



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Kan arbeidsgiver bruke tips til å betale arbeidsgiveravgift? (Tipssaken) – HR-2023-728-A

Sakens bakgrunn

Saken dreide seg om hvorvidt hotellene Oslo Plaza og Hotel Bristol hadde anledning til å benytte den tipsen de ansatte hadde fått til å dekke utgifter til arbeidsgiveravgift og administrasjonskostnader.

Det påligger arbeidstager en plikt til å innrapportere hele sin inntekt. Dette er ikke begrenset til hva som følger av lønnsbegrepet, men gjelder alle økonomiske ytelser og «fordeler vunnet ved arbeid», jf. skatteloven § 5-1 (1). Tips har altså hele tiden vært skattepliktig.

Arbeidsgiver har på sin side vært pliktig til å holde oversikt over innkomet tips, både når dette skjer elektronisk og når det gis kontantbeløp til den enkelte arbeidstager. Det skal betales merverdiavgift av omsetningen, men arbeidsgiver kan holde utenfor kontanttips eller tips som er klart differensiert og holdt utenfor regnskapet. Dersom tips ikke er klart adskilt fra øvrig inntjening, vil også dette inngå i beløpet det skal svares merverdiavgift for.

Den 1. januar 2019 kom imidlertid en lovendring i skatteforvaltningsloven som legger et eget ansvar på

arbeidsgiver når det gjelder å innrapportere ulike økonomiske ytelser, også der dette dreier seg om tips. Opplysningsplikten som er hjemlet i skatteforvaltningsloven utløser videre en plikt til å betale arbeidsgiveravgift. Etter lovendringen er arbeidsgiver altså pålagt å opplyse om tips de ansatte mottar, og å iberegne dette i grunnlaget for den arbeidsgiveravgiften som skal betales.

Det fremgår av forarbeidene at formålet med endringen var et ønske om å få kontroll på beskatning og innrapportering av de ytelsene som ligger tett opp mot lønn. I forarbeidene fremgår det også at denne typen inntekter antas å ha vært rapportert i mindre skala enn hva som er reelt, og at dette søkes løst ved å pålegge arbeidsgiver rapporteringsplikt. Lovendringen er et signal om at arbeidsgiver har et selvstendig ansvar når det gjelder denne typen ytelser og fordeler, slik at forekomsten av skatteunndragelser minimeres.

Etter lovendringen er altså arbeidsgiver forpliktet til å betale arbeidsgiveravgift av den tips de ansatte i virksomheten mottar. NHO Reiseliv utarbeidet i den forbindelse en veiledning til sine medlemmer om håndteringen av de nye reglene. Med bakgrunn i veilederen besluttet Bristol og Plaza å bruke den innkomne tipsen til å dekke inn kostnadene til blant annet arbeidsgiveravgift. Frem til lovendringen i 2019 hadde all tips gått uavkortet til de ansatte. Oslo Plaza innførte samtidig et forbud mot kontant-tips.

Arbeidsgiverne vant frem i tingretten. Etter tingrettsens syn kunne arbeidsgiverne i kraft av styringsretten gjøre fradrag for arbeidsgiveravgift før den overskytende tipsen ble utbetalt til arbeidstagerne. Saken ble anket til lagmannsretten, som kom til det motsatte resultatet. Lagmannsretten vektla at tips var en gave fra gjestene, og arbeidstagerne hadde et rettskrav på at arbeidsgiveren skulle utbetale dette uten å trekke ut sine egne kostnader.

Kort om tips i serveringsbransjen

Holdningene til tips i serveringsbransjen har gjennomgått mange endringer gjennom årenes løp. I tiden før 1924 arbeidet servitørene kun for såkalte «drikkepenger». Dette innebar at de ikke hadde fast lønn fra det serveringsstedet de var ansatt ved. I 1924 fikk

Innhold nr. 2

Arbeidsrett	1
Erstatningsrett	3
Konkurranserett	6
Kontraktsrett	9
Pengekravsrett	12
Sivilprosess	13
Tingsrett	14

servitørene gjennom tariffavtale 10 % av regningen utbetalt som lønn. Samtidig ble det innført et forbud mot tips. I 1936 ble forbudet opphevet og servitørene gikk over til å få en tariffavtalt prosentdel av omsetning som fastlønn. Gjennom årenes løp har det skjedd en utvikling i retning av at tips har blitt en slags «ekstrabetaling». Så sent som på 2000-tallet viser undersøkelser at tips i all hovedsak ble gitt servitørene direkte og forble deres udelt. Utviklingen tok en ny retning ved avgjørelsen i Rt. 2008 s. 856 Theatercaféen. Høyesterett slo her fast at tips er gave fra tredjepart – gjesten – og at denne typen gaver i noen grad kan disponeres over av arbeidsgiver. Dette førte til fremveksten av ulike fordelingsordninger i restaurantbransjen. I dag er det vanlig at tips fordeles mellom de ansatte på restauranten, inkludert kjøkkenpersonell, hovmestere og andre.

De sentrale problemstillingene og Høyesteretts argumentasjon

Det første spørsmålet Høyesterett tok stilling til var om arbeidstagerne ved Plaza og Bristol hadde et rettskrav på å få utbetalt tips fra arbeidsgiveren (avsnitt 49–67). Høyesterett tok utgangspunkt i argumentasjonen fra Rt. 2008 s. 856 Theatercaféen og viste til at utbetaling av tips dreier seg om et privatrettslig krav (avsnitt 50). Det rettslige utgangspunktet for drøftelsen var at tips dreier seg om en påskjønnelse til arbeidstagerne – ikke en ekstra betaling til virksomheten. Spørsmålet var om dette innebar å få tipsen utbetalt uten at det først gjøres fradrag. Det neste spørsmålet var om lovendringene som trådte i kraft 1.1.2019 endrer dette utgangspunktet (avsnitt 53–54).

Høyesterett gjennomgikk forarbeidene, og understreket at lovgivers intensjon med endringen var å ivareta skatte- og avgiftsmessige behov (avsnitt 64–65). Det er ikke grunnlag for å slutte at arbeidsgiver dermed har en privatrettslig adgang til å gjøre fradrag i tips for arbeidsgiveravgift eller andre typer kostnader.

Høyesterett gikk så over til å drøfte spørsmålet om arbeidsgiveren kan gjøre fradrag i den innbetalte tipsen slik at utgifter til arbeidsgiveravgift og administrasjonskostnader trekkes ut før tipsen utbetales. Høyesterett anlegger en styringsrettslig innfallsvinkel, og tar utgangspunkt i tidligere rettspraksis (avsnitt 69). Det sentrale spørsmålet blir om det å gjøre fradrag i tipsen ligger innenfor «rammen av arbeidsgivers styringsrett» (avsnitt 70). Retten viste så til tipsdelingsordningen som ble akseptert i Theatercaféen, og pekte på at det å fordele tips kan rubriseres under styringsretten – nærmere bestemt det å «organisere arbeidet» (avsnitt 75). Videre pekte Høyesterett på den grunnleggende forskjellen mellom det å fordele tips og det å bruke tips til å betale sine egne kostnader (avsnitt 76). Det å betale arbeidsgiveravgift og administrasjonskostnader er myndighetspålagte utgifter som ikke har sammenheng med styringsrettens kjerne – nemlig det å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet» (avsnitt 78).

Med en henvisning til avgjørelsen HR-2021-1193-A Grefsenhjemmet, understreket Høyesterett at arbeidsgiver ikke ensidig kan endre arbeidstageres lønn (avsnitt 81). Spørsmålet var etter dette om tips nyter det samme vernet mot ensidig endring. På tross av at det er ulikheter mellom tips – som mottas av tredjepart – og lønn man som arbeidstager mottar fra arbeidsgiver, viste retten til parallellitetene mellom de to. Selv om det dreier seg om en ytelse fra tredjepart, dreier det seg likevel om et økonomisk gode som arbeidstagerne har krav på å få utbetalt. Tips kan derfor karakteriseres som et lønnselement, som i «noen grad» har beskyttelse mot ensidige endringer (avsnitt 82–85).

Et rettskrav på å få tips utbetalt ubeskåret for arbeidsgiveravgift vil medføre ekstra kostnader for arbeidsgiver. Et særlig spørsmål var derfor om arbeidsgiver har anledning til å forby tips. Dette tok ikke Høyesterett stilling til med den begrunnelsen at inngrep i tips uansett ikke kan gjøres fra en «fra det mer til det mindre-tankegang» (avsnitt 87).

Et siste spørsmål var om to av arbeidstagerne, som ble ansatt etter at trekkordningen ble iverksatt, hadde akseptert ordningen. Høyesterett avviste dette og viste til lagmannsrettens behandling av spørsmålet (avsnitt 90–94).

Avsluttende bemerkninger

Saken adresserer grensedragningen mellom lønn i «tradisjonell» forstand og andre typer økonomiske goder som springer ut av arbeidsforhold. Hvordan man rubriserer ulike typer av økonomiske goder har sammenheng med spørsmålet om hvilken beskyttelse godet har mot ensidig endring fra arbeidsgivers side. Høyesterett viser parallellitetene mellom tips og lønn, og presenterer i den forbindelse en utvikling i retning av at også andre ytelser enn lønn kan være beskyttelsesverdige i en slik sammenheng.

Avgjørelsen klargjør videre styringsrettens grenser når det gjelder fordeling og konfiskering. Det at arbeidsgiver omfordeler tips blant ansatte faller innenfor styringsrettens rammer, mens det å benytte tips til å dekke arbeidsgivers egne utgifter vil falle utenfor styringsrettens grenser.

Saken ble av prosessøkonomiske årsaker begrenset til spørsmålet om arbeidsgiver kunne bruke tips til å betale arbeidsgiveravgift og administrasjonskostnader, ikke beregne feriepenger eller andre typer trekk. Høyesteretts fokus på skillet mellom reglens bakenforliggende hensyn gjør at svaret ikke nødvendigvis er gitt når det gjelder spørsmålet om andre former for trekk. Fremtiden vil vise om dette spørsmålet blir satt på spissen.

Anette Hemmingby, BI

Årsakssammenheng og erstatningsrettslig vern ved offentlig anskaffelse – HR-2023-206-A

Innledning

Saken gjaldt krav om erstatning for positiv kontrakt-sinteresse i en anskaffelseskontrakt. I silingsomgangen hadde Høyesterett begrenset temaet slik at den gjaldt

«spørsmålene om det i vurderingen av ‘saklig grunn’ i anskaffelsesforskriften § 25-4 første ledd er adgang til å bygge på kommunenes etterfølgende begrunnelse for avlysning, og om det foreligger årsakssammenheng og erstatningsrettslig vern for Perpetuum Miljø AS’ krav».

Høyesterett ga kommunene medhold. Kun spørsmålene om årsakssammenheng og erstatningsrettslig vern ble behandlet. Høyesterett kom til at kommunene ikke var pliktig til å betale erstatning for positiv kontrakt-sinteresse. Selv om kommunene begikk en feil ved å avlyse konkurransen på bakgrunn av det grunnlaget som opprinnelig ble påberopt, hadde ikke leverandøren noen berettiget forventning, og dermed ikke erstatningsrettslig vern, for kravet om positiv kontrakt-sinteresse, når konkurransen uansett skulle ha vært avlyst på et annet grunnlag.

Resultatet i saken er etter mitt syn riktig. Høyesterett løste det som et spørsmål om erstatningsrettslig vern. Det er grunn til å spørre om saken også kunne ha vært løst på vilkåret om årsakssammenheng. Dette kommer jeg tilbake til.

Sakens bakgrunn

Saken sprang ut av en anskaffelse av en rammekontrakt for slamtømming med kommunene Sørfold og Fauske, der to lokale aktører hadde inngitt tilbud. Konkurransen hadde blitt kunngjort på Doffin som en såkalt «konkurranse med forhandling». Det er en særegen konkurranseform hvor forhandlinger er tillatt. I anbudsdokumentene var det gitt nærmere opplysninger om hvordan forhandlingene skulle gjennomføres, og konkurransen ble da også gjennomført som en konkurranse med forhandling.

Etter mottak av tilbud og gjennomføring av forhandlinger, kom kommunene frem til at det ene tilbudet var mer fordelaktig enn det andre, og det ble sendt varsel om tildeling av kontrakt. Et slikt varsel er vanlig prosedyre i anskaffelsessaker; det er ingen aksept av tilbud, men et pålagt krav som gir tilbydere som ikke nådde opp i konkurransen en rett til å klage innen en gitt frist før det inngås en gyldig kontrakt.

Kommunene mottok nå en klage på tildelingen fra det selskapet som ikke nådde opp. På sedvanlig vis var den ledsaget av en trussel om midlertidig forføyning dersom klagen ikke ble tatt til følge. I klagen ble det bedt om at hele konkurransen ble avlyst.

Klagen var begrunnet i at konkurransegrunnlaget

var uklart med hensyn til om det faktisk var tillatt med de forhandlinger som hadde vært gjennomført. Det viste seg at det på forsiden av konkurransegrunnlaget sto at den var en «åpen anbudskonkurranse», og at konkurransegrunnlaget hadde et punkt hvor det sto at det var forbud mot forhandlinger, slik regelen jo er for «åpne anbudskonkurranser».

Årsaken til at konkurransegrunnlaget inneholdt slike motstridende opplysninger fremgår ikke klart av dommen. Det er naturlig å anta at man her har benyttet seg av en «mal» for konkurransegrunnlag, og glemt å lime inn riktig tekst.

Kommunene rådførte seg med sin advokat, som – under litt uklare omstendigheter – skal ha tilkjennegitt et helt klart syn om at konkurransen måtte avlyses. Ny konkurranse ble umiddelbart utlyst på nytt. I den nye konkurransen innga den andre tilbyderer nå et vesentlig lavere tilbud. Etter avslutning av konkurransen ble nå dette selskapet utropt som vinner, og ble tildelt kontrakt.

Hvorfor ble utfallet så forskjellig i den andre konkurransen? Dette fremgår ikke helt klart av rettsavgjørelsene. Det kan ha hatt sammenheng med en annen feil i konkurransegrunnlaget. Det viste seg at kommunene hadde formulert prisskjemaet på en uheldig måte. Aktørene var bedt om å prise ekstraordinære tømminger med «pris pr. km samt pr kubikk». Dette hadde de to tilbyderne tolket på helt forskjellig måte i den opprinnelige konkurransen.

