



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Oppsigelse på grunnlag av arbeidstakers 'snoking' i pasientjournal – HR-2021-2389-A

Twisten i hovedtrekk

En helsefagarbeider ved et sykehus hadde gjort oppslag i pasientjournal uten at det forelå tjenstlig grunn for det, noe som innebærer brudd på helsepersonellloven § 21a. Den aktuelle pasienten var ekskonen til helsefagarbeiderens 'særboer', og det var et anstrengt forhold mellom helsefagarbeideren og pasienten. Det urettmessige innsynet ble oppdaget av pasienten selv. I tillegg til å klage til Pasient- og brukerombudet, tok pasienten også kontakt med sin eksmann, som igjen informerte helsefagarbeideren. Helsefagarbeideren kontaktet da pasienten via SMS, og det foregikk en meldingsutveksling mellom dem. Som følge av det urettmessige innsynet ble helsefagarbeideren sagt opp. Hun hevdet at oppsigelsen var usaklig, og

fikk medhold i tingretten. Lagmannsretten, og senere Høyesterett, la til grunn at oppsigelsen var saklig begrunnet.

Rettslige problemstillinger

Sakens hovedspørsmål gjaldt vilkårene for oppsigelse, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd, alternativet «saklig grunn i ... arbeidstakers forhold». Et sentralt spørsmål var betydningen av rimelighetsmomenter på arbeidstakerside, i tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers pliktbrudd. Videre tok Høyesterett opp betydningen av offentlige tilsynsinstitusjoners (Statens helsetilsyns) vurdering av pliktbruddet: Var det forhold at Helsetilsynet hadde valgt å reagere med en advarsel, normerende også for arbeidsgivers sanksjonsvalg? Høyesterett uttaler seg også om domstolsprøvingen av oppsigelser, særlig med hensyn til hvilke faktiske forhold som skal legges til grunn. I hvilken utstrekning kan arbeidsgiver supplere den begrunnelsen som er gitt ved oppsigelsen?

Saklighet, rimelighet – og forholdsmessighet

Høyesterett viser i HR-2021-2389-A *Snoking* tilbake til den formuleringen av saklighetskravet til oppsigelse som domstolen først formulerte i Rt. 2009 s. 685 *Webredaktør*, og som den senere har vist til i flere saker, blant annet Rt. 2011 s. 1674 *Vaktbytte* og HR-2019-928-A *Hurtigruten*. Alle disse gjaldt oppsigelse grunnet i arbeidstakers uakseptable handlinger, i eller utenfor tjeneste. Fokus rettes imidlertid ikke bare mot handlingens/pliktbruddets alvorlighet. Høyesterett gir i disse dommene anvisning på en konkret skjønnsmessig vurdering av partenes respektive interesser. Spørsmålet er, jf. *Webredaktør* avsnitt 52, om det «etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør».

Høyesterett presiserer denne normen i *Snoking* avsnitt 41 slik at det skal foretas en vurdering i to ledd: Det første gjelder om det «foreligger en legitim og tungtveiende grunn for oppsigelse». Her vil det altså foretas en vurdering av den handlingen som utløste oppsigelsen, og handlingens betydning for arbeidsgiver. Det andre gjelder en mer overordnet vurdering av partenes respektive interesser: Arbeidsgivers behov

Innhold nr. 1

Arbeidsrett.....	3
Dynamisk tingsrett	6
Erstatningsrett	9
EØS-rett.....	14
Immaterialrett.....	18
Internasjonal privatrett.....	22
Konkursrett.....	24
Kontraktsrett.....	25
Pengekravsrett	29

for å avslutte arbeidsforholdet veies opp mot de ulemper arbeidstaker blir påført ved en oppsigelse. Dette oppsummeres så med at en oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold «etter en samlet og konkret vurdering – ikke [må] utgjøre en uforholdsmessig streng reaksjon».

Domstolsprøvingen – generelt

Høyesterett stadfester i *Snoking* avsnitt 43 utgangspunktet fra blant annet Rt. 1984 s. 1058 *Skuespiller*. Domstolene har full overprøvingskompetanse også med hensyn til om rettsnormen er riktig anvendt i det enkelte tilfellet. Høyesterett følger også dette opp ved en selvstendig og grundig prøving av oppsigelsens forholdsmessighet (avsnitt 66–73). Det uttales videre at domstolsprøvingen skal ta utgangspunkt i «opplysningene som forelå da arbeidsgiveren besluttet oppsigelse, og som motiverte arbeidsgiveren på oppsigelsestidspunktet», (avsnitt 43).

Arbeidsgivers adgang til å supplere begrunnelsen

Spørsmålet var imidlertid her om arbeidsgiver kunne påberope seg den etterfølgende SMS-utvekslingen og arbeidstakers manglende varsling om at det urettmessige innsynet var oppdaget, som en del av oppsigelsesgrunnlaget. Dette var forhold som forelå på oppsigelsestidspunktet, men som det ikke direkte var vist til i begrunnelsen for oppsigelsen. (Det var vist til SMS-utvekslingen i referatet fra det første møtet med arbeidsgiver, som referatet fra drøftelsesmøtet viste tilbake til.)

Høyesterett legger til grunn at det ikke er utelukket å supplere med nye opplysninger som kommer frem umiddelbart etter oppsigelsen og som står i nær sammenheng med det faktiske grunnlaget som arbeidsgiveren har begrunnet oppsigelsen med. Her må det likevel vises varsomhet, av hensyn til muligheten for kontradiksjon. Konkret aksepterer Høyesterett at arbeidsgiver supplerte begrunnelsen med meldingsutvekslingen mellom helsefagarbeideren og pasienten samt helsefagarbeiderens manglende varsling til arbeidsgiver om det urettmessige innsynet. Høyesterett viser her til at disse forholdene var noe som lå naturlig i forlengelsen av ‘snokingen’. De knyttet seg altså ikke til noe nytt faktum. Den manglende varslingen ble likevel tillagt mindre vekt.

