



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Streik og lønn – AR-2020-23

Når man er i streik – eller lockout – har man ikke krav på lønn. Det er et enkelt utgangspunkt. Men hvor mye lønn er det man ikke har krav på? Og, når arbeidskampen avsluttes, når får man da igjen krav på lønn? Det var tvistetemaene i denne saken for Arbeidsretten.

Bakgrunnen lå i konflikten i tariffoppgjøret i 2018 om Flyteriggavtalen mellom Norges Rederiforbund (NR) og Sammenslutningen av fagorganiserte i enerigsektoren (SAFE). Meglingen endte uten enighet, og det ble iverksatt streik 10. juli 2018. Det ble gjennomført ny og frivillig megling fra 16. juli. Der ble det oppnådd enighet 19. juli. Partene aksepterte Riksmeklerens forslag, og den frivillige meglingen ble ifølge møteboken avsluttet kl. 17.15. Enighetsprotokoll ble oversendt fra NR til SAFE kl. 17.24 samme eftermiddag. Det kom ganske snart til uenigheter lokalt om fra når lønn skulle begynne å løpe og med hvilke beløp det skulle trekkes i lønn for den enkelte arbeidstager som hadde vært i streik. Det ble forhandlet sentralt om dette dels i februar 2019, dels senere samme år i forhandlinger om revisjon av partenes hovedavtale. Det ledet ikke til enighet. De konkrete tvistespørsmålene i saken gjaldt pkt. 17.8 i hovedavtalen NR – SAFE 2016–2019. Pkt. 17.8 stod uten innholdsmessige endringer siden en revisjon av hovedavtalen i 2008; uttrykk-

ket «den tid arbeidsstansen varer» skriver seg fra tidligere hovedavtaler tilbake til 1984:

«Det utbetales ikke lønn for den tid arbeidsstansen varer. Lønnen beregnes til 1/11 av månedslønn pr. dag vedkommende skulle vært i arbeid.

Så lenge nedstengningen pågår, regnes arbeidsstansen ikke å gjelde i lønsmessig forstand for de som er i arbeid.»

Twistespørsmålene knyttet seg til pkt. 17.8 første ledd. Hovedspørsmålet gjaldt dets første punktum. SAFE gjorde gjeldende at lønnsplikt «inntreder umiddelbart etter at arbeidsstans er opphørt», forstått som det tidspunkt meglingsboken ble signert; da var konflikten og «streiken [...] faktisk avsluttet» (avsnitt 34, jfr. 42). NR hevdet derimot at lønnsplikt – i samsvar med «den alminnelige lære» – først «gjeninntreder fra det tidspunkt det er praktisk mulig å gjenoppta virksomheten og arbeidstaker tilbyr sin arbeidsytelse» (avsnitt 54 jfr. 44). Hverken SAFE eller NR fikk medhold, men Arbeidsrettens syn lå nærmest NRs.

Arbeidsretten tok utgangspunkt i det som etterhvert er blitt en innarbeidet forståelse, at plassoppsigelse innebærer en suspensjon av arbeidsforhold. Spisst sagt: Oppsigelse er ikke oppsigelse. Plassoppsigelse er oppsigelse av arbeidsforhold, men for et bestemt formål, og har derfor ikke virkning som oppsigelse. Plassoppsigelse er derimot «rettslig sett bare en suspensjon av arbeidsforholdet mens konflikten pågår» (avsnitt 58). Det ville være mer treffende å si «en særskilt form for suspensjon», av arbeidsplikt og lønnsplikt; gjensidighetsrelasjonen i arbeidsforhold har flere fasetter, også ved arbeidskamp. Det vil vise seg nedenfor. Arbeidsretten holdt seg til det enkle, men famlet likevel litt på veien videre.

Umiddelbart etter det jeg har sitert i avsnittet ovenfor, uttalte retten: «De gjensidige rettigheter og plikter som arbeidsavtalen etablerer[,] gjenoppstår når arbeidskampen – streik eller lockout – er avsluttet. Arbeidskampen som sådan er avsluttet i *det øyeblikk* partene er kommet til enighet.» Men så er det likevel *ikke* slik at rett og plikt gjenoppstår «i *det øyeblikk*» arbeidskampen er avsluttet. Arbeidsretten modifiserte umiddelbart dette med et skille mellom det formelle og det reelle, det mulige: Det kan ikke slutes at «rett og plikt

Innhold nr. 4

Arbeidsrett	1
Arverett	6
Familierett	6
Fast eiendoms rettsforhold	9
Immaterialrett	13
Pengekravsrett	14
Selskapsrett	17

alltid gjenoppstår i det øyeblikk arbeidskampen *formelt* er avsluttet og uavhengig av hvordan virksomhetene er organisert eller når det tidligst er *mulig* å gjenoppta driften» (avsnitt 58; mine kursiveringer). Senere sier retten det slik at det er «ikke nødvendigvis slik at arbeidsstans inntreer umiddelbart på klokkeslettet når det blir *brudd* i meklingen. Det er heller ikke slik at *arbeidsstans* opphører umiddelbart når *konflikten* er avsluttet» (avsnitt 61; mine kursiveringer), og «[n]år meklingen *avsluttes*[.] er *arbeidskampen* over. Det er ikke dermed slik at arbeidsstans opphører på dette tidspunkt» (avsnitt 64; mine kursiveringer).

Uttrykket «brudd i meklingen» (avsnitt 61) må forstås som tidspunktet for meklings avslutning (jfr. arbeidstvistlovens § 25). Termen «brudd» brukes ofte i hverdagssproget der megling avsluttes uten at partene er kommet til enighet. Formuleringen om at arbeidskampen er over «når meklingen er avsluttet», kan bare forstås i den konkrete sammenhengen i saken, der det ble enighet gjennom en ny meglingsrunde i interessevisten. Megling kan selvsagt avsluttes uten at det kommer til arbeidskamp – og arbeidskamp kan bli avsluttet på andre måter enn ved enighet etter ny megling. Arbeidsretten peker da også på dette i bemerkninger om at «arbeidsstans kan ha ulike forløp» (med en uforsiktig bemerkning om ensidig avslutning) (avsnitt 62 jfr. 63).

Det som er særlig påfallende, er at Arbeidsretten bruker termer dels som de synonymene de er, dels bruker dem som uttrykk for forskjellige størrelser. Streik og lockout er «arbeidsstans» som er (former for) «arbeidskamp» i arbeidstvistlovens forstand (jfr. § 1 bokstav f og g og § 8). Det klinger ikke godt at arbeidskampen kan være over, men at arbeidsstansen likevel ikke er det. Når arbeidskampen er over, på den ene eller annen måte, er arbeidsstansen det også. De er ett og det samme, to termer for samme begrep. Og «i det øyeblikk» arbeidskampen er avsluttet, «gjenoppstår» noen rettigheter og plikter, både på kollektivt og på individuelt nivå. Fredsplikten er ett eksempel. Når arbeidskampen avsluttes, skal streik og lockout opphøre samtidig («skal», fordi det jo forekommer at noen ikke vil avslutte en streik). Men det er ikke dermed gitt at arbeidsplikt og lønnsplikt inntreer igjen med det samme. Det er et annet og selvstendig spørsmål, slik Arbeidsretten forsøksvis formulerte det som sitt utgangspunkt (i avsnitt 58). Når retten likevel kompliserte det hele med å bruke «arbeidskamp» og «arbeidsstans» om hverandre, kan det ikke sees som mer enn et resultat av hvordan retten grep an tolkningsspørsmålet, av hovedavtalens uttrykk «den tid arbeidsstansen varer». Man kunne ha valgt en annen og mer direkte tilnærming til dette.

Grunnsynspunktet om at arbeidsplikt og lønnsplikt ikke inntreer uten videre når arbeidskampen avsluttes, ledet som sagt også til at NR ikke fikk medhold i «praktisk mulig» som vilkårsformulering. Arbeidsretten bygget på at det vil foreligge en tariffrettslig plikt til

å gjenoppta drift og ta arbeidstagerne inn igjen, slik at lønnsplikt også vil gjeninntre. I dette ligger det en (delvis) uuttalt forutsetning om at arbeidstagerne også er tariffrettslig forpliktet, til å stille sin arbeidskraft til disposisjon og til å gjenoppta arbeid når tidspunktet er inne. Men når rett og plikt så skal reetableres, kom Arbeidsretten ikke mye nærmere enn til å henvise til «en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle ut fra forholdene i den enkelte bedrift». Det kan «vanskelig [...] oppstilles en generell regel for når lønnsplikten gjeninntreer etter at streik er avsluttet». «Det avgjørende må være at begge parter opptre lojalt slik at de gjensidige forpliktelsene i arbeidsforholdet reetableres» (avsnitt 67–69). Synspunktene knytter seg strengt tatt til tolkningen av hovedavtalens pkt. 17.8. Men de reflekterer en «alminnelig lære», om man vil, med forankring tilbake til da plassoppsigelse ble ansett som reell oppsigelse og «gjeninntagelsesklausuler» ble brukt ved avslutning av arbeidskamp, og som i det vesentlige har vært praksis senere.

Det andre tvistespoersmålet i saken gjaldt beregningen av lønn som etter pkt. 17.8 første ledd ikke skulle utbetales i det relevante tidsrommet. Ordlyden i annet punktum var likefrem – «1/11 av månedslønn pr. dag ...». Ordlyden stod uendret siden 2008. Det var på det rene at brøken 1/11 samsvarte med et tariffert årstimeverk i en 2:3–2:4-rotasjon, på 1 582 timer. Etter innføringen av en femte ferieuke ble det fra 1. januar 2002 også innført en 2:4-rotasjonsordningen med et årstimetall på 1 460. Partene ble da enige om at en slik rotasjonsordning måtte baseres på at det gjøres fradrag i lønn som tilsvarende timereduksjonen (dommens avsnitt 73). Den korresponderende brøk av månedslønnen ville da være 1/10. Til tross for at en slik brøk ikke hadde fått noe uttrykk i ordlyden i pkt. 17.8, kom Arbeidsretten (6–1) etter en konvensjonell tolkning basert på avtale- og forhandlingshistorien til at bestemmelsen måtte forstås slik at «lønnsbortfallet under konflikt skal beregnes ut fra det årstimeverket som gjelder for arbeidstidsordningen» (avsnitt 81).

Dommen illustrerer en tariffrettslig truisme. Løsningen er langt fra alltid like enkel som en enkel ordlyd kan lede til å tro. De konklusjonene Arbeidsretten kom til, var ikke opplagte, men heller ikke overraskende på noen av punktene. Tross vidervedighetene i rettens resonnementer om «den tid arbeidsstansen varer» – eller tvert imot på grunn av dem – belyser dommen en stadig aktuell, men ikke ofte kontroversiell situasjon ved avslutning av arbeidskamp. Den illustrerer også, og ikke mindre, hvordan oppfatningen om at plassoppsigelse bare har suspensjonsvirkninger, visker ut det klassisk grunnleggende skillet mellom tariffrettslige og individualrettslige rettigheter og plikter i arbeidsforhold. Det er pragmatisk, men kan være diskutabelt hvor langt det bærer. Men det er en annen og mer omfattende diskusjon enn det er rom for her.

Stein Evju

Samvittighetsfrihet for helsepersonell. EMK artikkel 9 og 14. EMDs avvinningsbeslutning 12. mars 2020, (sak nr. 43726/17)

Bakgrunn

En jordmorstudent ble nektet arbeid på kvinneklinikker i Sverige. Hun søkte flere stillinger, men fikk ingen av dem fordi hun i ansettelsesprosessene oppgav at hun av religiøse og samvittighetsbaserte grunner ikke kunne medvirke til abortinngrep. Dette er arbeid som utføres ved kvinneklinikkene og som er en naturlig del av jordmødrenes arbeidsoppgaver. Arbeidsgiverne aksepterte ikke hennes reservasjon. Klageren, som i løpet av den nasjonale rettsprosessen fullførte utdannelsen og fikk autorisasjon som jordmor, anførte at det forelå brudd på religionsfriheten etter EMK artikkel 9 og diskrimineringsforbudet i artikkel 14. Hun fikk ikke medhold i Arbetsdomstolen (AD 2017 nr. 23), som endelig avgjorde saken nasjonalt. EMD avviste enstemmig klagen. Klage over brudd på ytringsfriheten i artikkel 10 ble også avvist, men behandles ikke nærmere her.

Religionsfriheten i artikkel 9

Klageren anførte at svenske myndigheter hadde gjort inngrep i hennes tanke-, samvittighets- og religionsfrihet etter artikkel 9 nr. 1 ved å nekte henne å arbeide som jordmor. Bestemmelsen gir frihet ikke bare til å ha en religion eller overbevisning, men også til å utøve den. I henhold til artikkel 9 nr. 2 kan det gjøres inngrep i denne friheten, dersom inngrepet har grunnlag i lov, forfølger et legitimt formål, er nødvendig i et demokratisk samfunn, i tillegg til å være forholdsmessig. Jordmoren anførte brudd på alle disse vilkårene.

EMD tok utgangspunkt i at klageren ikke hadde rettigheter til noen av stillingene hun hadde søkt på etter EMK, da konvensjonen ikke gir noen selvstendig rett til arbeid i det offentlige. Domstolen slo videre fast at jordmorens reservasjon mot medvirkning til abortinngrep i utgangspunktet er religionsutøvelse som er omfattet av vernet i artikkel 9 nr. 1, og at det ble gjort inngrep i denne da hun ikke fikk stillingene hun hadde søkt på.

I vurderingen av om inngrepet var lovlig, viste EMD til at statene har en viss skjønnsmargin i bestemmelsen av om, og i hvor stor utstrekning et inngrep kan anses nødvendig. Tidligere praksis fra domstolen har vist at skjønnsmarginen når det gjelder statenes regulering av ulike former for religionsutøvelse er vid, særlig i saker hvor den som påberoper seg religionsfrihet er en offentlig tjenesteutøver.

Det ble slått fast at inngrepet var i samsvar med lov. Domstolen viste til at den tidligere har kommet til at arbeidsgivers styringsrett er et ulovfestet prinsipp i Sverige, utviklet av partene i arbeidslivet og i domstolene. Basert på dette kom man til at en jordmor, etter svensk rett, er forpliktet til å utføre alle arbeidsoppgaver som ligger til stillingen hennes. Videre fast-

slo man at vernet om helsen til abortsøkende kvinner er et legitimt formål når det gjelder å legge begrensninger på jordmødres religionsfrihet.

