



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Arbeidsmiljølovens § 152, «masseoppsigelser», virksomhetsbegrep og beregningsgrunnlag – EU-domstolens dommer 30. april 2015 i sak C80/14 USDW og Wilson, og 13. mai 2015 i sak C182/13 Lyttle og sak C392/13 Rabal Cañas

I arbeidsmiljøloven skal begrepet «virksomhet» som regel forstås som *hele* aktivitetssfæren til arbeidsgiveren; det omfatter alle deler, avdelinger, driftsenhet osv. Det gjelder som utgangspunkt også i lovens § 152 om «masseoppsigelser». Men etter EU-domstolens rettspraksis og med de tre avgjørelsene som omtales her, kan det stille seg annerledes. Ordlyden i § 15-2 er riktignok ikke eksplisitt om begrepsforståelsen. I første ledd er «masseoppsigelser» definert som «oppsigelser som foretas overfor minst 10 arbeidstakere innenfor et tidsrom på 30 dager». Men både paragrafens annet ledd og forarbeidene til § 152

peker i retning av den alminnelige begrepsforståelsen i lovens bestemmelser forøvrig.

Bestemmelsene i § 152 bygger på EF-direktivet om masseoppsigelser, nå direktiv 98/59/EF. I dansk versjon heter det «virksomhed», men i engelsk sprogdrakt er termen «establishment». Den er brukt gjennomgående, også i det alternativet som arbeidsmiljølovens § 152 bygger på. Det som skal regnes som et «establishment» i direktivets forstand, er noe annet – og mindre – enn «virksomhet» i arbeidsmiljølovens betydning. Det er understreket i de tre avgjørelsene fra EU-domstolen, som hver for seg bygger på den samme tolkningen av direktivet, men i ulike relasjoner.

I *USDW og Wilson* var forholdet at foretaket Woolworth gikk til oppsigelser av et meget betydelig antall ansatte som følge av insolvens. Woolworth hadde en rekke butikker i hele Storbritannia. Den britiske gjennomføringsloven anvender direktivets alternativ minst 20 ansatte innenfor en periode på 90 dager «at one establishment». Woolworth hadde ikke fulgt den informasjons- og drøftelsesprosedyren som direktivet og gjennomføringsloven foreskriver. En stor del av de ansatte gikk til søksmål og fikk medhold i krav om en godtgjørelse – en «protective award» som følge av dette. Men omkring 4 500 arbeidstagere fikk *ikke* medhold med den begrunnelse at de hadde arbeidet i butikker med færre enn 20 ansatte. Wilson var én av disse. Hun og hennes fagforening, USDW, gjorde gjeldende at den lovforståelsen britiske domstoler bygget på, var i strid med masseoppsigelsesdirektivet. Det førte ikke frem for EU-domstolen.

Med henvisning til egne tidligere avgjørelser fremhevet domstolen at termene «undertaking» og «establishment» er forskjellige (avsnitt 50). I norsk sammenheng kan termene oversettes med «virksomhet» og, for eksempel, «driftssted», «driftsenhet» eller «avdeling». Direktivets artikkel 1 stiller opp alternativer for beregning av hva som skal regnes som masseoppsigelser. Alle alternativene bruker termen «establishment» (jfr. ovenfor). Et «establishment» i direktivets forstand kan være en særskilt enhet som har en viss permanens og stabilitet, som skal ivareta

Innhold nr. 3

Arbeidsrett	1
Erstatningsrett	8
Familierett	15
Fast eiendom	17
Immaterialrett	18
Konkursrett	18
Kontraktsrett	18
Selskapsrett	26
Disputas	28

visse oppgaver, og som har en arbeidsstokk, tekniske ressurser og en organisasjonsstruktur som gjør det mulig å ivareta oppgavene: «... a distinct entity, having a certain degree of permanence and stability, which is assigned to perform one or more given tasks and which has a workforce, technical means and a certain organisational structure allowing for the accomplishment of those tasks» (avsnitt 50). Det er derfor forenlig med direktivet at nasjonal lovgivning begrenser anvendelsen av informasjons- og drøftelsesprosedyren slik den britiske gjennomføringsloven gjør; det er ikke et krav etter direktivet at det samlede antallet i berørte arbeidstagerne i alle eller noen driftsenheter skal være avgjørende.

Dommen i *Lyttle* gjelder et tilsvarende saksforhold og konkluderer på samme måte.

I *Rabal Cañas* var problemstillingen invers. I den spanske gjennomføringsloven var anvendelsen av informasjons- og drøftelsesreglene knyttet til virksomheten som helhet – «the undertaking». Selskapet Nexea hadde to avdelinger, en i Madrid med 164 ansatte og en i Barcelona med 20 arbeidstagerne. I tiden fra juli til november 2012 ble 15 ansatte i Madrid og to i Barcelona sagt opp; i tillegg opphørte fem midlertidige arbeidsavtaler. I desember samme år ble så Rabal Cañas og tolv andre ansatte ved avdelingen i Barcelona sagt opp. For virksomheten som helhet var det samlede antallet oppsagte ikke så stort at informasjons- og drøftelsesprosedyren etter den spanske loven skulle følges.

Domstolen poengterte igjen at «establishment» og «undertaking» er ulike begreper. Derfor må oppsigelser i hver enkelt avdeling vurderes separat der virksomheten har flere avdelinger (establishments) (avsnitt 49). Følgelig er det ikke forenlig med direktivet å begrense anvendelsen av de reglene direktivet foreskriver, bare til den større enheten «virksomheten» (undertaking) (avsnitt 50). I tillegg slo domstolen fast at opphør av midlertidige arbeidsavtaler ikke regnes som oppsigelser i direktivets forstand (avsnitt 67).

Masseoppsigelsesdirektivene er et «minimumsdirektiv» som åpner for løsninger i nasjonal rett som er mer fordelaktige for arbeidstagerne enn direktivets regler. Men direktivet har også et harmoniseringsformål. Selv om det *kan* være mer fordelaktig for arbeidstagerne om antallsberegninger knyttes til virksomheten som helhet, må statene være bundet av en enhetlig forståelse av direktivets regler. Derfor kreves det etter direktivet at oppsigelser i den enkelte driftsenhet må tas i betraktning separat (*USDW og Wilson* avsnitt 68 jfr. avsnitt 61–67). Dette er ytterligere poengtert, med andre ord, i *Rabal Cañas*. Der fremholdt domstolen at det bare er gunstigere for arbeidstagerne å knytte beregningen til virksomheten som helhet dersom dette er en *tilleggs løsning* som ikke fratar dem det vernet de skal ha når den enkelte driftsenheten er grunnlag for beregningen (avsnitt 52).

For norsk del vil konklusjonen være at virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljølovens § 152 må relativiseres, det kan ikke fortolkes som «hele virksomheten» på samme måte som begrepet skal forstås i de fleste av lovens bestemmelser ellers.

Stein Evju

Tariffavtales anvendelsesområde, sympatistreik, streikebryteri – Arbeidsrettens dom 26. august 2015 (Inr. 18)

Efter vedtak i LO ble det satt i verk sympatistreik ved Tromsø Losse- og Lastekontor fra 7. desember, til støtte for Norsk Transportarbeiderforbunds (NTF) krav om tariffavtale ved Risavika Terminal AS. Sympatistreiken omfatter blant annet Nor Lines AS' terminal på Skattøra, som ikke er en del av Tromsø Havn. Nor Lines AS har også en terminal som ligger innenfor området til Tromsø Havn. Denne terminalen omfattes av Sør- og Nord-Norgeavtalen mellom LO/NTF og NHO/NHO Logistikk (NHO LT).

Sympatistreiken var rettmessig, tariffrettslig sett; det var det ingen uenighet om. Spørsmålet i saken var om det var tariffstridig at Nor Lines AS hadde brukt egne ansatte til losse- og lastearbeid ved terminalen på Skattøra, prosess teknisk konkretisert til ett skip på en bestemt dato. Det springende punkt var da i første rekke om Sør- og Nord-Norgeavtalen også omfattet den terminalen. Det underliggende, men som ikke ble drøftet i slike termer, var likevel hvorvidt bruken av egne ansatte kunne anses som «streikebryteri».

Arbeidsretten anså det som utvilsomt at lossing og lasting ved terminalen på Skattøra *ikke* var omfattet av tariffavtalen i henhold til en unntaksbestemmelse i avtalens § 1 nr. 2. Retten viste for så vidt til en tidligere dom om den samme bestemmelsen, i ARD 2014 s. 355 (avsnitt 86). En særskilt bestemmelse i avtalens § 1 nr. 1 om «opprettholdelse av nåværende praksis» kunne etter rettens syn ikke lede til noen annen konklusjon. Eftersom tariffavtalen ikke gjaldt for arbeid på Skattøra, var det da gitt at det ikke kunne være tale om tariffbrudd.

Før Arbeidsretten kom så langt som til disse spørsmålene, drøftet den om registrerte havnearbeidere har fortrinnsrett til det som regnes som losse- og lastearbeid etter Sør- og Nord-Norgeavtalen. Etter den såkalte rammeavtalen om fastlønssystem for losse- og lastearbeid har registrerte havnearbeidere en slik fortrinnsrett (avsnitt 75). Arbeidsretten fant ikke grunnlag for at Sør- og Nord-Norgeavtalen skal forstås på en annen måte (avsnitt 76–80). Til dette bemerket Arbeidsretten så avslutningsvis:

«Sympatistreik adskiller seg ikke fra ordinær streik med hensyn til parten[er]s gjensidige forpliktelser. NOR Lines AS var å anse som den streikerammede bedriften, og fortrinnsretten kan ikke forstås slik at bedriften da sto fritt til å benytte andre uten at dette representerer et tariffbrudd» (avsnitt 81).

I hverdagslig tale betyr dette at slik tariffstridig bruk av «andre» kan kalles streikebryteri, ved sympatistreik likesom ved «ordinær streik». Det er bemerkelsesverdig at Arbeidsretten valgte å gå «omveien» om å drøfte disse spørsmålene. Det var strengt tatt ikke nødvendig for resultatet. Når retten likevel gjorde det, er det mest nærliggende å se det som uttrykk for et ønske om å markere en prinsipiell oppfatning. Og det kan nok føyes til at det synet Arbeidsrettens uttalelse bygger på, utvilsomt også favner videre enn bare til slike tilfeller av fortrinnsrett som det var tale om i denne saken.

Stein Evju

Kjønnsdiskriminering, mannlig arbeidstager, foreldrepermisjon – EU-domstolens dom 16. juli 2015, sak C-222/14 Maïstrellis

Efter gresk rett hadde en mannlig statsansatt («civil servant») som alminnelig regel ikke rett til betalt foreldrepermisjon hvis konen ikke var i arbeid. Hvis moren var i arbeid som statsansatt, ville hun derimot ha rett til betalt foreldrepermisjon i ni måneder. Dette innebar, slik EU-domstolen uttrykte det, at mens det å være forelder ikke var tilstrekkelig for en mannlig statsansatt til å få rett til slik permisjon, var det tilstrekkelig for kvinner med samme status. Domstolen fant at det var i strid med direktiv 96/34/EF, som gjennomfører rammeavtalen av 14. desember 1995 mellom UNICE (nå BUSINESSSEURPE), CEEP og EFS om foreldrepermisjon, såvel som med direktiv 2006/54/EF om likebehandling av kvinner og menn i sysselsetting og yrke.

Folketrygdlovens regler om rett til foreldrepenger er ikke i fullt samsvar med en slik direktivforståelse, efter lovens § 1413 jfr. § 146 og § 14-9. EU-domstolens avgjørelse i *Maïstrellis* vil forsåvidt kreve lovendringer efter EØS-avtalen, som inkorporerer de to direktivene.

Stein Evju

ESA, «verftssaken» og RKL

Høyesteretts dom i «verftssaken», Rt. 2013 s. 258 (omtalt i *Nytt i privatretten* 2013 nr. 2, s. 1–4) ble umiddelbart kontroversiell på flere hold. Blant annet fremmet NHO en klage til ESA i november 2013. Klagen var spesielt rettet mot avgjørelsen om at den aktuelle almengjøringsforskriftens bestemmelse om kompensasjon for reise, kost og losji (RKL) er forenlig med utstasjoneringsdirektivet, 96/71/EF. ESA tok saken opp med Arbeids- og sosialdepartementet i januar 2014. Efter at departementet svarte primo mars, ble saken drøftet i et «pakkemøte» i oktober, men så ikke fulgt opp videre før ved et nytt, og omfattende, brev fra ESA 10. juli 2015. Drøftelsene i brevet er knyttet ganske direkte til Høyesteretts dom, men konklusjonen er generell. ESA anser at RKL-bestemmelsene i de tre (fornye) almengjøringsforskriftene av 27.

november 2014, for byggeplasser, for skips- og verftsindustrien og for renholdsbedrifter *ikke* er forenlig med utstasjoneringsdirektivet. Departementet har fått (utsatt) frist for svar til 25. september; derefter vil ESA vurdere om det skal tas skritt til å reise traktatbruddsøksmål. Men før det eventuelt kommer så langt, gjenstår flere trinn i saksbehandlingen.

Stein Evju

Virkomhetsoverdragelse: trekriteriersmetoden enda en gang og oppreisningserstatning – Rt. 2015 s. 718

Inledning

Medio juni i år meddelade Norges Høyesterett dom i målet HR-2015-1276-A. Saken gällde om det skulle anses som en verksamhetsövergång i enlighet med arbeidsmiljøloven § 16-1 vid byte av leverantör av tjänster om uppföljning av boendeinsatser (booppfølgingstjenester). Så bedömde Høyesterett vara fallet och fråga därefter var om arbetstagarna skulle ha rätt till såväl ekonomisk som allmän ersättning (ekonomisk erstatning og oppreisningserstatning) för ogiltig uppsägning (uberettiget oppsigelse) på grund av verksamhetsövergången. Høyesterett besvarade även denna fråga jakande. Det framgår redan av domens sammandrag:

«Stiftelsen Kirkens Bymisjon hadde levert booppfølgingstjenester til Oslo kommune for en bygård med boliger for personer med krav på botilbud etter sosialtjenesteloven § 45. Kommunen besluttet å overta driften selv etter utløpet av kontraktsperioden. Høyesterett kom til at det forelå virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven § 161. Virksomheten ble ansett som en egen enhet som hadde bevart sin identitet etter kommunenes overtakelse. De ansatte som var sagt opp på grunn av overtakelse, ble tilkjent erstatning for sitt økonomiske tap og oppreisning etter arbeidsmiljøloven § 1512 andre ledd jf. § 164 tredje ledd.»

Reglerna i arbeidsmiljøloven om skydd för anställningen vid verksamhetsövergång, genomför EU-direktivet 2001/23/EG (ursprungligen från 1977). De nationella reglerna ska tillämpas (användes) i överensstämmelse med direktivet såsom det tolkas av EU-domstolen och EFTA-domstolen. EFTA-domstolen har meddelat sju domar om tolkning av direktivet, och från EU-domstolen finns närmare sextio domar, av vilka flertalet rör tillämpligheten (användeligheten) av direktivet. För Høyesterett eller Arbeidsretten är arbetsrätten vid verksamhetsövergång ingen ny fråga, men har möjligen fått en annan infallsvinkel till följd av de sedan drygt tjugo år gällande EU-reglerna som ständigt utvecklas på grund av EU-domstolens och EFTA-domstolens mer eller mindre kreativa tolkningar av regelverket.

Konsekvenserna av verksamhetsövergång i enlighet med arbeidsmiljøloven kapitel 16 – och direktivet – är, att det sker en substitution på arbetsgivarsidan; förvärvaren inträder i överlåtarens anställningsavtal och ska tillämpa (anvende) samma eller likvärdiga anställningsvillkor på de medföljande arbetstagarna som gällde hos överlåtaren (overdrageren), se § 16-2, jfr § 16-4.

Saken

I en kommun del i Oslo påbörjades ett projekt i syfte att utveckla en modell för etablering och drift av varaktiga bostäder för personer med krav på boende i enlighet med sosialtjenesteloven § 4-15. Målgruppen var nödställda (vanskeligstilte) med dubbeldiagnosproblematik, knuten till drogmissbruk (rusmisbruk) och allvarliga psykiska åkommor (lidelser). Målsättningen var att de boende skulle klara av att behålla sin lägenhet (leilighet) över tid och uppnå stabilitet i livet.

Det för ändamålet (formålet) specialanpassade boendet, vari tjänsterna om boendeuppföljningen (booppfølgingstjenestene) skulle tillhandahållas, bestod av elva lägenheter, ett kontor och gemensamhetsutrymmen (fellesarealer). Kommunen var, genom ett kommunalt bolag (selskap), ägare av byggnaden och hade bekostat såväl byggnadsarbetena som stått för det löpande underhållet (vedlikeholdet). Inför starten av verksamheten i februari 2006 valdes Kirkens Bymisjon som leverantör av tjänsterna om boendeuppföljningen. Centralt i överenskommelsen var de individuella samarbetsavtalen mellan Kirkens Bymisjon och de boende (beboerne), där hyrestagaren (leietakeren) måste underteckna en särskild samtyckesförklaring som förpliktigade till samarbete med de anställda som levererade uppföljningstjänsterna. Efter en offentlig upphandling (offentlig tilbudskonkurranse) förnyades avtalen för perioden 1 maj 2009 till den 1 maj 2013. Under denna avtalsperiod var elva fast anställda, motsvarande drygt sex heltidsanställningar (årsverk) i Kirkens Bymisjon, som alla arbetade med boendeuppföljningarna. De anställda var organisatoriskt en del av en underavdelning i Kirkens Bymisjon.

Bydelen beslöt i juni 2012 att själv driva tillhandahållandet av bostäder (boligtilbudet) till de boende, och därmed avsluta samarbetet med Kirkens Bymisjon. Som utgångspunkt är direktivet tillämpligt (anvendelig) på en sådan situation, jfr mål 287/86 *Ny Mølle Kro* samt förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Hernández Vidal m.fl.* Som en konsekvens av detta beslut, utgick kommunen från att det var en verksamhetsövergång i enlighet med arbeidsmiljøloven § 16-1, men ändrade ståndpunkt knappt ett halvår senare. Kommunen menade då att Kirkens Bymisjon inte hade haft del i hyresförhållandena (leieforholdene) av lokalerna och hade inte heller bistått den boende (beboeren) i detta förhållande. I stället skulle kontraktsförhållandet mellan Kirkens Bymisjon och bydelen betraktas som ett

avtalsförhållande om insats i form av arbetskraft, alltså någon form av personalinhyring (arbeidskraftsinnleie). Detta utesluter emellertid inte i sig direktivets tillämplighet, jfr mål C-485/05 *Jouini*.

Efter att driften övertogs av kommunen, sade Kirkens Bymisjon upp de anställda som hade arbetat i verksamheten, förutom verkställande direktören (daglig leder) som övergick i annan anställning hos Kirkens Bymisjon. Kommunen utlyste anställningarna, med krav på treårig högskoleutbildning inom hälsa och omvårdnad (helse- och sosialfaglig høyskoleutdanning) eller motsvarande kompetens. Sex personer rekryterades, varav två var bland de som sagts upp av Kirkens Bymisjon. Fem av de som sagts upp av Kirkens Bymisjon ställde krav på (fremmet krav om) att deras anställningar skulle övergå till kommunen i enlighet med reglerna i arbeidsmiljøloven § 161. Dessutom krävde de fem både ekonomiskt och allmänt skadestånd (økonomisk erstatning og oppreisningserstatning).

Frågan i målet var alltså om det skulle anses föreligga en verksamhetsövergång i enlighet med arbeidsmiljøloven. Vidare var det fråga om de anställda då skulle få ersättning (erstatning) på grund av uppsägningarna i strid med gällande regler (uberettiget oppsigelse).

