



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

FORBRUKERRETT

Kort fra forbrukerretten

Den EU-rettslige forbrukerretten, som i kraft av EØS-avtalen også er norsk rett, utvides og utdypes. Siste lovvedtak om dette var lovvedtak 80 (2022–2023) Endringer i markedsføringsloven og angrerettloven mv. av 30. mai 2023. Lovendringen gjennomfører direktiv 2019/2161 – det såkalte moderniseringsdirektivet – i norsk rett og gjør blant annet lovene mer tilpasset markedsføring på Internett. Forbrukermyndighetene får også sterkere virkemidler til å håndheve regelverket.

Forbrukerretten skal gi forbrukerne et «høyt beskyttelsesnivå», og den skal virke *preventivt* ved å avskrekke næringsdrivende fra forretningsdrift som ikke tar tilstrekkelig hensyn til forbrukernes interesser. Disse hensynene uttrykkes eksplisitt eller skinner gjennom i flere direktiver og avgjørelser fra EU-domstolen. En ny dom i denne gate er sak C-97/22 DC fra 17. mai i år. Avgjørelsen sprang ut av en rettstvist i Tyskland, der en forbruker hadde bestilt noen elektrikerarbeider uten å bli opplyst om den lovfestede angreretten. Etter at arbeidene var utført, mottok forbrukeren faktura. Da gjorde han gjeldende angreretten.

Innhold nr. 3

Forbrukerrett	1
Immaterialrett	2
Kontraktsrett.....	4
Pengekravsrett	7
Selskapsrett	10
Sivilprosess	14
Sjørett.....	16
Tingsrett	18

jus@cappelendamm.no/www.cda.no

I direktiv 2011/83 om forbrukerrettigheter artikkel 14, gjennomført i angrerettloven § 26, heter det:

3. Udøver en forbruker sin fortrydelsesret efter at have fremsat en anmodning herom i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, eller artikel 8, stk. 8, betaler forbrugeren den erhvervsdrivende et beløb, der står i et rimeligt forhold til det leverede indtil det tidspunkt, hvor forbrugeren har underrettet den erhvervsdrivende om sin udøvelse af fortrydelsesretten, sammenlignet med fuld opfyldelse af aftalen. [...]

4. Forbrugeren hæfter ikke for:

a) udførelse af tjenesteydelser [...] helt eller delvist, inden fortrydelsesfristen udløber, såfremt:

i) b den erhvervsdrivende har undladt at give oplysninger i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, litra h) eller j) [...]

5. Forbrugeren pådrager sig intet ansvar ved at gøre brug af fortrydelsesretten, ud over hvad der fremgår af artikel 13, stk. 2, og i nærværende artikel.

Den tyske domstolen stilte spørsmål om dette også utelukket noen kompensasjon til tjenesteyteren som ikke hadde opplyst om angreretten, også når «ordregiveren i kraft af den erhvervsdrivendes byggeydelser har fået en formuegevinst, dvs. er blevet beriget?»

EU-domstolen svarte tydelig ja: Kompensasjon er utelukket. Domstolen bemerket blant annet: «Denne løsning er i overensstemmelse med den grundlæggende betydning, som direktiv 2011/83 tillægger de oplysninger forud for aftaleindgåelsen vedrørende fortrydelsesretten i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted [...] Når den pågældende erhvervsdrivende har undladt at give forbrugeren disse oplysninger, må denne erhvervsdrivende således hæfte for de omkostninger, som den pågældende har afholdt i forbindelse med opfyldelsen af den tjenesteydelsesaftale, der er indgået uden for fast forretningssted, inden udløbet af den fortrydelsesfrist, som forbrugeren har i henhold til dette direktivs artikkel 9, stk. 1. Under disse omstændigheder kan DC's påberåbelse af det

i 57. betragtning til direktivet anførte princip om sanksjoners forholdsmessighet med henblik at undgå sådanne omkostninger ikke tiltrædes» (avsnitt 32).

Ut fra direktivets ordlyd er resultatet ikke overraskende. Men avgjørelsen illustrerer at det kan være begrenset rom for å supplere forbrukervernlovgivningen med tradisjonelle obligasjonsrettslige konsepter som «berikelsessynspunkter» og «balanse i avtaleforhold» i den næringsdrivendes favør. Det kan være greit å ha in mente for alle oss med grunnopplæring i «alminnelig obligasjonsrett» dersom vi skal gi oss i kast med forbrukerrettslige problemstillinger.

Harald Irgens-Jensen

IMMATERIALRETT

«Rimelig vederlag» for bruk av andres verk – HR-2023-1077-A

I opphavsretten har det i senere år vært skrevet mye om hvordan opphaverne skal få «rimelig vederlag» når andre bruker deres åndsverk. Både åndsverkloven § 69 første ledd og lov om kollektiv forvaltning § 28 stiller uttrykkelige krav om «rimelig vederlag». Tilsvarende bestemmelser finner vi i EU-retten, jf. direktiv 2014/26 om kollektiv forvaltning («CRM-direktivet») artikkel 16 og direktiv 2019/790 om opphavsrett og nærstående rettigheter i det digitale indre marked («DSM-direktivet») artikkel 18. At lovgivningen har fått eksplisitte bestemmelser om dette, skyldes at det har vært problematisk å overlate prisfastsettelsen helt til frie forhandlinger mellom rettighetshavere og brukere. Hvis en enkelt opphaver står alene (en enkelt låtskriver mot et stort plateselskap), har det vært påpekt at vederlaget fort kan bli for *lavt*, mens der hvor rettighetshaverne står sammen i en kollektiv forvaltningsorganisasjon, som TONO i den foreliggende saken, kan rettighetshaverne ha makt til å sette vederlaget for *høyt*. Uansett hvordan partskonstellasjonen er, kan imidlertid en domstol få problemer med å sette vederlaget til «riktig» nivå. HR-2023-1077-A er en viktig rettskilde om dette.

I praksis er alle norske komponister medlem av TONO SA, en kollektiv organisasjon som forvalter medlemmenes eneretter til å råde over musikkverk ved eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten. TONO har i overkant av 35 000 norske medlemmer og forvalter også rettighetene til tre millioner utenlandske rettighetshavere gjennom gjensidige avtaler med tilsvarende organisasjoner i andre land. Alle arrangører av offentlige konserter i Norge må ha tillatelse fra TONO. TONO gir normalt tillatelse etter sin såkalte «konserntariff», som beregner vederlaget hovedsakelig som en prosentsats av billettinntektene (prosentsatsen varierer med billettinntektenes størrelse). Vederlaget reduseres forholdsmessig hvis deler av konsertprogrammet inneholder musikk som ikke

er vernet (typisk fordi komponisten er død for mer enn 70 år siden).

TONO har imidlertid krevd vederlag beregnet på andre måter fra landets fire store profesjonelle symfoniorkestre (i Oslo, Bergen, Trondheim og Stavanger). Disse orkestrenes viktigste inntektskilde er statstilskudd, ikke billettinntekter. Statstilskuddene for Oslo-Filharmonien som tvisten gjaldt, har i perioden 2017–2021 utgjort mellom 160 og 185 millioner kroner, som er mellom 80 og 94 prosent av orkesterets totale inntekter. Billettinntekter utgjør om lag 20 millioner kroner per år.

I 1984 avtalte TONO med de fire orkestrene at de fikk en forhåndsgodkjenning om å holde konserter med TONOs repertoar mot å betale et årlig vederlag basert på en prosentsats av deres samlede inntekter, henholdsvis 1,2 prosent for Oslo-Filharmonien og Musikkelskapet Harmonien og 0,8 prosent for de to andre. I 1996 gikk partene bort fra en prosentandel av inntektene til fordel for et bestemt beløp som skulle indeksreguleres. Beløpet for Oslo-Filharmonien var 663 753 kroner i 1996, som tilsvarte 1,2 prosent av orkesterets totale inntekter i 1995. TONO sa opp avtalen med OFO i 2014 med virkning fra 2016. Partene ble ikke enige om en ny avtale. Fra 2016 har Oslo-Filharmonien betalt vederlag basert på konserttariffen, men TONO har ment at dette var for lavt. TONO gikk i april 2021 til søksmål mot Oslo-Filharmonien for å få fastsatt et vederlag som var høyere enn konserttariffen. Kravet var på snau 1,7 millioner kroner for konserter holdt ut 2020. For konserter fra 2021 og fremover nedla TONO følgende, relativt omfattende, påstand:

For 2021 og hvert år fremover skal vederlaget Stiftelsen Oslo-Filharmonien skal betale for retten til å fremføre musikkverk som TONO SA forvalter på sine egne fysiske konserter, settes til et årlig beløp som skal utgjøre 0,55 % av Stiftelsen Oslo-Filharmoniens billettinntekter og tildelt statstilskudd det aktuelle året. Prosentandelen på 0,55 % bygger på at Stiftelsen Oslo-Filharmoniens fremføringer av musikkverk som TONO SA forvalter, har et omfang på 1800 minutter det enkelte år og at dette utgjør minst 1/3 av Stiftelsen Oslo-Filharmoniens totale fremføringer av musikkverk det aktuelle året. Prosentandelen på 0,55 % skal justeres forholdsmessig opp eller ned dersom omfanget av fremføringer av musikkverk som TONO SA forvalter er større eller mindre enn 1800 minutter. Prosentandelen på 0,55 % ved 1800 minutter skal videre justeres dersom Stiftelsen Oslo-Filharmoniens totale fremføringer av musikkverk det enkelte år overstiger 5400 minutter, slik at andelen på 0,55 % skal justeres med 0,01 prosentpoeng for hvert intervall på 100 minutter som overstiger 5400 minutter (dvs. hvis omfanget av de totale fremføringene ligger mellom 5401 og 5500 minutter skal andelen være 0,54 %, er den mellom 5501 og 5600 minutter skal andelen være 0,53 % osv.).

En enstemmig Høyesterett, i likhet med tingretten og lagmannsretten, frifant Oslo-Filharmonien. Lov om kollektiv forvaltning § 28 gir følgende retningslinjer for bedømmelsen:

Lisensvilkårene skal baseres på objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Vederlaget for tillatt bruk skal være rimelig. I vurderingen av om vederlaget er rimelig skal det blant annet legges vekt på om tariffene står i et rimelig forhold til brukens økonomiske handelsverdi, både med hensyn til arten og omfanget av bruken, og den økonomiske verdien av tjenesten som den kollektive forvaltningsorganisasjonen leverer.

I avsnitt 31 til 38 utdyper førstvoterende – dommer Sæther – hva som ligger i kravene om at lisensvilkårene skal være basert på «objektive» og «ikke-diskriminerende» kriterier.

Objektivitetskravet innebærer, sier han med henvisning til Prop. 53 L (2020–2021) og EU-domstolens avgjørelse i C-372/19 *SABAM*, at lisensvilkårene «må være så konkret utformet at de gjør det mulig for brukerne og domstolene å *etterprøve og verifisere* hvordan vederlaget er beregnet. Dette setter grenser for hvor skjønnsmessig og abstrakt kriteriene kan være utformet, og det kan være nødvendig å gjøre rede for metodikken bak vederlagsfastsettelsen» (avsnitt 33, dommerens utheving).

Objektivitetskravet innebærer ifølge førstvoterende også at kriteriene må være *relevante*. Det betyr at det må være sammenheng mellom brukens økonomiske handelsverdi og fastsettingen av vederlaget. En vederlagsmodell kan være i strid med loven dersom «andre og mer nøyaktige metoder er tilgjengelige, forutsatt at disse ikke medfører en uforholdsmessig økning av forvaltningskostnadene».

Kravet om at kriteriene skal være «ikke-diskriminerende», som førstvoterende omtaler som et krav om *likebehandling*, mener han, igjen med henvisning til lovproposisjonen og EU-domstolens praksis (Sak C-372/19 *SABAM* og C-52/07 *Kanal 5 og TV4*), innebærer en treleddet vurdering:

Først må det tas stilling til om forvaltningsorganisasjonen har inngått sammenlignbare transaksjoner. Dersom dette er tilfellet, er spørsmålet om organisasjonen da har anvendt kriterier som skiller seg fra dem som nå tilbys brukeren og om disse utgjør en forskjell av betydning. I så fall kreves det at forskjellsbehandlingen er objektivt begrunnet (avsnitt 35).

Førstvoterende understreker at objektivitetskravet og likebehandlingskravet må ses i sammenheng.

I den *konkrete vurderingen* bemerket førstvoterende først at andre konsertarrangører som hadde fått offentlige tilskudd, likevel hadde betalt vederlag til TONO etter konserttariffen. Det TONO krevde fra Oslo-Filharmonien, avvek klart fra konserttariffen med

hensyn til beregningsgrunnlag, prosentandel, justeringsfaktorer og sluttsummen (avsnitt 40–41). Om en slik forskjellsbehandling kunne godtas, avhang av om det «er gitt en objektiv begrunnelse for forskjellsbehandlingen» (avsnitt 44). Til dette bemerket førstvoterende at konserttariffen, der vederlaget som hovedregel er basert på billettinntektene, gav et mer *nøyaktig* beregningsgrunnlag enn TONOs krav der statstilskuddet inngikk, uten at det medførte uforholdsmessig administrative kostnader. Konserttariffen var altså bedre i samsvar med forarbeidenes føringer (avsnitt 46). Førstvoterende ville ikke utelukke at også en modell der statstilskuddet inngikk, kunne begrunnes på en måte som oppfyller lovens krav. Men han mente de kriteriene som TONO la til grunn i påstanden, var «for generelle og skjønnsmessige til at de kan begrunne en forskjellsbehandling» (avsnitt 47). Videre uttalte han:

Den eneste begrunnelsen TONO gir for forskjellsbehandlingen, er at det skal legges vekt på statstilskudd ved fastsetting av vederlaget. Kriteriet forklarer ikke hvilke typer offentlige tilskudd som skal tas i betraktning, hvor stort tilskuddet må være før det får betydning for andre konsertarrangører som mottar offentlige tilskudd eller prinsippene for hvordan vederlaget nærmere skal beregnes. Lisensvilkårene i påstanden punkt 2 er i stor utstrekning basert på individuelle vurderinger knyttet til særegne forhold ved Oslo-Filharmoniens konsertvirksomhet. Selv om vilkårene er detaljert utformet, fremgår det ikke noe nærmere om begrunnelsen for forskjellsbehandlingen. Jeg er enig med lagmannsretten i at likebehandling ikke oppnås utelukkende ved å beslutte at statstilskudd skal inngå i vederlagsmodellen. Det må også utformes forklarende og etterprøvbare kriterier for hvordan statstilskuddet skal påvirke fastsettelsen av vederlaget (avsnitt 48).

Etter dette konkluderte førstvoterende med at kravet til objektivitet og likebehandling i § 28 i lov om kollektiv forvaltning ikke var oppfylt.

I mange saker om beregning av vederlag for utnyttelse av en immaterialrett har et vanskelig punkt vært hvilken økonomisk verdi man skal anslå at de aktuelle rettighetene, og bruken av dem, har. Denne problemstillingen går Høyesterett tilsynelatende ikke inn på. Dersom en kollektiv forvaltningsorganisasjon fremover skal få aksept for vederlagsmodeller som tar hensyn til offentlige tilskudd ved bruk av åndsverk, spør det imidlertid ikke om de må kunne begrunne overbevisende hvordan tilskuddene reflekterer brukens verdi, og lage en modell som beregner vederlaget ut fra dette. Det virker ikke umiddelbart lett.

Harald Irgens-Jensen

Søksmålsfrist – HR-2023-766-A*(1) Innledning*

I denne saken behandlet Høyesterett spørsmålet om hvordan en avtalt søksmålsfrist skulle forstås; om den skulle betraktes som en foreldelsesregel, og i tilfelle hvilke regler som gjaldt når behandlingen av tvisten ble innstilt i forliksrådet.

Den underliggende tvisten gjaldt en avtale mellom KF Entreprenør AS (heretter entreprenøren) og Oslo kommune omsorgsbygg KF (heretter kommunen). Entreprenøren fremmet en rekke endringskrav mot kommunen i sluttoppgjøret, til sammen nærmere 12 millioner kroner. Kommunen avslo kravene og gjorde på sin side gjeldende dagmultskrav på rundt 4,4 millioner kroner.

I standardkontrakten som partene hadde benyttet, NS 8407: 2011, er det tatt inn følgende fristregel i punkt 35.2 når byggherren avslår et krav:

Dersom totalentreprenøren mottar avslag fra byggherren på et varsel etter 32.2 [irregulær endringsordre] eller krav om vederlagsjustering eller fristforlengelse, må han enten

a) kreve spørsmålet avgjort av en oppmann etter 50.3, før overtakelse, eller

b) ta de nødvendige skritt for å iverksette ordinær rettergang eller voldgift etter reglene 50.4, senest åtte måneder etter overtakelsen av hele kontrakts-gjenstanden, med mindre partene blir enige om en lengre frist.

Gjør totalentreprenøren ikke det, taper han sitt krav mot byggherren.

Etter overtakelsen oppsto det uenighet om sluttoppgjøret, og kommunen avslo entreprenørens krav. Fristen for å iverksette rettergang etter punkt 35.2 gikk egentlig ut 26. februar 2020, men partene avtalte en forlengelse fram til 26. mai 2020.

Innen denne fristen, den 24. april 2020, sendte entreprenøren inn forliksklage, men saken ble innstilt av forliksrådet i vedtak av 22. juni 2020. Det var ikke uenighet om at forliksklagen ble sendt innen fristen i standarden.

Entreprenøren ventet så til 22. desember 2020 med å ta ut stevning mot kommunen. I behandlingen av kravene i tingretten og de senere rettsinstansene anførte kommunen at dette var for sent. I henhold til tvl § 18-3 tredje ledd måtte søksmålet vært tatt ut innen tre måneder. Dette var entreprenøren uenig i. For det første ble det framholdt at det var tilstrekkelig å sende en forliksklage for å avbryte fristen i NS 8407: 2011 punkt 35.2. For det andre er det andre ledd i tvl § 18-3 som kommer til anvendelse, og her gjelder en frist på ett år som man hadde holdt seg innenfor.

