



# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

## ARBEIDSRETT

### Individuell ettervirkning av tariffavtaler – HR-2021-1193-A (Grefsenhjemmet)

#### Innledning

Den 2. juni 2021 avsa Høyesterett dom i den såkalte Grefsenhjemmet-saken (HR-2021-1193-A). Saken gjaldt ti sykepleiere som arbeidet ved Grefsenhjemmet i Oslo. Grefsenhjemmet byttet i 2014 arbeidsgiverorganisasjon fra Virke til NHO, og gikk med det fra å være bundet til en tariffavtale med Virke som tariffpart (Virke-avtalen) til å bli bundet av NHO sine anvendelige tariffavtaler. Virke-avtalen løp ut 30. april 2014 og Pleie- og omsorgsoverenskomsten (PLO) ble gjort gjeldende i Grefsenhjemmet fra og med 1. mai 2014. Det er dette som omtales som tariffavtaleskiftet i denne saken.

Spørsmålet i saken var om Grefsenhjemmets tariffavtaleskifte medførte at et lønnstillegg med opphav i Virke-avtalen, var falt bort. Saken var begrenset til ett konkret lønnstillegg, det såkalte stabiliseringstillegget. Hensikten med stabiliseringstillegget var å stimulere arbeidstakere til å bli værende i virksomheten, og ga arbeidstakere som hadde arbeidet mer enn respektive fire og elleve år et lønnstillegg på henholdsvis kr 11 000 og kr 15 000 i året. Partene var enige om at alle saksøkerne hadde krav på dette lønnstillegget etter Virke-avtalen mens Grefsenhjemmet var

tariffrettslig bundet til denne. Uenigheten knyttet seg til hvorvidt utløpet av Virke-avtalen og tariffavtaleskiftet, endret på dette. Spørsmålet om tariffavtalens normative bestemmelser forblir en del av de individuelle arbeidsforholdene etter at tariffavtalen selv har opphørt, er i den juridiske litteraturen – og nå også i Høyesterett – formulert som et spørsmål om individuell ettervirkning av tariffavtaler.

Både Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett kom til at stabiliseringstillegget var falt bort fra de individuelle arbeidsavtalene som følge av tariffavtaleskiftet fra Virke-avtalen til PLO. Lagmannsrettsdommen er kommentert i *Nytt i privatretten* 2020 nr. 3.

En enstemmig Høyesterett i avdeling opphevet lagmannsrettens dom, og kom til at utløpet av Virke-avtalen ikke førte til at stabiliseringstillegget falt bort fra de individuelle arbeidsavtalene. Høyesterett mente at lagmannsrettens dom bygget på feil rettsanvendelse.

#### Problemstillingene

Ifølge Høyesterett måtte spørsmålet om sykepleierne fortsatt hadde krav på stabiliseringstillegget etter tariffavtaleskiftet, bero på tre forhold (avsnitt 49 til 52).

(1) Det første spørsmålet var om stabiliseringstillegget i tariffperioden ble til en del av de individuelle arbeidsforholdene i saken. (2) Det neste spørsmålet var om utløpet av Virke-avtalens gyldighetstid måtte føre til at stabiliseringstillegget falt bort fra de individuelle arbeidsavtalene. (3) Det tredje spørsmålet var om stabiliseringstillegget stred mot den nye tariffavtalen (PLO), og av den grunn måtte være bortfalt. I tillegg, og som følge av en anførsel fra Grefsenhjemmet om dette, kommenterte Høyesterett også at stabiliseringstillegget ikke kunne fjernes med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett (avsnitt 113).

Høyesterett tok ikke stilling til den tredje problemstillingen (3) om hvorvidt stabiliseringstillegget måtte falle bort som følge av motstrid med den nye tariffavtalen (PLO), jf. arbeidstvistloven § 6. Behandlingen ble avgrenset mot dette spørsmålet i beslutningen HR-2021-435-U. Dette spørsmålet hører uansett under Arbeidsrettens kompetanse å ta endelig stilling til, og denne tvisten vil antakelig bli bragt inn for Arbeidsretten for avgjørelse der.

### Innhold nr. 3

Arbeidsrett.....	1
Fast eiendoms rettsforhold .....	4
Forsikringsrett .....	10
Internasjonal privatrett.....	12
Konkurranserett .....	14
Kontraktsrett.....	19
Pengekravsrett .....	22

*Stabiliseringstillegget ble en del av sykepleiernes individuelle arbeidsavtaler og fikk et dobbelt rettsgrunnlag i tariffperioden (avsnitt 60 til 81)*

Høyesterett tok utgangspunkt i at stabiliseringstillegget i denne saken var av normativ art. Det betyr at stabiliseringstillegget var egnet til å regulere forholdet mellom den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker, i motsetning til forholdet mellom tariffpartene (bestemmelser av såkalt obligatorisk art). Spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til, var hvorvidt det at lønnstillegget var normativt, innebar at stabiliseringstillegget samtidig ble til en del av den individuelle arbeidsavtalen.

Høyesterett vurderte arbeidstvistloven § 6, uttalelser i lovarbeidet fra arbeidstvistloven 1915 og senere lovarbeider, samt forutsetninger i rettspraksis fra Arbeidsretten og Høyesterett. I disse rettskildene fant Høyesterett samlet sett «solide holdepunkter» for at normative tariffbestemmelser går inn som del av individuelle arbeidsavtaler mellom gjensidig tariffbundne parter i tariffperioden. Dette betyr at den enkelte arbeidstaker har et dobbelt rettsgrunnlag for tariffavtalens normative bestemmelser i tariffperioden. Rettsgrunnlaget er dobbelt fordi arbeidstakeren for det første kan – via egen fagforening – påberope seg rettighetene fra tariffavtalen og for det andre at arbeidstakeren selv kan påberope seg rettigheten gjennom egen arbeidsavtale.

*Stabiliseringstillegget falt ikke bort som følge av utløpet av Virke-avtalen*

Partene var uenige om det rettslige utgangspunktet ved utløpet av Virke-avtalen. Arbeidstakerne mente at stabiliseringstillegget som utgangspunkt besto, med mindre det fantes et rettslig grunnlag for noe annet. Grefsenhjemmet mente derimot at utgangspunktet måtte være at stabiliseringstillegget falt bort sammen med tariffbundetheten, med mindre det fantes et rettslig grunnlag for noe annet. På dette punktet var Høyesterett enig med arbeidstakerne. Når stabiliseringstillegget var blitt til en del av arbeidsforholdene i tariffperioden, mente Høyesterett at det rene avtalerettslige utgangspunktet var at stabiliseringstillegget besto, og at det er en endring i de individuelle arbeidsvilkårene som krever et rettslig grunnlag, se avsnitt 83.

Spørsmålet for Høyesterett ble derfor om utløpet av Virke-avtalen *i seg selv* utgjorde et rettslig grunnlag for å endre innholdet i de individuelle arbeidsavtalene.

Grefsenhjemmet hadde vist til ulike rettskilder til støtte for sitt syn. Sentralt i argumentasjonen fra Grefsenhjemmet var at lovgivningen inneholder regulering av tariffavtalens ettervirkning i de situasjonene hvor det er behov for dette, og at disse kildene ikke kan suppleres med en ulovfestet regel om individuell ettervirkning. Grefsenhjemmet mente også at en slik regel ville krenke deres organisasjonsfrihet. I nyere tid har en slik argumentasjon også blitt presentert i den juridiske litteraturen.

Høyesterett slo kort fast at de påberopte lovbestemmelsene fra arbeidstvistlovgivningen «ikke [...] må

anses å regulere rommet for enhver form for ettervirkning uttømmende». Høyesterett tilbakeviste også relevansen av arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd. Regelen i arbeidsmiljøloven regulerer hva som gjelder for tariffavtalene ved arbeidsgiverskifte (eierskifte er ikke kriteriet, jf. avsnitt 90 og kommentaren til HR-2020-1339-A (ISS) i *Nytt i privatretten* 2020 nr. 3), men avgjør ifølge Høyesterett ikke spørsmålet om tariffavtalens individuelle ettervirkning. Argumentasjonen som har vært forsøkt fremsatt i den juridiske litteraturen, må derfor anses tilbakevist i denne delen av dommen.

Høyesterett viste til rettspraksis fra Arbeidsretten og Høyesterett som var trukket frem av partene, og fant her «visse holdepunkter» for at normative bestemmelser som utgangspunkt består ved utløpet av tariffavtalens gyldighetstid, og fant ikke rettspraksis som underbygde det motsatte – nemlig at bortfallet av tariffavtalen uten videre innebar endringer i de individuelle arbeidsavtalene (avsnitt 104). Det er rettskildemessig interessant at Høyesterett anvender AR-2019-4 (Kantarellen) og AR-2019-5 (Grefsenhjemmet). Sakene er avsagt samme dag og er tilnærmet likelydende. Sistnevnte dom er det samme sakskomplekset som denne saken. Ingen av sakene gjaldt individuell ettervirkning, men begge dommene inneholder et obiter dictum om individuell ettervirkning.

Arbeidsgiversiden argumenterte videre for at organisasjonsfriheten talte imot en regel om individuell ettervirkning, men fikk ikke støtte av Høyesterett (avsnitt 105–106).

Reelle hensyn trakk ifølge Høyesterett i begge retninger (107–111). Det var særlig tre forhold som Høyesterett mente trakk i retning av å anerkjenne en regel om individuell ettervirkning. Det første var at tariffavtalen som reguleringsinstrument ville bli vesentlig svekket dersom bestemmelsene også falt bort på individuelt nivå ved tariffavtalens utløp. Det andre var at arbeidstakers vern som sentrale rettigheter i arbeidsforholdet ellers ville bli svekket. Det tredje var at det ikke var ønskelig med en rettstilstand der arbeidstakerne er avhengig av individuelt fremforhandlede vilkår for å ha et stabilt vern om arbeidsforholdet.

Men det var også mothensyn i saken som Høyesterett mente var av betydelig vekt. For det første er det ikke ønskelig at arbeidstaker automatisk tar med seg alle normative tariffbestemmelser videre til et nytt tariffregime, ettersom det kan bety at arbeidsgiver får mange tariffavtaler å forholde seg til, selv om det bare gjelder én tariffavtale i virksomheten. Dette kan ifølge Høyesterett utfordre både den koordinerte lønnsdannelsen og det grunnleggende formålet om likebehandling i arbeidslivet (avsnitt 110). Til dette kan det synspunktet fremføres at det er helt normalt at arbeidsgivere har flere tariffavtaler, og ikke minst flere sett med normer, å forholde seg til.

I avveiningen mellom de to gruppene av reelle hensyn, pekte Høyesterett likevel på at hensynene som taler imot en regel om individuell ettervirkning først

og fremst må avveies ved fastleggelsen av ufravikelighetsregelens rekkevidde (avsnitt 111). Høyesterett antydet derfor at arbeidstvistloven § 6 vil ivareta de nevnte mothensynene, og at disse bør tas i betraktning når Arbeidsretten senere skal ta stilling til hvorvidt stabiliseringstillegget strider mot PLO, og på det grunnlaget blir ugyldig. Sannsynligvis har dette hatt betydning når Høyesterett endte med å legge større vekt på de reelle hensynene som talte for å anerkjenne en alminnelig regel om individuell ettervirkning.

Høyesteretts konklusjon i denne delen ble at stabiliseringstillegget ikke falt bort fra de individuelle arbeidsavtalene som følge av utløpet av Virke-avtalen (avsnitt 112).

#### *Stabiliseringstillegget kan ikke fjernes med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett*

Høyesterett avviste at stabiliseringstillegget kunne fjernes med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett (avsnitt 113). Begrunnelsen var konkret. Det ble vist til typen avtalevilkår og presisert at det i denne saken var tale om et ansiennitetstillegg som gikk inn som en del av den ordinære lønnen. Basert på Høyesteretts begrunnelse, kan det ikke utelukkes at andre typer avtalevilkår som gjelder i kraft av ettervirkningsregelen, kan fjernes med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett.

#### *Rekkevidden av dommen, og spørsmålene som gjenstår*

Dommens avgjørelse av tariffavtalens virkning og ettervirkning, er prinsipielt begrunnet. Det kan derfor slutes fra dommen at det gjelder en alminnelig regel om individuell ettervirkning. Dette betyr at opphøret at arbeidsgivers og arbeidstakers gjensidige tariffbundethet etter arbeidstvistloven § 6, ikke umiddelbart får betydning for innholdet i de individuelle arbeidsavtalene. Normative tariffbestemmelser som har blitt til en del av det individuelle arbeidsforholdet i tariffperioden, lever som utgangspunkt videre i de individuelle arbeidsavtalene, slik som arbeidsforholdet for øvrig gjør. Når en arbeidsgiver endrer organisasjons- og tarifftilknytning, vil arbeidsforholdene i virksomheten bestå med mindre arbeidsgiver har et rettslig grunnlag for å endre arbeidsavtalene.

Høyesterett har nevnt noen rettsgrunnlag som kan lede til endring av de individuelle arbeidsavtalene. Arbeidstvistloven § 6 nevnes som et aktuelt rettsgrunnlag. Dommen sier ingenting om hvordan arbeidstvistloven § 6 er å forstå i en sak som denne. Rekkevidden av arbeidstvistloven § 6 beror først og fremst på en tolkning av den tariffavtalen som blir gjeldende i virksomheten. Innholdet i tariffavtalen er det tariffpartene som råder over, og det er Arbeidsretten som løser tolkningstvister dersom tariffpartene ikke kommer til enighet. Derfor er det også naturlig at Høyesterett ikke går inn og tar pre-judisielt stilling til dette spørsmålet (jf. HR-2021-435-U).

I denne konkrete saken blir det derfor opp til partene i den nye tariffavtalen ved Grefsenhjemmet, PLO, å

ta stilling til om stabiliseringstillegget strider mot tariffavtalen. Det ble opplyst for Høyesterett at tariffpartene ikke har kommet til enighet om dette spørsmålet, og at tvisten vil bli bragt inn for Arbeidsretten for avgjørelse.

Høyesterett nevnte også at ettervirkning kan reguleres i «avtale mellom partene» eller være løst i «den tidligere tariffavtalen selv» (avsnitt 84). Det er ikke uten videre klart om Høyesterett med avtale mellom «partene» sikter til arbeidsavtalepartene eller tariffpartene. Poenget til Høyesterett har antakelig bare vært å illustrere at ettervirkningsregelen ikke er absolutt. Det ligger nok i dommens premisser at det ikke forelå noen relevant avtale eller stilltiende avtaleforutsetning i denne saken, men utover dette gikk Høyesterett ikke inn på hvilke krav som eventuelt stilles til en avtale om å fravike ettervirkningsregelen.

Dessuten er det klart at arbeidsgiver har de ordinære rettslige mekanismene for hånden, når en ettervirkningssituasjon har oppstått. Dette er en naturlig følge av det dommen konkluderer med, nemlig at opphøret av partenes tariffbundethet ikke i seg selv har innvirkning på de individuelle arbeidsavtalene. Forskjellen er at den utløpte tariffavtalen ikke lenger er normerende for arbeidsforholdene, og dette innebærer blant annet at arbeidsgiver står friere enn før til å endre arbeidsavtalen med hjemmel i styringsretten eller ved (endrings)oppsigelse.

Høyesterett avklarte også at utløpet av en tariffavtale ikke utgjør et rettslig grunnlag for å begrense den individuelle ettervirkningsregelen. Selv om Høyesterett brukte termen «utløpet» av Virke-avtalen i sin drøftelse, må dommen bety at opphør av tariffbundethet generelt vurderes på samme måte.

Et siste spørsmål er om Høyesterett også avklarte at et tariffavtaleskifte i seg selv ikke kan begrense ettervirkningsregelen. Høyesterett vurderte ikke rettsvirkningene av *innføringen* av en ny tariffavtale eksplisitt. Det fremkommer likevel av dommens premisser, særlig av Høyesteretts oppstilling av sakens problemstillinger, at spørsmålet om tariffavtaleskiftet kan begrense ettervirkningsregelen, må bero på en motstridsvurdering etter arbeidstvistloven § 6. Etter vårt syn avklarer Høyesterett med dette implisitt at en ren *innføring* av en ny tariffavtale ikke utgjør en begrensning i ettervirkningsregelen.

*Bernard Johann Mulder og Thea Rabe*

*Digitalt tilgjengelig litteratur från Juristförlaget i Lund*  
Publikationer från Juristförlaget i Lund finns tillgänglig i digital form via hemsidan [www.juristforlaget.se](http://www.juristforlaget.se). Det omfattar förlagets skriftserie och festskrifter. Många är gratis tillgängliga.

*Bernard Johann Mulder*

### Spørsmål om grensereinbeite-loven av 1972 med forskrifter var i strid med en svensk samebys rettigheter til beiteområder i Troms ervervet gjennom alders tids bruk – HR-2021-1429-A

Saken gjelder krav mot staten fra svenske reindriftssamer i Saarivuoma sameby om rett til reindrift i to områder i Bardu og Målselv kommuner. De mener at grensereinbeite-loven av 1972 med forskrifter urettmessig har utestengt dem fra deres gamle hevdvunne beiteområder. Samebyen krever i tillegg erstatning for årene de har blitt utestengt fra områdene. Områdene som saken gjelder er i dag vinterbeite for et reinbeitedistrikt i Troms, Stállonjårga.

Staten hevder at regulering av reinbeitene i henhold til grensereinbeite-loven er en offentligrettslig regulering som staten står fritt til å foreta. Søksmålet må dessuten avvises fordi saken må reises mot dem som i dag benytter området og ikke mot staten. Innledningsvis krever derfor staten at søksmålet må avvises.

Saarivuoma sameby vant ikke frem i tingretten og lagmannsretten, men i Høyesterett fant flertallet (fire dommere) at samebyen på grunnlag av alders tids bruk hadde rett til reinbeite i de to områdene tvisten gjaldt. Domskonklusjonen ble at Saarivuoma sameby har rett til å drive reindrift i tvisteområdene uten hinder av bestemmelsene i grensereinbeite-loven med forskrifter, men flertallet var delt i den nærmere begrunnelsen for dette. På tilsvarende måte var flertallet også delt i synet på erstatning; bare to dommere ville tilkjenne samebyen erstatning for utestengsel fra områdene.