Selskapet som opprinnelig vant konkurransen tolket dette slik at de skulle gi én pris pr. km, som inkluderte det oppgitte antall kubikk til tømming. Selskapet som opprinnelig tapte konkurransen, hadde gitt to priser, én pr. km for kjøringen, og én pr. kubikk for tømmingen. Prisene var neppe sammenlignbare. Kommunene begikk derfor en åpenbar feil i oppfølging og evaluering av de opprinnelige tilbudene.

Selskapet som opprinnelig hadde blitt utropt som vinner var Perpetuum Miljø AS, med sete i Sjøvegan. Etter den andre runden hadde de ikke lenger det mest fordelaktige tilbudet. Deres tilbudssum var nå flere hundre tusen kroner dyrere pr. år enn vinneren, Stoklands Bilruter AS. De mente likevel å ha hatt krav på kontrakten på bakgrunn av det opprinnelige varselet om tildeling. De saksøkte derfor kommunene med krav om erstatning for den fortjenesten de mente de ville fått. Kravet var på MNOK 3, som med en total kontraktssum på MNOK 7 tilsa et dekningsbidrag på ca. 43 % (!), ikke langt unna fortjenesten for advokatfirmaene på Aker Brygge.

Negativ kontraktsinteresse ble imidlertid ikke krevd. Det vil si at saken kun gjaldt vilkårene for positiv kontraktsinteresse.

Perpetuum fikk medhold i tingretten og i lagmannsretten, men her under dissens. For tingretten anførte kommunene at det var riktig å avlyse den første konkurransen som følge av uklarheten med hensyn til om det var en konkurranse med forhandling. Først for

lagmannsretten anførte kommunene at de uansett ikke kunne ha tildelt kontrakt etter den første konkurransen, som følge av feilen ved prisskjemaet, og at denne egentlig skulle ha vært avlyst på grunn av denne feilen. Lagmannsrettens flertall kom til at kommunene ikke kunne påberope seg feilen i prisskjemaet.

Høyesteretts vurdering

Generelt

Høyesterett kom enstemmig til at Perpetuum ikke hadde krav på erstatning. Høyesterett kom til at kommunene var fullt berettiget til å vise til at det forelå en feil ved prisskjemaet.

Det ble uttalt helt generelt at det

«ikke kan kreves erstatning for tap av fortjeneste knyttet til kontrakt uavhengig av om kontrakten lovlig kunne ha vært inngått basert på den utlysningen som faktisk forelå», jf. avsnitt 62.

Høyesterett løste det på bakgrunn av kravet til erstatningsrettslig vern, og ikke på bakgrunn av kravet til årsakssammenheng. Førstvoterende behandlet spørsmålet om årsakssammenheng i avsnittene 41–53, og spørsmålet om erstatningsrettslig vern i avsnittene 54–62. I det følgende behandler jeg spørsmålene i motsatt rekkefølge, det vil si at jeg først tar for meg erstatningsrettslig vern, deretter årsakssammenheng.

Utgangspunktet for vurderingen av om tilbyder har krav på erstatning, er bestemmelsen i anskaffelsesloven § 10 hvorefter «leverandøren har krav på erstatning han har lidt som følge av brudd på loven eller forskriften», jf. avsnitt 34 i dommen. Som førstvoterende peker på i avsnitt 35–36 sier ordlyden ingenting om de nærmere vilkårene for erstatning for positiv kontraktsinteresse. Fordi det er tale om et rent formuestap, er det normalt et krav om at den som krever erstatning kan påvise å ha et erstatningsrettslig vern for det tapet som kreves, et krav som her ble tolket slik at Perpetuum ikke hadde krav på erstatning.

Erstatningsrettslig vern

Førstvoterende drøfter erstatningsrettslig vern i avsnittene 54–62. Utgangspunktet for å kunne tilkjenne den positive kontraktsinteresse, er et rettskrav på en kontrakt i form av en *bindende avtale*, jf. avsnitt 55. Samtidig har Høyesterett åpnet for at det kan tilkjennes erstatning for slik avtale er inngått, i Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus), jf. avsnitt 56 i vår sak. Det vil si at en tilbyder i visse tilfelle kan ha krav på å få utbetalt sin anslåtte fortjeneste, uten at oppdragsgiveren ennå er formelt bundet av kontrakten.

Begrunnelsen for et slikt ansvar er ifølge førstvoterende i vår sak todelt, et «formalisme»-argument og et prevensjonsargument, avsnitt 57. For det første kan det virke unødvendig formalistisk å trekke et klart skille mellom en forventning på bakgrunn av en tildelingsbeslutning og en gyldig kontrakt. For det andre

kan det være riktig med et slikt ansvar for å sikre etterlevelse av regelverket. Det første introduserer et element av pragmatisme som ellers er sjelden vare i anskaffelsesretten, det andre et instrumentelt syn på erstatningsretten, et hensyn som nok mer hensiktsmessig lar seg gjennomføre innenfor et forvaltningsrettslig sanksjonsregime.

Det kunne også ha vært føyd til at det påligger Norge å gi en viss mulighet til å kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse etter EU/EØS-retten, se EFTA-domstolens dom 1. august 2019 (sak E-7/18) avsnitt 116. Her uttaler EFTA-domstolen at «the total exclusion of loss of profit as a head of damage for which reparation may be awarded in the case of a breach of EEA law cannot be accepted». Se også EU-domstolens saker C-295/04-C298/04 Manfredi m.fl. avsnitt 94 og 95.

Fra de nevnte utgangspunktene oppsummerte Høyesterett at den som skal ha krav på positiv kontraktsinteresse må ha en berettiget forventning om å kunne få tildelt kontrakt. Dette fremstår som en annen måte å formulere kravet om erstatningsrettslig vern på; som det er blitt påpekt, kan berettiget forventning ses som ett mulig grunnlag for erstatningsrettslig vern for rene formuestap, ved siden av lov og avtale, jf B. Thorson Erstatningsrettslig vern for rene formuestap (Gyldendal 2011) kap. 5.

Førstvoterende kom til at noen slik «forventning foreligger etter min mening ikke når konkurransen – som her forutsatt – etter regelverket skulle avlyses som ulovlig», jf. avsnitt 58. Det ble vist til en artikkel av Hallvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, «Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2018 s. 141–205, som har påpekt at en forventning i et slikt tilfelle «egentlig [dreier seg] om å få tildelt en uberettiget berikelse», slik at man har en «viss parallell til tilfellene der det forelå en feil ved leverandørens eget tilbud» (s. 202).

Perpetuum hadde anført at en kontrakt ikke blir ugyldig selv om den er inngått i strid med anskaffelsesregelverket. Til dette repliserte førstvoterende at dette ikke i seg selv kunne begrunne at Perpetuum kunne ha krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse *før* kontrakt er inngått, jf. avsnitt 59. Fra oppdragsgivers side er det altså rimeligvis en klar forskjell på det å være bundet av en kontrakt og det å ha skapt en forventning om å tildele en kontrakt.

Førstvoterende var for øvrig ikke enig i at det var nødvendig å tilkjenne erstatning for positiv kontraktsinteresse for å sikre effektiv etterlevelse av anskaffelsesretten. Et slikt ansvar ville stå «for langt fra tradisjonell norsk erstatningsrettslig tankegang», jf. avsnitt 60–61. Negativ kontraktsinteresse fikk være tilstrekkelig, men det var ikke krevd i saken.

Årsakssammenheng

Førstvoterende drøftet årsakssammenheng i avsnittene 41–52, men løste ikke saken på det grunnlaget. Innled-

ningsvis kan det påpekes at det ikke her var tale om årsakssammenheng i egentlig forstand, i betydningen årsaksforklaring av aktuelle hendelsesforløp. Som ved all «forårsakelse» av økonomisk tap, var spørsmålet om Perpetuum ville ha kommet bedre ut økonomisk dersom de ansvarsbetingende forhold ble tenkt borte. Denne form for årsakssammenheng beror helt ut på en kontrafaktisk hypotese, og har blitt kalt for «omfangssammenheng», se nærmere J. H. Meyer, *Erstatningsrettens årsakskrav* (Universitetsforlaget 2021) s. 255 flg.

Førstvoterende tok utgangspunkt i at «det er klar sannsynlighetsovervekt for at Perpetuum faktisk ville ha blitt tildelt kontrakten hvis konkurransen ikke hadde blitt avlyst», jf. avsnitt 41. Når dette er utgangspunktet, kan det spørres om det egentlig var noe igjen å drøfte under kravet til årsakssammenheng. Når det uten nærmere vurdering ble lagt til grunn at Perpetuum faktisk ville ha blitt tildelt kontrakten hvis konkurransen ikke hadde blitt avlyst, er det vel nærliggende å slutte at det også foreligger årsakssammenheng.

Bakgrunnen for at førstvoterende la dette til grunn, var at kommunene selv hadde erkjent at leverandøren ville ha fått kontrakten «dersom feilene i anbudsprosessen ikke hadde inntruffet», jf. avsnitt 49. Kommunene hadde samtidig gjort gjeldende at det ikke forelå årsakssammenheng fordi kommunen hadde avlysningsplikt. Selv om kommunene hadde erkjent at kontrakten ville ha gått til Perpetuum, hadde de med andre ord anført at den ikke skulle ha gjort det, og at dette medførte at det ikke forelå årsakssammenheng.

Grunnen til at dette fra kommunenes side ble anført å være et spørsmål om årsakssammenheng, kan ha vært at det i EU/EØS-rettslige kilder anses for å høre til vurderingen av årsakssammenhengen. Førstvoterende siterer i den sammenheng EFTA-domstolens avgjørelse 31. oktober 2017 i sak E-16/16 (Fosen I) i avsnitt 46. I denne avgjørelsen ble det uttalt at det ikke vil være noen «direkte årsakssammenheng» dersom inngåelse av kontrakten ville ha innebåret et brudd på EØS-regelverket. Det kan legges til at EFTA-domstolen tydelig uttalte seg om spørsmålet i vår sak; ansvar for positiv kontraktsinteresse kan avskjæres «even where that error was not invoked during the tender procedure and is different from the error invoked by the claimant», avsnitt 110.

Perpetuum hadde anført at det ville være i strid med EU-reglene å oppstille et krav om at kontraktstildeling ville ha vært lovlig, med henvisning til prinsippene om «ekvivalens og effektivitet» og til EU-domstolens dom 19. juni 2003 i sak C-315/01 GAT. Det var Høyesterett ikke enig i, jf. avsnitt 43–46. Det må klart være riktig. Dommen Perpetuum viste til gjaldt negativ kontraktsinteresse. I så fall stiller jo saken seg helt annerledes, noe også EFTA-domstolen utvetydig fastslo i Fosen I-saken avsnitt 110, som nevnt ovenfor.

Når førstvoterende likevel løste saken på erstatningsrettslig vern, skyldtes det at førstvoterende mente dette «etter norsk rett» var «mest naturlig», avsnitt 47.

Førstvoterende viste til at de såkalte «rettslige» kravene til årsakssammenhengen, «sjelden vil ha praktisk interesse i anskaffelsessakene», bl.a. ettersom «oppdragsgiveren vil være så sentral i hendelsesforløpet», avsnitt 51. Videre kom førstvoterende til at det ikke var grunnlag for å oppstille noe krav om at «det hypotetiske hendelsesforløpet må være lovlig», slik kommunene hadde anført, jf. avsnitt 52. I stedet kom førstvoterende likevel til det som i realiteten er samme resultat gjennom å fastslå at tilbyderer ikke hadde erstatningsrettlig vern, som redegjort for ovenfor.

Noen betraktninger

Dommen er blitt omtalt i flere medier, og mange vil utvilsomt ha meninger om den i tiden fremover. Et poeng er at innfallsvinkelen som Høyesterett har valgt, kan bidra til å lette bevisituasjonen for offentlige oppdragsgivere. Det vil tilsynelatende være tilstrekkelig for den offentlige oppdragsgiveren å vise til at tildeling av kontrakt ville ha vært ulovlig, selv om det ikke kan sannsynliggjøres at oppdragsgiveren ville ha avlyst konkurransen. Tilnærmingen Høyesterett har valgt synes å være i tråd med anbefalingen i Hallvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, «Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2018 s. 141–205. Dette er en annen tilnærming enn i for eksempel saker om erstatning for ugyldige forvaltningsvedtak, hvor det offentlige typisk har bevisbyrden for at et tilsvarende vedtak lovlig ville ha blitt fattet, jf. bl.a. Rt. 1997 s. 343.

Tilnærmingen til Høyesterett fremstår mindre fleksibel enn dersom saken hadde blitt løst som en del av årsaksspørsmålet. Gitt erkjennelsen til kommunene, var det imidlertid lite rom for å drøfte årsaksspørsmålet i særlig grad. Slik saken var skåret til, var det mest naturlig å løse saken på erstatningsrettslig vern. Spørsmålet for fremtiden blir likevel om denne mindre fleksible tilnærmingen vil gjøre det uforholdsmessig vanskelig å håndheve anskaffelsesreglene. Samtidig kan det påpekes at det heller ikke ellers i Europa ser ut til å bli tildelt positiv kontraktsinteresse særlig ofte, se H. Schebesta *Damages in EU Public procurement law* (Springer 2013) s. 191–192.

Faktum i saken gir for øvrig grunnlag for å spørre om det egentlig var årsakssammenheng – uavhengig av kommunenes erkjennelse: Det fremstår noe for enkelt å legge til grunn at kommunene umiddelbart ville ha gitt kontrakt til Perpetuum dersom konkurransen ikke var avlyst. Det må normalt forventes at den andre tilbyderer – Stoklands Bilruter – ville ha øket presset på kommunene og høyst sannsynlig ha inngitt krav om midlertidig forføyning for å avlyse konkurransen, slik de truet med. I en slik prosess er det sannsynlig at Stoklands Bilruter ville ha blitt klar over forskjellen i måten tilbyderne hadde tolket pris-skjemaene på. Dette synes å ha vært et sentralt poeng for lagmannsrettens mindretall.