Uten å gå særlig dypt inn i noen konkret interesseavveining av pasientenes behov for beskyttelse og jordmorens behov for reservasjon, konkluderte domstolen med at inngrepet i foreliggende tilfelle var både nødvendig og forholdsmessig. Det ble kort vist til at det å få utført abort er en lovfestet rettighet for kvinner i hele landet og at staten, som følge av dette, har en positiv plikt til å sørge for at samvittighetsforbehold fra helsepersonells side i forbindelse med arbeidsutførelsen ikke er til hinder for gjennomføringen av denne rettigheten. I lys av arbeidsgivers styringsrett måtte arbeidsgiver kunne stille krav om at alle jordmødre kan utføre de arbeidsoppgaver som tilligger stillingene deres.

Det ble fremholdt at klageren selv hadde valgt å utdanne seg til jordmor, vel vitende om at medvirkning til abortinngrep ville være en av arbeidsoppgavene hennes. Det ble også bemerket at hun ikke havnet i en situasjon hvor hun ble arbeidsledig, all den tid hun gjennom hele prosessen hadde hatt en fast ansettelse som sykepleier å falle tilbake på. Av betydning for EMDs konklusjon synes det også å være at nasjonale domstoler hadde foretatt en grundig avveining av de konkurrerende interessene i saken. Jordmorens klage ble således ansett for å være grunnløs, og avvist i tråd med EMK artikkel 35 nr. 3 a og 4.

Diskrimineringsforbudet i artikkel 14

Diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 har i seg selv ingen selvstendig betydning, men komplementerer de andre rettighetene og frihetene i konvensjonen ved å slå fast at disse skal sikres uten diskriminering av noe slag. Det behøver ikke være påvist noe brudd på de andre bestemmelsene for at artikkel 14 skal komme til anvendelse. Det er tilstrekkelig at faktum i saken faller inn under konvensjonens anvendelsesområde. På denne måten har bestemmelsen likevel en selvstendig betydning.

EMD gjorde rede for sin tolkning av artikkel 14, slik den er utviklet gjennom rettspraksis. For at en problemstilling skal falle inn under bestemmelsens anvendelsesområde, må det først og fremst foreligge en forskjellsbehandling av personer i relativt like situasjoner. En slik forskjellsbehandling er først diskriminerende hvis den ikke har en objektiv og rimelig forklaring. Det innebærer at diskriminering først foreligger der forskjellsbehandlingen ikke har et legitimt formål eller det ikke er en rimelig forholdsmessighet mellom de midler som benyttes og det formål som skal realiseres.

EMD slo fast at jordmorens sak klart falt inn under artikkel 9, og at artikkel 14 følgelig var anvendelig. Jordmorens syn var at hun, på grunn av sin religiøse overbevisning, ble diskriminert i forhold til andre jordmødre. EMD fant imidlertid at det ikke var grunn-

lag for å sammenligne den reserverende jordmorens situasjon med situasjonen til jordmødre som er villige til å utføre alle arbeidsoppgavene sine, inklusive medvirkning til abortinngrep. Følgelig forelå det ingen forskjellsbehandling og det var ikke nødvendig å gå inn i noen formåls- eller forholdsmessighetsvurdering. Klagen ble derfor avvist.

Avgjørelsens betydning

Avgjørelsen er et eksempel på at EMD gir statene relativt stor frihet til å begrense arbeidstakeres adgang til å ta religiøse og samvittighetsbaserte forbehold i arbeidsutøvelsen. I tråd med tidligere praksis avstår EMD også i dette tilfellet fra å overprøve faglige og organisatoriske vurderinger som er gjort fra lovgiver og arbeidsgivers side når det gjelder ivaretagelse av tjenestemottakeres lovfestede rettigheter på bekostning av arbeidstakeres behov for religionsutøvelse i forbindelse med arbeidsutførelsen. EMDs diskrimineringsvurdering taler imidlertid for at en adgang til reservasjon i ett tilfelle vil kunne skape presedens i senere, lignende saker.

*Nina Håkonsbakken Andersson
Advokatfirmaet Økland & Co.*

Omfanget av likebehandlingskravet ved innleie fra bemanningsforetak – selskapsbonus. HR-2020-2019-A

Twisten i hovedtrekk

To arbeidstakere var over flere år innleid fra et bemanningsforetak til et oljeselskap. Oljeselskapet hadde etablert en bonusordning for sine ansatte, på virksomhetsnivå. For å få utbetalt ytelsen måtte arbeidstakerne ha vært ansatt i minst tre måneder i opptjeningsåret, og stadig være ansatt i uoppsagt stilling på utbetalingstidspunktet, som var fastsatt til mars året etter. Hovedspørsmålet i saken var om denne bonusen var å anse som «lønn», og dermed omfattet av likebehandlingskravet i arbeidsmiljølovens § 14-12 a første ledd bokstav f. Gitt at ytelsen var omfattet, var det også tvist om hvilke perioder kravet kunne gjøres gjeldende for. En av de ansatte – A – hadde vært sykmeldt i kortere perioder, og dessuten permittert fra bemanningsforetaket i noen måneder. Gav disse perioder grunnlag for opptjening av bonus? Den andre ansatte – B – hadde på det fastsatte utbetalingstidspunktet gått over til å være direkte ansatt hos den tidligere innleier. Hadde han da tapt retten til bonus fra bemanningsforetaket for forrige kalenderår?

Generelt om likebehandlingskravet

Etter arbeidsmiljøloven § 14-12 a første ledd skal «[b]emanningsforetaket ... sørge for at utleid arbeidstaker minst sikres de vilkår som ville kommet til anven-

delse dersom arbeidstaker hadde vært ansatt hos innleier for å utføre samme arbeid», når det gjelder visse spesifiserte arbeidsvilkår, blant annet «lønn», bokstav f. Bestemmelsen gjennomfører vikarbyrådirektivets (2008/104/EF) artikkel 5 nr. 1: Statene skal gjennomføre likebehandling med hensyn til «grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår». Etter definisjonene i artikkel 3 nr. 1 omfatter dette blant annet «lønn», jf. bokstav f (ii). Ifølge artikkel 3 nr. 2 berører direktivet ikke «nasjonal lovgivning når det gjelder definisjonen av lønn ...». Det vil da i utgangspunktet være opp til nasjonal lovgiver å definere grensene for lønnsbegrepet, likevel slik at gjennomføringen ikke må stå i strid med annen EU-rett.

Det foreligger ikke noen generell definisjon av «lønn» i norsk rett, og begrepet må fastsettes med utgangspunkt i den konkrete bestemmelsen. Proposisjonen til gjennomføringsloven, Prop. 74 L (2011–2012), inneholder en omfattende gjennomgang av lønnsbegrepet. Høyesterett har en gang tidligere – i HR-2018-1037-A *Manpower* – tatt stilling til omfanget av begrepet «lønn» i bestemmelsen. Her legger Høyesterett til grunn at selv om gjennomgangen i proposisjonen er detaljert, utgjør den ikke noen uttømmende angivelse av hva som skal omfattes.

Hovedspørsmålet i 2020-dommen – er selskapsbonus «lønn»?

Høyesterett kommer etter en omfattende drøftelse til at den aktuelle selskapsbonus er omfattet av lønnsbegrepet i bokstav f. I oppsummeringen av drøftelsen (avsnitt 82–83) uttaler Høyesterett «at kjernen i lønnsbegrepet er om ytelsen er et vederlag for arbeid, eventuelt for et resultat eller en prestasjon som den ansatte selv har stått for. Også bonusordninger vil være omfattet så lenge det dreier seg om vederlag for arbeid». Dette kan også omfatte bonusordninger på virksomhetsnivå. Også vederlag som ensidig er fastsatt av innleieforetaket, kan være omfattet.

I drøftelsen viser Høyesterett blant annet til at ordlyden av «lønn» ikke er entydig, og en må være varsom med å tolke lønnsbegrepet i bestemmelsen på bakgrunn av andre lønnsdefinisijoner. I proposisjonen forutsatte departementet at visse individuelle bonusordninger kunne falle inn under «lønn». Også selskapsbonus må etter Høyesteretts mening kunne omfattes, så lenge den utgjør vederlag for arbeid. Her tillegges det også en viss betydning at Arbeidsretten i ARD-1998-14 anså en ordning med selskapsbonus som en form for resultatlønsordning, og som vederlag for utført arbeid.

Høyesterett fremhever formålet med likebehandlingsbestemmelsen som et viktig moment ved tolkningen: «Et uttalt mål var ... å hindre undergraving av målsettingen om et arbeidsmarked med hovedvekt på fast og direkte ansettelse av arbeidstakerne, og å sikre reell likestilling mellom fast ansettelse og innleie med hensyn til lønn» (avsnitt 64). Under drøftelsen av reelle hensyn forutsetter Høyesterett at «en snever

definisjon av «lønn» vil kunne øve [press] på hovedregelen om fast og direkte ansettelse i norsk arbeidsliv». Dette presset vil etter Høyesteretts mening ikke oppveies av de tiltak som allerede er gjeldende (avsnitt 77). Bemanningsforetakenes praktiske problemer med å beregne denne type bonuser blir ikke ansett som et tilstrekkelig tungtveiende motargument.

Kommentarer til hovedproblemstillingen

Høyesterett fastholder sin praksis fra *Manpower* fra 2018 og – fra et annet område – *STX* fra 2013 (Rt. 2013 s. 258), og tillegger nasjonale formålsbetraktninger stor vekt ved tolkingen av bestemmelser som gjennomfører EU-rett. Som kjent er verken vikarbyrådirektivet eller utsendingsdirektivet (96/71/EF) rene arbeiderbeskyttelsesdirektiver: Nærings- og tjenestefriheten vil være relevante mothensyn ved tolkingen av nasjonale bestemmelser som gjennomfører direktivene.

I drøftelsen viser Høyesterett riktignok innledningsvis til vikarbyrådirektivets sammensatte formål, direktivets artikkel 2: Formålet om å «sikre vern av vikarer og å forbedre kvaliteten på vikararbeid» skal oppnås dels ved likebehandling, dels ved å «anerkjenne vikarbyråer som arbeidsgivere», og det skal tas hensyn til behovet for å «opprette egnede rammer for bruk av vikararbeid med sikte på å bidra effektivt til å skape arbeidsplasser og til å utvikle fleksible arbeidsformer». I fortsettelsen tar Høyesterett likevel utgangspunkt i det norske formålet med likebehandlingskravet, slik dette kommer til uttrykk i forarbeidene. En så klart uttalt preferanse for direkte ansettelse som den Høyesterett gir uttrykk for, kan sies å stå i et visst spenningsforhold til direktivets formål om å utvikle fleksible arbeidsformer. At innleie av arbeidskraft ikke gis noen konkurransefordel sammenliknet med fast og direkte ansettelse må likevel være et legitimt hensyn ved tolkingen av likebehandlingsreguleringen.

Høyesterett legger videre, som vist, til grunn at for at en ytelse skal kunne karakteriseres som «lønn» etter bokstav f, må den på en eller annen måte utgjøre 'vederlag for arbeid'. Det er altså ikke tilstrekkelig at ytelsen ville blitt gitt til en direkteansatt arbeidstaker i en tilsvarende situasjon. Det må foreligge en forbindelse mellom arbeidsgivers ytelse og arbeidstakerens arbeidsinnsats; på individnivå, gruppenivå eller virksomhetsnivå. Det stilles likevel ikke strenge krav til hvor direkte denne forbindelsen må være. Det synes å være tilstrekkelig at ytelsen utgjør «en del av det samlede systemet for vederlag for arbeid» (avsnitt 85).

Unntak for fraværsperioder – sykmelding og permittering

Saken reiste også spørsmål om bonus opptjenes i perioder hvor den innleide faktisk ikke har utført arbeid for innleier, enten fordi vedkommende er sykmeldt (forhold på arbeidstakers side), eller fordi han er permittert (forhold på arbeidsgivers side). Ved arbeids-

innleie består som kjent ingen arbeidskontrakt direkte mellom den innleide og innleiebedriften. Det kan da argumenteres for at midlertidig fravær 'kutter' den forbindelsen som måtte bestå mellom innleid arbeidstaker og innleiebedrift, med den konsekvens at likebehandlingskravet ikke får anvendelse i fraværsperioden.

Bemanningsforetaket gjorde også gjeldende at «innleieferholdet» måtte anses falt bort ved sykmelding. Høyesterett tar ikke stilling til denne anførselen på generelt grunnlag, men uttaler at «bortfall av bonus ikke [er] en naturlig rettslig konsekvens av kortvarige sykmeldingsperioder i et mangeårig innleieferhold som her» (avsnitt 93). Deretter argumenterer en ganske praktisk og konkret ut fra det som fremstår som rimelighetsbetraktninger. Det blir ikke gjort fradrag i bonusopptjeningen for to sykmeldingsperioder på henholdsvis 11 og 14 kalenderdager.

I spørsmålet om opptjening av bonus under en tre måneders periode hvor arbeidstaker var permittert uten lønn, tar Høyesterett motsatt utgangspunkt: Et slikt krav savner etter Høyesteretts mening rettslig grunnlag. Arbeidstaker hadde her riktignok ikke ført bevis for at fast ansatte opptjente bonus under permittering. Men uansett legger Høyesterett til grunn at så lenge arbeidstakers rettigheter og plikter i arbeidsforholdet i bemanningsforetaket er suspendert, er det ikke rettslig grunnlag for et krav om likebehandling.

Sykmelding og permittering – noen refleksjoner

Høyesterett bygger altså sin avgjørelse med hensyn til permittering på at det foreligger en suspensjon av rettigheter og plikter mellom arbeidsgiver (bemanningsforetaket) og arbeidstaker. En slik suspensjon av rettigheter og plikter kan imidlertid også foreligge ved sykmelding. Så vel sykmelding som permittering innebærer at arbeidstaker midlertidig fritas for arbeidsplikt. Arbeidsgiver fritas også for sin ytelsesplikt, men først etter en viss arbeidsgiverperiode, jf. folketryktdoven § 8-19 første ledd og permitteringslønnsloven § 3. Forskjellen mellom dommens behandling av sykmelding og permittering synes mer praktisk enn prinsipielt begrunnet. Hvorvidt lengre sykmeldingsperioder kan føre til stans i bonusopptjening, er ikke avgjort ved dommen.