Både tingretten og lagmannsretten fant at entreprenøren hadde tapt sine krav, og at disse heller ikke kunne benyttes til motregning mot kommunens krav på dagmulkt.

Saken stod for øvrig i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.

*(2) Høyesteretts behandling av problemstillingene**(2.1) Innledning*

Det er naturlig å delen inn tvisten mellom partene i tre hovedproblemstillinger, se nedenfor.

Høyesterett behandlet spørsmålsstilling nummer to til slutt, men spørsmålet om det foreligger en materiell foreldelsesfrist blir da hengende litt i luften, slik at jeg har valgt å gjennomgå temaet til slutt.

(2.2) Hvordan avbrytes fristen etter standarden – avsnittene 66 til 76.

Det første temaet Høyesterett tok standpunkt til, var hva som lå i uttrykket «iverksette ordinær rettergang». Konkret var spørsmålet om det holdt med å sende inn en forliksklage, som var gjort i tide, eller om man måtte følge opp denne med en stevning, og hvor det var tvist om dette hadde skjedd i tide.

Høyesterett avgjorde spørsmålet på bakgrunn av tolking av kontrakten, og benytter kjente prinsipper om objektiv tolking for å fastslå avtalens innhold.

Ordlyden i standarden er ikke entydig, men supplert med formålsbetraktninger og langvarig praksis innen bransjen, konkluderte Høyesterett med at det ikke var tilstrekkelig å sende inn en forliksklage. Først ved en stevning ble fristen endelig avbrutt.

(2.3) Forholdet mellom tvl § 18-3 andre og tredje ledd – avsnitt 101

Siden stevning var påkrevd, måtte derfor entreprenøren sørge for at det ble tatt ut stevning for tingretten etter at saken ble innstilt i forliksrådet.

Denne situasjonen er regulert i tvl § 18-3. Bestemmelsen inneholder imidlertid to regler om forholdet og med to ulike frister. Etter andre ledd er det tilstrekkelig at kravshaveren tar ut søksmål innen ett år etter at en sak er innstilt i forliksrådet. Etter tredje ledd derimot må søksmål tas ut innen tre måneder.

Høyesterett nøyde seg med ganske kort å fastslå at når det gjelder spørsmålet om foreldelse, så er det andre ledd som kommer til anvendelse, se avsnitt 101: «Andre ledd er ein spesialregel for tilhøve der forliksrådet innstiller ei sak, og der forelding er avbrote av forliksklagen». Tredje ledd gjelder alle andre situasjoner der en sak «avvises eller ellers ender uten dom».

*(2.4) Hvorvidt fristen i standarden er en materiell foreldelsesregel**(2.4.1) Innledning*

Det sentrale spørsmålet i den aktuelle saken ble etter det som er sagt ovenfor, om fristen i standarden skal betraktes som en foreldelsesfrist etter andre ledd slik

at ettårsfristen kommer til anvendelse, eller om fristen var av et annet slag slik at stevningen måtte tas ut innen tre måneder i samsvar med tredje ledd.

(2.4.2) Fristens formelle grunnlag – avsnittene 80 til 83

Høyesterett slo innledningsvis ganske kort fast at tvl § 18-3 andre ledd ikke kan tolkes så snevert at den bare gjelder foreldelse etter foreldelsesloven, eller at det må dreie seg om en lovfestet frist.

I avsnitt 83 konkluderes det med at «regelen i tvistelova § 18-3 andre ledd etter sin ordlyd og omfatter avtalte foreldingsfristar», hvilket var situasjonen i foreliggende sak.

(2.4.3) Fristens materielle innhold – avsnittene 84 til 100

Med utgangspunkt i en avgjørelse inntatt i HR-2013-2179 om forståelse av arveloven § 19, la Høyesterett til grunn at tvl § 18-3 andre ledd «berre omfatter reglar som etter sitt innhald er foreldingsreglar medan [andre] søksmålsfristar fell utanfor». Denne rettslige problemstillingen betegnet Høyesterett som et spørsmål om den aktuelle fristen er en materiell foreldelsesfrist.

Etter Høyesteretts oppfatning er det sentrale kjennemerket for en materiell foreldelsesregel at kravet tapes dersom søksmålsfristen ikke overholdes. Denne konsekvensen er uttrykkelig fastslått i standardens regel, jf punkt 35.2 andre ledd.

I tillegg tilsa både forhistorien til regelen og forståelsen av den i kommentarutgaver at det dreier seg om en foreldelsesregel.

Kommunen innvendte – naturlig nok – at det i standarden fantes en rekke andre frister hvor man kunne tape sitt krav, men uten at det er tale om foreldelsesregler. Høyesterett fant ikke disse innvendingene avgjørende. Når det gjaldt reklamasjonsfristene, som etter Ot prp nr 38 (1977–78) side 82 ikke er gjenstand for foreldelse, ble det påpekt at det ikke var naturlig å sammenlikne byggherrens mangelskrav med de kravene som ble framsatt i foreliggende sak (endringsordreregime). For så vidt gjaldt andre preklusive frister i standarden, så nøyde Høyesterett seg med å anføre at «[d]et er vanskelig å sjå at dette gjer noko avgjerande bidrag til korleis punkt 35.2 bokstav b skal tolkast», jf avsnitt 97.

Den siste innsigelsen til kommunen var at standardens regel ikke kunne forstås som en foreldelsesregel fordi fristen også omfattet rene krav på fristforlengelse, en type krav som ikke er gjenstand for foreldelse. På dette punktet framførte Høyesterett følgende resonnement, jf avsnitt 98:

Verkeområdet for foreldingslova er regulert i § 1 nr. 1 der det går fram at «[f]ordring på pengar eller andre ytelser vert forelda etter reglane i lova. Slik eg ser det utgjer kravet om fristforlenging under sluttoppgjeret eit motkrav i form av eit kronefrådrag i byggherren sitt krav om dag-

mulkt. Det vert då kunstig å vurdere kravet annleis enn andre pengekrav.

På denne bakgrunnen fant Høyesterett at standardens fristregel er å betrakte som en materiell foreldelsesregel som omfattes av ettårsfristen i tvl § 18-3 andre ledd. Entreprenøren hadde dermed tatt ut stevningen i tide.

Saken måtte dermed viderebehandles i lagmannsretten med utgangspunkt i Høyesteretts avgjørelse.

(2.5) Sakskostnadene

Entreprenøren hadde lagt ned påstand om at sakskostnadsspørsmålet ble utsatt til den senere avgjørelsen som avsluttet saken. Da kostnadsavgjørelsen hang sammen med utfallet i deler av saken som ennå ikke var avgjort, fikk entreprenøren medhold i sin påstand i medhold av tvl § 20-8 tredje ledd.

Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA) opptrådte som partshjelper for entreprenøren i tvisten for Høyesterett, men ikke de øvrige instansene, og krevde dekket sine sakskostnader. I utgangpunktet hadde EBA krav på å få dekket sine kostnader etter hovedregelen i tvl § 20-2 første ledd, jf tvl § 20-1 tredje ledd som gir reglene tilsvarende anvendelse for partshjelpere.

Høyesterett valgte imidlertid å benytte unntaksregelen i tvl § 20-2 tredje ledd. Spørsmålet Høyesterett hadde tatt standpunkt til, var av prinsipiell karakter og av stor generell interesse for bransjen. Dermed ble ikke kommunen pålagt å betale EBAs omkostninger.

(3) Mine bemerkninger

(3.1) Kort om søksmålsfristen i punkt 35.2

Ved den omfattende revisjonen av entreprenørstandardene i begynnelsen av 1990-tallet, innførte man strenge varslingsregler for krav som partene mente å ha mot hverandre. Bakgrunnen for dette var at man ønsket å unngå at tvister skulle bli liggende å drive, men i stedet avgjøres så raskt som mulig. Et ledd i dette varslingsregime var innføring av søksmålsfrister.

I de nye standardene som kom ut på 2000-tallet ble fristregimet lagt ganske radikalt om. Den viktigste endringen besto i at fristen først begynner å løpe fra overtakelsen av bygget, ikke allerede ved avslaget. Dermed unngikk man at en entreprenør ble tvunget til å ta ut søksmål midt under en byggeprosess.

For øvrig opererer punkt 35.2 med et tosporet system for avbrytelse av søksmålsfristen. Entreprenøren kan velge om han ønsker å kreve spørsmålet avgjort av en oppmann, eller om han skal iverksette en ordinær rettergang eller voldgift (dersom dette er avtalt). Førstnevnte avbruddsmåte må imidlertid skje før overtakelsen. Kommer byggherrens avslag etter overtakelsen, hvilket var tilfelle i foreliggende tvist, er det bare sistnevnte alternativ som kan benyttes.

Reglene om søksmålsfrister er av stor praktisk og prinsipiell interesse fordi man i standarden opererer med frister som i mange tilfeller kan være svært mye kortere enn de som følger av foreldelsesloven.

(3.2) Den rettslige karakteristikken av fristregimet i standarden

Det grunnleggende spørsmålet for Høyesterett var hva slags fristregime som er etablert gjennom søksmålsfristen i NS 8407: 2011 punkt 35.2. Er dette å anse som en avtalt regulering av foreldelsesreglene eller er det en frist av en annen karakter?

Den gjengse oppfatning før dommen var nok at bestemmelsen er å betrakte som en avtalt foreldelsesregel med en kortere frist enn det som følger av foreldelsesloven, jf for eksempel Heikki Giverholt mfl, NS 8407, Oslo 2012, side 576 og 578. Dette standpunktet inntok da også Høyesterett, og gode reelle grunner taler for en slik løsning.

Det er imidlertid interessant å gjøre noen refleksjoner over hva som hadde vært alternativet; det vil si hvis søksmålsfristen ikke hadde blitt betraktet som en regulering av foreldesspørsmålet.

I et slikt scenario ville vi hatt to parallelle fristsystemer som begge gjaldt for entreprenørens krav: Søksmålsfristen etter standarden og de alminnelige foreldelsesreglene. At foreldelsesreglene skulle ha blitt satt helt til side uten at dette skjedde gjennom avtalte foreldelsesregler, ville stride mot fl § 28. Det er ikke noe rettslogisk i veien for en slik løsning, slik er jo situasjonen for alle de øvrige preklusive fristene i standarden, men dette må nok sies å komplisere fristsystemet mer enn ønskelig.

Hvis domstolen likevel hadde begitt seg inn på dette alternativet, åpner det seg en del tankevekkende perspektiver.

For det første ville det da vært langt mer naturlig å betrakte en forliksklage i seg selv som en endelig avbrytelse av fristen. Dette gjelder også i de tilfellene hvor forliksrådet innstiller behandlingen av tvisten. Reglene om foreldelse ville da bli avgjørende.

For det andre, og nok langt viktigere, så ville man ikke blitt fanget av reglene i foreldelsesloven om adgangen til å motregne selv om kravet i seg selv er foreldet, jf fl § 26. En del vil nok hevde at motregningsretten i foreldelsesloven strider mot det rettspolitiske formålet med søksmålsfristen i standarden; at det settes en endelig sluttstrek for kravets eksistens slik at det skapes forutberegnelighet og oversikt. Spørsmålet måtte i tilfelle ha vært avgjort gjennom en ordinær tolking av punkt 35.2 i standarden.

Høyesterett valgte imidlertid det førstnevnte sporet. Fordi søksmålet ble ansett tatt ut i tide, kom ikke spørsmål om motregning av entreprenørens krav mot kommunens dagmulktkrav på spissen, se avsnitt 104.

(3.3) Tolningskriteriet for når det foreligger en materiell foreldelsesfrist

Ved avgjørelsen av om standardens punkt 35.2 etablerte en materiell foreldelsesfrist, la Høyesterett avgjørende vekt på at en fristavbrytelse ville lede til tap av kravet; fristen er med andre ord preklusiv, se særlig avsnitt 93.

Etter min oppfatning er imidlertid preklusivitet bare en nødvendig betingelse, men ikke et egnet skillemerke for hvilke frister som er avtalte foreldelsesfrister. Som kommunen helt riktig påpekte, inneholder standarden en rekke preklusive varslingsregler som ikke er å betrakte som foreldelsesregler.

Det som skiller fristen i punkt 35.2 fra de øvrige varslingsfristene i standarden, er at man har benyttet foreldelseslovens sentrale avbruddsmekanisme – søksmål – som fristavbruddsmåte. I disse tilfellene er det nærliggende å anta at man har ment å foreta en avtalleregulering av foreldelsesreglene. Alene er ikke dette kriteriet avgjørende. Det må nok likevel en del holdpunkter til for å komme til et annet resultat. I den aktuelle saken ble imidlertid konklusjonen støttet opp av de øvrige tolkningsmomentene.

(3.4) Entreprenørens krav på fristforlengelse

Kommunens anførsel om at et krav om fristforlengelse ikke kan foreldes, førte som nevnt tidligere ikke fram. Etter Høyesteretts syn virker et krav på fristforlengelse som et motkrav mot byggherrens fordring om dagmulkt. Dermed måtte det likestilles med andre pengekrav.

Betraktningen er fiffig, men som en tolking av *foreldelsesloven* er den ikke holdbar. En ren påstand om fristforlengelse (det vil si uten at det kombineres med et vederlagskrav) er en innsigelse mot byggherrens rett til dagmulkt, ikke et krav i seg selv. Det er hovedkravet, dagmulkten, som foreldes, ikke innsigelsen. Dette er et helt alminnelig prinsipp og gjelder alle innsigelser som gjøres gjeldende mot et krav. Så lenge hovedkravet kan gjøres gjeldende, vil retten til å framføre innsigelsen være i behold. En annen sak er at retten til fristforlengelse kan være falt bort av andre grunner, typisk at det er varslet for sent.

Det man derimot kan anføre er at dette er en ordning som er særskilt gjennomført i *standarden* siden krav om fristforlengelse nevnes uttrykkelig, og at dette ligger innenfor partsautonomien. Dessuten vil en slik regel være i tråd med standardens generelle varslingsystem for krav om fristforlengelse. Konsipistene av regelverket har åpenbart ønsket at et varsel om fristforlengelse etter de ordinære reglene i standarden ikke er tilstrekkelig. Entreprenøren må i tillegg ta ut søksmål innen åtte måneder etter overtakelse for å opprettholde innsigelsen.

(3.5) Adgangen til å fravike foreldelsesloven

Det følger av fl § 28 nr 1 at «[s]kyldneren kan ikke bindende vedta at foreldelse ikke skal inntre i samsvar med reglene i denne lov». Denne formuleringen etterlater det inntrykket at foreldelseslovens regler er ufravikelige med mindre det foreligger særlig hjemmel for noe annet.

Lovens forhistorie viser imidlertid at dette ikke er en riktig forståelse av bestemmelsen. I den opprinnelige utgaven av foreldelsesloven var denne problemstil-

lingen indirekte regulert i § 28 nr 4. Her framkom det at avtaler om en tidligere foreldelse enn det som fulgte av loven, kunne settes til side hvis reguleringen ville virke urimelig, noe som forutsatte en adgang til å avtale avvikende foreldelsesregler så lenge reguleringen var til gunst for skyldneren. Av forarbeidene går det dessuten klart fram at fravikeligheten gjaldt alle sider ved foreldelseslovens regler, se Ot prp nr 38 (1977–78) side 81, hvor det framholdes følgende:

§ 28 nr 4 gjelder både forkorting av fristen i forhold til det som følger av loven, framskyting av fristens utgangspunkt og bestemmelser om at forelding ikke kan avbrytes på de måter som er foreskrevet i loven.

Denne bestemmelsen ble imidlertid tatt ut av loven ved vedtakelsen av avtl § 36, ikke fordi man ønsket å forandre rettstilstanden, men som følge av at sensurregelen framsto som overflødig med vedtakelsen av generalklausulen. Som framholdt av Trygve Bergsaker, *Pengekravsrett*, 5 utg, Oslo 2023, side 305, må dette innebære at adgangen til å avtale egne foreldelsesregler, er opprettholdt i den reviderte loven.

Dette standpunktet er nå stadfestet av Høyesterett, se avsnitt 88. Henvisningen som Høyesterett gjorde til lovens forarbeider, som er gjengitt ovenfor, viser at det ikke bare er adgang til å avtale kortere frister, men at man kan vedta avvik fra alle foreldelseslovens regler så lenge dette vil føre til at foreldelse inntreffer på et tidligere tidspunkt enn etter loven. Hele diskusjonen i Høyesterett om hvilken avbruddsmåte som søksmålsfristen ga uttrykk for, er basert på en slik vid forståelse av partenes avtalekompetanse.

Dersom en avtale dels kan føre til en tidligere foreldelse og dels til en senere, avhengig av de konkrete omstendighetene, må det foretas en konkret vurdering av situasjonen. Så langt klausulen leder til at foreldelse inntreffer på et senere tidspunkt, blir den satt til side. For øvrig opprettholdes avtalereguleringen, se håndteringen av kommunens innsigelse angående dette temaet i avsnitt 88. Vi snakker med andre ord om en partiell ugyldighet, som er den alminnelige regelen ved overtreddelse av preseptorisk lovgivning.

Spørsmål om sensur av særlig korte foreldelsesregler må, som nevnt ovenfor, avgjøres etter avtl § 36. Dette kan i enkelte tilfeller være en aktuell problemstilling når det gjelder NS 8407: 2011 punkt 35.2. Det følger av regelen i bokstav b at foreldelsesfristen starter å løpe ved overtakelsen av bygget, ikke fra avslaget. Og regelen er forstått slik at den også gjelder når avslaget kommer etter overtakelsen, noe som faktisk var tilfelle i foreliggende sak. Det er ikke vanskelig å se for seg en situasjon hvor fristen for å ta ut søksmål etter punkt 35.2 kan bli svært kort. Hvis for eksempel entreprenøren først sender inn sluttoppgjøret 5 ½ måned etter overtakelse, og byggherren gir sitt svar inkludert avslaget etter 2 måneder, vil fristen være redusert til en halv måned. Domstolene har generelt vært svært tilbakeholdne med å benytte sensuradgangen etter avtl

§ 36, men i disse tilfellene kan gode grunner tale for å gripe inn.