Statens krav på at søksmålet mot staten måtte avvises, fikk ikke tilslutning fra rettens flertall. Under sakens behandling i lagmannsretten hadde ankeutvalget avvist statens krav om avvisning, se HR-2019-1958-U. Dette standpunktet sluttet flertallet seg til (avsnitt 75). Dommeren i mindretall ville ta statens avvisningspåstand til følge.

Saarivuoma sameby har fra gammelt av hatt sitt vinterbeite i Sverige og sitt sommerbeite i Norge. Som førstvoterende påpeker er det for å forstå konflikten nødvendig å kjenne til den historiske utviklingen knyttet til den grenseoverskridende reindriften (avsnitt 78).

På nordkalotten har reindriftssamene flyttet med reinen mellom vinterbeitene i innlandet og vår-, sommer- og høstbeitene nærmere kysten. Grensen mellom Norge og Sverige ble fastsatt ved grensetraktaten i 1751, og denne grensen skar tvers gjennom de samiske bruksområdene. Dette forholdet var erkjent, og i grensetraktaten av 1751 heter det i art. 3 annet ledd:

«Men som begge Siders Lapper behøve begge Rigers Land til deres Rehns-Dyrs Ophold; saa har man i Henseende til dennem kommet overeens om saadanne Indretninger, som udi denne Grendse-Tractats første Codicill eller Tillæg indeholdes.»

Denne første «Codicill», kalt Lappekodisillen, skulle sikre reindriftssamene i Norge og Sverige en rett til å flytte over grensen med sine rein i tråd med gammel sedvane. Lappekodisillen forutsatte at reindriftssamene måtte velge norsk eller svensk statsborgerskap, men de skulle fortsatt ha rett til å benytte sine sedvanemessige beiteområder uavhengig av grensen. Det heter innledningsvis i Lappekodisillen § 10:

«Saasom Lapperne behøve begge Rigers Land, skal det efter gammel Sædvane være dennem tilladt, Høst og Vaar, at flytte med deres Rehn-Hiorder over Grendsen ind i det andet Rige. Og herefter som tilforn, lige med Landets Undersaatter, undtagen paa saadanne Steder, som her neden meldes, at betiene sig af Land og Strand til Underholdning for deres Dyr og sig selv, ...»

Utover på 1800-tallet ble det i stigende grad konflikter mellom reindriften og den ekspanderende jordbruksnæringen. Etter langvarig tautrekking mellom Norge og Sverige vedtok Stortinget i 1883 den såkalte felleslappeloven, en norsk-svensk felleslov. Loven satte grenser for hvor lenge samene kunne oppholde seg med reinen i nabolandet, og loven ga nærmere regler om erstatningsansvar ved beiteskader på åker og eng.

Ved unionsoppløsningen i 1905 var den grenseoverskridende reindriften et av de vanskeligste spørsmålene under Karlstadforhandlingene. Norge ønsket å si opp Lappekodisillen og å stenge grensen for svenske samers reindrift i Norge, men måtte oppgi dette kravet. Men Norges bestrebelser med å begrense svenske samers reinbeite i Norge av hensyn til jordbruket fortsatte etter 1905, og i 1919 inngikk Norge og Sverige en reinbeitekonvensjon som ledet til lov av 18. juli 1919 nr. 7 om flyttlappenes adgang til reinbeiting i henhold til konvensjonen. Konvensjonen og loven begrenset de svenske samenes rett til reinbeite i Norge.

Konvensjonen av 1919 ble endret i 1949. Svenske reindriftssamers beiteområde i Norge ble nå ytterligere redusert, jf. lov av 14. juli 1950 nr. 6. Bakgrunnen var også denne gangen hensynet til jordbruket, men i tillegg også hensynet til norske reindriftssamer som trengte mer beite (avsnitt 82).

Ny reinbeitekonvensjon mellom Norge og Sverige ble inngått i 1972, som førte til lov 9. juni 1972 nr. 31. Ved denne loven ble Saarivuoma sameby utestengt fra de områder som saken gjelder.

Reindriftssamer fra Finnmark flyttet på 1950-tallet til områdene i Troms som ble frigjort ved loven fra 1950. Stállonjårga reinbeitedistrikt som på denne måten ble etablert i Troms, tok i hvert fall fra begynnelsen av 1970-tallet i bruk de aktuelle tvisteområdene som vinterbeite. Saarivuomas sommerbeiteareal ble noe utvidet igjen ved lovendring fra 1985.

Førstvoterende uttaler om de ulike konvensjoner:

«Kort oppsummert har formålet med de ulike konvensjonene opp gjennom årene først og fremst vært

å finne praktiske løsninger for ulike næringsinteresser. Svenske samers rettigheter har gradvis blitt beskåret til fordel for andre interesser. Betydningen av de enkeltes privatrettslige rettigheter har i liten grad vært viet oppmerksomhet. I hvert fall fra og med 1972-konvensjonen har målsettingen i det vesentlige vært å forene forskjellige interesser innenfor reindriftsnæringen» (avsnitt 88).

Konvensjonen av 1972 løp i utgangspunktet ut i 2002. Fem år tidligere ble det oppnevnt en *norsk-svensk reinbeitekommissjon*. Kommisjonen foreslo at Saarivoumas sommerbeite skulle utvides betydelig. Stållonjårga reinbeitedistrikt skulle som kompensasjon få økt areal som vinterbeite i Sverige. Forslaget møtte sterk motstand fra reindriftsnæringen i Norge. Et *norsk-svensk fagutvalg* med samiske representanter i flertall hadde møter med alle de berørte reinbeitedistrikt i Norge og samebyer i Sverige, men enighet ble ikke oppnådd. I 2002 ble 1972-konvensjonen forlenget i tre år, men i 2005 motsatte Sverige seg ytterligere forlenning. Norge videreførte da loven fra 1972, som den gang var vedtatt som følge av konvensjonen.

Konvensjonen gjaldt nå ikke lenger og lovens navn, lov om reinbeiting i henhold til konvensjon av 9. februar 1972 mellom Norge og Sverige om reinbeite, ble endret til *lov om svensk reinbeiting i Norge og norsk reinbeiting i Sverige* (grensereinbeiteoven), men innholdet i loven ble i hovedsak beholdt. Da loven ble gitt i 1972 anga den rammene for de svenske samers sommerbeite i Norge. Ved lovendringen i 2005 heter det at dette skal angis av Kongen ved forskrift. Loven med forskrifter skal imidlertid ta utgangspunkt i 1972-konvensjonen, jf. §1 annet ledd. Det heter i § 1 første ledd at loven gjelder «inntil en ny konvensjon mellom Norge og Sverige om reinbeite kan tre i kraft». En ny konvensjon er ennå ikke inngått mellom Norge og Sverige.

Førstvoterende påpeker at grensereinbeiteoven ikke angir de svenske reindriftssamenes privatrettslige rettigheter i Norge: «En slik angivelse er heller ikke nødvendig for å konstatere slike rettigheter. I dag er det sikker rett at alders tids bruk gir reindriftsutøvere rettsgrunnlag for rettigheter, forutsatt at vilkårene for dette er oppfylt, jf. prinsippet i reindriftsloven § 42 tredje ledd» (avsnitt 99). Grensereinbeiteoven er en *offentligrettslig reguleringslov*. Gjennom denne har Stortinget regulert hvor og når svenske samer kan ha sine rein på beite i Norge. Nærmere detaljer skal fastsettes ved forskrift, men disse skal ifølge førstvoterende «ta utgangspunkt i det Stortinget gjennom konvensjonen og loven besluttet i 1972» (avsnitt 100).

I følge førstvoterende er et sentralt spørsmål i saken «i hvilken grad forvaltningen har kompetanse – og eventuelt plikt – til å fravike den regulering som Stortinget har fastsatt» (avsnitt 101). Det siktes her til reguleringer fastsatt av Stortinget i 1972, reguleringer som nå fremgår av forskrift. Lovens ordlyd og forar-

beider viser ifølge førstvoterende at man har ment å regulere den grenseoverskridende reindriften fullt ut, og hans konklusjon så langt er at grensereinbeiteoven «angir rammene for når og hvor svensk rein kan føres på beite i Norge. Hverken regjeringen eller reindriftsforvaltningen har i utgangspunktet kompetanse til å fravike loven ved å gi tilgang til andre områder» (avsnitt 105).

I grensereinbeiteoven § 1 annet ledd er det riktig nok gitt visse unntak, men disse er ikke anvendelige i denne saken. Derimot åpner forarbeidene for ytterligere unntak, og førstvoterende siterer fra Ot.prp. nr. 75 (2004–2005) (avsnitt 107):

«Det er ingen uenighet om at de svenske samebyers rettigheter skal respekteres. Derimot har man fra norsk side ikke kunnet akseptere en slik konstatering av rettstilstanden som svensk side har foreslått. Det man fra norsk side har foreslått er en bestemmelse som uttrykkelig sier at dersom noen som driver grenseoverskridende reindrift, ved rettskraftig dom får slått fast beiterettigheter som går ut over konvensjonens bestemmelser, så skal dommen gå foran konvensjonen. Dette vil sikre at en ny konvensjon ikke vil frata eller svekke noens rettslige krav på beiteområder utenfor konvensjonsområdene. Det må være domstolene som tar standpunkt til hvilke privatrettslige rettigheter som foreligger og hvilke konsekvenser de tidligere reindriftskonvensjonene eventuelt har hatt i den forbindelse» (s. 3).

Videre heter det i forarbeidene (avsnitt 108):

«Dersom noen reindriftssamer skulle anse sine rettigheter for krenket vil domstolene kunne ta stilling til dette og konkretisere eventuelle rettigheters beliggenhet og omfang. For å fastsette slike rettigheter vil det være nødvendig med en domstolsbehandling da lappkodusillen ikke angir konkrete private rettigheter» (s. 6).

Det er ikke klart hvordan forarbeidene skal forstås. Forarbeidene åpner for at reguleringen skal falle bort når private rettigheter fastsettes ved dom. Førstvoterende mener at dette neppe kan «forstås annerledes enn at det i en dom kan fastsettes at private rettigheter skal respekteres, i den forstand at grensereinbeiteoven skal vike» (avsnitt 110). Forvaltningen har først etter en dom som slår fast samebyens private rettigheter kompetanse – og er da også forpliktet – til å endre beitegrensene (avsnitt 111).

Om denne forståelsen av forarbeidene uttaler førstvoterende: «Jeg kjenner ikke til tilsvarende ordninger fra andre rettsområder, men som nevnt må lovens ordning ses i lys av den helt spesielle tilblivelseshistorien» (avsnitt 112).

Det neste spørsmålet er da om *Saarivuoma sameby ved alders tids bruk har slike rettigheter til tvistområdene at dagens regulering må opphøre*. For at privatrettslige rettigheter skal være etablert gjennom

alders tids bruk, «kreves at det har foregått en viss bruk, som må ha funnet sted i lang tid, og som har skjedd i god tro. Avgjørelsen må foretas ut fra en bred vurdering» (avsnitt 120). Førstvoterende viser videre til Selbu-dommen, Rt. 2001 s. 769, der det fremgår at «det ved vurderingen må tas i betraktning hvordan reindriften utøves». Reindriften «er nomadisk, ikke permanent, og arealene benyttes etter behov. Det kan derfor gå lang tid mellom hver gang et område blir benyttet» (avsnitt 121).

Førstvoterende påpeker at allerede i Altevann-dommen, Rt. 1968 s. 429, uttalte Høyesterett (s. 437–438) at samer fra Saarivuoma sameby – og også Talma sameby – i

«slekt etter slekt ... i hvert fall ett hundreår før grensen ble fastlagt i 1751, har hatt boplasser ved Altevann med stabbur, skillegjerder, båter og annen redskap de trengte, og at lappene senere årvisst har brukt området med beite og fiske. Man må da ... kunne fastslå at fra historisk tid har lappene i dette bestemte område etablert og festnet en nødvendig bruk i næring» (avsnitt 122).

Også andre utredninger bekrefter at områdene rundt Altevann er brukt av Saarivuoma fra langt tilbake i tid. Denne bruken omfatter også tvisteområdene i saken.

De områdene saken gjelder har helt siden 1972-konvensjonen – altså i nesten 50 år – ikke vært satt av til sommerbeite for Saarivuoma, men ifølge førstvoterende har dette tidsspennet ikke betydning for saken: «Som jeg har fremholdt i flere sammenhenger, endret ikke konvensjonen eller loven fra 1972 de privatrettslige forhold» (avsnitt 125).

Førstvoterende påpeker at retten ikke har grunnlag for å fastslå at Saarivuoma har enerett – eventuelt en slags førsterett – til reindrift i tvisteområdet. Dette må avgjøres i en sak der andre som mener å ha beiterettigheter i området, er gjort til parter. En enerett eller en slags førsterett for Saarivuoma er imidlertid heller ikke nødvendig for å avsi dom for å fastslå at reguleringen som har skjedd i medhold av reinbeiteloven må opphøre.

I likhet med førstvoterende mente *annenvoterende* at Saarivuoma gjennom alders tids bruk hadde etablert beiterettigheter i tvisteområdene. Men etter hennes syn skulle denne retten vært respektert også før det ble avsagt dom som fastslo rettighetene.

Annenvoterende peker på at Lappekodisillen ble gitt for å sikre de etablerte samiske rettigheter, men at dette hensynet i liten grad har blitt tillagt vekt i de etterfølgende reinbeitekonvensjonene. Formålet ved konvensjonene har først og fremst vært å finne praktiske løsninger for ulike næringsutøvere. I forarbeidene til de første reinbeitekonvensjonene er det hensynet til jordbruksnæringen som løftes frem. Senere så man også behovet for å regulere beitetilgangen mellom ulike samiske grupperinger. Konvensjonene har hatt en klar karakter av offentligrettslig regulering, som er søkt gjennomført uten hensyn til de historiske rettigheter.

Reinbeitekonvensjonen fra 1972 bygger i stor grad på utredningen fra den norsk-svenske reinbeitekommissjonen av 1964, avgitt i 1967, hvor fokus var på effektiv reindrift, og hvor rettighetsspørsmål ikke ble drøftet. Annenvoterende fremhever at «[d]enne måten å betrakte samiske rettigheter på er i dag forlatt, jf. blant annet HR-2018-872-A, Femund sitje» (avsnitt 28).

Er Saarinuomas gamle rettigheter gjennom lov og forskrifter satt til side, kan det ikke, slik førstvoterende mener, være et krav om dom før reguleringen må vike. Etter annenvoterendes syn er det ikke rettslig grunnlag for en slik løsning. En slik løsning innebærer «at staten etter grensebeite-loven med tilhørende forskrift kan se bort fra kjente, etablerte rettigheter, med mindre rettighetshaveren går til sak for å få fastslått disse». Dette kunne ifølge annenvoterende ikke ha vært lovgivers mening. Hun mener det fremgår klart av forarbeidene «at staten – på dette området, som på andre rettsområder – må respektere privatrettslige rettigheter. Kun der det er tvist om det foreligger slike rettigheter, eller om omfanget av disse ikke kan klarlegges på annen måte, vil det som anvist i forarbeidene være nødvendig å gå til søksmål for rettighetshaveren». Ifølge annenvoterende er den løsningen som førstvoterende tar til orde for, ikke kjent fra andre rettsområder og hun «er uenig i at lovens tilblivelseshistorie skal føre til et svakere vern for privatrettslige rettigheter enn hva som ellers ville vært tilfellet». Hun minner om at Saarivuoma gjennom Altevann-dommen i 1968 fikk fastslått beiterettigheter på norsk side (avsnitt 173).

Annenvoterende peker videre på at førstvoterendes syn heller ikke er i tråd med prinsippet i dagens reindriftslov om at rettigheter basert på alders tids bruk, gir rettigheter utover det som fremkommer av lovgivningen. Et eksempel er reindriftsloven § 42, der det fremgår at inndelingen i reinbeitedistrikt i Norge ikke er til hinder for bruk av beiter i et annet distrikt når dette følger av særskilt rettsgrunnlag (avsnitt 174). Det tilsvarende prinsipp må gjelde også for grensebeite-loven og tilhørende forskrifter. Dette syn er ifølge annenvoterende «også best i samsvar med Grunnloven og bestemmelsene til vern om urfolk i de internasjonale konvensjonene» (avsnitt 175).

#### *Særlig om erstatningsspørsmålet*

Både første- og annenvoterende konkluderte altså med at Saarivuoma sameby gjennom alders tids bruk hadde rett til reindrift i tvisteområdet, men med noe ulik begrunnelse. Denne forskjellen avspeilet seg også i vurderingen av erstatningsspørsmålet.

Førstvoterende påpeker at erstatningsansvar kan være aktuelt på to grunnlag, et uaktsomhetsansvar eller et ansvar på ekspropriasjonsrettslige prinsipper. Som nevnt kom førstvoterende til at forvaltningen først ved dom kunne fravike lovens og forskriftens regulering av beitene. Noe uaktsomhetsansvar for forvaltningen var det derfor ikke rom for (avsnitt 147).

Samebyen anførte også at selve lovreguleringen var uaktsom siden det ikke var tatt hensyn til samebyens etablerte rettigheter. Førstvoterende pekte på at det er snevre rammer for et erstatningsansvar knyttet til innholdet i en formell lov, og viser her til HR-2016-296-A. Uaktsomhetsansvar kunne likevel foreligge hvis lovbestemmelsen er i strid med Grunnloven eller med internasjonale konvensjoner. Men siden førstvoterende tidligere hadde kommet til at grensereinbeite-loven ikke var i strid med Grunnloven eller internasjonale forpliktelser, var et erstatningsansvar på dette grunnlag heller ikke aktuelt.