Høyesterett har med dette heller ikke tatt direkte stilling til spørsmålet om lønnsbegrepet i bokstav f kan omfatte avtalte ytelser fra arbeidsgiver til livsopphold under sykefravær og kortere permisjoner, slik som rett til full lønn under sykdom eller i to ukers «pappapermisjon» i forbindelse med fødsel. Oppfatningen i teorien har i stor grad vært at denne type ytelser faller utenfor. Jeg har gitt uttrykk for en annen oppfatning i artikkelen «Fleksibilitet overfor fleksible arbeidstakere?», *Arbeidsrett* 02/2018. Slike ytelser knytter seg ikke til en løpende arbeidsinnsats, men det kan argumenteres for at de utgjør en del av det samlede systemet for vederlag for arbeid.

Overgang til annen arbeidsgiver før utbetalings- tidspunktet

Arbeidstaker B hadde fått direkteansettelse hos innleier i tidsrommet mellom opptjening og utbetaling av bonus. Ved skifte av arbeidsgiver mellom opptjeningsår og utbetalingstidspunkt hadde arbeidstakere etter bonusordningens vilkår ikke lenger krav på bonus. Det spesielle i B's tilfelle var at han hadde tatt arbeid hos den arbeidsgiveren som hadde etablert den aktuelle bonusordningen. Hvem arbeidstaker gikk over til, var imidlertid en tilfeldighet sett fra vikarbyråets side. Vikarbyrået kunne derfor unnlate å betale arbeidstaker bonus for det siste kalenderåret han var ansatt.

Tine Eidsvaag

ARVERETT

Litteratur

Nordic Inheritance Law through the Ages. Spaces of Action and Legal Strategies
Brill NIJHOFF Leiden/Boston, 2020. 418 sider

Emnet for denne boken er nordisk arverett i et retts-historisk, sosiologisk og antropologisk perspektiv i tidsperioden fra 1100–1200 og frem til dag. Boken er resultatet av et forskningsprosjekt ledet av professor Lars Ivar Hansen ved Universitetet i Tromsø, som foregikk i perioden 2014-2015, finansiert av CAS (senter for grunnforskning) ved Det Norske Vitenskaps-akademi. Redaktører har vært Marianne Holdgaard, Universitetet i Ålborg, Audur Magnúsdóttir, Universitetet i Göteborg og Bodil Selmer, Universitetet i Århus.

Samlet er det 16 bidragsytere med artikler som dekker Sverige, Danmark, Island og Norge. Boken inneholder fire bidrag om arverett gjennom tidene i Norge: Knut Dørum, professor ved Agder universitet, har skrevet et bidrag med tittel «The odelsrett in Norway c. 1200–1800: Function and importance». Videre John Asland, professor UiO, med en artikkel med tittel «Gender-neutral succession law in Norway. A long and winding road». Asland beskriver her den politiske kampen fra ca. 1840 og frem til arveloven av 1854 for lik arverett for kvinner som for menn. Fra nåtiden finnes to norske bidrag: Simone Abram, professor ved Durham University i England, har skrevet en artikkel med tittelen «Inheriting Kinship; Norwegian Holiday property as relational practice» og Thomas Eeg, professor UiB, en artikkel om «Intestate succession and undivided estate: For spouses and cohabitants in Norway».

Gitt at dette er en tverrfaglig bok som dekker fire land, vil den selvsagt være av interesse for andre enn jurister. Boken er en høyst interessant fremstilling av

sammenhengen mellom rettsregler, politikk og økonomiske forhold i en periode over 800 år.

Peter Hambro

FAMILIERETT

Skjevdeling av verdien av aksjer i selskap der en ektefelle er ansatt

Høyesterett avsa 10. september 2020 enstemmig dom – HR-2020-1760-A – som gir et viktig bidrag til avklaring av hvilke krav som ved skifte av felleseie må stilles til bevis der det har funnet sted ombytting av skjevdelingsmidler eller sammenblanding av likedelingsmidler og skjevdelingsmidler. Dommen avklarer også betydningen av personlig goodwill ved verdsettelse av næringsvirksomhet. Dommere i saken var Erik Thyness, Kristin Normann, Erik Møse, Wilhelm Matheson og Toril Marie Øie.

Sakens bakgrunn

Mannen (A) og kvinnen (B) giftet seg i mai 2012 og ble separert i mars 2016. A hadde i mange år drevet som artistmanager. I 2009 var han med å stifte X AS, og ved ekteskapsinngåelsen eide han 25 prosent av aksjene i selskapet. As virksomhet som manager ble drevet gjennom dette selskapet. Høsten 2012 oppstod det uenighet mellom A og de øvrige aksjonærene i X AS. Årsaken var at X AS ble etablert med kontor i Y, men mange av artistene i As artistportefølje hadde tilhold i Oslo. Det ble derfor etter hvert etablert et eget kontor der. På grunn av uenigheten mellom A og de øvrige aksjonærene om veien videre, solgte A seg rundt årsskiftet 2012/2013 ut av selskapet for 31 250 kroner, som svarte til 125 000 kroner for samtlige aksjer i selskapet. A etablerte sammen med tre andre Æ AS. A og de øvrige aksjonærene i Æ AS stiftet i januar selskapet Å AS. A reiste i juli 2017 skiftetvist der han krevde at verdien av aksjene i selskapene Æ og Å skulle skjevdeles i sin helhet. Han gjorde gjeldende at virksomheten som ble drevet i de to selskapene, var en direkte videreføring av den virksomheten som ble drevet i X AS, subsidiært at det var skjevdelingsmidler og gaver fra andre enn ektefellen som muliggjorde den nye virksomheten. For Høyesterett gjaldt saken kun skjevdeling etter ekteskapsloven § 59 første ledd. Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at det ikke var grunnlag for skjevdeling.

Rettslige utgangspunkter (avsnitt 32–45)

Høyesterett tok utgangspunkt i at det følger av Ot. prp. nr. 28 (1990-1991) side 121 og Rt-2015-710, *Aksjehandelskonto*, avsnitt 32 at det må stilles nokså strenge krav til bevisene for skjevdeling. Faktum må være noenlunde på det rene, og det skal ikke være

tvil om at den aktuelle formuen stammer fra skjevdelingsmidler.

Kriteriet «klart kan føres tilbake til» får særlig betydning der opprinnelige skjevdelingsmidler er ombyttet eller sammenblandet med likedelingsmidler. Det er ikke rom for skjevdeling kun basert på en «beregnet eller indirekte verdimeslig sammenheng» med opprinnelige skjevdelingsmidler, se *Aksjehandelskonto* avsnitt 52. Førstvoterende uttalte at med ordene «tilstrekkelig økonomisk identitet», som ble brukt i *Aksjehandelskonto* avsnitt 33, er ikke ment noe annet enn det som følger av lovens eget kriterium – «klart kan føres tilbake til». Det er verdt å merke seg at det ikke er grunnlag for å stille andre krav når det gjelder næringsvirksomhet enn det som gjelder skjevdelingskrav generelt. Høyesterett sluttet seg også til den oppsummering av kravene til bevis i tilknytning til ombyttings- og sammenblandingstilfellene som fremgår av Peter Lødrup og Tone Sverdrup, *Familieretten*, 8. utgave 2016, side 273:

«At bevisbyrden ligger på den som krever skjevdeling, betyr ikke at den konkrete pengestrømmen må følges i detalj gjennom alle ombytninger. Prinsippet om fri bevisbedømmelse gjelder også her, og dommeren kan være overbevist om at verdiene finnes hos ektefellen, selv om ikke alle ombytninger kan dokumenteres fullt ut. Blir de konkrete beviskravene for strenge, kan det føre til uheldig favorisering av ektefeller som 'samler på papirer' og slik kan dokumentere et hendelsesforløp nøyaktig.»

Den konkrete vurderingen (avsnitt 46–79)

Høyesterett gikk grundig igjennom hvert enkelt av de forhold som partene særskilt hadde trukket frem. Når det gjaldt verdien av personlig goodwill og verdien av aksjene i X AS og Æ/Å-selskapene, uttalte førstvoterende (avsnitt 50–51):

«For den videre vurdering er det sentralt at verdien knyttet til en ektefelles evne til å skape inntekter som en funksjon av vedkommendes arbeidskraft, kompetanse, profesjonelle nettverk, omdømme mv. – i næringssammenheng ofte kalt «personlig goodwill» – ikke i seg selv utgjør «formue» eller «midler» slik disse uttrykkene er benyttet i blant annet ekteskapsloven § 59 første ledd. Først når en ektefelle faktisk opptjener inntekt – for eksempel i form av lønn for utført arbeid – oppstår det formue.

Dette innebærer at man ved verdsettelsen av en virksomhet eller et selskap ved skifte må se bort fra verdi som er knyttet til en ektefelles personlige goodwill. Jeg viser her til Rt-2001-572 side 579 med henvisning til NOU 1987:30 side 141. Dette harmonerer med hvordan virksomheten eller selskapet vil bli verdsatt ved eventuelt salg. Potensielle kjøpere vil da ikke være villige til å betale for en forventet inntjening som er avhengig av en enkeltperson som fritt kan si opp sin

stilling, og som ikke kan erstattes med annen likeverdig arbeidskraft på tilsvarende vilkår.»

Når det gjaldt verdien av aksjene i X AS på tidspunktet for ekteskapsinngåelsen i 2012, gav regnskaps-tallene ikke grunnlag for å anta at det var noen vesentlig verdi i selskapet utover det som knyttet seg til de aktive aksjonærenes personlige goodwill. Dette ble underbygget av bevis knyttet til forholdene på tidspunktet for etableringen av Æ AS, rundt et halvt år etter at ekteskapet ble inngått. Som nevnt ble As vederlag for 25 prosent av aksjene i X AS bare verdsatt til 31 250 kroner. Hvilken verdi X AS hadde på tidspunktet for ekteskapets inngåelse utover det som representerte personlig goodwill, var for øvrig ikke belyst i detalj. Men alt tilsa at denne verdien må ha vært lav, noe som i seg selv innebar at grunnlaget for å kunne føre verdien av aksjene i Æ/Å-selskapene tilbake til aksjene i X AS, var skjort.

Når det for øvrig gjaldt overgangen fra X AS til Æ AS, fant Høyesterett det ikke tvilsomt at den virksomheten A kjøpte for 30 000 kroner fra X AS, ble videreført i Æ AS. Det praktiske resultat av transaksjonene sett under ett var at A trådte ut som aksjonær og ansatt i X AS og videreførte den delen av virksomheten i X AS som var knyttet til hans person, som aksjonær og ansatt i Æ AS. A og de andre aksjonærene i Æ AS skulle bygge selskapet opp fra bunnen. De hadde kun med seg sitt kontaktnett (artistportefølje) og dem selv.

A hadde betalt aksjeinnskuddet i Æ AS på 51 000 kroner med midler som inneholdt likedelingsmidler. På dette tidspunktet hadde han imidlertid mottatt en bankremisse på 25 000 kroner fra sin morfar som gave, og han visste at han i løpet av kort tid ville motta 31 250 kroner som vederlag for aksjene i X AS. Det forelå derfor her en viss grad av mellomfinansiering med likedelingsmidler og sammenblanding av likedelingsmidler og skjevdelingsmidler, noe som svekket tilknytningen mellom eierskapet til X-aksjene og eierskapet til Æ-aksjene. Den faktiske, tidsmessige og beløpsmessige sammenheng mellom betalingene var imidlertid så nær at disse forholdene i seg selv ikke var til hinder for at verdien av Æ-aksjene klart kunne føres tilbake til X-aksjene.

Aksjonærene i Æ AS etablerte selskapet Å AS i januar 2014. Selv om det ikke forelå noe formelt konsernforhold, var den økonomiske realitet den samme som om selskapene hadde inngått i et konsern. As aksjeposter i de to selskapene måtte vurderes under ett i relasjon til reglene om deling av felleseiet. Hans kapitalinnskudd i Å AS var på 71 000 kroner. Høyesterett fant at det var så nær saklig og tidsmessig sammenheng mellom gaver A hadde mottatt fra morfaren og betalingen av aksjeinnskuddet i Å AS at aksjeinnskuddet kunne føres tilbake til gavene. Isolert sett kunne aksjeinnskuddet følgelig underbygge at en del av verdien av aksjene i Æ og Å var skjevdelingsmidler. Det dreide seg imidlertid om beskjedne beløp, og

ble uansett bare ett av flere elementer i den samlede vurderingen.

Høyesterett gikk også inn på forholdet mellom As økonomi og selskapsøkonomien. As rolle i virksomheten som Æ AS overtok fra X AS, og i virksomheten i Æ/Å-selskapene slik den fremstod på skjæringstidspunktet, stod helt sentralt i saken. For at verdien av aksjene i Æ/Å-selskapene på skjæringstidspunktet klart skulle kunne føres tilbake til verdien av aksjene i X AS da ekteskapet ble inngått, var en av flere forutsetninger at det hadde vært et tilstrekkelig klart skille mellom As rolle som arbeidstager og hans privatøkonomi på den ene side og økonomien i selskapene på den andre side. Blant annet måtte A ha fått markedsmessig lønn for sin arbeidsinnsats. Det var imidlertid usikkerhet knyttet til As avlønning. Hvor stor vekt man skal legge på en slik uklarhet, vil i noen grad avhenge hvor store beløp det gjelder. Er beløpene det er knyttet usikkerhet til, små i forhold til de påståtte skjevdelingsmidler, vil det ha mindre betydning enn dersom de samme beløp er betydelige. Men her knyttet uklarheten seg til før Æ/Å-selskapene inngikk samarbeid med en artist med stor internasjonal suksess, noe som bedret økonomien i selskapene. Usikkerheten om As avlønning fremstod på denne bakgrunn som vesentlig i forhold til verdien av de eventuelle skjevdelingsmidlene.