Det kan ellers spørres om ikke utgangspunktet for Perpetuums krav var et i overkant strengt erstatningsansvar: Kommunenes opprinnelige feil besto i en uforholdsmessig sterk reaksjon på et formalbrudd. Det kan spørres om et så omfattende ansvar som anført her står i forhold til en slik feil. Sett i lys av at gjennomføringen av den andre konkurransen faktisk sikret en riktigere pris på det andre tilbudet, og at Perpetuum selv hevdet å kalkulere med en nokså ekstraordinær fortjenestemargin, er ikke den reelle begrunnelsen for ansvar helt lett å utlede fra faktum i saken.

Sakens faktum er for øvrig neppe god reklame for anskaffelsesreglenes bidrag til å fremme konkurransen om offentlige kontrakter. Kun to lokale tilbydere deltok i konkurransen, den ene med svært høy forventet fortjenestemargin. Hvordan de høye transaksjonskostnadene i denne og andre saker bidrar med bedre konkurranse om andre kontrakter, er stadig et relevant spørsmål.

Johannes Hygen Meyer

KONKURRANSERETT

Inngrep mot foretakssammenslutning, jf. konkurranse-loven § 16 – HR-2023-299-A Staten v/Konkurransetilsynet mot Schibsted ASA

Innledning

Høyesterett i avdeling avsa 16. februar 2023 enstemmig dom i tvist mellom staten v/Konkurransetilsynet og Schibsted ASA («Schibsted»). Saken gjaldt gyldigheten av Konkurransklagenemndas inngrepsvedtak av 27. mai 2021, som forbød Schibsteds (majoritetseier i Finn) erverv av aksjemajoriteten i Nettbil AS («Nettbil»).

Konkurransklagenemnda hadde stadfestet Konkurransetilsynets inngrepsvedtak. Mens tilsynet mente at konkurransen ville hindres i et marked for nettbasert formidling av bruktbiler gjennom plattformer, la nemnda til grunn at markedet omfattet samtlige aktører som forhandler bruktbiler fra private eller tilbyr tjenester som setter privatpersoner i kontakt med potensielle kjøpere av bruktbilen. Nemnda foretok imidlertid ikke en egentlig prøving av tilsynets vedtak, men fattet sitt eget, basert på egne kvalitative vurderinger. Det var dette vedtaket som nærmest ble plukket fra hverandre i de senere instanser.

Schibsted reiste søksmål om Konkurransklagenemndas vedtak for Gulating lagmannsrett som er tvunget vernet, jf. konkurranse-loven § 39 fjerde ledd.

Lagmannsretten (LG-2021-119638) kom til at det ikke var sannsynliggjort at Schibsteds (Finns) erverv av Nettbil ville føre til betydelig konkurranseskade, jf. konkurranse-loven § 16, og opphevet vedtaket. Retten konkluderte blant annet med at staten v/Konkurransetilsynet ikke hadde gitt noen overbevisende

argumentasjon for at Finn og Nettbil tilbyr tjenester i samme marked. Lagmannsretten fant da heller ikke at foretakssammenslutningen ville føre til at Finn øker prisene eller at utviklingen av Nettbil.no eller Finns bilannonsetjenester vil stoppe opp. Staten v/Konkurransetilsynets anket til Høyesterett. Anken ble forkastet og opphevingen av vedtaket ble opprettholdt.

Konkurranseloven § 16 første ledd første punktum angir at «Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes». Inngrepsbestemmelsen ble i 2016 harmonisert med EUs fusjonsforordning (no. 139/2004). Siden har Konkurransetilsynet grepet inn, med forbud eller betingede gjennomføringstillatelser, mot tolv foretakssammenslutninger.

I 2022 ble to av Konkurransetilsynets forbudsvedtak opphevet, av henholdsvis Konkurransklagenemnda (foretakssammenslutningen DNB–Sbanken) og av Gulating lagmannsrett (foretakssammenslutningen Schibsted–Nettbil). Ankebehandlingen av sistnevnte er første gang Høyesterett behandler konkurranserettens inngrepshjemmel for fusjoner og oppkjøp. Grunnen til at få fusjonsvedtak bringes videre i domstolssystemet, er at foretak tilbyr avhjelpende tiltak eller ser etter andre kommersielle muligheter, heller enn å gjennomgå en forsinkende domstolsprosess. Schibsteds erverv av Nettbil var imidlertid allerede gjennomført på tidspunktet for Konkurransetilsynets forbudsvedtak (meldeplikt ble pålagt i ettertid), og Schibsted fikk utsatt iverksetting til eventuell rettskraftig dom forelå.

Anken til Høyesterett gjaldt dommen i sin helhet, det vil si bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen og saksbehandlingen, jf. tvisteloven §§ 30-3 første ledd og 29-3 første ledd. Høyesteretts grunngiving for å opprettholde lagmannsrettens dom var strukturert i fire hoveddeler: Rettslig rammeverk for rettsanvendelsen under konkurranse-loven § 16, vilkårene for inngrep etter konkurranse-loven § 16, den konkrete vurderingen og konklusjon og sakskostnader. Vi vil i det følgende kommentere disse delene av dommen før vi avslutter med noen sammenfattende betraktninger.

Rettslig rammeverk for rettsanvendelsen under konkurranse-loven § 16

Forholdet til konkurranseregler i EØS/EU-retten

Høyesterett starter med en vurdering av forholdet til EØS-konkurransereglene. Dette er ganske enkelt; enten er Konkurransetilsynet kompetent eller så er Kommisjonen (eller i sjeldne tilfeller EFTAs overvåkningsorgan) det. Det sentrale i saken gjelder imidlertid ikke kompetansefordelingen, men at den norske inngrepsbestemmelsen (krll. § 16) er harmonisert med inngrepsvilkåret i fusjonsforordningen (lovendring 2016). Høyesterett understreker her at “rettsanvendelsen etter den harmoniserte lovbestemmelsen skal følge ek-

sisterende og fremtidig retts- og forvaltningspraksis fra henholdsvis EU-domstolen, EU-kommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgan” (avsn. 57). Høyesterett bruker dette utsagnet spesielt for å legge betydelig vekt på Kommisjonens retningslinjer i de materielle delene av dommen.

Domstolens kompetanse, prøvingens intensitet m.m.
I dommen klargjør Høyesterett rammene for prøvingen av Konkurransetilsynets og Konkurransklagenemndas vedtak. Utgangspunktet etter loven er ganske rett frem; i krrl. § 39 tredje ledd heter det at retten «kan prøve alle sider av saken». Selv om hensynene kan være noe ulike i f.eks. saker om overtredelsesgebyr og inngrep mot foretakssammenslutninger, er det likevel ikke indikasjoner i forarbeidene på at prøvingsintensiteten skal være mindre i sistnevnte saker (se Erling Hjelmeng: «Domstolsprøving i konkurranse-saker – særlig om inngrep mot foretakssammenslutninger etter konkurranseloven § 16», foreløpig publisert på <https://ssrn.com/abstract=4008498>). I Rt. 2011 s. 910, avsn. 51, ble det uttalt at retten «kan ... prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn». Dessuten sies det at det kan fattes «nytt vedtak dersom tilsynets vedtak er ugyldig». Sistnevnte kan imidlertid neppe overføres til fusjonssaker.

Prøvingsintensiteten ble brakt under tvil med Gulatting lagmannsretts avgjørelse i Telenor-saken. Telenor hadde blitt ilagt et overtredelsesgebyr på 786 mill NOK for overtredelse av krrl. § 11. Vedtaket var opprettholdt i Konkurransklagenemnda. Gulatting lagmannsrett (som er tvungent verneting i saker om gyldigheten av nemndas vedtak), uttalte: «Lagmannsretten bemerker innledningsvis at det ved domstolenes overprøving av forvaltningsavgjørelser etter omstendighetene kan være grunn til å vise tilbakeholdenhet dersom forvaltningsavgjørelsen i høy grad bygger på forvaltningens ‘spesielle sakkunnskap og brede erfaringsgrunnlag’, jf. Rt-2015-1388 (plenumsavgjørelse) avsn. 247 med henvisning til Rt-1975-603 (Swingball).» Gulatting la altså opp til en mer begrenset prøving i konkurransesaker, grunnet organenes særlige fagkunnskap. En slik begrensning kan muligens sammenlignes med EU-domstolens begrensede prøving av såkalte «complex economic matters». Praksis viser imidlertid at også EU-domstolen går temmelig langt i å foreta prøving av sentrale elementer i Kommisjonens resonnementer, selv om det følger av fast praksis at «it is not for the Court to substitute its own economic assessment for that of the institution which adopted the decision» (sak T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265, prem. 243). Gulatting standpunkt kunne derfor tilsi en enda mer begrenset prøving i norsk rett.

Dette tok Høyesterett avstand fra i Schibsted/Nett-bil. Her gjentas EU-rettens utgangspunkt om at domstolene ikke skal erstatte konkurransemyndighetenes økonomiske vurderinger med sine egne. Deretter heter det: «Begrenset prøving betyr altså ikke at domstolen

skal avstå fra å etterprøve konkurransemyndighetenes tolkning av informasjon av økonomisk karakter. Domstolene må dessuten kunne prøve om bevisene er troverdige og konsistente, om de gir tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre saken og om de er egnet til å underbygge konklusjonen» (avsn. 65, uthevet i original). Det er altså en full prøving som gjelder, med en tilsvarende begrensning som er formulert i EU-konkurranseretten.

Bevis, bevisbedømmelse og beviskrav

Videre går Høyesterett inn på bevisbedømmelse og beviskrav. Også her bringer dommen viktige avklaringer. Først og fremst klargjøres det at det gjelder en terskel på sannsynlighetsovervekt for at foretakssammenslutning i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse (avsn. 67). Terskelen i fusjonssaker kan dermed ikke sammenlignes med terskelen «egnet til å begrense konkurransen», som benyttes som en tilleggssjekk i misbrukssaker og ved formålsovertredelser av krrl. § 10. Deretter gjentar Høyesterett det som etter hvert har blitt et alminnelig utgangspunkt, at der det er tale om vurderinger av fremtidsscenarier må prognoser være forsvarlige, jf. Rt-2012-1985 avsn. 77.

Endelig sier Høyesterett noe om bevisverdien av interne dokumenter. Slike dokumenter kan ofte gi et vel optimistisk bilde av egen markedsposisjon, og praksis har også vist at tonen kan være aggressiv overfor konkurrenter. Særlig i saker om misbruk av dominerende stilling, der det kreves en konkurransebegrensende intensjon, har slike dokumenter vist seg svært farlige for foretak. Et eksempel er Telenor-saken, se Gulatting lagmannsretts dom LG-2019-137886-2, kapittel 5.3 (anke nektet fremmet, jf. HR-2021-2314-U).

Høyesterett viser her til at interne dokumenter «må tolkes i lys av dokumentets formål og vurderes i sin rette sammenheng» (avsn. 69). Her vises det til Underrettens dom i sak T-691/14 (ECLI:EU:T:2018:922) avsn. 1470 der det heter at slike dokumenter må forstås i lys av deres «objectif promotionnel». Poenget er kort sagt at overdrivelser i interne dokumenter ikke ukritisk kan legges til grunn i konkurransemyndighetenes vedtak. Høyesterett gir like fullt – under henvisning til tidligere praksis både fra Underretten og Høyesterett selv – uttrykk for at tidsnære dokumenter har en særlig vekt, og at det samme gjelder partens ufordelaktige utsagn om egen sak (avsn. 70). Begge deler er viktige avklaringer innenfor den «black box» som bevisvurderinger gjerne fremstår som.

Vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16

Under overskriften «Vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16» påpekte Høyesterett at det må foretas en markedsavgrensning og en konkurranseanalyse (avsn. 73). Høyesteretts redegjørelse for formålet med og metoden for markedsavgrensning skal ikke gis mye plass her. Nevnes kan likevel slutningen om at «[d]ersom produktene [som tilbys] er differensierte, er store prisforskjeller ikke nødvendigvis til

hinder for at de er substituerbare. Men det har formodningen mot seg at produktene da tilhører samme produktmarked» (avsn. 98).

Når det gjelder konkurranseanalysen tok Høyesterett utgangspunkt i ordlyden i konkurranseloven § 16. Det ble blant annet presisert at vilkåret om at foretakssammenslutningen vil hindre effektiv konkurranse «i betydelig grad» er et terskelspørsmål (avsn. 100). Til terskelspørsmålet er det flere forhold å bemerke.

Høyesterett uttalte at «[h]vor terskelen for hva som er «betydelig» ligger, lar seg ikke angi eksakt.» (avsn. 105) Riktig nok kan grensen for påkrevd konkurransekade være uskarp i kantene og terskelkravet kan undertiden være utfordrende å anvende på konkrete saksforhold. Det er likevel rettskildegrunnlag for en presisering av betydelighetsterskelen.

Her tilkommer at ordlyden angir at terskelen oppfylles «særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes». I fusjonsforordningens foretale fremholdes det at «[a] significant impediment to effective competition generally results from the creation or strengthening of a dominant position» (forordning 139/2004, avsn. 26). Etter EU-domstolens praksis viser dominansbegrepet til en økonomisk stilling som gjør ett eller flere foretak i stand til å hindre effektiv konkurranse i et marked, ved at det eller de i betydelig grad kan opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukere (sak 27/76 United Brands avsn. 65). For øvrig har EU-kommisjonen uttalt at dominansbegrepet «provides an important indication as to the standard of competitive harm that is applicable when determining whether a concentration is likely to impede effective competition to a significant degree». (Guidelines on the assessment of horizontal mergers (2004) avsn. 4.) Om dominansbegrepets tolkning og anvendelse finnes videre betydelig rettspraksis både i saker om foretakssammenslutninger og om forbudet mot misbruk av markedsdominans (konkurranse-loven § 10, EØS-avtalen art. 53, TEUV art. 101).

Selv om Høyesterett ikke knyttet terskelkravet til dominansbegrepet, fikk staten v/Konkurransetilsynets tolkning av betydelighetsterskelen uansett ikke medhold. Myndighetene hadde gjort gjeldende at det var tilstrekkelig at konkurransen ble påvirket. Førstvoterende forsto «staten slik at den med dette mener at det for inngrep er tilstrekkelig at hindringen ikke er ubetydelig i betydningen bagatellmessig, ofte omtalt som «de minimis»». Høyesterett avviste en slik tolkning, og pekte blant annet på at ordlyden i konkurranse-loven § 16 og ulike språkversjoner av det bakenforliggende EU-regelverket, gir motstand mot norske myndigheters forståelse av inngrepsterskelen. Til støtte for tolknin-gen viste Høyesterett også til uttalelser om krav til kvalifisert konkurransevirkning i Prop. L 37 (2015-2016) og NOU 2012:7. Selvstendig autoritet har disse uttalelsene likevel ikke når konkurranse-loven § 16 første ledd er innholdsmessig harmonisert med tilsvarende inngrepsbestemmelse i EUs fusjonsforordning.