Heller ikke på ekspropriasjonsrettslige grunnlag kunne samebyens krav på erstatning føre frem. Grensereinbeite-loven var en reguleringslov, ikke en ekspropriasjonslov. Samebyens rettigheter var ikke overført til andre, de var bare båndlagt, og førstvoterende uttaler:

«Etter sikker rett må eier eller rettighetshaver som den store hovedregel finne seg i offentligrettslige reguleringer uten at dette gir rett til erstatning. Dette gjelder som utgangspunkt også for reindriftsnæringen, selv om dette skulle komme andre interesser til gode. Jeg viser her til Rt-2004-1092, som gjaldt krav om erstatning fra reindriftsamer etter et vedtak om fredning begrunnet i hensynet til landbruket. Som det fremgår av dommens avsnitt 76, vil det imidlertid kunne foreligge erstatningsplikt dersom inngrepet er vesentlig og av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om inngrepet skal tåles» (avsnitt 153).

Erstatningsplikt ville først inntre hvis reguleringen innebærer et vesentlig inngrep og virker sterkt urimelig, og det var ikke tilfelle i den foreliggende sak. Førstvoterende peker på at perioden fra 1972 og frem til 2005 ikke kan danne grunnlag for erstatningsplikt for den norske staten. Reguleringen bygget i denne perioden på konvensjon mellom den norske og den svenske staten, og det

«fremstår fremmed at den norske staten skulle betale erstatning til et svensk rettssubjekt bygd på begrensninger som fulgte av en folkerettslig avtale mellom de nevnte statene. I en slik situasjon måtte det i første rekke være opp til Sverige å ivareta interessene til svenske rettssubjekter, herunder eventuelt å betale erstatning for inngrep som avtalen måtte medføre» (avsnitt 156).

En erstatningsplikt for staten kunne først være aktuelt i perioden fra 2005 og frem til i dag, da det er i dette tidsrommet den norske staten har begrenset utøvelsen av Saarivoumas beiterettigheter. Men heller ikke ute-stengelsen fra beiteområdene i denne perioden kunne gi grunnlag for erstatning. Det var tale om en midlertidig begrensning, som videreførte en eksisterende begrensning forankret i en konvensjon. Førstvoterende viste videre til at Saarivuoma ikke på et tidligere

tidspunkt hadde benyttet adgangen til å gå til sak om beiterettighetene (avsnitt 158).

*Annenvoterende* hadde et annet syn på spørsmålet om erstatning på ekspropriasjonsrettslig grunnlag. Etter grensereinbeite-loven hadde Saarivuoma ikke anledning til å bevege seg inn i de omtvistede områdene; samebyen var utestengt fra disse områdene i sin helhet. Staten hadde deretter latt andre bruke områdene til vinterbeite, og annenvoterende uttaler: «Slik jeg ser det, har dette klare likhetstrekk med ekspropriasjon» (avsnitt 180).

Selv om grensereinbeite-loven var midlertidig, hadde loven vært i kraft i 16 år, og virkningene av loven var dermed av en slik karakter at de fremsto som «varige». Ser man også hen til konvensjonsreguleringen i 1972, hadde utestengningen til nå vart i om lag 50 år. Annenvoterende peker videre på at hvis Saarivuoma skulle forsøke å benytte sine gamle rettigheter i området, risikerte samebyen sanksjoner i form av beiteavgift, tvangsmulkt, tvangsutdriving av dyr eller pålegg om riving av hytter de eventuelt kunne hatt stående (avsnitt 180). Annenvoterende uttaler: «Slik jeg ser det, innebærer reguleringen at sentrale samiske rettigheter, som har et særskilt rettslig vern etter nasjonal og internasjonal rett, er satt til side.»

Reguleringen var et vesentlig inngrep som hindret Saarivuoma i å utøve sin etablerte rett i medhold av alders tids bruk, og det fremstår som sterkt urimelig at samebyen skal måtte tåle dette (avsnitt 182). Samebyen hadde derfor etter annenvoterendes syn krav på erstatning.

På grunn av foreldelsesreglene kunne Saarivuoma imidlertid bare kreve erstatning fra de tre årene før samebyen tok ut stevning i saken.

En dommer sluttet seg til førstvoterende syn på spørsmålene i saken, en annen dommer sluttet seg til annenvoterende syn.

Den siste av dommerne ville som nevnt avvise søksmålet mot staten med den begrunnelse at sak skulle vært reist mot det reinbeitedistrikt som nå benyttet tvisteområdet som vinterbeite. Hun mente videre at staten var i sin fulle rett til å regulere reinbeiteområdet slik det var gjort i henhold til grensereinbeite-loven. Dermed var det heller ikke grunnlag for samebyens erstatningskrav.

*Kirsti Strøm Bull*

### **Forholdet mellom ekspropriasjon og regulering – litt om hvordan likeartede grunnlovsspørsmål behandles i Norge og USA**

Forholdet mellom ekspropriasjon og regulering er en rettslig klassiker. Hvor går grensen mellom avståelse, med ubetinget konstitusjonell erstatningsbeskyttelse, og regulering, der den konstitusjonelle erstatningsbeskyttelsen er heller betinget? Og hva skal i sistnevnte tilfelle egentlig til for at krav om erstatning utløses?

Tilfeldighetene ville ha det til at både den norske og den føderale amerikanske høyesteretten i slutten av juni avsa dommer om disse problemstillingene. Selv om faktum i de to sakene var svært ulike, er det temmelig interessant å sammenligne de rettslige resonnementene. Hvorfor? Er ikke de to rettssystemene for forskjellige? Vel, mangt og mye er ulikt, men den konstitusjonelle erstatningsbeskyttelsen ved ekspropriasjon har klare likhetstrekk. Vi snakker her om to av verdens eldste konstitusjoner, som ble til under den samme rettskulturelle ideologi, og der ordlyden i eiendomsrettsbeskyttelsen er likeartet. Erstatning for tvungen *avståelse til andre* har svært sterk konstitusjonell beskyttelse etter ordlyden, mens reglene om erstatning som følge av rene *rådighetsreguleringer* er domstol-utviklet, med skjønsmessige, men ganske strenge, vilkår. Konstitusjonsbeskyttelsen i de to landene er dermed prinsipielt forskjellig fra den eiendomsrettsbeskyttelsen som gjelder etter den atskillig mer moderne EMK, der rettsbeskyttelsen mot både avståelse og regulering er omfattet av den skrevne regelen, og der begge kategorier i prinsippet er underkastet en proporsjonalitetstest.

Den norske dommen – *HR-2021-1429-A* – gjaldt ute-stengelse fra reinbeiteområder. En helhetlig beskrivelse av dommen er gjort her i heftet, i Kirsti Strøm Bulls artikkel *HR-2021-1429-A: Spørsmål om grensereinbeite-loven av 1972 med forskrifter var i strid med en svensk samebys rettigheter til beiteområder i Troms ervervet gjennom alders tids bruk*. I artikkelen her skal vi se mer spesielt på erstatningsspørsmålet knyttet til ute-stengelsen. Men la oss først ta en titt på den amerikanske dommen – *Cedar Point Nursery et al. v. Hassid et al.* – som ble avsagt den 23. juni 2021 (No. 20–107).

Saken gjaldt krav fra fagforeningen United Farm Workers om tilgang til produksjonsområdene til to frukt- og bærprodusenter i California. Etter en californisk lovbestemmelse skal fagforeningsrepresentanter ha adgang til en arbeidsplass i en time før arbeidstid, en time i lunsjpausen, og i en time etter arbeidstid – begrenset til samlet 120 dager i året – for å promotere fagforeningsvirksomhet og -innmeldelse. En jordbærprodusent og en drue- og sitronprodusent hadde imidlertid nektet fagforeningsrepresentantene adgang, med den begrunnelse at lovhjemmelen stred mot eiendomsvernet i den amerikanske konstitusjonen (det femte grunnlovstillegget). Loven hjemlet nemlig ikke erstatning for eventuelt tap (på grunn av prosessuelle forhold fikk produsentene fremmet saken som et krav om utestengelse av fagforeningsrepresentantene).

Spørsmålet var om fagforeningsrepresentantenes adgang representerte en eiendomsavståelse ('taking'), som uten videre ville medføre konstitusjonsbrudd (når erstatning ikke var hjemlet), eller om det bare dreide seg om en regulering, som måtte underlegges en 'regulatory taking test' – likeartet hvordan Høyesterett i Norge behandler krav om erstatning etter prinsippet i Grunnloven § 105 for rådighetsinnkrenkninger.

Som etter norsk rett er det i sistnevnte tilfelle et skjønsspørsmål om et konstitusjonelt krav om erstatning anses å foreligge i den enkelte sak. Mens Høyesterett har sluttet seg til en enhetlig rettssetning om skjønstemaet – om inngrepet er vesentlig og av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om det skal tåles – er utgangspunktet i amerikansk rett bare et stikkord: om eiendomsreguleringen går 'too far'. Men de nærmere skjønstemaene er bemerkelsesverdig likeartet de norske; typisk om den negative økonomiske virkningen av reguleringen er vesentlig, i hvilken grad det er foretatt investeringer i tillit til den rettslige situasjonen før reguleringen, og hvilken 'karakter' reguleringen har. Siden det var enighet om at tilfellet ikke ville kvalifisere til en 'regulatory taking' dersom det falt utenfor kategorien avståelse, ble kategoriseringen avgjørende.

Retten delte seg i to fraksjoner, tilsynelatende etter en tradisjonell konservativ/progressiv delelinje. Flertallet på seks, målbåret av justitiarius Roberts, falt ned på at saken representerte et tilfelle av avståelse, og dermed at den californiske lovgivningen brøt med den føderale konstitusjonen. Mindretallet på tre, målbåret av dommer Breyer, kom til at tilfellet heller måtte kategoriseres som en regulering. Det springende punkt var hvilken rettslig betydning det skulle gis, at det her ikke bare var snakk om å regulere utnyttelsesfriheten av eiendommen (hvor dan eieren selv kunne bruke den), men om å regulere besittelsesbeskyttelsen – å gi utenforstående tilgang til eiendommen. Roberts fremhevet at «the right to exclude» er et fundamentalt element i eiendomsretten, og «one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property». Som vi ser, holdt Roberts seg til en funksjonell tilnærming til konseptet om eiendom, men ga ekskluderingsretten en særstilling blant funksjonene. Konsekvensen han trekker av denne særstillingen, er en regel om at enhver fysisk besittelsesovertakelse av en eiendom som det offentlige gjennomfører eller tillater mot eierens vilje, er å betrakte som avståelse, og uten videre erstatningspliktig etter konstitusjonen. På vegne av flertallet formulerer han så et sett av unntak fra denne regelen, uten at det tilfellet som forelå i saken, falt innenfor noen av unntakene.

Mindretallet hadde et mer nyansert syn på sakens prinsipielle side, og mente det måtte til en noe mer kvalifisert/permanent besittelsesovertakelse av eiendommen enn det som her var tilfelle, før det var snakk om en 'taking' i konstitusjonens forstand. På vegne av mindretallet fremholdt Breyer at eierens rett til å ekskludere andre fra eiendommen er én blant mange eiendomsbeføyelser; riktignok er den en viktig beføyelse, men den er ikke per definisjon unntatt å kunne reguleres erstatningsfritt. Slik lite inngripende og mer sporadisk adgang til produksjonsområdene som den californiske lovgivningen la opp til, måtte følgelig underkastes en vanlig 'regulatory taking test'.

Den 30. juni 2021 ble så den norske dommen avsagt. Også her hadde myndighetene sluppet andre til på



rettighetshaverens område, i atskillig større skala, men på en mer indirekte og sammensatt måte. Siden langt tilbake har reindriftssamene brukt reinbeitet på Nordkalotten uavhengig av landegrensene, og siden 1751 har det vært ulike avtaler mellom Norge og Sverige for å sikre samenes reindrift. Den rettslige statusen for beitebruken har imidlertid endret seg – særlig de siste 50 årene. Fra å ha vært ansett som tålt bruk, ble reindriftsbruken i Altevanndommen, Rt. 1968 s. 429, bekreftet som en privatrettslig rettighet, som berettiger erstatning ved ekspropriasjon.

En av partene i Altevanndommen – en svensk sameby – var også part i dommen fra juni i år, og tvistegjenstanden var igjen områder rundt Altevann. Ved en konvensjon av 1972 – i Norge gjennomført i reinbeite Lovgivingen samme år – ble nemlig den aktuelle samebyen utestengt fra deler av områdene. Den norsk-svenske kommisjonen som forberedte konvensjonen hadde lagt til grunn at distriktene rundt Altevann etter hvert var blitt mindre brukt av den aktuelle samebyen, og hadde anbefalt at reindriftssamer fra Finnmark burde få tildelt reinbeitearealer der, for å avlaste beitepresset på Finnmark. Å utestenge de svenske samene var en forutsetning for å legge områdene ut for bruk til norske samer: De svenske samenes bruk av området – til vår-, sommer- og høstbeite – ville ikke være forenlig med de norske samenes bruk til vinterbeite. Ved barmarksbeite skades laven av tråkk og beiting, og reinen selv har om vinteren en tendens til å unngå områder som er beitet på barmark (avsnitt 209). Både norske og svenske myndigheter bygget på at samebyens (nå begrensede) beiteareal i Norge ville være tilstrekkelig for den. I samsvar med disse tilrådingene, fikk et norsk reinbeitedistrikt fra begynnelsen av 1970-tallet tildelt beiteområder i Altevanndistriktet.

Nå viste det seg at den svenske samebyen likevel trengte mer beiteareal i Altevannområdet, og i 1978 ble det inngått avtale mellom Troms Reindriftssamers Fylkeslag og den svenske samebyen om utvidelse av svenskenes beiteområder, en endring som i 1985 ble reflektert i reinbeite Lovgivingen (avsnitt 87). Men også etter denne utvidelsen var samebyen utestengt fra de områdene som var gjenstand for høyesteretts-saken. I 2005 utløp konvensjonen av 1972, og ved inngangen til saken bygde utestengelsen av samebyen fra de omtvistede områdene på en alminnelig offentligrettslig regulering (avsnitt 96).

Høyesteretts flertall la prejudisielt til grunn at samebyen hadde beiterett i de områdene den var utestengt fra – at den hadde en privatrettslig rettighet til vår-, sommer- og høstbeite for rein – med grunnlag i alders tids bruk. Ikke bare eiendomsrett, men også bruksrettigheter som dette er beskyttet mot erstatningsfri *avståelse* etter Grunnloven § 105. *Regulering* av bruksretten kan derimot som den store hovedregel gjøres erstatningsfritt.

Et flertall på tre dommere fant at tilfellet gjaldt en erstatningsfri regulering. To av disse dommerne fant – etter en tolkning av hjemmelsgrunnlaget – at ute-

stengelsen måtte opphøre i og med den prejudisielle avgjørelsen av rettighetsspørsmålet. Men disse to dommerne la – i likhet med mindretallet i den amerikanske dommen – vekt på *reguleringsaspektet* når det gjaldt erstatning for den forutgående perioden. «Grensereinbeite loven er som nevnt en reguleringslov, ikke en ekspropriasjonslov», fremholdt de, og ved offentligrettslige reguleringer tilsier rettspraksis at erstatningsplikt bare vil foreligge om inngrepet er vesentlig og av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om inngrepet skal tåles (avsnitt 153). De to dommerne fant ikke at disse strenge vilkårene var oppfylt i saken (en tredje dommer sluttet seg til dette synet på det konstitusjonelle erstatningsspørsmålet).

Nå var de to dommerne på det rene med at utestengelsen av samebyen faktisk skjedde for å gi norske reindriftssamer vinterbeitegang, men de fremholdt at offentligrettslige reguleringer må tåles uten erstatning, også om reguleringen kommer andre interesser til gode. Om dette viste de til Rt. 2004 s. 1092, som også gjaldt utestengelse av samer fra beitebruk: Senja har fra gammelt av vært reinbeite for samene, inkludert Stonglandshalvøya, der beitet særlig ble brukt i vanskelige vintre. Samtidig har det på Stonglandshalvøya fra langt tilbake vært drevet jordbruk, og utestengelsen «har sin bakgrunn i at reinen vinterstid trekker ned på innmarken til bøndene der den beiter ulovlig og volder skade» (Rt. 2004 s. 1092, avsnitt 39). I den dommen ble altså beiteretten regulert fordi utnyttelsen var til skade og ulempe for en etablert privatrettslig rettighet *på et annet område* – eiendomsretten til innmark for naboer som drev jordbruk. I vår sak ble derimot reguleringen gjort for å muliggjøre en konkurrerende bruk av *samme areal*. Da utestengelsen av de svenske samene var en forutsetning for å kunne tillate områdene brukt av norske samer, fremstår den i praksis – de facto – som en overføring av bruksretten til arealet fra bruksrettshaveren til en ny bruker. Å se bort fra *avståelsesaspektet* under henvisning Rt. 2004 s. 1092, fremstår derfor mindre treffende.

De to siste dommerne la på sin side stor vekt på *avståelsesaspektet*. De fremholdt ikke bare at samebyen i sin helhet var fratatt muligheten for å bruke området til tradisjonell reindrift, men også at rettighetene var «videreført til andre, som vinterbeite. Slik jeg ser det, har dette klare likhetstrekk med ekspropriasjon» (avsnitt 180). Likevel vurderte heller ikke disse dommerne – slik flertallet i den amerikanske dommen gjorde – erstatningsspørsmålet etter reglene om avståelse, men etter vilkårene ved rådighetsbegrensning. De vurderte reguleringen som et «vesentlig inngrep ... som det etter en helhetsvurdering fremstår som sterkt urimelig at samebyen må tåle. Etter min oppfatning går reguleringen utover det myndighetene kan gjøre erstatningsfritt som rådighetsbegrensning. Det foreligger derfor grunnlag for erstatning knyttet til reguleringen av beiteområdet» (avsnitt 180).