Oppsummering og samlet vurdering (avsnitt 70–77)

As krav forutsatte at aksjene han ved ekteskapets inngåelse eide i X AS, faktisk hadde en markedsverdi uavhengig av personlig goodwill – ellers var det ingen «midler» å føre verdien av aksjene i Æ/Å-selskapene tilbake til. Men denne verdien var lav, og utgangspunktet for skjevdelingskravet var i beste fall skjørt. Det hadde funnet sted en tilnærmet ren ombytting av aksjer, hvor aksjene i Æ AS klart kunne føres tilbake til aksjene i X AS. Den beskjedne grad av kortvarig sammenblanding av midler som fant sted i denne sammenheng, la Høyesterett mindre vekt på. Aksjepostene i Æ og Å måtte ses i sammenheng og behandles på samme måte, selv om Å formelt sett ikke ble stiftet som et datterselskap til Æ.

Ved etableringen av Å fant det sted en tilførsel av egenkapital fra As side, som var skjevdelingsmidler i form av gave fra hans morfar. Disse skjevdelingsmidlene var imidlertid beløpsmessig nokså beskjedne – 71 000 kroner – og hadde underordnet betydning i forhold til den uklarheten som gjorde seg gjeldende med hensyn til grensen mellom As personlige økonomi og selskapenes økonomi. Sammenholdt med den beskjedne verdien selskapene hadde før inngåelsen av avtalene med artisten med internasjonal suksess, dreide denne uklarheten seg om vesentlige beløp. Avsnitt 75–76:

«Det samlede bilde jeg [Erik Thyness] etter dette sitter igjen med, er at i den grad verdien av aksjene i Æ/Å-selskapene på skjæringstidspunktet kan føres

tilbake til verdien av aksjene i X AS da ekteskapet ble inngått, så knytter dette seg i all hovedsak til A personlig og ikke til andre verdier videreført fra X AS.

For så vidt gjelder aksjeinnskudd i Æ og Å finansiert med beløp mottatt som arv og gave, kan det slås fast at disse skjevdelingsmidlene er beløpsmessig begrenset. De må dessuten ses i sammenheng med den betydelige uklarheten i forholdet mellom As personlige økonomi og selskapenes økonomi. De kan derfor ikke gi grunnlag for delvis skjevdeling.»

Det var følgelig ikke godtgjort at verdien av aksjene i Æ/Å-selskapene «klart kan føres tilbake til» aksjene han eide i X AS ved ekteskapets inngåelse, eller til skjevdelingsmidler som var kommet til under ekteskapet. Kravet om skjevdeling førte derfor ikke frem. A ble også dømt til å betale saksomkostninger for Høyesterett til B med 1 255 203 kroner. Det var ikke grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Kommentar

Dommen er etter mitt syn viktig, selv om resultatet ikke er særlig overraskende, og resultatet ble også det samme i tre instanser. Ombytting av skjevdelingsmidler og sammenblanding av likedelingsmidler og skjevdelingsmidler er en problemstilling i mange saker. Det er positivt at vi nå har en dom som både avklarer og bekrefter beviskravene her. Det er også bra at vi nå definitivt har slått fast at med begrepet «tilstrekkelig økonomisk identitet» i *Aksjehandelskonto* avsnitt 33 ikke er ment noe annet enn det som følger av lovens eget kriterium – «klart kan føres tilbake til». I en sak som denne er det også bra at det er presisert at én av flere forutsetninger for eventuell skjevdeling er at det har vært et tilstrekkelig klart skille mellom ektefelle As rolle som arbeidstager i selskapene og hans privatøkonomi på den ene side og økonomien i selskapene på den andre side. Blant annet må A ha fått markedsmessig lønn for sin arbeidsinnsats.

Dommen er også viktig når det gjelder betydningen av verdien av personlig goodwill. Det er nå slått fast at man ved verdsettelsen av en virksomhet eller et selskap ved skifte må se bort fra verdi som er knyttet til en ektefelles personlige goodwill. Bra er det også at Høyesterett, etter mitt syn med rette, har presisert at det ikke er grunnlag for å stille andre krav til næringsvirksomhet enn til skjevdelingskrav generelt.

Dommen føyer seg inn i rekken av flere viktige skjevdelingsdommer fra Høyesterett. Et lite tankekors til slutt: Mannen ble dømt til å betale til sammen vel to millioner kroner til eks-konen i saksomkostninger for tre instanser. I tillegg kommer omkostningene til egen advokat.

*Per Racin Fosmark
Borgarting lagmannsrett*

Straffeansvar etter naturmangfoldloven og vannressursloven for nedtapping av vann til produksjon av laksesmolt – HR-2020-955-A (settefisk)

Saken gjelder straffeansvar etter at et selskap tappet ned overflatevann slik at et større område, som også omfattet deler av et naturreservat, ble tørrlagt med skadelige følger for dyr og planter. Nedtappingen ble gjennomført for å berge opp mot 1,8 million settefisk, og Høyesterett måtte derfor vurdere om det forelå en nødrettssituasjon samt om straffeansvaret var bortfalt på grunn av foreldelse. Høyesterett kom enstemmig til at det forelå straffeansvar etter både naturmangfoldloven og vannressursloven.

Sakens bakgrunn

Barlindbotn Settefisk AS er en del av et større konsern som driver med oppdrettsfisk. Selskapet produserer blant annet laksesmolt i et anlegg i Barlindbotn i Kinn kommune med ferskvann hentet fra Jagedalsvatnet. Deler av Jagedalsvatnet er omfattet av et naturreservat – Sandvikbotn naturreservat – som ble vernet etter dagjeldende naturvernloven og i dag er regulert av naturmangfoldloven. Formålet med fredningen er å ta vare på et skogsområde med alt naturlig plante- og dyreliv og alle økologiske prosesser. Verneforskriften nevner som særlige kvaliteter i naturreservatet en barlindforekomst av nasjonal verdi, som har gitt navnet til både tettstedet og det tiltalte selskapet. Etter verneforskriftene til naturreservatet kan det ikke settes i verk tiltak som kan endre naturmiljøet, som blant annet drenering og andre former for tørrlegging. Siden selskapet og vannuttaket var etablert før naturreservatet, følger det av verneforskriften at Jagedalsvatnet skal kunne reguleres med maks 1,8 meter mellom kote 16,2 og 18,0 for uttak av vann til settefiskproduksjon.

Det strafferettslige forholdet knyttes til en periode høsten 2014, hvor Barlindbotn Settefisk AS tappet vann fra Jagedalsvatnet ned til et nivå på 1,3 meter under kote 16,2. Uttaket medførte tørrlegging av et areal på 26 700 kvadratmeter, og innenfor vernesonen for naturreservatet ble 687 kvadratmeter tørrlagt. Uttaket skyldtes at produksjonsanlegget hadde et stort behov for vann på grunn av tørke, og at det var risiko for død for nesten 1,8 millioner settefisk til en verdi på over 20 millioner kroner.

Selskapet ble siktet for brudd på naturmangfoldloven § 75, jf. § 77 og vannressursloven § 63, jf. § 8. Selskapet vedtok ikke utstedt forelegg. I Sogn- og Fjordane tingrett ble selskapet frifunnet grunnet nødrett, mens i Gulating lagmannsrett ble selskapet dømt til å betale bot på 250 000 kroner, inndragning av 1 800 000 kroner og sakskostnader. Det var dissens i lagmannsretten om forholdet var straffritt på grunnlag av nødrett.

Høyesteretts vurdering

Høyesterett la til grunn av det var på det rene at den aktuelle nedtappingen hadde skjedd uten konsesjon og at den var forsettlig. Spørsmålet var om de objektive gjerningsbeskrivelsene i straffebestemmelsene i naturmangfoldloven og vannressursloven var oppfylt, om det var grunnlag for frifinnelse på grunn av nødrett og om straffeansvaret var bortfalt på grunn av foreldelse.

Spørsmålet etter naturmangfoldloven var om nedtappingen var i strid med verneforskriftens forbud mot tiltak som kan endre naturmiljøet, herunder drenering og andre former for tørrlegging. Selskapet ble ikke hørt med at reguleringsteknikken hvor straffetrusselen er inntatt i spesialloven, mens gjerningsbeskrivelsen fremgår av forskrift, er i strid med lovkravet etter Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7. Høyesterett fant at henvisningen i nml. § 75 til § 77 om at forskrifter etter tidligere lover skal gjelde selv etter naturmangfoldlovens ikrafttredelse, gjorde «rettskildebildet noe mer uoversiktlig» på en måte som «gjør det vanskelig for folk flest å sette seg inn i regelverket.» Høyesterett mente det ikke var avgjørende i denne saken fordi «på et spesialområde som dette har næringsdrivende foranledning til å søke juridisk bistand hvis de skulle være i tvil om de rettslige rammene for virksomheten», med henvisning til EMDs avgjørelse *Kafkaris mot Kypros*, EMD-2004-21906 avsnitt 140. Av lagmannsrettens dom fremgår dessuten at de ansvarlige hos Barlindbotn Settefisk AS var fullt klar over at tappingen var ulovlig. Vernebestemmelsens forbud mot endring av naturmiljøet er et faredelikt som ikke oppstiller kvalifikasjonskrav med hensyn til hvilken alvorlighetsgrad eller varighet endringen av naturmiljøet måtte ha. Ikke enhver endring kan medføre at kravet er oppfylt, men i denne saken var det klart ut fra de faktiske påvirkningene tørrleggingen hadde, selv om miljøet over tid i hovedsak vil justere seg tilbake slik det var før tørrleggingen. Høyesterett fant dermed at verneforskriften og naturmangfoldloven var overtrådt.

Spørsmålet etter vannressursloven var om nedtappingen av Jagedalsvatnet krevde konsesjon og dermed kunne straffes etter § 63 som en overtredelse av konsesjonsplikten etter § 8. Konsesjonsplikt inntreffer når tiltaket kan være til «nevneverdig skade eller ulempe for noen allmenne interesser i vassdraget». Høyesterett viste til uttalelser fra forarbeidene om at avgrensningen av konsesjonsplikten må skje ut fra en samlet vurdering av skadevirkningenes størrelse og sannsynlighet for at de inntreffer. Retten fant at vannressurslovens § 63, jf. § 8 klart var overtrådt ut fra størrelsen på det tørrlagte området, de skader lagmannsretten hadde funnet bevist i form av dødelighet på levende organismer og planter, samt negativ påvirkning på ørretbestanden og fritidsfiske. Terskelen for «nevneverdig skade eller ulempe» etter § 8 var «utvilsomt overskredet».

Til spørsmålet om det forelå nødrett, var vurderingstemaet om vilkårene straffelovens § 17 var oppfylt. Det var klart at nedtappingen var foretatt for å redde 18,8 millioner settefisk til en verdi over 20 millioner, og at dette var interesser som er beskyttet etter § 17 bokstav a. Mer komplisert var vurderingen av § 17 bokstav a om det forelå en «fare som ikke kan avverges på annen rimelig måte». Høyesterett fastslo at «[i] dette nødvendighetsvilkåret ligger et krav om at faren må være uforutsett og ha kommet noenlunde plutselig.» Hvis faren for skade var kjent på forhånd og skaden kunne vært forebygget ved tiltak, planlegging eller tilrettelegging, kan konsekvensen bli at nødvendighetsvilkåret ikke anses oppfylt. Høyesterett fant at det ikke forelå noen reell nødrettssituasjon. Barlindbotn Settefisk AS hadde ved flere anledninger tidligere erfart at det ved tørke var nødvendig å tappe ut over reguleringsgrensen for Jagedalsvatnet, og var klar over at dette ville skje igjen. Ledelsen i selskapet visste at de tiltak som var forsøkt, og som konsesjonen fra Fiskeridirektoratet i 2003 til produksjon av settefisk bygde på, ikke hadde den ønskede effekt. Ved bedre planlegging kunne selskapet unngått problemene som oppsto høsten 2014, for eksempel ved de tiltak som viste seg tilstrekkelige under tørkeperioden i 2018. Faren kom ikke uforutsett og plutselig, og dermed var vilkåret om at faren ikke kunne avverges på annen rimelig måte, ikke oppfylt.

Høyesterett vurderte til slutt spørsmålet om foreldelse. Hvis den vanlige strafferammen etter naturmangfoldloven og vannressursloven gjaldt, ville forholdet være foreldet. Begge lovene har imidlertid bestemmelser om skjerpelse av strafferammene ved grov overtredelse eller skjerpende omstendigheter. Dersom den skjerpede strafferammen i en av bestemmelsene skal legges til grunn ved vurderingen av foreldesspørsmålet, så ville det straffbare forholdet ikke være foreldet. Høyesterett behandlet derfor spørsmålet om skjerpet strafferamme under straffespørsmålet. Det rettslige utgangspunktet fra tidligere rettspraksis var at hvis siderammen knytter seg til konkrete omstendigheter, som for eksempel dødsfølge, avgjøres foreldesspørsmålet av hvilken strafferamme som er aktuell i den konkrete saken. Knytter den forhøyede strafferammen seg derimot til generelle forhold, for eksempel «særdeles skjerpende omstendigheter», er denne rammen avgjørende, uavhengig av om slike omstendigheter foreligger i saken. Høyesterett vurderte at både naturmangfoldlovens og vannressurslovens bestemmelser om skjerpet straff var knyttet til generelle forhold hvor domstolene kunne utøve et bredt skjønn— ikke til vurdering av konkrete omstendigheter.

På denne bakgrunn stadfestet Høyesterett lagmannsrettens dom på bot og inndragning, mens avgjørelsen om ilagte sakskostnader for tingretten ble opphevet fordi påtalemyndigheten hadde anket tingrettens dom. Høyesteretts dom var enstemmig.

Om Høyesteretts vurdering

På miljørettens område vil virkemidler som konsekvensplikt, forbud og handleplikt være skjønnsmessig utformet, og det reiser særlige utfordringer når overtredelser skal straffesanksjoneres. Høyesterett presiserer i avsnitt 22 at kravet til lovhjemmelen er slik at «den må videre være så klar at det i de fleste tilfeller ikke vil være tvil om en handling rammes av regelen, og at det er mulig å forutse at straff kan bli konsekvensen av at regelen brytes». Høyesterett signaliserer at forbudet mot endring av naturmiljøet i verneforskriften har en nedre grense som faktum i denne saken klart overstiger. Ut fra Høyesteretts resonnement er det ikke klart om vurderingen av lovkravet ville vært annerledes dersom straffesaken hadde omhandlet «folk flest» og ikke en næringsdrivende, dvs. om lovkravet kan tenkes til en viss grad relativisert etter hvem den tiltalte er. Selv om Høyesterett ikke viser til dommen, gir EMDs dom 11. november 1996 *Cantoni mot Frankrike* avsnitt 35 om lovskravet etter EMK artikkel 7 uttrykk for at næringsdrivende kan forventes å vurdere risiko ved egen virksomhet med særlig omhu.