Kommunen fick medhåll (støtte) i tingretten i frågan om att det inte ansågs vara en verksamhetsövergång, men varken i lagmannsretten eller Høyesterett. Båda instanserna tillerkände arbetstagarna ersättning (erstatning). Fråga i denna del var om regelverket gav stöd för inte bara ekonomisk ersättning (økonomisk erstatning), utan även för så kallat allmänt eller ideellt skadestånd (oppreisningserstatning) och om beloppets storlek i så fall skulle stå i relation till anställningens omfattning (stillingsprosenten). Här kom lagmannsretten fram till att de anställda skulle tillerkännas allmänt skadestånd (oppreisningserstatning) i relation till anställningens omfattning (stillingsprosenten), medan Høyesterett tillerkände samma belopp till vardera överklagande arbetstagare (ankemotpartene).

Kommentar

Trekriteriersmetoden

Prövningen av frågan om verksamhetsövergång i enlighet med arbeidsmiljøloven § 16-1 kan avgöras med utgångspunkt i tre kriterier, *trekriteriersmetoden*, jfr domen avsnitt 61; se även Rt. 2012 s. 983 (*Songa Services*) avsnitt 61, Rt. 2011 s. 1755 (*Gate Gourmet*) avsnitt 46, Rt. 2010 s. 330 (*Bardufoss Flyservice*) avsnitt 37–40 och Rt. 2006 s. 71 (*SAS*) avsnitt 72–74:

- *enhetskriteriet*, det att det ska vara en aktiv, bestående «selvstendig økonomisk enhet», en så kallad going concern, som övergången gäller,
- *övergångskriteriet (overdragelseskriteriet)*, det att verksamheten ska vara «overført til ny innehaver på grunnlag av kontrakt» och

- *identitetskriteriet*, det att den aktive «videreførte virksomheten i det vesentlige er den samme som før overføringen, slik at dens identitet er bevart» och alltså fortsätter hos förvärvaren (erhververen).

Trekriteriersmetoden förefaller vara den metod, som domstolarna i Norge använder sig av för att avgöra om reglerna om skyddet (vernet) för anställningen vid verksamhetsövergång ska tillämpas (anvendes) eller inte. Det är en tilltalande och enkel modell att ta avstamp i och i domen hänvisas det till flera høyesteretsavgöranden, där domstolen prövat om det är en verksamhetsövergång i enlighet med arbeidsmiljøloven § 16-1 utifrån denna tredelade kriteriebedömningen: se den här kommenterade domen och nyss angivna rättsfall. (Denna hos Høyesterett så tydliga systematiska genomgången av nämnda tre kriterier i målen från 2006 och framåt syns inte i tidigare avgöranden rörande genomföranderegleringen, se exempelvis Rt. 1997 s. 1954 (Løten), 1999 s. 977 (Nemko) och Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen Ambulanse).)

Inget enskilt kriterium räcker emellertid ensamt (jfr dock mål C–108/10 *Scattolon* avsnitt 50, där identitetskriteriet får en framskjuten plats), utan kriterierna är snarare kumulativa: det måste vara en ekonomisk *enhet* som övergår med bibehållen *identitet*. Det blir fråga om en bedömning av situationen före, under och efter verksamhetsövergången, och för varje kriterium ska det göras en helhetsbedömning. Utgångspunkten för denna är de sju så kallade Spijkersfaktorerna, se domen avsnitt 78. De tre kriterierna och Spijkersfaktorerna hålls inte isär lika tydligt i EU-domstolens rättpraxis som i Høyesteretts. Möjligen kan det förhållandet förklara EU-domstolens uttalande om identitetskriteriet som det avgörande kriteriet i *Scattolon*-målet.

Inbland används uttrycket *Spijkerskriterier* i stället, men det ger då intrycket av att det ställs krav på att dessa kriterier ska uppfyllas för att det ska anses vara ekonomisk enhet som överförs med bibehållen identitet. Så är naturligtvis inte fallet: faktorerna är «endast aspekter av den helhetsbedömning som ska göras och kan därför inte bedömas var för sig», jfr mål 24/85 *Spijkers* avsnitt 13, mål C–151/09 *UGTFSP* avsnitt 27 och C–469/09 *CLECE* avsnitt 34.

Inledningsvis, avsnitt 56–62, hänvisar Høyesterett i domskälen (domsgrunnene) till lagen och sin egen rättspraxis, och gjorde «en kort oppsummering».

I målet bedömdes övergångskriteriet (*overdragskriteriet*) vara uppfyllt, se avsnitt 70–73. Vad gäller detta kriterium förelåg dessutom enighet hos parterna. Poängteras ska dock att det inte är parterna själva som förfogar över kriteriet och därigenom själva kan besluta om regelverkets tillämplighet (anvendelighet), utan det ska avgöras utifrån en objektiv bedömning. I denna del uttalade Høyesterett att det speciella i målet är «at tjenesteytelsen ikke er

gått over til en ny oppdragstaker, men att oppdragsgiveren...selv utfører tjenestene etter opphøret av kontrakten», och hänvisar till C–496/09 *CLECE*. Desto mer diskuterar Høyesterett de två övriga kriterierna.

Vid bedömningen av om *enhetskriteriet* är uppfyllt, tog Høyesterett sin utgångspunkt i rättspraxis, närmare bestämt i mål C–13/95 *Süzen*, och i Rt. 2011 s. 1755 (Gate Gourmet), se avsnitt 63–69. För att avgöra om vart och ett av kriterierna är uppfyllda, ska det göras en helhetsbedömning av samtliga föreliggande faktorer i den aktuella situationen för varje kriterium. I denna bedömning blir Spijkerskriterierna ofta naturliga faktorer att förhålla sig till. Den enhet som övergår på förvärvaren (erhververen) ska vara en pågående rörelse som fortsätter hos förvärvaren och fortsättningen ska väsentligen vara densamma som drevs hos överlåtaren (overdrageren), se C–48/94 *Rygaard*. Att det då kan röra sig om delvis samma faktorer när enhetskriteriet och identitetskriteriet ska bedömas, ter sig naturligt. Exempelvis kan Spijkersfaktorn om omfattningen av anställda som övergår finnas med i bedömningsgrunden för om enhetskriteriet och identitetskriteriet är uppfyllt, men utgör i sig inte något självständigt kriterium. Høyesterett lyfte i målet fram betydelsen av verksamhetens karakteristika för bedömningen av enhetskriteriet och uttalade att «en del av de samme momentene vil gjøre seg gjeldende ved vurderingen av både enhetsvilkåret og identitetsvilkåret. Det er derfor vanskelig å trekke et skarpt skille mellom dem, noe også EU-domstolens praksis viser», jfr avsnitt 65.

I målet gick Høyesterett på lagmannsrettens linje och slog fast att Kirkens Bymisjons virksomhet var att anse som «en egen enhet etter § 16-1». Virksomheten i fastigheten (eiendommen) var organiserad som en egen (under)avdelning till Kirkens Bymisjon, geografiskt och fysiskt åtskild från den övriga virksomheten, med egen budget, liksom att de anställda ansågs ha sin arbetsplats (arbeidssted) i denna (under)avdelning, där de närmast uteslutande arbetade, och inte i Kirkens Bymisjon generellt. Någon generell personalminskning (nedbemanning) i Kirkens Bymisjon företogs inte. Kommunens invändningar (innsigelser) om att avdelningen använde stödfunktioner från en annan avdelning skulle medföra att det inte var en självständig ekonomisk enhet, underkändes av såväl lagmannsretten som Høyesterett. «Det er ikke uvanlig at større organisasjoner har sentrale støttefunksjoner og at det er samarbeid på tvers av avdelinger. Slike relasjoner kan ikke frata avdelingen den selvstendighet som kreves etter § 16-1», se avsnitt 68.

Att Spijkersfaktorerna kan användas för bedömningen av om såväl enhetskriteriet som identitetskriteriet är uppfyllt visar inte minst den fjärde Spijkersfaktorn, den om att betydelse ska läggas vid om huvuddelen av personalen avseende såväl antal som kompetens har övergått, jfr även mål C–463/09 *CLECE*. Just den här faktorn visar vad det egentligen

handlar om vid bedömningen om regelverket om anställningen vid verksamhetsövergång ska vara tillämpligt (anvendelig), nämligen att rättsföljden av en verksamhetsövergång enligt direktivet är att personalen ska övergå! Bedömningsfaktorn får kanske större vikt om det är en personalintensiv verksamhet som övergår, det vill säga där det är personalen till antal och kompetens som utgör verksamhetens karakteristika och som är den väsentliga insatsfaktorn. «Men även frågan om vad som är karakteristiskt för verksamheten (jämför den första Spijkersfaktorn om bedömningen av arten av verksamheten), ligger till grund för både enhetskriteriebedömningen som identitetskriteriebedömningen.»

Avslutningsvis i denna del om Høyesteretts genomgång av regelverkets tillämplighet (anvendelighet) behandlade den *identitetskriteriet*, avsnitt 73–95. Den konkreta frågeställningen rörde den omständighet att kommunen endast övertog omkring en femtedel av verksamhetens anställda. Med hänvisning till en rad rättsfall, avsnitt 74–75, slog Høyesterett fast att identitetsbedömningen beror på en «helhetsvurdering av hva som karakteriserte den overdragende virksomhet, jf. Gate Gourmet-dommen avsnitt 54. Deretter må det avklares om disse elementene gjenfinnes i virksomheten som utøves av den overtakende enheten», avsnitt 77. Av betydelse var om verksamheten var baserad på att tillhandahålla tjänster (yte tjenester) eller om det var en produktionsverksamhet. I denna distinktion ligger att det ska göras en bedömning av de olika insatsfaktorerna i verksamheten; rättstillämparen (rettsanvenderen) ska alltså vika Spijkersfaktorerna mot bakgrund av vad det är för art eller typ av verksamhet. Høyesterett kom i målet fram till att det inte var en verksamhet där arbeidskraften var den dominerande insatsfaktorn, utan att även de andra faktorerna skulle tillmätas betydelse, särskilt den specialanpassade byggnaden, avsnitt 82. Vidare tillmätte domstolen personalens kunskap och erfarenhet ett immateriellt värde för verksamheten, avsnitt 89. Genom att kommunen anställde två personer som tidigare varit anställda i Kirkens Bymisjon, och som båda hade gedigen kunskap och erfarenhet, fick kommunen «tilgang til den særlige erfaring og innsikt som karakteriserte [virksomhetens] oppfølging av beboerne. Dette er etter min oppfatning et av flere tilknytningspunkter som underbygger at identitetskravet er oppfylt», avsnitt 92. Men även om arbeidskraften var ett centralt element i verksamheten, bedömdes den inte vara den enda väsentliga insatsfaktorn. Kommunens fortsättning av verksamheten i samma lokaler och med två centrala medarbetare från Kirkens Bymisjon, «må identitetskravet anses oppfylt selv om disse bare utgjorde i underkant av en femtedel av arbeidsstokken og noe mer målt etter stillingsbrøk», avsnitt 94.

Oppreisningserstatning

Høyesterett övergick så avslutningsvis till att behandla frågan om allmänt skadestånd (oppreisningserstatning). I samband med denna uppkommer en rad andra frågor som rör vilka krav de berörda arbetstagarna och förvärvare (erververe) har på anställningens fortsättning hos denne och hur de ska förhålla sig till eventuell ny arbetsgivare där de berörda arbetstagarna fått anställning. Det blir lätt en fråga om lång tid av osäkert tillstånd för samtliga inblandade. Till frågan om uppsägningens ogiltighet kan kopplas frågan om ogiltigheten har nullitetsverkan eller angriplighetsverkan. Mycket tyder på att den skadelidande arbetstagaren får förlita sig på ekonomisk kompensation snarare än naturakompensation. Jag lämnar emellertid dessa frågor därhän.

Vid ogiltig uppsägning (uberettiget oppsigelse) som följd av verksamhetsövergång kan arbetstagare kräva ersättning (erstatning), se arbeidsmiljøloven § 15-12 och § 16-4. Ersättningen (erstatningen) kan omfatta såväl ekonomisk som ikke-ekonomisk skada, se avsnitt 97 med hänvisningar. Eftersom «Oppsigelsene var direkte foranlediget av Oslo kommunes feilaktige avvisning», ansågs det inte vara av avgörande betydelse att det var Kirkens Bymisjon som hade sagt upp de berörda arbetstagarna. Således ansågs stöd (hjemmel) för att tillerkänna allmänt skadestånd (oppreisningserstatning) till de berörda arbetstagarna finnas. Till skillnad från lagmannsretten fastställde Høyesterett det allmänna skadeståndet (oppreisningserstatningen) till ett lika stort belopp till var och en av arbetstagarna, utan att beakta de olika anställningarnas omfattning (stillingsprosenten). Beloppet för kränkningen, den långvariga osäkerheten kring anställningsförhållandet som kommunens felaktiga avvisning medförde, stannade vid 30 000 kronor, jfr avsnitt 102–104.

Avslutning

För att det över huvud taget ska vara en verksamhetsövergång enligt arbeidsmiljøloven § 16-1, måste det vara en övergång av verksamhet, det vill säga att övergångskriteriet måste vara uppfyllt. Detsamma gäller *enhetskriteriet*: det måste vara en bestående självständig ekonomisk enhet hos överlåtaren (overdrageren) som fortsätter hos förvärvaren (erververen). Den fortsatta verksamheten måste dessutom behålla sin identitet (*identitetskriteriet*) och vara väsentligen densamma som drevs hos överlåtaren. Det ligger nära till hands att förstå enhetskriteriet så, att den hos förvärvaren (erververen) fortsatta verksamheten ska även fortsättningsvis utgöra en bestående självständig ekonomisk enhet för att enhet ska föreligga, men det är inget krav som domstolarna hittills har ställt, utan det får avgöras med stöd av en helhetsbedömning av faktorerna i situationen.

Høyesteretts dom följer den hos domstolen etablerade metoden för att avgöra om det föreligger en verksamhetsövergång eller inte. Metoden består i

en gjennomgang av tre kriterier, enhetskriteriet, övergångskriteriet og identitetskriteriet, med stöd av de så kallade Spijkersfaktorerna. Faktorerna används för att avgöra om enhetskriteriet og identitetskriteriet är uppfyllt. Bedömningen av om övergångskriteriet är uppfyllt, följer en något annan logik, där Spijkersfaktorerna inte kan vara till något större stöd för att avgöra om kriteriet är uppfyllt. För vart och ett av kriterierna, ska det göras en helhetsbedömning av samtlige faktorer.

Trekriteriersmetoden förefaller i domstolens praxis hittills ha tillämpats (anvents) så att bedömningen av om enhetskriteriet är uppfyllt görs av situationen *fram till* verksamhetsövergången, bedömningen av om övergångskriteriet är uppfyllt av situationen *vid* själva övergången og bedömningen av om identitetskriteriet är uppfyllt av hur situationen ser ut *efter* övergången.

Bernard Johann Mulder

Litteratur

Per Larsson: *Skyddet för visseblåsare i arbetslivet – en konstitutionell og arbeidsrettslig studie*, Jura 2015. 374 sider

I boken, som är författarens doktorsavhandling, analyseras ett antal frågor om skyddet for visseblåsare i arbetslivet. Författaren belyser hur de offentligrettslige og privatrettslige skyddsreglerne påverkar varandra samt samspelet mellom den konstitutionelle retten og arbeidsretten till följd av den europarettslige utvecklingen på området for grundläggande fri- og rettigheter. Framstilling har det svenskerettslige perspektivet, men de generelle diskussionerne har interesse även for läsare från norsk horisont med interesse for integritetsfrågor i arbetslivet, visseblåsning og grundläggande fri- og rettigheter i europarätten.

Erik Sjödin, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande. En rettslig studie av inflytandedirektivens gjennomføring i Sverige*, 2015. 356 s. I boken, som är författarens doktorsavhandling, undersøks innhålllet i åtte EU-direktiv med bestemmelser om arbetstagarinflytande, med fokus på ett antal for dessa direktivs gemensamme frågor. Författaren belyser vad arbetstagarrepresentanterne är berettigede till inflytande om, når og hur det ska ske samt de grundforutsetninger for arbetstagarinflytande som anges i direktiven. Perspektivet är det svenskerettslige, men är med den EU-rettslige utgangspunktens interessant også for läsare med norsk arbeidsrett eller EU-rätt som verksamhetsfält.

Bernard Johann Mulder

Beviskrav ved avskjed – Rt. 2014 s. 1161

Høyesteretts dom fra 3. desember i 2014 bidrar til en avklaring i spørsmål om beviskrav i avskjedssaker. Den rådende oppfatningen i arbeidsrettslig teori har

vært at det som et alminnelig utgangspunkt gjelder et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt – et krav om kvalifisert, klar eller sterk sannsynlighetsovervekt – i avskjedssaker. Begrunnelsen er at retten i slike saker, som oftest, må ta stilling til faktiske forhold som vil være særlig belastende for arbeidstager, og i tråd med bevisrettslig teori og høyesterettspraksis om andre lignende sakstyper er det lagt til grunn at overvektsprinsippet må fravikes fordi en uriktig dom i én retning vil kunne føre til vesentlig større personlige konsekvenser for den ene parten (her arbeidstager) enn en uriktig dom i den annen retning, se for eksempel Rt. 2007 s. 1851. I avskjedssaker har dette også vært normen i underrettspraksis, men Høyesterett har ikke tatt direkte stilling til spørsmålet for nå. Høyesterett la – i tråd med oppfatningen i teorien og annen rettspraksis – til grunn at det som alminnelig utgangspunkt må gjelde et skjerpet beviskrav også i avskjedssaker.

Saken gjaldt en arbeidstager som var avskjediget begrunnet med urettmessig tilegnelse av kontanter fra arbeidsgiver. Både tingretten og lagmannsretten hadde kommet til at avskjeden var rettmessig og ved vurderingen bygget på kravet om kvalifisert (sterk, klar) sannsynlighetsovervekt. Saken for Høyesterett dreiet seg kun om dette var et korrekt beviskrav, noe retten altså besvarte bekreftende. Selv om Høyesterett dermed oppstilte et alminnelig utgangspunkt om skjerpet beviskrav i denne typen saker, åpnet retten for at det også i avskjedssaker kan være forhold som gjør at overvektsprinsippet likevel må legges til grunn (avsnitt 24). Dette er aktuelt i saker hvor hensynet til tredjeparter veier tungt, og som eksempel nevner førstvoterende tilfeller der arbeidstager mistenkes for å ha begått overgrep mot barn eller opptrådt uforsvarlig overfor pasienter eller klienter. Dette var imidlertid ikke tema i denne saken. Disse *obiter dicta* samsvarer likevel med det som er hevdet av enkelte i nyere arbeidsrettslig teori og lagt til grunn i LF-2009-19374 (etter Høyesteretts dom er LB-2014-101611 også et eksempel) og i høyesterettspraksis om andre sakstyper hvor tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende, se Rt. 2007 s. 1851 (særlig avsnitt 35 med videre henvisninger).

Fra arbeidstagers side ble det, i vår sak, imidlertid anført at det var det *strafferettslige* beviskravet som måtte legges til grunn. Som grunnlag for dette ble det først vist til at arbeidstager istedenfor å angripe avskjedens rettmessighet, kunne reist en injuriesak, hvor det gjelder et beviskrav tilsvarende det strafferettslige. Høyesterett avviste dette og viste til at dette er ulike sakstyper regulert av forskjellige regelsett, og at et slikt beviskrav ville bryte med det som etter rettspraksis gjelder i saker om erstatningskrav etter frifinnende straffedom (avsnitt 27). Arbeidstager hevdet videre at et strafferettslig beviskrav kunne utledes av uskyldspresumsjonen, slik den er nedfelt i blant annet Grunnloven § 96 (2) og EMK art. 6 nr. 2. Heller ikke dette førte frem. Høyesterett viste til at det var snakk

om en «rent sivilrettslig sak uten innslag av sanksjoner som kan karakteriseres som straff», og at det etter EMDs praksis dermed er tillatelig å bygge på et lavere beviskrav enn det strafferettslige (avsnitt 29).