I den forbindelsen kan det bemerkes at adgangen til å kunne avtale gunstigere foreldelsesregler for skyldneren, men ikke strengere, nok hviler på forestillingen om at skyldneren gjennomgående er den svakere part. I rene låneforhold slår denne formodningen normalt til. Dreier det seg imidlertid om krav fra kontraktsforhold om realytelser, vil antakelsen fort svikte. Man kan eksempelvis tenke seg et krav fra en mindre entreprenør engasjert av en større offentlig byggherre eller en stor hovedentreprenør, eller en liten kommune som reiser en sak mot en landsomfattende betongentreprenør. Når man i entreprenørstandardene har tatt inn korte søksmålsfrister, er imidlertid ikke dette for å verne den svakere part, men for å få en rask og ryddig avslutning på en prosess mellom profesjonelle parter.

Lasse Simonsen

PENGEKRAVSRETT

Foreldelsesfristens utgangspunkt for erstatningskrav etter uriktig myndighetsutøvelse – HR-2023-877-A

1. Sakens bakgrunn og rettsspørsmål

Saken gjelder spørsmål om foreldelse av krav om erstatning for uriktig myndighetsutøvelse. Bakgrunnen for saken er at de ankende parter, to næringsdrivende (A og B), i 2005 innledet et samarbeid med en utbygger ved at de garanterte for oppgjør av kjøpesummen for 27 leiligheter i prosjektet Seljehagen mot et honorar på 8,25 % av salgssummen. Faktura for dette ble sendt fra A og Bs enkeltpersonforetak i 2007, da prosjektet var ferdigstilt. Skatt Vest anså dette som merverdiavgiftspliktig formidling av fast eiendom, og A og B fikk derfor etterberegnet merverdiavgift og tilleggsavgift i 2011. Etter en lengre klageprosess ble vedtaket omgjort i august 2014. A og B fremmet da umiddelbart krav om erstatning, som ble avslått i 2015.

Erstatningskravet ble imidlertid ikke fulgt opp med rettslige skritt av A og B fordi Skatt vest i mellomtiden, i november 2014, på nytt fremmet krav i anledning Seljehagen-prosjektet. Skatteetaten mente nå at selv om honoraret ikke var mva.-pliktig eiendomsformidling, var det å anse som skattepliktig gevinst ved salg av eierposisjoner. Det ble derfor fattet vedtak om endring av A og B's likning for 2009 (november 2014). Etter en lengre klageprosess også i forbindelse med dette vedtaket, kom Skatteklagenemnda 4. desember 2017 til at vedtaket om omgjøring av likningen måtte oppheves. Det fulgte av daværende ligningslov § 9-6 nr. 3 at endring av likning til ugunst for skattyter ikke kan skje mer enn to år etter inntektsåret i tilfeller der skattyter ikke kan bebreides for å ha gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger.

A og B fremsatte deretter krav om erstatning som følge av de uriktige vedtakene. Kravet ble avvist av staten, blant annet på grunnlag av foreldelse, i brev 4. juli 2019.

I september 2019 tok A og B som selvprosederende parter ut søksmål for Jæren tingrett, men søksmålet ble avvist fordi stevningen ikke oppfylte prosessuelle krav i tvisteloven. Med bistand fra advokat ble deretter ny stevning tatt ut 3. desember 2020 ved Oslo tingrett. Retten besluttet at det skulle forhandles særskilt om foreldesspørsmålet etter reglene i tvisteloven § 16-1.

Det følger av foreldelsesloven § 9 nr. 1 at foreldelsesfristen for krav på skadeserstatning foreldes tre år «etter den dag da skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige». Saken reiste to hovedspørsmål: For det første om A og B kunne sies å ha «nødvendig kunnskap om skaden» før den underliggende forvaltningssaken var endelig avgjort. Og for det andre om det dreide seg om ett eller to krav om erstatning (med samme eller forskjellig fristutgangspunkt). Det siste spørsmålet har sammenheng med at erstatningskravet springer ut av to forskjellige uhjemlede vedtak: hhv. mva.-vedtaket i 2011 og skattevedtaket fra 2014.

For begge hovedspørsmålene hadde A og B påberopt seg at foreldelsesloven § 9 måtte tolkes i lys av EMK artikkel 6 om rettferdig rettergang. Bakgrunnen for anførselen er at EMD i en rekke saker har konkludert med at nasjonale regler om foreldelse kan innebære en krenkelse av EMK artikkel 6 bl.a. dersom reglene fremstår som (for) uforutsigbare.

Saken reiste også spørsmål om avbrytelse av foreldelsesfristen etter § 16 og om suksessiv foreldelse.

Høyesterett kom under dissens (4–1) til at A og Bs eventuelle erstatningskrav var foreldet.

I det følgende vil jeg kun omtale de delene av dommen som er av størst prinsipiell betydning: spørsmålet om klageprosessens betydning for fordringshaverens «kunnskap om skaden» og spørsmålet om brudd på EMK artikkel 6. Mye kunne vært sagt også om vurderingen av spørsmålet om kravsidentifikasjon. Her kom både flertallet og mindretallet til at de to underliggende forvaltningssakene, hhv. mva.-saken og skattesaken, utløste to forskjellige erstatningskrav i foreldelseslovens forstand. Vurderingen tok utgangspunkt i sivilprosessens regler om kravsidentifikasjon. Det er vanlig praksis å bygge på sivilprosessuell kravsidentifikasjon ved tolkning av foreldelsesloven, og konklusjonen er derfor ikke spesielt overraskende. Jeg har tidligere argumentert for at denne ukritiske koplingen mellom foreldelsesloven og sivilprosessens kravsidentifikasjonsregler i en del sammenhenger er uheldig, og fører til resultater som strider mot foreldelseslovens formål og system. Også i denne saken kunne koplingen til sivilprosessuell kravsidentifikasjon blitt problematisert. Det vil imidlertid kreve en mer omfattende forklaring, analyse og begrunnelse enn det er rom for her.

2. Klageprosessens betydning for fordringshaverens «kunnskap om skaden»

Høyesteretts flertall drøfter først det som omtales som «sakens hovedspørsmål»: «om fristen i foreldelsesloven § 9 nr. 1 begynner å løpe før behandlingen av den underliggende forvaltningssaken er avsluttet» (avsnitt 41). Dette beror på når skadelidte, her A og B, kan sies å ha «nødvendig kunnskap» om skaden og den ansvarlige. Flertallet peker i avsnitt 42 på at ordlyden i fl. § 9 gjelder generelt for alle erstatningskrav, og at ordlyden ikke gir noen holdepunkter for en særbehandling av krav mot det offentlige basert på feilaktige forvaltningsvedtak. Det vises til at «foreldelsesloven er en typisk positivrettslig og nokså detaljert lov» og at dette «tilsier at det bør utvises forsiktighet med å fravike ordlyden». Flertallet finner heller ingen holdepunkter i lovens forarbeider eller rettspraksis for at det skal «innfortolkes en reservasjon i § 9 om at foreldelsesfristen ikke løper før klagesaken er endelig avgjort» (avsnitt 43–51). En særmerknad i Rt. 2012 s. 543 som konkret knytter kunnskapskravet i fl. § 9 opp mot tidspunktet for ferdigbehandlet klage i den underliggende forvaltningssaken legger flertallet «ikke avgjørende vekt på» (avsnitt 51).

Forvaltningspraksis i NAV, som innebærer at NAV ikke anser foreldelsesfristen for å løpe før et vedtak er endelig avgjort, anses uten betydning av flertallet (avsnitt 53).

Flertallet finner imidlertid at reelle hensyn i form av «prosessøkonomiske hensyn etter omstendighetene kan tale for at det ikke reises søksmål før gyldigheten av vedtaket er endelig avgjort i forvaltningen» (avsnitt 54), men viser til at ordlyden i fl. § 9 ikke åpner for en «tilpasning av prosessøkonomiske grunner» (avsnitt 55). Flertallet viser også til muligheten for å ta ut stevning og deretter stanse søksmålet etter reglene i tvisteloven § 16-18. Av andre reelle hensyn peker flertallet på at heller ikke «hensynet til forutsigbarhet for skadelidte med avgjørende vekt taler for å innfortolke en generell reservasjon i foreldelsesloven § 9 om at foreldelse ikke begynner å løpe før endelig forvaltningsvedtak er fattet» (avsnitt 56).

Flertallets konklusjon blir at det «ikke gjelder noen generell regel om at foreldelsesfristen etter § 9 ikke kan begynne å løpe før det forvaltningsvedtaket som er grunnlaget for kravet, er ferdig klagebehandlet, eventuelt før vedtak i klagesaken omgjøres» (avsnitt 58). Isteden må det foretas en konkret vurdering som «i stor grad [vil] være sammensatt og skjønnsmessig» (avsnitt 59). Flertallet peker på at det i «noen tilfeller» kan føre til at fristen ikke begynner å løpe før vedtak i klagesaken foreligger, men at det i «mange tilfeller» vil være slik at skadelidte «kjenne[r] til de faktiske og rettslige omstendigheter som danner grunnlag for kravet, allerede ved underinstansens vedtak» (avsnitt 62). I den konkrete vurderingen finner flertallet at A og B hadde «nødvendig kunnskap» allerede da vedtakene i førsteinstansene ble fattet. De eventuelle erstatningskravene er dermed foreldet.

Flertallets argumentasjon er etter min mening lite overbevisende. Flertallet viser til at det ikke «gjelder noen generell regel» om at foreldelsesfristen for erstatningskrav mot det offentlige på grunn av uhjemlet myndighetsutøvelse begynner å løpe fra klagesaken er ferdig avgjort. Det er klart at foreldelsesloven ikke har en «regel» med en slik ordlyd. Men det er da heller ikke det som er spørsmålet. Spørsmålet er om skadelidte for denne typen krav typisk vil mangle «nødvendig kunnskap om skaden» så lenge forvaltningssaken ikke er endelig avgjort. Flertallet finner mange argumenter som taler for en slik tolkning: særmerknaden i Rt. 2012 s. 543, forvaltningspraksis fra NAV, prosessøkonomiske hensyn og hensynet til forutsigbarhet, men nøyer seg gjennomgående med å slå fast at disse kildene – verken hver for seg eller samlet – kan tillegges noen særlig vekt. Til støtte for sin konklusjon finner flertallet kun én rettskilde: lovens ordlyd. Det er imidlertid svært vanskelig å se at denne er så klar som flertallet synes å mene.

Som mindretallet påpeker er poenget at den skadelidte «parten i forvaltningssaken – inntil klagesaken er avgjort gjennomgående [vil] mangle et vesentlig element i vurderingen av om det foreligger en «skade»» (avsnitt 102). Mindretallet begrunner dette videre med at dersom «ligningsvedtakene hadde vært gyldige, ville det uten videre vært klart at det ikke hadde oppstått noen erstatningsbetingende «skade»» (avsnitt 103). Etter mindretallets syn er denne nære sammenhengen mellom vedtakets ugyldighet og kravet om erstatning «sentralt ved vurderingen av når en part i en forvaltningssak kan sies å ha «nødvendig kunnskap» om skaden» (avsnitt 104). Mindretallet viser til at det er «godt innenfor ordlyden å legge til grunn at «nødvendig kunnskap om skaden» i forvaltningssaken som et utgangspunkt og i alminnelighet først vil foreligge når klagesaken er avgjort».

Mindretallet legger videre «betydelig vekt» på særmerknaden i Rt. 2012 s. 543 ettersom «de øvrige rettskildene ... ikke gir særlig veiledning» (avsnitt 111). Mindretallet legger også en viss vekt på forvaltningspraksis fra NAV (avsnitt 113). I tillegg finner mindretallet støtte for sitt synspunkt i reelle hensyn, og peker i den forbindelse på at det er «vanskelig å akseptere at en part i en forvaltningssak som mener han har fått et ugyldig vedtak mot seg, skal risikere at hans erstatningskrav foreldes mens den påstått ansvarlige – forvaltningen – fortsatt behandler hans sak» og at «[n]oen god løsning kan det heller ikke være å kreve at det reises sak som så stanses i påvente av at klagesaken skal bli avgjort» (avsnitt 112).

Etter mitt syn er mindretallets argumentasjon langt mer overbevisende enn flertallets. Når vi nå har denne avgjørelsen er det imidlertid klart at det for fremtiden må anses avklart at en borger som vil kreve erstatning for uhjemlet myndighetsutøvelse «i mange tilfeller» vil anses å ha «nødvendig kunnskap om skaden» lenge før endelig vedtak i saken foreligger, og derfor kan

risikere å måtte kjempe på to fronter samtidig – både gjennom alminnelig klageprosess og parallell retts sak. Som de fleste forstår, vil dette være forbeholdt kun de aller mest ressurssterke borgerne. For alle andre kan staten effektivt unndra seg et erstatningsansvar i saker der klagebehandlingen av den underliggende forvaltningssaken trekker ut.

3. Betydningen av EMK artikkel 6 og den såkalte «forsiktighetslinjen»

Det følger av EMK artikkel 6 at enhver har rett til en rettferdig rettergang. Nasjonale regler om foreldelse kan etter praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) under visse omstendigheter utgjøre et ulovlig inngrep i retten til rettferdig rettergang (og/eller rettigheter etter EMK artikkel 13). I dom 11. Juni 2015, Banovic mot Kroatia, har EMD formulert det sentrale vurderingstemaet på følgende måte:

What the Court needs to ascertain in a given case is whether the nature of the time-limit in question and/or the manner in which it was applied are compatible with the Convention [...] This means, in particular, that the Court must satisfy itself that the application of the statutory limitation periods could be regarded as foreseeable for applicants, having regard to the relevant legislation and case-law and the particular circumstances of the case.

Vurderingstemaet er altså todelt: for det første er det spørsmål om foreldelsesregelen i seg selv er i samsvar med konvensjonen. For det andre er det spørsmål om anvendelse av foreldelsesreglene i den konkrete sammenhengen, overfor den individuelle klageren, utgjør et brudd på konvensjonen.

Særlig relevant for vår sak, er det såkalte «principle of legal certainty», som innebærer et krav til klare og forutsigbare regler. I dom 5. april 2018, Zubac mot Kroatia, uttalte EMD i storkammer:

A coherent domestic judicial practice and a consistent application of that practice will normally satisfy the foreseeability criterion in regard to a restriction.

I vår sak uttaler Høyesterett at verken «den generelle regelen i foreldelsesloven § 9 eller anvendelsen av den i de ankende parter tilfelle utgjør ... en krenkelse av artikkel 6 nr. 1» (avsnitt 90). Dette baserer Høyesterett på en «konkret vurdering» (avsnitt 92), uten at denne konkrete vurderingen spesifiseres i noen særlig grad.

De ankende parter hadde særlig påberopt seg EMDs dom 16. februar 2021, Vermeersch mot Belgia, til støtte for sitt syn. Saken gjaldt, som vår sak, et sivil erstatningssøksmål som følge av ugyldig forvaltningsvedtak. De belgiske domstolene kom til at kravet var foreldet etter en fem års foreldelsesfrist som løp fra det opprinnelige vedtaket. EMD konkluderte med at det forelå en krenkelse av klagerens rett til rettferdig rettergang blant annet på grunn av en sprikende rettspraksis og

uklarhet mht. om foreldelsesfristen for erstatningskrav ble suspendert av forvaltningsklagen. Høyesterett fant imidlertid at det forelå «særegne omstendigheter» i denne saken som medførte at den har «liten overføringsverdi til vår sak» (avsnitt 94).

Hvorvidt A og Bs rettigheter etter EMK artikkel 6 er krenket, skal jeg ikke mene noe sterkt om. Det dreier seg om skjønnsbaserte vurderinger, og det skal en del til før krenkelse kan konstateres. Det som likevel synes klart, er at Høyesteretts *begrunnelse* ikke oppfyller de kravene som følger av konvensjonen. Det foretas i realiteten ingen vurdering av hvorvidt de konkrete og individuelle omstendighetene i saken fører til at en *anvendelse* av foreldelsesloven § 9 – forstått på flertallets måte – vil innebære en krenkelse av A og Bs rettigheter etter EMK artikkel 6 i den konkrete saken. Det er flere omstendigheter som etter mitt syn er relevante i en slik vurdering:

For det første: A og B ba ved flere anledninger Skatteetaten om veiledning i anledning erstatningskravet sitt, uten at foreldelse ble nevnt – før staten senere påberopte seg at kravet var foreldet. For det andre er selve erstatningskravet begrunnet med at staten gjennom aktiv tvangsinndrivelse av kravene som senere viste seg å bygge på uriktige vedtak, strupte både likviditeten og inntektsmulighetene for de ankende parter. Mens klageprosessen pågikk sørget derfor staten for at A og B ikke hadde økonomiske muligheter for å «kjempe på to fronter»: både forfølge vedtakene gjennom klage og ta rettslige skritt med krav om erstatning. Staten som kreditor i skattesaker har i denne sammenheng en særstilling sammenliknet med andre kreditorer, som normalt ikke kan tvangsinndrive omtvistede krav.

For det tredje bidro staten selv sterkt til at forvaltningssakene trakk ut i tid. Etter å ha brukt tre år på å finne ut at mva.-kravet ikke holdt vann, fant staten et nytt rettslig grunnlag for å fremme krav i anledning det samme boligprosjektet – som igjen bidro til tre nye år med klageprosess knyttet til de samme faktiske forholdene. I prosessen brøt staten egne saksbehandlingsfrister, som bidro til å forlenge klagebehandlingen – og dermed også bidro til foreldelse av eventuelle erstatningskrav.

Alle disse konkrete forholdene er av betydning i en vurdering av om *anvendelse* av foreldelsesreglene i *akkurat denne saken* innebærer et brudd på ankende parter tilgang til domstolene for å få prøvet sitt erstatningskrav. Som nevnt går imidlertid Høyesterett overhodet ikke inn på disse – eller andre – individuelle omstendigheter.