Høyesteretts avgjørelse underbygger plikten private næringsutøvere har til å ha gode og tilstrekkelige beredskapsplaner for å unngå å komme i en situasjon hvor miljøskade kan skje. I denne situasjonen fikk det betydning for vurderingen av om det forelå nødrett. Høyesterett vurderte ikke spørsmål om nødrett ut fra den aktsomhetsplikten som særlig påhviler næringsutøvere etter naturmangfoldloven § 6 og vannressurslovens § 5. Disse lovbestemmelsene vil ha relevans for å utpensle hvilke krav til preventive tiltak som kan stilles til en virksomhet som kan medføre mulig skade.

Gunnhild Storbekkrønning Solli

Hvem avgjør privatrettslige tvister om fast eiendom? Noen bemerkninger med utgangspunkt i HR-2020-959-A og HR-2020-1025-U

Det er en del særegenheter ved hvordan privatrettslige tvister om fast eiendom avgjøres. Avgjørelsene i HR-2020-959-A og HR-2020-1025-U gir grunnlag for noen kommentarer til et par av særegenhetene. Det ene spørsmålet gjelder forholdet mellom juridisk og jordskiftefaglig kompetanse. Det andre spørsmålet gjelder beregning og behandling av ankesum, som bestemmer på hvilket nivå i domstolskjeden en sak normalt blir endelig avgjort.

Forholdet mellom juridisk og jordskiftefaglig kompetanse (HR-2020-959-A)

De siste tiårene har jordskifterettens rolle endret og utviklet seg. Jordskifteretten er blitt en rendyrket særdomstol, som har fått sin kompetanse betydelig utvidet. Jordskifteloven gjelder for eiendomsrett og andre

rettigheter til fast eiendom, vassdrag og sjø i hele landet, og den omfatter ikke bare tradisjonell virksomhet med å bøte på utjenlige eiendoms- og bruksforhold og rettighetsavklaring knyttet til dette, men jordskifteretten har etter hvert fått temmelig bred kompetanse til i særskilte saker å klarlegge og fastsette grenser og retter, og til å behandle skjønn og andre saksforhold, ikke bare etter jordskifteloven, men også etter annet lovverk. I saker ut over de tradisjonelle jordskiftesakene, er kompetansen til dels parallell med kompetansen til de alminnelige domstolene.

Et av de siste leddene i utviklingen med å tilpasse jordskifteretten til det etablerte, alminnelige domstolsystemet, var at jordskifteoverretten ble avvirket. Dermed fikk lagmannsretten en generell kompetanse til å avgjøre jordskifteavgjørelser. Tidligere var det et tosporet system: grovt sagt prøvde jordskifteoverretten de jordskiftefaglige sider av avgjørelsene, og lagmannsretten prøvde avgjørelser om rettighetsforhold og saksbehandling. For å sikre tilstrekkelig jordskiftefaglig kompetanse da lagmannsretten fikk eneansvaret for prøvingen av jordskifterettens avgjørelser, ble det innført en ny kategori av lagdommere: jordskiftelagdommere. Jordskiftelagdommerne skal, i likhet med jordskiftedommerne, ha jordskiftefaglig utdanning på mastergradsnivå «med fagkrets fastsatt etter jordskiftelova § 2-4», jfr. domstoloven § 54 annet ledd annet punktum. Som det fremgår av HR-2020-959-A avsnitt 24, følger det av *Retningslinjer for kompetansekrav til jordskiftedommere* at juridiske fag skal omfatte minst 55 studiepoeng (i underkant av et normert studieår).

Når det gjelder prøving av *jordskifteavgjørelser*, som grovt sagt gjelder det jordskiftefaglige, er utgangspunktet at lagmannsretten skal settes med én jordskiftelagdommer og to oppnevnte jordskiftemeddommere, jfr. jordskifteloven § 8-7 annet ledd. Ved prøving av rettighetsforhold og saksbehandling – avgjort ved *dom*, *kjennelse* eller *vedtak* – viser jordskifteloven derimot til at lagmannsretten skal sammensettes i samsvar med domstoloven § 12. Den bestemmer hovedregelen om lagmannsretten settes med tre dommere når annet ikke er bestemt ved lov. I annet ledd kommer så spesialbestemmelsen om jordskiftelagdommerne: Også der lagmannsretten prøver andre saker fra jordskifterettene enn jordskifteavgjørelser, kan førstelagmannen beslutte at en av dommerne skal være jordskiftelagdommer, jfr. første punktum.

Men førstelagmannens kompetanse går lenger: I andre saker som gjelder *bruks- eller eiendomsrett til fast eiendom*, kan det besluttes at en jordskiftelagdommer kan delta, jfr. domstoloven § 12 annet ledd andre punktum. Hva bruks- eller eiendomsrett til fast eiendom omfatter, er blitt nærmere presisert i HR-2019-1382-U, HR-2019-1419-U og HR-2019-2395-A. I HR-2019-1382-U ble det sagt at det må «foretas en konkret vurdering av om vilkårene i domstoloven § 12 er til stede. Det avgjørende må være hva som er det reelle tvistetemaet i saken». HR-2019-2395-A byg-

get videre på dette, og utviklet fortolkningen mht. til skjønssaker (de som ikke har vært behandlet i jordskifteretten, jfr. § 12 annet ledd første punktum), slik (avsnitt 42):

«Har derimot avtaleskjønnet, på tilsvarende måte som et alminnelig ekspropriasjonsskjønn, startet i tingretten, vil en jordskiftelagdommer bare kunne delta i overskjønnet dersom saken først og fremst er knyttet til eiendommen som sådan, jf. § 12 andre ledd andre punktum. Dersom tvistetemaet i overskjønnet for eksempel primært er knyttet til forståelsen av ekspropriasjonserstatningsloven eller Grunnloven § 105, og ikke til den konkrete bedømmelsen og verdsettelsen av eiendommen, vil det ikke være anledning til å sette overskjønnet med en jordskiftelagdommer. Tilsvarende må gjelde utenfor skjønssaker.»

I HR-2020-959-A kom det opp nettopp en sak om avtaleskjønn som hadde startet i tingretten, der en jordskiftelagdommer hadde ledet overskjønnet. Beslutningen var fattet i samsvar med skjønnsprosessloven § 34 første ledd: «Overskjønn over rettslig skjønn hører under lagmannsretten, som settes med en av rettens dommere hvis ikke førstelagmannen av særlige grunner finner det nødvendig at tre dommere deltar». Her var overskjønnet på ordinær måte satt med en av rettens dommere – jordskiftelagdommeren – og spørsmålet i saken ble da om skjønnsprosessloven § 34 første ledd representerer en uttømmende regulering av jordskiftelagdommernes deltakelse i slike overskjønn som her, eller om regelen må tolkes innskrenkende i tråd med domstoloven § 12 andre ledd andre punktum (jfr. dommen avsnitt 18). Nå hadde altså Høyesterett tidligere uttalt seg om dette, i HR-2019-2395-A, men det viste seg fort at domstolen da hadde tatt munnen for full. I HR-2020-959-A avsnitt 32 viste flertallet i Høyesterett (fire dommere) til at rettens tidligere uttalelse bare var et obiter dictum, der forholdet til skjønnsprosessloven § 34 ikke var nevnt. Dermed kunne den tidligere uttalelsen bare få «avgrensa vekt».

Med prejudikateffekten av HR-2019-2395-A parkert på sidelinjen, skred flertallet videre til forarbeidene. Der var det drøftet om jordskiftelagdommeren obligatorisk skulle delta i overskjønn der *jordskifteretten* har holdt underskjønnet som egen sak. Det springende punkt var følgende uttalelse i Prop. 101 L (2012–2013) s. 383:

«Departementet meiner ... det er tilstrekkeleg at førstelagmannen i slike høve kan velje å nytte ein jordskiftelagdommar som formannen i retten ... Ei slik ordning vil etter departementets syn vere forsvarleg, både fagleg og organisatorisk. Når jordskifteoverretten blir ein del av lagmannsretten følgjer denne løysinga av ordlyden i skjønnsprosesslova § 34 slik lova er utforma i dag, jf. at jordskiftelagdommaren kjem inn under omgrepet 'en av rettens dommere'. Førstelagmannen vil såleis kunne fordele overskjønn både frå tingretten og frå jordskifteretten til ein jordskiftelagdommar.»

Selv om ordlyden i den siste setningen i sitatet synes klar, fant ikke flertallet å ville legge avgjørende vekt på den. Flertallet påpekte at konteksten for setningen var spørsmålet om obligatorisk eller alternativ bruk av jordskiftelagdommer ved overprøving av jordskifterettsavgjørelser, og fant ellers ingen støtte i forarbeidene for at den avgrensingen i jordskiftelagdommernes kompetanse som følger av domstoloven § 12 annet ledd annet punktum, ikke skulle gjelde også ved overskjønn.

Grunnholdningen til flertallet kommer så frem i avsnitt 44 – behovet for juridisk dommerkompetanse. I overskjønn vil det – «ut frå rettstryggleiksomsyn» – kunne «vera behov for breiare juridisk kompetanse ut over formal- og realkompetansen til ein jordskiftelagdommar. Til dømes kan det også i skjønssaker oppstå kompliserte og avgjerande prejudisielle spørsmål knytt til ulike sider av Grunnlova, menneskerettane eller andre rettsområde som ikkje er dekt av læringskrava for jordskifteutdanninga».

Dermed var flertallets konklusjon klar: Skjønnsprosessloven § 34 første ledd må tolkes innskrenkende samsvarende med domstoloven § 12 andre ledd andre punktum, slik at tildeling av overskjønn til en jordskiftelagdommer bare kan skje der saken dreier seg om «bruks- eller eiendomsrett til fast eiendom», og da i innskrenket fortolket form, jfr. særlig HR-2019-2395-A (se sitatet ovenfor fra den dommens avsnitt 42).

Flertallet strakk seg altså rettskildemessig, for å sikre at juristenes fagdommermonopol ikke ble trakkert nærmere enn absolutt nødvendig.

En dommer dissenterter. Etter hans skjønn var spørsmålet løst i forarbeidene, jfr. sitatet ovenfor fra Prop. 101 L (2012–2013) s. 383. Da var det ikke rom for å legge avgjørende vekt på hva retten måtte mene var den beste løsningen (eller hva sammenhengen i lovverket skulle tilsi): «Når slike argument er avvegne i lovførearbeida, og den løysinga som der er valt er klar, må dette – i fråvær av eintydig lovtekst – vera avgjerande» (avsnitt 60).

På hvilket nivå i domstolskjeden blir privatrettslige tvister om fast eiendoms rettsforhold endelig avgjort? Om beregning og behandling av ankesum (HR-2020-1025-U)

I HR-2020-1025-U besluttet Høyesteretts ankeutvalg enstemmig at anke over en beslutning fra Frostating lagmannsrett skulle nektes fremmet. Nå viste ankeutvalget bare standardmessig til at anken ikke reiste spørsmål av betydning utenfor saken, og at heller ikke andre forhold talte for at anken burde prøves. Men inntil videre kan det antas at lagmannsrettens resultat og begrunnelse danner grunnlag for praksis og rettsoppfatninger i de underordnede domstoler. I så fall får den betydning for på hvilket domstolsnivå mange saker om fast eiendoms rettsforhold vil bli endelig avgjort.

Den bakenforliggende tvisten besto mellom en stor skogeier i Grong kommune og en bonde som mente seg seterberettiget i skogen. Det materielle spørsmålet er interessant nok – kan, og eventuelt på hvilke vilkår – en tinglig rettighet bortfalle som følge av ikke-bruk? I denne saken fant tingretten at seterretten ikke var bortfalt. Saken ble imidlertid anket, og dermed oppsto spørsmålet om kravet til ankesum for lagmannsrettsbehandling var oppfylt. På dette tidspunktet var ankesummen kr 125 000.

Etter tvisteloven § 17-2 (1) tredje punktum skal ankesummen fastsettes til forskjellen mellom resultatet i underinstansen og den ankende parts krav. Her var det skogeieren som anket, men bonden argumenterte mot at ankesummen var oppnådd. Riktignok, sa bonden, har seterretten for ham åpenbart en verdi over kr 125 000 kroner, men det er ikke avgjørende, siden det er verdien for skogeieren av å få fjernet seterretten som er temaet. Det la Frostating lagmannsrett til grunn, og fant at verdidifferansen av skogeiendommen med og uten seterretten ville være godt under verdigrensen: «Eiendommen ... er en svært stor utmarkseiendom på drøyt 49 000 dekar, og en seterrett på 18 dekar vil da ha liten betydning for omsetningsverdien av hele eiendommen ... Ved verdsetting etter bruksverdi vil en etter lagmannsrettens vurdering heller ikke komme over verdigrensen. Den omstendighet at Van Severen får frigjort ca. 18 dekar til beite og hogst, vil i alle tilfeller ikke kunne generere inntekter over verdigrensen» (se dommen s. 5).

Spørsmålet ble så om lagmannsretten likevel skulle gi samtykke til ankebehandling, jfr. tvisteloven § 29-13 første ledd andre punktum. Etter den bestemmelsen skal retten blant annet legge vekt på sakens karakter og de behov partene har for overprøving. For den vurderingen gir lagmannsrettsbeslutningen interessante retningslinjer:

«Lagmannsretten finner at verken sakens karakter eller partenes behov for overprøving tilsier at samtykke bør gis. Ved den vurderingen er det i en viss grad også sett hen til det ulike styrkeforholdet mellom partene, herunder at en full ankebehandling fører til at den tapende part risikerer betydelige sakskostnader. Det er opplyst fra advokat Smistad at sakskostnadene i saken allerede er over 600 000 kroner, og de overstiger således tvistegjenstandens verdi med god margin. Hensynet til prosessøkonomi tilsier derfor at det ikke gis samtykke» (se dommen s. 5).