Før øvrig gikk Høyesterett ikke inn på muligheten for å gripe inn mot foretakssammenslutninger som ikke skaper eller styrker en dominerende stilling. Førstvoterende påpekte at hvorvidt det for inngrep i slike situasjoner gjelder særlige vilkår, er omstridt og for tiden står til prøving for EU-domstolen. (sak C-376/20 P CK Telecoms). Høyesterett fant det ikke nødvendig, og derfor heller ikke hensiktsmessig, å ta stilling til spørsmålet i saken her (avsn. 110).

Den konkrete vurderingen

Høyesteretts konkrete vurdering var i korte trekk som følger: det ble ikke funnet bevist at Schibsteds/Finns og Nettbils produkter tilhører samme produktmarked (avsn. 140). Når de involverte foretakene ikke anses å konkurrere med hverandre, falt grunnlaget for en konkurranseanalyse bort (avsn. 142). Høyesterett fant heller ikke holdepunkter for at foretakssammenslutningen ville føre til innovasjonsskade i form av mindre produktutvikling hos Schibsted og Nettbil (avsn. 145–147).

Det var flere grunner til at Høyesterett ikke fant det bevist at Schibsted/Finn og Nettbil opererte på samme marked. Blant annet ble det fremhevet at selv om begge tilbyr en annonsetjeneste i forbindelse med salg av bruktbil, er produktene innholdsmessig svært forskjellige og tilbys til høyst ulik pris (avsn. 119). Mens Finn først og fremst tilbyr en annonsetjeneste er Nettbil involvert i selve salgsprosessen gjennom en auksjons-løsning (avsn. 120). Gjennomsnittsprisen for en annonse på Finn.no er 918 kroner for biler i kategorien over 50 000 kroner, mens de sammenliknbare kostnadene hos Nettbil i sum kan bli mellom 9 000 kroner og 30 000 kroner; altså 10 til 30 ganger mer (avsn. 124). Også partenes interne dokumenter ble vurdert som grunnlag for markedsavgrensningen. Til disse uttalte Høyesterett blant annet at verken dokumentene eller noterte priser etter at Nettbil ble lansert i 2017, viser at Schibsted eller Finn har vurdert Nettbil som en konkurransetrus-sel som har krevd mottiltak i noen form (avsn. 131).

Sakskostnader

Schibsted vant saken fullstendig og ble tilkjent saks-kostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. For Høy-esterett krevde Schibsted om lag 8,1 millioner kroner, fordelt på 6,9 millioner kroner i advokatsalær og 1,2 millioner kroner i honorar til sakkyndig vitne og ek-ster rapport. Etter en proporsjonalitetsvurdering, jf. HR-2020-1515-U, ble advokatsalæret redusert med 1 million kroner. Høyesterett uttalte blant annet at med «det til dels voldsomme timetallet som et slikt saks-kompleks genererer gjennom et stort advokatteam, sier det seg selv at ikke alle timer er like effektive el-ler spesialiserte og at ikke enhver del av det arbeidet som er blitt utført har vært nødvendig» (avsn. 156). Schibsted ble heller ikke tilkjent sakskostnader for honoraret til sakkyndig vitne og rapport, da dette ar-beidet ikke ble funnet nødvendig i saken for Høyeste-rett (avsn. 157).

Avsluttende merknader

Høyesteretts dom i HR-2023-299-A Staten v/Konkurransetilsynet mot Schibsted ASA utviser en inngående prøving av konkurransemyndighetenes inngrepsvurdering. Høyesterett fant det ikke bevist at Schibsted/Finn og Nettbil var konkurrenter på samme marked. Foretakssammenslutningen ville derfor heller ikke medføre en betydelig hindring av effektiv konkurranse, jf. konkurranseloven § 16 første ledd. Til dommens betydning utover den konkrete saken kan flere forhold fremheves.

For det første legger Høyesterett seg på samme linje som EU-domstolen når det kommer til prøvingsintensitet. Selv om Høyesterett ikke fraviker Swingball-doktrinen på generelt grunnlag, foretas det en prøving av grunnlaget for og gjennomføringen av Konkurransklagenemndas økonomiske vurderinger, etter modell av Domstolens tilnærming til «complex economic matters». Hvilken videre betydning doktrinen vil ha i konkurranseretten, med en lovfestet full prøving iht. krrl. § 39 tredje ledd, forblir imidlertid usagt.

For det andre klargjør Høyesterett at det faktisk dreier seg om en rettslig terskel for inngrep, der faktum må bevises og deretter foretas en subsumsjon. Om vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16, er det mest sentrale Høyesteretts stadfesting av terskelen om betydelig konkurranseskade, som er en høyere terskel enn at hindringen ikke må være ubetydelig eller bagatellmessig.

Her kan vi bemerke at ikke i noen av de tolv inngrepsvedtak etter EU-harmoniseringen av konkurranseloven § 16 første ledd i 2016 klargjøres betydelighetsterskelen. I stedet formuleres andre vurderingstemaer. Eksempelvis har tilsynet vist til at foretakssammenslutningene vil medføre «økt markeds-makt» (se til eksempel V2018-19 St1 – Statoil Fuel & Retail Marine avsn. 385, 447, 523. Se også V2019-22 Prosafe–Floatel avsn. 697 og V2021-7 Altica–Arcus avsn. 670, V2021-13 DNB–Sbanken avsn. 685, V2022-10 Bewi–Jackson avsn. 249.) Som vi har påpekt andre steder (bl.a. Rett24 10. oktober 2022) er ikke økt markeds-makt ensbetydende med at en foretakssammenslutning vil medføre en betydelig hindring av effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes, slik loven krever.

Dette betyr at det i fremtiden må stilles krav til at Konkurransetilsynet begrunner sine inngrepsvedtak, slik at det faktisk kan etterprøves at transaksjonen faktisk overstiger betydelighetsterskelen. Det har i begrenset utstrekning vært tilfelle med tilsynets inngrepsvedtak mot foretakssammenslutninger etter harmoniseringen av inngrepsstandarden i 2016. Samtidig er det på høy tid at EU-domstolen klargjør inngreps-terskelen utenfor dominanstilfellene, slik den nå har sjansen til i CK Telecoms-saken.

Når Høyesterett har klargjort at Konkurransetilsynets tolkning av betydelighetsterskelen var uriktig, kan det også være grunn til omgjøring av vedtak som

pålegger foretak løpende forpliktelser for å avhjelpe tilsynets identifiserte konkurransebegrensende, men likevel ikke nødvendigvis betydelige, virkninger.

Erling Hjelmeng og Eirik Østerud

KONTRAKTSRETT

Spørsmål om vilkårene for å igangsette «defensiv forsering» i en totalunder-entreprisekontrakt – HR-2023-534-A

1. Innledning

I et omfattende byggeprosjekt ved Slemdal skole i Oslo var Backe Stor-Oslo AS (Backe) totalentreprenør. Elektro-Kontakten AS (Elektro-Kontakten) var totalunderentreprenør for elektroarbeidene, og kontrakten mellom partene var inngått på basis av NS 8417 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalunderentreprise. Det oppsto forsinkelser i prosjektet og Elektro-Kontakten krevde fristforlengelse. Kravene ble kun delvis akseptert av Backe. Gjennom lagmannsretts dom ble det rettskraftig avgjort at Backe uberettiget hadde avslått krav om fristforlengelse overfor Elektro-Kontakten. Underveis i prosjektet hadde Elektro-Kontakten igangsatt «defensiv forsering» som svar på Backes urettmessige avslag på kravet om fristforlengelse.

Saken for Høyesterett dreide seg om forståelsen av et av vilkårene for å iverksette «defensiv forsering». I NS 8417 punkt 33.8 «Forsering ved uberettiget avslag» fremkommer følgende:

«Hvis totalentreprenøren helt eller delvis avslår et berettiget krav på fristforlengelse, kan TUE velge å anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre. TUE har ikke en slik valgt rett dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis totalentreprenørens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %.

Før forsering etter første ledd iverksettes, skal totalentreprenøren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.»

Reguleringen fastsetter – på overordnet plan – at totalunderentreprenøren under visse forutsetninger kan igangsette «defensiv forsering» på totalentreprenørens regning hvis han mottar et uberettiget avslag på fristforlengelse. Ofte kan det være usikkert om man har et krav på fristforlengelse, og hvor lang den berettigede fristforlengelsen er, og således gir reguleringen også totalunderentreprenøren et risikodempende verktøy. Dersom det viser seg at han tok feil – dvs. at han ikke hadde rett på fristforlengelse – får han ikke noe vederlag for den gjennomførte forseringen, men han slipper dagmulktsansvaret.

Reguleringen i NS 8417 har sine reguleringsstre i de andre standardkontraktene. Vi finner parallelle reguleringer i NS 8405 punkt 24.8, NS 8406 punkt 21, NS 8407 punkt 33.8, NS 8415 punkt 24.8 og NS 8416 punkt 21. Dommen har dermed betydning for forståelsen av alle disse standardkontraktene.

Saken dreide seg kun om hva som omfattes av «vederlaget for forseringen», som totalunderentreprenøren skal kalkulere og varsle totalentreprenøren om etter annet ledd. Som det fremkommer av reguleringen er totalunderentreprenørens rett til å velge å iverksette «defensiv forsering» på totalentreprenørens regning begrenset til situasjoner hvor det aktuelle vederlaget ikke må antas å overstige et angitt tak. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at man i denne sammenheng ikke behøvde å ta hensyn til kostnader som oppstår gjennom ineffektiv drift – såkalt «plunder og heft». Backe hadde også anket på enkelte andre punkter, men det var kun dette spørsmålet som slapp inn til behandling.

2. Høyesteretts avgjørelse

2.1 Resultatet

Høyesteretts flertall på tre dommere kom til at lagmannsretten hadde lagt uriktig rettsanvendelse til grunn, og at man skulle ta hensyn til kostnadene knyttet til ineffektiv drift som måtte antas å ville oppstå gjennom forseringstiltaket. Mindretallet la til grunn samme forståelse som lagmannsretten.

2.2 Høyesteretts vurdering

Etter en gjennomgang av grunnstrukturene i reguleringen av rett til fristforlengelse og betydningen av et uberettiget avslag på fristforlengelse i NS 8417, fremholder flertallet i avsnitt 37 at vurderingen som skal foretas etter punkt 33.8 skal skje ut fra situasjonen før forseringen iverksettes. Det fremkommer for så vidt direkte av bestemmelsens andre ledd. I dette – og i reguleringens formulering «må antas» – ligger det videre at det som kreves er et «forsvarlig estimat». Estimatet er således heller ikke avgjørende for hvilket vederlag totalunderentreprenøren til slutt vil ha krav på overfor totalentreprenøren. Det er tidligere avklart i Rt. 1999 s. 878.

Før Høyesterett går til tolkningen av kontraktens bestemmelse, redegjør den for forseringen og beregningen av forseringskostnadene i den konkrete saken. Her er det særlig å merke seg at Elektro-Kontakten hadde redegjort for de direkte kostnadene forseringstiltakene ville medføre. Man hadde imidlertid også redegjort for at man forventet at det ville oppstå ineffektivitetstap i forseringsperioden. De var imidlertid ikke identifisert som en konsekvens av forseringstiltakene (alene).

Tolkningen av den sentrale reguleringen – NS 8417 punkt 33.8 – er relativt kortfattet og kommer først etter de ovennevnte innledende øvelsene. Etter å ha slått fast utgangspunktet om at ordlyden og formålene med

reguleringen må stå sentralt ved tolkningen av standarden, er det nettopp disse tolkningsdataene som er avgjørende for flertallet. Høyesterett finner at ordlyden – «vederlaget for forseringen» – trekker i retning av at det er det samlede vederlaget totalunderentreprenøren vil ha krav på som skal estimeres. Også formålet – «at totalentreprenøren ... ikke skal måtte akseptere en forsering som medfører risiko for uforholdsmessig høye kostnader for ham» – trekker etter flertallets mening i samme retning. Flertallet avfeier deretter at systematikken i NS 8407 punkt 34 om vederlagsjustering, hvor merkostnader ved ineffektiv drift har fått en særregulering i punkt 34.1.3, kan tillegges betydning. At det ofte vil være vanskelig å estimere hvilke merkostnader som kan oppstå i forbindelse med en forsering, og ikke minst skille disse fra tilsvarende effekter av andre forhold, er etter flertallets syn heller ikke avgjørende. Det påpekes i denne sammenheng at det (kun) er et forsvarlig estimat som kreves.

Det er etter min mening lite å utsette på flertallets vurdering av tolkningsspørsmålet. Det er i grunnen vanskelig å se at det egentlig foreligger særlig gode argumenter for en annen løsning enn den flertallet kommer til.

For mindretallet synes det avgjørende for tolkningen å være at det forut for forseringen vil være vanskelig å estimere hvilke merkostnader som vil oppstå. Etter min oppfatning er ikke dette overbevisende, i lys av at det er et forsvarlig estimat som skal gis.

3. Noen avsluttende bemerkninger

Flertallets konklusjon i dommen er ikke overraskende, og er godt begrunnet både i standardens ordlyd og formålet med reguleringen. Dommen har ikke bare betydning for forståelsen av reguleringen i denne standarden, men også for de andre standardenes parallelle reguleringer. Formelt har således dommen stor rettsavklarende betydning, da det er et praktisk viktig spørsmål som avklares.

Det er imidlertid en rekke tolkningsspørsmål som gjenstår i forbindelse med reguleringen av «defensiv forsering». Noen av disse vil nok dukke opp i neste runde i lagmannsretten etter opphevingen av deler av dommen i Høyesterett.