Videre er den såkalte «forsiktighetslinjen» etter min mening også svært relevant i en vurdering av hvorvidt det foreligger en krenkelse av EMK artikkel 6. I 2007 diskuterte Stortinget hvorvidt man skulle innføre særskilte foreldelsesregler for erstatningskrav mot det offentlige. Dette ble ikke gjort fordi staten, ved daværende justisminister Storberget, uttalte at staten prak-

tiserer en såkalt «forsiktighetslinje». I rundskriv G-01/2017 er denne «forsiktighetslinjen» nedfelt, og det uttales at «Stortinget har forutsatt en praksis hvor staten er forsiktig med å påberope foreldelse». I saksforberedelsen ba de ankende parter staten om å dokumentere eksempler på tilfeller der foreldelse ikke er påberopt (utover sakene i den såkalte NAV-skandalen), men ingen slike eksempler ble dokumentert. Den såkalte «forsiktighetslinjen» synes derfor å fungere som en ytterligere felle for borgerne, idet den kan gi en forventning om at foreldelse ikke vil bli påberopt – særlig ikke i saker der det er en pågående klagesak knyttet til den underliggende forvaltningssaken, som trekker ut i tid på grunn av statens egne forhold. Selv om «forsiktighetslinjen» i seg selv ikke er bindende for staten, har den betydning for hvorvidt det i en EMK artikkel 6-vurdering er tilstrekkelig forutsigbart for borgerne at deres krav vil bli møtt med en anførsel om foreldelse.

4. Avsluttende bemerkninger

Som det vil ha fremkommet av drøftelsene ovenfor, finner jeg flertallets argumentasjon i saken, både hva gjelder tolkningen av foreldelsesloven § 9 isolert sett – og forholdet til EMK artikkel 6, lite overbevisende.

Det er på høy tid at lovgiver kommer på banen og foretar en full revisjon av foreldelsesloven. Som ett av flere tiltak bør man da sikre at erstatningskrav på grunn av uriktig myndighetsutøvelse ikke foreldes mens den underliggende forvaltningssaken klagebehandles. Det bør også foretas en grundig vurdering av foreldelsesloven opp mot EMK og relevant EU-rett.

Marte Eidsand Kjørven*

* Jeg gjør oppmerksom på at jeg har hatt et mindre utredningsoppdrag for de ankende parter i forbindelse med saksforberedelsen for lagmannsretten.

SELSKAPSRETT

Spørsmål om hvordan en plikt til å stemme på generalforsamling kan tvangsfullbyrdes – HR-2023-782-U

Det var tvist mellom aksjeeierne i et selskap, og minoritetsaksjeeier (ca. 37 %) ble dømt i voldgiftsdom til å stemme for en kapitalnedsettelse og utbetaling av utbytte på selskapets generalforsamling. Minoritetsaksjeeieren valgte likevel å stemme mot. Majoritetsaksjeeieren krevde da tvangsfullbyrdelse av voldgiftsdommen ved selv å få rett til å stemme for saksøktes aksjer under tvangsfullbyrdelsen, jf. tvangsfullbyrdesloven § 13- 14 første ledd. Majoritetsaksjeeieren fikk medhold i Høyesteretts ankeutvalg, i motsetning til i tidligere instanser.

Det oppstilles tre alternativer for domstolen for tvangsfullbyrdelse i § 13-14 første ledd: gi saksøkeren rett til å utføre handlingen ved kjennelse, bestemme

at namsmyndigheten selv skal utføre den, eller pålegge saksøkte en løpende tvangsmulkt. Med støtte i forarbeidene uttalte ankeutvalget at tvangsmulkt er det eneste alternativet i de tilfellene saksøktes medvirkning er *nødvendig* for å fullbyrde handleplikten (avsnitt 21). Det ble presisert at det utvilsomt inkluderer de tilfellene hvor den aktuelle handlingen er så personlig at saksøkte ikke kan overlate den til andre. Hvis det derimot er mulig å gi fullmakt til andre for å utføre handlingen, vil tvangsfullbyrdelse etter alle tre alternativer kunne være mulig.

En aksjeeier kan gi fullmakt til å stemme på generalforsamling, jf. § 5-2, og ankeutvalget var av den oppfatning at det dermed var mulig å overlate stemmegivningen til andre. Det ble deretter konkludert med at det er mulig å tvangsfullbyrde en aksjeeiers plikt til å stemme i en konkret sak på generalforsamlingen i et aksjeselskap etter alle de tre aktuelle alternativer, med presiseringen «når det fremgår av tvangsgrunnlaget hva stemmegivningen skal gå ut på». Det var tilfelle her. Kjennelsen er i overensstemmelse med HR-2018-111-A, hvor Høyesterett fant at det var mulig med dom for at en person pliktet å tegne aksjer i henhold til inngått avtale.

Margrethe Buskerud Christoffersen

HR-2023-1128-A (Kvinnherad Breiband): Utløses forkjøpsrett til aksjer av fusjon og fisjon?

1. Innledning

HR-2023-1128-A handler om forkjøpsrett til aksjer i Kvinnherad Breiband AS, der Kvinnherad Energi AS var hovedaksjonær. Bakgrunnen for saken var at eierskapet til 20 prosent av aksjene i Kvinnherad Breiband i 2020 ikke lenger lå hos den opprinnelige minoritetsaksjonæren Fjelberg Kraftlag, men var overført til Haugaland Fiberinvest AS. Overføringen hadde ikke skjedd ved et ordinært salg, som i henhold til en aksjonæravtale ville utløst forkjøpsrett for Kvinnherad Energi, men gjennom en rekke fisjoner og fusjoner av selskaper med tilhørende rettigheter og plikter. Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var om fisjonene og fusjonene utløste forkjøpsrett for Kvinnherad Energi. Dommen behandler også enkelte andre spørsmål som ikke omtales her.

Høyesteretts flertall (Remen, Webster og Bergsjø) kom til at den avtalte forkjøpsretten ble utløst ved fusjon og fisjon. En dommer (Normann) sluttet seg til konklusjonen, men med en annen begrunnelse enn flertallet. En dommer (Østensen Berglund) mente at forkjøpsrett ikke var utløst.

2. Utløses forkjøpsretten i aksjeloven § 4-21 av fusjon og fisjon?

Etter den deklatoriske hovedregelen i aksjeloven § 4-15 (3) har aksjonærene rett til å overta aksje som

har skiftet eier med mindre noe annet er fastsatt i vedtektene. «Forkjøpsretten utløses ved enhver form for eierskifte, når annet ikke er bestemt ved lov», jf. aksjeloven § 4-21 (1). Blant annet i aksjonæravtale kan det bestemmes at det gjelder en forkjøpsrett og hva som utløser forkjøpsretten mv., jf. aksjeloven § 4-15 (1). Aksjeloven sier ikke direkte om forkjøpsretten i aksjeloven § 4-21 utløses ved fusjon og fisjon. Fra før finnes det ikke høyesterettspraksis som uttrykkelig angir løsningen, og spørsmålet om fusjon og fisjon utløser forkjøpsrett, har vært gjenstand for noe debatt.

Både flertallet og mindretallet i HR-2023-1128-A tok utgangspunkt i aksjelovens regler om forkjøpsrett (avsnitt 43 flg., 106 flg. og 115). Dommerne Normann og Østensen Berglund uttalte eksplisitt at det klare utgangspunktet er at forkjøpsretten i aksjeloven § 4-21 ikke utløses ved fusjon og fisjon (avsnitt 107 og 115). Flertallet var ikke like tydelige, men konstaterte «[e]tter en samlet gjennomgang av rettskildene ... at kontinuitetsprinsippet står sterkt» (avsnitt 59). Fordi saken gjaldt rekkevidden av en avtalt forkjøpsrett, mente flertallet imidlertid at det ikke var nødvendig å ta generelt stilling til spørsmålet om rekkevidden av den lovbestemte forkjøpsretten ved fusjon og fisjon.

Som jeg redegjør for i en kommende artikkel, er det solid rettskildemessig støtte for at forkjøpsrett etter aksjeloven som utgangspunkt ikke utløses ved fusjon eller fisjon.

3. Generelt om tolkingen av forkjøpsrettsbestemmelsen

Ifølge flertallet måtte den avtalte forkjøpsretten forstås på bakgrunn av kontinuitetsprinsippet (avsnitt 60). Både dommer Normann og dissenterende dommer sier i realiteten det samme (avsnitt 106, 115 og 116). Høyesteretts utgangspunkt er dermed i tråd med Rt-2010-918 (Rec Wafer, avsnitt 26). Dette gjør at forståelsen av kontinuitetsprinsippet blir viktig for resultatet.

Samtlige vota i HR-2023-1128-A konstaterte videre at det kan være «særlige holdepunkter» som tilsier at kontinuitetsprinsippet ved fusjon og fisjon fravikes (avsnitt 60, 107, 115). Synspunktet har støtte i bl.a. rettspraksis og juridisk litteratur.

Førstvoterende uttalte samtidig (avsnitt 60) at det er vanskelig å si noe generelt om hva som nærmere ligger i et krav om særlige holdepunkter. Hun poengterte spesielt at hun «ikke [fant] grunnlag i rettskildene for å kreve at det uttrykkelig må fremgå av vedtektene eller aksjeeieravtalen at forkjøpsretten skal gjelde ved fusjon og fisjon for at forkjøpsretten kan gjøres gjeldende». Etter hennes oppfatning måtte løsningen derfor «bero på en konkret tolkning av rettsgrunnlaget for den enkelte forkjøpsrett». Uttalelsen (avsnitt 54 og 55) kom rett etter at hun hadde omtalt de grunnleggende dommene i Rt-1965-140 (Røsnes), Rt-2010-918 (Rec Wafer) og HR-2017-1664-A (Troll-Tinn).

I Rt-1965-140 (Røsnes) på s. 144 uttalte flertallet (tre dommere) at:

det alminnelige prinsipp når det gjelder tolking av en klausul om forkjøpsrett, [er] at man skal være forsiktig med å legge mer i klausulen enn man har sikker dekning for, eller som det også uttrykkes, at en bestemmelse om forkjøpsrett i tvilstilfelle bør tolkes innskrenkende.

Samme prinsipp gjengis uttrykkelig i Høyesteretts enstemmige dom i HR-2017-1664-A (Troll-Tinn, avsnitt 37), og det er i tråd med Rt-1967-787 (Fjell), Rt-1984-1392 (Herrem), Rt-1987-1239 (Aspholt), Rt-1998-734 (Åsli), Rt-2009-1299 (Alnes, avsnitt 68). De fleste av disse dommene gjelder forkjøpsrett til fast eiendom. HR-2017-1664-A (Troll-Tinn) gjaldt imidlertid fusjon av et av eierselskapene til en seksjon i en næringsseiendom som det var knyttet forkjøpsrett til, og dette tilsier at den ovennevnte uttalelsen også var relevant for forkjøpsrett til aksjer. I HR-2017-1664-A (Troll-Tinn, avsnitt 38) påpekte Høyesterett at prinsippet om at bestemmelser om forkjøpsrett i tvilstilfeller bør tolkes innskrenkende, «har gode grunner for seg» fordi en forkjøpsrett «kan ha følbare negative følger for eierens mulighet til å råde over eiendommen og virke negativt inn på omsetningsverdien». I tillegg kommer det at kravet til klar ordlyd er best i overensstemmelse med prinsippet bak reglene om fusjon og fisjon; nemlig å legge til rette for gjennomføringen av strukturelle endringer i næringslivet, jf. f.eks. NOU 1996: 3 s. 82 og Ot.prp. nr. 23 (1996–97) s. 112.

Dommer Normann, som også deltok i HR-2017-1664-A (Troll-Tinn), kunne heller ikke se at det var grunnlag for å oppstille krav om at det uttrykkelig må fremgå av vedtekter eller aksjonæravtale at den lovfestede forkjøpsretten likevel ikke utløses ved fusjon og fisjon (avsnitt 108). Hun begrunnet dette med «den uklarheten lovhistorien har skapt» og påpekte i denne forbindelse det hun oppfattet som ulik prinsipiell tilnærming i NOU 1992:29 og NOU 1996:3. Det er imidlertid vanskelig å skjønne hvordan lovhistorikken kan begrunne avvik fra HR-2017-1664-A (Troll-Tinn), som også ble avsagt på bakgrunn av NOU 1992:29 og NOU 1996:3. Den mest nærliggende forklaringen på forskjellen mellom NOU 1992:29 og NOU 1996:3 er at førstnevnte hadde som ambisjon å fjerne tvil om fusjon og fisjon i utgangspunktet ville utløse forkjøpsrett, noe som det i den siste utredningen ble ansett som unødvendig å si. Fordi reglene om fisjon i NOU 1996:3 utvilsomt bygget på kontinuitet og på at fisjon ikke er overdragelse, samt at den foreslåtte (senere vedtatte) lovteksten direkte sier at forkjøpsrett ikke utløses hvis noe annet er «bestemt i lov», var behovet for presiseringer i NOU 1992:29 ikke til stede.

Mindretallet (avsnitt 117) tok derimot utgangspunkt i prinsippet i HR-2017-1664-A (Troll-Tinn, avsnitt 37), jf. Rt-1965-140 (Røsnes). Etter hennes oppfatning ga HR-2017-1664-A (Troll-Tinn) god veiledning også ved tolkingen av forkjøpsrettsklausuler i andre rettsforhold enn der forkjøpsretten sprang ut av en avtalt forkjøpsrett til fast eiendom.

Samtlige vota tar videre utgangspunkt i at aksjonæravtalen må undergis en objektiv tolking (avsnitt 66, 109, 117). At dette er utgangspunktet for tolkingen av avtaler mellom profesjonelle parter, er gjentatte ganger fastslått i rettspraksis. En illustrasjon er her HR-2017-1664-A (Troll-Tinn, avsnitt 36), som trekkes frem i HR-2023-1128-A. Objektiv tolking innebærer ifølge Rt-2010-961 «44. ... ikke at ... [den omstridte bestemmelse i NS 3431] utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn». I HR-2023-1128-A la førstvoterende til at dersom «det ikke kan godtgjøres at partene hadde en annen, felles oppfatning av betydningen av ordvalget, blir ordlyden avgjørende» (avsnitt 66). Dommer Normann sluttet seg til dette (avsnitt 109).

4. Nærmere om tolkingen av aksjonæravtalen

Etter aksjonæravtalen punkt 11.0 skulle aksjonæravtalens bestemmelser om forkjøpsrett iakttas der noen av avtalepartene «overdra[r] eller pantsette[r] eller på annen måte forføye[r] over aksjene i selskapet ... overdraging av ein kontrollerande aksjeeigarpost i Partane skal likestilles med overdraging av Partanes aksjer i selskapet». Selve forkjøpsrettsbestemmelsen i aksjonæravtalen punkt 12.0 lød slik: «Ved overføring av aksjane har aksjeeigarane forkjøpsrett.»

Førstvoterende oppsummerte (avsnitt 73) sin forståelse av aksjonæravtalen med at

forkjøpsretten etter sin ordlyd rekker svært vidt. Jeg legger særlig vekt på at forkjøpsretten ikke bare utløses ved overføring av aksjene, men også når det «på annen måte» forføytes over dem. Klausulen om at forkjøpsretten også utløses hvis det skjer vesentlige endringer i eierforholdene i Kvinnherad Energi eller i Fjelberg, har etter mitt syn også sentral betydning. Bakgrunnen for partenes samarbeid og omstendighetene omkring inngåelsen av aksje-eieravtalen underbygger at forkjøpsretten skulle være omfattende. Det er ingen holdepunkter for at partene hadde en annen oppfatning av forkjøpsrettens omfang.

Dommer Normann uttalte seg langt på vei i samme retning (avsnitt 110).

Til dette kan det sies at verken fusjon eller fisjon dekkes av formuleringene som er gjengitt fra aksjonæravtalen. Fusjon og fisjon er verken overdragelse, pantsettelse eller på annen måte å forføye over aksjene. Førstvoterendes uttalelse om at «forkjøpsretten også utløses hvis det skjer vesentlige endringer i eierforholdene», har ikke dekning i aksjonæravtalens ordlyd, men den er uttrykk for en sterkt utvidende tolkning av aksjonæravtalen som omtaler «ei overdraging av ein kontrollerande aksjeeigarpost». Fusjon og fisjon er derimot en omorganisering – basert på kontinuitet – av eiernivået til selskapet som eier aksjene i Kvinn-

herad Breiband. I HR-2017-1664-A (Troll-Tinn, avsnitt 40) uttrykkes dette slik:

En fusjon innebærer derimot [i motsetning til et salg] fortsatt eierskap i funksjonell forstand, om enn med en mer eller mindre utvannet eierandel som motsvares av nyvunne eierandeler i det andre selskapet som er involvert i fusjonen.

Formuleringen der førstvoterende (avsnitt 73) «legger særlig vekt på at forkjøpsretten ikke bare utløses ved overføring av aksjene, men også når det «på annen måte» forføytes over dem» tilsier imidlertid at bestemmelser om at aksjonærene har forkjøpsrett ved overdragelse, overgang av aksjer, eierskifte, mv. ikke alene utgjør «særlige holdepunkter». Synspunktet støttes av kontinuitetsprinsippet.

Førstvoterende uttalte videre at «[d]e hensyn som kontinuitetsprinsippet på generelt grunnlag skal ivareta, slår heller ikke til i vår sak» (avsnitt 73). Ettersom uttalelsen ikke er nærmere begrunnet, er det vanskelig å vurdere den nærmere. Dommer Normann tok avstand fra flertallets uttalelse om at de hensyn som kontinuitetsprinsippet generelt skal ivareta, ikke slår til i saken. Etter hennes oppfatning synes «transaksjonene ... uansett å ha en forretningsmessig begrunnelse utover formålet om å realisere verdiene i Fjelberg Kraftlag» (avsnitt 112). Uttalelsen kan tyde på at hun ikke kunne se at det forelå omgåelse som rammes av en selskapsrettslig omgåelselære.