Resultatet i dommen er ikke overraskende. Som nevnt innledningsvis er utgangspunktet om et skjerpet beviskrav i avskjedssaker i tråd med det som kan sies å være den rådende oppfatningen. Det er samtidig avklarende at Høyesterett åpner for at vurderingen kan stille seg annerledes også i denne typen saker. Dessuten er Høyesteretts tilnærming ved vurderingen av rettskildene interessant. Førstvoterende foretar nemlig en oppdeling av rettskildematerialet i to deler. Først vurderer førstvoterende det som muligens kan betegnes som de konvensjonelle rettskildene knyttet til *denne* problemstillingen (avsnitt 20–24), eller ihvertfall de rettskildene som er drøftet i den arbeidsrettslige teorien, for så å konkludere med at det basert på *disse* rettskildene var lagt til grunn et korrekt (skjerpet) beviskrav (avsnitt 25). Deretter vurderer førstvoterende «om det følger av andre rettskilder at beviskravet må skjerpes ytterligere» (avsnitt 26). Ved denne andre vurderingen er det de rettskildene arbeidstager påberopte som grunnlag for det strafferettslige beviskravet, som vurderes (avsnitt 27–29). Det samlede rettskildebilde tas i betraktning, og det er etter undertegneds mening ikke noe å utsette på rettens vurdering. Meningen med oppdelingen er kanskje ikke ment som noe annet enn et pedagogisk grep, muligens for å si noe om hva som er de relevante rettskildene knyttet til den aktuelle problemstillingen.

Alexander Næss Skjønberg

ERSTATNINGSRETT

Advokatfirmas ansvar for partners handling – Rt. 2015 s. 475

Høyesterett avsa 5. mai 2015 enstemmig dom som er viktig når det gjelder rekkevidden av arbeidsgiveransvaret. Saken gjaldt spørsmålet om et advokatfirma organisert som et aksjeselskap, heftet for ansvarsbetingende handlinger som en partner hadde begått overfor personer som ikke hadde vært klienter. Høyesterett kom til at det forelå ansvarsgrunnlag for advokatfirmaet etter skadeserstatningsloven § 2-1 – arbeidsgiveransvaret. Dommere var Sæbø, Matheson, Indreberg, Webster og Skoghøy.

Faktum i korthet:

Advokat E, som var partner i advokatfirmaet, ble i november 2006 engasjert av nå avdøde B. B hadde overført aksjer i selskapene han eide [firma 1] AS og [firma 2] AS til sine barn A og D. Kort tid etter ville han ha aksjene tilbake. Det ble inngått avtaler om innløsning av aksjene 9. februar 2007. Advokat E bistod B ved inngåelsen av avtalene. Den 15. februar 2007

ble det inngått avtale mellom B og E om overføring av de samme aksjene til E. Den 2. mars 2007 ble avtalene av 9. februar 2007 endret slik at aksjene i stedet ble overført til [firma 3] AS, som E eide samtlige aksjer i. Overføringen ble gjort i form av sluttssedler hvor kjøperen var angitt å være «Nystiftet aksjeselskap – under stiftelse». Ved overføringen av aksjene var A og D ukjent med at dette var et selskap advokat E eide. Da avtalene ble inngått i februar-mars 2007, var E partner i advokatfirmaet. Han fratrådte som partner 31. mars 2007. B døde 23. juni 2007. Utover sommeren og høsten 2007 ble det av familiemedlemmer reist spørsmål om hvem som var blitt eier av aksjene i [firma 1] AS og [firma 2] AS. De faktiske forhold ble da etter hvert kjent for familien.

A og D mente at advokat E og Es selskap [firma 3] AS urettmessig hadde tilegnet seg aksjene i [firma 1] AS og [firma 2] AS. Dette ble avvist av E. E og [firma 3] AS ble frifunnet i tingretten. Etter anke kom Borgarting lagmannsrett til at avtalene av 9. februar 2007 om innløsning av aksjer var ugyldige etter avtaleloven § 36, og at avtalene av 15. februar 2007 og 2. mars 2007 var ugyldige etter avtaleloven § 33. Advokat E og [firma 3] AS ble på dette grunnlag dømt til å tilbakeføre aksjene i [firma 1] AS og [firma 2] AS til A og D. I tillegg ble E og [firma 3] AS dømt til å betale erstatning for midler som var tatt ut av selskapene mens E hadde kontroll over dem. A og D har fått tilbakeført aksjene i samsvar med lagmannsrettens dom. De har også søkt å inn drive erstatningskravene de ble tilkjent. Samlet krav mot advokat E og [firma 3] AS utgjorde i overkant av 25 millioner kroner. Selskapet begjærte senere oppbud, og E hadde ikke midler til å gjøre opp sine forpliktelser. Det ble imidlertid inngått en avtale med E og hans ektefelle om delvis betaling, men størstedelen av kravet stod fortsatt udekket.

På denne bakgrunn ble det tatt ut stevning mot advokatfirmaet med krav om erstatning for utgifter ved å få aksjene i [firma 1] AS og [firma 2] AS tilbakeført, og tap selskapene var påført ved at det ble tatt ut midler fra selskapene mens advokat E hadde kontroll over disse. Som ansvarsgrunnlag påberopte A og D bestemmelsene i skadeserstatningsloven § 2-1 om arbeidsgiveransvar, domstolloven § 232, kontraktsansvar og ansvar på ulovfestet grunnlag. I tingretten ble advokatfirmaet frifunnet, og anke til lagmannsretten ble forkastet. A og D anket til Høyesterett, som tillot anken fremmet. Men forhandlingene ble begrenset slik at det kun skulle forhandles om ansvarsgrunnlaget i henhold til skadeserstatningsloven § 2-1 og domstolloven § 232, jf. tvisteloven § 30-14 tredje ledd.

Førstvoterende (kst. dommer Sæbø) rekapitulerte noen sentrale og ubestridte deler av det faktiske forhold slik i avsnitt 50:

«Etter at E var blitt engasjert som advokat for B, bisto han ved transaksjonene 9. og 15. februar

og 2. mars 2007. Ved gjennomføringen av disse transaksjonene ble A og D presset av E til å overføre aksjer i familieselskapene [firma 1] AS og [firma 2] AS til et selskap, [firma 3] AS, som E eide. På denne måten sørget E forsettlig og planmessig for å tilegne seg verdier som før 9. februar 2007 tilhørte A og D. Det er på det rene at E gjorde seg skyldig i et vesentlig brudd på advokatetiske regler ved ikke å frasi seg advokatoppdraget for B da han kom i en posisjon som ga ham partsinteresse i saken. Blant sentrale forhold er at A og D ikke ble opplyst om at det var E som skulle overta aksjene, at E måtte forstå at avtalene bygget på et irrasjonelt grunnlag, og at E ved gjennomføringen av transaksjonene utøvde et utilbørlig press overfor A og D. E var partner i [advokatfirmaet] frem til 31. mars 2007, og fremsto som advokat for B frem til transaksjonene var gjennomført.»

De rettslige spørsmål saken reiste:

A og D påberopte seg fem ulike rettsgrunnlag for sin påstand om ansvar for advokatfirmaet: Domstollosen § 232, skadeserstatningsloven § 2-1 direkte eller pr. analogi, kontraktsansvar, oppdragstakeransvar og organsvar.

Høyesterett fant det klart at ansvar på grunnlag av kontraktsansvar ikke kunne føre frem (avsnitt 53 og 54). Det var heller ikke grunnlag for ansvar etter domstollosen § 232 (avsnitt 55-58) eller etter det ulovfestede organsvar (avsnitt 59). Høyesterett kom imidlertid som nevnt til at advokatfirmaet måtte hefte på grunnlag av arbeidsgiveransvaret, jf. skadeserstatningsloven § 2-1 (avsnitt 60-88).

Nærmere om arbeidsgiveransvaret:

For at advokatfirmaet kunne være ansvarlig etter skadeserstatningsloven § 2-1, måtte bestemmelsens vilkår om personell og saklig tilknytning være oppfylt.

Personell tilknytning:

Dette drøftes i avsnitt 63-75. Kravet om personell tilknytning følger av § 2-1 nr. 1, «arbeidstaker», jf. nr. 3, hvor hovedregelen er at «enhver som gjør arbeid eller utfører verv i arbeidsgivers tjeneste» omfattes. Det var klart at advokatfirmaets ansatte advokater var omfattet av bestemmelsen. Spørsmålet var om bestemmelsen også omfattet advokat E, som var *partner* i advokatfirmaet. Høyesterett tok i avsnitt 65 følgende utgangspunkt:

«Høyesterett har i Rt-2013-354 [avlasterdommen] fremholdt at ferielovens arbeidstakerbegrep må tolkes i lys av lovgivers intensjon om at «de som har behov for vernet i arbeidsmiljøloven, ferieloven m.v., blir vernet». Etter min vurdering må arbeidstakerbegrepet i skadeserstatningsloven § 2-1 tolkes på grunnlag av en tilsvarende

metodisk tilnærming. Her som ved tolkningen av ferielovens arbeidstakerbegrep må tolkningen skje i lys av de formålsbetraktninger som arbeidsgiveransvaret bygger på, jf. Hagstrøm og Stenvik, [Erstatningsrett 2015] side 213. Arbeidstakerbegrepet i skadeserstatningsloven må tolkes slik at skadelidte gis et adekvat vern.»

Og avsnitt 67 og 68:

«For vår sak er det sentralt at Es virke som advokat inngikk i og utgjorde en del av [advokatfirmaets virksomhet], og at en partner i alminnelighet har en sterkere tilknytning til advokatfirmaet enn en ansatt advokat har. Det er gjennomgående vel så god grunn til å identifisere et advokatfirma med partneres skadegjørende handlinger ved utførelse av advokatoppdrag som det er til å identifisere firmaet med ansatte advokaters tilsvarende handlinger.

Mer overordnet må det ved tolkningen av skadeserstatningsloven § 2-1 sees hen til at bestemmelsen inngår i et sett av regler om aktiv identifikasjon som i høy grad er skapt gjennom rettspraksis, og som – med forbehold for de begrensninger som følger av positiv rett – må kunne utvikles og tilpasses blant annet i lys av samfunnsutviklingen og ulike måter å organisere virksomhet på.»

Høyesterett uttalte også at skadelidtes behov for vern mot skade taler med tyngde for en vid tolkning av arbeidstakerbegrepet som også omfatter partnere som utfører advokatvirksomhet. Advokat E inngikk i [advokatfirmaets] alminnelige arbeidsstokk og var ifølge partneravtalen punkt 5 underlagt selskapets beslutninger om blant annet disponering av materielle og menneskelige ressurser, samt oppdragshåndtering, kvalitetssikring og hvem som skal være klient/saksansvarlig. Hans relasjon til [advokatfirmaet] var stabil og varig, og ifølge partneravtalen punkt 8 pliktet han å vie hele sin arbeidstid og arbeidskraft for selskapet. Høyesterett kom derfor til at E var å anse som arbeidstager etter skadeserstatningsloven § 2-1.

Saklig tilknytning:

Dette drøftes i avsnitt 76-87. Høyesterett formulerte problemstillingen, slik avsnitt 77:

«Spørsmålet er om skaden er voldt forsettlig eller uaktsomt under «utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt». Etter nr. 1 annet punktum omfatter ansvaret ikke «skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten

eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet». Som fremholdt i Rt-2012-1420 (bilutleie) avsnitt 32, siktes det her både til arbeidsgivers og skadelidtes forventninger.»

Advokatfirmaet hadde den innvending at ansvar for Es handlinger måtte være utelukket fordi disse var foretatt forsettlig og utelukkende i hans egen interesse. Etter å ha sett på forarbeidene og rettspraksis, konkluderte imidlertid Høyesterett slik i avsnitt 81-82:

«Etter den rettspraksis som foreligger, kan det ikke lenger opprettholdes som en hovedregel at forsettlig skadeforvoldelse ligger utenfor arbeidsgiverens ansvarsområde, jf. Hagstrøm og Stenvik, op.cit. side 224.

Vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig saklig tilknytning mellom Es skadevoldende handling og [advokatfirmaet], vil bero på en avveining av hensynet til [advokatfirmaet] og hensynet til de skadelidte. (...)»

Den konkrete vurderingen fremgår av avsnitt 83:

«Ved avveiningen må det tillegges vesentlig vekt at de skadevoldende handlinger skjedde i forbindelse med at E utførte oppdrag for B, og at det fremsto slik for A og D. Selv om tapet her ikke rammet oppdragsgiver, må det ved avveiningen i alminnelighet legges betydelig vekt på den tillit også andre enn oppdragsgiver bør kunne ha til at advokater utøver sitt virke på en forsvarlig måte. At også andre enn klienter kommer inn under et slikt tillitsaspekt, er en naturlig konsekvens av at en kunnskapsbedrift organiserer seg som et fullintegrert økonomisk fellesskap og markedsfører seg med den kompetanse, kapasitet og bredde som det samlede fellesskapet til enhver tid gir. Ved dette skapes en forventning overfor omgivelsene om at fellesskapet tar ansvar for de tjenester den enkelte deltaker leverer, og ved dette sikrer at tjenestene har en høy faglig og etisk standard som omverden ikke skal måtte etterprøve. Virksomheten vil være avhengig av slik tillit og må – selv for konkrete skader man ikke har kunnet forebygge – ha et ansvar for å reparere dem gjennom erstatning. Også prevensjonstanken taler for en slik løsning.»

Det var i saken ikke grunnlag for å frita advokatfirmaet for ansvar under henvisning til skadelidtes forhold. Konklusjonen ble at en konkret vurdering av de motstående hensyn av kravet til saklig tilknytning tilsa at kravet til saklig tilknytning for ansvar etter § 2-1 var oppfylt.

Lagmannsrettens dom ble opphevet. Advokatfirmaet hadde påberopt foreldelse og for enkelte poster

mangel på årsakssammenheng, og disse innsigelsene burde behandles av lagmannsretten først.

Kommentar:

Dommen er viktig og prinsipiell. Det er for første gang slått fast at også *partnere* i et advokatfirma er å anse som arbeidstagere etter skadeserstatningsloven § 2-1. Etter mitt syn er dette en riktig løsning. Som fremhevet av Høyesterett i avsnitt 73, ville det ellers medføre at det ble et «tomrom» i reglene om aktiv identifikasjon mellom organansvaret og arbeidsgiveransvaret, et tomrom som ville omfattet personer som har sterkere tilknytning til arbeidsgiver enn «vanlig ansatte», men som ikke kan anses som organ for arbeidsgiver.

Vi har også for første gang fått slått fast i en høyesterettsdom at det ikke lenger kan opprettholdes som en hovedregel at forsettlig skadeforvoldelse ligger utenfor arbeidsgiverens ansvarsområde. Dette har imidlertid som nevnt tidligere vært hevdet i teorien. Kravet til saklig tilknytning vil følgelig bero på en avveining av hensynet til advokatfirmaet og hensynet til skadelidte, se Rt. 2008 side 755 avsnitt 45 hvor høyesterettspraksis om ansvar for arbeidstagers forsettlig skadevoldende handlinger er oppsummert. Det fremgår her at et viktig moment synes å være om skaden mer skyldes den særegne risikoen ved den enkelte ansatte, enn risikoen for at handlingen kan skje. Det må særlig legges vekt på skadelidtes mulighet til kontroll, og til hvem som er nærmest til å bære risikoen for at skade oppstår. Etter mitt syn er det ikke vanskelig å være enig i den avveining som Høyesterett foretok i avsnitt 83, sitert ovenfor.

Det sentrale spørsmålet etter dommen er hvilke konsekvenser den vil få for advokatfirmaer og konsulentbransjen generelt. Det må antas at den vil kunne få konsekvenser for hvordan advokatfirmaer og konsulentbransjen organiserer seg, blant annet når det gjelder å få oversikt og kontroll med hva partnerne arbeider med. Etter mitt syn vil dommen også kunne få betydning for advokatfirmaer som er organisert som selskap med ubegrenset deltageransvar, advokat-ANS/DA. Høyesterett har i sine premisser ikke begrenset vurderingen til å gjelde aksjeselskaper. Det som Høyesterett uttaler i det siterte avsnitt 83, jf. avsnitt 74, vil i høy grad også kunne være relevant for et advokat-ANS eller DA. Jeg kan ikke se at det prinsipielt skulle være noen forskjell mellom advokat-AS og advokat-ANS/DA, selv om det i ANS/DA er et personlig og ubegrenset ansvar. En annen sak er at vurderingen av kravet til saklig tilknytning må foretas konkret, og hvor avveiningen av hensynet til advokatfirmaet og hensynet til skadelidte *kan* føre til et annet resultat enn i denne saken. Jeg kan imidlertid ikke se at vurderingen i dette tilfellet hadde falt forskjellig ut om advokatfirmaet hadde vært organisert som et ANS eller DA – og ikke som et aksjeselskap.

Per Racin Fosmark
lagdommer Borgarting lagmannsrett

Ikke hjemmel for reduksjon eller bortfall av erstatning ved psykotisk motiverte medvirkningshandlinger – Rt. 2015 s. 606

Høyesterett avsa 21. mai 2015 en enstemmig dom hvori begrepet «egen skyld» i medvirkningsregelen i skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 1 var gjenstand for tolkning. Faktum var at en psykotisk person hadde kommet alvorlig til skade som følge av elektrisk støt etter å ha tatt seg inn på Jernbaneverkets togparkering og klatret opp på en av togvognene. Som prejudikat er det sentrale at Høyesterett la til grunn at «egen skyld» – et grunnleggende vilkår i medvirkningsregelen – ikke foreligger hvis det er på det rene at skadelidte var psykotisk på handlingstidspunktet og det er årsakssammenheng mellom psykosen og skaden. Slik lå det an i denne saken, og det var dermed ikke adgang til noen medvirkningsreduksjon. Anken gjaldt bare medvirkningsspørsmålet, ikke ansvaret – som bygget på skadeserstatningsloven § 2-1 –, og på dette punkt ble lagmannsrettens dom på 50 % medvirkningsreduksjon reversert, mens tingretten ikke egentlig vurderte medvirkning; i stedet ble medvirkningsbetraktninger lagt inn i spørsmålet om ansvarsgrunnlag. Tingrettsdommen ble forøvrig avsagt under dissens, hvor flertallet var to meddommere fra det alminnelige utvalg, som tilkjente full erstatning, mens fagdommeren ville frifinne.

Ifølge førstvoterende har den faglitteratur som har berørt spørsmålet i grove trekk lagt til grunn samme forståelse som Høyesterett, og noen overraskelse kan man vel dermed ikke si dommen var. En rettsavklaring var likevel åpenbart hensiktsmessig. For det første har underrettspraksis i nyere tid helst gått i annen retning, jf., ved siden av lagmannsrettens dom i denne saken, Borgarting lagmannsretts dom 16. juni 2011 (LB-2011-9732), mens for eksempel den eldre RG 1984 side 297 om bilansvarsloven § 7 synes i tråd med angjeldende dom. For det annet har lovgiver vært uklar, for eksempel skulle man kanskje tro at psykotiske personers skadeforvoldelse ikke kan pådra ansvar etter den alminnelige culpanormen – og at det også er presis av denne grunn man må ha en regel som skadeserstatningsloven § 1-3 (altså at § 1-3 utvider, ikke innskrenker, psykotisk ansvar) –, men forarbeidene til nettopp den regelen er ikke helt entydige på det punktet. Blant annet tales det om at man ikke helt kan utelukke culpaansvar selv om «grunnlaget for et skyldansvar (i betydningen et ansvar som vedkommende personlig kan bebreides for) svekkes eller faller bort», og at ansvar etter § 1-3 forutsetter en krenkelse av «den alminnelige (objektive) culpa-norm», men uten at det kreves «personlig bebreidelse» jf. Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) sidene 26 og 30. Paragraf 1-3 fortsatte dessuten straffelovens ikrafttreddeslov § 23, men § 23 hadde to ledd, det første hvori det ble bestemt at psykotiske ikke var ansvarlig for skaden, det annet hvoretter de likevel ut fra en rimelighetsbetraktning kunne pålegges å betale

noe. Dagens § 1-3 har ingen fritaksbestemmelse som etter gamle § 23 første ledd. Også ellers er det slik at visse uklarheter med hensyn til om skyldbegrep kan være rent objektive eller alltid krever subjektiv klander (fravær av unnskyldningsgrunn) tidvis fremgår av en del av skadeserstatningslovens forarbeider. Det gjelder forøvrig også de senere forarbeidene til § 5-1. De inneholder blant annet merknader om «selvskylddevne», og mens førstvoterende i denne sak uttalte at «[d]et [ikke] kan ... være tvilsomt at uttrykket «skyld» [i § 5-1] refererer til det *tradisjonelle erstatningsrettslige skyldbegrep* som stiller krav om *bebreidelse*» (avsnitt 38, mine uth.), står det i forarbeidene til § 5-1 at «[b]egrepet «skyld» har en *særegen betydning i denne sammenheng*. Her betyr det *ikke at skadelidte har opptrådt rettsstridig* i noen bestemt relasjon. Det avgjørende er om skadelidtes opptreden er av en slik karakter at den bør kunne få betydning for hans erstatningskrav» (Ot.prp. nr. 60 (1980-1981) side 32 og Ot.prp. nr. 75 (1983-1984) side 35, mine uth.). Dette siste leder tankene mer i retning av årsaksenn ansvarsbetraktninger. For det tredje kommer at det i Rt. 2005 side 104 ble gjort en slags kombinasjon av skadeserstatningsloven § 1-3 og § 3-5, slik at psykotisk motivert skadeforvoldelse kan pådra oppreisningsansvar – hvor alternative grunnvilkår jo er forsett eller grov uaktsomhet. Her sondret imidlertid Høyesterett tilsynelatende mellom disse to skyldformer, og man har senere nedtonet oppreisningens pønale element i slike saker, jf. Rt. 2010 side 1203. I sum er det i hvert fall ikke nødvendigvis noen helt krystallklar linje mellom culpaansvar og betraktninger om «skylddevne»; det ser man vel også ved å sammenholde skadeserstatningsloven § 1-1 om barn (som krever skyld) med § 1-3, og noen merknader om Rt. 2005 side 104 ved denne anledning kunne for øvrig kanskje også vært tjenlig.