Slik saken lå an, ville det vært nærliggende å benytte Grunnloven § 105 direkte. Det er sikker rett at overføring og stiftelse av bruksretter er omfattet av grunnlovsbestemmelsen. At det i saken ikke var truffet noe formelt ekspropriasjonsvedtak, er ikke avgjørende. For de facto-ekspropriasjon av rett til bruk har rettspraksis riktignok i Rt. 2004 s. 1985 – som gjaldt spørsmålet om erstatning for at barn under 16 år ble gitt adgang til innlandsfiske uten eiers eller rettighetshavers tillatelse – oppstilt en terskel for uvesentlige rettighetsinngrep. Men terskelspørsmålet er uten betydning i vår sak, hvor samebyen i sin helhet var utestengt fra å bruke beiteretten i tvisteområdet. På den annen side må Rt. 2004 s. 1985 forstås slik at det ville vært erstatningsplikt etter Grunnloven § 105, om ikke den aktuelle lovgivningen hadde begrenset seg til fiske som ikke var til vesentlig fortrensel for rettighetshavernes eget fiske: «Jeg ser det slik at det er denne som skal forhindre at barns fiskerett medfører et inngrep av en slik betydning at det utløser erstatningsplikt etter Grunnloven § 105. Grunneierens ulempe kan og skal på denne måten reduseres slik at den blir et mindre vesentlig inngrep som ikke utløser erstatning» (avsnitt 61). I tilfeller av de facto-ekspropriasjon har det til nå altså ikke gjeldt slike strenge erstatningsvilkår som for rene rådighetsinnskrenkninger.

Spørsmålet er hvorfor Høyesterett i HR-2021-1429-A vurderte et tilfelle som fremstår som de facto-ekspropriasjon som en ren rådighetsinnskrenkning. Svaret kan ligge i en for svak bevissthet om betydningen av uttrykket «avgi» i Grunnloven § 105. Går vi tilbake til den amerikanske avgjørelsen, slår domstolen utvetydig fast at uttrykket «taken» i konstitusjonen knytter seg til realitetene, ikke formalitetene. ‘Taking’ omfatter formell overtakelse så vel som rent fysisk besittelsesovertakelse, mens reglene om ‘regulatory takings’ trer i kraft der bare eierens utnyttelsesfrihet er innskrenket: «The essential question is ... whether the government has physically taken property for itself or someone else—by whatever means—or has instead restricted a property owner’s ability to use his own property». For den amerikanske høyesteretten begrenset problemet seg da til nærmere å presisere grensene for hva som utgjør en «physical taking».

Noen tilsvarende analyse av uttrykket «avgi» leter vi forgieves etter i den norske høyesterettsdommen. To dommere starter drøftelsen med å fastslå at det dreier seg om reguleringslovgivning og ikke ekspropriasjonslovgivning, men ser ikke på om de realiteter reguleringen har ført til, kan kvalifisere til «avgi» i Grunnlovens forstand. De to andre dommerne vurderer sakens realitet, finner at reguleringen fratår samebyen rettighetsutøvelsen «i sin helhet», og at rettighetene er «videreført til andre». Uten nærmere drøftelse prøves likevel faktum mot de strenge vilkår for rådighetsinnskrenkning, og ikke mot uttrykket «avgi» i Grunnloven.

Disse manglene gjør at sakens rettsavklarende verdi blir redusert på dette prinsipielt viktige punktet: den

kan neppe gis særlig prejudikatsverdi for andre saker der grensen mellom direkte anvendelse av Grunnloven § 105 og den domstolsskapte regelen om erstatning for sterkt urimelige rådighetsinnskrenkninger er tema.

*Geir Stenseth*

## FORSIKRINGSRETT

### Selskapets rett til å pålegge forsikrede kirurgisk inngrep i personforsikring – HR-2021-1338-A

Saken gjaldt krav om dekning under en avtale om lisensforsikring og spørsmålet om forsikringsselskapet kunne avslå ansvar fordi den forsikrede ikke vil gjennomføre et kirurgisk inngrep, jf. forsikringsavtaleloven § 13-12:

«Selskapet kan gi den forsikrede pålegg om tiltak som åpenbart vil begrense omfanget av selskapets ansvar, og skal dekke kostnadene ved disse tiltak. Den forsikrede plikter ikke å følge et pålegg som gjør et urimelig inngrep i friheten til å råde over sin person.

Har den forsikrede forsettlig eller grovt uaktsomt latt være å følge et pålegg som han eller hun plikter å etterkomme, kan selskapets ansvar settes ned eller falle bort.»

A arbeidet som flyger i selskap S fra 2005. A fikk kraftige smerter i magen i oktober 2015. Han oppsøkte lege, som påviste en gallestein på ca. 1 cm. Smertene skyldtes gallesteinsanfall og førte til at A var sammenhengende sykmeldt fra november 2015. Dette førte til at flylegen 1. februar 2017 tilbakekalte legeattesten hans for flygere med det resultat at han også mistet sitt flysertifikat. Krav om legeattest og flysertifikat følger av EU-rettslige regler.

S hadde tegnet «lisensforsikring» til fordel for sine ansatte i P Forsikring (P). En lisensforsikring dekker inntektstapet som følge av varig tap av lisens pga. bl.a. sykdom. A fremsatte etter tapet av flysertifikatet krav om dekning under forsikringen. P avslo kravet fordi lisenstapet ikke var varig og viste til at A kunne få fjernet gallesteinen ved kikkhullskirurgi og bli i stand til å fly igjen etter kort tid. A klaget avslaget inn for Finansklagenemnda Person, som ga A medhold i krav om delutbetaling. Dette ble akseptert av P. Etter at flylegen bekreftet at lisenstapet ville bli varig uten operasjon, krevet A resten av beløpet; noe P igjen avslo. A fikk medhold i kravet i FinKN-2018-687 og tingretten, men tapte i lagmannsretten og Høyesterett.

Partene var enige om at A ikke ville få tilbake legeattesten hvis han ikke ble operert, og det var klart at han i så fall ville ha krav på resten av utbetalingen. Spørsmålet var derfor om forsikringsselskapet kunne

pålegge A å gjennomføre operasjonen, med den virkning at selskapet ble helt eller delvis fritatt for ansvaret om han ikke fulgte pålegget, jf. fal. § 13-12 referert ovenfor.

Retten pekte på at det ifølge NOU 1983:56 side 161 ikke gjelder noen alminnelig tapsbegrensningsplikt ved ulykkes- og sykeforsikring. Retten mente likevel at tapsbegrensningsplikten i erstatningsretten kunne gi momenter til tolkningen fordi bestemmelsen la opp til skjønsmessige vurderinger og de bærende hensyn var likeartede (avsnitt 39).

Retten så først på spørsmålet om selskapets pålegg om kikkhullskirurgi «åpenbart vil begrense omfanget av selskapets ansvar», jf. fal. § 13-2 første ledd første punktum. Retten la til grunn at A ville få attesten tilbake dersom han ble fullt restituert fra smertene og operasjonen, og han heller ikke hadde forstyrrelser i mage- eller tarmkanalen (avsnitt 43). Retten diskuterte deretter hvor stor sannsynlighetsovervekt som var påkrevet. Ordlyden tilsa høy sannsynlighetsovervekt. Ifølge NOU 1983:56 side 161 behøver den forsikrede ikke å underkaste seg pålegget «dersom det er grunn til å tvile på» at resultatet blir vellykket. Dette tilsa at beviskravet er strengere enn klar sannsynlighetsovervekt (avsnitt 44). Derimot kunne man ikke kreve en sannsynlighetsvekt som lå opp mot det strafferettslige kravet. Dette ville medføre at regelen mistet sin betydning fordi bevistemålet gjaldt et fremtidig forhold som ikke kunne fastslås med sikkerhet (avsnitt 45). Formuleringen «åpenbart» ble derfor tolket slik at beviskravet ikke var like strengt som det strafferettslige, men likevel strengere enn klar sannsynlighetsovervekt (avsnitt 47). Basert på «anerkjent medisinsk viten» (avsnitt 49) bl.a. ved uttalelser fra flere medisinske sakkyndige og flere studier, konkluderte retten med at sannsynligheten samlet sett var betydelig – anslagsvis i området 85 til 90 prosent – for at en gallesteinsoperasjon av A ville bli vellykket, dvs. uten slike ettervirkninger som ville hindre ham å få tilbake legeattesten for flygere. Retten regnet dette som tilstrekkelig selv om den nedre delen av intervallet nok lå i grenseland (avsnitt 55). Konklusjonen var derfor at tiltaket «åpenbart» ville begrense omfanget av forsikrings-selskapets ansvar (avsnitt 56).

Retten så deretter på spørsmålet om inngrepet ville utgjøre et «urimelig inngrep i friheten til å råde over sin person», jf. fal. 13-2 første ledd andre punktum, og derfor ikke kunne pålegges A. Verken lovteksten, lovforarbeidene eller høyesterettspraksis ga klar anvisning på hva som lå i kravet. Retten fant det likevel «klart» at det skulle utøves et skjønn, hvor hensynet til den personlige frihet og kroppslige integritet måtte avveies mot hensynet til forsikringskollektivet, som måtte betale for As motvilje (avsnitt 58–59). Retten mente man her kunne trekke inn hvordan Høyesterett hadde trukket grensen i erstatningssaker. Retten viste til Rt-1962-938 *Nestun*, som gjaldt en trafikkskadet husmor med hovedansvaret for tre mindreårige barn. Høyesterett kom til

at husmoren ikke pliktet å la seg operere, selv om dette med stor grad av sannsynlighet ville redusere skadene hennes. Begrunnelsen var at hun måtte forlate barna i syv uker på grunn av sykehusopphold, og at det ville gå ytterligere et par måneder før hun kunne gjenoppta husarbeidet. Retten pekte på at avgjørelsen var knyttet konkret til skadelidtes individuelle situasjon og belastning (avsnitt 61). I Rt-1985-46 *danselærer* ble krav om ménerstatning ikke redusert selv om en øyeskade antakeligvis kunne opereres. Det var «lite» opplyst om operasjonen og risikoen ved den, og dessuten ville en slik operasjon «virke urimelig overfor [skadelidte] på grunn av det hun har gjennomgått som følge av ulykken» (avsnitt 62). Retten konkluderte med at rimelighetsvurderingen måtte gjøres helt konkret og at de belastningene tiltaket utsatte forsikrede for i sin individuelle situasjon, måtte stå sentralt (avsnitt 63).

Disse kriteriene ble så holdt mot As begrunnelse for å ikke la seg operere (avsnitt 64 flg). Begrunnelsen gjaldt fire forhold. For det *første* hadde A motvilje mot å fjerne et organ fra kroppen. Retten pekte på at en gallesteinsoperasjon ikke er blant de mest omfattende operasjonene, selv om den heller ikke er helt bagatellmessig. Den innebærer at galleblæren fjernes med kikkhullsteknikk under full narkose. Operasjonen varer fra 30 minutter til en og en halv time, og pasienten er sykmeldt i en til to uker etterpå. Kroppen fungerer i de aller fleste tilfelle like godt uten galleblæren og mulige problemer som kunne oppstå var moderate. Fjerning av galleblæren kunne derfor ikke medføre et urimelig inngrep for A (avsnitt 65–66).

For det *andre* var A redd for å bli lagt i narkose. Retten erkjente at bruk av full narkose bidro til at operasjonen ikke var helt bagatellmessig, og at tanken på å bli bevisstløs kunne gi enkelte panikkangst. Det var imidlertid ikke fremlagt opplysninger som gjorde det sannsynlig at A ville få slike reaksjoner, eller at det forelå andre medisinske grunner til at narkose ville være et problem. Heller ikke at operasjonen skjedde under full narkose kunne derfor i seg selv være så tyngende at inngrepet i friheten ble urimelig for A (avsnitt 67).

For det *tredje* fryktet A uforutsette og til dels alvorlige komplikasjoner. Men denne frykten var ikke underbygget, og kunne da ikke tillegges vekt når den reelle risikoen var så begrenset som ved det aktuelle inngrepet (avsnitt 68). Det *fjerde* argumentet var at As plager var til å leve med. Han hadde tre til fire gallesteinsanfall i året. Smertene varte da noen få timer og var ikke større enn at han klarte seg uten smertestillende. Dette kunne nok være en rasjonell grunn til å avstå fra et operativt inngrep, men måtte her sees i sammenheng med konsekvensene av å unnlate inngrepet, som var at A mistet yrket sitt. Det var også en risiko for andre sykdommer, slik som gallesteinsbetennelse og andre betennelser og infeksjoner. Heller ikke at han selv levde godt med sykdommen kunne derfor i seg selv være så tungtveiende at inngrepet i friheten ble urimelig (avsnitt 69).

Derimot hadde det ingen særlig betydning i rime-lighetsvurderingen at forsikringsutbetalingen var høy. Dette var et resultat av hva partene hadde avtalt (avsnitt 70). Risikoen for misbruk av forsikringen ved at den forsikrede hevet forsikringssummen og deretter lot seg operere for å gjenvinne arbeidsevnen kunne heller ikke tillegges betydning (avsnitt 71).

Retten konkluderer i avsnitt 72 slik:

«Samlet sett utsettes A for enkelte belastninger ved å gjennomgå en gallesteinsoperasjon. Men jeg mener disse ikke er så tyngende for ham i hans situasjon at det i denne sammenheng vil være urimelig å pålegge ham tiltaket. Operasjonen er ikke spesielt omfattende og påfører ham ikke særlige belastninger i hans individuelle situasjon.»

Retten så til slutt på virkningene av ikke å følge pålegget, jf. fal. § 13-12 andre ledd. A hadde forsettlig unnlatt å følge pålegget, selv om han skulle ha vært i tvil om han hadde plikt til å følge det (avsnitt 75). Spørsmålet var derfor om ansvaret skulle bortfalle helt eller bare nedsettes. Retten mente utgangspunktet måtte være at forsikrede stilles som om han hadde fulgt det pålegget han etter § 13-12 første ledd er forpliktet til å følge. I dette tilfellet ville selskapets ansvar bortfalt helt dersom A hadde fulgt pålegget. Da måtte resultatet bli det samme når han ikke hadde gjort det (avsnitt 76). Det var ikke grunnlag for å gjøre unntak fra dette utgangspunktet (avsnitt 77).

Det er lett å slutte seg til rettens vurdering av beviskravet, og det er heller ikke vanskelig å følge vurderingen av virkningen hvis man forutsetter at A forsettlig unnlater å utføre en operasjon han hadde plikt til å gjennomføre. Det man kan stille spørsmål ved, er rettens henvisning til tapsbegrensningsplikten i erstatningsretten. Det er ikke omstridt at skadelidte i erstatningsretten har en tapsbegrensningsplikt også når det gjelder personskader. For personforsikring er utgangspunktet ifølge forarbeidene at en slik alminnelig tapsbegrensningsplikt ikke foreligger. Dette er selskapet kjent med og kan ta hensyn til i premieberegningen. Det sentrale spørsmålet blir da etter min mening om den økte risikoen knyttet til manglende medisinske inngrep for å opprettholde arbeidsevnen er en risiko som bør utjevnes over et bredere forsikringskollektiv, eller om dette er noe den enkelte bør bære selv. Hvis man kan legge til grunn at et flertall forsikringstakere vil foretrekke et inngrep av den aktuelle typen fremfor en økning i premien, gir Høyesteretts resultat en rimelig risikodeling. Slik inngrepet er beskrevet kan dette være riktig, men det er vanskelig å se at henvisningen til erstatningsretten gir noe godt argument i denne vurderingen. En avveining mellom As innvendinger og hensynet til forsikringskollektivet – som retten tilsynelatende er inne på i avsnitt 58–59 før det går inn i erstatningsretten – burde være tilstrekkelig.

Trine-Lise Wilhelmsen

## INTERNASJONAL PRIVATRETT

### Den norske rettsorden (*ordre public*), familiegjenforening og barneekteskap – Høyesteretts kjennelse HR-2021-1345-A

Saken gjelder prøving av et vedtak av utlendingsnemnda om oppholdstillatelse etter reglene om familiegjenforening. Kjennelsen avklarer omfanget av *ordre public*-forbeholdet i ekteskapsloven § 18 a, samt vilkårene for anvendelse av forbeholdet. Kjennelsen er viktig for utlendingsrett og familierett, men den har betydning også utover disse rettsområdene. I sin argumentasjon legger Høyesterett vekt på «kva som generelt eller i andre sammenhengar karakteriserer *ordre public*» og trekker på prinsipper som ble formulert på erstatningsrettens område i Rt. 2009 s. 1537 (bokhandler) og Rt. 2011 s. 531 (krigsforbryter) (avsnitt 44–45). Dermed bekrefter kjennelsen at den rettslige ramme for *ordre public*-forbeholdet er lik på alle rettsområder.

*Ordre public*-forbeholdet er en sikkerhetsventil som finnes på alle rettsområder der norske myndigheter skal anvende utenlandske regler eller anerkjenne og fullbyrde utenlandske avgjørelser. Dersom resultatet av slik anvendelse, anerkjennelse eller fullbyrdelse er sterkt i strid med fundamentale prinsipper i den norske rettsorden, kan forbeholdet gjøres gjeldende. Den utenlandske regel vil da ikke bli anvendt, og den utenlandske avgjørelse vil ikke bli anerkjent eller fullbyrdet.