Flertallet berørte også betydningen av at endringer i energiloven mv. nødvendiggjorde en omorganisering av virksomheten i den opprinnelige minoritetsaksjonæren, men påpekte at kravene i den offentligrettslige reguleringen «kunne ... oppfylles på andre måter» (avsnitt 76). Synspunktet er bemerkelsesverdig. Utgangspunktet er at næringslivet kan velge den fremgangsmåten som gir det gunstigste resultatet, jf. H. Skar, «Omgåelse i aksjeselskapsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2019 s. 269-306, på s. 270. Blant annet forarbeidene til aksjelovene 1997 fremhevet at fusjon og fisjon var «viktige redskaper for gjennomføringen av strukturelle endringer i næringslivet. Disse rettsinstituttene har derfor stor betydning for næringslivets mulighet til å tilpasse seg vekslende struktur eller forhold og behov», jf. NOU 1996: 3 s. 82 og Ot.prp. nr. 23 (1996–97) s. 112. Før aksjelovene 1997 var fisjonsinstituttet ikke lovregulert i aksjeloven, men fisjon ble gjennomført etter reglene om utdeling etter nedsettelse av aksjekapitalen i kombinasjon med reglene om stiftelse av selskap eller reglene om forhøyelse av aksjekapitalen, Ot.prp. nr. 19 (1974–75) s. 208 og M. Aarbakke: «Deling av aksjeselskap (fisjon) etter norsk rett», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1980 s. 189–194. I forarbeidene ble det imidlertid lagt til grunn at det var behov for lovregler om fisjon, jf. NOU 1992: 29 s. 200 og Ot.prp. nr. 36 (1993–94) s. 129. Fusjon og fisjon skjer på egne vilkår, og omorganiseringen har andre rettsvirkninger bl.a. mht. kontinuitet

og skatt. Skulle muligheten for å gjennomføre en organisering på en annen måte enn ved fusjon eller fisjon ha betydning for om kontinuitetsprinsippet må vike, ville det åpne for at hele fusjons- og fisjonsinstituttet settes ut av kraft.

5. Rettsavklaring og rettsutvikling

Rettskildeverdien av HR-2023-1128-A (Kvinnherad Breiband) må ses i lys av at dommen er avsagt under dissens og med en særmerknad fra én av dommerne på flertallssiden. Særlig flertallet, men også dommer Normann, har basert seg på en konkret vurdering av den avtalte forkjøpsretten. Premissene for vurderingen avviker noe fra tidligere rettspraksis på sentrale punkter uten at dette begrunnes tydelig. Når flertallets analyse av lovforarbeidene (avsnitt 48) tar utgangspunkt i at «[a]ksjelovgruppens utkast til ny aksjelov ble ikke fulgt opp av departementet, som ønsket utredet et forslag til to lover – aksjeloven og allmennaksjeloven» (uthevet her), er det positivt galt, jf. Forh.O. 1995 s. 627 og T. Bråthen, «De nye lovene om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper», *Lov og Rett*, 1997 515–561, på s. 516–520. Generelt bidrar dette ikke til å styrke tilliten til flertallets vurderinger.

Etter HR-2023-1128-A kan rettstilstanden på området formentlig oppsummeres slik:

(1) Verken aksjeloven §§ 4-19 flg. om forkjøpsrett eller avtalt eller vedtektsfestet forkjøpsrett utløses i utgangspunktet av fusjon og fisjon hos en aksjonær.

(2) Noe annet gjelder ifølge samtlige vota (avsnitt 60, 107, 115) der det foreligger særlige holdepunkter for dette, typisk fordi vedtektene eller aksjonæravtale må tolkes slik at de gir uttrykk for at det gjelder en forkjøpsrett ved fusjon og/eller fisjon i et eierselskap. Den som ønsker at forkjøpsrett skal utløses ved fusjon og/eller fisjon i et eierselskap, må dermed sørge for at det er særlige holdepunkter for dette primært i selskapets vedtekter, eventuelt i en aksjonæravtale.

(3) Løsningen er klar der vedtektsbestemmelse sier uttrykkelig at forkjøpsrett utløses ved fusjon eller fisjon i eierselskapet eller det brukes formuleringer som eierskifte ved sammenslåing, deling e.l. Løsningen kan bli tilsvarende der dette sies klart i en aksjonæravtale. Derimot er formuleringer som at aksjonærene har forkjøpsrett ved overdragelse, overgang av aksjer, eierskifte, mv. ikke alene tilstrekkelig til å gi «særlige holdepunkter». Aksjeloven § 4-21 (1) sier som nevnt at forkjøpsrett utløses ved «enhver form for eierskifte».

(4) Fast rettspraksis om objektiv tolking av vedtekter og aksjonæravtaler utelukker ikke et tolkningsresultat som avviker markant fra ordlyden i en bestemmelse om forkjøpsrett. Men det skal nok (fortsatt) temmelig mye til. Dette understrekes av førstvoterende (avsnitt 66) når det sies at ved «tolkningen av en aksje-eieravtale, som her, og tilsvarende ved tolkning av selskapsvedtekter, får ordlyden en særlig betydning ettersom også andre enn dem som har utformet bestemmelsene, må forholde seg til dem». Uttalelsen tilsier at

de særlige holdepunkter som i tilfelle skal begrunne en utvidet anvendelse av forkjøpsretten på fusjon og fisjon, primært må forankres i ordlyden. «Bakgrunnen for partenes samarbeid og omstendigheter omkring avtaleinngåelsen», som førstvoterende peker på i avsnitt 73, bør bare tillegges begrenset vekt i rene tvilstilfeller.

(5) Hvorvidt det er grunnlag for å opprettholde tolkingspresumsjonen om at forkjøpsrettsbestemmelser i tvilstilfeller skal tolkes innskrenkende, er usikkert. Her står en rekke på minst åtte tidligere høyesterettsdommer som gir støtte for tolkingspresumsjonen, mot en nylig avsagt dissensdom hvor flertallet ikke har funnet at det gjelder en slik regel.

(6) En formulering som sier at forkjøpsrett utløses dersom eieren av aksjer i et eierselskap på annen måte enn ved salg eller pantsettelse «forfører over aksjene», kan tolkes slik at den åpner for at forkjøpsrett utløses ved fusjon eller fisjon. Spesielt gjelder dette dersom partenes samarbeid, omstendighetene omkring etableringen av selskapsforholdet eller en «change of control-klausul» tilsier en omfattende forkjøpsrett.

Høyesterett skal gjennom avgjørelser i konkrete saker bidra til rettsavklaring og rettsutvikling innenfor bl.a. rammene som følger av lov. Om og i hvilken grad denne dommen bidrar til rettsavklaring, kan nok diskuteres. Flertallets ubegrunnede uttalelse (avsnitt 73) om at de hensyn som kontinuitetsprinsippet på generelt grunnlag skal ivareta, ikke slår til i saken, skaper usikkerhet om kontinuitetsprinsippet rekkevidde. Den utvidede tolkingen av aksjonæravtalens bestemmelser om forkjøpsrett innebærer enda strengere krav til den som skal utforme vedtektsbestemmelser og aksjonæravtaler. Tolking i strid med ordlyden kan være prosessdrivende. Når Høyesterett i HR-2023-1128-A ikke ville slutte seg til tolkingspresumsjonen i Rt-1965-140 (Røsnes) jf. Rt-1967-787 (Fjell), Rt-1984-1392 (Herrem), Rt-1987-1239 (Aspholt), Rt-1998-734 (Åsli), Rt-2009-1299 (Alnes, avsnitt 68), Rt-2010-918 (Rec Wafer) og HR-2017-1664-A (Troll-Tinn), oppstår dessuten spørsmålet om betydningen for forkjøpsretter generelt.

Tore Bråthen, Handelshøyskolen BI

SIVILPROSESS

Når kan forkjøpsrett til fast eiendom gjøres gjeldende der et eierselskap har fått nye aksjeeiere? – HR-2023-1250-A

Spørsmål om forkjøpsrett til en fast eiendom kan gjøres gjeldende mot et selskap som har fått nye aksjeeiere, jf. løysingsrettslova § 11 femte ledd.

Bakgrunnen for tvisten var at to naboer hadde avtalt gjensidig forkjøpsrett til hverandres eiendommer. Den ene naboens eiendom var eid av et aksjeselskap hvor han eide 100 % av aksjene. Det ble vedtatt innløsning av en del av aksjene og en tredjeperson fikk samtidig

foreta nytegnning av aksjer i dette selskapet, slik at han eide 2/3 av aksjene i selskapet. Den opprinnelige eieren av alle aksjene ble sittende igjen med en tredjedel. Naboen gjorde gjeldende at forkjøpsretten med dette var utløst, og krevde å overta eiendommen, jf. løysingsrettslova § 11 femte ledd.

Etter løysingsrettslova § 11 første ledd er utgangspunktet at forkjøpsrett utløses når det inngås bindende avtale om salg av eiendommen. Bestemmelsens femte ledd regulerer situasjonen hvor det er et selskap som eier eiendommen:

Hefter forkjøpsrett på ein eigedom som høyrer til eit selskap, kan retten til å løyse eigedomen gjerast gjeldande når ein så stor del av aksjane eller selskapspartane skiftar eigar at styringsretten i selskapet kjem på andre hender.

Dette reiste to underspørsmål i saken: har aksjene skiftet eier og har styringsretten gått over på kjøper. Det første spørsmålet berodde på om en innløsning og nytegnning av aksjer er å anse som at aksjer skifter eier, men Høyesterett unnlot å ta stilling til dette. Det ble bare diskutert om styringsretten var kommet på andre hender.

Begrepet «styringsrett» benyttes ikke i selskapsrettslovene og har ikke noe klart innhold. Høyesterett oppstilte ulike alternativer for når denne kan ha kommet på andre hender: f.eks. når en annen har fått stemmeflertall som gir innehaveren rettigheter etter aksje-loven, enten 50 % eller 2/3. Det ble imidlertid fremhevet at spørsmålet om tegneren hadde fått styringsretten måtte avgjøres ut fra sammenhengen, nemlig at det skal være en situasjon som likestilles med overføring av den faste eiendommen selskapet eier. På bakgrunn av forarbeider, andre lover og underrettspraksis oppsummerer førstvoterende terskelen for når det foreligger løysingsrett ved aksjeoverdragelse slik (avsnitt 41 og 42):

Hvorvidt en aksjeoverføring fører til at «styringsretten i selskapet kjem på andre hender», beror på en konkret vurdering. Sentralt står hvor stor andel av de stemmeberettigete aksjene som kommer på andre hender. Det må også legges vekt på eventuelle vedtak i selskapet og avtaler mellom aksjeeierne som påvirker hvem som har styringen. Dersom ikke alle aksjene er overført, kan det ha betydning hvor spredt eller konsentrert det nye eierskapet er blitt. For at forkjøpsretten skal utløses, må endringene være så vesentlige at de i realiteten er å likestille med en overføring av den faste eiendommen. Vilkåret vil som hovedregel være oppfylt dersom 90 prosent av aksjene har kommet i hendene på andre aksjeeiere.

I den konkrete saken kom Høyesterett til at det ikke var utløst forkjøpsrett, fordi tegneren av de nye aksjene bare fikk 2/3 av aksjene og det ikke forelå andre omstendigheter som tilsa at det reelt sett hadde skjedd

en overføring av eiendommen. Det er en viktig presisering at dette er vurderingstemaet, for ved løsning av andre rettsspørsmål vil det kunne være naturlig å si at styringsretten har gått over, dersom ny aksjeeier har tilstrekkelig stemmeflertall etter noen av aksjelovens regler.

Margrethe Buskerud Christoffersen

Spørsmålet om fjellova kjem til bruk i Nordland og Troms skal avgjerast ved domstolane – HR-2023-1044-A

Det materielle spørsmålet som aktualiserte saka er om fjellova, som regulerer tilgang på rettar og styringstilhøve i statsallmenningar elles i landet, kjem til bruk på statleg grunn i Nordland og Troms. Spørsmålet har vore diskutert, og søkt fremja til politisk handsaming i ei årrekkje. Det kan nemnast at mandatet til utvalet som la fram NOU 2018: 11 Ny fjellov, sa at ny lovgiving for forvaltning av grunneigarrettar i det tradisjonelle samiske området i Nordland og Troms ville bli vurdert i samband med oppfølging av utgreiinga til Samerettsutvalet, og med det ikkje skulle drøftast av utvalet. Denne avgrensinga av mandatet var fleire interesseorganisasjonar skeptiske til, og det har vore arbeida politisk med spørsmålet. Mellom anna bad Stortinget i oppmodingsvedtak i 2017 regjeringa om å greie ut om fjellova skulle gjelde på same måte i Nordland og Troms som elles i landet.

Kjem fjellova til bruk vil Statskog SF framleis vere grunneigar, men noko enkelt sagt blir forvaltninga delt mellom grunneigar og fjellstyret. Kommunestyret får rett til å oppnemne fjellstyre for allmenningane i kommunen. Det vil koma inntekter frå visse deler av bruken av allmenningane til lokalsamfunnet, og ikkje minst vil det bli eit langt sterkare innslag av lokal forvaltning av areala gjennom fjellstyra.

Twistes spørsmålet i denne saka er om kommunane Beiarn (Nordland fylke), og Bardu (tidlegare Troms fylke, no Troms og Finnmark fylke) har rettsleg interesse i eit søksmål mot staten og Statskog SF i spørsmålet om fjellova gjeld. Spørsmålet var altså om saka heilt eller delvis skulle avvist frå domstolane, som fylgje av manglande rettsleg interesse, jf. tvistelova § 1-3.

Bakteppet for saka er at kommunestyra i Beiarn og Bardu har sett det slik at statleg grunn i kommunen allereie er statsallmenning, og at fjellova dermed gjeld i kommunen. Kommunestyra har også vedteke oppretta fjellstyre i kommunane. Vedtaka kom på grunnlag av forståinga av avgjerder frå Utmarkskommisjonen og Høgsterett. Dei underliggjande krava var altså om fjellova kjem til bruk i området, og om vedtaka til kommunen om å opprette fjellstyre var ugyldige. Det var også eit spørsmål om beiterettar, og ikkje minst om kva høve ein kommune har til å gå til søksmål både for å representere egne interesser, og som representant for innbyggjarane.

Departementet har hatt ei anna oppfatning enn kommunane, og i 2017 gav Landbruks- og matdepartementet uttrykk for at fjellova ikkje gjeld for statleg grunn i Nordland og Troms, og at kommunane ikkje hadde heimel til å treffe vedtak om at lova skulle kome til bruk. Det vart vist til at spørsmålet om forvaltning av statleg grunn i Nordland og Troms skulle handsamast saman med utgreiinga til Samerettsutvalet. Departementet uttrykte at ei kommunal utnemning av eit organ omtala som «fjellstyre», var utan den myndighet og inntekter som fylgjer av fjellova. Departementet heldt vidare fast at «inntil pågående prosesser er slutført, vil statens grunn i Nordland og Troms måtte forvaltes vidare på same måte som «i dag»».

Høgsterett drøftar om kommunane hadde tilstrekkeleg rettsleg interesse etter dei alminnelege vilkåra i tvistelova § 1-3.

Rettskrav – eller abstrakt spørsmål?

Etter tvistelova § 1-3 første ledd må søksmålet gjelde eit rettskrav for å kunne bli handsama av domstolane. Det som særleg var diskutert var om tilvisinga til at fjellova gjeld, gjer at søksmålet får eit for abstrakt preg. Høgsterett drøfta dette spørsmålet også i ACER-ordskurda. Her blir det summert opp at det er grunnlag for å legge relativt stor vekt på samfunnsomsyn og behov ved vurderinga av om søksmål av meir generell karakter skal tillatast, sjå HR-2021-417-P avsnitt 140.

Høgsterett peikar på at det etter denne avgjerda er særleg viktig kor avklarande søksmålet vil vere, og om andre søksmål er betre til å kaste lys over saka. Høgsterett trekkjer fram at det ville vere andre moglegheiter for å få prøvd saka, enn dette konkrete søksmålet. Både prejudisiell prøving i søksmål frå kommunen mot staten etter at eit fjellstyre er oppnemnt, eller i søksmål frå private mot staten i lovleg kontroll etter kommunelova vart nemnt. Men Høgsterett kjem til at korrespondansen tilbake til 2017 får fram standpunkt til partane klart nok. Det blir også sagt at det vil vere lite rimeleg å leggje søksmålsbyrden over på private partar.

Vurderinga av om ein aktør har tilstrekkeleg rettsleg interesse er ei heilskapsvurdering, og i tvilstilfelle kan det at eit moment er i grenseland vegast opp av andre moment. Det blir dermed ikkje konkludert før ein har gått gjennom dei andre vilkåra i § 1-3.

Aktuell søksmålsinteresse?

Etter tvistelova § 1-3 andre ledd må den som fremjar søksmålet ha eit reelt behov for avklaring. Med andre ord må søksmålet vere aktuelt. Vilket er forstått som at det må vere ei rettsuvisse som gjer at saksøkaren har behov for avklaring no. Staten hevda at kommunane prøvde seg med forhåndsavklaring, sidan det enno ikkje var treft noko vedtak, og at det dermed heller ikkje var behov for avklaring. Høgsterett er enige i at dette er det normale utgangspunktet for vurderinga, men at det somme tider er unødige kostnads- eller tid-

krevjande å måtte vente på at det blir treft eit vedtak før ein kan gå til sak. Høgsterett gjer også greie for at ein kommune kan ha eit slikt behov for avklaring, utan å måtte gjennomføre handlinga med ekstra kostnader eller treffe vedtak, som etter alt å dømme uansett blir oppheva i ein lovlegkontroll etter kommunelova.

Høgsterett seier så om denne saka:

Etter min oppfatning er dette et slikt tilfelle. Det foreligger en årelang rettslig konflikt mellom partene. Kommunene mener det er reell rettsusikkerhet, og at det pågår en rettsstridig forvaltning av områdene fordi innbyggerne ikke kan utøve lokal forvaltning. Det er uenighet om inntektene fra området og om begrensninger i grunn disponeringer fra staten og Statskog, fordi fjellova har særlige regler om dette. Jeg har forståelse for at kommunene i en slik situasjon ønsker å få en avklaring, og at de viker tilbake for å oppnevne medlemmer til fjellstyrene før det er avklart om det rettslige grunnlaget for dette er til stede.