Ellers er dommen nokså fri for uttrykkelige vurderinger av reelle hensyn – den er mest en konstatering av at psykotisk motivasjon ikke harmonerer med bruken av begrepet «egen skyld» i lovteksten. Etter mitt syn er ikke det noe ankepunkt mot dommen. *De lege ferenda* vil det imidlertid ikke være helt uforståelig om noen skulle mene at man bør ha en viss adgang til medvirkningsreduksjon også i noen slike tilfeller, og det er for så vidt heller ikke noe i medvirkningsregelens natur som med nødvendighet binder den til skyld. Skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 3 *in fine* hjemler for eksempel også medvirkningsreduksjon på objektivt grunnlag – en rett nok, i hvert fall meg bekjent, minimalt, om overhodet, brukt regel i Norge, men samtidig en regel (medvirkende risiko) som går igjen rundt i Europa (se f.eks. PETL art. 8:101(1) og DCFR art. 5:102(4)). «Rettsfølelsene» hadde dessuten kanskje ikke vært like ensartede om det for eksempel bare hadde vært tale om en, kanskje helt triviell, tingskade, uten at Høyesterett synes å ha noen reservasjoner. Om det var tale om et rent

privatmannsansvar ville kanskje også hensynet til skadevolder trådt noe klarere frem. I motsatt retning vil for eksempel dommens løsning ha særlig støtte hvis man står overfor obligatorisk trafikksikring, jf. bilansvarsloven § 7.

Spørsmålet om dette med medvirkning og psykotisk motivasjon nærmest bare er oversett av lovgiver eller faktisk en regel man ønsker av hensyn til skadelidte, har ellers ikke bare akademisk interesse; det har jo å gjøre med hva slags erstatningsrettslig beskyttelse psykotiske alt i alt skal ha. En ting er at det er ulike grenseflater mellom medvirkning og forskjellige ansvarsgrunnlag; forutsetningen for culpa på skadevoldersiden er for eksempel at skadevolder burde ha tatt i betraktning mulighetene for skadelidtes adferd, i tilknytning til ulovfestet objektivt ansvar er «dagliglivets risiko» for en psykotisk person kanskje spesielt, osv. For personer som tar seg inn på avspærrede områder og slikt, kan ellers øvrige saker tidvis løses ved bruk av aksept av risiko-synspunkter, men for psykotisk motivert adferd kan nødvendigvis grunnleggende forutsetninger om «akseptkompetanse» svikte. Nå som også medvirkning er utelukket, er det derfor avgrensninger ved bruk av adekvanskravet og eventuelt lemping etter skadeserstatningsloven § 5-2 som gjenstår. Ad førstnevnte kan man imidlertid få spørsmål om psykotiske personers adferd i lys av det noe uklare «prinsippet» om at skadelidte skal tas som han er, og i sistnevnte forbindelse kan man for eksempel måtte ta opp spørsmålet om hvordan man skal se på en psykotisk motivert medvirkning i lys av passusen om «skyldforhold og forholdene ellers» i § 5-2. Hvis skaden først er et faktum, vil psykotisk motivert adferd attpåtil kunne reise spørsmål opp mot tapsbegrensningsplikten, som noen forfattere mener at er «*ein objektiv* utmålingsregel ... ikkje avhengig av om skadelidne kan klandrast» (Nils Nygaard, Skadebot for utgifter. Rott-dommen i Rt. 1999 side 1967, *Lov og Rett* 2000 side 429, note 6), mens andre mener at krever «egenskyld» fordi det er en «*aktsomhetsplikt*» (Viggo Hagstrøm/Are Stenvik, *Erstatningsrett* 2015, side 469). Det var jo akkurat begrepet «egen skyld» i skadeserstatningsloven § 5-1 som var avgjørende i angjeldende sak.

Bjarte Thorson

Erstatning utover sakskostnader for uberettiget søksmål – Rt. 2015 s. 385

Høyesterett avsa 14. april 2015 dom i saken Roxar AS og Roxar Flow Measurement AS mot Multi Phase Meters AS. Saken gjelder krav om erstatning utover sakskostnader som følge av ugrunnet søksmål. Dommen bidrar til avklaring av grunnlaget for erstatning for uberettigede søksmål etter ulovfestet rett. Avgjørelsen behandler blant annet forholdet til retten til domstolsprøving, jf. Grunnloven § 95 og EMK art. 6. Spørsmålet om erstatning for

uberettigede søksmål har også konkurranserettslige sider som ikke behandles i dommen.

Roxar Flow Measurement AS tok i april 2006 ut stevning for Stavanger tingrett mot Multi Phase Meters AS med krav om opphør av markedsføring av en flerfasemåler (et instrument for måling av andelene olje, gass og vann (faser) i strømmingen fra en olje- eller gassbrønn), samt krav om erstatning for tap som følge av rettsstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter og knowhow. Senere ble det tatt ut stevning også mot det heleide datterselskapet MPM Technology AS og to av Multi Phase Meters AS' direktører. De tre sakene ble forenet til felles behandling. I desember 2008 tok Multi Phase Meters AS ut søksmål mot Roxar Flow Measurement AS og Roxar ASA (senere AS) (begge heretter kun «Roxar») med krav om erstatning for tap som følge av søksmålene fra Roxars side. Senere ble kravet utvidet til også å omfatte oppreisningserstatning som følge av ærekrenkelse. Søksmålene ble behandlet sammen. I dom avsagt av Stavanger tingrett 22. juni 2012 (TSTAV-2006-56178-2) ble alle parter frifunnet.

Både Multi Phase Meters AS og Roxar anket. Under ankeforhandlingen for Gulating lagmannsrett trakk Roxar anken. Når det gjaldt Multi Phase Meters AS' krav om erstatning for uberettiget søksmål, tok Gulating lagmannsrett i dom 21. mai 2014 (LG-2012-162195) anken til følge og tilkjente selskapet NOK 119 millioner i erstatning. Oppreisningskravet førte ikke frem.

Lagmannsrettens avgjørelse var, i tillegg til kravene om årsakssammenheng og økonomisk tap, fundert på følgende norm: «lagmannsretten [*legger*] til grunn at erstatning for tap utover sakskostnader bare kan tilkjennes MPM dersom Roxars standpunkt i søksmålet objektivt sett må anses som klart urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken, og at Roxar visste eller burde ha visst dette. Basert på utgangspunktet om at enhver skal kunne få *prøvet sin sak for retten uten å risikere erstatningsansvar utover sakskostnader*, må det være en høy terskel for hva som kan anses som 'klart urimelig'»

Roxar anket til Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 27. november 2014 at anken bare skulle tillates fremmet «for så vidt gjelder den generelle rettslige forståelsen av ulovfestet rett som ansvarsgrunnlag for erstatning for ugrunnet søksmål».

Høyesterett kom enstemmig til at anken måtte tas til følge og at lagmannsrettens dom oppheves.

For Høyesterett var spørsmålet om det er en grense for retten til ansvarsfritt å gå til søksmål, utover det ansvaret som følger av sakskostnadsreglene, og om den grensen lagmannsretten har oppstilt, i så fall er den riktig (avsnitt 23).

Høyesterett viste til Rt. 1994 s. 1430 der en advokat ble funnet erstatningsansvarlig for advokatfullmektigens feilvurdering ved å rådgi klienter om å forlike en sak om erstatning for ugrunnet søksmål. Høyesterett påpekte her at det kunne tenkes erstatningsansvar

utover sakskostnader, men at et slikt ansvar måtte være snevert. Videre ble det uttalt at «det [vil] i alminnelighet vanskelig kunne bli tale om et [slikt] erstatningsansvar, selv om man ikke kan se bort fra at det kan være aktuelt i særlige tilfeller, for eksempel hvis et ugrunnet søksmål er fremsatt i skadehensikt eller ut fra andre ikke beskyttelsesverdige motiver. Et erstatningsansvar krever i slike tilfeller under enhver omstendighet en særskilt begrunnelse.» Av dommen utledet Høyesterett i nærværende sak at «[d]et synes å være misbrukstilfellene som skal gi grunnlag for ansvar for tap utover sakskostnader» (avsnitt 25).

Høyesterett behandlet videre forholdet til retten til domstolsbehandling etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. Høyesterett utalte «[a]lt det bare er misbrukstilfeller som kan gi grunnlag for et utvidet erstatningsansvar, ivaretar det grunnleggende prinsippet om rett til domstolsbehandling som følger av Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6» (avsnitt 26). Videre ble det vist til at den rettslige betydningen av å grunnlovfeste prinsippet om rett til domstolsbehandling først og fremst skulle være å vise at prinsippet skal benyttes som tolkningsmoment ved fortolkning av annen lovgivning (avsnitt 27). Når det gjaldt forholdet til EMK artikkel 6, viste Høyesterett til at «EMK krever ikke at retten til *domstolsprøving er ubegrenset, men at en begrensning må fylle visse vilkår. Begrensningen må ivareta et legitimt formål, den må være proporsjonal, det vil si at det må være et rimelig forhold mellom formålet med begrensningen og virkningen av den, og begrensningen må ikke være av en slik art eller av et slikt omfang at selve kjernen i retten til domstolsadgang rammes*» (avsnitt 28, med henvisning til Rt. 2003 s. 301). Høyesterett påpekte at frykten for et potensielt erstatningsansvar vil kunne fungere som et faktisk hinder for å utøve retten til domstolsprøving og at også berettigede krav vil kunne bli skadelidende fordi det kan være vanskelig å vurdere hvor god en sak er i forkant av saken. For Høyesterett «tilsier [dette] tilbakeholdenhet med å pålegge den tapende part ansvar for økonomiske konsekvenser av et søksmål, utover sakskostnadene» (avsnitt 30).

For å utlede ansvarsnormen viste Høyesterett også til andre kilder. Det ble påpekt at det følger av domstolloven § 202 at en part som «åpenbart uten grunn har anlagt søksmål eller latt det komme til søksmål», kan pålegges å erstatte det offentlige kostnader med saken. Videre viste Høyesterett til EU-kommisjonens og Rådets forslag til nytt direktiv for beskyttelse av forretningshemmeligheter (forslag av 28. november 2013, COM (2013) 813 final artikkel 12), der det er foreslått ansvar for tilfeller der en sak er «*manifestly unfounded*», og saksøkeren har iverksatt rettergangsskritt «*abusively or in bad faith*». For Høyesterett viste dette at terskelen for ansvar også i disse sammenhengene ble lagt høyt (avsnitt 31). Det samme gjaldt ankende parter eksempelvis på hvordan spørsmålet var løst i en del andre land. For

Høyesterett synes ansvaret generelt å være begrenset til misbrukstilfellene (avsnitt 32).

Etter Høyesteretts oppfatning taler også reelle hensyn for en snever ansvarsregel. Argumentet var at dersom det ble åpnet opp for erstatningsansvar basert på en bred aktsomhetsvurdering, vil det kunne føre til nye søksmål etter at den opprinnelige tvisten er løst, til taktiske motsøksmål og til erstatningskrav for uholdbare innsigelser til berettigede søksmål (avsnitt 33).

På denne bakgrunn, hvor uttalelsene i Rt. 1994 s. 1436 og prinsippet om rett til domstolsprøving ble særlig fremhevet, kom Høyesterett til at erstatningsansvar utover sakskostnader må forbeholdes misbrukstilfellene. Høyesterett uttalte at «[d]et vil normalt foreligge *misbruk hvis saken er helt uten utsikt til å føre frem og parten skjønner at det er slik. Et søksmål vil da være motivert av andre formål enn å få medhold i saken og normalt vil det innebære misbruk av søksmålsadgangen å gå til søksmål i et slikt tilfelle*» (avsnitt 34).

Høyesterett formulerte således en snevrere ansvarsnorm enn Gulating lagmannsrett. For lagmannsretten var det tilstrekkelig at «søksmålet objektivt sett må anses som klart urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken, og at Roxar visste eller burde ha visst dette.» Etter Høyesteretts oppfatning må det imidlertid foreligge *et misbruk, noe som normalt vil foreligge der saksøker skjønner at saken er helt uten utsikt til å føre frem og derfor er motivert av andre formål enn å få medhold i saken*. Lagmannsrettens dom ble derfor opphevet.

Høyesterett utledet en misbruksnorm som grunnlag for erstatning utover sakskostnader for uberettigede søksmål ut fra et bredt kildemateriale, hvor det blant annet ble vist til Grunnloven og EMK, domstolloven § 202, tidligere høyesterettspraksis, forslag til nytt direktiv for beskyttelse av forretningshemmeligheter, utenlandsk rett og reelle hensyn.

Nærliggende kunne det også vært å vise til det konkurranserettslige forbudet mot misbruk av markedsdominans i konkurranseloven § 11 og EØS art. 54. Bestemmelsene svarer til Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV) artikkel 102. Forbudet gjelder kun foretak med en dominerende markedsposisjon. Videre må det foreligge et misbruk av den dominerende markedsposisjonen. Misbruksvilkåret viser blant annet til unormal markedsatferd som er egnet til å ekskludere konkurrenter fra markedet og hindre konkurransen. Også dominerende foretaks uberettigede søksmål mot aktuelle eller potensielle konkurrenter kan kvalifisere til misbruksatferd. I *sak T-III/96, ITT Promedia mot Kommisjonen*, anerkjente Retten en misbruksnorm hvorefter søksmål kan utgjøre misbruk dersom «the action (i) cannot reasonably be considered as an attempt to establish the rights of the undertaking concerned and can therefore only serve to harass the opposite party and (ii) it is conceived in the framework of a

plan whose goal is to eliminate competition» (premiss 55). Mens det første kriteriet innebærer at søksmålet etter en objektiv vurdering må være grunnløst, innebærer det andre kriteriet at søksmålet tar sikte på å eliminere konkurranse. Begge kriteriene må være oppfylt. Da kriteriene utgjør et unntak fra hovedregelen om domstolstilgang, skal de tolkes og anvendes innskrenkende (premiss 61). Normen er senere omhandlet i *sak T-119/09, Protégé International mot Kommisjonen*. Kriteriene er formodentlig inspirert av amerikansk konkurranserett, uttrykt blant annet av US Supreme Court i *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries* (508 U.S. 49 (1993)). Supreme Court formulerte her et unntak fra doktrinen om at amerikansk konkurranserett i utgangspunktet ikke kommer til anvendelse på foretaks forsøk på å påvirke lovgivnings- og rettshåndhevingsprosesser. I europeisk konkurranserettspraksis har søksmålsstrategier mot konkurrenter også vært nevnt som en potensiell overtredelse i Kommisjonens vedtak *COMP/E-1/38.113 – Prokent-Tomra*, uten at vedtaket vurderte denne muligheten nærmere (avsnitt 106). Selv om Høyesterett ikke så hen til misbruksnormen under det konkurranserettslige forbudet mot misbruk av markedsdominans, er det betydelige likheter mellom normen Høyesterett utledet som grunnlag for erstatning for uberettigede søksmål etter ulovfestet rett og de konkurranserettslige kriteriene.

Normen er, som nevnt av Høyesterett selv, også i tråd med formuleringen i det foreslåtte direktiv til beskyttelse av forretningshemmeligheter. Dette direktivet vil ganske sikkert bli del av EØS-avtalen. Høyesteretts norm er imidlertid generell, for alle sivile søksmål, ikke bare søksmål mellom konkurrenter i næringslivet, som saken gjaldt. Slik dommen er formulert, må det være på det rene at man ikke kan bygge noen strengere ansvarsnorm på kravet til god forretningsskikk næringsdrivende imellom i markedsføringsloven § 25. Denne bestemmelsen vil imidlertid fortsatt kunne være aktuell som grunnlag for sanksjoner mot næringsdrivende som retter beskyldninger mot konkurrenter for rettsstridig atferd, ikke i et søksmål for domstolene, men til offentligheten eller potensielle kunder. Også her er det imidlertid en viss terskel som må overskrides før beskyldningene blir rettsstridige (se f.eks. Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivende imellom*, Bergen 2001 s. 457 flg., Borgarting lagmannsretts dom i LB-2012-35181, Oslo tingrett TOSLO-2011-29705 og Næringslivets konkurranseutvalg NKU 2010-10). Lagmannsretten hadde i Roxar-saken vurdert om uttalelser fra Roxar i en artikkel om tyveri av bedriftshemmeligheter innebar brudd på markedsføringsloven i forhold til Multi Phase Meters AS, men kom til at det ikke var tilfelle da den kritikkverdige vinklingen i artikkelen måtte tilskrives journalisten og ikke den som uttalte seg på vegne av Roxar.

Harald Irgens-Jensen
Eirik Østerud

Menerstatningsberegning – Rt. 2015 s. 820

Høyesterett avsa 26. juni 2015 enstemmig dom om hvordan menerstatning etter en bilulykke i 2006 skulle utmåles i lys av at skadelidte også hadde vært involvert i flere invalidiserende bilulykker tidligere samt hadde andre invalidiserende helseplager fra før. Retten formulerte problemstillingen dit hen at den gjaldt «hvorvidt og i tilfelle på hvilken måte det ved fastsettelsen av menerstatning etter skadeserstatningsloven § 3-2 skal tas hensyn til den inngangsinvaliditet [skadelidte] hadde på skadetidspunktet».

Det heter innledningsvis i dommen at «[d]en skaderelaterte medisinske invaliditetsgraden som følge av» bilulykken i 2006, var «satt til 40 % i samordnet sum». Om de tidligere ulykkene og øvrige helseplagene ble det sagt at «[i]nngangsinvaliditeten er satt til 41 % i samordnet sum».

Høyesterett siterte forøvrig innledningsvis fra Rt. 2006 side 871, en dom om standardisert barneerstatning etter skadeserstatningsloven § 3-2a, hvor det ble talt om tre mulige utmålingsprinsipper:

«Med *brutto prinsippet* menes at erstatningen fastsettes ut fra den samlede medisinske invaliditet, uten at det blir gjort noe fradrag for den forutgående invaliditeten, også beskrevet som inngangsinvaliditeten eller grunnskaden.

Etter *differanseprinsippet* fastsettes erstatningen ut fra differansen mellom den medisinske invaliditeten etter skaden og den invaliditet som grunnskaden isolert sett hadde utgjort.

Når *separasjonsprinsippet* anvendes, ser man bort fra grunnskaden og vurderer isolert hvilken medisinsk invaliditet den etterfølgende skadevoldende handling har påført skadelidte. Erstatningen beregnes ut fra denne invaliditeten.»

