat sak vedr. følger for kontrakten, f.eks. at den må bortfalle og ytelsene restitueres som følge av f.eks. bristende forutsetninger.

Denne rettsstillingen kan også være uheldig dersom de krav EØS-retten stiller til rettsvirkninger av iverksettelsesforbudet, typisk ugyldighet for kontrakter, tilbakeføring av ulovlig støtte etter søksmål fra tredjepart og erstatningsansvar, trekkes i tvil. Jeg har tidligere argumentert for at konsekvensene i et tilfelle som dette må være delvis ugyldighet med delvis restitusjon av kjøpesummen, evt. slik at balansen i kontrakten da blir slik at den må bortfalle i sin helhet. En slik løsning vil i resultat tilfredsstille de EØS-rettslige kravene.

Avslutningsvis skal det knyttes noen kommentarer til Høyesteretts tilsynelatende avvisning av full restitusjon av ytelsene som tilbakeføring (avsnitt 88). Hensikten med tilbakeføring er oppfylt dersom støttemottaker stilles økonomisk som om transaksjonen ikke var inngått. Dersom tidspunktet for støttevurderingen hadde vært i juni, og salget til kommunen hadde medført en overpris, ville denne overprisen vært å anse som støtte. Ved en senere tilbakelevering i et stigende marked, kunne støttemottaker fått tilbakelevert en gjenstand med høyere verdi enn den hadde på salgstidspunktet. I et slikt tilfelle kan det selvsagt argumenteres for at støtten da reelt sett ikke er tilbakeført. Jeg har imidlertid vanskelig for å se at gevinsten ved et stigende marked skulle anses som «støtte» gitt av

offentlige midler. Det som skulle vært tilbakeført, er imidlertid rentefordelen ved at gevinsten er mottatt på et tidligere tidspunkt, samt selvsagt kostnader det offentlige i mellomtiden har pådratt seg til vedlikehold, drift og forsikring av bygningen, siden dette er utgifter den private selgeren da har blitt spart for.

Det er klart at ulovfestede regler om ugyldighet ikke er tilpasset slike situasjoner, og at tilbakeføring i et offentligrettslig spor med enkeltvedtak vil være mer treffsikkert. I så fall bør imidlertid vedtakskompetansen ikke ligge hos den ene parten i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, men hos en nøytral aktør med klagemuligheter til en uavhengig nemnd. Da er det først og fremst Konkurransetilsynet som peker seg ut.

Erling Hjelmeng

PENGEKRAVSRETT

Er krav om etterinnmelding i pensjonsordning en fordring? HR-2023-1637-A

Høyesterett avgjorde enstemmig i HR-2023-1637-A at krav om etterinnmelding i en pensjonsordning er en fordring, jf. foreldelsesloven § 1, og at kravet foreldes etter loven.

A og tolv andre musikere hadde i mange år spilt turist- og høytidskonserter i Ishavskatedralen i regi av sognet. Det ble inngått oppdragsavtaler om spillingene. Høsten 2020 krevde musikerne fast ansettelse i sognet, etterinnmelding i arbeidsgivers tjenstepensjonsordning samt etterbetaling av lønn og feriepenger. Kravene ble avvist.

A saksøkte arbeidsgiver. Han nedla påstand om å ha vært fast ansatt fra 1. januar 2013, etterinnmelding i tjenstepensjonsordningen samt etterbetaling av lønn og feriepenger. Tingretten og lagmannsretten kom begge til at A hadde vært fast ansatt fra 2013, men fastsatte stillingsstørrelsen forskjellig, hhv. 43,2 % (tingretten) og 63 % (lagmannsretten). Lagmannsretten tilkjente etterbetaling av lønn med forsinkelsesrenter for tidsrommet 7. juni 2018–12. mars 2020. Ting- og lagmannsretten var enige om at arbeidsgiver pliktet å etterinnmelde A i tjenstepensjonsordningen fra 1. januar 2013. Tingretten tilkjente A erstatning med kr 30 000, mens lagmannsretten tilkjente oppreisningserstatning med kr 100 000.

Arbeidsgiver anket til Høyesterett og påstod prinsippalt frifinnelse, subsidiært etterinnmelding i tjenstepensjonsordning med virkning fra 7. juni 2018, dvs. tre år før stevningen ble tatt ut.

Ankeutvalget fremmet anken for så vidt gjaldt rettsanvendelsen knyttet til spørsmålet om etterinnmelding i tjenstepensjonsordningen. Det var dermed rettskraftig avgjort at A hadde vært fast ansatt i 63 % stilling fra januar 2013. Partene var enige om at A skulle etterinnmeldes i tjenstepensjonsordningen.

Saken for Høyesterett gjaldt om dette kravet pga. foreldelse måtte begrenses til tiden etter 7. juni 2018.