Etter at denne beslutningen ble fattet, er ankesummen for lagmannsrettsbehandling øket til det dobbelte, dvs. kr 250 000 (i kraft fra 1. juli 2020). Denne økningen, sammenholdt med lagmannsrettens syn på betydningen av styrkeforholdet mellom partene ved spørsmålet om å gjøre unntak fra ankesummen, vil nok innebære at mange saker om fast eiendoms rettsforhold blir endelig avgjort i tingretten. Særlig vil altså det gjelde der en rettighetshaver vinner frem mot grunneieren i utmarkssaker. Som saken fra Namdal viser,

kan det være vanskelig for grunneier å dokumentere økonomisk tap av betydning fra servitutter og andre rettigheter i utmark. Som følge av dette, blir det ofte påberopt at slike saker likevel er av en slik karakter – tinglige rettigheter er jo ofte langvarige eller evigvarende – at en ren økonomisk vurdering i dag ikke bør ha avgjørende betydning for om en anke skal slippe inn for lagmannsretten. Men med den vekt Frostating lagmannsrett la på styrkeforholdet mellom partene i den saken vi her snakker om, vil grunneierne ha tyngre for å nå gjennom med sin evighetsperspektivargumentasjon. Dermed blir tingrettsbehandlingen av denne type saker heretter enda viktigere enn før.

Geir Stenseth

IMMATERIALRETT

Arbeidstakeroppfinnelser ved universiteter – Høyesteretts dom 22. oktober 2020

For å gi universitetene og høyskolene større insentiver til å sørge for at oppfinnelser gjort av deres ansatte ble *kommersialisert*, ble det såkalte «lærerunntaket» i lov om oppfinnelser gjort av arbeidstakere opphevet i 2002. Etter denne lovendringen kan universiteter og høyskoler, med noen reservasjoner, kreve at vitenskapelig ansatte overfører til dem rettighetene til patenterbare oppfinnelser de måtte gjøre i sitt arbeid, i samme grad som andre arbeidsgivere kan det. Til gjengjeld har de ansatte som overfører slike rettigheter, en preceptorisk rett til «rimelig godtgjøring» etter lovens § 7. Mange universiteter og høyskoler, herunder Universitetet i Oslo, har etter lovendringen utarbeidet «politikker» ('policies') for håndtering av immaterialrettigheter og egne enheter for å stå for kommersialiseringen (for UiOs del Inven2 AS).

Dommen i HR-2020-2017-A gjaldt en stipendiat ved Det odontologiske fakultet, A, som fikk PhD-graden i 2010. Som ledd i sitt doktorgradsarbeid hadde hun dyrket benceller i en vannoppløselig cellulosegel ved navn Histocare. Histocare var utviklet av den svenske professoren Christer Busch og produsert av det svenske selskapet Ascendia AB. Den ene av As veiledere hadde fått gelen tilsendt fra professor Busch for å forske på nye anvendelsesområder for den. Sommeren 2006 observerte A at de beincellene hun arbeidet med, dannet tredimensjonal vekst i gelen. Dette resulterte i én av de tre artiklene som inngikk i doktorgradsarbeidet hennes. Begge veilederne og professor Busch var medforfattere.

Våren 2007 brukte Ascendia AB teksten i to utkast til denne artikkelen i flere patentsøknader som førte til patent i USA, Japan og Europa. Professor Busch var oppført som eneste oppfinner i søknadene. Den ene veilederen hadde bistått det svenske selskapet med

patentsøknadene, men ikke orientert A. Hun ble først i 2010 kjent med at hennes arbeider var benyttet i patentsøknader. Hun kontaktet universitetets ledelse, men fikk svar fra universitetsdirektøren at det ikke var gjort noen oppfinnelse i Norge som gav grunnlag for medoppfinnerskap for henne. A saksøkte deretter Universitetet i Oslo, Ascendia AB og professor Busch ved Oslo tingrett. Hun krevde blant annet dom for at hun var å anse som oppfinner alene, at hun hadde rettighetene til oppfinnelsen, samt erstatning etter både åndsverkloven – for bruk av hennes tekst i patentsøknadene – og skadeserstatningsloven. Søksmålene mot det svenske selskapet og den svenske professoren ble avvist fordi de ikke kunne fremmes for norske domstoler etter Luganokonvensjonen. Oslo tingrett frifant Universitetet i Oslo med den begrunnelse at A verken var oppfinner eller medoppfinner til oppfinnelsen. Hun ble heller ikke tilkjent erstatning etter åndsverkloven eller skadeserstatningsloven, da retten kom til at veilederen som hadde bistått med patentsøknaden, hadde opptrådt som privatperson og ikke ansatt ved universitetet.

A anket til Borgarting lagmannsrett. Under saksforberedelsen avviste lagmannsretten visse krav fordi det var anket for sent over dem. Blant disse var «erstatning for tapt godtgjørelse». Etter hovedforhandling om resten av kravene forkastet så lagmannsretten anken i dom av 17. desember 2019. Lagmannsretten kom til at A var medoppfinner, men mente at universitetet ikke hadde ervervet oppfinnelsen fra henne, og at hun derfor ikke hadde krav på godtgjøring fra universitetet etter arbeidstakeroppfinnelsesloven § 7. Retten kom til at Ascendia AB hadde krenket hennes opphavsrett, og at universitetet heftet for veilederens uaktsomhet ved at han samarbeidet med selskapet om patentsøknaden, vitende om at As tekst ble brukt uten hennes samtykke. Universitetet ble imidlertid frifunnet fordi A ikke hadde tapt noen royaltyinntekter ved bruken i patentsøknadene.

A anket til Høyesterett som besluttet å fremme saken til behandling «for så vidt gjelder kravet om godtgjøring etter arbeidstakeroppfinnelsesloven § 7». Spørsmålet om A var oppfinner eller medoppfinner til oppfinnelsen, ble altså ikke behandlet. Høyesteretts behandling ble begrenset til spørsmålet om Universitetet i Oslo hadde ervervet rett til oppfinnelsen fra A og, under forutsetning av at hun var medoppfinner, derved gitt henne krav på vederlag etter arbeidstakeroppfinnelsesloven § 7.

Høyesterett gav ikke A medhold. Førstvoterende, som fikk tilslutning fra de øvrige dommerne, går i sin begrunnelse først til arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4, som gir en arbeidsgiver – på visse vilkår – rett til å kreve retten til oppfinnelser gjort av de ansatte «helt eller delvis overført til seg». Deretter siterer han § 7, den sentrale bestemmelsen i saken:

«Erverver en arbeidsgiver i medhold av § 4 eller på annet grunnlag, rett til en oppfinnelse som en

arbeidstaker har gjort, har denne, selv om annet måtte være avtalt før oppfinnelsen ble til, krav på rimelig godtgjøring...»

Siden universitetet ikke hadde ervervet retten til As oppfinnelse etter § 4, ble spørsmålet om det hadde ervervet retten til oppfinnelsen «på annet grunnlag». Om dette skrev førstvoterende:

«Det kan [...] ikke være tvilsomt at en avtale mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren kan være et ervervsgrunnlag som gir arbeidstakeren krav på godtgjøring. Jeg utelukker ikke at også andre ervervsgrunnlag kan være aktuelle. Men det ligger i uttrykket «[e]rverver» at det må dreie seg om et grunnlag som gir arbeidsgiveren en rett til selve oppfinnelsen.

Lagmannsretten har bygget på at arbeidstakeren får krav på godtgjøring dersom «arbeidsgiveren kan sies å ha disponert over oppfinnelsen som om arbeidsgiver hadde rett til det». Jeg er enig i at slike handlinger etter omstendighetene kan gi grunnlag for erverv av rettigheter. Men forutsetningen må være at arbeidstakeren har akseptert eller godkjent arbeidsgiverens erverv, det vil si gitt avkall på sin rett til oppfinnelsen.

Mangler arbeidstakerens aksept eller godkjennelse, er arbeidsgiverens disponering over oppfinnelsen ikke rettmessig. Dette kan etter omstendighetene gi arbeidstakeren krav på erstatning etter alminnelige erstatningsregler. Erstatning for slike rettskrenkelser er imidlertid ikke hjemlet i arbeidstakeroppfinnelsesloven § 7.

I et tilfelle som her må det derfor foreligge disposisjoner eller adferd som viser at begge parter har bundet seg til å overføre rett til oppfinnelsen fra arbeidstakeren til arbeidsgiveren. Spørsmålet om slik binding foreligger, må avgjøres etter alminnelige avtalerettslige regler.»

Førstvoterende fant det klart at A ikke hadde bundet seg på avtalerettslig grunnlag til å overføre sine rettigheter til oppfinnelsen til Universitetet i Oslo. Hun hadde ikke vært kjent med veilederens samarbeid med det svenske selskapet om patentsøknaden og kunne derfor «verken uttrykkelig, stilltiende eller ved passivitet» ha bundet seg til å overføre sine rettigheter til universitetet. Og veilederen kunne ikke anses for å ha noen form for fullmakt – verken stillings-, toleranse eller kombinasjonsfullmakt – til å binde universitetet til å overta oppfinnelsen.

Slik saken var skåret til for Høyesterett, er det vanskelig å være uenig i verken dommens begrunnelse eller resultat. Ordlyden i arbeidstakeroppfinnelsesloven § 7 er klar på at arbeidstakeren bare kan kreve godtgjørelse der arbeidsgiveren har ervervet rett til oppfin-

nelsen. De mest vanlige grunnlag å overta oppfinnelsen på, vil være etter prosedyren i arbeidstakeroppfinnelsesloven § 4 eller på avtalerettslig grunnlag. En kan merke seg at Høyesterett ikke utelukker at også andre ervervsgrunnlag kan være aktuelle. Jeg har selv blant annet argumentert for at dersom arbeidsgiveren, i kraft av sin arbeidsrettslige styringsrett, pålegger arbeidstakeren *taushet* om oppfinnelsen, må det anses som en overtakelse av oppfinnelsen som gir arbeidstakeren rett til godtgjøring (Lov og Rett 2018 s. 3 flg.).

Etter utfallet av saken for Høyesterett blir det nå opp til den tidligere stipendiaten å forfølge sitt eventuelle krav på (*med*)eierskap til oppfinnelsen mot det svenske selskapet som er oppført som eier. Det kan være en tung vei. Stipendiatens erstatningskrav mot Universitetet i Oslo, formulert som «erstatning for tapt godtgjørelse», ble som nevnt avvist av lagmannsretten av prosessuelle grunner. Det må vel også kunne hevdes at så lenge den tidligere stipendiaten har mulighet til å fremme et krav om eierskap overfor svensk domstol, ville hun heller ikke ha lidd noe økonomisk tap for å ha mistet rettigheter til oppfinnelsen. Det har vært en debatt om ikke universitetet burde gi større bistand til stipendiater som opplever slik opptreden som beskrevet i saken fra sine veiledere, men det er et spørsmål om personalpolitikk og institusjonens ansvar for at ansatte overholder fagetsiske normer, og gir ikke grunnlag for krav etter arbeidstakeroppfinnelsesloven.

På ett felt kan en spørre om rettsutviklingen har ført til at stipendiaten ville ha et klarere krav på vederlag dersom saken hadde blitt behandlet etter någjeldende regler enn de som gjaldt da søksmålet ble tatt ut: Kravet på vederlag for bruken av stipendiatens *opphavsrettslig vernede tekst* i patentsøknaden ville nå kunne ha tatt utgangspunkt i åndsverkloven § 81, som gir uttrykkelig adgang til å tilkjenne «rimelig vederlag» for bruken. Også medvirkere, som i dette tilfelle ville omfatte veilederen, har plikt til å betale slikt rimelig vederlag, jf. bestemmelsens tredje ledd. Spørsmålet er så om et slikt vederlag er noe universitetet som arbeidsgiver kan være ansvarlig for etter skadeserstatningsloven § 2-1. Dette er tvilsomt, men undertegnede vil mene at reelle hensyn tilsier en slik løsning.

Harald Irgens-Jensen

PENGEKRAVSRETT

BankID-svindel - HR-2020-2021-A

1. Innledning

Saken gjelder spørsmål om en bank som har utbetalt et forbrukslån til svindlere etter misbruk av BankID, kan kreve erstattet tapet av den som er utsatt for misbruket.

Easybank ASA mottok og innvilget 7. mars 2017 elektronisk søknad om et forbrukslån på 100 995 kroner. Låneavtalen ble signert med BankID tilhørende A. Et ektepar ble senere straffedømt for å ha forledet Easybank til å innvilge lånet, i tillegg til flere andre tilfeller av svindel mot en rekke finansinstitusjoner i form av avtaler om lån og kredittkort inngått i As navn.

Easybank tok ut forliksklage og senere stevning mot A med krav om erstatning. A tapte i tingretten og lagmannsretten. For Høyesterett trådte Forbrukerrådet inn som partshjelper for A.

Høyesterett kom enstemmig til at det ikke forelå ansvarsgrunnlag, og at A derfor ikke kunne holdes ansvarlig for Easybanks tap.

2. Ansvarsgrunnlag – bevisregler og bevisvurderinger

Easybank anførte at A hadde opptrådt uaktsomt både når det gjaldt oppbevaring av kodebrikke og håndtering av passord, og at det dermed forelå ansvarsgrunnlag for erstatning. For spørsmålet om oppbevaring av kodebrikken var faktum på det rene. Svindlerne hadde fått hånd om As kodebrikke, som var oppbevart på As kontor. Derimot var det uklart hvordan svindlerne hadde fått kjennskap til det tilhørende passordet.

Partene hadde tatt opp spørsmål om bevis og bevisbyrde, og Høyesterett fant derfor grunn til å kommentere dette mer generelt. Først fremholder Høyesterett, i samsvar med alminnelige prinsipper om bevis i sivile saker, at retten skal legge til grunn det faktum den finner mest sannsynlig (avsnitt 69). Deretter slår Høyesterett fast at i en erstatningssak vil bevisbyrden normalt ligge på den parten som fremsetter et erstatningskrav, altså banken i dette tilfellet (avsnitt 70).

På grunnlag av en fremlagt logg, som tilsynelatende inneholdt en liste over alle tilfeller der den aktuelle BankID-brikken var brukt, hadde lagmannsretten lagt til grunn at denne ikke hadde blitt brukt i en periode på ca. seks måneder før misbruket fant sted. At kodebrikken ikke er i bruk, betyr at passordet heller ikke har blitt inntastet og følgelig ikke kunne ha blitt plukket opp av svindlerne ved ulike typer av overvåkning. Lagmannsretten la dermed til grunn som mest sannsynlig at gjerningspersonene måtte ha fått tilgang til passordet ved at det «var skrevet ned i nærheten av der brikken ble oppbevart, eller at koden var veldig lett å gjette seg til».