To ulike omstende kunne ha gitt meir opplysningar i saka. For det første kunne ein lovlegkontroll etter oppnemning av fjellstyre, muligens bidrege med meir om både faktum og jus. Høgsterett kjem likevel til at det ikkje er sikkert at ei slik prøving ville ha styrka det rettslege grunnlaget for prøvinga i domstolane. Dessutan blir tilhøvet til det pågåande, eller rettare sagt fråværet av pågåande lovarbeid nemnt. Normalt kan ein lovgivingsprosess som er i gang på eit område, kunne tala for at kravet til aktualitet ikkje er oppfylt. Men som Høgsterett seier, så er denne saka meir farga av at lovarbeidet har stoppa opp. Dette går fram både av departementet sitt brev til kommunane i 2017, og av departementet sitt svar til Stortinget i 2021 om at ei utgreiing av om fjellova kunne kome til bruk i Nordland og Troms burde sjåast saman med Samerettsutvalet si utgreiing om rettar i desse områda. Utgreiinga vart imidlertid lagt fram alt i 2007 (NOU 2007: 14), og Høgsterett trekkjer dessutan fram at i 2018 fekk Noreg kritikk frå menneskerettskomiteen til FN for manglande oppfølging av utgreiinga. Det normale utgangspunktet om at ein lovprosess kan svekke aktualiteten til saka, kunne ein dermed ikkje leggje vekt på.

Tilstrekklege band til objektet for søksmålet?

Etter tvistelova § 1-3 andre ledd er det krav om at sak-søkar må ha tilknytning til søksmålgjenstanden, sokalla aktiv søksmålskompetanse. Og den som blir saksøkt, og er forplikta etter kravet, må tilsvarende ha passiv søksmålskompetanse. Utgangspunktet er som Høgsterett skriv at det i privatrettslege tilhøve berre kan reisast søksmål om eigne rettar og plikter. Likevel er det unntak for særigne tilhøve, og søksmål der ein part representerer andre. Kommunane hevda at spørsmålet både gjaldt eigne

rettar, retten til å oppnemne fjellstyre, og representasjon av innbyggjarane. Høgsterett kommenterer særskild at aleine førstnemnde grunnlag neppe ville vere nok til å oppfylle kravet i tvistelova § 1-3 andre ledd om eit reelt behov, der aktualitet og søksmålstilknytning skal vurderast samla. I tråd med eldre rettspraksis kjem Høgsterett til at kommunen kan representere innbyggjarane i saka. Staten meinte mellom anna at fordi det var få bønder som hadde bruk for dei rettane som fjellova gir, så kunne det reisast spørsmål ved om kommunen i det heile representerte innbyggjarane. Høgsterett peikar på at innføring av fjellova ville medført eit system med lokal forvaltning, og dessutan økonomiske verknader gjennom at inntekter frå allmenningane skal gå til fjellkassa. Dermed hadde saka også verknad for innbyggjarane i kommunen.

Høgsterett fann det ikkje tvilsamt at staten var rett saksøkt. Det er staten som har hevda at kommunane ikkje har kompetanse til å oppnemne fjellstyre. Statskog SF har på den andre sida ikkje utøvd noko form for offentlig kompetanse (myndigheit). Høgsterett kjem likevel til at også Statskog SF har fordeler av at fjellova ikkje gjeld, og kjem derfor til at også dei er rett saksøkt.

Etter ei heilskapsvurdering kom dermed Høgsterett til at krava til søksmålskompetanse var oppfylt for spørsmålet om fjellova kjem til bruk. Høgsterett presiserer at ein her er i yttergrensa for kva spørsmål som kan fremjast. Avgjerande moment var at saka har prinsipiell interesse, som neppe vil bli betre opplyst gjennom andre søksmål. Vidare vart det trekt fram at det nok ikkje ville gi eit betre grunnlag for domstolane å ta stilling til spørsmålet, om det vart «framtinga» at det først var treft eit vedtak i saka.

Katrine Broch Hauge

SJØRETT

Valutarisiko ved begrenset rederansvar – HR-2023-1157-A

I 2007 brakk skipet Server utenfor Fedje. Kostnadene ved opprydning av f.eks. oljesøl og fjerning av den delen av skipet som sank var betydelige. Men i motsetning til de fleste forurensere kan redere etter internasjonal tradisjon begrense ansvaret for forurensingen, i vårt tilfelle etter sjøloven kap. 9, § 172a-varianten. Begrensningen skjer gjerne ved at et beløp tilsvarende maksimalansvaret settes av i et begrensningsfond, som så fordeles av domstolene etter en konkursliknende prosedyre (se om prosedyren sjøloven kap. 12).

Når fondet er opprettet i Norge brukes norske kroner som valuta (sjøl. § 505). Spørsmålet i vår sak dreide seg om når kravene f.eks. fra firmaer engasjert av redere i opprydningen skulle omregnes til norske kroner. Var det f.eks.

1. når fondet ble opprettet,
2. når kravet ble innfridd av en intervensjonsbetaler eller
3. når kravet ble innfridd av fondet?

Spørsmålet var uavklart. Dette har stor betydning når valutakursene svinger. I denne saken var forskjellen mellom de to første alternativene for den ene kravshaveren, staten, mer enn 13 mill. norske kroner når renter regnes med.

I dette fondet var det bare to kravshavere. Størst krav hadde staten for kostnadene ved oljesanering mv. Den andre kravshaveren var rederens ansvarsassurandør Gard. Gard hadde dekket kravene fra dem rederen hadde engasjert i opprydningen, og var således en intervensjonsbetaler. Det er klart at Gard kunne kreve i begrensningsfondet uansett at de var en intervensjonsbetaler (sjøloven § 176 tredje ledd) og uansett at det dreide seg om rederens opprydningstiltak (sjøloven § 179). I praksis får man ikke engasjert noen til opprydningsarbeid med mindre noen betaler dem fullt ut i tide i en valuta tjenesteyteren vanligvis bruker, og betaleren deretter krever tilbake det som er mulig i begrensningsfondet.

Staten mente at alle krav i fondet skulle gjøres om til norske kroner etter kursen da fondet ble opprettet. Gard mente at prinsipielt at kursen når de hadde innfridd kravet fra kontraktøren måtte være avgjørende, subsidiært kursen ved utbetalingen fra fondet. Som en skjønner, hadde kursutviklingen i de aktuelle valutaene her vært slik at staten ville få en større andel av fondet jo tidligere tidspunkt som ble valgt for kursen for omgjøring til norske kroner. Argumentasjonen i saken var likevel selvsagt rent retts teknisk.

For vi går inn på denne argumentasjonen, er et par presiseringer og klargjøringer på sin plass:

For det første dreier dette seg bare om kursrisikoen i forbindelse med konvertering til begrensningsfondets valuta, norske kroner. Det enkelte krav kan i tillegg ha tapsposter i form av kurstap. Dette beregnes etter vanlige erstatningsrettslige regler og berøres ikke av dommen.

For det andre er intervensjonsbatalerens valuta irrelevant. Intervensjonsbataleren Gard fremmet opprinnelig kravet mot begrensningsfondet i sin egen regnskapsvaluta, amerikanske dollar, enda de kravene de hadde betalt til dels var i andre fremmede valutaer og betalt fra kontoer i disse valutaene. Dette ble imidlertid ikke godtatt av staten. Intervensjonsbatalerens valuta er irrelevant, for intervensjonsbataleren skal ikke ha bedre stilling enn den opprinnelige kravshaver. Valutarisikoen skal ikke kunne påvirkes av at krav betales og overdras. Spørsmålet var ikke omtvistet i saken slik den sto for Høyesterett.

Dommens resultat var at omregningskursen på det tidspunktet Gard hadde innfridd kravene i fremmed valuta skulle anvendes for å fastslå Gards krav i norske kroner i begrensningssammenheng (alternativ 2 ovenfor). Denne løsningen ble valgt fordi kravene i

fremmed valuta oppsto etter at fondet var etablert. Like interessant er det at Høyesterett forutsatte at hovedregelen – for krav oppstått før fondsopprettelsen – var at kursen ved fondsopprettelsen skulle anvendes (alternativ 1). Å konvertere til norske kroner etter kursen når begrensningsfondet betaler ut (alternativ 3), ble forutsetningsvis avvist. Selv om kanskje de viktigste konklusjonene i dommen bare er forutsetninger for den egentlige domskonklusjonen, regner jeg dommen som en avklaring av alle disse punktene.

Etter gjeldsbrevloven § 7 skal valuta konverteres etter kursen på betalingstiden, altså det avviste alternativ 3 ovenfor. Bestemmelsen ble tolket innskrenkende fordi det ville være upraktisk å skulle konvertere alle valutakrav samtidig i forbindelse med sluttoppgjøret i begrensningsfondet, og fordi det ville være praktisk å kunne bestemme det innbyrdes forhold mellom kravene tidligere, bl.a. ved delutbetalinger.

Hovedregelen om kursen ved fondsopprettelsen (alternativ 1) ble nok valgt etter mønster fra konkursloven (dekningsloven § 6-5). En unngår ulempene nevnt i forrige avsnitt, og det gir en følelse av likhet at det samme tidspunktet for omregningskurs velges for flere når man først skal velge et tidspunkt som er tilfeldig i forhold til de foretatte transaksjonene. Praktisk kan det også være om mange krav kan omregnes etter den samme kursen. Forarbeidene til sjøloven gir god støtte for å analogisere fra konkurslovgivningen. Det er vel til og med enda større grunn til å omregne kravene allerede ved opprettelsen av begrensningsfond enn ved konkurs, fordi det gis renter i begrensningsfond etter sjøloven §§ 173 og 234 (men i praksis ikke i konkurs, dekningsloven § 9-7), og rentenivået er knyttet til norske kroner. Rentenivået varierer som kjent valutaer imellom. Det er også god sammenheng mellom Høyesteretts hovedregel og sjøloven § 505 om at fondets størrelse omregnes fra SDR til norske kroner etter kursen ved fondsopprettelsen; da passer det bra at *kravene* omregnes etter de samme kursene (skjønt nødvendig er det ikke).

Men hvorfor så et unntak for det kravet tvisten gjaldt? Her ble som nevnt kronekursen på tiden for Gards intervensjonsbetaling lagt til grunn (alternativ 2), og ikke kursen ved fondsoppretting. Høyesterett synes å ha lagt avgjørende vekt på at siden kravet først oppsto etter fondsoppretting kunne ikke hovedregelen brukes fordi den gjorde det mulig å oppnå gevinst ved tilpassning. Sett at det er opprettet et begrensningsfond etter en sjøulykke, og at X flere år senere skal kjøpe tjenester for å fjerne vraket. X kjenner da kursen på britiske pund og dollar ved fondsoppretting. Dersom dollar senere har blitt sterkere i forhold til norske kroner og pundet svakere, vil det lønne seg for X å avtale betaling for disse tjenestene i pund. Legger en kursen ved fondsoppretting (alternativ 1) til grunn, vil X da få flere norske kroner pr pund enn det valutakursen på betalingstiden skulle tilsi, og derved en relativt større andel av fondet. Det omvendte gjelder selvsagt om det er

dollaren som blir svakere og pundet sterkere. Det er nok for å unngå en slik tilpasningsmulighet at Høyesterett valgte å legge kursen på betalingstiden (alternativ 2) til grunn i disse spesielle tilfellene.

En får med dette ikke den tilsynelatende likheten mellom kravshavere en får om kursen ved fondsopprettelsen (alternativ 1) alltid legges til grunn. Likheten er imidlertid bare tilsynelatende, fordi dette valget av tidspunkt kan slå forskjellig ut for forskjellige kravshavere, avhengig av hvor gamle kravene deres er og hvilken valuta de er i. Likhetshensynet er uansett bare et hensyn som må kunne vike for andre hensyn, slik Høyesterett her valgte.

Å avskjære slike tilpasningsmuligheter er fornuftig. Vekten av synsmåten reduseres imidlertid av at det er nok av andre tilpasningsmuligheter igjen på dette området, selv med den reglen som Høyesterett valgte. Ved valg av betalingstidspunkt vil en f.eks. kunne se hen til utviklingen av kronekursen. Dette hadde en unngått om kursen ved fondsopprettelsen hadde blitt lagt til grunn.

Det vises ikke til nasjonale utenlandske kilder i prosedyren eller i dommen. Det er bemerkelsesverdig på dette området, der reglene på mange andre punkter er forsøkt harmonisert ved en internasjonal konvensjon (Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976). En undersøkelse av fremmed rett ville f.eks. avdekket at man her til dels har vurdert å bruke kursen på andre tidspunkter enn dem som ble vurdert i Høyesteretts dom (se den engelske dommen *Owners of the Eleftheria v Owners of the Despina R*, [1978] Q.B. 396 (1977) 416, per Brandon J, obiter). Det er ikke sikkert andre tidspunkter ville vært bedre enn dem Høyesterett ble invitert til å vurdere, men en undersøkelse ville nok styrket refleksjonen.

De internasjonale oljeskadefondene (sjøloven § 201) bruker etter det jeg har fått opplyst regelmessig kursen på dagen for betaling til f.eks. en kontraktør (alternativ 2 ovenfor) når valuta skal omregnes. Når den svært komplekse fordelingen av midler fra disse fondene skjer uten at en standardiserer omregningsskursene til kursen til en bestemt dag for de fleste fordringer, kunne en vel tenke seg at dette heller ikke ville vært nødvendig eller ønskelig i saker som den som omtales her.

Høyesteretts dom er som nevnt avklarende. Krav i fremmed valuta skal omregnes til norsk valuta etter kursen ved fondsopprettelsen (alternativ 1), likevel slik at krav som har oppstått etter fondsopprettelsen skal omregnes etter kursen på betalingstiden (alternativ 2). Hva som skal gjelde for krav oppstått etter fondsopprettelsen, men som ikke er betalt – f.eks. en utenlandsk båteiers krav på kompensasjon for egeninnsats for rensing av en båt tilgriset lenge etter et oljeutslipp – er enda ikke avklart.

Erik Røsæg

TINGSRETT

Ingen utvidende fortolkning av rett til erstatning for områdevern – HR-2023-1239-A

Naturmangfoldloven § 50 gir hjemmel for erstatning for rådighetsinnskrenkninger ved områdevern. Lovhjemmelen gir ikke rett til «full erstatning» som ved ekspropriasjon: Utmålingen skal skje for det økonomiske tap som følger av «vanskeliggjøring av igangværende bruk». Erstatningshjemler tilsvarende naturmangfoldloven § 50 finnes også der områdevern skjer med hjemmel i plan- og bygningsloven (den lovens § 15-3 første ledd siste punktum) og for vern til friluftsområde etter markaloven (den lovens § 11 femte og sjette ledd).

I underrettspraksis (utmålingen skjer etter skønnsprosessloven med tilpasninger) har det vært noe sprikende oppfatning om hva som skal klassifiseres som «igangværende bruk». Skal lovens tas på ordet, og erstatningen begrenses til vanskeliggjøring av den bruken som *faktisk bedrives* på eiendommen? Eller skal «bruk» knyttes til *kategorier av bruksmåter*, der påregnelige endringer innenfor en igangværende bruksmåte har erstatningsvern, slik at bare vanskeliggjøring av (påregnelige) nye bruksmåter faller utenfor erstatningsvernet?

Dette tolkningsproblemet har tilknytning til en annen begrensning av erstatningsvernet for områdevern. Etter naturmangfoldloven § 50 første ledd annet punktum skal vanskeliggjøring av «bruk som trenger tillatelse fra offentlig myndighet» bare utløse erstatning «hvis tillatelse er gitt før det er foretatt kunngjøring etter § 42» (dvs. før et påtenkt verneforslag er kunngjort). Også her har underrettspraksis vært sprikende. Skal loven tas på ordet, og erstatning utelukkes *i alle tilfeller* der lovlig fremtidig bruk avhenger av at en offentlig tillatelse blir gitt? Eller skal bestemmelsen også her knyttes til et skille mellom kategorier av bruksmåter, jf. ovenfor, slik at *igangværende bruksmåter* har erstatningsvern selv om en nødvendig offentlig tillatelse for bruken ennå ikke er gitt (men er påregnelig)? I så fall vil § 50 første ledd annet punktum bare presisere at en *ny bruksmåte* aldri vil omfattes av «igangværende bruk» dersom den mangler offentlig tillatelse (selv om den nye bruksmåten faktisk er i gang på skjæringstidspunktet).

Bakgrunnen for de tolkningsalternativene som åpner for et videre erstatningsvern enn ordlyden isolert skulle tilsi, ligger i forarbeidene.

Når det gjelder hva som skal klassifiseres som «igangværende bruk», heter det i NOU 2004: 28 s. 420 at «normal rasjonalisering av driften og driftsmetodene» bør omfattes av erstatningsvernet, mens overgang til «annen næringsvirksomhet» må falle utenfor begrepet «igangværende bruk». Og i Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 427–428 heter det at den aktuelle bruken «med noen justeringer for å sikre lønnsomhet» vil kvalifisere til «igangværende bruk», og det blir pekt på at som «særskilte bruksformer må bl.a. regnes

skogsdrift, dyrking av korn, grønnsaker o.l. på dyrket mark, husdyrbeite, massetak, jakt og fiske mv.».

For spørsmålet om hva «tillatelse fra offentlig myndighet» refererer til, tyder den gjennomgående bruken av uttrykket *bruksendring* i Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 257 og 428 på at bestemmelsen bare klargjør at en påberopt endring til en annen brukskategori aldri vil bli ansett som igangværende, hvis den offentlige tillatelsen til den endrede bruken ikke er gitt før det er foretatt kunngjøring etter § 42. På den annen side tyder andre forarbeidsuttalelser, NOU 2004: 28 s. 622 og Innst. O. nr. 100 (2008–2009) s. 26, på at vanskeliggjøring av enhver bruk som krever offentlig tillatelse vil være avskåret fra erstatningsvern, om ikke den offentlige tillatelsen er gitt før kunngjøringen.