Blant kjennelsens viktige avklaringer er at domstolene har kompetanse til selvstendig å ta stilling til om avgjørelsen (i denne saken, vedtaket fra utlendingsnemnda, UNE) krenker norsk *ordre public*. Høyesterett uttaler at «vurderinga av *ordre public* etter ekteskapslova § 18 a fyrste ledd fjerde punktum ikkje er ein del av det frie skjønnet til forvaltninga, og at domstolane har uavgrensa kompetanse til å prøve rettsbruken. Dette gjeld ikkje berre innanfor utlendingsretten, men også i dei andre samanhengane der det kan bli aktuelt å setja ekteskapet til side som stridande mot *ordre public*. Høgsterett må såleis på sjølvstendig grunnlag ta stilling til om UNE hadde heimel til å nekte opphaldsløyve på dette grunnlaget». (avsnitt 41). Tilsvarende gjelder på andre områder der domstolene må vurdere gyldighet, anerkjennelse eller fullbyrdelse av en avgjørelse – for eksempel ved ugyldighetssøksmål etter voldgiftsloven § 43 annet ledd bokstav b), anerkjennelse og fullbyrdelse av en voldgiftsavgjørelse etter voldgiftsloven § 46 annet ledd bokstav b), anerkjennelse og fullbyrdelse av en utenlandsk domstolsavgjørelse etter Luganokonvensjonen artikkel 34 nr. 1 og 41 eller tvisteloven § 19-16 tredje ledd. Selv om voldgiftstribunalet eller den utenlandske domstolen allerede har tatt stilling til spørsmålet, skal den norske domstolen foreta sin selvstendige *ordre public*-vurdering. Dette utgjør ikke en prøving av avgjørelsens realitet og rammes derfor ikke av reglene som utelukker realitetsprøving ved slik anerkjennelse og fullbyrdelse.

En ytterligere viktig avklaring som fremgår av kjennelsen, er at *ordre public*-forbeholdet anvendes for å ivareta *grunnleggende* verdier i det norske samfunn. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at norske positivrettslige regler gir en avvikende regulering – anvendelse av *ordre public*-forbeholdet forutsetter at den norske rettsfølelse er sterkt krenket (jf. avsnitt 44 under henvisning til Rt. 2009 s. 1537 (bokhandler). Det er hensynene reglene ivaretar, som utgjør rettsordenen – ikke den tekniske løsning som følger av den aktuelle positivrettslige regel. Norske regler kan ha betydning som pekepinn om hva som er akseptabelt i norsk rett, men avvik fra norske rettsregler innebærer altså ikke automatisk at norsk rettsfølelse er krenket. Høyesterett uttaler således: «Innhaldet i norsk intern rett er ikkje direkte avgjerande for innhaldet i *ordre public*-norma, men kan gje eit referansepunkt for vurderinga» (avsnitt 43).

Videre presiserer Høyesterett at det ikke er den utenlandske regelen eller avgjørelsen i seg selv som er vurderingstema, men resultatet av den konkrete anvendelsen, anerkjennelsen eller fullbyrdelsen. Og resultatet skal vurderes i sin faktiske sammenheng (avsnitt 45). Høyesterett uttaler: «Ei vurdering av resultatet kan ikkje gjerast lausrive frå den konkrete saka. Vurderinga må skje i ein faktisk kontekst og i relasjon til den konkrete rettsverknaden det er tale om. Vurderinga av resultatet er difor ikkje berre ei vurdering av om det generelt er støytande at ekteskapet blir godteke, men fyrst og fremst ei vurdering av om det er støytande at den konkrete rettsverknaden av ekteskapet blir godteken» (avsnitt 46).

Dette innebærer at anerkjennelse av en avgjørelse ikke nødvendigvis er støtende, selv om avgjørelsen bygger på et faktum som krenker fundamentale norske prinsipper. Vurderingstemaet er de aktuelle rettsvirkningene som følger av anerkjennelsen. Det vil være nødvendig å avveie de ulike hensyn som gjøres gjeldende, for å vurdere om de prinsippene som krenkes hvis avgjørelsen ikke underkjennes, kan tillegges større vekt enn andre hensyn i den aktuelle saken.

Et eksempel på at *ordre public*-vurderingen ikke omfatter prejudisielle spørsmål, men bare de spesielle rettsvirkninger som følger av anerkjennelsen, er LE-2007-52448. Avgjørelsen anerkjente en tyrkisk dom som stadfestet at mannen var underholdpliktig. Den tyrkiske dommen hadde sett bort fra skilsmisjonen som var tatt ut i Norge, og forutsatte derfor at paret fortsatt var gift. Den prejudisielle bekreftelse av at partene var gift, gjorde mannen til bigamist, ettersom han hadde giftet seg på ny i Norge. Bigami krenker norsk *ordre public*. Anerkjennelse av den tyrkiske dommen gjaldt imidlertid ikke det prejudisielle spørsmålet, men den spesielle rettsvirkning at mannen var pliktig til å betale underhold. Dette var ikke støtende. Det prejudisielle spørsmålet om bigami var ikke relevant, og det allmennpreventive hensyn knyttet til reglene mot bigami måtte vike ved avveining mot hensynet til kvinnens underhold.

I saken som kommenteres her, hadde kvinnen søkt om oppholdstillatelse i Norge med grunnlag i utlendingsloven § 40 om familiegjenforening for ektefeller. Mannen hadde i 2015 fått oppholdstillatelse i Norge som flyktning. Begge ektefeller er fra Syria, og ble gift der i 2013. Hun var 13 år gammel ved ekteskapsinngåelse, og han var 25 år gammel. Paret har to barn. Da kvinnen i 2017 søkte om familiegjenforening, var hun 18 år gammel. Her måtte prinsippet om barnets beste (knyttet til barnebruden), samt det allmennpreventive hensyn knyttet til reglene mot barneekteskap, avveies mot hensynene til familiegjenforening og barnets beste (knyttet til fellesbarna). Høyesterett konkluderer med at det allmennpreventive hensyn må vike for hensyn til familieliv og barnets beste. At prinsippet som forbyr barneekteskap prejudisielt ble krenket, blir etter en vurdering av de konkrete omstendigheter ikke tillagt vekt.

Rettskildebildet er som følger:

Etter utlendingsloven § 40 har ektefelle til en person med visse former for lovlig opphold i Norge (en såkalt referanseperson), krav på oppholdstillatelse på nærmere vilkår. Hvorvidt ekteskapet skal anerkjennes i Norge, er regulert i ekteskapsloven § 18 a. Etter denne bestemmelsen skal et ekteskap som er inngått i utlandet, anerkjennes her i riket dersom ekteskapet er gyldig inngått i vigsellandet. Siste setning i bestemmelsens første ledd lyder: «Et ekteskap anerkjennes likevel ikke dersom dette åpenbart ville virke støtende på norsk rettsorden (*ordre public*)». Etter bestemmelsens annet ledd, som ble innført for å motvirke såkalte henteekteskap, anerkjennes ikke utenlandske ekteskap der en av partene var yngre enn 18 år, dersom en av partene var norsk statsborger eller bosatt i Norge på vigselstidspunktet. For ekteskap som ikke hadde tilknytning til Norge på vigselstidspunktet, har ikke norsk rett absolutte aldersgrenser. Høyesterett trekker frem forarbeider (avsnitt 42), og (i avsnitt 51) instruks GI-13/16 fra Justis- og beredskapsdepartementet om vurdering av *ordre public*-normen i ekteskapsloven § 18 a første ledd. Etter instruksjonen skal det som hovedregel legges til grunn en nedre aldersgrense på 16 år for å anerkjenne et ekteskap som er inngått i utlandet på et tidspunkt hvor ingen av partene hadde tilknytning til Norge. Høyesterett viser også til endringsloven 11. juni 2012 nr. 63, som ennå ikke er trådt i kraft. Lovendringen innfører en ny § 18 c i ekteskapsloven, som er ment å komme istedenfor *ordre public*-vurderingen. Når denne bestemmelsen trer i kraft, vil 18 år være nedre grense også for ekteskap som ikke hadde noen form for tilknytning til Norge på vigselstidspunktet. Endringen innebærer at utenlandske ekteskap ikke vil anerkjennes, selv ikke når anerkjennelsen kun foretas prejudisielt som grunnlag for andre rettsvirkninger som for eksempel forpliktelser knyttet til underhold, trygd, forsikring eller oppholdstillatelse. Det vil riktignok være en snever adgang til å søke om dispensasjon, og det vil være mulig for partene å gifte seg

på ny i Norge dersom vilkårene ellers er oppfylt. Et så absolutt forbud synes imidlertid å være mindre hensiktsmessig enn en *ordre public*-vurdering, som blir foretatt av Høyesterett etter de någjeldende regler i den kjennelsen som kommenteres her.

Ekteskapet er her gyldig stiftet etter syrisk rett og vilkåret for anerkjennelse etter ekteskapsloven § 18 a første ledd er derfor oppfylt. Ektefellene hadde ikke noen tilknytning til Norge på vigselstidspunktet og aldersvilkåret i annet ledd kommer derfor ikke til anvendelse. Hadde bestemmelsen i § 18 c vært i kraft, ville ekteskapet ikke kunne ha blitt anerkjent. I dagens rettskildesystem er imidlertid strid med *ordre public* det eneste mulige grunnlag for å nekte anerkjennelse.

Høyesterett foretar en forbigående *ordre public*-vurdering og avveier de ulike hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete saken. For det første viser Høyesterett til at vurderingen skal være konkret. Høyesterett kritiserer derfor den nevnte instruks GI-13/16 for at den vurderer giftermålet i seg selv, og ikke de konkrete rettsvirkninger som er gjenstand for saken. Høyesterett stiller spørsmål ved om instruksens utgangspunkt er i samsvar med de rettslige rammer for vurderingen av *ordre public*: «Sitatet kan kanskje lesast som om kjernen i vurderinga er knytt til sjølve giftermålet, og ikkje til dei moglege rettsvirknadene som ekteskapet fører til i den konkrete saka» (avsnitt 52). Anerkjennelse av ekteskapet er jo kun relevant prejudisielt: Det som er kjernen i søknaden er oppholdstillatelse. Spørsmålet er altså om oppholdstillatelse skal nektes fordi ekteskapet kom i stand på en støtende måte (avsnitt 48).

Høyesterett påpeker at kvinnens unge alder ved giftermål (13 år), samt aldersforskjellen med mannen (12 år) taler for at forholdet strider med norske grunnleggende verdier (avsnitt 62–63), samt med norske folkerettslige forpliktelser til å hindre overgrep mot barn (avsnitt 65–67). På den annen side legger Høyesterett vekt på at kvinnen var over 18 år da hun søkte familiegjenforening, at hun ønsket familiegjenforening, og at familien hadde innrettet seg etter at ekteskapet var gyldig. Alt dette tilsier at en oppholdstillatelse ikke vil være et nytt overgrep mot kvinnen (avsnitt 72). Utover dette trekker Høyesterett frem at å nekte oppholdstillatelse vil føre til varig splittelse av familien ettersom mannen har status som flyktning og ikke vil kunne dra tilbake til Syria. Paret har felles barn, og prinsippet om barnets beste tilsier at barna skal vokse opp med begge foreldre (avsnitt 73, 75). Høyesterett bemerker også at partene på vigselstidspunktet ikke hadde planlagt å flytte til Norge. Det er derfor ikke tale om noen omgåelse av norsk lovgivning ved giftermålet (avsnitt 78). Høyesterett veier alt dette opp mot det allmennpreventive hensyn, og setter spørsmålsteget ved «om vedtaket i den konkrete saka er eigna til å nå det meir generelle politiske målet» om å hindre fremtidige barneekteskap (avsnitt 76). Høyesterett innser at den prejudisielle anerkjennelsen av

ekteskapet i denne saken kan «sende eit uheldig signal», men vurderer risikoen for at kunnskapen om denne saken vil føre til flere barneekteskap i utlandet, som «ganske liten». Å nekte oppholdstillatelse i denne saken vil heller ikke føre til færre barneekteskap (avsnitt 78).

Avslutningsvis bemerker Høyesterett betimelig at endringsloven innfører en ny bestemmelse i ekteskapsloven § 4 hvoretter partene i et utenlandsk ekteskap som ikke anerkjennes i Norge, kan gifte seg på ny i Norge dersom de øvrige vilkår for giftermål er oppfylt. Høyesterett utleder at det «ikkje generelt er openbart støytande at eit barneekteskap blir 'reparert'» (avsnitt 79).

Konklusjonen er at det ikke er støtende at kvinnen får oppholdstillatelse basert på en prejudisiell anerkjennelse av ekteskapet.

Høyesterett har foretatt en *ordre public*-vurdering helt etter boken: De hensyn som ivaretas ved de rettsvirkningene som er gjenstand for søknaden (familieliv, det beste for fellesbarna), avveies mot de hensyn som ble krenket prejudisielt (det beste for barnebruden), herunder det allmennpreventive hensyn (motarbeidelse av barneekteskap). Basert på en vurdering av de konkrete omstendigheter, konkluderer Høyesterett med at en oppholdstillatelse ikke krenker fundamentale grunnverdier i det norske samfunnet – selv om den indirekte innebærer at det som en gang ble inngått som barneekteskap, anerkjennes.

Når endringsloven trer i kraft, vil det ikke være behov for noen *ordre public*-vurdering i tilsvarende saker. Kjennelsen vil imidlertid fortsatt ha betydning for hvordan *ordre public*-forbeholdet anvendes på andre rettsområder.

Giuditta Cordero-Moss

## KONKURRANSERETT

**Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, jf. konkurranseloven § 10 – Høyesteretts dom 21. mai 2021, HR-2021-1086-A, Cappelen Damm Holding AS / Cappelen Damm AS og Gyldendal ASA / Gyldendal Norsk Forlag AS mot Staten v/Konkurransetilsynet**

### Innledning

Høyesterett i avdeling avsa 21. mai 2021 dom i tvisten mellom bokforlagene Cappelen Damm og Gyldendal, og Staten v/Konkurransetilsynet. Hovedspørsmålet var om bokforlagenes koordinerte respons overfor en distributør av bøker hadde konkurransebegrensende «formål», jf. konkurranseloven 10 første ledd. Høyesterett forkastet enstemmig forlagenes anke. Borgarting lagmannsretts flertall hadde kommet til at forlagene hadde utvekslet informasjon om markedsatferd og avtalt en kollektiv boikott mot distributøren Interpress, med konkurransebegrensende «formål». Cap-

pelen Damm og Gyldendal ble ilagt overtredelsesgebyr på henholdsvis kroner 7 276 620 og kroner 6 305 340, jf. konkurranseloven § 29. Høyesterett forkastet også Gyldendals anke over gebyrutmålingen, men dette kommenteres ikke nærmere her.

Konkurranseloven § 10 forbyr konkurranseskadelig foretakssamarbeid. Bestemmelsen svarer til EØS-avtalen art. 53 og TEUV art. 101, og skal tolkes og anvendes på tilsvarende måte. Første ledd forbyr avtaler mellom foretak, beslutninger av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden mellom foretak som har til «formål eller virkning» å hindre konkurranse. Formålsalternativet er forbeholdt de mest alvorlige og entydige skadelige foretakssamarbeidene, som gjerne ikke kan ha noe annet rasjonale enn å hindre konkurranse. Unntak følger blant annet av tredje ledd for foretakssamarbeid som er påkrevd for å realisere gevinster som oppveier skadevirkningene av svekket konkurranse.

Konkurransetilsynet har fattet om lag 20 vedtak om overtredelser av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid siden gjeldende konkurranselov trådte i kraft i 2004. Med få unntak har formålsvilkåret vært anvendt. Norske domstoler har opprettholdt flere av tilsynets gebyrvedtak for såkalte formålsovertredelser. Høyesterett behandlet rettsanvendelsen av formålsvilkåret i den såkalte Taxi-saken (HR-2017-1229-A) og mottok i den anledning en rådgivende tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen (sak E-3/16).

Praktiseringen av formålsvilkåret i norsk praksis er omstridt. Det skyldes blant annet at man ved en ekspansiv tolkning av formålsvilkåret, særlig kombinert med en snever tolkning av unntaksvilkårene og en unyansert gebyrutmålingspraksis, risikerer at også konkurransefremmende foretakssamarbeid sanksjoneres og avskrekkes. En mer tilbakeholden rettsanvendelse av formålsvilkåret medfører ikke en motsvarende fare for at konkurranseskadelig samarbeid tillates, men innebærer at eventuell konkurranseskade må godtgjøres under det alternative virkningsvilkåret.

Utfallet av flere pågående saker kan påvirkes av Høyesteretts rettsanvendelse i denne saken. I september 2020 varslet Konkurransetilsynet gebyrer på til sammen 502 millioner kroner, igjen til forlagene Cappelen Damm, Gyldendal, Vigmostad & Bjørke og Aschehoug, foruten Bokbasen. Etter tilsynets foreløpige vurdering har foretakene utvekslet konkurransesensitiv informasjon om blant annet fremtidige bokpriser og utgivelsestidspunkter med «formål» om å begrense konkurransen, jf. konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. I desember 2020 varslet Konkurransetilsynet til sammen 21 milliarder kroner i gebyrer til Norgesgruppen, Coop og Rema 1000. Tilsynets foreløpige vurdering var at dagligvarekjedene samarbeidet om blant annet å gi prisjegere tilgang til hverandres butikker for å hente inn omfattende prisinformasjon, og at det også utgjør en formålsovertredelse. For øvrig har Verisure påklaget Konkurrans-

etilsynets vedtak V2020-32 om overtredelsesgebyr på 766 millioner kroner for angivelig ulovlig markedsdeling i et marked for boligalarmer, med konkurranseskadelig «formål».

Bakgrunnen for tvisten mellom Cappelen Damm og Gyldendal og Staten v/Konkurransetilsynet ble av Høyesterett og lagmannsretten blant annet sammenfattet slik: Norges fire største bokforlag, Cappelen Damm, Gyldendal, Aschehoug og Schibsted Forlag (senere Vigmostad & Bjørke) var blant eierne av Bladcentralen. Bladcentralen distribuerte eierforlagenes publikasjoner til det såkalte «massemarkedet», det vil si til kiosker, dagligvarebutikker, postkontorer og bensinstasjoner. Den andre distributøren, Interpress, var eid av Reitan Convenience. Bladcentralens andel av distribusjonen av bøker til massemarkedet var 80 prosent, mens Interpress hadde den resterende andelen. Omtrent 20 prosent av omsetningen i massemarkedet skjedde fra utsalgsteder eid av Reitan Convenience, slik som Narvesen og 7-Eleven. I januar 2014 meddelte Reitan Convenience til Bladcentralen at selskapet kun ville bruke Interpress som distributør til egne utsalgsteder. I februar/mars samme år responderte forlagene at de ikke lenger ønsket videre samarbeid med Interpress. Interpress og Reitan Convenience antok at forlagene var blitt enige om en boikott av Interpress, og meldte dette til Konkurransetilsynet som innledet undersøkelser.