Høyesterett overprøvde lagmannsrettens bevisvurdering på dette punkt. I avsnitt 86 peker Høyesterett på at det er fremlagt «nye opplysninger» som «viser at A selv kan ha benyttet BankID med den aktuelle kodebrikken og passordet frem til kort tid før misbruket startet», med den følge at lagmannsrettens resonnement «ikke kan opprettholdes». Hva de nye opplysningene gikk ut på, fremgår ikke av Høyesteretts dom. Undertegnede var imidlertid til stede i Høyesterett da bevisene ble fremlagt. Det viste seg at den fremlagte

loggen var både ufullstendig og feiltolket. Loggen som var blitt lagt frem for retten tidligere manglet to sider, sannsynligvis på grunn av en feilskanning. I tillegg viste loggen heller ikke eventuell pålogging og aktivitet i egen nettbank eller mislykkede forsøk på innlogging.

På denne bakgrunn fant Høyesterett at det nye bevisbildet ikke tilsa sannsynlighetsovervekt for at svindlerne hadde fått tilgang til passordet som følge av uforsiktig opptreden fra A. Bruk av såkalt keylogger, et instrument som kan brukes for å registrere inntastinger på et tastatur, eller andre former for overvåkning ble presentert som mulige forklaringer. Høyesterett la også vekt på informasjon som var kommet frem under etterforskning av straffesaken, blant annet post tilhørende A, som ble funnet hjemme hos svindlerne etter innbrudd i hans postkasse.

Høyesterett knyttet – som man kan vente – ingen rettspolitiske kommentarer til bevisbildet. Men fra et mer prinsipielt synspunkt er det et tankekors at spørsmål om privatpersoners erstatningsansvar ved misbruk av BankID må bygge på beviser som er helt utenfor disses kontroll. Det er vanskelig for en privatperson å avdekke at loggen som er lagt frem av banken er ufullstendig, og å vite hvordan denne skal tolkes på riktig måte. Hvor opplyst saken er, vil dessuten avhenge av om den er strafferettslig etterforsket og oppklart.

3. Ansvarsgrunnlag

Fordi det ikke var sannsynlighetsovervekt for at A hadde foretatt handlinger som innebar uforsiktig håndtering av passord, ble det avgjørende spørsmålet om As oppbevaring av kodebrikken innebar ansvarsgrunnlag for erstatning.

Høyesterett tar utgangspunkt i at det avgjørende for hvorvidt ansvarsgrunnlag ved misbruk av BankID foreligger, er om innehaveren har tatt «alle rimelige forholdsregler» for å beskytte seg mot misbruk (avsnitt 54). Deretter foretar Høyesterett en presisering av innholdet i denne normen, når det påpekes at «[v]urderingen av hva som er rimelige forholdsregler, må bygge på hva som praktisk mulig uten at det utgjør en urimelig stor byrde for innehaveren eller vil gjøre selve bruken av BankID upraktisk» (avsnitt 98). Det kan altså ikke stilles som krav at BankID-brikken håndteres med en optimal grad av sikkerhet. Det underliggende her er at de fleste er avhengig av å bruke BankID jevnlig til ulike gjøremål, slik at krav til aktsomhet må fastsettes i lys av den praktiske bruken. Det kan derfor ikke kreves mer enn «rimelige» forholdsregler. Konkret uttaler Høyesterett at det bare «i særlige tilfeller kan være aktuelt å anse en oppbevaring hjemme som uaktsom» (avsnitt 99). For oppbevaring av kodebrikken på et arbeidssted uttaler Høyesterett at det «i større grad må foretas en konkret vurdering». For eksempel kan det «ikke kreves at brikken skal låses ned hver gang man forlater sin egen arbeidsplass» (avsnitt 100), men man bør «unngå at brikken gjennom

lengre tid blir liggende på en måte som gjør at den kan tas i bruk av andre» (avsnitt 101).

Det mest prinsipielle ved dommen gjelder imidlertid den vekt Høyesterett legger på rolleforventninger til *skadelidte* for spørsmålet om konstatering av ansvarsgrunnlag. Høyesterett uttaler i avsnitt 56 at culpanormen i utgangspunktet er objektiv, men at det likevel er «rom for en viss relativisering». I utgangspunktet er dette en tradisjonell erstatningsrettslig tilnærming. I avsnitt 61 pekes det imidlertid mer spesifikt på at der «avtaleparten, tjenesteyteren, tilhører en gruppe som kan forventes selv å iverksette tiltak for å unngå tap, må dette ... få betydning når man skal stilling til om innehaveren i det enkelte tilfellet har opptrådt uaktsomt og ut fra det blir erstatningsansvarlig».

Henvisningen til skadelidtes forhold er i denne sammenheng noe annet enn spørsmål om reduksjon av erstatningsansvaret på grunn av skadelidtes medvirkning etter skadeserstatningsloven § 5-1. Reduksjon av erstatningsansvaret etter denne bestemmelsen forutsetter konstatering av skyld på skadelidtes hånd. I vår sammenheng er det sentrale ikke konstatering av skyld hos skadelidte, men risikobetraktninger knyttet til hvem som har skapt risikoen og hvem som er nærmest til å iverksette tiltak for å unngå tap. Dette innebærer en mer prinsipiell tilnærming.

Tilnærmingen kommer klart frem i den konkrete subsumsjonen Høyesterett foretar. Kodebrikken var i dette tilfellet oppbevart i en veske som var plassert i en skuff i et skap. Her lå den over lengre tid, også mens A var fraværende på ferie. Høyesterett fant at slik oppbevaring av kodebrikken gav grunnlag for å bebreide A, se avsnitt 103. Når As handlemåte likevel ikke kunne gi grunnlag for erstatningsansvar, ble det begrunnet med skadelidtes forhold. Banken, en profesjonell part, valgte å inngå avtalen utelukkende basert på elektronisk identifikasjon. Høyesterett legger til grunn at det ville vært mulig å foreta kontrolltiltak, og at med slike tiltak er det «stor sannsynlighet for at misbruket ville vært unngått». Dermed hadde banken «bevisst valgt en handlemåte som innebar en klar risiko for tap». Høyesterett konkluderte dermed med at

«den risikoen som er skapt ved at A har opptrådt noe uforsiktig ved sin oppbevaring av kodebrikken, [er] så begrenset at det etter mitt syn ikke kan være grunnlag for å anse hans handlemåte som uaktsom med den virkning at han blir erstatningsansvarlig for det tapet Easybank er påført».

Med andre ord: Det er ikke primært den uforsiktige håndteringen av kodebrikken som har skapt risikoen for tap. Tvert imot er det banken som har skapt risikoen gjennom måten den har organisert sin forretningsvirksomhet. Høyesteretts argumentasjon på dette punkt kan forstås i lys av at banker, og særlig typiske forbrukslånsbanker, tjener på å kunne tilby kreditt raskt gjennom enkle, digitale søknadsproses-

ser. Dette gjør det mulig å låne ut mer penger til flere, og dermed øke inntjeningen. Samtidig innebærer dette en økt risiko for svindel som bankene selv er nærmest til å redusere gjennom ulike tiltak og ordninger.

4. Lemping

Ettersom vilkårene for erstatning ikke var til stede, kom spørsmål om lemping ikke på spissen. I et obiter dictum uttaler Høyesterett seg likevel om muligheten for lemping i saker som denne.

Høyesterett peker i avsnitt 65 på at lemping kan skje i to situasjoner: «Der hvor fullt ansvar vil være *urimelig tyngende* for den ansvarlige, og der hvor det er *rimelig* at skadelidte bærer skaden helt eller delvis.» Høyesterett viser så til uttalelser i forarbeidene til skadeserstatningsloven om at skadelidtes mulighet for å forsikre seg mot tap av store verdier som generelt er utsatt for skade, og peker på at de «samme hensyn gjør seg ... gjeldende der skadelidte på annen måte har mulighet for å forebygge og pulverisere tapet», se avsnitt 67. I avsnitt 109 knyttes disse uttalelsene mer direkte til vår sak. Det presiseres at «der en privatperson etter alminnelige erstatningsregler blir erstatningsansvarlig overfor en finansinstitusjon for et stort økonomisk tap som er oppstått som følge av misbruk av BankID, vil det, avhengig av de nærmere omstendighetene, kunne være grunnlag for å sette erstatningsbeløpet *vesentlig* ned etter lempingsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2» (min uthevning).

Ved vurderingen av hva som er et «stort økonomisk tap» er det verdt å merke seg at Høyesterett omtaler lånebeløpet i saken, drøyt 100.000 kroner, som et «beløp som for en enkeltperson er betydelig» (avsnitt 104).

Også for spørsmålet om lemping ser vi altså at risikobetraktninger og mulighet for pulverisering av tapet blir sentralt i disse sakene. Hertil kommer individuelle vurderinger av den enkeltes betalingssevne sammenholdt med tapets størrelse. Høyesterett sender med dette et klart signal om at reglene om lemping kan brukes til å unngå urimelig tyngende erstatningsansvar for privatpersoner.

5. Avsluttende betraktninger

Avgjørelsen fra Høyesterett er solid og overbevisende. Ansvar for tap etter misbruk av BankID plasseres der det bør være: hos aktørene som tjener på bruk av digitale løsninger, og som har de beste forutsetningene for å iverksette risikoreducerende tiltak. Med den vektleggingen av skadelidtes forhold som Høyesterett bygger på, skal det mye til før det må anses å foreligge ansvarsgrunnlag i saker av denne typen. Dette må antas å være forbeholdt situasjoner der BankID-innehaveren har opptrådt kvalifisert klanderverdig, for eksempel ved frivillig deling av passord mellom nærstående. Det kan være ulike grunner til at passord deles, men ofte har det sammenheng med et behov for hjelp til å bruke digitale løsninger. På grunn av de

prinsipielle uttalelsene om lemping vil imidlertid dommen kunne få stor betydning for omfanget av privatpersoners erstatningsansvar også i slike saker.

I ny finansavtalelov, som er ventet vedtatt i løpet av kort tid, er det inntatt regler om ansvarsfordeling ved misbruk av BankID. De nye reglene er utformet slik at de først får anvendelse dersom det følger av alminnelige erstatningsrettslige regler at innehaveren av BankID er ansvarlig for finansinstitusjoners tap. Dermed vil dommen fra Høyesterett fortsatt ha betydning også etter vedtakelse av ny finansavtalelov. Samlet sett vil man med denne avgjørelsen i Høyesterett og nye regler i finansavtaleloven få et vesentlig styrket vern mot potensielt ruinerende konsekvenser av BankID-misbruk.

Det er etter mitt syn både viktig og etterlenget at både Høyesterett og lovgiver nå har kommet på banen. Det har i mange år vært en jevn strøm av saker for forliksrådene og domstolene som gjelder krav om erstatning etter misbruk av BankID. Dommene er tungt tilgjengelige, og de fleste ligger ikke på Lovdata. Jeg har innhentet og lest rundt 60 dommer – som dateres fra 2013 og frem til i dag. Mange av disse bygger på en forståelse av gjeldende rett som Høyesterett nå har slått fast at er feil, og som etter lovgivers vurdering gir svært urimelige utslag.

Det er grunn til å tro at også en lang rekke forliksrådsavgjørelser og private forlik har fått et innhold der privatpersoner er ilagt et større ansvar for bankenes tap enn det som følger av den rettsstilstand Høyesterett nå har slått fast.

For alle dem som må leve med de økonomiske konsekvensene av disse feilene i mange år fremover, potensielt resten av livet, er både avgjørelsen i Høyesterett og ny finansavtalelov en mager trøst. For selv om det ikke er rom for å diskutere det videre her, er et betimelig spørsmål hvordan så mange domstoler kunne anvende erstatningsreglene så feilaktig over så lang tid med så store konsekvenser for menneskers liv.

Til slutt er det grunn til å peke på at man med dette neppe har løst alle fremtidige problemer knyttet til misbruk av BankID. Både denne saken og nye regler i finansavtaleloven gjelder situasjoner der det kan påvises at noen har misbrukt en annens BankID. Offeret i saken for Høyesterett var heldig. Politiet etterforsket saken og svindlerne ble straffedømt. Dermed var det klart at han ikke hadde signert avtalene selv. I tillegg klarte han i siste sekund, før saken ble behandlet i Høyesterett, å oppdage at tidligere fremlagte bevis var ufullstendige og feiltolket. Mange saker blir av ulike grunner henlagt av politiet, og saken kan da være veldig dårlig opplyst. Manglende tilgang til retts hjelp innebærer dessuten at mange antakelig ikke vil være i stand til å hevde sin rett, verken hva gjelder tilgang til bevis eller rettslig argumentasjon. Det er dessuten stadig uavklart hvordan misbruk av BankID i andre sammenhenger enn ved finansielle tjenester skal håndteres. Lovgiver bør derfor på banen på med en bredere

gjennomgang av hvordan man kan sikre digitalisering uten at det rammer brukerne på urimelige måter.

Marte Eidsand Kjørven

SELSKAPSRETT

Majoritetsaksjeeier dømt til å betale erstatning for brudd på lojalitetsplikt overfor minoritetsaksjeeier – HR-2020-1947-A

Fire privatpersoner stiftet selskapet Akademiet Utdanning Norge AS, som driver undervisningsvirksomhet gjennom ulike selskaper i en kompleks konsernstruktur. Skoledrift AS var eiet av Akademiet Utdanning Norge og de fire personene bak. Skoledrift eide videre 80 % av aksjene i et selskap som etter hvert fikk navnet Respa Kompetanse AS. De siste 20 % av Respa Kompetanse var eiet av selskaper, som igjen var eiet av en person som ikke var en del av Akademiet-sfæren, siste eier var Satoe Invest AS.