Herman Bruserud

Ambulerende arbeidsgiveravgift – HR-2023-411-A

(1) Innledning

(1.1) Tvisten

Saken som ble behandlet av Høyesterett i denne dommen inneholdt to tvistesporsmål i en sluttoppgjørstvist om en vei- og tunnelentreprise. Den første problemstillingen gjaldt spørsmålet om entreprenøren hadde krav på vederlagsjustering som følge av en økning av arbeidsgiveravgiften for de kontraktsarbeidene som

entreprenøren hadde påtatt seg. Bare denne spørsmålsstillingen skal behandles i det følgende.

Det følger av folketrygdloven § 23-2 at arbeidsgiveravgiften kan være geografisk differensiert. I den aktuelle saken utførte entreprenøren arbeidet i en sone hvor avgiftssatsen var satt til 0 prosent. Da avtalen med byggherren ble inngått, kunne entreprenøren nyttiggjøre seg denne lave satsen selv om hovedkontoret lå i en annen sone med full avgift på 14,1 prosent, såkalt ambulerende virksomhet, jf avgiftsvedtak for 2015 § 1 fjerde ledd.

Denne særordningen falt imidlertid bort fra og med 2016 som følge av dom fra EFTA-domstolen i september 2015, jf E-23/14 Kimek. Dette medførte at entreprenøren fra dette tidspunktet måtte betale full arbeidsgiveravgift for sine ansatte, noe det ikke var tatt høyde for i kontrakten med byggherren.

Entreprenøren krevde vederlagsjustering som følge av avgiftsøkningen, noe byggherren satte seg imot.

Entreprenøren ble gitt medhold i sitt krav av lagmannsretten. Anken fra byggherren ble sluppet inn for Høyesterett som dermed skulle ta stilling til rettsanvendelsen som lå til grunn for lagmannsrettens domsslutning angående avgiftsspørsmålet.

(2) Det to-sporede systemet i NS 8406: 2009

Høyesterett startet med en redegjørelse for det to-sporede kompensasjonssystemet som NS 8406: 2009 inneholder når det gjelder avgiftsøkninger.

Etter punkt 23.1 første ledd gis entreprenøren kompensasjon for lønns- og prisutviklingen etter at kontrakt er inngått gjennom en regulering av kontraktssummen i henhold til byggekostnadsindeksen. Dette dreier seg om en standardisert justering som gir uttrykk for den generelle kostnadsøkningen i byggebransjen.

Punkt 23.1 fjerde ledd inneholder imidlertid en egen regel om kompensasjon av avgiftsøkninger etter at entreprenøren inngav sitt tilbud. Vederlagsjusteringen skal etter denne bestemmelsen skje direkte, det vil si krone for krone.

I den aktuelle saken fikk entreprenøren justert kontraktssummen på grunnlag av kostnadsindeksen, jf punkt 23.1 første ledd. Det var dessuten på det rene at endring av arbeidsgiveravgiften i prinsippet inngikk i beregningsgrunnlaget for fastsettelse av indeksen. Dette førte imidlertid bare til et marginalt utslag på indeksen – om overhodet noe – selv om avgiftsendringen rammet den aktuelle entreprenøren hardt. Dette var bakgrunnen for at entreprenøren krevde vederlagsjustering etter avgiftsregelen i punkt 23.1 fjerde ledd.

(3) Forholdet mellom de to grunnlagene for vederlagsjustering

Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var forholdet mellom de to ovennevnte kompensasjonsgrunnlagene: Kunne entreprenøren kreve vederlagsjustering etter den særskilte avgiftsregelen i punkt 23.1 fjerde ledd

når det i prinsippet ble gitt en kompensasjon i medhold av indeksreguleringen i punkt 23.1 første ledd?

Høyesterett svarte benektende på dette spørsmålet. En kompensasjon etter indeksen, uavhengig av den konkrete belastningen, utelukker bruk av vederlagsjustering etter avgiftsregelen i punkt 23.1 fjerde ledd.

Riktignok fant Høyesterett at ordlyden i avgiftsregelen var vid nok til å omfatte endringer av arbeidsgiveravgiften, men andre tungtveiende grunner talte imot en slik løsning. Særlig tre slike hensyn ble trukket fram av Høyesterett.

For det første var det i litteraturen på området anført at avgiftsregelen ikke omfattet avgiftsendringer som påløp i entreprenørens alminnelige virksomhet, uavhengig av det aktuelle kontraktsarbeidet, noe som var tilfelle med arbeidsgiveravgiften.

For det andre talte formålsbetraktninger for at samme kostnadsendring ikke skal kunne medføre flere justeringer av vederlaget. Dette innebar at «innsatsfaktorer som etter sin art fanges opp av indeksen etter første ledd, ikke i tillegg omfattes av fjerde ledd [avgiftsregelen]».

For det tredje ble det påpekt at hvis man åpnet opp for at den samme innsatsfaktoren skal kunne utløse kompensasjon etter begge reglene, så vil det «redusere verdien av indeksreguleringen og lede til vanskelige avgrensningsspørsmål».

At dette resultatet kunne oppfattes som urimelig av entreprenøren fordi kompensasjon etter indeksregulering ble helt marginal, ble ikke tillagt vekt.

(4) Vederlagsjustering etter kontraktens spesielle bestemmelser

Høyesterett vurderte deretter om kontraktens spesielle bestemmelser ga entreprenøren rett til en vederlagsjustering, det vil si om hvorvidt disse bestemmelsene ga entreprenøren en videre kompensasjonsadgang enn det som fulgte av standardens regler.

Det framgikk av kontraktens C2 punkt 18 andre ledd at «[e]ndringer av slike forutsetninger [de offentlige bestemmelser som gjaldt i forbindelse med tilbudsgivningen], som ikke dekkes av annen indeksregulering, gir partene rett til regulering av kontraktssum.»

Høyesterett fant imidlertid at vilkåret om et forutsetningsbrudd ikke var til stede. Entreprenøren hadde leid inn arbeidskraft fra et arbeidsutleiefirma, og det var dette selskapet som betalte arbeidsgiveravgiften. Siden entreprenøren ikke var forpliktet til å betale for den økte avgiften, forelå heller ikke noe forutsetningsbrudd. At entreprenøren faktisk valgte å betale utleiefirmaet for den økte avgiften, var ikke relevant.

Det andre vilkåret, at indeksreguleringen ikke dekket forholdet, var det da unødvendig å ta stilling til.

(5) Mine kommentarer

Samtlige norske entreprisestandarder inneholder en særskilt avgiftsregel med et tilsvarende innhold som den vi finner i NS 8406: 2009 punkt 23.1 fjerde ledd.

Hva som er virkeområdet for disse justeringsreglene, har lenge vært et omstridt tema. Problemstillingen er aktuell for en rekke forskjellige avgiftstyper. Spørsmålet for Høyesterett gjaldt arbeidsgiveravgiften.

Personlig har jeg tidligere anført at arbeidsgiveravgiften hører med til statens alminnelige inntektssystem på samme måte som skattereglene, og at det derfor er god grunn til å avgrense mot denne type avgifter. At endringer i skattereglene faller utenfor avgiftsregelen og derfor er entreprenørens risiko, er ikke tvilsomt.

Høyesterett trakk fram dette argumentet, se ovenfor, men ga det en spesiell vinkling: «Det tilsier i så fall at generelle avgifter – som typisk vil omfattes av indeksreguleringen i første ledd, så som arbeidsgiveravgift – ikke omfattes av fjerde ledd.» Denne innfallsvinklingen, at avgiften er generell, ledet over til hovedsynspunktet til Høyesterett: «Det tilsier at innsatsfaktorer som *etter sin art* fanges opp av indeksen etter første ledd [som omfatter generelle avgifter], ikke i tillegg omfattes av fjerde ledd.» Som påpekt av Høyesterett understøttes dette standpunktet av retts-tekniske grunner. En håndtering av to justeringshjemler for samme forhold, skaper vanskelige samordningsproblemer da entreprenøren ikke skal tilkjennes dobbelkompensasjon.

Jeg er som det framgår ovenfor, enig i resultatet som Høyesterett kom fram til i denne saken. Begrunnelsen favner imidlertid for vidt når det bærende synspunktet er at alle avgifter som etter sin art faller inn under indeksen, er utelukket fra avgiftsregelen. Dette leder nemlig til at avgiftsregelen tømmes for innhold fordi alle generelle avgifter inngår i beregningsgrunnlaget for byggekostnadsindeksen.

De avgiftene som det særlig har vært aktuelt å bedømme etter avgiftsregelen i standardene, er de såkalte særavgiftene, Prop. 1 LS punkt 9. Dette dreier seg om slik avgifter som avgift på motorvogner, vei-bruksavgift på drivstoff, grunnavgift på mineralolje, CO₂-avgift og svovelavgift. Alle disse avgiftene er imidlertid generelle og de inngår i indeksens beregningsgrunnlag. Ifølge Høyesteretts *resonnement* vil de dermed ikke gi grunnlag for en særskilt kompensasjon.

De avgiftene som i tilfelle skulle gi grunnlag for en kompensasjon etter avgiftsreglene, er avgifter knyttet til den enkelte byggesak. I hvilken grad det finnes slike avgifter, er uklart. Uansett framstår det som lite trolig at standardiseringskomiteen fant grunn til å tilegne en egen bestemmelse for slike (ytterst) sjeldne tilfeller.

Min kritikk mot Høyesterett er at man ikke erkjente denne virkningen av sin argumentasjon og trakk den inn i tolkingen av standarden. Dette kunne ha ledet til at Høyesterett enten fant en mindre vidtfavnende begrunnelse for ikke å la avgiftsregelen komme til anvendelse, for eksempel slik jeg antydte ovenfor, eller at man åpent argumenterte for en dramatisk innskrenking av virkeområdet for avgiftsreglene.

Lasse Simonsen

PENGEKRAVSRETT

Foreldelse av erstatningskrav mot daglig leder etter selskapets konkurs, forbrukerperspektivets betydning for friststart – HR-2023-585-A

Forbrukeren inngikk i 2016 avtale med et aksjeselskap om arbeider på forbrukerens bolig. Arbeidene skulle være fullført senest ved utgangen av mars 2017. Underveis i arbeidet klaget forbrukeren høsten 2016 på planlegging, utføring og fremdrift. Etter ny klage senere samme høst meddelte forbrukeren at arbeidet kunne avsluttes, selv om det ikke var fullført. Han hadde på dette tidspunkt betalt vederlag på i alt ca 800 000 kroner. Våren 2017 engasjerte han sakkyndig bistand for å gjennomgå arbeidet som var utført. Reklamasjonsrapporten forelå i august 2017. Rapporten konkluderte med at arbeidene bar «preg av manglende forståelse og kompetanse for faget, slurvete arbeid, dårlig håndverk, manglende ledelse og dårlig kommunikasjon mellom partene». Etter reklamasjon 17. august 2017 og diskusjoner med selskapet om retting av mangler tok forbrukeren ut søksmål mot selskapet. Søksmålet førte frem for forbrukeren i forliksrådet og i tingretten. Begge parter anket til lagmannsretten, men selskapet gikk konkurs 7. juli 2020, før lagmannsrettens behandling, og saken ble hevet ved kjennelse 3. september 2020. Søksmål mot daglig leder, som også var styreleder og største aksjonær, ble reist i oktober 2020 med krav om erstatning etter aksjeloven § 17-1 første ledd. Kravet var særlig basert på dårlig ledelse av arbeidet. Selv om det først og fremst var rollen som daglig leder som var grunnlaget for erstatningskravet, valgte førstvoterende i samsvar med vanlig praksis å omtale ansvaret etter § 17-1 første ledd som «styreansvar». Ansvar etter § 17-1 første ledd er et skyldansvar utenfor kontraktsforhold (avsnitt 30), som foreldes etter foreldelsesloven § 9. Høyesterett kom enstemmig til at et eventuelt erstatningskrav var foreldet da forbrukeren tok ut søksmål mot daglig leder.

Foreldelse av erstatningskrav utenfor kontraktsforhold inntreffer ifølge § 9 tre år etter at skadelidte har eller burde ha skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige. Det var i saken et hovedspørsmål om skadelidtes status som forbruker kunne ha betydning for lovanvendelsen, med særlig henblikk på starttidspunktet for foreldelsesfristen etter § 9. Svaret på dette måtte ifølge Høyesterett i prinsippet være nei. At fordringshaveren (skadelidte) er forbruker, «vil likevel kunne ha betydning ved den konkrete anvendelsen av kunnskapskravet i den enkelte sak» (avsnitt 40). Det siktes ikke her til betydningen av å tilhøre forbrukergruppen, men rett og slett til at tidspunktet for relevant kunnskap alltid avhenger av sakens individuelle omstendigheter. I avsnitt 48 heter det i tråd med dette at kunnskapskravet må avgjøres ut fra skadelidtes «konkrete forutsetninger», som i denne saken «naturlig faller sammen med det som vil måtte gjelde for den jevne forbruker».

Domspremissene viser at en person som har relevant kunnskap på et tidspunkt, ikke vil kunne påberope seg noen form for lettelse i fristutgangspunktet med den begrunnelse at han eller hun har status som forbruker.

Manglene var beskrevet i reklamasjonsrapporten fra august 2017. Forbrukeren hadde ved flere tidligere anledninger klaget over manglende ledelse av arbeidet. Høyesterett mente i lys av dette at forbrukeren hadde nødvendig kunnskap om skaden og daglig leders ansvar for skaden da rapporten forelå. Styreansvaret etter § 17-1 første ledd er et selvstendig ansvar (avsnitt 37). Ansvar er ikke subsidiært i forhold til aksjeselskapets ansvar. Foreldelsesfristen for krav etter § 17-1 første ledd startet å løpe da skadelidte hadde nødvendig kunnskap i august 2017, selv om det inntil aksjeselskapets konkurs i juli 2020 var naturlig for forbrukeren å holde seg til aksjeselskapet fremfor selskapets ledelse. Krav og søksmål kunne ha vært rettet mot daglig leder allerede i august 2017. Lovens kriterium for friststart er kunnskap om de faktiske forholdene av betydning for ansvarsspørsmålet (avsnitt 36). Treårsfristen var utløpt ved fristavbrudd i oktober 2020.

I anledning Høyesteretts fremheving av at det er kunnskap om de faktiske forholdene som er avgjørende, kan det nevnes at det ikke var løftet frem som et selvstendig tema i saken om forbrukeren hadde kunnskap om rettsreglene om styreansvar. Betydningen av rettsuvidenhet berøres ved rettens kommentarer til tidligere dommer (avsnitt 44 og 45), men uten at det åpnes for større fleksibilitet på forbrukerområdet enn ellers.