Konkurransetilsynet fattet i mars 2017 overtredelsesvedtak (V2017-18) der forlagene ble ilagt gebyr på totalt 31,3 millioner kroner for det tilsynet betegnet en «kollektiv boikott» av Interpress. Tilsynet mente at en «kollektiv boikott» kan kategoriseres som en formålsovertredelse av konkurranseloven § 10. Forskriftsunntaket for enkelte samarbeid ved omsetning av bøker kom ikke til anvendelse.

Oslo tingrett opprettholdt i juni 2018 at det var tale om en formålsovertredelse i strid med konkurranseloven § 10 (sak 17-084113TVI-OTIR/04, 17-148655TVI-OTIR/04 og 17-147201TVI-OTIR/04). Retten halverte omtrent likevel gebyrene, blant annet fordi forlags-samarbeidet var en respons på kravet fra Reitan Convenience om kun å benytte egen leverandør. Cappelen Damm og Gyldendal anket.

I Borgarting lagmannsretts dom, i september 2020, kom flertallet liknende til at forlagenes samarbeid i form av henholdsvis «informasjonsutveksling» og «kollektiv boikott» av Interpress hadde lovstridig konkurransebegrensende «formål» (LB-2018-161470). En lagdommer dissenterte, og mente at forlagssamarbeidet ikke hadde konkurranseskadelig «formål», etter en mer reell og kontekstuell rettsanvendelse.

Høyesterett opprettholdt lagmannsrettens dom. Ankebehandlingen var begrenset til rettsanvendelsen, der Høyesterett la lagmannsrettens bevisbedømmelse uprøvd til grunn. Høyesterett viste blant annet til at lagmannsretten hadde funnet det bevist at forlagene ved flere anledninger utvekslet informasjon om hvorledes de ville forholde seg til Reitan Convenues

beslutning (avsnitt 69), og at forlagene i møte ga uttrykk for en felles vilje om å stå samlet om ikke å benytte Interpress som distributør av bøker til massemarkedet (avsnitt 70).

Høyesteretts grunngeving for rettsanvendelsen av formålsvilkåret er tre-delt. Først presenterte Høyesterett rettslige utgangspunkter. Deretter foretok Høyesterett en konkret vurdering. Avslutningsvis drøftet retten om samarbeidet var en såkalt «tilknyttet begrensning» utenfor anvendelsesområdet til forbudets første ledd. Vi vil kommentere disse delene før vi avslutter med noen sammenfattende betraktninger.

#### *Rettslige utgangspunkter*

Høyesterett innledet med utdrag fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i Taxi-saken (sak E-3/16) og fra Høyesteretts sammenfatning av disse i HR-2017-1229-A. Førstvoterende anså at rettstilstanden slik den ble presentert i EFTA-domstolens og Høyesteretts tidligere praksis danner utgangspunkt for vurderingene også i denne saken (avsnitt 59).

Følgende uttalelser fra EFTA-domstolens avgjørelse i Taxi-saken ble fremhevet:

«1. For at en avtale skal kunne betraktes som en formålsrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, må den fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Det er ikke nok at den simpelthen er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, hensyn tatt til den særlige økonomiske og rettslige sammenheng.

2. For å vurdere om en avtale mellom foretak, eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak, er en formålsrestriksjon, må det tas hensyn til innholdet i dens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenheng den inngår i. Ved vurderingen av sammenhengen er det også nødvendig å ta hensyn til de berørte tjenesters art og de faktiske vilkår for markedets virkemåte eller struktur. Selv om partenes hensikt ikke er avgjørende for vurderingen av om en avtale er en formålsrestriksjon, er intet til hinder for at konkurransemynighetene, de nasjonale domstoler eller EFTA-domstolen kan ta partenes hensikt i betraktning.

3. En avtale er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til å kunne anses som en formålsrestriksjon bare om dens skadelige natur lett lar seg påpeke. For denne vurdering kreves ikke en full undersøkelse av avtalens faktiske eller mulige virkninger. Den kan heller ikke innebære at det skal gjennomføres en vurdering av avtalens konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger og dermed heller ikke anvendelse av en såkalt 'rule of reason'.»

Vi kommenterte Taxi-saken i *Nytt i privatretten* nr. 3 2017, der vi blant annet skrev:

«Distinksjonen mellom alternativene konkurransebegrensende formål og virkning har vært omdiskutert i de senere årene, og EU-domstolens tilnærming har ikke vært helt konsekvent. I sak C-67/13, *Cartes Bancaires* slo Domstolen imidlertid fast at formålskategorien måtte fortolkes snevert (prem. 58), noe som er gjentatt i sak C-345/14 *Maxima Latvija* prem. 18 der det heter at den: «must be interpreted restrictively and can be applied only to certain types of coordination». Domstolen har med dette understreket at det bare er de mest alvorlige formene for samarbeid som henføres til formålskategorien og derfor er ulovlige uten at det er nødvendig å påvise en potensiell konkurransebegrensende virkning. Både EFTA-domstolen og Høyesterett beveger seg således på tvers av utviklingen i EU-retten. Hensynet til homogen rettsanvendelse tilsier at det er EU-domstolens kategorisering som bør være avgjørende.»

Når Høyesterett igjen benytter EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i Taxi-saken som utgangspunkt for rettsanvendelsen av formålsvilkåret, vil vi her supplere med noen ytterligere bemerkninger. Høyesteretts rettslige utgangspunkter inneholder få begrensninger for hvilke foretakssamarbeid som subsumeres under formålsalternativet, fremfor å vurderes under et virkningsvilkår. Det heter blant annet at samarbeidet må «fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen», noe som er tilfellet «bare om dens skadelige natur lett lar seg påpeke». En full virkningsanalyse eller en vurdering av et samarbeids motstridende virkninger er likevel ikke påkrevd. En fare er at også mer komplekse foretakssamarbeids «skadelige natur» lett(vint) påpekes av rettsanvendere, eksempelvis ved formelle klassifiseringsøvelser eller ensidige forklaringshypoteser. Mer integrerte foretakssamarbeid kan gjerne ha sammensatte forklaringer, beveggrunner og virkninger, heller enn et entydig «formål» om å hindre konkurranse.

EU-domstolen har da også formulert en snevrere formålsstandard enn Høyesteretts rettslige utgangspunkter. Til eksempel uttalte EU-domstolen i sak C-228/18 *Budapest Bank* (avsnitt 54) at «[d]erudover skal begrebet 'konkurrencebegrensende formål' fortolkes restriktivt. Idet [...] begrebet 'konkurrencebegrensende formål' kun anvendes på visse former for samordning mellom virksomheder, der er tilstrækkelige skadelige for konkurransen, til at det må fastslås, at en undersøgelse af deres følger ikke er nødvendig». Foruten utgangspunktet om at formålsvilkåret skal tolkes restriktivt, understreker EU-domstolen at formålsbegrepet er forbeholdt foretakssamarbeid der det er unødig eller overflødig å undersøke om det vil medføre kvalifiserte konkurransebegrensende virkninger.

Distinksjonen mellom formålsvilkåret og det alternative virkningsvilkåret fremkommer heller ikke av Høyesteretts rettslige utgangspunkter. Formuleringer om at samarbeidet må fremtre som tilstrekkelig skade-



lig for konkurransen, at det ikke er nok at samarbeidet er egnet til å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, og at vurderingen må hensynta den særlige økonomiske og rettslige sammenheng, er like gyldige for virkningsvilkåret. Formuleringene kan forlede rettsanvenderen til anvendelse av virkningsanalytiske momenter under formålsvilkåret, og også til et bredere formåls- enn virkningsbegrep, til tross for at førstnevnte etter EU-domstolens praksis reserveres de mest alvorlige og entydige skadelige foretakssamarbeidene.

Selv om Høyesterett vanskelig kan kritiseres for at redegjørelsen for rettslige utgangspunkter ikke er komplett, *kunne* likevel andre utgangspunkter vært fremhevet. Her følger enkelte eksempler. EU-domstolen har som nevnt understreket at formålsbegrepet «skal fortolkes innskrenkende» (sak C-345/14 Maxima Latvija, avsnitt 18, sak C-228/18 Budapest Bank, avsnitt 54). EU-domstolen har også fremhevet at formålsvilkåret er forbeholdt enkelte foretakssamarbeid der en virkningsanalyse for å påvise konkurranseskade er overflødig (sak C67/13 P, CB, avsnitt 58). EU-domstolen har påpekt at foretakssamarbeidets eventuelle objektive, ikke-konkurranseskadelige begrunnelse eller konkurransefremmende rasjonale må behørig hensyntas i formålsvurderingen (sak C-307/18, Generics, avsnitt 103, se også sak C-439/09 Pierre Fabre avsnitt 39 flg.). For øvrig har EU-domstolen, i tilknytning til konkurranserettens komplementerende forbud mot misbruk av markedsdominans, fremhevet at selv dominerende foretak har rett til å beskytte sine handelsinteresser når disse angripes (sak 27/76 United Brands, avsnitt 189).

#### *Den konkrete vurderingen (avsn. 60–90)*

Rettens konkrete vurdering fulgte en to-delt analysestruktur. Først vurderte Høyesterett om samarbeidet hadde «et konkurransebegrensende formål ut fra sitt innhold eller sin art» (avsnitt 64). Deretter vurderte Høyesterett «om samarbeidet ut fra den økonomiske og rettslige sammenheng det inngår i – kontekstvurderingen – er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at konstateringen av samarbeidets konkurransebegrensende formål kan opprettholdes» (avsnitt 82). Om første steg skulle medføre et vidt og kan hende formelt formålsbegrep, og andre steg ikke utgjør noen reell kvalifisering, vil fremgangsmåten være i strid med EU-domstolens anvisning på et snevert formålsbegrep.

Til vurderingen av om forlagssamarbeidet hadde et konkurransebegrensende formål «ut fra sitt innhold eller sin art» (avsnitt 64 flg.), fant Høyesterett at det var «klart at samarbeidet utgjør en formålsrestriksjon» (avsnitt 82). Til delkonklusjonen førte Høyesterett tre likeartede positive argumenter. Retten artikulerte tre samarbeidskategorier retten anså kvalifiserte til formålsrestriksjoner etter sin art, som forlagssamarbeidet deretter ble subsumert under. Argumentasjonen er utpreget formell og impliserer at formålsbegrepet omfatter en katalog, liste eller «boks» med samar-

beidstyper eller -former. Et slikt formelt formålsbegrep er imidlertid ikke i samsvar med EU-domstolens reelle og konkret bestemte formålsbegrep. Rettsanvendelsen svarer heller ikke til Høyesteretts egne rettslige utgangspunkter om at formålsvurderingen beror på samarbeidets innhold, formål og økonomiske og rettslige sammenheng. Høyesteretts tre samarbeidskategorier kan betegnes «informasjonsutveksling», «indirekte mengdefastsettelse» og «kollektiv boikott».

Høyesteretts første argument var at forlagssamarbeidet ble kategorisert som «informasjonsutveksling». Implikasjonen var at samarbeidet ble ansett å utgjøre en formålsrestriksjon (avsnitt 69–77-). Et utgangspunkt ble tatt i utdrag fra EU-domstolens avgjørelse i sak C-8/08 T-Mobile. Følgende passus (avsnitt 35) ble av Høyesterett blant annet fremhevet som særlig betydningsfullt: «en aftale om utveksling af oplysninger mellem konkurrenter kan være i strid med konkurrencereglerne, såfremt den formindsker eller fjerner usikkerhedsgraden vedrørende det relevante markedes funktion og følgelig begrænser konkurransen mellem virksomhederne». Uttalelsen er imidlertid ikke forbeholdt formålsvilkåret, men presiserer kun at informasjonsutveksling «kan være» i strid med forbudet – enten under formåls- eller virkningsvilkåret. Om informasjonsutveksling mellom konkurrerende foretak har til «formål eller virkning» å skade konkurransen, eventuelt ingen av delene, må vurderes på grunnlag av forholdene i den enkelte sak. Til rettsanvendelsen ble forlagenes informasjonsutveksling, om hvorledes de ville forholde seg til ultimatumet fra Reitan Convenience, ansett å fjerne usikkerhet om markedets funksjon. Slutningen var at usikkerheten ble erstattet av samarbeid, hvilket «etter sin art er klassifisert som en formålsrestriksjon» (avsnitt 77).

Her bemerkes at formålsbegrepet, i henhold til EU-domstolens, EFTA-domstolens og Høyesteretts egne rettslige utgangspunkter, ikke beror på en slik formell atferdsklassifisering. Høyesteretts kategoriske argumentasjon om «informasjonsutveksling» kan utviske distinksjonene mellom formålsovertredelser, virkningsovertredelser og lovlig konkurransefremmende eller nøytral informasjonsutveksling.

På dette punktet kan det også vises til sak C-286/13 P Dole v Kommisjonen (ECLI:EU:C:2015:184), prem. 121, der det sies at utveksling av informasjon som reduserer usikkerheten mellom konkurrenter kan falle innunder kartellforbudet. Heller ikke dette utsagnet relateres til formåls- eller virkningsalternativene. I prem. 122 sies det derimot at «an exchange of information which is capable of removing uncertainty between participants as regards the timing, extent and details of the modifications to be adopted by the undertakings concerned in their conduct on the market must be regarded as pursuing an anticompetitive object». Det er således bare helt bestemt informasjon om fremtidig atferd, som eksplisitt nevnes som en formålsrestriksjon. Det blir derfor unyansert når Høyesterett tilslutter seg lagmannsrettens syn om at «samarbeid

som kan fjerne usikkerhet om fremtidig markedsopp-  
tredden, må antas å ha et konkurransebegrensende  
formål», se avsnitt 71 og 72.

Det andre argumentet til Høyesterett innebar at  
forlagenes samordning også ble klassifisert som et  
indirekte mengde- eller kvantumssamarbeid. Slutnin-  
gen var her at utveksling av opplysninger «om meng-  
der treffer i kjernen av samarbeid som anses å ha et  
konkurransebegrensende formål» (avsnitt 78). Også  
her bemerkes at formålsvilkårets rettsanvendelse hvil-  
ler på omstendighetene i den enkelte sak, og ikke på  
formelle samarbeidskategorier. Utveksling av informa-  
sjon mellom konkurrenter om omsatt kvantum kan  
undertiden utgjøre en formålsovertredelse, en vir-  
kningsovertredelse eller være lovlig konkurransefrem-  
mende eller nøytral informasjonsutveksling. For øvrig  
anviser ikke eksempelkatalogen i konkurranseloven  
§ 10 første ledd bokstav a) –e) respektive formåls- eller  
virkningsrestriksjoner.

Det tredje positive argumentet til Høyesterett inne-  
bar at forlagenes samordning i tillegg ble klassifisert  
som en «kollektiv boikott». Slutningen var her at også  
en kollektiv boikott som rammer en kunde «nødven-  
digvis» er omfattet av formålsvilkåret (avsnitt 79). Her  
tilkommer at vurderingstemaet under formålsvilkåret  
heller ikke er om forlagssamarbeidet utgjorde en «kol-  
lektiv boikott». I motsetning til den for lengst opphe-  
vede Trustloven av 1926, knytter ikke gjeldende kon-  
kurranselov rettsvirkninger til et boikottbegrep.

Sammenfatningsvis bemerkes at Høyesterett synes  
å slutte fra EU-domstolens rettspraksis om *faktiske*  
samarbeidskategorier, som etter omstendighetene kan  
kvalifisere til en formålsrestriksjon, til at det er tale  
om *rettslige* samarbeidskategorier, som i utgangspunk-  
tet er formålsovertredelser. Uansett er det ikke åpen-  
bart hvorfor det konkrete forlagssamarbeidet mest  
treffende kategoriseres som «informasjonsutveksling»,  
«mengdesamarbeid» og/eller «kollektiv boikott». En  
alternativ, mer innfløkt, men kan hende like treffende  
karakteristikk kunne kan hende vært «samordning av  
eksklusiv distribusjon via felleseid agentforetak som  
respons på en mottaksnektelse fra en vertikalt integrert  
distributør og detaljist». Til mer komplekse og sam-  
mensatte foretakssamarbeid kan det være grunn til å  
utvise forsiktighet mot ensidige formålsforklaringer  
fremfor virkningsanalyser.

### *Kontekstvurderingen*

Høyesterett gikk deretter over til neste steg, det vil si  
et spørsmål om «samarbeidet ut fra den rettslige og  
økonomiske sammenheng det inngår i – kontekstvur-  
deringen – er tilstrekkelig skadelig for konkurransen  
til at konstateringen av samarbeidets konkurransebe-  
grensende formål kan opprettholdes» (avsnitt 83 flg.).  
Ut fra problemformuleringen om en konklusjon om  
formål kan «oppretholdes», legger Høyesterett her til  
grunn at kontekstvurderingen – i tråd med GA Bobeks  
uttalelser i Budapest Bank (forslag til avgjørelse i sak

C-228/18 Budapest Bank (ECLI:EU:C:2019:678), av-  
snitt 49) – representerer en «basic reality check». En  
slik tilnærming innebærer at kontekstvurderingen nær-  
mest tillegges en funksjon som en test av samordnin-  
gens årsaksevne, dvs. at den må være i stand til å  
frembringe skadelige virkninger. En slik tilnærming  
vil ha slektskap med den såkalte «egnet til-vurderin-  
gen» under misbruksforbudet i konkurranseloven § 11,  
som også kan ses på som en avsjekk av om atferden  
faktisk vil kunne generere skadevirkninger.

Det er særlig to forhold i Høyesteretts kontekstvur-  
dering som fortjener kommentarer: betydningen av  
samarbeidet som et mottrekk til Reitan Conveniences  
forsøk på selv å overta distribusjonen, og betydningen  
av påståtte konkurransefremmende virkninger.