Angjeldende sak var konsentrert om hvorvidt differanse- eller separasjonsprinsippet skulle anvendes, idet partene var enige om at brutto prinsippet var uaktuelt.

Høyesterett tok utgangspunkt i at meningen med skadeserstatningsloven § 3-2 er å kompensere for skadelidtes reduserte livsutfoldelse som følge av den aktuelle skaden. Derfor ble det konkludert med at beregning etter separasjonsprinsippet utgjør et minimum. For å ta høyde for at utslaget av den nye invaliditeten kan være vesentlig forskjellig hvor skadelidte allerede er invalid, må man så videre bruke differanseprinsippet der dette gir høyere erstatning.

Dommen er etter mitt syn noe ufullstendig og gir ikke helt den ønskelige avklaring og veiledning. Høyesterett diskuterer valget av disse ulike «prinsippene» på et generelt nivå, men redegjør ikke nærmere for hvordan beregningen faktisk skal gjøres – og derfor blir henvisningen til disse ulike prinsippene

hengende noe i luften. Uklarheten bestyrkes av en gjennomgang av den beregningen som faktisk er gjort i saken. Går man gjennom domspremissene i lagmannsretten, så trer det frem at beregningen er gjort ved at man har summert 41 % inngangsinvaliditet med 40 % skadebetinget invaliditet (til 81 %). Menerstatningsberegning etter skadeserstatningsloven § 3-2 tar utgangspunkt i de regler som i forskrift til folketrygdloven er foreskrevet for menerstatning fra Nav, men med noen erstatningsrettslige tilpasninger. Lagmannsretten gikk inn i forskriften med summen av den samordnede inngangsinvaliditeten og den samordnede skadebetingende invaliditeten – 81 % – noe som i henhold til folketrygdforskriften ville gi krav på en årlig menerstatning på 52 % G. Deretter brukte den forskriften for å finne det årlige tapet som korresponderte til den samordnede inngangsinvaliditeten. I saken var det 18 % G for 41 % invaliditet. Så trakk man fra 18 %-poeng i 52 %-poeng. Årlig tap ble dermed vurdert til 34 % G (cirka kr. 31 000). Dette ble så gjenstand for de vanlige erstatningsmessige tilpasninger.

Denne fremgangsmåten står ikke i harmoni med alminnelige prinsipper for erstatningsberegning forøvrig. Utgangspunktet er at man ved flere ulike skader/plager som hver for seg fører til medisinsk invaliditet, ikke kan summere dem – de må samordnes. Ellers kan man jo blant annet komme over 100 %. Lagmannsretten så likevel ved beregningen i angjeldende sak bort fra dette, idet inngangsinvaliditeten og den skadebetingede invaliditeten først ble summert – det ble sagt at «samlet medisinsk invaliditet» var 81 %. Samordning av invaliditeten ved de alt foreliggende skadene med invaliditeten ved de ansvarsbetingende skadefølgene, ville imidlertid ikke lede til en invaliditetsgrad på et slikt nivå at den ville gi erstatning på 34 % G etter folketrygdforskriften. I det perspektivet fikk skadelidte ved fremgangsmåten i denne saken erstatning for en invaliditetsgrad som ut fra slik samlet medisinsk invaliditet vanligvis vurderes, faktisk overstiger den samlede medisinske invaliditet vedkommende har, mens skadelidte på grunn av den skadebetingende invaliditeten må betale erstatning som overstiger det han måtte ha betalt dersom det var han som hadde påført skadelidtes samtlige plager. Disse punktene burde ha vært tatt opp av Høyesterett når denne saken først var tatt til behandling.

Bjarte Thorson

FAMILIERETT

Høyesterettsdom om skjevdeling – Rt. 2015 s. 710

Høyesterett har avsagt en dom hvor retten enstemmig kom til at ektemannen ikke hadde rett til skjevdeling i en sak hvor de opprinnelige skjevdelingsmidlene var benyttet til kjøp og salg av aksjer (daytrading).

Retten slår også fast at avkastning av skjevdelingsmidler – i dette tilfellet leieinntekter – i utgangspunktet kan skjevdeles.

Det følger av ekteskapsloven § 59 første ledd at en ektefelle kan holde utenfor delingen verdier som «klart kan føres tilbake til» midler som ektefellen eide ved ekteskapets inngåelse eller senere har ervervet ved arv eller gave. Den som krever skjevdeling har altså bevisbyrden. I denne saken konstaterer Høyesterett at det i tråd med forarbeider og tidligere rettspraksis «kreves mer enn alminnelig bevisovervekt». Førstvoterende viser til at bevisproblemer kan oppstå der de opprinnelige verdiene er byttet om med andre formuesgoder og blandet sammen med ektefellenes likedelingsmidler, og slår fast at vurderingstemaet ved slike «ombyttings- og sammenblandingstilfeller må være om de formuesgodene som kreves skjevdelet, har tilstrekkelig økonomisk identitet med de opprinnelige skjevdelingsmidlene». (avsnitt 33)

Saksforholdet var i korthet som følger: Da mannen (A) og kvinnen (B) giftet seg i 1995 eide mannen en leilighet som var delvis belånt. Leiligheten ble leid ut fra 1996. Ektemannen satte leieinntektene inn på sin lønnskonto og avdragene på lånet ble betalt fra samme konto. Da han solgte leiligheten i 2004, var den gjeldfri og salgssummen på ca. 890 000 kr. ble ført over til en aksjehandelskonto i Nordnet Bank. Mannen benyttet denne kontoen til kjøp og salg av aksjer på daglig basis – såkalt daytrading – fram til samlivsbruddet i 2009. Ut fra kontoen gikk det også betydelige midler til dekning av fellesinvesteringer, herunder en fritidsbåt i 2006 og en bil i 2008. Lånte midler ble også tilført kontoen. I 2008 opprettet han et eget selskap som ble brukt til aksjehandelen. Spørsmålet for Høyesterett var om en andel av verdiene i båten, bilen og selskapet klart kunne føres tilbake til leiligheten som mannen hadde ved ekteskapets inngåelse, jf. el. § 59 første ledd.

Retten drøfter innledningsvis om lånet på leiligheten var nedbetalt med midler som kunne kreves skjevdelet. I den forbindelse oppsto to spørsmål: For det første om avkastning av skjevdelingsmidler – typisk renter, utbytte og her, leieinntekter – i det hele kan skjevdeles. Derrest om leieinntektene rent faktisk var benyttet til å nedbetale lånet.

Høyesterett besvarte det første spørsmålet bekrefteende, og viser blant annet til at et slikt resultat er forenelig med lovens ordlyd og at det også har vært det alminnelige standpunktet i teorien. I en tidligere dom slo Høyesterett fast at skjevdelingsmidler som er brukt til nedbetaling av boliglån kan skjevdeles med det nominelle beløpet oppjustert i tråd med konsumprisindeksen, jf. Rt. 2008 s. 769. Førstvoterende viser til at det er i samsvar med en slik indeksregulering at avkastning av skjevdelingsmidler også kan skjevdeles, jf. avsnitt 40.

Ikke enhver avkastning er gjenstand for skjevdeling, verdiene må selv sagt kunne «føres tilbake til» en

skjevdelingspost. I den forbindelse uttaler førstvoterende at det må trekkes en «*grense mellom avkastning og aktiv kapitalforvaltning*». Hun føyer til at dette også gjelder for leieinntekter «avhengig av hvor stor egeninnsats utleien er forbundet med.» (avsnitt 41).

Førstvoterende drøfter deretter om leieinntektene faktisk ble benyttet til nedbetaling av boliglånet i denne saken. Leien gikk som nevnt inn på mannens lønnskonto hvor også avdragene ble betalt fra. Mannen hevdet at det var en «økonomisk sammenheng» mellom avkastningen på skjevdelingsmidlene og kostnadene knyttet til disse, slik at avkastningens identitet var i behold. Førstvoterende tok ikke endelig stilling til dette, men uttaler følgende:

«*Det er på det rene at de månedlige leieinntektene gikk direkte inn på As lønnskonto. Månedlige renter og avdrag på leilighetslånet ble trukket fra den samme lønnskontoen. I den grad det kan føres bevis for at de månedlige leieinntektene gikk til nedbetaling av månedlige avdrag, mener jeg en slik rent midlertidig sammenblanding med lønnskontoens likedelingsmidler ikke i seg selv er til hinder for skjevdeling. I praksis vil det nok kunne være vanskelig å oppfylle klarhetskravet i § 59 første ledd i tilfeller som dette.*» (avsnitt 42).

Sitat må forstås dithen at det ikke er helt utelukket at et skjevdelingsbeløp på denne måten kan tilordnes en bestemt utgiftspost eller anvendelsesområde, men at det skal mye til, jf. også lovens krav om «klart». Det er ikke helt enkelt å se hvordan det «kan føres bevis for at de månedlige leieinntektene gikk til nedbetaling av månedlige avdrag» når inntektene uspesifisert settes inn på en lønnskonto slik som i denne saken. I utgangspunktet er det jo ikke mulig å spore hvilke penger som er brukt til hva. I teorien kan man tenke seg tre mulige utfall: For det første at intet av leieinntektene er i behold fordi selve sammenblandingen med lønn fører til at identiteten viskes helt ut. Dette er et lite aktuelt alternativ så lenge det ikke har skjedd noen ytterligere sammenblanding eller ombytting. Mer nærliggende er det å anse en forholdsmessig del av leieinntektene for å ha gått til avdragsbetalingen (forholdet mellom leieinntekt og lønn). Et tredje alternativ er å tilordne hele leieinntekten fullt ut til nedbetaling av lånet, slik mannen argumenterer for. Tanken må da være at siden leieinntekter og avdragsnedbetaling begge refererer seg til samme gjenstand (leiligheten), er det naturlig – og kanskje også vanlig blant eiere – å bruke leien til nedbetaling av låneavdragene. Selv om det ikke skjer en direkte overføring, kan en slik overføring derfor presumeres. På generelt grunnlag utelukker altså ikke Høyesterett helt dette tredje alternativet, men uttaler at det kan bli vanskelig å bevise. I praksis kunne man kanskje tenke seg tilfeller hvor det finnes en nedbetalingsplan eller et tidsnært regnskap hvor låneavdragene er knyttet sammen med leieinntektenes størrelse. Foranledningen til at leieinntektene er satt inn på en vanlig lønnskonto

kan muligens også spille en rolle. Det var som sagt ikke nødvendig for Høyesterett å ta endelig stilling til dette bevissspørsmålet, jf. avsnitt 43.

Hovedspørsmålet i saken var om verdiene i båt, bil og firma kunne tilbakeføres til leiligheten. Høyesterett kom til at verdiene hadde tapt sin «økonomiske identitet» som skjevdelingsmidler av to grunner:

For det første gjennom ektemannens aktive investeringsvirksomhet. Retten viser til at verdier som stammer fra innsats under ekteskapet skal likedeles, og konstaterer at salgssummen for leiligheten ble satt inn på Nordnet-konti hvor det skjedde ca. 3 000 aksjetransaksjoner i perioden 2004–2009, og hvor millionbeløp gikk inn og ut. Etter førstvoterendes oppfatning innebar mannens «*investeringsvirksomhet at de opprinnelige skjevdelingsmidlene gradvis er fortrent til fordel for en vedvarende tilførsel av likedelingsmidler*» (avsnitt 49).

For det annet viser førstvoterende til at aksjehandelen også hadde skjedd for lånte midler – det var altså ikke bare salgssummen av leiligheten som var benyttet i aksjehandel. Om dette uttaler førstvoterende:

«Dertil kommer at aksjehandelen også skjedde med lånte midler. Det er på det rene at Nordnet-kontiene vekslet mellom positive og negative saldoer. I tillegg til svingningene som skyldtes private uttak, la kontienes kredittramme til rette for at midlene i perioder kunne være bundet opp i aksjer. Noen løpende oversikt over aksjeporteføljens verdi foreligger ikke.» (avsnitt 50)

Det er noe uklart for meg hva som menes med at kontiene «vekslet mellom positive og negative saldoer». Hovedinntrykket er uansett at det gjennom bruken av lånte midler skjedde en ytterligere utvanning av de opprinnelige verdiene. Til støtte for sitt syn viser førstvoterende blant annet til uttalelser i Rt. 2001 s. 1434 hvor flertallet kom til at skjevdelingsretten var tapt i en sak hvor det på grunn av stadig nye låneopptak ikke fant sted noen direkte overføring av verdier fra de opprinnelige skjevdelingsmidlene til eiendommen som var i boet ved skilsmissen.

Førstvoterende konkluderer:

«Både låneopptakene og sammenblandingen med likedelingsmidler gjør at det heller ikke i saken her er mulig å påvise noen direkte overføring av verdiene fra det opprinnelige innskuddet i Nordnet-kontoen til de verdier som nå kreves skjevdelte. En beregnet eller indirekte verdimeisig sammenheng er etter mitt syn ikke tilstrekkelig til å konstatere at skjevdelingsmidlenes økonomiske identitet er i behold.» (avsnitt 52).

Sluttkommentar: Med denne dommen er det slått fast at avkastning av skjevdelingsmidler kan holdes utenfor delingen i medhold av el. § 59 første ledd. Resultatet er ikke overraskende – det følger etter min mening naturlig av ordlyden at renter av et arvet beløp «klart kan føres

tilbake til» hovedstolen. Resultatet stemmer også godt overens med lovens formål, ettersom renter og annen slik «passiv» avkastning ikke har sitt opphav i ektefellenes innsats under ekteskapet.

Etter mitt syn argumenter førstvoterende overbevisende for at verdiene i båt, bil og selskap ikke «klart» kan føres tilbake til den leiligheten som mannen eide ved ekteskapsinngåelsen. Riktignok bygger tilbakeføringskravet på et ombytningsprinsipp, men i denne saken var det ikke snakk om enkeltstående ombyttinger, for eksempel fra hus til båt til hytte osv. Det dreide seg om tusenvis av «ombyttinger» som ledd i aksjespekulasjon, og en slik investeringsvirksomhet vil nødvendigvis måtte føre til at de opprinnelige skjevdelingsmidlene ikke bare blir ombyttet, men – som førstvoterende sier – «fortrengt». Verdiene på kontoen vil i stadig større grad stamme fra investeringsvirksomheten og ikke fra de opprinnelige verdiene. Når også betydelige lånemidler skytes inn på samme konto, forsterkes inntrykket av at de opprinnelige skjevdelingsmidlene har tapt sin «økonomiske identitet».

Tone Sverdrup

FAST EIENDOM

Delvis overdragelse av hevdet veirett – Rt. 2015 s. 120

I denne saken hadde eieren av den herskende eiendommen hevdet en veirett over den tjenende eiendommen. Spørsmålet var om denne veiretten også inkluderte en rett til delvis overdragelse, dvs. om servitutthaver hadde kompetanse til å gi veirett også til andre, dvs. til fradelte tomter eller til bebyggelse på ikke-fradelte tomter på eiendommen. Dette spørsmålet hadde ikke vært et tema mellom partene i hevdsperioden, så spørsmålet måtte avgjøres etter den deklatoriske bakgrunnsretten (avsnitt 20).

Høyesterett kom til at det ikke er riktig – slik lagmannsretten hadde sett det – at formålet med veiretten og den faktiske bruken i hevdstiden er til hinder for å tildele veirett til fradelte parseller eller til bebyggelse på ikke-fradelte tomter. Det riktige er å vurdere dette spørsmålet med utgangspunkt i servituttolova § 9, jf § 2, slik at momentet «tida og tilhøva» også blir vektlagt (avsnitt 37).

Det er sikker rettspraksis for at en *avtalt* veirett under visse forutsetninger også gir rett til videre avgivelse ved parseller, se Rt. 1915 s. 20, Rt. 1968 s. 750 og Rt. 1973 s. 229. Rt. 1937 s. 355 om en veirett ervervet ved alders tids bruk indikerer dessuten at de samme prinsippene om dynamisk tolkning og tidsmessig tilpasning må komme til anvendelse ved fastlegging av hevdete veiretters innhold.

Høyesterett legger stor vekt på at holdepunkter for en slik likebehandling av avtalte og hevdete

servitutter finnes i forarbeidene til servituttolova (Rådsegn 5 s. 13, 26 og 34; Ot. Prp. Nr. 8 (1967-68) s. 7-8 og 66) og synes lagt til grunn i juridisk teori (Falkanger og Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave s. 203 og Høgetveit Berg, *Hevd*, s. 363).

Videre begrunner Høyesterett likebehandlingen av avtalte og hevdete servitutter med følgende reelle hensyn: (1) en statisk forståelse av hevdete servitutter basert på faktisk bruk vil i realiteten gi et skår i det godtroervervet hevdsreglene er satt til å beskytte (avsnitt 33); (2) det vil føre galt av sted å gjøre bruksrettens innhold avhengig av hvilket stiftelsesgrunnlag det etter mange år er mulig å føre bevis for (avsnitt 34); (3) ulike regler om bruksrettsutøvelsen vil motvirke hensynet til klarhet og forutsigbarhet i rettighetsforholdene (avsnitt 35).

Endre Stavang

Litteratur

Thor Falkanger: *Løsningsrettsloven. Kommentartutgave*. Universitetsforlaget 2015. 212 sider

Boken handler om hvordan retten til å bli eier når visse vilkår foreligger, reguleres av lov om løysingsrettar (l. 1994/64). Spørsmål som oppstår gjelder særlig (se s. 6): Hva er løsningsrettens objekt? Når kan den utøves? Hvem kan gjøre retten gjeldende? Finnes det en krets av personer overfor hvem løsningsretten ikke kan gjøres gjeldende? Når og hvordan må løsningsretten gjøres gjeldende? Er det angremulighet, slik at den forpliktete kan omgjøre den disposisjon som utløste løsningsretten? Hvilket vederlag må den berettigede yte? Hvordan skjer overgangen til den berettigede? Hvilke regler gjelder til beskyttelse av retten før den er blitt aktivt påberopt og til beskyttelse av det erverv som innløsningen innebærer?

Boken er en lovkommentar, men går noe videre enn det. Etter fremstillingen av bakgrunnen for loven og dens tilblivelse (s. 3–11) behandles således en del hovedspørsmål som ikke er berørt eller bare så vidt berørt i lovteksten (s. 15–38). I tillegg omtales også spørsmål som ikke er regulert i loven de løpende kommentarer til de enkelte paragrafer (s. 38–193).

Endre Stavang

Endre Stavang (red.): *Ekspropriasjon*, 2. utgave. Cappelen Damm Akademisk 2015. 732 sider

Første utgave av denne boken utkom i 2010. 2. utgave er oppdelt i 7 omfattende kapitler. Av disse er tre kapitler nye bidrag: Nils Erik Lie har skrevet et kapittel med tittel «Ekspropriasjonsprosessen», Anna Føllesdal om «Salgsverdi med påslag som grunnlag for ekspropriasjonerstatning» og Anders Jahr Svalheim om «Gjenervervsprinsippet i vederlagsloven § 7».

Boken er ajourført til sommeren 2014. Boken inneholder et meget omfattende doms- og litteraturregister.

Peter Hambro

Erik Keiserud og Kristin Bjella:
Oreigningsloven. Kommentartutgave, 3. utgave.
Universitetsforlaget 2015. 285 sider

2. utg. av denne boken utkom i 1990. Man har i årene som er gått fått en rekke relevante lovendringer og en omfattende retts- og forvaltningspraksis. Domsregisteret inneholder 36 høyesterettsdommer siden 1990. I forordet nevnes at 3. utgave i realiteten er blitt et teamprosjekt i regi av advokatfirmaet Hjort. Boken inneholder de forskriftene som er gitt i medhold av oreigningsloven og en omfattende litteraturliste.

Peter Hambro

IMMATERIALRETT

Lovendringer

Notis

Lov 23. januar 2015 nr. 4 gjennomførte endringer i panteloven og patentloven slik at det nå er mulig å pantsette patenter individuelt. Endringsloven er omtalt i NIP nr. 2/2015. Endringsloven er trådt i kraft per 1. juli 2015.