Når det gjelder betydningen av skadelidtes status som forbruker, mente skadelidte at forbrukerperspektivet måtte anlegges som et «gruppespektiv», med visse lettelser i vurderingen av relevant kunnskap i forbrukerforhold. Det var anført at forbrukerperspektivet kom inn i saken på tre måter (avsnitt 25–27): For det første kunne fristen ikke starte så lenge det var utsikt til oppgjør fra selskapet. Anførselen gikk i realiteten ut på at fristen startet først ved selskapets konkurs. For det andre kunne fristen ikke starte så lenge det pågikk diskusjoner med selskapet om retting av manglene. Spørsmålet om retting ble avklart først ved årsskiftet 2017–18. For det tredje må en forbruker ha en omrødingstid etter relevant kunnskap før fristen starter.

Høyesterett kunne, som allerede nevnt, ikke gå med på at det finnes særlige prinsipper for vurderingen av relevant kunnskap i forbrukerforhold. Høyesteretts begrunnelse for dette er først og fremst lovens ordlyd og lovens system. Det ble i avsnitt 39 påpekt at «§ 9 har ingen særregel om kunnskapskravet når fordringshaveren – skadelidte – er forbruker», og i avsnitt 51 at friststart ved konkursåpningen ikke er forenlig med ordlyden i § 9. Disse utsagnene kan ses i sammenheng med avsnitt 47, hvor det fremheves at «forbrukerhensynet ... vanligvis ivaretas gjennom uttrykkelige lovregler».

Høyesterett kunne heller ikke slutte seg til at fristen for krav mot selskapsledelsen ikke starter så lenge det

er diskusjoner med selskapet om retting av manglene. I avsnitt 56 heter det at utsatt friststart til spørsmålet om retting var avklart, ville stride mot lovens system.

Til slutt mente Høyesterett at det ikke gjelder et prinsipp om at en forbruker har rett til en omrødingstid etter relevant kunnskap før foreldelsesfristen starter (avsnitt 58–64).

Det er for øvrig et generelt spørsmål om forbrukerhensyn som kan tilsi lavere forventninger og krav til aktivitet fra forbrukere enn fra profesjonelle aktører, dempes når forbrukeren bistås av advokat i den kritiske perioden. Det var ikke tema i saken.

Saken lå i utgangspunktet ikke godt til rette for å løfte frem forbrukerhensyn knyttet til selve kunnskapskravet i § 9. Noen ganger kan det være tvil om når fordringshaveren burde ha skaffet seg kunnskap. I denne saken var det klart at forbrukeren hadde kunnskap om omfattende mangler og dårlig ledelse da han mottok rapporten i august 2017, at han både før og etter rapporten hadde anført dårlig ledelse i forbindelse med klager over arbeidet, og at han hadde kunnskap om daglig leders rolle i denne sammenhengen (avsnitt 51). I en sak med svakere holdepunkter for når forbrukeren burde ha skaffet seg kunnskap om disse forholdene, ville forbrukerhensynet kanskje kunne ha større betydning.

Som en generell kommentar til dommen kan det muligens sies å være overraskende at Høyesterett så sterkt fremhever lovens ordlyd og dens system som et hinder for å legge avgjørende vekt på særlige forbrukerhensyn. Det er ikke dermed sagt at undertegnede mener at denne saken skulle ha fått et annet utfall, slik loven nå engang lyder. Det ville i alle tilfelle være uheldig om de nevnte uttalelsene skulle virke som et fremtidig hinder for forbrukerrettslig utvikling gjennom rettspraksis på områder som er lovregulert uten særregler for forbrukerforhold.

Det er også synd at saksforholdet i dommen ikke ga foranledning til tydeligere synspunkter fra Høyesterett på betydningen av rettsuvidenhet når friststart er avhengig av kunnskap om krav og fordringshaveren har status som forbruker.

Trygve Bergsåker

SIVILPROSESS

Voldgiftsavtalers rekkevidde – HR-2023-573-A

Saken gjaldt spørsmål om en voldgiftsavtale inngått mellom en forening og en leverandør også skulle få anvendelse i forbindelse med et regresskrav fremsatt av foreningens forsikringsselskap mot leverandøren.

Leverandøren hadde levert en bølgedemper til foreningen, basert på en kontrakt inngått i april 2019. I april 2020 måtte bølgedemperen kondemneres, etter at den var blitt totalskadet i hardt vær. Foreningens forsikringsselskap, som dekket det økonomiske tapet, reiste regressøksmål mot leverandøren for de ordinære

domstolene. Under henvisning til en voldgiftsklausul inntatt i kontrakten mellom foreningen og leverandøren, påsto imidlertid leverandøren saken avvist. Verken i tingretten eller i lagmannsretten fikk leverandøren medhold i denne påstanden, mens resultatet ble motsatt i Høyesterett.

Høyesterett tok utgangspunkt i voldgiftsloven § 10 annet ledd, hvor det går frem at «[h]vis ikke annet er avtalt mellom partene i voldgiftsavtalen, følger voldgiftsavtalen med ved overføring av det rettsforhold den omfatter» (avsnitt 25). Spørsmålene Høyesterett tok stilling til var om begrepet «rettsforhold» bare gjelder sammensatte rettsforhold eller om det også omfatter enkeltstående krav, slik som i denne saken, og om forsikringsselskapets påståtte regresskrav hadde vært gjenstand for «overføring» fra foreningen.

Det første spørsmålet besvarte Høyesterett bekrefte (avsnitt 26–28). Under henvisning til forarbeidene viste Høyesterett til at poenget med voldgiftsloven § 10 annet ledd var at en voldgiftsavtale må trekke opp rammene for hvilke tvister den omfatter. Derfor kunne det ikke legges mer i bestemmelsen enn at i den utstrekning det finner sted en overføring av partsstillingen i et rettsforhold som omfattes av voldgiftsavtalen, må voldgiftsavtalen gjelde for eventuelle tvister. Det avgjørende var dermed om det omtvistede rettsforholdet falt inn under rammene angitt i voldgiftsavtalen, noe som var tilfelle i saken.

Det andre spørsmålet Høyesterett tok stilling til var om forsikringsselskapets påståtte regresskrav hadde vært gjenstand for «overføring» fra foreningen (avsnitt 29–44). Høyesterett pekte på at det ikke kunne trekkes noen klare slutninger fra ordlyden i § 10 annet ledd. Enkelte uttalelser i voldgiftslovens forarbeider ga imidlertid en viss veiledning. Dette gjaldt blant annet uttalelser om de hensyn bestemmelsen er ment å ivareta: Hensynet til den gjenværende part i avtalen, som ellers ville «miste retten til å få løst tvister ved voldgift som følge av at den annen part overdrar sin posisjon», jf. NOU 2001: 33 s. 59, og hensynet til voldgiftsinstituttets effektivitet. Begge hensyn talte for at forsikringsselskapets regresskrav skulle anses overført, slik at voldgiftsklausulen fikk anvendelse.

Videre viste Høyesterett til tvistemålsutvalgets omtale av Rt. 1994 s. 1024 (Ullerudåsen borettslag). Selv om kjæremålsutvalget der kom til at et borettslags krav mot en underentreprenør kunne fremmes for de ordinære domstolene, til tross for at det var inngått en voldgiftsavtale mellom underentreprenøren og entreprenøren, uttalte lovutvalget at resultatet ville ha blitt det motsatte etter utkastet til voldgiftslov. Også dette talte dermed for at forsikringsselskapets regresskrav skulle anses overført.

På bakgrunn av de omtalte rettskildene la Høyesterett til grunn at det måtte skilles mellom krav som, da de oppsto, var omfattet av en voldgiftsavtale, og krav som er oppstått på den nye partens hånd på selvstendig grunnlag, slik som for eksempel direktekrav

etter forsikringsavtaleloven § 7-6. Bare i den første situasjonen ville voldgiftsavtalen binde tredjemannen, og det selv om grunnlaget for partsskiftet, som her, var ulovfestede regler om regress.

Høyesterett gikk også inn på UNCITRALs modell og uttalte at ved tvil om hvordan den norske voldgiftsloven skal tolkes, vil løsningen i andre land som har lovgivning basert på UNCITRAL-modellen kunne være et tolkningsmoment (avsnitt 45). Løsningen i andre land var bare i beskjeden utstrekning belyst for Høyesterett. Det som var fremlagt tilsa imidlertid at resultatet Høyesterett kom til i alle fall ikke stred mot noen internasjonal konsensus.

Konklusjonen ble dermed at voldgiftsloven § 10 annet ledd måtte tolkes slik «at den omfatter enkeltstående krav, og ikke bare sammensatte rettsforhold», og «at regresskrav basert på ulovfestet rett må anses overført til den regressberettigede, slik at en eventuell voldgiftsavtale som omfatter det kravet som regresskravet er avledet fra, er bindende for den som gjør regresskravet gjeldende» (avsnitt 46). Forsikringsselskapet var dermed bundet av voldgiftsklausulen, med den følge at søksmålet måtte avvises (avsnitt 47).

Spørsmålet om en voldgiftsavtale kan påberopes overfor (eller av) tredjemann er praktisk viktig. Som vurderingene fra tingretten og lagmannsretten illustrerer, var løsningen i denne saken ikke opplagt. Høyesteretts grundige og analytiske avgjørelse klargjør rettstilstanden på flere sentrale punkter, og den synes også å harmonere godt med synspunkter fremsatt i litteraturen, jf. særlig Amund Bjøranger Tørum, «Voldgiftsavtalens subjektive grenser: Når kan den påberopes av eller overfor tredjemann?», i: Borgar Høgetveit Berg og Ola Ø. Nisja (red.), *Avtalt prosess*, 2015 s. 368.

Marie Nesvik og Ola Ø. Nisja
Wikborg Rein Advokatfirma

TINGSRETT

Om kollektiv eiendomsrett til grunn i Karasjøk – Utmarksdomstolen for Finnmarks sak 21-086077TVI-UTMA

Om saken og problemstillingen

Spørsmålet om statens eiendomsrett i norske utmarksområder er en tingsrettslig klassiker. Så viktig har spørsmålet vært ansett, at vi i godt over 100 år har holdt oss med særskilte domstoler til å håndtere eiendomsretts-spørsmålet, der ankene har gått direkte til Høyesterett. I Sør-Norge holdt Høyfjellskommisjonen det gående fra 1908 til 1953. Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms var i sving fra 1985 til 2004. Utmarksdomstolen for Finnmark (Utmarksdomstolen), etablert gjennom finnmarksloven i 2005, arbeider nå med å fastsette rettsforholdene i vårt tradisjonelt nordligste fylke.

Den 21. april i år avsa Utmarksdomstolen en dom

om «kollektiv eiendomsrett» til grunn i Karasjok. Ved dommen ble alle som til enhver tid har registrert bostedsadresse i Karasjok kommune i prinsippet tilkjent lik andel i eiendomsretten til det arealet i Karasjok kommune som ble overdratt til Finnmarkseiendommen fra Statskog SF ved ikrafttredelsen av finnmarksloven. Dommen ble avsagt under dissens (3–2), og når det nedenfor refereres til den, er det flertallsvotumet det gjelder.

Dommen er av stor interesse, både fordi det er første gang Utmarksdomstolen tilkjenner kollektiv eiendomsrett til grunn i Finnmark, og fordi selve rettskonstruksjon kollektiv eiendomsrett, i dette tilfellet for samtlige innbyggere i en kommune, er en sjeldenhet i Norge. Dommen er allerede vedtatt anket av Finnmarkseiendommen.

Hvordan vi rettslig skal gå frem for å avklare statens eiendomsrett i våre utmarksområder, må som utgangspunkt følge av den måten Høyesterett tidligere har løst slike saker. Gjennom de vel 100 årene som Høyesterett har prøvd avgjørelser fra de særskilte utmarksdomstolene, har det da også dannet seg et mønster, dog ikke uten avstikkere (se Geir Stenseth, *Almenningens janusansikt*, Oslo 2005 som kilde nedenfor, om annet ikke er angitt).

I dommen fra Utmarksdomstolen er det imidlertid sparsomt med henvisninger til det tidligere mønsteret. Domstolen har benyttet seg av det den kaller en *rettshistorisk metode*, der eierspørsmålet søkes «klarløst ved hvordan rettstilstanden kronologisk har utviklet seg fra gammel tid frem til i dag» (dommen s. 34). Fra et mer allment tingsrettslig perspektiv er det derfor grunn til å undersøke noe nærmere hvordan Utmarksdomstolens fremgangsmåte egentlig forholder seg til det kjente mønsteret.

Om presumpsjon for statlig eiendomsrett

Spørsmålet om eiendomsretten til norske utmarksområder har vært tett knyttet til en presumpsjon om statlig eiendomsrett. Høyfjellskommisjonen slo an tonen allerede i sin første dom i 1910: Utmarksområder «som ved den norske stats opstaaen gjennom enevoldskongedømmets stiftelse i det 9de aarhundrede ikke var okkupert av private ... var at regne som kongens eller statens eiendom eller almenning».

Et grunnleggende utgangspunkt om statlig eiendomsrett til større fellesbruksstrekninger, har senere temmelig konsistent vært fulgt opp i Høyesteretts praksis (selv om Harald Hårfagre og rikssamlingen rett nok er skubbet i bakgrunnen). Rent historisk synes oppfatningen om kongens og statens eierskap til utmarksområdene, med påhefte av bygdenes eldgamle allmenningsrett til bruk, å gjøre seg gjeldende fra 1500-tallet og fremover. For bygdelagene ble det da interessant å hevde at fellesbruksområder i utmark egentlig ikke var allmenning, men deres egen eiendom. I mange slike tilfeller unnlot kongen, senere staten, å stå hardt på eiendomsrettskravet, og eiendomsretten

til slike arealer blir i dag som regel ansett som å ligge i realsameie. Disse sameiearealene har tradisjonelt ikke vært registrert i systemene for eiendomsregistrering, og vi vet lite om omfang og geografisk fordeling av dem, men det er antatt å gjelde meget store arealer.