Relevansen av det første argumentet avvises i kon-  
tekstvurderingen, jf. avsnitt 85 og 86. Dette må være  
riktig dersom det anvendes en to-stegstest, siden par-  
tenes intensjoner og spørsmålet om samarbeidet kan  
forklares på andre måter enn et ønske om å begrense  
konkurransen da hører hjemme i steg 1, som en vur-  
dering av samarbeidets «precise purpose», jf. sak  
C-591/16 P Lundbeck (ECLI:EU:C:2021:243), prem.  
114. Dette indikerer likevel at det kan være vanskelig  
å skille klart mellom ulike steg i formålsvurderingen,  
jf. også anførselene rundt dette argumentet i avsnitt 66.

I avsnitt 90 avviser Høyesterett å gå inn på en vur-  
dering av påståtte skalafordeler som kunne generere  
konkurransefremmende virkninger. I sak C-307/18  
Generics (ECLI:EU:C:2020:52), prem. 107 heter det  
om konkurransefremmende virkninger:

«If such effects are demonstrated, relevant and spe-  
cifically related to the agreement concerned, those  
pro-competitive effects must be sufficiently significant,  
so that they justify a reasonable doubt as to whether  
the settlement agreement concerned caused a suffici-  
ent degree of harm to competition, and, therefore, as  
to its anticompetitive object.»

Dette tilsier at det i kontekstvurderingen faktisk kan  
føres bevis for konkrete virkninger av konkurranse-  
fremmende art, men samtidig at det var korrekt av  
Høyesterett å la være å gå inn på en slik vurdering,  
siden lagmannsretten allerede hadde konkludert med  
at det den hadde funnet bevist, ikke var tilstrekkelig til  
å skape tvil om det konkurransebegrensende formålet.

Dette avsnittet reiser like fullt interessante spørsmål  
om skillet mellom rettsanvendelse og bevisbedømmelse  
– korrekt lagt til grunn av Høyesterett, som kan bidra  
til å kaste ytterligere lys over Høyesteretts forståelse  
av formålskriteriet. Flere av forlagenes anførsler ble  
avvist av Høyesterett nettopp under henvisning til at  
de gjaldt bevisbedømmelse, mens forlagene selv hev-  
det det var spørsmål om rettsanvendelse, jf. anførselene  
i avsnitt 66 (samarbeidet som mottrekk til Reitan Con-  
venience) og 85 (konkurransefremmende virkninger).  
En utfordring i vurderingen av det førstnevnte er at  
Høyesterett foretar størsteparten av steg 1-vurderingen  
ut fra informasjonsutvekslingen og ikke den kollektive

boikotten. Vedrørende spørsmålet om konkurransefremmende virkninger er det på det rene at det ikke i kontekstvurderingen må foretas en kvantifisering av mulige virkninger (jf. EFTA-domstolen i sak E-3/16 Ski Taxi prem. 47, 58 og 63). Når argumentet avvises ut fra at lagmannsretten allerede har foretatt en konkret bevisbedømmelse («[h]vorvidt den konkrete vurderingen av eventuelle skalafordeler mv. er riktig, er et bevissspørsmål som ligger utenfor det Høyesterett kan prøve»), består spørsmålet om lagmannsretten har anvendt riktig terskel, dvs. om lagmannsretten i for stor utstrekning så etter konkrete effekter istedenfor å vurdere om konteksten reiste tvil om det konkurransebegrensende formålet.

*Særlig om tilknyttede begrensninger – avsn. 91–94*  
Høyesterett vurderte også læren om såkalte tilknyttede begrensninger, dvs. om et samarbeid som har konkurransebegrensende formål eller virkning likevel kan være lovlig, dersom det er nødvendig for å realisere et mer overordnet og ikke-konkurransebegrensende samarbeid. Det klassiske eksempelet er karensklausuler ved virksomhetsoverdragelser. På dette punktet nøyer Høyesterett seg med å vise til at lagmannsretten hadde vurdert spørsmålet om samarbeidet var nødvendig for å sikre driften i Bladcentralen.

#### *Avsluttende kommentar*

Høyesteretts rettsanvendelse i HR-2021-1086-A kjennetegnes blant annet av vidtfavnende formuleringer av formålsvilkårets rettslige utgangspunkter og en konkret vurdering fundert på formelle kategorier formålsovertredelser. Fremgangsmåten risikerer en særnorsk praktisering av formålsoveralternativet i forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, der ren kartellvirksomhet likestilles med integrerte foretakssamarbeid om eksempelvis produktutvikling, prosjekter, kommersialisering eller distribusjon.

*Erling Hjelmeng og Eirik Østerud*

## KONTRAKTSRETT

### **Krav om retting av mangler på fellesareal i eierseksjonssameier må fremsettes av styret, eventuelt av samtlige seksjonseiere – HR-2021-493 (Jarlsø Eiendom)**

#### *1. Tvisten*

Tvisten for Høyesterett gjaldt krav om retting av mangler ved et felles garasjeanlegg. Det var imidlertid bare en del av sameierne som hadde reist søksmål. Spørsmålet var om enkelte seksjonseiere kan kreve retting i et slikt tilfelle, eller om denne type krav må framsettes av eierseksjonssameiets styre (eventuelt av samtlige seksjonseiere).

Jarlsø Eiendom bygget et leilighetskompleks i Tønsberg bestående av i alt 30 leiligheter regulert av lov 16 juni 2017 nr. 65 om eierseksjoner (eierseksjonsloven). De aller fleste av avtalene ble inngått før boligene var ferdig, og kontraktsforholdet ble dermed regulert av bustadoppføringslova. Overtakelse av leilighetene skjedde i mars 2014, mens fellesarealene først ble overtatt måneden etter.

Etter overtakelsene oppsto tvist mellom en rekke av sameierne og utbygger angående mangler ved prosjektet. I alt 20 av seksjonseierne tok ut søksmål mot Jarlsø Eiendom i desember 2016.

Mens saken sto for tingretten ble det fremmet krav knyttet til garasjeanlegget. Det ble framholdt at asfalten i anlegget smuldret opp. (Dette er den underliggende tvisten som endte i Høyesterett.) Tingretten fant ikke at det forelå mangler ved asfalten, og frifant utbygger for kravene basert på dette forholdet.

Under ankeforhandlingene for lagmannsretten erkjente utbygger at det forelå mangler ved asfaltdekket i garasjeanlegget. Nå ble det imidlertid anført at den enkelte sameier ikke kunne kreve retting av fellesarealene. Denne anførselen førte fram i lagmannsretten, som uttalte at «rettingskrav for mangler ved fellesarealer ikke kan forfølges av den enkelte sameier med virkning for alle sameierne».

Høyesteretts ankeutvalg besluttet å slippe saken inn for behandling, men begrenset til spørsmålet om rettsanvendelsen knyttet til de ankende parters krav om retting av garasjeanlegget.

Når det gjelder partsbegrepene, omtales Jarlsø Eiendom som «utbygger» av domstolene, mens boligeierne benevnes enten som «sameierne» eller «seksjonseierne». Siden tvistene ble regulert av bustadoppføringslova, kunne naturlig nok lovens partsbegreper blitt tatt i bruk. I så fall var Jarlsø Eiendom å betrakte som «entreprenør» og boligeierne som «forbrukere».

#### *2. Dommen i Høyesterett*

Den overordnede problemstillingen i saken formulerte Høyesterett som et spørsmål om hvorvidt den enkelte seksjonseiers adgang til å kreve retting etter buoff § 32 skal tolkes innskrenkende for så vidt gjaldt mangler ved fellesarealer. En viktig premiss for å kunne foreta en slik tolking var at forarbeidene til loven ikke uttrykte noe annet. Om denne rettskilden ble det framholdt følgende, se avsnitt 57:

«Verken forarbeidene til bustadoppføringslova eller eierseksjonsloven omtaler vår problemstilling, og jeg finner det vanskelig å tolke denne tausheten i noen spesiell retning. Mitt inntrykk er i det hele tatt at lovgiver ikke har tenkt på spørsmålet.»

Høyesterett anga to hovedargumenter for å tolke buoff § 32 innskrenkende slik at styret i sameiet besitter en enekompetanse til å fremme krav om retting.

Det første, og nok det viktigste synspunktet, er *rettstekniske hensyn*. Det påpekes at det har vært vik-

tig «å finne fram til en løsning som generelt sett er enkel å praktisere», avsnitt 58. Dette utdypes noe nærmere, se avsnitt 59:

«At alt som angår fellesarealet ligger til styret – eventuelt samtlige sameiere i fellesskap – fremstår for meg umiddelbart som den enkleste og mest hensiktsmessige løsningen. Som sameier vil man under enhver omstendighet være prisgitt styret på svært mange områder, og eierseksjonssameiet er – i motsetning til et alminnelig tingsrettslig sameie – pålagt å ha et styre, jf. eierseksjonsloven § 54. Det er også styret som skal sørge for vedlikehold og drift av eiendommen og for forvaltningen av sameiets anliggender, jf. § 57.»

Og videre i avsnitt 60:

«De ankende parters syn innebærer dessuten en del retts tekniske utfordringer. Jeg antar at det ikke er uvanlig at sameierne har ulike oppfatninger om hvordan retting skal skje. De ankende parter har vist til at dette er opp til utbygger å bestemme, noe som etter mitt syn ikke er treffende. Det vil ofte kunne være behov for nærmere anvisninger fra kjøperne. Vår sak er i så måte illustrerende, der det kan være uenighet om det er metoden for legging av asfalt eller selve gjennomføringen som er mangelfull. Et ytterligere spørsmål er hvordan saken skal løses dersom styret motsetter seg utbedring.»

For det andre anføres en mer *prinsipiell begrunnelse*; at krav om retting fra den enkelte forbruker innebærer en ensidig rådighet over fellesarealet, se avsnitt 63, hvor det framheves følgende:

«At en sameier ikke kan fremme krav knyttet til fellesareal, er først og fremst begrunnet i hensynet til de andre sameierne. Jeg kan vanskelig se hvorfor en enkelt sameier ved å fremme et slikt krav på denne måten, skal gis rett til å råde over fellesarealene. Det kan eksempelvis dreie seg om utforming av uteområder og fellesareal knyttet til adkomsten til boligene.»

Mot slutten av argumentasjonen framføres også et tilleggsargument fra Høyesterett, se avsnitt 64, hvor det heter følgende:

«Jeg kan heller ikke se at det innebærer et særlig stort inngrep i kjøpernes rettigheter om den enkelte seksjonseier ikke får adgang til å fremme et slikt rettingskrav. Vedkommende vil uansett kunne kreve prisavslag eller erstatning beregnet på grunnlag av sin eierandel. De økonomiske misligholdsbeføyelsene ivaretar også bedre balansen i forholdet mellom entreprenøren og forbrukeren ved at de beregnes individuelt.»

På bakgrunn av disse betraktningene konkluderte Høyesterett med at «enkeltsameiere ikke kan kreve rettet mangler i fellesareal», men at krav på utbedring må

fremmes av styret, eventuelt av samtlige sameiere i fellesskap.

I foreliggende sak hadde sameiets styre gitt «samtykke til utbedring av mangler i fellesarealene, i tråd med ankende parters påstander» i lagmannsrettssaken. I avsnittene 67 til 71 drøftet Høyesterett om ovennevnte konklusjon måtte bli en annens som følge av dette samtykket.

Høyesterett trakk fram flere problematiske sider ved å tillegge et slikt samtykke avgjørende vekt, og konkluderte som følger, se avsnitt 79:

«Hvis styrets holdning først skal være avgjørende, vil det etter min mening være en bedre ordning at styret selv må fremme kravet etter bustadoppføringslova § 1b, jf. eierseksjonsloven § 60 første ledd tredje punktum.»

### 3. Retteplikten

#### 3.1 Spørsmålet om eksklusiv søksmålskompetanse

De reelle synspunktene som trekkes fram av Høyesterett for å begrunne en eksklusiv søkskompetanse for styret, har åpenbar vekt. Det er ikke vanskelig å være enig i at saker om retting er lettere å håndtere når styret i sameiet besitter en enekompetanse. En delt kompetanse vil i mange tilfeller kunne føre til temmelig kompliserte samordningsproblemer. Reelt sett synes det derfor å være en god løsning som Høyesterett har kommet fram til. Spørsmålet er om man ikke skulle gått et skritt lenger og latt eksklusiviteten også omfatte de rent økonomiske sanksjonene, se mer om dette nedenfor.

Rettskildebruken til Høyesterett er derimot mer problematisk. Som det framgår av sitatet fra dommens avsnitt 57 ble det slått fast at «[v]erken forarbeidene til bustadoppføringslova eller eierseksjonsloven omtaler vår problemstilling» og at «lovgiver ikke har tenkt på spørsmålet». Dermed var veien ryddet for bruk av reelle hensyn.

Problemet er at det en rekke steder i motivene til eierseksjonsloven er fastslått at styrets kompetanse ikke er eksklusiv, se Prop. 39 L (2016–2017) angående § 60, og NOU 2014: 6 side 77. Høyesteretts uttalelse må derfor forstås slik at forarbeidene ikke ga til kjenne synspunkter spesifikt om retteplikt («vår problemstilling»), bare om krav generelt, og at denne tausheten åpnet for friere rettspolitiske vurderinger.

En slik slutning er imidlertid lite sannsynlig. Ved kjøp av ny bolig etter bustadoppføringslova utgjør retteplikten den helt sentrale sanksjonen på forbrukerens hånd, jf. buofl § 32 andre ledd første punktum. Bare unntaksvis, når en utbedring vil føre til urimelig høye kostnader, kan forbrukeren kreve en økonomisk kompensasjon, jf. buofl § 32 andre ledd andre punktum. Et slikt krav framstår som en ren reserveløsning. Det er derfor lite trolig at lovgiver tenkte seg en innskrenkning med hensyn til denne dominerende rettigheten når de generelt uttaler at styrets kompetanse ikke er eksklusiv.

Av den grunn hadde nok en åpen sensur av forarbeidene vært å foretrekke. Siden motivene ikke drøfter mulige negative effekter av en delt kompetanse, måtte det ha vært mulig å la reelle hensyn overstyre mindre overveide standpunkter inntatt av lovgiver.

### 3.2 Eksklusivitetens virkeområde – fellesarealer

Høyesterett opererte med en enkel distinksjon mellom seksjonseierens bruksenheter og fellesarealene. For de førstnevnte arealene har seksjonseierne både rettslig råderett og enerett til bruk, mens i de sistnevnte er de uten rettslig kompetanse og den faktiske råderetten er begrenset, se avsnitt 53. Som påpekt ovenfor er denne klare distinksjonen et av hovedargumentene for å tilordne styret enekompetanse ved krav om retting.

For de typiske fellesarealene som skal benyttes av samtlige seksjonseiere, så som gangveier, lekeplasser, parkeringsanlegg, og så videre, framstår forskjellene svært tydelige. Begrepet «fellesareal» rommer imidlertid så mye mer enn disse typetilfellene. Etter lovens system er begrepet definert negativt, jf eiersl § 4 bokstav e: «Alle deler av eiendommen som ikke inngår i de enkelte bruksenheter er å regne som fellesareal». Dermed omfatter begrepet «fellesareal» deler av eiendommen som kan ha svært nær tilknytning til bruksenheten, og som de øvrige seksjonseierne ikke kan sies å ha noen egentlig bruksrett over. Lettvegger inne i bruksenheten faller utenfor begrepet, mens alle de bærende veggkonstruksjonene omfattes. Tilsvarende gjelder gulvet. Den bærende gulvkonstruksjonen er en del av fellesarealet, mens de ulike lag av gulvbelegg hører med til bruksenheten. Ytterflatene på bruksenheten vil alltid betraktes som fellesareal selv om det er avgrenset til enheten. Det utvendige panelet på et rekkehus som rommer én bruksenhet, omfattes eksempelvis av sameiet eller borettslagets vedlikeholdsplikt. Det samme gjelder terrassen som er knyttet til den enkelte boenhet og veggene mellom enhetene. Videre framgår det av eiersl § 33 første ledd, jf andre ledd, at også felles installasjoner som går gjennom bruksenheten, så som rør, ledninger og kanaler, er å betrakte som fellesarealer.

Det er berettiget å spørre om domspremissene i HR-2021-493 Jarlsø Eiendom kan anvendes på denne type fellesarealer med særlig nær tilknytning til den enkelte bruksenhet. To dommer angående avhendingslova, bærer bud om at slike fellesarealer undergis en særbehandling, se Rt-2003-387 Terrassedommen og Rt-2010-1305. (Dommene vil bli omtalt noe nærmere nedenfor i forbindelse med økonomiske krav fremmet av seksjonseierne, men det vil føre for langt å gå nærmere inn i dem her.)

Disse dommene har også relevans for bustadoppføringslova. For den type fellesareal som det her er tale om, må forbrukeren kunne kreve et fullt prisavslag etter buofl § 33 andre ledd andre punktum (urimelige høye rettekostnader), ikke bare en forholdsmessig andel basert på eierbrøken, se mer om dette nedenfor.

HR-2021-493 Jarlsø Eiendom må med andre ord tolkes innskrenkende.

Spørsmålet er om ikke dette standpunktet også bør få (en viss) betydning for spørsmålet om søksmålskompetanse. I HR-2021-493 Jarlsø Eiendom er styrets eksklusive kompetanse først og fremst begrunnet med hensynet til de andre sameierne, se avsnitt 63:

«Jeg kan vanskelig se hvorfor en enkelt sameier ved å fremme et slikt krav på denne måten, skal gis rett til å råde over fellesarealene. Det kan eksempelvis dreie seg om utforming av uteområder og fellesareal knyttet til adkomsten til boligene.»

For de delene av fellesarealet som bare har betydning for den enkelte forbruker, slår ikke denne begrunnelsen til. Forbrukeren bør i disse tilfellene ha en delt kompetanse med styret til å anlegge søksmål mot entreprenøren. I realiteten er det hans interesser som står på spill.