Det var ubestridt at en særavtale om pensjonsordninger for Den norske kirke ga A krav på innmelding i tjenstepensjonsordningen da han begynte i stillingen. Det følger av avtalen at innmelding i pensjonsordningen medfører plikt for arbeidsgiver til å betale pensjonspremie for A, som derved ville ha opparbeidet medlemstid i pensjonsordningen og økt de fremtidige pensjonsutbetalingene. Etterinnmelding har samme virkning, men det beregnes forsikringsteknisk en engangspremie for etterinnmeldingstidsrommet. – Det Høyesterett skulle ta standpunkt til var kort sagt om etterbetalingskravet er en fordring etter foreldelsesloven, og foreldes etter denne.

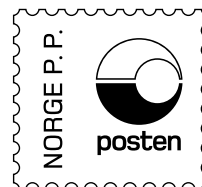
Førstvoterende redegjør i avsnittene 36–41 for metoden som skal benyttes ved tolkingen av begrepet «fordring» i foreldelsesloven § 1. Han viser til at det i forarbeidene heter at det er «uten betydning hva slags ytelse fordringen går ut på, og ... uten betydning hvilket juridisk grunnlag fordringen har», og til at det ellers ikke sies mye om begrepets tolking i forarbeidene. Han konstaterer derfor at de sentrale tolkingsmidlene er «ordlyd» og «rettstradisjon». Han fremhever videre at lovens «positivrettslige karakter tilsier at det bør utvises forsiktighet med å fravike ordlyden, jf. HR-2023-877-A avsnitt 42. Reelle hensyn har derfor begrenset vekt». I samsvar med uttalelser i forarbeidene fremheves også at det må skilles mellom selve fordringen og det rettsforholdet den springer ut av og at bare fordringen er gjenstand for foreldelse.

I den konkrete vurderingen (avsnitt 48 flg.) understrekes at krav om at en annen skal sende en melding til noen, ikke uten videre vil være en fordring på en ytelse som foreldes etter foreldelsesloven. En slik meldeplikt må i tillegg medføre at kravshaver får krav på en formuerettslig ytelse. Førstvoterende finner det ikke tvilsomt at et krav om betaling av en pensjonspremie er gjenstand for foreldelse. Han viser til at Høyesterett har lagt dette til grunn i Rt-2001-905 på side 918 – sykepleierpensjon. (Etterbetaling av premier til en lovfestet pensjonsordning.) Dette måtte legges til grunn selv om partene i den saken hadde vært enige om at premiebetalingene var gjenstand for foreldelse etter hvert som de forfalt. Til ytterligere støtte viste han også til at Arbeidsretten i ARD-2003-181 klart hadde lagt til grunn at kravet om etterinnmelding i en pensjonskasse var en fordring på en ytelse som falt inn under foreldelsesloven. (Uenigheten i saken gjaldt utgangspunktet for fristen.)

Førstvoterende «kvitterer ut» flere andre rettskilder, som partene hadde vist til under prosedyren. Etter hans syn bidro disse ikke til løsningen av det aktuelle tolkingsspørsmålet.

Sakens løsning bygger derved primært på konstateringen av at etterinnmelding i pensjonsordningen måtte karakteriseres som en «fordring» som var gjenstand for foreldelse. Og at dette var blitt lagt til grunn

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



i to rettsavgjørelser som begge berørte det som var temaet for saken, men hvor retten ikke uttrykkelig hadde tatt standpunkt til tolkingsspørsmål.

Domsresultatet er neppe overraskende. Det er i samsvar med flere tidligere saker hvor domstolene har måttet tolke begrepet «fordring» i foreldelsesloven. Det er neppe grunn til å tro at revisjon av loven vil

medføre en vesentlig endring i rettskildesgrunnlaget. Det vil alltid foreligge krav som vil måtte undergis en konkret analyse for å fastslå om det dreier seg om en fordring som er gjenstand for foreldelse.

Karin M. Bruzelius

I skriftserien PrivIus publiseres arbeider innen alle fagområder ved Institutt for privatrett og beslektede juridiske emner.

Nyeste utgivelser i serien er:

Arbeidstid – En analyse av arbeidstidsbegrepets innhold i arbeidsmiljøloven sett i lys av nyere praksis fra EU- og EFTA-domstolen

av Sigrid Frafjord Landa

PrivIus – Journal of Private Law, Online, nr. 222–2023

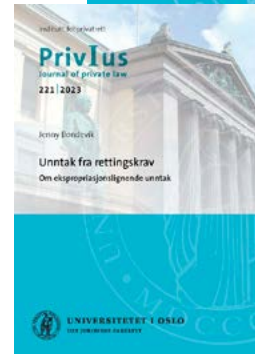
Unntak fra rettingskrav – Om ekspropriasjonslignende unntak

av Jenny Bondevik

PrivIus – Journal of Private Law, Online, nr. 221–2023

Serien har følgende nettside:

<https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/om/publikasjoner/skriftserien-ifp/>



Nytt i privatretten

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

Redaktør: Geir Stenseth
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 (2024) på *Nytt i privatretten* koster kr 720, –. Studentabonnement koster kr 400, –. 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 2023
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer februar 2024.