Inger Berg Ørstavik

Lov 19. juni 2015 nr. 73 gjennomførte endringer i åndsverkloven, bl.a. om gjennomføring av EUs hitteverksdirektiv (dir. 2012/28/EU), innføring av generell avtalelisens og endringer i tvisteløsningsmekanismene. De nye reglene finnes hovedsakelig i åvl. §§ 16b-16e (hitteverk), § 36 annet ledd (generell avtalelisens) og § 38 (tvisteløsning). Se nærmere *Nytt i privatretten* 2/2014 om høringsutkastet som lå til grunn for lovendringen.

Ole-Andreas Rognstad

KONKURSRETT

Litteratur

Kristoffer Aasebø, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik: ***Dekningsloven med kommentarer.***
Gyldendal Juridisk 2015. 478 sider

Boka er, som tittelen viser, ei kommentarutgåve av dekningslova. Området er dermed den materielle delen av reglane om utlegg og konkurs (dekningsretten, private beslagsforbud, beslagsretten i selskapsforhold, omstøyting, dividenderett, kontraktar og insolvens,

motrekning og insolvens, prioritetsreglane for dekning). Opplegget er det tradisjonelle for kommentarutgåver, med komprimerte merknader til kvar paragraf og grundige oversyn over førearbeid, rettspraksis og litteratur. Materialet er svært omfattande, og boka blir sikkert den viktigaste innfallsporten for alle som skal ta standpunkt til rettsspørsmål på området.

Kåre Lilleholt

Vibeke Irene Løvold: ***Brækhus' Omsetning og kreditt 1. Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs.*** Universitetsforlaget 2015. 304 sider

Tredje utgåva av Sjur Brækhus' *Den personlige gjeldsforfølgning* kom i 1991. Delar av boka vart nokså snart forelda på grunn av tvangslova og gjeldsordningslova, begge frå 1992, og seinare kom viktige endringar i konkurslova i 1999. Boka var likevel lenge i bruk ved fleire lærestader. I dag er den prosessuelle gjeldssøking retten meir sparsamt dekt i juristutdanninga. Vibeke Irene Løvold har no revidert boka. Systematikken er vidareført, og det er òg mykje av Brækhus' tekst, men rimeleg nok har Løvold måtta skrive mykje sjølv. At ho står som forfattar, og Brækhus får sin plass i tittelen, verkar som ei god løysing.

Kåre Lilleholt

KONTRAKTSRETT

Privatrettslig ansvar som følge av brudd på reglene etter plan- og bygningsloven – Rt. 2015 s. 276. Bori BBL

(1) Innledning

(1.1) Tvisten

Bogo Eiendom AS var eier av en eiendom i Lørenfallet med en eldre bygning fra slutten av 1800-tallet. Firmaet ønsket å bygge om eiendommen til åtte leiligheter og benyttet håndverkerfirmaet Odd Jobs Småjobber AS til å utføre byggearbeidene. Eneier av Bogo Eiendom hadde eierinteresser i dette firmaet og var dessuten daglig leder. Etter at arbeidene var utført gikk Odd Jobs Småjobber konkurs.

Etter ombyggingen ble de åtte leilighetene organisert i Lørenfallet borettslag i oktober 2007 (heretter stort sett bare borettslaget), og solgt i siste del av 2007 og første del av 2008. Borettslaget overtok hjemmelen til eiendommen den 14. januar 2008.

Etter hvert ble det avdekket alvorlige mangler ved både fellesarealer og de enkelte boenhetene, spesielt knyttet til brannskiller, vindsperring, beslag og isolasjon. I denne sammenhengen er det ingen grunn til å gå nærmere inn på hva manglene besto i, men det skal nevnes at Høyesterett konkluderte med at de var av et slikt slag at det ville ha gitt grunnlag for heving, se avsnittene 21 og 34. Borettslaget gjorde Bogo Eiendom ansvarlig for manglene på ordinært

kontraktsrettslig grunnlag, og fikk senere medhold av domstolene i dette kravet, se nedenfor.

Saken for Høyesterett gjaldt derimot et erstatningskrav som borettslaget rettet mot Boligbyggelaget Romerike (heretter bare omtalt som Bori eller boligbyggelaget) som følge av manglene. Bori hadde svært mange roller i prosjektet, og boligbyggelagets rettslige status kan være noe forvirrende. Bori ble engasjert av Bogo Eiendom for det første som prosjektadministrator og byggeleder (NS 8402). Deretter sto boligbyggelaget som ansvarlig utførende og kontrollerende. I tillegg var Bori ansvarlig for enkelte prosjekteringsytelser, samt koordinator for arbeidsmiljø med videre. I forbindelse med stiftelsen av borettslaget fikk Bori også oppdraget som forretningsfører.

Den sentrale funksjonen i relasjonen til kravet om erstatning var Bori sin rolle som ansvarlig utførende og kontrollerende overfor kommunen. Borettslaget framholdt at Bori hadde utført disse oppgavene uaktsomt og i strid med gjeldende regelverk, det vil si plbl av 1985 §§ 97 og 98 med tilhørende forskrifter. Hadde Bori gjennomført sine plikter etter regelverket, ville tapet som følge av manglene ha blitt avverget. Borettslaget sto ikke i noen kontraktsrettslig forhold til Bori når det gjaldt disse oppgavene, og det rettslige grunnlaget for kravet mot boligbyggelaget var arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1.

Spørsmålet som ble brakt inn for Høyesterett var om en forsømmelse med hensyn til offentligrettslige regler kan medføre ansvar på privatrettslig grunnlag.

(1.2) Rettsprosessen

Etter at forhandlingene mellom partene om manglene ikke førte fram, tok borettslaget ut søksmål både mot Bogo Eiendom og Bori med krav om dekning av utbedringskostnadene. Nedre Romerike tingsrett avsa dom den 3. april 2013 [TNERO-2011-193959] hvor Bogo Eiendom ble holdt ansvarlig etter avhendingslova, mens Bori ble frifunnet. Tingretten anså ikke at Bori var kontraktsrettslig ansvarlig for utførelsen, og kunne heller ikke se at direkteansvar etter avhl § 4-16 var aktuelt når det gjaldt en ren kontrollfunksjon. Dermed gjensto spørsmålet om ansvar kunne ilegges på grunnlag av arbeidsgiveransvaret. På dette punktet framholdt tingretten at «det skal mye til for å pålegge Bori et deliktansvar», og konkluderte med at «Bori ikke kan bebreides i en slik grad at selskapet kan gjøres ansvarlig».

Borettslaget anket avgjørelsen inn for lagmannsretten som ila Bori et solidarisk erstatningsansvar med Bogo Eiendom for 4, 8 millioner kroner. Lagmannsretten fant at Bori hadde opptre «klart uaktsomt» og at brudd på de offentligrettslige pliktene også kunne påberopes av en tredjemann.

Bori anket så rettsanvendelsen, bevisbedømmelsen og saksbehandlingen til Høyesterett. Ankeutvalget besluttet 12. september 2014 å samtykke til ankebehandling, men bare for så vidt gjaldt

rettsanvendelsen og saksbehandlingen «knyttet til spørsmålet om ansvarsgrunnlag». De øvrige ankegrunnene ble nektet fremmet.

Høyesterett avsa sin dom den 5. mars 2015, og delt seg i et flertall på tre og et mindretall på to når det gjaldt rettsanvendelsesspørsmålet.

(2) Flertallets synspunkter – avsnittene 18 til 39

(2.1) Saksbehandlingen – avsnittene 22 og 23

Når det gjaldt saksbehandlingen, gjorde Bori gjeldende at domsgrunnene var mangelfulle. Dette fikk boligbyggelaget ikke medhold i. Tvert imot understreker Høyesterett at lagmannsretten hadde gitt en inngående beskrivelse både av manglene ved bygget og Bori sin opptreden, og konkluderer med at det ikke var vanskelig å forstå hvordan lagmannsretten hadde resonnert.

Som en del av rettsanvendelsesspørsmålet føyde førstvoterende dessuten til at lagmannsrettens akt-somhetsvurdering også var riktig. Lagmannsretten uttalte blant annet at Bori hadde opptre «klart uaktsomt», og som allerede nevnt, karakteriserte Høyesterett manglene ved bygget som så store at de ville ha gitt grunnlag for heving, se avsnitt 21.

(2.2) Rettsanvendelsen (ansvarsspørsmålet) – avsnittene 24 til 36

Kjernespørsmålet i saken var om borettslaget likevel var forhindret fra å påberope seg Bori sin forsømmelse fordi disse gjaldt brudd på offentligrettslige normer. Etter en samlet vurdering fant flertallet at handlemåten også åpnet for ansvar på privatrettslig grunnlag.

Innledningsvis slo flertallet fast at en rubrisering av pliktene som offentligrettslige, eller karakterisering av tapet som rent formuestap, ikke kunne være avgjørende. Spørsmålet måtte avgjøres på grunnlag av en «bredere avveining, hvor tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter vil inngå», se avsnitt 26.

For det første understreket flertallet at både plan- og bygningslovens pliktregler, samt godkjenningsordningen, ikke bare tok sikte på å beskytte det offentlige, men også private interesser knyttet til et bygg.

Deretter framholdes at den tradisjonelle offentlige kontrolloppgaven med bygg i 1995 ble flyttet over til profesjonelle foretak som kunne påta seg rollen som ansvarlige overfor kommunen. Lovgiver var ved dette regimeskiftet spesielt opptatt av at så vel lovgiver som tredjemenn skulle få tillit til at den private kontrollen holdt forutsatt kvalitet.

For det tredje framheves at bygningsmyndighetene ikke har noen plikt til å følge opp lovbrudd, og at en sanksjonering blant annet vil bero på kommunenes kapasitet på området. Derfor ville en privatrettslig håndheving kunne styrke rettsvernet. Flertallet uttrykte dette slik i avsnitt 32:

«Den ansvarliges mulige erstatningsplikt overfor en skadelidt tredjemann vil derfor utgjøre et

nyttig privatrettslig supplement til det offentlig-rettslige håndhevingsregimet, som kan bidra til å styrke rettsvernet nettopp for de interesser på privat hånd som loven og de aktuelle regler også tar sikte på beskytte.»

Når det gjaldt koordineringen mellom den offentlige og den privatrettslige håndhevingen, erkjente flertallet at dette kunne by på utfordringer, men disse vanskelighetene kunne løses blant annet i tråd med retningslinjene i 2008-loven § 32 Samordning av sanksjoner. Det framgår her at

«Dersom det utferdiges flere ulike typer sanksjoner for samme overtredelse, må disse samordnes slik at overtrederen ikke rammes på en urimelig måte.»

Flertallet konkluderte i avsnitt 34 med at de framhevede momentene samlet sett trakk sterkt i retning av at ansvar kunne gjøres gjeldende etter skl § 2-1. Som ytterligere støtte for dette standpunktet anførte flertallet en mer prinsipiell betraktning omkring kontrollfunksjoner:

«Når jeg går inn for denne løsningen er det også i lys av den mer alminnelige rettsutviklingen med hensyn til erstatningsansvar for svikt i kontrollfunksjoner og et strengt profesjonsansvar, også for tredjemanns rene formuestap, jf. Rt-2008-1078. Jeg minner om at jeg her har for øyet situasjonen der den ansvarlige uaktsomt har gått god for et bygg som har så store lovmessige mangler at de ville gitt grunnlag for heving.»

(2.3) Forholdet til et eventuelt direktekrav – avsnittene 35 og 36

Som et selvstendig grunnlag for frifinnelse anførte Bori at reglene om direktekrav på kontraktsgrunnlag etter avhl § 4-16 og buofl § 37 konsumerer et eventuelt deliktansvar og derfor stenger for et krav bygget på skl § 2-1.

Dette var ikke flertallet enig i. Førstvoterende tok ikke standpunkt til om et direktekrav ville ha ført fram, men sa følgende om forholdet mellom et eventuelt direktekrav og et deliktskrav:

«Derimot vil jeg fremholde, som et mer gjennomgående prinsipp, at den som har flere grunnlag for et krav kan velge hvilket av disse han vil gjøre gjeldende, jf. for eksempel Rt-1976-1117, Rt-1991-1335, Rt-1993-1201, Rt-1998-579, Rt-2002-1331 og Rt-2012-1444. En begrensning av denne valgfriheten må, slik jeg oppfatter hovedlinjen i Høyesteretts praksis, bygge på noenlunde klare holdepunkter i det samlede rettskildematerialet. Jeg

viser her også til Ot.prp. nr. 48 (1965-66) side 84 om forholdet mellom skadeserstatningslovens alminnelige regler og ansvarsregler i spesiallov-givningen, og til Ot.prp. nr. 38 (1977-78) side 26 om foreldelse. Slike holdepunkter har jeg ikke funnet for så vidt gjelder de direktekravsreglene som er aktuelle i saken her og deliktansvar etter skadeserstatningsloven § 2-1, i en situasjon hvor kravet etter § 2-1 *ikke* bygger på at den ansvarlige har handlet i strid med sine kontraktsforpliktelser.»

(2.4) Solidaransvarets karakter – avsnitt 37

I likhet med lagmannsretten slo Høyesterett fast at Bori heftet solidarisk sammen med Bogo Eiendom. Om Rt-1997-231, som Bori hadde vist til som grunnlag for et subsidiært solidaransvar, uttalte førstvoterende følgende:

«Jeg kan ikke se at det er grunnlag for å gjøre ansvaret for Bori BBL *subsidiært* solidarisk. Rt-1997-231, som Bori BBL har vist til, gjaldt ren kontraktstolkning og er uten interesse i saken her.»

(3) Mindretallets synspunkter angående ansvars-spørsmålet – avsnittene 40 til 56

I motsetning til flertallet fant mindretallet at Bori ikke kunne gjøres ansvarlig som følge av brudd på de offentligrettslige reglene etter skl § 2-1.

Andrevoterende startet sitt votum med å slå fast at i den utstrekning det fantes et direkte kontraktsforhold mellom borettslaget og selgers medkontrahent (det vil si Bori), kunne ansvar gjøres gjeldende på dette grunnlaget, jf. avhl § 4-16 og buofl § 37. Når kontraktsansvaret skal fastlegges, er det naturlig å ta utgangspunkt i de offentligrettslige pliktene. Kontrakten kan imidlertid inneholde avvikende bestemmelser, og de privatrettslige pliktene vil derfor ikke nødvendigvis være sammenfallende med de offentligrettslige. Etter mindretallets oppfatning kunne ikke en kjøper påberope seg det offentligrettslige regelverket.

Mindretallet synes å anføre to hovedbetraktninger for sitt standpunkt.

For det første fant mindretallet, i skarp kontrast til flertallet, støtte for synpunktet i lovens forarbeider med videre. På den ene siden påpekes at verken loven eller forarbeidene ga holdepunkter for at de offentligrettslige pliktene skal kunne håndheves privat, se avsnitt 47. På den andre siden vises det til at bygningslovutvalget i sin tid ikke gikk inn for noen garanti- og forsikringsordning for byggefeil med den begrunnelse at «andre lover, som bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven, er mer rettet mot forbrukerperspektivet enn plan- og bygningsloven», og eventuelle reformer burde derfor gjennomføres innenfor disse lovene, se Ot.prp. nr. 45 (2007-2008),

side 40. På dette grunnlaget trakk mindretallet følgende slutning, se avsnitt 50:

«Lovgiverne har altså forutsatt at privatrettslige konsekvenser av byggfeil fullt ut skulle reguleres av kontraktslovgivningen. Det at det kunne være aktuelt å fremme erstatningskrav mot ansvarlig utførende eller kontrollerende foretak for brudd på plan- og bygningsloven, var åpenbart en tanke som ingen kom på.»

For det andre anføres reelle hensyn, se avsnittene 52 til 54. Tre slike argumenter nevnes: En parallell offentlig og privat håndhevelse vil kunne lede til «kaotiske tilstander», et deliktssøksmål vil kunne bidra til å undergrave den reguleringen som følger av kontraktslovgivningen, og en privat håndheving av plan- og bygningsloven vil kunne gripe inn i den arbeidsfordelingen mellom domstoler og forvaltning som norsk forvaltningsrett er basert på.

Mindretallet konkluderte etter dette med at lagmannsrettens dom måtte oppheves, og tilføyde følgende:

«Hvorvidt det er grunnlag for kontraktsrettslig ansvar for Bori BBL, må lagmannsretten ta stilling til ved en ny behandling etter en opphevelse.»

(4) Bemerkninger til dommen

(4.1) Innledning

Når det først skal gis noen refleksjoner omkring dommen fra Høyesterett, er det nyttig å starte med spørsmålet om borettslagets krav mot Bori kunne ha vært fremmet som et kontraktuelt direktekrav. Tingretten avviste synspunktet, mens lagmannsretten bare behandlet kravet på et deliktsgrunnlag. For Høyesterett ble bare spørsmålet om deliktsretten sluppet inn. Verken flertallet eller mindretallet tok derfor standpunkt til et direktekrav.

Selv om flertallet aksepterer et deliktskrav uavhengig av spørsmålet om direktekrav, vil virkeområdet til direktekravsreglene ha stor praktisk nytte og også kunne tenkes å påvirke vurderingen av hvor langt deliktsansvaret bør strekke seg. Det kontraktuelle direktekravet danner derfor et naturlig bakteppe til Høyesteretts avgjørelse.

(4.2) Direktekrav

(4.2.1) Hjemmelsgrunnlaget

Eteventuelt direktekrav mot Bori måtte enten forankres i avhl § 4-16, hvis leilighetene var ferdig bygget på avtaletidspunktet, eller buofl § 37 dersom boligen ikke hadde vært brukt i mer enn ett år. Det er visse mindre forskjeller i utformingen av bestemmelsene, men disse skulle være uten betydning i foreliggende sak. I det videre forutsettes at avhl § 4-16 skal benyttes. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Kjøperen kan gjere krav på grunn av mangel gjeldende mot tidlegare seljar eller annan tidlegare avtalepart, i same grad som krav på grunn av mangelen kan gjerast gjeldende av seljaren.»

Skal direktekrav kunne rettes mot en tredjemann, er det tre hovedvilkår som må være oppfylt. Det må foreligge en mangel ved eiendommen, mangelskravet må rettes enten mot tidligere selger eller «annan tidlegare avtalepart» (personkretsen), og selgeren må ha et tilsvarende krav mot tredjepersonen.

At det foreligger mangler ved leilighetene, trenger ikke ytterligere kommentarer. De to andre vilkårene skal imidlertid kommenteres i forhold til nærværende sak.

(4.2.3) Persongruppen – «annan tidlegare avtalepart»

I motsetning til kjøpsloven kan kjøper av fast eiendom ikke bare rette sitt krav mot tidligere salgsledd, men også mot andre kategorier av avtaleparter. Meningen med uttrykket «annan tidlegare avtalepart» er å gjøre det klart at kjøperen kan rette sine krav mot selgerens tidligere avtaleparter generelt, se Ot.prp. nr. 66 (1990–91) side 112 høyre spalte. I teorien synes det å være alminnelig enighet om at også konsulenter eller rådgivere faller inn under den aktuelle persongruppen, forutsatt at de øvrige vilkårene er oppfylt, se Amund Bjøranger Tørum, *Direktekrav*, Oslo 2007, side 240–41.

Som konsulent for Bogo Eiendom, synes Bori klart å falle innenfor den personkretsen som det kan rettes direktekrav mot.

(4.2.4) Tilsvarende krav

Hvorvidt Bogo Eiendom hadde et tilsvarende krav mot Bori, er et mer problematisk spørsmål. Tingretten framholdt at

«Som et rent kontrollerende organ kan ikke retten se at borettslaget kan gjøre Bori direkte ansvarlig i henhold til avhendingsloven § 4-16.»

Ovenfor kommunen hadde Bori påtatt seg rollen både som ansvarlig utførende og ansvarlig kontrollerende. Det er på det rene at Bori verken skulle utføre arbeidene selv eller ved hjelp av medhjelpere. Pliktene som ansvarlig utførende korresponderte derfor ikke med tilsvarende privatrettslige plikter, de var rent offentligrettslige, og kunne derfor heller ikke danne grunnlag for et kontraktsrettslig direktekrav. Dette framstår riktignok som høyst irregulært, å låne ut sin ansvarsrett til entreprenører, men jeg skal la dette ligge i denne omgang.