## 4. Økonomiske sanksjoner

### 4.1 Innledning

Twisten for Høyesterett gjaldt søksmålskompetansen med hensyn til krav om retting etter buofl § 32. Høyesterett foretar likevel viktige avklaringer for de rent økonomiske sanksjonene prisavslag og erstatning. Det skal knyttes enkelte kommentarer til de prinsippene om disse rettighetene som blir slått fast i dommen.

Et spørsmål som Høyesterett derimot ikke gikk nærmere inn på, er hvorledes reglene i buofl § 33 om prisavslag tenkes anvendt når det er den enkelte seksjonseier som fremmer kravet, se mer om dette nedenfor.

### 4.2 Søksmålskompetansen

#### 4.2.1 Seksjonseierens kompetanse

For det første la Høyesterett til grunn at de enkelte seksjonseierne har søksmålskompetanse med hensyn til de rent økonomiske beføyelsene når det gjelder fellesarealene, se avsnittene 44, 45 og 64.

Høyesterett beskrev prinsippet om eiernes søksmålskompetanse som en etablert rettssetning blant annet under henvisning til Rt-2005-1046 avsnitt 23 og Rt-2003-87 avsnitt 27 og 28. Det som ikke nevnes er at de eldre høyesterettsdommene ble avsagt før representasjonsretten til styret i sameiet ble innført. At de enkelte seksjonseierne da hadde rett til å fremme krav angående mangler ved fellesarealet, var naturlig nok ikke omstridt. (Dommene gjaldt avtaler etter avhendingslova og retteplikt var derfor ikke aktuelt, jf avhl § 4-10.) Spørsmålet var bare om kravene måtte fordeles forholdsmessig, se nedenfor.

Etter innføringen av buofl § 1b og eierseksjonsloven § 60 første ledd tredje punktum er det imidlertid berettiget å spørre om ikke også de økonomiske sanksjonene knyttet til fellesarealet måtte anses overført til styret. I så fall ville styrets kompetanse vært eksklusiv for alle krav når det gjaldt fellesarealer. Rettsteknisk ville nok det ha vært en fordel, men Høyesterett gikk som sagt ikke inn på denne problemstillingen.

#### 4.2.2 Samordningsprinsipper

Siden styret i et eierseksjonssameie er gitt generell kompetanse med hensyn til krav knyttet til fellesarealer, er det tale om en delt søksmålskompetanse mellom seksjonseierne og styret.

Det er grunn til å tro at en slik kompetansedeling er undergitt et viktig prioriteringsprinsipp. Dersom styret beslutter å kreve retting, vil det alene måtte kunne forføyge over kravet om prisavslag etter buofl § 33. I disse tilfellene er prisavslag en suksessiv sanksjon som iverksettes som følge av entreprenørens mislighold av utbedringsplikten. I disse tilfellene er det ikke plass for enkelt søksmål fra seksjonseierne om deler av kravet. Noe behov for det foreligger heller ikke.

Seksjonseiernes søksmålskompetanse om økonomiske sanksjoner må derfor anses subsidiær i forhold til styrets kompetanse. Det er bare når styret forholder seg passivt at seksjonseierne kan gå til sak mot entreprenøren (utbyggeren). Dermed får seksjonseiernes søksmålskompetanse klart preg av en nødløsning.

#### 4.3 Utmålingen av kravet

For det andre gjør Høyesterett det klart at den enkelte seksjonseier må nøye seg med en forholdsmessig andel av det samlede kravet. Prisavslag og erstatning for mangler ved fellesarealene skal beregnes på grunnlag av vedkommendes eierandel, se avsnitt 64. Fremmes kravene av styret, gjøres det derimot på vegne av samtlige. I så fall er det snakk om den fulle størrelsen på kravet.

Høyesterett viste i den forbindelse til Rt-2003-387 Takterrassedommen, men det er Rt-2010-1305 Rottedommen som først og fremst fastslår hovedregelen om at utmålingen skjer på grunnlag av seksjonseierens sameiebrøk, se avsnitt 46. Disse dommene gjaldt prisavslag etter avhendingslova, jf avhl § 4-12. I HR-2021-493 Jarlsø Eiendom konstateres det at samme prinsipp gjelder for prisavslag etter buofl § 33.

For øvrig kan det nevnes at tvistetemaet i dommene gjaldt fordelingsnormens utstrekning, se ovenfor i punkt 3.2, ikke om hvorvidt det generelt gjaldt en slik norm.

#### 4.4 Anvendelse av reglene om prisavslag i bustadoppføringslova

Siden stridstemaet for Høyesterett var adgangen til å fremme rettingskrav, gikk man ikke nærmere inn på anvendelsen av reglene om prisavslag i bustadoppføringslova når kravet fremmes av den enkelte seksjonseier. Problemstillingen fortjener imidlertid noen merknader.

Prisavslag etter bustadoppføringslova knytter seg tett til entreprenørens retteplikt. Den brede hovedregel er at forbrukerne (seksjonseierne) kan kreve prisavslag (erstatning) av rettekostnadene dersom entreprenøren (utbygger) ikke har utbedret mangelen innen rimelig tid, jf buofl § 33 første ledd. Bare dersom rettekostnadene blir urimelig høye, utmåles prisavslag på grunnlag av den reduserte markedsverdien som følge av mangelen.

Hvordan skal så dette systemet anvendes overfor seksjonseierne som ikke har søksmålskompetanse når det gjelder retting? Når Høyesterett først har slått fast at seksjonseierne har adgang til å fremme et krav om prisavslag etter bustadoppføringslova, kan problemstillingen reduseres til et spørsmål om hvilket av de to utmålingsalternativene som skal benyttes; prisavslag tilsvarende rettekostnadene eller et prisavslag basert på verdiminuset?

Fordi seksjonseierne ikke kan fremme et krav om retting mot entreprenøren, kan alternativet med rettekostnadene synes uaktuelt. Slik er situasjonen etter både kjøpsloven og husleieloven hvor kompensasjon av utbedringskostnadene er direkte knyttet til et mislighold av debitors retteplikt, jf kjl § 34 tredje ledd og husll § 2-10 fjerde ledd. Dette er også systemet i den alminnelige entrepriseretten.

Prisavslagsregelen i bustadoppføringslova, i likhet med håndverkertjenestelova, har imidlertid en litt annen utforming enn de nevnte reglene. Etter buofl § 33 første ledd er det tilstrekkelig at retting faktisk ikke er foretatt for å utløse forbrukers adgang til prisavslag. Forbruker trenger med andre ord ikke å fremme krav om retting. Det er tilstrekkelig å reklamere over en mangel, og deretter avvente for å se om entreprenøren av eget tiltak iverksetter en reparasjon innen rimelig tid. Gjør han ikke det, kan forbrukeren kreve prisavslag basert på rettekostnadene.

Dette må innebære at en seksjonseier, dersom styret i sameiet ikke ønsker å gå til sak, kan fremme et krav om prisavslag etter buofl § 33 andre ledd første punktum basert på rettekostnadene, men bare for sin forholdsmessige andel.

*Lasse Simonsen*

## PENGEKRAVSRETT

### Gruppesøksmål. Motregning med foreldet motkrav – HR-2021-1106-A

Spørsmålet i saken var om festere av hyttetomter kunne motregne løpende festeavgift og eventuell fremtidig innløsningssum for tomtene mot foreldet krav på tilbakebetaling av ulovlig innfestingssum (av Høyesterett omtalt som «innfestingsavgift»). Foreldelsesloven § 26 bokstav b) tillater motregning mot foreldet motkrav dersom visse vilkår er oppfylt. Høyesterett ga enstemmig tomtefesterne medhold i motregning med festeavgift, men ikke med innløsningssum.

Tomtefesteloven bestemmer i § 6 andre ledd, jf. første ledd, at avtale om såkalt innfestingssum, det vil si tilskudd som vilkår for festeretten, ikke er bindende for festeren. Betalt innfestingssum kan festeren kreve tilbake. Tomtefesterne kjøpte hyttene til fast pris av utbyggeren av hyttefeltet. Utbyggingen av feltet fant sted i årene etter 2005. Det var i alt omkring

125 hytter. Festeavtalene for tomtene ble inngått mellom hyttekjøperne som festere og grunneierne som bortfesterne. Bortfesterne mottok et engangsbeløp på 300 000 kroner for hver tomt fra utbyggeren av hyttefeltet. Hvorvidt disse engangsbeløpene var ulovlig innfestingssum etter § 6, var ikke en del av saken for Høyesterett. Saken, som er et gruppesøksmål fremmet som påmeldingssøksmål etter tvistel. § 35-6, var avgrenset til «spørsmålet om vilkårene i foreldelsesloven § 26 bokstav b) er oppfylt basert på den forutsetning at det er betalt ulovlig innfestingsavgift» (avsnitt 7). Det ble i saken forutsatt at engangsbeløpene var ulovlig innfestingssum, og at festerne i utgangspunktet hadde krav på tilbakebetaling. Det var enighet om at eventuelle krav på tilbakebetaling ble foreldet senest i 2013 (avsnitt 6). Spørsmålet om det var foretatt ulovlig betaling, ville bli behandlet av tingretten dersom hytteeierne skulle få helt eller delvis medhold i Høyesterett om motregning etter § 26 bokstav b) (avsnitt 35). Det var i saken også spørsmål om motregningsretten var tapt ved passivitet fra tomtefesterne side, og om motregningsrett uansett var avskåret for hytteeiere som hadde ervervet sine hytter fra de opprinnelige eierne ved kjøp, arv eller på annen måte (se nedenfor).

Motregning med foreldet motkrav er ifølge § 26 bokstav b) betinget av at krav og motkrav er konnekse («springer ut av samme rettsforhold»), og at hovedkravet (motregnerens betalingsforpliktelse, her fremtidige festeavgifter og eventuell innløsningssum) er oppstått før motkravet (her tilbakebetaling av innfestingssum) ble foreldet.

Første spørsmål var om kravene i saken er konnekse. Det er tilknytningen mellom kravene som begrunner utvidet rett til motregning mellom konnekse krav. Typeeksemplet er krav som springer ut av samme kontrakt. Rimelighet tilsier at den ene ikke skal måtte yte sitt uten å få motytelsen etter samme kontrakt (avsnitt 32).

Førstvoterende uttaler i avsnitt 36 at «de faktiske omstendighetene som er relevante for vurderingen av om det er betalt ulovlig innfestingsavgift, og om vi i tilfelle står overfor konnekse krav, er langt på vei de samme». Etter en kort gjennomgåelse av problemstillingen knyttet til ulovlig innfestingssum, konkluderer førstvoterende kort i avsnitt 38: «Når det uprøvet forutsettes at det er betalt ulovlig innfestingsavgift, må det følgelig også legges til grunn for avgjørelsen av foreldesspørsmålene at krav og motkrav er konnekse» (i sitatet er nok «foreldesspørsmålene» feilskrift for «motregningsspørsmålene»). Konklusjonen omfatter både fremtidige festeavgifter og eventuell fremtidig innløsningssum.

Selv om det neppe er noe å si på resonnetet og resultatet, ville det ha vært en fordel om førstvoterende hadde gitt en uttrykkelig tilleggskommentar knyttet til det faktum at krav og motkrav i saken ikke hadde sine grunnlag i samme kontrakt.

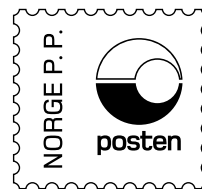
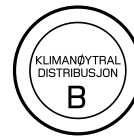
Neste spørsmål var om hovedkravet er oppstått før motkravet ble foreldet. Førstvoterende tok i avsnitt 43 utgangspunkt i «en festnet oppfatning i juridisk teori» om at «krav som springer ut av avtale, ... oppstår ved avtaleinngåelsen, jf. HR-2019-1662-A avsnitt 68–69 med videre henvisninger». Det påpekes at dette likevel ikke er mer enn et utgangspunkt. Ved vurderingen av unntak fra utgangspunktet, må det legges betydelig vekt på begrunnelsen for den utvidede motregningsretten for konnekse krav (avsnitt 44). Tidligere hadde førstvoterende i avsnitt 32 vist til at «særbehandlingen av konnekse krav [er] særlig begrunnet med rimelighetshensyn ... For en part som oppfyller sin del av en avtale, vil det oppfattes som svært urimelig om hun ikke får oppfylt egne krav etter avtalen». Begrunnelsen for retten til å motregne mot foreldet motkrav når kravene er konnekse, er beskyttelse av en forventet motregningsposisjon (avsnitt 44). Vilkåret i § 26 bokstav b) om at motkravet må ha oppstått før hovedkravet ble foreldet, må tolkes i lys av dette.

Når det gjelder motregning med fremtidig festeavgift, peker førstvoterende i avsnitt 53 på at bortfesterne i saken ikke hadde rett til å si opp festeavtalen med virkning for fremtidig betaling av festeavgift. Tomtefesterne kunne derfor før motkravet ble foreldet, bygge seg opp en forventning om motregning med fremtidig festeavgift (hovedkravet). Dette måtte være avgjørende for at hovedkravet var oppstått ved avtaleinngåelsen, og dermed før motkravet (tilbakebetaling av innfestingsavgift) ble foreldet (avsnitt 55).

Med fremtidig innløsningssum var det annerledes (avsnitt 55–60). Ifølge tomtefesteloven § 32 har fester av tomt til fritidseiendom, med noen unntak, rett til å løse inn tomten etter 30 år. Fremtidig innløsningssum for tomtene ville være en fordring som var avhengig av festernes valg og handlinger i fremtiden. Bortfesterne krav på innløsningssum (hovedfordringen i motregningsspørsmålet) ville være avhengig av et nytt rettsstiftende faktum, nemlig festernes utøvelse av innløsningsretten. Så lenge det ikke allerede på foreldelsestidspunktet for motfordringen var sterk sannsynlighetsovervekt for at innløsningsrett ville bli gjort gjeldende, kunne krav på innløsningssum ikke anses oppstått før innløsningsrett ble utøvet (avsnitt 58).

En av bortfesterne gjorde også gjeldende at hytteeierens motregningsrett var falt bort ved passivitet, idet de allerede omkring 2010 var blitt kjent med spørsmålet om mulig ulovlig innfestingssum (avsnitt 61). Dette var altså opptil tre år før tilbakebetalingskravet ble foreldet (senest i 2013, ifølge enighet mellom partene). Det er vanskelig å få tak på innholdet i denne anførselen, og det er også vanskelig å få tak på førstvoterendes resonnet omkring anførselen. Det er ifølge teksten i avsnitt 61 *motregningsretten*, ikke *motfordringen*, som skulle være falt bort ved passivitet. Det er ikke forklart hva slags aktivitet som skulle

**Returadresse:**  
Cappelen Damm Akademisk  
Cappelen Damm AS  
0055 Oslo



ha vært utøvd for å unngå bortfall av motregningsretten. Høyesterett løste spørsmålet ved å vise til begrunnelsen for motregningsrett etter § 26 bokstav b) – at det ville virke urimelig om motregning ikke kunne finne sted mellom konnekse krav (avsnitt 62). Denne begrunnelsen tilsa at anførselen om passivitet ikke kunne føre frem. Ifølge Høyesterett kunne passivitet bare under helt spesielle omstendigheter lede til bortfall av den utvidede retten til motregning med konnekse krav. Slike omstendigheter forelå ikke i saken. Det er i beste fall uklart hva som ligger i dette resonnementet knyttet til mulig bortfall av *motregningsretten* ved passivitet.

Hvis man forstår anførselen slik at det er *motfordringen* som er falt bort ved passivitet (slik det står i mellomtittelen foran avsnitt 61 og i ingressen til Rets-tidende) før den var foreldet, ligger det i Høyesteretts resonnement at passivitet må likestilles med foreldelse når motregning gjøres gjeldende etter at motkravet er falt bort. En annen mulighet kunne være å vurdere passivitet på samme måten som manglende oppfyllelse av lovbestemt reklamasjonsplikt. Dersom motkravet – for eksempel et krav som følge av mislighold av kontrakt – er falt bort på grunn av manglende reklamasjon, kan det ikke etter mønster av foreldelsesloven § 26 bokstav b) benyttes til motregning mot motpartens uforeldede krav på vederlag etter samme kontrakt. Det spørres om ikke passivitetsinnsigelsen i denne sammenhengen ligger nærmere reklamasjonsinnsigelsen enn den mer prosessuelt pregede foreldelsesinnsigelsen.

Det var i saken (avsnitt 63–68) også spørsmål om motregningsretten etter § 26 bokstav b) ville være avgrenset til de opprinnelige hyttekjøperne, slik at de som senere hadde ervervet hytter blant annet ved avtale, arv eller ektefelleskifte, falt utenfor motregningsretten på grunn av manglende gjensidighet, som er et alminnelig vilkår for motregning. Førstvoterende konkluderte her, under en viss tvil, med at krav på tilbakebetaling av ulovlig innfestingssum «automatisk følger med når det kommer en ny fester inn i avtaleforholdet». Gjensidighetsvilkåret var oppfylt for både opprinnelige og nye hytteeiere.

En annen tilnærming til problemet med overgang av festeretten og dermed plikten til fremtidig betaling av festeavgiften, kunne for øvrig være å reise spørsmål om gjensidighet i det hele tatt er et vilkår for motregning mellom konnekse krav. Mye tyder på at svaret er nei, se Sæbø, *Motregning* (2003) s. 213, og også Bergsaker, *Pengekravsrett* (4. utgave, 2020) s. 245.

Et spennende rettsspørsmål som er berørt i hytteeieres anførsler (avsnitt 17), men ikke diskutert av Høyesterett, er om, og i tilfelle med hvilke rettsvirkninger, en foreldet fordring kan overdras eller overføres på annen måte.

Trygve Bergsaker

## Nytt i privatretten

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

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

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:  
[www.cda.no](http://www.cda.no)

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

Et årsabonnement (2021) på *Nytt i privatretten* koster kr 720, –. Studentabonnement koster kr 350, –. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2021  
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer desember 2021.