Men der staten krevde eiendomsrett, ble bygdene – hvis de holdt fast ved eget eierskap – som regel henviset til å argumentere for at de *hadde fravendt* staten eiendomsretten, typisk ved alders tid bruk. Den posisjonen viste seg vanskelig. Allmenningsbruk hadde jo de lokale hatt rett til etter gammel allmenningspraksis, og det kunne vanskelig begrunne erverv av eiendomsrett. Men selv der de lokale kunne dokumentere bruk ut over tradisjonell allmenningsbruk, og klare eieroppfatninger i bygdelaget, ble argumentasjonen sjelden tillagt avgjørende vekt i ankesakene fra Høyfjellskommisjonen: presumpsjonen for statlig eierskap ble for sterk.

Avstanden til en *rettshistorisk metode* ble ytterligere øket ved Rt. 1963 s. 1263 (Vinstra), der de allmenningsberettigede i Fron statsallmenning bestred det historiske grunnlaget for presumpsjonen om statsgrunn: Hverken vikingkongene, middelalderkongene eller enevoldskongene hadde hatt noe allment rettslig grunnlag for å hevde eiendomsrett i norsk utmark, anførte de lokale. Nå var ikke staten med på dette, men anførte i tillegg at konstruksjonen om statlig eiendomsrett hadde festnet seg på en slik måte at statens eierposisjon ikke kunne angripes rettshistorisk. Dette siste fikk staten medhold i: Høyesterett la avgjørende vekt på at forestillinger om statlig eiendomsrett over lang tid var lagt til grunn i prejudikater, lover, forarbeider og juridisk teori.

Om vurderinger av bruk og oppfatninger i kjent tid
Noen helt konsekvent linje om presumpsjon for statlig eiendomsrett har imidlertid ikke vært fulgt av Høyesterett. I enkelte saker har dette utgangspunktet vært tonet ned, og en mer realistisk historisk metode vært lagt til grunn. I disse tilfellene påla Høyesterett staten å føre bevis for at strekningen ikke var i privat eie ved begynnelsen av det tidsspenn som det foreligger spesielle opplysninger om, i *kjent tid*. Hvis ikke ble strekningen ansett for opprinnelig å ha vært i brukernes private eie, og spørsmålet om arealet var *fravendt* staten, falt bort (se Rt. 1917 s. 734, Rt. 1918 II s. 32 og Rt. 1951 s. 417). I disse avgjørelsene ble det sterkere vektlagt hvilken oppfatning av rettsforholdene som hadde vært rådende innen bygden og hos offentlige myndigheter. Her ble de rettslige konstruksjoner av eiendoms- og bruksrettsforhold lagt nærmere opp mot konkret rådighetsutøvelse og lokale rettsoppfatninger, men dommene ble altså ikke mønsterdannende.

Om fravendelse av statens eiendomsrett ved alders tids bruk i Nordland og Troms
Også i ankesakene fra den etterfølgende Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms, ble både forutsetningen

om statens eiendomsrett, og tilknytningen til et begrep om allmenning, lagt til grunn, jf. Rt. 1991 s. 1311 (om allmenning, se s. 1319). Når det gjaldt bruksrettighetene, kom imidlertid de lokale interessene dårligere ut enn i Sør-Norge: I allmenningene i Nordland og Troms var det etter Høyesterett oppfatning bare allmenningsrett til beiteutøvelse som var i behold, men ikke til f.eks. slått og seter, jakt, fangst og fiske, som i sør.

I den grad de lokale faktisk hadde utnyttet allmenningene på tilsvarende måter som i sør, burde den innskrenkede bruksretten i prinsippet ha gjort det lettere for dem å nå frem med at området senere var fravendt staten ved alders tids bruk (bruken var i så fall gått langt ut over det allmenningsretten ga rett til). I de første ankesakene nådde de lokale brukerne ikke frem, men i saken Rt. 2001 s. 1229 (Svartskogen) fikk de lokale interessene medhold i at eiendomsretten var fravendt staten ved alders tids bruk. Høyesterett oppsummerte bruken i Svartskogen som «altomfattende», og la til: «Hadde en tilsvarende bruk vært utøvd av personer med annen bakgrunn, ville den ha avspeilt at de mente å eie området. Samene, som har utgjort den dominerende del av Manndalens befolkning, har derimot med sin kollektive ressursutnyttelse ikke samme tradisjon for å tenke på eiendomsrett» (s. 1252).

Om fravendelse av statens rettigheter ved alders tids bruk i Finnmark

Går vi så over til ankesakene fra Utmarksdomstolen, gjaldt også HR-2018-456-P (Nesseby) omfanget av rettserverv etter alders tids bruk. Og også her finner vi igjen forutsetningen om statlig eiendomsrett, i tilknytning til et begrep om allmenning. Høyesterett kommenterte særskilt at Finnmarkskommisjonen (som dannet bakgrunnen for den påankede saken fra Utmarksdomstolen) i sin rapport hadde skilt mellom selvstendig rettsgrunnlag og særlig rettsgrunnlag: «Jeg forstår det slik at denne begrepsbruken bygger på en allmenningsrettslig terminologi der en kollektiv bruksrettighet ikke anses som en «særrett» eller en «særlig rett». Bruken av denne terminologien endrer imidlertid ikke ... at det i dette tilfellet foreligger selvstendige rettigheter med en opprinnelig karakter som gir dem et eget vern» (avsnitt 157).

Spørsmålet i saken var om bruksrettshaverne ved alders tids bruk hadde innskrenket statens eiendomsrett, nærmere bestemt om den (noe ulne) retten til «forvaltning» av naturressursene heller tillå bruksrettshaverne. De bruksberettigede fikk ikke medhold i kravet, og i et obiter dictum tilføyer Høyesterett at et krav om eiendomsrett ville lidt samme skjebne: «Det ville etter mitt syn heller ikke vært grunnlag for et slikt krav. Jeg viser til reindriften og den øvrige befolkningen i kommunens bruk av tvisteområdet. Denne bruken har hatt en slik karakter at det ikke er grunnlag for å konkludere med at tvisteområdet er et område som lokalbefolkningen som omfattes av saken, «traditionally occupy»» (avsnitt 172).

Spesielt om saken i Karasjok

Av de metodiske grep som er kjent fra Høyesteretts praksis, representerer avstikkerne under «Om vurderinger av bruk og oppfatning i kjent tid» ovenfor, den fremgangsmåten som påvirkes minst av presumpsjon om statlig eiendomsrett. Her tok Høyesterett altså utgangspunkt i kjent tid, og vurderte om lokale interessenter kunne anses som opprinnelige eiere. Saken fra Karasjok ligger særskilt godt til rette for en slik metode, siden de aktuelle områdene inntil 1751 lå under Sverige, og først da kom under dansk-norsk jurisdiksjon.

Finnmarkskommisjonens utredning hadde anlagt en tilsvarende synsmåte, og lot den bli førende for resultatet: «Kommisjonen la til grunn at den retten som var etablert i Karasjok da området i 1751 ble underlagt dansk-norsk enejurisdiksjon, med dagens terminologi kan betegnes som en kollektiv «eiendomsrett» for befolkningen i Ávjovárriidaen. Spørsmålet for kommisjonen var følgelig om denne retten fortsatt er i behold på lokalbefolkningens hånd» (dommen s. 78). Under denne synsvinkelen ble den norske presumpsjonen om statens eiendomsrett irrelevant. Spørsmålet ble derimot om staten senere hadde fravendt eiendomsretten fra de lokale eierne (for øvrig prinsipielt sammenfallende med hvordan spørsmålsstillingen ble reist i NOU 1984: 18 Om samenes rettsstilling s. 262–263).

Utmarksdomstolen fikk seg på den annen side ikke til å si at arealene var underlagt lokal kollektiv eiendomsrett allerede i 1751. Riktignok var den rådigheten «Ávjovárribefolkningen hadde rettslig over siidaområdet i 1751 i sum ikke var svakere enn den rett som de svenske skattebøndene hadde», og denne retten «var en tinglig rett som innebar å disponere over ressursene som lå til land og vann innen siidaens grenser for de ulike utnyttelsesformene». Men selv om denne retten sannsynligvis var «det nærmeste man da kom det moderne eiendomsrettsbegrepet», fant Utmarksdomstolen å måtte vurdere «utviklingen over tid for å kunne konkludere med hvorvidt den retten befolkningen i Ávjovárri hadde i 1751 har utviklet seg til en eiendomsrett i dagens betydning» (dommen s. 78).

Problemet med denne reformuleringen av problemstillingen, er at den norske presumpsjonen om statens eiendomsrett dukker opp igjen. Dersom befolkningen i Ávjovárriidaen ikke anses for å ha ervervet eiendomsrett i 1751, tilsier den rettspraksis vi for øvrig har, at staten presumeres å være eier, med «påhefte» av de bruksrettigheter befolkningen hadde ervervet på «selvstendig grunnlag», å la Nesseby. I Høyesteretts praksis er det ingen tradisjon for å anse arealene «eierløse» innover i kjent tid, slik Utmarksdomstolen synes å konstruere det: «Etter flertallets vurdering tilsier ikke statens rådighet over tvisteområdet i historisk tid at det ble etablert statlig eierskap til området som et festnet rettsforhold før området ble overdratt til Finnmarkseiendommen» (dommen s. 83).

Som nevnt viste ankene fra Høyfjellskommisjonen at påstand om fravendelse av eiendomsrett fra staten ved alders tid bruk – også der det (utover bruken) ble dokumentert klare eieroppfatninger i bygdelaget – sjelden vant frem. Det samme gjaldt altså i ankesakene fra Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms, inntil Svartskogen. Nesseby synes derimot å forutsette en fortsettelse av det tradisjonelle mønsteret.

Det perspektiv Utmarksdomstolen synes å anlegge, kan kanskje minne litt om Rt. 1963 s. 1263 (Vinstra). Høyesterett konstruerte der eiendomsrettsspørsmålet med utgangspunkt i *dagens forhold*. Men i den saken la altså Høyesterett avgjørende vekt på forestillinger knyttet til rettskildene (prejudikater, lover, forarbeider og juridisk teori), uten å gå konkret til verks: Statlig eiendomsrett syntes ikke betinget av at statens konkrete faktiske og rettslige disposisjoner hadde ført til en lokal oppfatning om statlig eierskap, slik Utmarksdomstolen uttrykkelig har gjort.

Det rettskildebildet som er gjennomgått ovenfor, skulle tilsi følgende mønster for strukturering av de rettslige problemstillingene i Karasjoksaken. Vurderinger av bruk og konstruksjon av rettighetsoppfatninger kan begrenses til kjent tid, og presumsjonen om den norske statens eiendomsrett vil ikke ha betydning for vurderingen av om befolkningen i Ávjovárrisiidaen var å betrakte som eier i 1751. Og var Ávjovárrisiidaen da eier, må staten i så fall føre bevis for senere å ha fravendt den eiendomsretten, om staten skal nå frem med eierpåstanden.

Dersom befolkningen i Ávjovárrisiidaen ikke var å betrakte som eier i 1751, snus problemstillingen. Da blir spørsmålet om befolkningen i Ávjovárrisiidaen senere har fravendt staten eiendomsretten, typisk ved alders tids bruk, som i Svartskogen. Noen konkurranse om eiendomsrett til forutsetningsvis «eierløse» arealer helt opp til nyere tid, der befolkningen på den ene siden skulle påberope alders tids bruk, og staten på den andre en konkret festnet bruk, er det vanskelig å finne holdepunkter for i Høyesteretts praksis. Som i Svartskogen, og for så vidt underforstått i Nesseby (avsnitt 147–149), vil statens konkrete faktiske og rettslige disposisjoner heller få betydning som en integrert del av alders tids bruk-vurderingen.

I begge tilfeller vil rettskilder som ikke var aktuelle, eller tilstrekkelig hensyntatt, i den eldre praksis, komme inn som en integrert del av vurderingene, dvs. rettskilder som gir særskilt vern av urfolk og minoriteter, og slik at samiske sedvaner og rettsoppfatninger blir tatt hensyn til ved de tingsrettslige vurderingene.

Saken reiser en rekke andre spørsmål. For eksempel: Hva innebærer uttrykket «kollektiv eiendomsrett»? Og hvilken eierform vil best ivareta de kollektive interessene som ligger bak rettighetsforholdet? Disse, og flere til, får vi heller komme tilbake til senere.

Geir Stenseth

Liten nåde for ulven også innenfor ulvesonen – HR-2023-936-A

Gjennom rovviltforskriften (FOR-2005-03-18-242) § 2 litra d har vi i Norge innført en ulvesone i fylkene Innlandet, Viken og Oslo. I samme forskrift er det innført et nasjonalt bestandsmål for ulv, som skal være fire til seks årlige ynglinger, hvorav tre skal ha skjedd i revir som i sin helhet ligger i Norge (der en del av reviret ligger i Sverige, skal en ungling medregnes med en faktor på 0,5).

I en høyesterettsdom for et par år siden – HR-2021-662-A (ulvefelling I-dommen, tidligere omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2/2021 av undertegnede) – fant Høyesterett at det norske bestandsmålet, så lenge den sørsandinaviske ulvestammen ses under ett, vil sikre ulvens overlevelse også i norsk natur (slik det kreves etter naturmangfoldloven § 18 annet ledd første punktum og Bernkonvensjonen).

Selv om ulvens overlevelse ikke anses truet, er det ikke fritt frem for myndighetene å vedta felling: Etter naturmangfoldloven § 18 første ledd må ulike alternative vilkår være oppfylt. Innholdet i vilkåret i bestemmelsens litra c – «for å ivareta allmenne helse- og sikkerhetshensyn eller andre offentlige interesser av vesentlig betydning» – sto sentralt i ulvefelling I-dommen, og er nå ytterligere utpenslet i HR-2023-936-A (ulvefelling II-dommen). Særlig gjelder dette for bestandsmålets betydning. Etter naturmangfoldloven § 18 annet ledd annet punktum, skal det nemlig ved vurderingen av uttak etter litra c «legges vekt på om bestandsmål som er vedtatt i Stortinget er nådd».