Respa Kompetanse hadde et undervisningskonsept, og gjennomføringen var basert på avtaler inngått med flere selskaper i Akademiet-konsernet, herunder en fremleieavtale for lokalene fra Akademiet Oslo AS, som leiet lokaler til drift av videregående skole. Etter hvert oppstod det diskusjoner og uenighet mellom personene tilknyttet Respa Kompetanse og det skjedde endringer i ledelsen. Fremleiekontrakten som sikret Respa Kompetanse lokaler ble sagt opp av Akademiet Oslo, fordi det viste seg at den var inngått i strid med friskolelova. Deretter ble andre avtaler Respa Kompetanse hadde inngått med konsernselskapene sagt opp av disse, og virksomheten i Respa Kompetanse måtte opphøre. Det fremgår av Høyesteretts vurderinger at det i og for seg var forståelig at Akademiet Oslo sa opp fremleieavtalen og at det var naturlig at det fikk konsekvenser for Respa Kompetanses mulighet til å tilby undervisning. Det som videre skjedde, var imidlertid at selskapet Akademiet Nettstudier, som var heleid av Akademiet Utdanning Norge, fikk inngå en tilsvarende leieavtale som den Respa Kompetanse hadde hatt. Akademiet Nettstudier fikk også inngå andre nødvendige avtaler med konsernselskapene slik at undervisningsvirksomheten til Respa Kompetanse kunne fortsette i Akademiet Nettstudier. Studentene kunne dermed fortsette studiene på samme vilkår, og realiteten var at virksomheten i Respa Kompetanse ble overført til Akademiet Nettstudier uten at Respa Kompetanse fikk vederlag. Minoritetsaksjeeier Satoe Invest ble dermed taperen, siden dette selskapet ikke hadde eierinteresser i Akademiet Nettstudier.

Satoe Invest krevde erstatning fra majoritetsaksjeeieren Skoledrift og daglig leder i Respa Kompetanse. Høyesteretts flertall på tre dommere fant at Skoledrift var erstatningsansvarlig, men frifant daglig leder.

Mindretallet frifant begge parter av prosessuelle grunner, men sluttet seg til flertallets rettsanvendelse. Høyesteretts flertall kom med flere viktige avklaringer:

1. *Det gjelder en strengere aktsomhetsplikt for majoritetsaksjeeiere enn andre aksjeeiere*
Høyesteretts flertall fant at Skoledrift var erstatningsansvarlig som aksjeeier etter aksjeloven § 17-1. Det presiseres at aksjeeiere som et utgangspunkt fritt kan ivareta egne interesser uten at det medfører ansvar, men at det gjelder begrensninger som følge av muligheten for misbruk av posisjonen. Det legges til grunn at aktsomhetsplikten er strengere for majoritetsaksjeeiere enn andre aksjeeiere, som følge av deres mulighet til å utøve innflytelse over selskapet. Med henvisning til aksjelovens forarbeider slås det fast at dette gjelder både på og utenfor generalforsamling (avsnitt 36). Vi har ikke så mange dommer knyttet til aksjeeieres erstatningsansvar og presiseringen Høyesterett gjør her er en god avklaring av utgangspunktet for fastleggelsen av majoritetsaksjeeieres aktsomhetsnorm.
2. *Aksjeeiere har lojalitetsplikt overfor hverandre*
Spørsmålet i saken formuleres deretter å være om Skoledrift har misbrukt sin flertallsposisjon og krenket minoritetsvernet. Høyesterett trekker frem minoritetsvernet som et sentralt prinsipp i aksjeloven, som blant annet har kommet til uttrykk i forbudene mot myndighetsmisbruk i §§ 5-21 og 6-28. Ingen av disse bestemmelsene rammer imidlertid aksjeeiers disposisjoner utenfor generalforsamling.

Basert på anførsler fra Satoe Invest, slår Høyesterett fast at aksjeloven må suppleres med en ulovfestet lojalitetsplikt (avsnitt 45). Det har tidligere vært omdiskutert i teorien i hvilken grad det gjelder lojalitetsforpliktelser for aksjeeiere overfor hverandre, utover hva som kan forankres i aksjelovens bestemmelser. Høyesterett finner imidlertid på bakgrunn av uttalelser i forarbeidene til aksjeloven og nyere teori, at det gjelder en slik lojalitetsplikt. Det uttales videre at lovens regler om minoritetsvern vil være et naturlig utgangspunkt for å fastlegge lojalitetspliktens innhold, men at den også påvirkes av andre aksjerettslige grunnprinsipper. Dette oppsummeres slik i avsnitt 47:

«Tilfeller som ligger nær aksjelovens misbruksbestemmelser, og hvor for eksempel det aksjerettslige grunnprinsippet om likebehandling blir utfordret, vil det være naturlig å anse omfattet av en slik lojalitetsplikt.»

Etter mitt syn er dette en svært viktig avklaring for å fastlegge aksjeeieres rettsstilling, selv om det ikke bør være et kontroversielt standpunkt

siden aksjeselskapsretten er en del av obligasjonsretten, hvor det som kjent gjelder en alminnelig lojalitetsplikt.

3. *Handlinger fra konsernselskaper må vurderes erstatningsrettslig i lys av andre konsernselskapers disposisjoner*
Høyesterett presiserer at hvert selskap i et konsern er en egen rettslig enhet, som skal vurderes individuelt (avsnitt 48). Siden et morselskap i henhold til definisjonen i aksjeloven § 1-3 har bestemmende innflytelse, vil det være i posisjon til å beslutte formuesoverføringer mellom datterselskap. Slike overføringer vil ikke nødvendigvis ha betydning for bakenforliggende eierinteresser, men det vil kunne skade datterselskapets kreditorer og eventuelle minoritetsaksjeeiere. Kravet i aksjeloven § 3-9 om at konserninterne transaksjoner skal baseres på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper, skal motvirke tømming av datterselskaper på illojalt vis. Høyesterett finner grunn til å presisere at morselskapets plikter, og dermed erstatningsrettslige ansvar, kan gå lenger enn hva som kan forankres i § 3-9 (avsnitt 51):

«Et morselskaps handlinger må imidlertid vurderes i lys av den overordnede styringsmuligheten morselskapet har. I et konsern kan beslutninger i forskjellige selskaper samlet lede til et resultat som medfører ensidig verdioverføringer fra ett selskap til ett eller flere andre.»

Det er altså ikke tilstrekkelig for å gå klar av ansvar at vilkårene i aksjeloven § 3-9 er overholdt, morselskapets handlinger må ses i lys av hva som ellers har skjedd i konsernet. Dette innebærer etter Høyesteretts oppfatning at et morselskap vil ha en «særlig» aktsomhetsplikt.

To dommere dissenterte, og fant at flertallet baserte sin avgjørelse på bevis som det ikke var adgang til å ta i betraktning. Det uttales i avsnitt 94: «Etter mitt syn er det kordje prosessuelt eller faktisk grunnlag for ein hypotese om at det skulle ha vore betalt for overføringa av verksemda». Det presiseres at det aldri har vært anført at manglende vederlag utgjør brudd på aksjeloven § 3-9, og at det dermed ikke er grunnlag for å konstatere erstatningsansvar fordi det ikke ble betalt vederlag. Tilsvarende fant mindretallet at når lagmannsretten fant at Skoledrift hadde rett til ensidig å trekke tilbake immaterielle rettigheter som Respa hadde fått, kunne ikke tilbaketrekningen brukes til å underbygge at det forelå en illojal samlet plan. Mindretallet viste til at det ikke var feil ved lagmannsrettens rettsanvendelse, og at en konklusjon om at Skoledrift hadde handlet i strid med aksjeloven eller ulovfestede lojalitetsplikter forutsatte «ei anna vurdering av sentrale delar av faktum,

noko eg vik tilbake for å gjera når det ikkje er anka over provdøminga».

Lagmannsrettens bevisvurdering var ikke påanket, og det oppstod dissens når det gjaldt hvilket faktum Høyesterett kunne basere sin avgjørelse på. Flertallet på tre dommere viste til HR-2017-971-A, og la til grunn at det er adgang til å trekke andre slutninger enn lagmannsretten fra samme faktum (avsnitt 52). Videre ble det lagt til grunn at Høyesterett kan supplere lagmannsrettens bevisvurdering med vitterlige kjensgjerninger, selv om lagmannsretten ikke har kommentert disse. I denne saken hadde lagmannsretten konkludert med at de disposisjoner som ledet til at virksomhet ble overført fra Respa Kompetanse til Akademiet Nettstudier, enkeltvis var fornuftig begrunnet, og erstatningskravet mot Skoledrift førte ikke frem. Høyesteretts flertall fant at det likevel var adgang til å vurdere om disposisjonene samlet sett var i strid med aksjelovens regler om minoritetsvern og lojalitetsplikten.

Når det gjelder Høyesteretts flertalls konkrete vurdering av aksjeeiers erstatningsbetingende pliktbrudd, ble det tatt utgangspunkt i at Akademiet Oslo, som hadde fremleiet lokaler til Respa, hadde saklig grunn til å si opp avtalen fordi den var inngått i strid med friskolelova. Det at det ble inngått en tilsvarende fremleieavtale med et annet konsernselskap, innebar imidlertid at den ulovlige virksomheten fortsatte. Den eneste endringen var at virksomheten ble flyttet til et selskap som Satoe Invest ikke hadde eierinteresser i. Høyesterett fant derfor at oppsigelsen av fremleieavtalen ikke var «begrunnet i forretningsmessig forsvarlige vurderinger» (avsnitt 58). Selv om det ikke var Skoledrift som sa opp fremleieavtalen, men det heleide datterselskapet Akademiet Oslo, fant Høyesterett at oppsigelsen var relevant for spørsmålet om Skoledrift hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt. Det ble i den forbindelse uttalt: «Aksomheten av Skoledrifts handlinger som flertallsaksjeeier i Respa, kan, og må, vurderes i lys av beslutninger som treffes i andre konsernselskaper Skoledrift kontrollerer» (avsnitt 59). Høyesterett skjærer altså gjennom aksjeselskapsformen, og identifiserer konsernselskaper under henvisning til at Skoledrift kunne «dirigere» sitt datterselskap.

Høyesterett trakk frem at virksomheten i Respa kompetanse gikk med overskudd og at en overføring av virksomheten til et annet konsernselskap burde resultert i at Respa hadde fått tilført en positiv verdi, jf aksjeloven § 3-9. Det skjedde ikke. Videre ble det påpekt at Skoledrift bidro til at virksomheten i Respa opphørte, ved at Respas rett til å benytte Akademiets navn, varemerke og domene ble trukket tilbake etter at leieavtalen var sagt opp. Samlet sett presiserer Høyesterett i avsnitt 73 at det er indikasjoner på at overføringen av virksomhet «støter an mot prinsippet i aksjeloven § 3-9». Dette ble imidlertid ikke vurdert nærmere, fordi Høyesteretts flertall fant at Skoledrifts

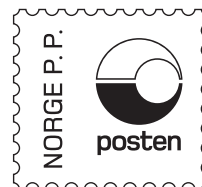
handling utgjorde en «illojal tilsidesettelse av Respas interesser», og at Skoledrift dermed opptrådte i strid med de ulovfestede lojalitetsforpliktelsene selskapet hadde som hovedeier i Respa. Det kan se ut på denne argumentasjonen som om Høyesterett mener at Skoledrifts lojalitetsforpliktelser gjaldt overfor Respa, og i så fall kunne man tenke seg at et brudd på plikten ledet til at Respa ville kunne kreve erstatning. Høyesterett presiserer imidlertid at lojalitetsbruddet innebærer at minoritetsvernet er krenket, noe som må forstås slik at den illojale tilsidesettelsen av Respas interesser innebærer at Skoledrift handler i strid med lojalitetsplikten overfor medaksjeeieren, Satoe Invest. Pliktbrudd innebærer presumsjon for uaktsomhet, og det forelå ansvar etter aksjeloven § 17-1.

Det kan spørres hvorfor Høyesteretts flertall valgte å vurdere Skoledrifts handlinger etter den ulovfestede lojalitetsplikten, og ikke tok stilling til om aksjeloven § 3-9 eller andre lovbestemmelser var krenket. En nærliggende årsak er at det var den alminnelige lojalitetsplikten som ble ansett mest egnet, ved at den åpner for en bredere vurdering. Vurderingstemaet er kjent fra andre deler av obligasjonsretten: Om Skoledrift som aksjeeier har fremmet egne interesser på minoritetsaksjeeierens bekostning.

Det er også grunn til å spørre om det er grunnlag for å identifisere ulike konsernselskaper slik det i realiteten gjøres her, ved at Skoledrift holdes erstatningsansvarlig for handlinger som strengt tatt andre rettssubjekt har foretatt. En forutsetning for Høyesteretts rettsanvendelse må imidlertid være at Skoledrift kunne ha forhindret oppsigelsen av fremleiekontrakten eller den påfølgende kontraktsinngåelsen med det andre konsernselskapet. Høyesterett er inne på dette innledningsvis i dommen, når det vises til et morselskaps mulighet for å øve innflytelse over datterselskapet, og den skjerpede aktsomhetsplikt dette medfører. I så fall er det kanskje mer treffende å si at det er Skoledrifts samlede handlinger og unnlater som vurderes, både som majoritetsaksjeeier i Respa Kompetanse og morselskap for Akademiet Oslo. Uansett innfallsvinkel er dommen utvilsomt sentral i vurderingen av hvor langt utgangspunktet om at konsernselskaper er selvstendige rettssubjekt rekkes. Vi så i HR-2016-1439-A (Bergshav Holding) at utbyttmuligheter skal vurderes i lys av ikke bare morselskapets likviditet, men konsernet under ett. Nå har vi fått et eksempel på at øvrige konsernselskapers handlinger er relevante ved fastleggelsen av aktsomhetsnormen for et konsernselskap.

Margrethe Buskerud Christoffersen

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Peter Hambro: *Arveloven*

Universitetsforlaget, Oslo 2020

561 sider



Lovkommentaren gir grundige kommentarer til arvereglene i arveloven.

Den nye arveloven som ble vedtatt i 2019 regulerer både arv og dødsboskifte. Denne lovkommentaren gir grundige kommentarer til lovens andre del om retten til arv. All rettspraksis av interesse er tatt med, både trykte og utrykte dommer og rettspraksis fra den tidligere arvelovens tid som fortsatt har betydning.

Lovkommentaren er nyttig for dommere, advokater og andre som har behov for å sette seg inn i arvereglene.

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 internettsider: www.cda.no

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

Et årsabonnement (2021) på *Nytt i privatretten* koster kr 720, –. 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 februar 2021.