Når det derimot gjaldt kontrollfunksjonen, var dette en selvstendig oppgave som skulle utføres i forhold til underentreprenøren (Odd Jobs Småjobber)

som naturlig nok ikke bare kan ha vært ment som en ren formalisme i forhold til bygningsmyndighetene. Når det gjelder innholdet av det privatrettslige aspektet ved kontrollfunksjonen, er det nærliggende å anta at denne samsvarer med de offentligrettslige pliktene, se eksempelvis Trygve Bergsåker, *Kjøp av fast eiendom*, 5 utg., Oslo 2013, side 321 flg. (Siden Bori også sto for prosjekt- og byggeledelse ifølge lagmannsretten, gikk kontrollpliktene ganske sikkert langt videre enn de rent offentligrettslige pliktene.) Det følger for øvrig av NS 8402, som ble benyttet som kontraktsstandard mellom Bogo Eiendom og Bori, at oppdraget skal utføres «i samsvar med gjeldende lover, forskrifter og enkeltvedtak», jf punkt 7.

Utføres kontrollfunksjonen i strid med profesjonsnormen, foreligger et kontraktsbrudd, jf NS 8402: 2010 punkt 10.1. At man i disse tilfellene normalt snakker om rådgiverfeil og ikke mangel, kan ikke stenge for direktekrav. I avhl § 4-8 andre ledd bestemmes at reglene om mangler gjelder tilsvarende for andre feil ved selgerens oppfylling.

Derimot volder Rt-1997-231 Dittenkvartalet besvær. Det følger av dommen at byggeleders ansvar er subsidiært i forhold til entreprenørens utbedringsplikt. Det kan være noe uklart hvor langt dommen rekker, se Rt-2005-870, men NS 8403

«Alminnelige kontraktsbestemmelser for byggelederoppdrag» bygger på synspunktet om subsidiært ansvar for byggeleder, jf punkt 8.2 andre ledd. Et subsidiært krav vil ikke kunne likestilles med et prinsipielt. Dermed later det til at et direktekrav mot den kontrollerende generelt vil være blokkert.

Men i foreliggende sak stengte imidlertid ikke den subsidiære ansvarsformen for et erstatningsansvar mot Bori siden Odd Jobs Småjobber gikk konkurs og ansvaret var dermed utløst.

Skal man oppsummere later det til at et kontraktuelt direktekrav ville kunne ha nådd fram i den aktuelle saken overfor Bogo Eiendom. (Betydningen av at eier av selskapet var daglig leder i Odd Jobs Småjobber og hadde eierinteresser her, har jeg ingen forutsetninger for å bedømme.) Som redegjort for ovenfor mente mindretallet at lagmannsretten ved sin videre behandling av tvisten måtte ta stilling til om kontraktuelt direktekravet kunne benyttes.

(4.3) Erstatningskrav etter deliktsretten

(1) Flertallet avgjorde derimot kravet på grunnlag av deliktsretten. Generelt ble det framhevet behovet for et supplement til den offentligrettslige håndheving, spesifikt den alminnelige rettsutviklingen med hensyn til erstatningsansvar for svikt i kontrollfunksjoner.

Det er ikke vanskelig å forsones seg med domresultatet i foreliggende sak, heller ikke de rettspolitiske betraktningene. Bruk av deliktsretten som sanksjonssystem for å håndheve offentligrettslige plikter, skaper imidlertid *prinsipielle vanskeligheter*. Delikt

er et helt selvstendig regime med regler som på en rekke punkter avviker både fra misligholdslæren og plan- og bygningslovens ulovlighetsoppfølging. De begrensninger av ansvaret som er utviklet innenfor nevnte systemer, sjaltes ut til fordel for et sanksjonssystem som, i hvert fall historisk, er utviklet med tanke på integritetskrenkelser. Eksempelvis gjelder ingen reklamasjonsregler slik som i kontraktsretten, og foreldelse inntreffer etter andre regler enn for kontraktskrav. I forhold til det offentlige gjelder på den andre siden særlige opphørsregler, jf plbl § 23-3, som ikke har noen plass i deliktsretten. Kravet kan dessuten fremmes helt uavhengig av kontrakten mellom skadevolder (Odd Jobs Småjobber) og hans medkontrahent (Bogo Eiendom). Skadelidte kan for eksempel kreve erstatning uhindret av ansvarsbegrensninger i dette kontraktsforholdet. Balansen i kontrakten kan dermed bli satt til side. Foreliggende sak kunne ha vært et eksempel på en slik tilsidesettelse dersom tapet hadde vært høyere. I NS 8402: 2010, som Bogo Eiendom og Bori hadde benyttet i sitt kontraktsforhold, er det tatt inn ansvarsbegrensninger i punkt 10.3. Dessuten er ansvaret dekket av en ansvarsforsikring. Dette systemet, som er vel innarbeidet i bransjen, berører ikke et deliktskrav. (Det skal likevel bemerkes at den kollektive ansvarsforsikringen til RIF også dekker krav fra tredjemenn, men begrenset til 10 millioner kroner, se polisens §§ 2 og 3.)

(2) Flertallsavgjørelsen etterlater dessuten en grunnleggende usikkerhet med hensyn til *virkeområdet* til deliktsretten ved rene formuestap. Tre slike aspekter skal nevnes, men uten at det her er rom for å gå dypere inn på problemstillingene.

Den første er om et deliktskrav kan nå fram ved brudd på ordinære kontraktsforpliktelser, eller om det bare gjelder overtredelse av *offentligrettslige plikter*. Flertallets argumentasjon trekker sterkt i retning av sistnevnte løsning, og som prejudikat kan dommen klart ikke forstås på noen annen måte. Deliktsretten bør for øvrig bare gjelde manglende overholdelse av generelle normer, ikke rent partsspesifikke kontraktsforpliktelser. Dersom Bori hadde etterlevd de offentligrettslige reglene, men unnlatt å oppfylle sine plikter som byggeleder, faller dette alene inn under regimet for kontraktuelle direktekrav.

Den andre uklarheten er pliktbruddets *alvorlighet*. Lagmannsretten konkluderer med at Bori har opptrådt «klart uaktsomt», en uttalelse som gjengis av flertallet, se avsnitt 22. Førstvoterende påpeker dessuten to ganger at bygget fikk slike mangler at det ville ha gitt grunnlag for heving av kjøpet overfor selger, se avsnitt 21 og 34. Disse bemerkningene trekker utvilsomt i retning av at forsømmelsen må være kvalifisert; enten ved at det foreligger en klar uaktsomhet, men ikke nødvendigvis grov uaktsomhet, eller/og at virkningene er alvorlige for skadelidte. Synspunkter i denne retningen er velkjent i for eksempel dansk rett, se eksempelvis Vibe Ulfbeck,

Kontraktens relativitet, København 2000, side 174. Andre voterende synes også å ha oppfattet førstvoterende på denne måten da han uttaler at han ikke kan se at «det er grunnlag for å la alvorligheten av pliktbruddet overfor kommunen være avgjørende», se avsnitt 45. I parentes skal bemerkes at skal årsakskravet anses oppfylt, må det dreie seg om mangler av en viss alvorlighet.

Den siste mulige avgrensningen av virkeområdet gjelder *arten av forpliktelser* som brytes. Bori hadde både påtatt seg ansvaret som utførende (UTF) og kontrollerende (KUT) overfor kommunen. I innledningen til sitt votum nevner førstvoterende begge disse oppgavene, se avsnitt 20:

«Erstatning for Bori BBL som arbeidsgiver er knyttet til rollene som ansvarlig utførende og ansvarlig kontrollerende ...».

I avsnittene 21 og 22 gjengis deler av lagmannsrettens dom, som også generelt viser til begge Boris ansvarsroller. Når imidlertid flertallet går over til å drøfte kjernes spørsmålet konkret, skjer det en påfallende innsnevring av vurderingstemaet. Fra og med avsnitt 23 synes flertallet alene å konsentrere seg om kontrollfunksjonene til Bori, særlig gjennomføringen av sluttkontrollen. Og i sammenfatningen av flertallets vurdering, trekkes den alminnelige rettsutviklingen på nettopp dette området fram som et viktig moment i vurderingen, se avsnitt 34:

«Når jeg går inn for denne løsningen er det også i lys av den mer alminnelige rettsutviklingen med hensyn til erstatningsansvar for svikt i kontrollfunksjoner og et strengt profesjonsansvar, også for tredjemannens rene formuestap, jf. Rt-2008-1078.»

Det er uklart hvorfor flertallet i så stor grad konsentrerte seg om Boris rolle som kontrollerende når firmaet i tillegg sto ansvarlig som utførende, og det var avdekket massive utførelsesfeil. Én forklaring kan være at Høyesterett ønsket å poengtere at også rene kontrollfunksjoner kan utløse et privatrettslig ansvar, men uten at dommens prejudikatsverdi er ment avgrenset til denne funksjonen. I en dom fra Borgarting lagmannsrett av 27. mars 2015 er flertallsvotumet åpenbart forstått på denne måten. Flertallets argumentasjonsmåte etterlater imidlertid en viss usikkerhet med hensyn til dommens virkeområde. Det kan for øvrig være at et offentligrettslig ansvar som utførende uten en korresponderende kontraktsrettslig forpliktelse til å stå for byggearbeidene («låne ut sin ansvarsrett») har vært problematisk å vurdere for flertallet.

Lasse Simonsen

Foreldelse – Rt. 2015 s. 678

1. Innledning

Høyesteretts dom i Rt. 2015 s. 678 gjelder foreldelse av statens krav på tilbakebetaling av beløp som gjennom flere år var utbetalt som refusjoner til en psykologspesialist. Utbetalingene var etter statens syn uriktige, noe psykologen ikke var enig i.

Førstvoterende deler saken inn i tre hovedspørsmål (nedenfor under 2-4). Han gjennomgår disse med generelle og prinsipielle bemerkninger og synspunkter, og konkluderer så for hvert enkelt spørsmål i den tvisten som er til behandling. I det følgende er det først og fremst de alminnelige og prinsipielle betraktningene som kommenteres.

Saken var begrenset til foreldesspørsmålet, jfr. tvistel. § 16-1. Høyesteretts flertall (3 dommere) kom til at statens krav på tilbakebetaling var foreldet, men at kravet likevel kunne gjøres gjeldende til motregning mot psykologens fremtidige krav på refusjoner etter foreldelsesl. (fel) § 26 bokstav a. En fjerde dommer kom til at kravet ikke var foreldet, mens den femte dommeren mente at statens krav var foreldet uten at staten kunne motregne etter § 26 bokstav a.

2. Fristavbrudd ved erkjennelse

Ifølge fel § 14 avbrytes foreldelse ved skyldnerens erkjennelse av forpliktelsen. I saken var det spørsmål om to avtaler mellom psykologen og NAV om gradvis motregning mellom NAVs påståtte krav på tilbakebetaling og psykologens fremtidige krav på refusjoner fra NAV oppfylte lovens krav til erkjennelse av statens krav på tilbakebetaling, når psykologen samtidig bestred NAVs krav og påklaget NAVs vedtak om tilbakebetaling. En samlet Høyesterett kom til at avtalene om motregning ikke innebar erkjennelse etter § 14.

Førstvoterende viser i avsnitt 34 til dommen i Rt. 1999 s. 1755, hvor det igjen er vist til og sitert fra Stub Holmboes kommentar til foreldelsesloven av 1896. Stub Holmboe uttaler i sin bok at en erkjennelse etter 1896-lovens § 11 krever at utsagnet etter sitt innhold er «skikket til å danne et selvstendig grunnlag for gjelden» (C. Stub Holmboe: *Foreldelse av fordringer* (1946) s. 143). Førstvoterende viser deretter i avsnitt 35 til Hagstrøms obligasjonsrett, hvor Hagstrøm siterer Stub Holmboes uttalelse, og bemerker at «kravet om at fordringen ved erkjennelsen i realiteten må få et nytt grunnlag», ikke kan opprettholdes etter foreldelsesloven av 1979 § 14 (Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, 2. utgave 2011 s. 780).

Dommen i Rt. 1997 s. 220 harmonerer ikke godt med Stub Holmboes lære om selvstendig grunnlag (se om denne dommen nedenfor). Førstvoterende i vår sak må likevel gjennom sin henvisning til Rt. 1999 s. 1755, og til tross for henvisningen til Hagstrøm, forstås slik at han slutter seg til Stub Holmboes lære som dekkende også etter foreldelsesloven av 1979.

Det er på ingen måte klart hva som ligger i læren om at et utsagn må være egnet til å gi et selvstendig grunnlag for kravet for å kunne være en erkjennelse i lovens forstand. Tar man læren på ordet, er den problematisk. Dersom man ikke skal ta den på ordet, er det uklart hva den egentlig innebærer. Et eksempel kan belyse dette:

Selgeren har krav på kjøpesum av kjøperen i et kjøp som reguleres av avhendingsloven eller forbrukerkjøpsloven. Begge disse lovene har regler om fem års frist for reklamasjon over mangler. Det nærmer seg tre år siden kjøperens overtakelse av salgsgjenstanden uten at kjøpesummen ennå er betalt. Selgeren blir urolig, og krever at kjøperen skal undertegne et gjeldsbrev for kjøpesummen, gjerne med forfall noe frem i tid. Det foreligger på dette tidspunktet ingen omstendigheter som kan sette partene på sporet av mulige mangler og dermed innsigelser mot kravet på kjøpesummen. De fleste vil nok mene at undertegning av gjeldsbrev er en fristavbrytende erkjennelse etter § 14 (for øvrig med ny foreldelsesfrist på 10 år etter § 5, uten at det er noe poeng i denne sammenheng). Samtidig er det barnelærdom at utstedelse av gjeldsbrev ikke fratar debitor mulige innsigelser mot gjelden, jfr. gjeldsbrevl. (gbl.) § 1. Hvis det oppdages mangler før reklamasjonsfristen er utløpt, har kjøperen rett til å unnlate å betale helt (heving) eller delvis (prisavslag), til tross for utstedelsen av gjeldsbrevet.

Dersom læren om selvstendig grunnlag for kravet skal tas på ordet, vil utstedelse av gjeldsbrev ikke være fristavbrytende. Den som mener at utstedelsen av gjeldsbrev avbryter foreldelse i et tilfelle som dette, kan vanskelig hevde samtidig at bare utsagn som er egnet til å gi et selvstendig grunnlag for forplikten, kan være en fristavbrytende erkjennelse etter fel § 14.

Også utenfor gjeldsbrevtilfellene kan det forekomme at en «ren» erkjennelse må ses i lys av fordringens opprinnelige grunnlag, og at erkjennelsen derfor ikke danner et nytt og selvstendig grunnlag for kravet. Tidligere innsigelser mot gjelden kan fortsatt gjøres gjeldende, til tross for at debitor har «erkjent» fordringen med fristavbrytende virkning etter § 14. Poenget i denne sammenhengen er ikke at det kan være avtalerettslige innsigelser mot selve erkjennelsen. Det vil neppe være uenighet om at den prinsipielle muligheten for dette ikke er til hinder for at erkjennelsen kan utgjøre et nytt og selvstendig grunnlag. Poenget er at avtalerettslige og andre innsigelser kan følge med fra det opprinnelige grunnlaget, uten at det er til hinder for «erkjennelse» etter § 14. Det harmonerer dårlig med dette at «erkjennelsen» må kunne utgjøre et *selvstendig* grunnlag. Setningen om at en erkjennelse for å virke fristavbrytende må kunne danne et selvstendig grunnlag for fordringen, er rett og slett ikke holdbar. Det må skilles mellom det materielle grunnlaget for kravet og den prosessuelt pregede foreldelsen av dette. Saken gjelder *fristavbrudd*, ikke kravets materielle grunnlag. En skyldner

må fortsatt kunne gjøre gjeldende opprinnelige innsigelser mot gjelden, selv om den er «erkjent» med fristavbrytende virkning etter § 14.

Det er vanskelig å forstå setningen om at en erkjennelse må kunne danne et selvstendig grunnlag for kravet, slik at det utelukkende er utsagnets eget *innhold* (ordlyd) som er avgjørende. Ordlyden eksisterer ikke i et tomrom. Ved avgjørelsen av rettsvirkninger av et utsagn må også relevante rettsregler tas i betraktning. Blant disse er gbl. § 1, og også rettsregler som medfører at et utsagn som tilsynelatende er forpliktende, kan være uforpliktende av årsaker som knytter seg til det opprinnelige grunnlaget for forpliktelsen.

Selv om den rette forståelsen av § 14 må være at det ikke kan stilles krav om selvstendig grunnlag for kravet, er det likevel et spørsmål om erkjennelse etter § 14 kan forenes med mer eller mindre klare eller uttrykkelige forbehold mot forpliktelsens eksistens (eller omfang). De innvendingene som kan rettes mot førstvoterendes prinsipielle syn på erkjennelse etter fel. § 14, innebærer ikke at hans konklusjon i saken er uriktig. Avtalene om motregning ble åpenbart inngått for å *begrense* omfanget av den motregningen som NAV ellers kunne sette i verk på egen hånd. Avtalene ble ikke inngått for å åpne for motregning. Det ble samtidig tatt tydelige forbehold om statens rett til tilbakebetaling. Alt i alt synes konklusjonen om at avtalene ikke innebar noen erkjennelse etter fel. § 14, å ha gode grunner for seg.

Høyesterett kom i Rt. 1997 s. 220 til at skattyteren hadde avgitt en fristavbrytende erkjennelse til tross for at han hadde klaget på ligningen og således klart mente seg uforpliktet. Denne dommen stemmer ikke med læren om at erkjennelsen må kunne danne et selvstendig grunnlag for kravet. Førstvoterende i vår sak gjør i avsnitt 39 et forsøk på å få denne avgjørelsen til å passe med prinsippet om at utsagnet må være egnet til å gi selvstendig grunnlag for kravet. Forsøket er ikke vellykket. Det ville ha vært mer realt om førstvoterende hadde tatt avstand fra den rettsoppfatningen som ligger til grunn for Rt. 1997 s. 220 fremfor å forsøke å begrunne at dommen harmonerer med prinsippet om selvstendig grunnlag for forpliktelsen. Det gjør den nemlig ikke.

Det kan legges til at førstvoterende i avsnitt 36 uttrykker skepsis til et synspunkt hos Kjørven mfl. om at spørsmålet om fristavbrytende erkjennelse er et spørsmål «om skyldnerens opptreden gir fordringshaveren rimelig grunn til ikke å foreta andre fristavbrytende skritt» (Kjørven mfl.: *Foreldelse av fordringer* (2011) s. 306). Førstvoterendes skepsis her har gode grunner for seg. Det er neppe noe vunnet med en slik omformulering av vurderingstemaet. Spørsmålet er etter loven om det kan sies å foreligge en «erkjennelse» i en eller annen form. Dette må vurderes ut fra innholdet i § 14. Det er illustrerende at forhandlinger mellom kreditor og debitor

om fordringen ikke er til hinder for foreldelse etter norsk rett. Dette gjelder selv om det dreier seg om seriøse forhandlinger som ikke er ledd i en uthalings-taktikk fra debitors side. Forhandlingene kan i seg selv gi kreditor rimelig grunn til ikke å foreta andre fristavbrytende skritt, uten at dette er til hinder for at fordringen foreldes dersom fristen løper ut under forhandlingene. Dersom fordringshaveren verken får en erkjennelse fra debitor eller en erklæring om fristforlengelse etter § 28, må han sette i verk frist-avbrytende skritt etter §§ 15 flg. Han kan ikke gjøre gjeldende at han hadde rimelig grunn til å tro at dette ikke skulle være nødvendig.

3. Avtale om nytt forfallstidspunkt

Det formuleres i saken et prinsipielt spørsmål om det innenfor lovens ramme er rom for ny friststart dersom fordringshaveren og skyldneren etter at foreldelsesfristen har startet å løpe, inngår avtale om nytt forfallstidspunkt for fordringen (avsnitt 57). Først-voterende tar på vegne av flertallet ikke stilling til dette, idet han ikke kunne se at det var inngått avtale om nytt forfallstidspunkt.