HR-2023-1239-A avklarer (enstemmig) i stor grad de tolkningsspørsmålene som er angitt ovenfor. Når det gjelder hva som skal klassifiseres som «igangværende bruk», kan vel Høyesteretts avgjørelse kalles salomonisk. I avsnitt 41 tar retten utgangspunkt i at ordet «bruk» knytter seg til den bruksformen som utøves på eiendommen: «Dette kan være skogsdrift, dyrking av korn, grønnsaker og lignende på dyrket mark, husdyrbeite, massetak, jakt og fiske, jf. proposisjonen side 428 der disse nevnes som eksempler på selvstendige bruksformer. Tap som skyldes at overgang til ny og selvstendig bruk vanskeliggjøres, er ikke erstatningsberettiget.»

På den annen side setter Høyesterett visse grenser for de utvidelser av virksomheten som kan gjennomføres innenfor en igangværende brukskategori. Blir utvidelsene vesentlige, faller de utenfor, jf. avsnitt 48: «Dersom omleggingen av bruken medfører en vesentlig økning eller utvidelse av virksomheten, sprenges rammen for igangværende bruk. Vesentlige terrenginngrep er et eksempel på dette.» Denne vesentlighetsbegrensningen finner Høyesterett konkret støtte for gjennom utledning fra en forarbeidspassasje og juridisk teori, og utformingen av de generelle rettssetningene i dommen blir uttrykkelig gjort «i lys av» allmenne synspunkter i forarbeidene om at erstatningsreglene for områdevern «ikke bør avvike for sterkt fra det som gis av erstatning ved båndlegging etter annen relevant lovgivning, blant annet etter plan- og bygningsloven», og at «klare og forutsigbare erstatningsregler [skal] bidra til å redusere noen av konfliktene som er knyttet til vernetiltak», jf. dommen avsnitt 37 og 38.

For spørsmålet om hva «tillatelse fra offentlig myndighet» refererer til, hadde lagmannsretten lagt til grunn det tolkningsalternativ at § 50 første ledd andre punktum bare gjelder for ny og selvstendig bruk. Den tolkningen var Høyesterett ikke enig i, og viste innledningsvis til at ordlyden klart trekker i retning av at kravet til tillatelse gjelder enhver løyvepliktig bruk som ikke har fått tillatelse før kunngjøringen av verneplanen etter lovens § 42.

På den annen side medgir Høyesterett at tillatelsesvilkåret flere steder i Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) altså er knyttet til uttrykket *bruksendringer*, hvilket peker

i retning av at vilkåret bare skal gjelde for ny og selvstendig bruk. Men disse forarbeidsuttalelsene blir ikke avgjørende: «Jeg kan imidlertid vanskelig se at dette har vært meningen», skriver førstvoterende, og viser til at et av formålene med tillatelsesvilkåret var å gi en retts teknisk enkel regel. Han viser også til at ordet *bruksendringer* ikke er entydig; det kan også omfatte endringer og omstillinger som skjer «innenfor rammen av den verserende driften, men som krever offentlig tillatelse» (avsnitt 64). Til sist viser førstvoterende til at flertallet i Stortingets energi- og miljøkomité ikke angir noen begrensninger ut over ordlyden (jf. Innst. O. nr. 100 (2008–2009) s. 26).

At Høyesterett på den ene siden et stykke på vei knytter *igangværende bruk-vilkåret* til de enkelte *selvstendige bruksformer*, men på den annen side knytter *tillatelsesvilkåret* til *enhver* løyvepliktig bruk, gir neppe den beste sammenhengen mellom vilkårene. Så langt driftsendringer innenfor samme brukskategori vil kvalifisere til «igangværende bruk», kan det virke tilfeldig om erstatning likevel blir avskjært fordi endringen trenger offentlig tillatelse. Det er klart at en forventning om å kunne gjennomføre driftsjusteringer som er betinget av tillatelse, fremstår svakere enn driftsjusteringer som uten videre kan gjøres, men med Høyesteretts firkantete tolkning, vil altså tilfeller der det er *påregnelig* at tillatelse vil bli gitt, også falle utenfor.

Som antydnet kan det fremstå tilfeldig om en rasjonalisering av driften innenfor igangværende bruk vil trenge tillatelse eller ikke. Retts tekniske forhold er det eneste *hensynet* som Høyesterett trekker frem i tolkningsprosessen for likevel å skape et erstatningsmessig skille her. For bruk som avhenger av at offentlig tillatelse er gitt, slipper nå domstolene å foreta noen igangværende bruk-vurdering; slik sett er en viss effektivisering vunnet. Men når vi analyserer i hvilke tilfelle, og i hvilket omfang, erstatning bør gis som følge av inngrep i eiendomsretten, er det god grunn til å se ikke bare på kompensasjons- og transaksjonskostnader, men også på demoraliseringskostnadene ved ikke å gi erstatning (se f.eks. Frank I. Michelman, «Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law», *Harvard Law Review*, 1967 s. 1165–1258). Norges Høyesterett har før anerkjent likhetshensyn i ekspropriasjonsretten, f.eks. ved utviklingen av «strøksprisprinsippet», der realitet i tilfellene er gitt forrang for reguleringsmessig ulikhet, for å oppnå rimelige og legitime resultater. Retten kunne med fordel ha vurdert en tilsvarende tanke i HR-2023-1239-A, for å unngå de demoraliseringsulempene vi må anta vil oppstå hos brukere som ser naboen få erstatning for forbud mot påregnelige driftsrasjonaliseringer ved områdevern, men som selv ble nektet slik erstatning, fordi en tillatelse manglet.

Geir Stenseth

Både ekspropriasjon og jordskifte er underlagt de skranker som følger av at eiendomsretten er et konstitusjonsbeskyttet rettsgode. Grunnloven § 105 er dermed ikke til hinder for at en part kan velge mellom ekspropriasjon og jordskifte i søken etter hjemmel for eiendomsinngrep – HR-2023-1053-A

De konstitusjonelle grensene for jordskifte har vært gjenstand for flere høyesterettsavgjørelser i det siste. Ved HR-2019-1152-A slo domstolen fast at jordskifte i sin grunnleggende natur kan beskrives som en slags ekspropriasjon mot naturalerstatning, og i HR-2020-1910-A slo domstolen fast at vernet om eiendomsretten i Grunnloven § 105 ikke blir påvirket av hvilken lovgivning som kommer til anvendelse. Både ekspropriasjon og jordskifte er altså underlagt de skranker som følger av at eiendomsretten er et konstitusjonsbeskyttet rettsgode, se nærmere Geir Stenseth, «Konstitusjonelle grenser for jordskifte», i Berte-Elen Reinertsen Konow, Hans Fredrik Marthinussen og Knut Einar Skodvin (red.), *Fakultetsbygger, vestlending og verdsborgar: festskrift til Ernst Nordtveit 70 år*, Oslo 2023 s. 279–297.

I HR-2023-1053-A (kjennelse, enstemmig) bygger Høyesterett videre på de nevnte avgjørelsene. Konkret gjaldt saken et krav om grunn til utvidelse av en privat vei, for å gjøre veien bedre egnet for bilkjøring. I saken var det identifisert to alternative lovhjemler for kravet: sak etter reglene i jordskifteloven kapittel 3 om arealbytte og sak om ekspropriasjon etter vegloven § 53, jf. jordskifteloven § 5-4. De partene som søkte grunn avstått fra den private veiens naboeiendom (ankemotpartene), hadde hjemlet sitt krav i det første alternativet. De partene som ble utsatt for kravet (de ankende parter) hevdet at kravet bare kunne fremmes i medhold av det siste alternativet, og påsto jordskiftekravet om arealbytte avvist.

En tilsvarende problemstilling hadde vært opp for Høyesterett i Rt. 1987 s. 595. Den gangen hadde Høyesterett ikke sett noe rettssystematisk hinder for at en part kunne velge mellom jordskifte og ekspropriasjon etter vegloven § 53. De ankende parter hevdet imidlertid at en viktig prosessuell forutsetning for Høyesteretts avgjørelse i 1987 i dag er bortfalt, siden jordskifteretten nå har eksklusiv kompetanse også i saker etter vegloven § 53. Høyesterett fastholdt imidlertid utgangspunktet fra 1987-dommen mht. det rettssystematiske: Det måtte godtgjøres en ytterligere begrunnelse, dersom kravet om arealbytte etter jordskifteloven kapittel 3 skulle utelukkes.

I så måte hadde de ankende parter påberopt seg både Grunnloven § 105, disposisjonsprinsippet og legalitetsprinsippet. Ingen av grunnlagene førte frem, mht. disposisjonsprinsippet og legalitetsprinsippet med heller lakoniske begrunnelser. Nedenfor skal vi se nærmere på Høyesteretts behandling av Grunnloven § 105.

Det kan etter Høyesteretts oppfatning ikke utelukkes at det kan oppstå situasjoner der en jordskifteløsning som isolert sett oppfyller kravene i jordskifteloven, vil

støte an mot Grunnloven § 105. Bakgrunnen for dette følger altså av HR-2019-1152-A – «jordskifte [kan] i sin grunnleggende natur beskrives som en slags form for ekspropriasjon mot naturalerstatning» – og av HR-2020-1910-A – «at vernet etter Grunnloven § 105 ikke er påvirket av hvilken lovgivning som kommer til anvendelse» (HR-2023-1053-A avsnitt 46). Dersom verdsettelsesreglene i jordskifteloven i en konkret situasjon ikke skulle oppfylle Grunnlovens krav, vil altså den som inngrepet retter seg mot, ha konstitusjonell beskyttelse, fremhevet Høyesterett, «uten at denne saken gir grunnlag for å si noe mer om dette» (avsnitt 46).

I denne saken var det nemlig ikke verdsettelsen som sådan, men de ulike saksomkostningsreglene for hhv. arealbytte og ekspropriasjon som de ankende parter hevdet ville «stå i et spenningsforhold til Grunnloven § 105 om full erstatning» (avsnitt 10). Ved ekspropriasjon etter vegloven § 53 gjelder nemlig skjønnsprosessens regler, der eksproprianten i utgangspunktet skal bære alle omkostningene ved saken. I avsnitt 49 erkjenner Høyesterett at skjønnsprosesslovens saksomkostningsregler

har sin bakgrunn nettopp i Grunnloven § 105, jf. blant annet Ot.prp. nr. 62 (1981–1982) side 51, der det gis uttrykk for at saksomkostningsbestemmelsen «har ... en side til» Grunnloven § 105. Fleischer, Skjønnsprosessen side 148 uttaler at når Grunnloven § 105 krever full erstatning, «er det et naturlig utgangspunkt at saksøkte (eksproprianten) heller ikke skal bebyrdes med utgifter til sakens behandling».

Hvor langt Grunnloven § 105 egentlig medfører en plikt til å dekke ekspropriantens saksomkostnader, er imidlertid ikke klart, fremhever Høyesterett, og påpeker at det altså har vært brukt nokså runde vendinger.

Men selv om jordskifteloven pålegger jordskifteretten en særlig plikt til å veilede parter uten prosessfullmektig og forebygge at partene gjør feil, og har en rekke regler som innebærer at jordskifteretten i større grad leverer en «nøkkelferdig» løsning til partene enn det som er resultatet av en skjønnsprosess, er det «ikke opplagt at det aldri kan oppstå et spenningsforhold til Grunnloven § 105 når en part i et jordskifte likevel finner det nødvendig å engasjere advokat», medgir Høyesterett (avsnitt 51). Men slik usikkerhet behøver likevel ikke å føre til det resultat at en valgmulighet mellom jordskifte og ekspropriasjon avskjæres, påpeker Høyesterett, og fremhever at slike «utfordringer» også kan «håndteres under jordskiftet og kan føre til at jordskifteretten må finne andre løsninger enn det jordskifteloven isolert sett skulle ha ført til» (avsnitt 54): «De rettslige problemene som eventuelt måtte oppstå, må håndteres i jordskiftet» (avsnitt 55).

Det Høyesterett avgjør i saken, er at Grunnloven § 105 ikke er til hinder for at en part i *prinsippet* kan velge mellom ekspropriasjon og jordskifte i sin søken etter hjemmel for eiendomsinngrep. Om hjemmelen i det konkrete tilfelle vil føre frem, er en annen sak. Spørsmålet vil være om det innenfor jordskiftelovens

materielle og prosessuelle regler er mulig å finne en løsning som oppfyller Grunnlovens krav, eller, som det heter i kjennelsens avsnitt (63): «Det følger av det jeg har sagt i tilknytning til Grunnloven § 105, at spørsmålet om en jordskifteløsning her aktualiserer vernet i denne bestemmelsen, må håndteres som ledd i det forestående jordskiftet».

I avsnitt 45 synes for øvrig Høyesterett å gå litt lenger enn før i å reflektere over jordskifteinstituttets karakter. Innledningsvis viser førstvoterende til at ikke-tapsgarantien i jordskifteloven § 3-18 i kombinasjon med kravet i § 3-3 om en netto skiftegevinst normalt vil medføre at Grunnlovens krav om «full erstatning» ikke byr på problemer. Videre heter det:

Også den eiendommen som jordskiftekravet er rettet mot, kan i praksis bli mer verdt etter et jordskifte enn før. Dette ligger også til grunn for uttalelsene i Ot.prp. nr. 78 (2004–2005) side 15 og Prop. 101 L (2012–2013) side 130 om at det må skilles mellom jordskifte og ekspropriasjon.

Den rettslige betydningen (dvs. i form av et begrepsmessig skille mellom jordskifte og ekspropriasjon) av at også den eiendommen som jordskiftekravet er rettet mot, blir mer verdt etter et jordskifte enn før, har i større grad vært drøftet av den tyske forfatningsdomstolen. Til forskjell fra den norske grunnloven, har den tyske en generell og uttrykkelig eiendomsbeskyttelse, ikke bare en ekspropriasjonsbestemmelse. I forlengelsen av dette har den tyske forfatningsdomstolen på den ene siden fastlagt at jordskifte i prinsippet omfattes av den konstitusjonelle eiendomsbeskyttelsen, og på den andre siden at bare spesielle deler av jordskifteinstituttet reguleres av særbestemmelsen om ekspropriasjon, se nærmere min artikkel «Konstitusjonelle grenser for jordskifte» som det er referert til ovenfor.

For å oppfylle vilkårene for *ekspropriasjon*, er det i Tyskland ikke nok at grunneierne blir holdt skadesløse; lovgivningen må også sikre at det samfunnsgagnlige formålet med inngrepet både formelt og reelt er tilstrekkelig sikret. Og særlig der en privat begunstiging følger av ekspropriasjonen, må prosessen sikre at prinsippene om proporsjonalitet og likhet for loven, og nødvendigheten av ekspropriasjonen, blir tilstrekkelig vurdert.

For *ordinært jordskifte*, derimot, er det *balansen* mellom de involverte private parter som har vært fokuspunktet for forfatningsdomstolen, en balanse som typisk ivaretas nettopp gjennom lovgivning som sørger for at hver part ikke bare mottar erstatningsarealer av tilsvarende verdi som dem som avgis, men som regel mottar erstatningsarealer av større verdi. Dermed er det ikke gitt at en ikke-tapsgaranti alltid vil gå klar av den tyske konstitusjonelle eiendomsbeskyttelsen: Fordelingen av gevinsten kan da fremstå for ubalansert.

Her til lands skal jordskifteretten i saker om såkalt *urbant jordskifte* fordele den planskapt verdiøkningen mellom eiendommene i planområdet, jf. jordskifteloven § 3-30, og etter lovens § 3-23 bør grunn (og bruksret-

tigheter) som kan få store verdiendringer ikke skifte eier; og der det skjer, skal retten se til at verdiutviklingen blir likest mulig for de involverte eiendommer. For øvrig er det i stor grad opp til jordskifterettens skjønn å fordele den verdiøkningen som skapes gjennom saken, så lenge ingen lider tap. I HR-2020-1910-A tilfalt f.eks. hele gevinsten ved jordskiftet den ene parten. Dét ble ikke problematisert av Høyesterett – anken over rettsanvendelsen for tapsvernet i jordskifteloven § 3-18 ble heller ikke henvist i den saken. Om refleksjonen i HR-2023-1053-A over ikke-tapsgaranti og netto skiftegevinst, særlig for dem som får jordskiftekrav rettet mot seg, kan gi opphav til en nærmere behandling av forholdet mellom jordskifteloven § 3-18, gevinstfordeling, Grunnloven § 105 og kanskje EMK P1-1, vil tiden vise.

Geir Stenseth

Bortfall av ekspropriasjonsvedtak er ikke til hinder for at erstatningskrav som følge av ekspropriasjonsprosjektet kan fremmes – HR-2023-665-U

Et vedtak om eller samtykke til ekspropriasjonsinngrep vil normalt følges opp med at eksproprianten fremmer skjønnsbegjæring, jf. oreigningslova § 2 første ledd: «Mot vederlag etter skjøn til den det råkar, kan oreigningsinngrep setjast i verk etter vedtak av eller samtykke frå Kongen ...» (jf. skjønnsprosessloven § 46). Ja, ofte er eksproprianten avhengig av å følge opp saken på denne måten for å få gjennomført ekspropriasjonstiltaket: Vedtaket eller samtykket faller nemlig bort om ikke skjønnskravet er fremmet innen ett år, jf. oreigningslova § 16.

I Rt. 2011 s. 1424 så Høyesteretts ankeutvalg denne ettårsfristen i sammenheng med de rådighetsbegrensninger som legges på en eiendom etter at sak om ekspropriasjon er igangsatt. Hensynet til grunneierne tilsa der at fristen ikke bare skulle gjelde for ekspropriasjon med hjemmel i oreigningslova, men at den også skulle gjelde ved ekspropriasjon etter reguleringsplan: Det ville «virke urimelig overfor grunneiere om det ved ekspropriasjon etter plan- og bygningsloven ikke skulle gjelde noen frist for å begjære skjønn etter at ekspropriasjonsvedtak er truffet» (avsnitt 28 og 29).