Ulvefelling I-dommen gjaldt gyldigheten av vedtak om felling av ulv utenfor ulvesonen. Dersom det nasjonale bestandsmålet er oppfylt, la retten i den dommen (avsnitt 105) til grunn at det «i utgangspunktet er en presumsjon» for at ulv som oppholder seg utenfor ulvesonen, kan felles etter § 18 første ledd bokstav c. Et sentralt spørsmål som måtte avklares i ulvefelling II-dommen, var hvilken betydning bestandsmålet skulle ha ved fellingsvurderingen der ulven har tilhold *innenfor ulvesonen*.

I ulvefelling I-dommen la Høyesterett vekt på uttalelser i Stortinget om at «distriktpolitiske hensyn» er en «vesentlig offentlig interesse» etter § 18 første ledd litra c, innbefattet hensynet til «lokalbefolkningens trygghet og psykososiale forhold av generell karakter» (avsnitt 105). Den gangen fant retten at naturmangfoldloven § 18 første ledd bokstav c åpner for å ta hensyn til et bredt spekter av offentlige interesser, som må veie tyngre enn vernehensynene før felling kan vedtas: «Vurderingen må gjøres konkret», het det, «men det Stortinget omtalte som distriktpolitiske hensyn, vil ha vesentlig vekt» (avsnitt 108).

I ulvefelling II-dommen antar Høyesterett at en tilsvarende interesseavveining må skje også for felling av ulv innenfor ulvesonen. Samtidig tilkjennegir Høyesterett at bestandsmålet bygger på en generell

interesseavveining mellom på den ene siden verneinteressene og på den andre siden ulike andre offentlige interesser, og fortsetter: «På overordnet nivå er denne avveiningen nokså lik den naturmangfoldloven § 18 første ledd bokstav c legger opp til» (avsnitt 32). Retten viser så til uttalelser i Stortinget (Innst. 257 L (2016–2017) s. 10) om at interesseavveiningen etter § 18 første ledd bokstav c skal være av såkalt dynamisk karakter, og siterer fra innstillingen: «Flertallet mener dette innebærer at i perioder der bestanden er over bestandsmålet, skal terskelen senkes for når vilkårene for felling for å ivareta offentlige interesser er oppfylt» (dommen avsnitt 33).

Høyesterett velger å følge opp dette i ulvefelling II-dommen. Når ulvebestanden er over bestandsmålet, vil vernehensynene stå svakere enn de ellers ville gjort i interesseavveiningen, mener retten, slik at kravet til vekten av andre offentlige hensyn også senkes. Men likevel skal det finnes «en terskel. Fellingsvilkåret er ikke oppfylt alene fordi bestandsmålet er nådd» (avsnitt 34). Vekten av at bestandsmålet er nådd, vil variere, fremhever Høyesterett, og kan i praksis «bli stor når målet er nådd med god margin over tid» (avsnitt 38).

Ved interesseavveiningen skal det altså *tas utgangspunkt i* om bestandsmålet er nådd eller ikke – og med hvilken margin. Samtidig reserverer retten seg mot at «den samme presumsjonen» for felling som gjelder utenfor ulvesonen, får anvendelse innenfor ulvesonen: *Innenfor sonen* vil de konkrete omstendighetene i større grad bli avgjørende (avsnitt 41). I hvert fall må det i hvert enkelt tilfelle foretas en konkret vurdering basert på oppdatert faktisk grunnlag, og vedtaksmyndigheten må identifisere hvilke offentlige interesser som tilsier felling, for så å avveie dem mot vernehensynene.

Det aktuelle fellingsvedtaket var truffet av Klima- og miljødepartementet 31. desember 2019, etter klage over vedtak truffet av rovviltneemndene i forvaltningsregionene 4 og 5. Vedtaket åpnet for lisensfelling av inntil seks ulver i Letjennareviret, som ligger i Åmot kommune i Innlandet fylke. Hensikten var å felle alle ulvene i reviret. I den konkrete vurderingen av vedtakets gyldighet la Høyesterett la til grunn at i årene forut for vedtaket var bestandsmålet nådd med forholdsvis god margin. Retten la også til grunn at bestandsmålet ville nås i kommende år. Terskelen for felling i naturmangfoldloven § 18 første ledd bokstav c var dermed senket. På den andre siden hadde departementet tillagt hensynet til beitenæringen, jakt og lokalbefolkningens trygghet og psykososiale forhold en begrenset, men «noe» vekt. Til tross for at hensynenes relevans for akkurat dette tilfellet var nokså generelt formulert, sluttet Høyesterett seg til at de kunne tillegges betydning i den konkrete interesseavveiningen.

Departementet hadde videre lagt til grunn at konfliktnivået knyttet til ulvebestanden i Norge over noen år hadde vært så betydelig, at å redusere konfliktnivået måtte anses som en tungtveiende nasjonal interesse:

«Å redusere ulvebestanden når vi over noen år har ligget over bestandsmålet, vil etter departementets vurdering bidra til konfliktdemping og dermed ivareta distriktpolitiske interesser, samt bidra til å ivareta tilliten i rovviltforvaltningen» (dommens avsnitt 50). NOAH – som påsto fellingsvedtaket ugyldig – hadde på sin side gjort gjeldende at fellingen ikke ville redusere konfliktnivået, men til dels virke konfliktskapende, men fikk ikke gehør: Høyesterett fant «ikke grunnlag for å betvile at den balanseringen av interessene som fellingsvedtaket bygger på, og som er i tråd med Stortingets vedtatte forutsetninger, øker forutsigbarheten i rovdyrforvaltningen og samlet sett virker konfliktdempende» (avsnitt 51).

Til slutt i den konkrete vurderingen viste retten tilbake til ulvefelling I-dommen (den dommens avsnitt 115), der det ble medgitt at de offentlige interesser som kan begrunne felling, kan være av «nokså generell karakter», og at det sjelden kan påvises konkret hvordan interessene gjør seg gjeldende. Slike interesser skal likevel anses legitime i interesseavveiningen, som «til syvende og sist» vil bero på et skjønn. Med dette som standard fant retten i ulvefelling II-dommen «ikke grunnlag for å tilsidesette som uriktig den interesseavveiningen departementet gjorde i vedtaket» (avsnitt 54).

Etter naturmangfoldloven kan fellingsvedtak bare treffes der formålet ikke kan nås på annen tilfredsstillende måte. Men som i ulvefelling I-dommen anså Høyesterett dette spørsmålet som innbefattet i den brede interesseavveiningen som var gjort etter litra c. Tiltak som informasjon, kunnskapsformidling, forebygging og økonomiske tilskuddsordninger ble ikke ansett egnet til å avbøte ulempene av en forhøyet ulvebestand eller til å dempe konfliktnivået.

Etter ulvefelling II-dommen er de rettslige forholdene rundt norsk ulveforvaltning klargjort, også for uttak innenfor ulvesonen. Så lenge bestandsmålet er nådd, synes det i praksis tungt å nå frem med rettslige krav om å kjenne vedtak om ulvefelling ugyldig, uavhengig av hvor ulven måtte befinne seg. Ved de to ulvefellingsdommene har Høyesterett trukket seg langt vekk fra det betente norske ulveforvaltningsproblemet: Bestandsmålet vil nok som regel bli avgjørende «til syvende og sist».

Geir Stenseth

Strøkservitutt eller ikke, det var spørsmålet – HR-2023-847-A

Servitutter kan brukes til å sikre «ein særskild bu- og byggjeskipnad på eit område», som det heter i servituttolven § 4. Slike strøkservitutter vil etter bestemmelsen ligge til «kvar eigedom på området» og gjelde i den grad servitutten «kan vera til noko nytte for eigedomen». Vanligvis vil vel en realservitutt hefte på en («tjenende») eiendom til fordel en enkelt («her-skende») eiendom. De servituttene som omfattes av §

4, gjelder altså mellom en større krets av eiendommer. Den som måtte ha heftet servitutten på eiendommene i området, kan da ikke med virkning for de øvrige rettighetshaverne oppheve heftelsen. Om vi i det enkelte tilfelle står overfor en strøkservittut som omfattes av § 4, beror på hvordan servitutten er utformet, og hvordan den nærmere blir å fortolke.

Timrehaugveien 2 AS eier Dr. Holms hotell på Geilo. Selskapet eier også en tomt (gnr. 64 bnr. 735) som grenser til hotellet, en tomt som er påheftet en negativ servittut. Servitutten skriver seg fra A/S Norsk Hotelcompagnie, som hadde kjøpt hotellet i 1916. Selskapet kjøpte også opp en rekke andre eiendommer på Geilo, eiendommer som senere ble utparsellert til hyttetomter, derunder gnr. 64 bnr. 148, som ble overdratt i 1939/1940. Ved overdragelsen ble det i skjøtet inntatt en servittutavtale, som fulgte med da en del av gnr. 64 bnr. 148 ble utskilt som gnr. 64 bnr. 735 i 2008, og altså overdratt til Timrehaugveien 2 AS.

Timrehaugveien 2 AS mente at Dr. Holms hotell var den berettigede etter servitutten, og fremmet i den egenskap krav om å få den slettet. Selskapets plan var å bygge 24 hotellrom og ni fritidsboliger fordelt på to bygg på tomten. Da kom imidlertid omkringliggende hytteeiendommer på banen og krevde seg berettiget etter servitutten som *strøkservittut*, slik at Timrehaugveien 2 AS ikke kunne oppgi servitutten med virkning for dem. Saken gikk til Høyesterett: Strøkservittut eller ikke, det var spørsmålet.

Etter ordlyden står servitutten i veien for Timrehaugveien 2 AS' planlagte utbygging, og lyder i henhold til Høyesteretts dom slik (avsnitt 38):

Det kjøpte areal kan kun benyttes som hyttetomter og der kan bare opprettes inntil 2 – to – hytter med nødvendige uthus. Kjøperen har rett til å dele tomten i 2 parseller. Hus som bygges på tomten kan således ikke benyttes til hotellvirksomhet, pensjonat, kafé eller lignende. Heller ikke må tomten benyttes til revegård.

Selgeren forbeholder sig rett til å godkjenne fasadetegningene for bebyggelse på tomten. Sanitær-anlegg må være anlagt slik at det kan godkjennes av helserådet.

Utparselleringen fra de eiendommene som A/S Norsk Hotelcompagnie i sin tid hadde skaffet seg på Geilo, skjedde i to hovedområder: ett område nordvest for hotellet, og ett område noe øst for hotellet. Området nordvest for hotellet ble utparsellert først, men der var det bare tre andre tomter som ble påheftet likeartede servittutter som den som var gjenstand for avgjørelse i Høyesterett. Disse fire lå nærmest hotellet. Også øvrige tomter i området nordvest for hotellet ble påheftet negative servittutter, men med en annen ordlyd som Høyesterett klart fant at ikke var strøkservittutter. Om trent samtidig som de fire nevnte tomtene ble utskilt, ble også området noe øst for hotellet utparsellert, og

der ble det påheftet likeartede servittutter som på de fire tomtene.

I drøftelsen av det rettslige spørsmålet tok Høyesterett i den enstemmige dommen utgangspunkt i servittutens ordlyd. Retten påpekte at ordlyden ikke sier noe om at servittutten skal «tryggja ein særskild bu- eller byggeskipnad», og den sier heller ikke noe om at heftelsen «kan gjerast gjeldande av alle i eit område». Ordlyden talte altså mot at servittutten var en strøkservittut. Heller ikke formålet talte for synspunktet om strøkservittut. Høyesterett viste til at forbudet mot «hotellvirksomhet, pensjonat, kafé eller lignende» fremsto som det sentrale virkeområdet for servittutten: Å hindre konkurranse med hotellet syntes å være hovedformålet med servittutten, ikke hensynet til «bu- eller byggeskipnad». I tillegg kom at de fire eiendommene vest for hotellet som hadde de aktuelle servittutene, bare utgjorde en liten del av det området som hadde vært naturlig å regulere som et strøk, og at området i øst (med tilsvarende servittutter) lå for langt unna til å være relevant i så måte. Svaret ga seg dermed ganske greit: Servittutten var ikke en strøkservittut.

I et *obiter dictum* valgte Høyesterett å tilkjenne sitt syn på et annet spørsmål knyttet til strøkservittutene, og dommen gir en fin rettsavklaring ut over den konkrete tolkningen: Hvis strøkservittutter er påheftet noen, men ikke alle, eiendommer innenfor et område, vil samtlige eiendommer i området da være vernet, eller kan vernet kun gjøres gjeldende av de eiendommer som har servittutten påheftet? Det er det siste som må gjelde, mener Høyesterett. Betraktningen er at bare de eiendommer som har servittutten påheftet, er både rettighetsbærere og pliktsubjekter. Strøkservittutten kjennetegnes ved at retten til å påberope vern mot at andre utnytter sin eiendom på ulovlig måte, er parett med forpliktelsen til å utnytte egen eiendom innenfor servittutens grenser. Eiendommer som ikke er pliktsubjekt etter servittutten, kan derfor i utgangspunktet heller ikke gjøre den gjeldende.

Geir Stenseth

Åpen publisering på NOASP

Cappelen Damm Akademisk tilbyr åpen publisering av vitenskapelige bøker, tidsskrifter, skriftserier, antologier og monografier, fritt og gratis tilgjengelig for alle lesere, på plattformen **Nordic Open Access Scholarly Publishing (NOASP)**.

Plattformen er brukervennlig og gir god presentasjon og lesbarhet, god navigasjon, optimal søkbarhet og god spredning av forskningslitteraturen. Vi tilbyr redaksjonell støtte fra erfarne forlagsredaktører, håndtering av manus i de ulike fasene og en god teknologisk løsning for publiserings-

prosessen. Alle våre utgivelser er *gull Open Access*.

Våre tidsskrifter har redaksjonsråd i Norge eller Norden, og publiserer fagfellevurderte artikler på engelsk, norsk, dansk eller svensk. I tillegg kan tidsskriftene inneholde stoff som ikke er fagfellevurdert, men hører til i fagtidsskrifter, for eksempel bokanmeldelser og populariserte versjoner av artikler. Bokutgivelser skal alltid fagfellevurderes, og publiseres på norsk, engelsk, dansk eller svensk.

Her kan du finne mer informasjon om NOASP:

<https://utdanning.cappelendamm.no/akademisk/apen-tilgang>

Nytt i privatretten

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

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

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

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

Et årsabonnement (2023) på *Nytt i privatretten* koster kr 720, –. Studentabonnement koster kr 360, –. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

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

Neste utgave kommer oktober 2023.