Spørsmålet om ny friststart henger sammen med spørsmålet om erkjennelse som er omtalt foran under 2. Hvis avtalen om nytt forfallstidspunkt innebærer en erkjennelse av fordringen etter § 14, følger det uten videre av § 20 at fristen starter på nytt ved det nye forfallstidspunktet. Spørsmålet om avtale om henstand fører til ny friststart kommer derfor bare på spissen når avtalen ikke samtidig innebærer en erkjennelse etter § 14, f. eks. fordi avtalen inneholder et forbehold om den omtvistede forpliktelsens eksistens.

I den aktuelle saken mente en dommer at avtale om nytt forfallstidspunkt var inngått, og at dette førte til ny friststart for foreldelse. Denne dommeren sluttet seg uttrykkelig til flertallets syn på erkjennelse (foran under 2). Hun så det altså slik at en avtale om utsatt forfall får virkning for foreldelsen selv om debitor ikke samtidig erkjenner forpliktelsen.

Det er viktig å være oppmerksom på at spørsmålet gjelder virkningen av en *avtale* om nytt forfall. Ensidig henstand fra fordringshaverens side etter at fristen har startet å løpe, kan ikke føre til utsatt foreldelse. Loven kjenner bare en avbruddsmåte som kreditor må benytte når debitor ikke vil medvirke til fristavbrudd, og det er *rettslig skritt* (som riktignok finnes i flere varianter etter §§ 15-19). Det ville ikke stemme med lovens regler om avbrudd også kunne skje ved kreditors ensidige innrømmelse av henstand.

Det er ikke tvilsomt at en avtale om utsatt forfall som inngås før opprinnelig forfall, fører til utsatt friststart.

Avtalene om motregning i saken må forstås slik at staten var avskåret fra motregning før de tidspunktene som er angitt i avtalene. Slik sett innebar avtalene utsatt forfall for statens (eventuelle) krav mot psykologen (som er motkrav i motregningslærens

forstand). Avtalene om gradvis motregning medførte at NAVs tilbakebetalingskrav forfalt terminvis etter hvert som psykologen hadde rettmessig krav på nye refusjoner fra NAV.

Staten hevdet at avtalene om motregning medførte nye forfallstidspunkter med virkning også for start-tidspunkt for foreldelse.

Fel. § 28 tillater etter sin ordlyd bare avtaler om forlenget frist, ikke avtaler om nytt utgangspunkt for fristen. En avtale om nytt forfall kommer derfor i et anstrengt forhold til fel. § 28, noe som kan tilsi at avtaler om utsatt forfall ikke kan føre til ny friststart. Begrensningen i fel. § 28 kan likevel ikke være avgjørende. Bestemmelsen regulerer bare avtaler om selve foreldelsen. En avtale om forlenget foreldelsesfrist avskjærer ikke fordringshaveren fra å tvangsinndrive kravet eller å gjøre gjeldende andre virkninger av betalingsmisligholdet, f. eks. heving av kontrakten, mens den nye fristen løper. Dette er annerledes med avtaler om nytt forfall. Slike avtaler avskjærer kreditor fra å kreve betaling før det nye forfallstidspunktet (med mindre det er grunnlag for å gjøre gjeldende antesipert mislighold), og kreditor kan heller ikke gjøre gjeldende misligholdsvirkninger med grunnlag i opprinnelig forfall.

En avtale om utsatt forfall vil være bindende for fordringshaveren, også når den er inngått etter at foreldelsen har startet å løpe. Siden fordringshaveren ikke har rett til å kreve oppgjør før det nye forfallstidspunktet, kan det opprinnelige utgangspunktet for foreldelse ikke lenger gjelde. Hvis det nye forfallstidspunktet som er avtalt, kommer etter at fordringen er foreldet ut fra opprinnelig forfall, ville fordringshaveren for øvrig tape sitt krav dersom opprinnelig forfallstidspunkt fortsatt skulle være avgjørende for foreldelsen. Det går ikke.

Konklusjonen må være at en avtale om utsatt forfall får betydning også for utgangspunktet for foreldelsesfristen.

Ensidig henstand står, som tidligere nevnt, i en annen stilling. Ny friststart uten skyldnerens medvirkning ville, som tidligere påpekt, åpenbart komme på kant med lovens regler om fristavbrudd. Ensidig endring av forfallstidspunktet kan ikke gi grunnlag for ny friststart. Dette vil for øvrig også gjelde ensidig henstand som er gitt før opprinnelig forfall. Heller ikke en slik endring av den opprinnelige avtalen (eller annet rettsgrunnlag for fordringen) vil være bindende for debitor. Han kan derfor senere påberope det opprinnelige forfallstidspunktet som utgangspunkt for foreldelsesfristen.

Det kan reises spørsmål om en ensidig henstand er bindende for fordringshaveren dersom han risikerer foreldelse av fordringen før det nye forfallstidspunktet. Gode grunner taler for at fordringshaveren må kunne erklære seg ubundet av en ensidig henstand, dersom det er fare for foreldelse av fordringen før det nye forfallstidspunktet. At fordringshaveren eventuelt

ikke er klar over sin rettsposisjon – at han for å unngå foreldelse må forholde seg til det opprinnelige forfallstidspunktet – er ikke et argument for utsatt friststart. Dette vil være en rettslig villfarelse som fordringshaveren på vanlig måte selv vil ha risikoen for.

Førstvoterendes syn om at det i denne saken ikke var inngått avtale om nye forfallstidspunkter, bygger i det vesentlige på at staten ifølge avtalene hadde krav på lovbestemt forsinkelsesrente fra opprinnelig forfall. Dette viser etter førstvoterendes syn at det ikke var tale om en virkelig utsettelse av forfall. Han uttrykker det (i avsnitt 62) slik at motregningsavtalene må «forstås som avtaler bare om hvordan oppgjøret skal foretas etter at oppfyllelsesfristen – slik staten ser det – er oversittet», en formulering som i beste fall er uklar. Mindretallet på en dommer bemerker at det ikke kan være noe i veien for at en avtale om nytt forfall reflekterer at det opprinnelig var et tidligere forfallstidspunkt, og at utsettelsen må koste noe for debitor. Det er her mindretallets syn som har de beste grunner for seg. Betingelsene for betalingsutsettelsen er neppe relevante ved vurderingen av om utsatt forfall også innebærer utsatt friststart. Det avgjørende er at kreditor etter avtalen ikke har anledning til å kreve oppgjør før det nye forfallstidspunktet, eller å gjøre gjeldende misligholdsvirkninger med utgangspunkt i det opprinnelige forfallstidspunktet.

Igjen får førstvoterende et problem med tidligere høyesterettspraksis. Dommen i Rt. 1980 s. 1524 bygger på det syn at avtale om utsatt oppgjør inngått etter at foreldelsen er startet å løpe, fører til ny friststart fra nytt forfallstidspunkt. Førstvoterende i vår sak vil ikke bekrefte denne rettsstillingen, og han finner ikke dommen i Rt. 1980 s. 1524 avgjørende. Hans forsøk (i avsnitt 58) på å forklare dommen på annen måte, gir ikke god mening, noe også mindretallet i realiteten sier i sitt votum. Igjen ville det ha vært bedre om førstvoterende tok uttrykkelig avstand fra den tidligere dommen.

4. Avtalt motregning

Dommens tredje problemstilling gjelder forståelsen og rekkevidden av fel. § 28 bokstav a om rett til å motregne med foreldet motkrav når motregningsretten er avtalt. Førstvoterende slår i avsnitt 67 fast at bestemmelsen ikke bare gjelder når motregningsretten utelukkende følger av avtale, men også når motregningsrett i tillegg følger av rettsreglene om motregning. Dette er neppe kontroversielt. I den aktuelle saken innebar avtalen om motregning en *begrensning* av motregningsretten i forhold det som ellers ville gjelde. Heller ikke dette var til hinder for anvendelse av bestemmelsen (avsnitt 75). Videre slår førstvoterende i avsnitt 77 fast at bestemmelsen ikke forutsetter at avtalen gjelder nettopp motregning med foreldet fordring. Heller ikke dette er et kontroversielt standpunkt.

Det gjenstående spørsmålet var så om bestemmelsen tillater motregning også i tilfeller hvor

motfordringen allerede er foreldet når motregningsavtalen inngås. Svaret på dette var ja, med en begrunnelse som er knyttet til den individuelle saken (avsnitt 78): Siden foreldelse var et tema mellom partene da motregningsavtalen ble inngått, og begge parter må ha risikoen for sine forutsetninger ved inngåelsen av motregningsavtalen, burde psykologen ha sørget for et forbehold i avtalen dersom den ikke skulle omfatte krav som allerede var foreldet.

Den problemstillingen førstvoterende formulerer, gjelder den alminnelige forståelsen av § 26 bokstav a. Omfatter motregningsretten etter denne bestemmelsen også motkrav som er foreldet når avtalen inngås? Svaret på dette er altså ja. Samtidig mener førstvoterende at skyldneren har herredømme over spørsmålet ved å ta forbehold i avtalen. Førstvoterendes tilnærming om tolking av loven med frihet for partene til å fravike det som følger tolkingen, er ikke problematisert. Sannsynligvis vil det være adgang til dette, idet lovens regler ifølge § 28 i utgangspunktet kan fravikes til fordel for skyldneren.

Trygve Bergsåker

Litteratur

Viggo Hagstrøm og Herman Bruserud: *Kjøpsrett* 2. utg. Universitetsforlaget 2015. 320 sider

Første utgave av denne boken var skrevet av Viggo Hagstrøm og utkom i 2005. Endringer og oppdateringer med ny praksis fra Høyesterett er i 2. utgave foretatt av Herman Bruserud. Det viktigste som har skjedd siden 1. utgave er at lovgiver har endret gjennomføringsmetode for Den internasjonale løsørekjøpskonvensjonen (CISG) med virkning fra 1. november 2014. Man har gått fra transformasjon til inkorporasjon.

Boken er skrevet som lærebok for studenter, men omfanget og grundigheten medfører at den utvilsomt ville være av stor praktisk nytte for så vel advokater som dommere.

Peter Hambro

SELSKAPSRETT

Legitimasjonsvirkning av avtale inngått av styreleder – Rt. 2015 s. 600

Sakens faktum og rettslige spørsmål:

Saken gjelder gyldigheten av en avtale mellom to eierseksjonssameier om rett til parkering på det andre eierseksjonssameiets grunn. Avtalen ble for det ene eierseksjonssameiet (Inkognitogaten 4) inngått ved undertegning av styreleder uten at det var fattet vedtak om avtaleinngåelse i sameiermøte etter eierseksjonsloven 30 andre ledd. Spørsmålet for

Høyesterett var om sameiet i Inkognitogaten 4 likevel er bundet.

Sameiermøtet har etter eierseksjonsloven § 30 andre ledd den formelle beslutningskompetansen til blant annet å fatte vedtak med to tredjedels flertall i saker vedrørende:

- c) salg, kjøp, bortleie eller leie av fast eiendom, herunder seksjon i sameiet som tilhører eller skal tilhøre sameierne i fellesskap,
- d) andre rettslige disposisjoner over fast eiendom som går ut over vanlig forvaltning

Partene er enige i at det ikke er fattet vedtak i tråd med den lovbestemte beslutningskompetansen i eierseksjonsloven § 30 andre ledd litra c og d. Problemstillingen har vært om eierseksjonsloven § 43 fjerde ledd, som gjelder legitimasjonsvirkninger av selskaps representasjon utad, kommer til anvendelse for spørsmål som omhandler overtredelse av en lovbestemt funksjonsfordeling mellom selskapsorganer.

Eierseksjonsloven § 43 fjerde ledd lyder:

Har styret, styremedlemmer eller forretningsfører overskredet sin myndighet, er disposisjonen ikke bindende for sameierne, dersom sameierne godtgjør at medkontrahenten innså eller burde innså at myndigheten ble overskredet, og det derfor ville stride mot redelighet å gjøre disposisjonen gjeldende.

Tingretten kom til at binding på grunnlag av eierseksjonsloven 43 fjerde ledd var utelukket fordi styreleder ikke alene kunne binde styret og fordi hun heller ikke hadde fått fullmakt. Lagmannsretten kom, på den andre siden, til at eierseksjonsloven 43 fjerde ledd ikke kan forstås slik at et eierseksjons-sameie kan bli bundet av disposisjoner foretatt av organer eller personer som har handlet i strid med preseptoriske kompetanseregler. Etter lagmannsrettens oppfatning måtte det være en grunnforutsetning for å anvende reglene om kombinasjonsfullmakt at retten til å foreta den aktuelle disposisjon gyldig kan tildeles noen ved ordinær fullmakt. Ettersom kompetanse etter eierseksjonsloven 30 andre ledd ikke kan delegeres, var binding på grunnlag av fullmakt derfor utelukket.

For Høyesterett har forhandlingene vært begrenset til spørsmålet om binding ved overskridelse av myndighet som er tillagt et selskapsorgan etter loven. Den ankende part – Inkognitogaten 6 Sameie – har anført at eierseksjonsloven § 43 fjerde ledd også kommer til anvendelse for disposisjoner som ikke oppfyller lovens krav om beslutningskompetanse, i likhet med slik aksjeloven § 6-33 er fortolket. Ankemotparten – Sameiet Inkognitogata 4 – har på sin side anført at bestemmelsen i eierseksjonsloven § 43 fjerde ledd ikke gjelder ved overtredelser av lovbestemte funksjonsfordelinger mellom selskapsorganene, og at

vedtak som ikke oppfyller kravene i § 30 andre ledd ikke kan anses bindende

Betydningen av hvorvidt bestemmelsen forstås slik som den ankende part eller ankemotparten anfører, er at dersom førstnevnte oppfatning legges til grunn, vil vurderingen av hvorvidt en avtale kan anses bindende besluttet av feil/mangelfullt selskapsorgan, bero på en vurdering av hvilken kompetanse fullmektigen virker å ha overfor tredjeperson, og videre tredjepersons gode/onde tro ved avtaleinngåelsen. Følgelig plasseres risikoen for eventuelle mangelfulle beslutningsprosesser på selskapet selv dersom tredjeperson var i god tro. Dersom man legger sist nevnte fortolkning til grunn, vil formkravene i eierseksjonsloven § 30 andre ledd gi anvisning på en absolutt skranke for legitimasjonsvirkning av avtaler inngått uten tilstrekkelig formell kompetanse, og følgelig plassere risikoen for å undersøke slike forhold på tredjeperson – uavhengig av en god-tro vurdering.

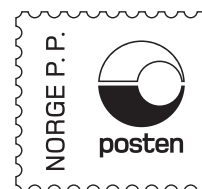
Høyesteretts vurdering:

På spørsmålet om hvorledes eierseksjonsloven § 43 fjerde ledd skal forstås, presiserer Høyesterett at bestemmelsen omhandler «myndighetsoverskridelse generelt uten at det gjøres unntak for tilfeller hvor vedtaket etter loven tilligger sameiermøtet uten adgang til delegasjon» (avsnitt 26). Bestemmelsens forarbeider gir uttrykk for at eierseksjonsloven § 43 fjerde ledd skal tolkes i overensstemmelse med aksjeloven § 6-33.

Videre fremgår det av forarbeidene (Ot.prp. nr. 33 (1995–96) s. 82) at *styret bør kunne være legitimert ut over sin materielle avgjørelsesmyndighet*, såfremt det gjelder representasjon i saker som gjelder felles rettigheter og plikter (avsnitt 27). Den materielle avgjørelsesmyndighet viser tilbake til eierseksjonsloven § 30 andre ledd, og gir etter Høyesteretts oppfatning «klart uttrykk for at styrets representasjon omfatter saker hvor vedtektskompetansen tilligger sameiemøtet». Men når forarbeidene viser til at legitimasjonsvirkninger også gjelder «ut over sin materielle avgjørelsesmyndighet», anser Høyesterett det slik at «departementet mener at medkontrahenten skal kunne påberope seg legitimasjonsregelen [...] også når vedtaket tilligger sameiermøtet etter loven». Det uttales at «[d]ette må tillegges betydelig vekt ved tolkingen av bestemmelsen selv om det prinsipielt ikke kan trekkes bindende slutninger fra representasjonsretten til rettsvirkninger av at denne overskrides» (avsnitt 30).

Videre viser forarbeidene til at bestemmelsen avgrenser mot at en medkontrahent i ond tro kan påberope seg en disposisjon fra styret (eventuelt fra styremedlemmer som har undertegnet) eller forretningsfører hvis de har gått ut over det de internt har rett til. Dette er i tråd med oppfatningene som var gjeldende ved utforming av daværende aksjelov § 8-15, som nåværende aksjelov § 6-33 viderefører. Fra forarbeidene til den daværende aksjelov § 8-15 (Ot.prp. nr. 4 (1995–96) s. 31–32) vises det til at:

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



«rammene for administrerende direktørs myndighet etter loven er svært skjønnsmessig fastsatt, jf. § 8-7 annet ledd. Det er derfor mye som taler for at man også ved overskridelse av myndighet som er tillagt selskapsorganet etter loven, lar spørsmålet om selskapet skal anses bundet eller ikke, avhenge av medkontrahentens aktsomme gode eller onde tro. Med en slik regel vil det ikke være den godtroende medkontrahentens risiko om disposisjonen objektivt sett skal anses å falle innenfor eller utenfor selskapsorganets lovbestemte myndighet».

Høyesterett oppsummerer i avsnitt 35 ved å vise til at proposisjonen til den tidligere aksjelov klart etterlater seg et «inntrykk av at lovgiver ønsket en aksjerettslig legitimasjonsregel i samsvar med ordlyden, uten unntak for tilfeller med overskridelse av myndighet som er tillagt selskapsorganet etter loven».

Juridisk teori vedrørende aksjeloven § 6-33 trekker i retning av at legitimasjonsregelen ikke omfatter overskridelse av myndighet som tilkommer et organ ved preceptorisk lovregel (avsnitt 36), men disse uttalelsene anser Høyesterett som uttrykk for at enkeltbestemmelser i aksjeloven som regulerer særlige spørsmål kan anses som utslag av lex specialis eller en innskrenkende fortolkning av § 6-33 (avsnitt 39), og ikke et generelt uttrykk for at myndighetsoverskridelse ikke omfattes av legitimasjonsregelen.

Høyesterett konkluderer dermed med at det rettslige utgangspunktet er at legitimasjonsregelen i § 6-33 og eierseksjonsloven § 43 fjerde ledd, omfatter tilfeller med overskridelse av myndighet som tilligger et annet selskapsorgan ved preceptorisk lov.

Det materielle spørsmålet om Inkognitogaten 4 er bundet som følge av styreleders undertegning av avtalen, må avgjøres av lagmannsretten.

Linn Anker-Sørensen

Disputas

Irina Eidsvold Tøien:

Skapende, utøvende kunstnere

I avhandlingen underbygges det at utøvende kunstnere er skapende, på lik linje med andre opphavsmenn (malere, komponister etc.), og at de utøvende gjennom sine fortolkninger av åndsverk frembringer opphavsrettslig beskyttede bearbeidelser av verkene som fremføres. Utøverprestasjonene som danner grunnlag for hennes vurderinger er dans, skuespillerkunst, musikerinnsats, dirigentvirksomhet og teaterregi. I avhandlingen viser hun hvordan de utøvende i alle disse kunstarter foretar kreative og frie valg med hensyn til hvordan de tolker verket som fremføres. Kravet til originalitet er totalharmonisert i EU-retten, og Eidsvold Tøien finner at kravet oppfylles av de utøvende. Å kalle utøvende kunstnere «utøvende» er derfor villedende med hensyn til å beskrive hvilke prosesser som forestås. Hvorvidt det må skje/bør skje en lovendring som konsekvens av «funnet», holder hun i større grad åpent.

Disputas 27. oktober kl 12.00 i Gamle Festsal.

Nytt i privatretten

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

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

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

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

Et årsabonnement (2015) på *Nytt i privatretten* koster kr 590,-. Studentabonnement koster kr 295,-. 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 2015

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer november 2015.