Hensynet til grunneiernes (og andre rettighetshaveres) interesse i å få fortgang i skjønssaken har også ledet til at eksproprianten kan fremme skjønnsbegjæringen selv. Tidligere var det tvilsomt om eksproprianten kunne begjære skjønn for å få utbetalt erstatning, men ved skjønnslovsrevisjonen i 1973 ble det uttrykkelig – i § 4 annet ledd (jf. NUT 1969:2 Innstilling om Skjønnsordningen og om erstatningsmåling ved ekspropriasjon s. 76 nedenfor) – åpnet for at eksproprianten ikke skulle behøve å vente på at eksproprianten

finner det for godt å begjære skjønn, noe som ofte kan ta meget lang tid – eller henvises til å reise vanlig sivil sak med krav på erstatning eller med påstand

om at eksproprianten skal dømmes til å begjære skjønn. En slik ordning synes lite rimelig og er meget kostbar og tungvint. Den vil også føre til at det tar lang tid før erstatningsspørsmålet blir løst.

Men det kan forekomme tilfeller der eksproprianten ikke ser seg tjent med eller har behov for å få et skjønn avhjemlet, og der heller ikke ekspropriaten har fått seg til å begjære skjønn innen ettårsfristen. Da reises flere rettslige spørsmål, noe det saksforholdet som ledet til kjennelsen i HR-2023-665-U illustrerer godt. Her skal vi se noe nærmere på spørsmålene.

I henhold til en kjennelse i LB-2020-180327 traff Drammen kommune i 2017 vedtak om ekspropriasjon av grunn fra – og alle rettigheter til – flere faste eiendommer. Men siden det tilsynelatende ble oppnådd frivillige overenskomster om samtlige eiendommer, fant eksproprianten det ikke nødvendig å slutføre noen skjønnsak.

Etter at ettårsfristen var ute, begjærte imidlertid to parter – som mente seg påført tap ved ekspropriasjonsprosjektet – skjønn til fastsettelse av vederlag for tapet (partene viste til en aksjonæravtale som ville gi dem en gunstig stilling ved utvikling av en av eiendommene det var fattet ekspropriasjonsvedtak om, en posisjon som ikke lenger kunne utnyttes). Drammen kommune krevde skjønnsbegjæringen avvist, siden det ikke lenger forelå noe ekspropriasjonsvedtak å begjære skjønn for: Vedtaket var bortfalt etter oreigningslova § 16. Til dette svarte de to partene at ettårsfristen i oreigningslova § 16 bare har virkning overfor eksproprianten, men ikke overfor en ekspropriat. Ettårsfristen var jo begrunnet i hensynet til ekspropriaten, fremholdt de: Det ville ikke være mening i at en ekspropriant skulle kunne profitere på å holde seg passiv.

Lagmannsretten pekte på at ordlyden i oreigningslova § 16 om bortfall av ekspropriasjonsvedtak er klar og ubetinget. Selv om hensynet til ekspropriaten utgjør en sentral del av begrunnelsen for bestemmelsen, fant ikke lagmannsretten dette argumentet tungt nok til å tolke ordlyden innskrenkende. Kjennelsen i LB-2020-180327 ble anket, men Høyesteretts ankeutvalg nektet den fremmet ved beslutningen HR-2021-1697-U.

Etter at skjønnsprosetten var avskåret, tok så de to formådde partene ut alminnelig søksmål med krav om erstatning for tappt fortjeneste som følge av ekspropriasjonsprosjektet: Påstanden mot Drammen kommune lød på erstatning fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til NOK 270 000 000. Både tingretten og lagmannsrettens flertall avviste søksmålet: Det ble ansett som en ny sak mellom samme parter om et krav som var rettskraftig avgjort, jf. tvisteloven § 19-15 tredje ledd. Ved HR-2023-665-U opphevet imidlertid Høyesteretts ankeutvalg tingrettens og lagmannsrettens kjennelser.

Det som var rettskraftig avgjort, mente ankeutvalget, var at det ikke lenger forelå noe ekspropriasjonsvedtak, slik at vilkårene for å fremme sak i skjønnsprosessens former ikke lenger var oppfylt. Men den rettskraftige avvisningen av skjønnsbegjæringen på

dette grunnlaget avgjorde derimot ikke kravet som sådan: «Lagmannsretten tok i kjennelsen 27. mai 2021 ikke stilling til om ... [rettigheten] hadde ekspropriasjonsrettslig vern» (avsnitt 15). I den konkrete saken helgarderte ankeutvalget ved å føye til at erstatnings-søksmålet heller ikke bygget på en forutsetning om at det skjedde en formell ekspropriasjon av rettigheten, «men at virkningen av kommunens handlemåte er at rettigheten etter aksjonæravtalen ikke står ved lag» (avsnitt 15). Søksmålet ble dermed fremmet.

Eksproprianten hadde for øvrig anført at skjønn «er tvungen prosessform for krav om erstatning for ekspropriasjonsinngrep» (avsnitt 9). Uten å adressere problemstillingen fullt ut forholdt ankeutvalget seg til situasjonen slik den forelå i saken – altså at ettårsfristen i oreigningsloven § 16 var utløpt da søksmålet ble anlagt: Da kan i hvert fall «krav om erstatning for ekspropriasjonsinngrep fremmes som et alminnelig søksmål etter tvisteloven» (avsnitt 17).

Ankeutvalget legger imidlertid uttrykkelig til grunn at ekspropriatens rett til å kreve skjønn etter skjønnsprosessloven § 4 andre ledd ikke hindrer «en rettighetshaver fra å fremme et erstatningskrav i et alminnelig søksmål etter utløpet av fristen i oreigningsloven § 16», og tilføyer: «Alternativet til å kreve skjønn er allmennprosess, jf. Ot.prp. nr. 18 (1971–1972) side 49» (dette forarbeidsstedet følger opp den ovenfor siterte uttalelsen fra NUT 1969:2 i så måte).

Så lenge eksproprianten ikke har begjært skjønn, tyder uttalelsen på at en ekspropriat på et hvilket som helst tidspunkt kan velge å fremme sitt økonomiske krav gjennom allmennprosessen fremfor skjønnsprosessen, selv saksomkostningsreglene neppe gjør dette særlig attraktivt innenfor ettårsfristen etter oreigningslova § 16.

Geir Stenseth

Om boligsameieres stilling når sameieforholdet kreves oppløst – HR-2023-1192-A

Etter sameieloven § 15 har hver sameier – etter varsel med rimelig frist – rett til å få sameiet oppløst. Utgangspunktet ved sameieoppløsning er naturaldeling, men kan sameiegjenstanden ikke deles uten skade, skal oppløsningen skje ved salg gjennom namsmyndighetene «etter reglene i tvangsfullbyrdelseslova så langt dei høver», jf. sameieloven § 15 annet ledd. I HR-2016-386-A ble oppløsningsretten omtalt som «en grunnleggende og nøye overveiet regel» (avsnitt 39), og at «lovens ordning med oppløsningsauksjon legger til rette for likebehandling av sameierne når eiendommen selges» (avsnitt 66).

I HR-2023-1192-A drøftet Høyesterett hensynet til likebehandling når sameieoppløsning skjer ved salg gjennom namsmyndighetene. I utgangspunktet gjaldt saken et prosessuelt spørsmål, men i premissene ga Høyesterett også retningslinjer for hvordan en konflikt mellom reglene om oppløsning og reglene om seksjonering etter eierseksjonsloven skal løses.

Saken var den at tre personer eide en boligeiendom sammen: A og B eide hver en fjerdepart i eiendommen, og bodde der sammen. C eide den andre halvparten, og leide ut sin del. I 2021 hadde A og B sendt krav om oppløsning av sameiet til tingretten (i fremstillingen her brukes en noe enklere partsangivelse enn i kjennelsen, der partsforholdet ble mer komplisert som følge av at en part falt fra under saken).

Etter sameieloven § 15 tredje ledd kan tvangssalg gjennom namsmyndighetene besluttes gjennomført – ved kjennelse fra tingretten – uten at det foreligger dom eller annet tvangsgrunnlag for oppløsningskravet, når ingen sameier har tatt til motmæle (eller har gitt en innsigelse som er klart grunnløs). I denne saken hadde ikke C motsatt seg kravet, og tingretten avsa kjennelse etter tredje ledd om at sameiet oppløses ved tvangssalg, gjennomført ved medhjelpersalg.

Under salgsprosessen ble prisen trukket opp gjennom en intern budrunde mellom sameierne A og B på den ene siden og C på den andre. Da budet fra A og B hadde nådd 13,2 millioner kroner, krevde disse to partene budet stadfestet, noe C motsatte seg, samtidig som hun varslet et høyere bud. Da trakk A og B oppløsningsbegjæringen og begjærte saken hevet. A og B hadde da også varslet om at de heller ville kreve seksjonering av eiendommen etter eierseksjonsloven § 9. Begrunnelsen for snuoperasjonen var at A og B opplevde «at saksøkte byr opp eiendommen fordi de antar at saksøker er villig til/nødt til å by over dem for å sikre sitt hjem», og at «prisen på eiendommen har nådd absurde størrelser» (avsnitt 7).

Tingretten mente at alle sameierne måtte være enige for at tvangsopløsningen kunne avsluttes, og tok ikke hevingsbegjæringen til følge. Retten viste særlig til «likhetsprinsippet mellom sameierne, reelle hensyn, prosessøkonomiske hensyn og analogi av liknende regler ellers i tvangsfullbyrdsesloven» (høyesterettskjennelsen avsnitt 8). Lagmannsretten forkastet A og Bs anke, idet den i det vesentlige sluttet seg til tingrettens begrunnelse og viste til at reglene i tvangsfullbyrdsesloven bare gjelder «så langt dei høver» ved tvangsopløsning av sameier. A og B anket videre. Høyesteretts ankeutvalg besluttet å avgjøre saken i avdeling og at behandlingen skulle følge reglene som gjelder ved anke over dom. Høyesteretts etterfølgende kjennelse i saken var enstemmig.

Etter tvangsfullbyrdsesloven § 5-17 første ledd første punktum bokstav b skal tvangsfullbyrdsessaken heves «når saksøkeren begjærer det», jf. også § 6-1. For sak som står for tingretten gjelder hevingsretten helt frem til den har stadfestet etbud, jf. § 11-28 fjerde ledd sammenholdt med § 6-1 andre ledd første og andre punktum, jf. Ot.prp. nr. 65 (1990–1991) s. 139 (jf. kjennelsens avsnitt 25). Reglene er uttrykk for et alminnelig prinsipp i sivilprosessen – *disposisjonsprinsippet* – om at partene har herredømme over prosessen, derunder at «den som har reist saken kan trekke den frem til det er avsagt dom» (avsnitt 31). Et hovedspørsmål

i saken var om disse reglene *passer* («høver») i oppløsningssaker etter sameieloven § 15 tredje ledd (en særskilt anførsel om at rettskraftsvirkningene av tingrettens kjennelse om å oppløse sameiet var til hinder for at saksøker kunne trekke saken, førte ikke frem).

Høyesterett fant lite direkte veiledning i de skriftlige kildene: ordlyd, forarbeider og rettspraksis. Spørsmålet ble da om det fantes «reelle grunner» for å fravike disposisjonsprinsippet (avsnitt 39). *Likebehandling* av sameierne ble her ansett som det sentrale vurderingstemaet. Førstvoterende pekte på at en ensidig rett til å trekke saken fordi prisen viser seg å bli en annen enn saksøker hadde forestilt seg, vil gi vedkommende en fordel fremfor andre sameiere som etter å ha blitt trukket inn i saken, ønsker den gjennomført på de betingelsene som faktisk oppnås gjennom prosessen.

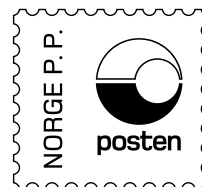
At en sak kan tenkes reist, og trukket, ut fra overveielser om budutviklingen – eller andre spekulasjonspregede motiver – er imidlertid ikke noe særegent for denne sakstypen, fremhevet førstvoterende, som ikke kunne se at tvangsopløsning av sameier skiller seg så markert fra andre tvangssaker at det burde gjøres unntak fra disposisjonsprinsippet.

Derimot kan *likebehandlingshensynet* «i praksis trolig langt på vei ivaretas», fremhever førstvoterende, «ved at også andre sameiere kan kreve tvangsopløsning når de mener seg tjent med det og også kreve å tre inn i et tvangssalg som allerede er i gang» (avsnitt 43): Den som er saksøkt i oppløsningssaken – C i dette tilfellet – kan selv kreve oppløsning etter § 15. Hvis saksøktes krav blir fremmet på denne måten før den allerede igangsatte saken er rettskraftig hevet, kan saksøkte kreve å tre inn som saksøker, jf. tvangsfullbyrdsesloven § 11-11.

Når prosessuell likebehandling blir *anerkjent*, som her, men oppnås på en mer komplisert måte, går det an å spørre hvorfor ikke de øvrige sameierne like godt kunne gis rett til å motsette seg heving av saken, for å unngå ytterligere formaliteter. Høyesterett la imidlertid avgjørende vekt på prosessuelle systemhensyn: At det lett kan skapes uklarhet om sentrale sivilprosessuelle prinsipper settes til side, og domstolene bør være forsiktige med å sette til side de gjennomarbeidede reglene i tvangsfullbyrdsesloven.

Men det kan tenkes situasjoner der en ubetinget hevingsadgang for saksøker vil vise seg å stå i et mer anstrengt forhold til sameielovens ordlyd. Etter sameieloven § 15 annet ledd er hver medeier gitt en form for forkjøpsrett under oppløsningsprosessen ved tvangssalg: Under ellers like vilkår har en sameier «førerett til å få sitt bud godteke», jf. annet punktum. Der flere av sameierne måtte ha inngitt bud, og budene er like (og de ikke ønsker å fortsette som sameiere), «skal det bodet som fyrst vart gjeve, godtakast», jf. fjerde punktum. En ubetinget hevingsadgang for saksøker legger vanskeligheter i veien for at en (saksøkt) medeiers bud på denne måten kan godtas under oppløsningssaken: Medeieren kan tvinges til selv å reise sak.

A og B fikk altså medhold i at de som saksøkere



ensidig kunne begjære oppløsningssaken hevet. Samtidig åpnet retten for at C selv kunne kreve tvangsoppløsning og deretter tre inn i saken som saksøker, med følgende konsekvens: «Andre sameiere vil regulært kunne kreve å tre inn i et påbegynt tvangssalg og med det hindre at tvangssalget stanses» (avsnitt 52). Selv om A og B vant frem i saken, kunne det her altså se ut som en pyrrhosseier.

Men som vi har sett, ønsket A og B – istedenfor oppløsning – eiendommen seksjonert etter lov 16. juni 2017 nr. 65 om eierseksjoner (eierseksjonsloven) § 9. Den regelen gir sameiere med bruksrett til bolig i et useksjonert sameie rett til å kreve seksjonering. Slik saken lå an, ville altså en av sameierne (C) kreve at tvangssalget fortsatte, mens de øvrige (A og B) ville kreve seksjonering. Prisverdig nok gir Høyesterett avklarende retningslinjer også for hvordan denne kommende konflikten blir å løse: «På bakgrunn av prosedyrene for Høyesterett skal jeg knytte noen bemerkninger til eierseksjonsloven § 9 og forholdet til tvangsoppløsning etter sameieloven § 15» (avsnitt 46).

Nå skal vi først huske at utgangspunktet ved sameieoppløsning er naturaldeling. En elegant løsning kunne vært å klassifisere seksjonering som naturaldeling, slik at konflikten mellom regelsettene bare ble tilsynelatende. Men Rt. 1995 s. 1841 ble et hinder her: Den kjennelsen slo fast at seksjonering etter den gamle eierseksjonsloven fra 1983 ikke kunne anses som en naturaldeling etter sameieloven. Istedenfor å utfordre 1995-kjennelsen («[jeg] tar ikke stilling til om dette kan stille seg annerledes etter vedtakelsen av eierseksjonsloven § 9», avsnitt 47), fant retten at et krav om seksjonering av et boligsameie i utgangspunktet skal gis forrang for et

krav om tvangsoppløsning. I forarbeidene til eierseksjonsloven uttrykkes nemlig skepsis til en ubetinget oppløsningsrett i slike tilfeller, og en seksjoneringsløsning ble foretrukket, se f.eks. NOU 2014: 6 Revisjon av eierseksjonsloven s. 24 (jf. kjennelsens avsnitt 48):

Oppløsning kan føre til at hele eiendommen kjøpes av én sameier eller en utenforstående slik at flere sameiere taper den bruksrett de har, og det er ingen ønskelig løsning ... Etter utvalgets oppfatning er derfor en seksjoneringsrett for den enkelte nødvendig.

I tillegg til forarbeidene støttet Høyesterett seg til begrensingen i sameieloven § 1 annet ledd da retten ga eierseksjonsloven forrang: «Føresegnene gjeld så langt ikke anna fylgjer av avtale eller serlege rettshøve.»

Retten til seksjonering etter eierseksjonsloven § 9 gjelder ikke ubetinget. Etter første ledd siste punktum kan seksjoneringskravet ikke gjennomføres «dersom seksjoneringen vil påføre en sameier urimelige kostnader, eller dersom en sameier har andre tungtveiende grunner til å motsette seg kravet». Her så Høyesterett at det kan utgjøre en saklig innvending mot et seksjoneringskrav at kravet fremsettes under en pågående oppløsningsprosess etter sameieloven § 15. Derfor må det også «vurderes konkret om en allerede igangsatt tvangsoppløsning av sameiet gir en sameier «tungtveiende grunner» til å motsette seg seksjonering, jf. eierseksjonsloven § 9 første ledd tredje punktum» (avsnitt 51).

Geir Stenseth

Nytt i privatretten

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

Redaktør: Geir Stenseth
Forlagsredaktør: Eirik Spillum
Foto/layout forside: Mona Ø. Ådum

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

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

Et årsabonnement (2023) på *Nytt i privatretten* koster kr 720, –. Studentabonnement koster kr 400, –. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2023
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer november 2023.