Pliktbruddets alvorlighet

Høyesterett finner at overtredelsen av forbudet i helsepersonelloven § 21 a representerer et «alvorlig pliktbrudd» (avsnitt 53). Her vises blant annet til belastningen for den enkelte pasient, her forsterket på grunn av motsetningsforholdet til helsefagarbeideren, men også til at pasientenes tillit er avgjørende for at helsevesenet skal kunne utføre sine oppgaver. At pasientene gir riktige og fullstendige opplysninger om sin helsetilstand, kan i siste instans være avgjørende for liv og helse.

Helsetilsynets reaksjonsvalg

Helsetilsynet hadde valgt å gi arbeidstaker en advarsel som følge av bruddet på helsepersonelloven § 21 a, og altså ikke fratatt henne autorisasjonen. Spørsmålet var om dette også var normerende for arbeidsgivers valg av reaksjon. Høyesterett mente at så ikke var tilfelle, og viser til at arbeidsgivers og tilsynets oppfølging av lovbrudd skjer uavhengig av hverandre. Det var ikke i forarbeidene gitt noen anvisninger om koordinering mellom arbeidsrettslige og tilsynsmessige sanksjoner. Hensynene bak reaksjonsbruken er forskjellige, og arbeidsgiver har et bredere spekter av hensyn å ivareta. Arbeidsgiver kan også stille strengere krav til en yrkesutøver enn de minstekrav som følger av loven. Her viser Høyesterett til *Hurtigruten* fra 2019 som igjen viser tilbake på Rt. 2003 s. 1702 *Flyger*.

Noen refleksjoner

I forslaget til vår første mer generelle lovbestemmelse som stilte materielle krav til oppsigelse, var det foreslått at oppsigelse (i visse tilfeller) måtte ha «sin grunn i bedriftens forhold, og ikke [være] ubillig», jf. Ot.prp. nr. 31 (1935). Domstolene ville etter dette forslaget kunne ilegge erstatning ut fra en vurdering av oppsigelsens negative virkninger for arbeidstaker. Forslaget ble imidlertid møtt med sterk kritikk på dette punkt. Den vedtatte lovbestemmelsen, arbeidervernloven av 1936 § 33 tredje ledd bokstav a, var vesentlig mer tilbakeholden. Den gav mulighet for å sanksjonere oppsigelser som ikke «har saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold, men skyldes helt utenforliggende grunner» (min utheving). Ut fra ordlyden skulle domstolene her altså bare foreta en vurdering av oppsigelsesgrunnens relevans, og ikke dens vekt eller hensynet til arbeidstakers ulemper med å miste stillingen.

Betydningen av rimelighetshensyn på arbeidstaker side – hvor hardt den enkelte arbeidstaker rammes av å miste arbeidet – har vært omdiskutert. Ved oppsigelse som er begrunnet i virksomhetens forhold, er det lovfestet at det skal foretas en slik vurdering. Men ved oppsigelse – og avskjed – som er begrunnet i pliktbrudd fra arbeidstaker, er det ikke gitt at slike synspunkter har den samme vekt. Rimelighetssynspunkter er imidlertid blitt trukket inn også her, for eksempel i Rt. 1988 s. 1188 *Sara Hotel*. I Rt. 1992 s. 1023 *Pilot* la Høyesterett til grunn at det «kan legges noe vekt på slike forhold også ved oppsigelse [begrunnet i arbeidstakers forhold], men i mindre utstrekning enn når oppsigelsen er begrunnet i driftsinnskrenkning eller rasjonalisering» (s. 1027). Denne linjen følges også i *Snoking*. Her uttaler Høyesterett for det første at «utviklingen [har] gått i retning av å legge større vekt på arbeidstakerens sosiale forhold enn det som [...] kommer til uttrykk [i *Pilot*]». Samtidig er det fortsatt slik at «disse hensynene er av mindre betydning når oppsigelsen skyldes arbeidstakerens eget forhold». Konkret finner

Høyesterett at oppsigelsen ikke er uforholdsmessig, gitt det grove pliktbruddet (avsnitt 73).

Forholdsmessighetskravet er tidligere formulert særlig i avskjedssaker, se for eksempel Rt. 2005 s. 518 *Pornonedlasting*. Det kan reises spørsmål om det er heldig å formulere den generelle saklighetsnormen ved oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold slik Høyesterett gjør i *Snoking*. Hvor en oppsigelse for eksempel er begrunnet i redusert arbeidsevne, vil det være lite naturlig å vurdere om denne utgjør «en uforholdsmessig streng reaksjon». Her vil vurderingen være bredere og mer generelle rimelighetsvurderinger sentrale.

Et sentralt poeng i saken synes å ha vært at arbeidsgivers *behov* for å avslutte arbeidsforholdet var sterkt: Høyesterett peker som nevnt på at denne type pliktbrudd er egnet til å svekke pasientenes tillit til helsevesenet, noe som i verste fall kan medføre fare for liv eller helse, ved at nødvendige helseopplysninger ikke blir kommunisert. Høyesteretts sterke vektlegging av taushetsplikt og hensynet til pasientenes integritet kan få betydning for terskelen for oppsigelse i tilfeller hvor arbeidstakers pliktbrudd innebærer risiko for arbeidsgivers klienter, og særlig for klienter i en sårbar situasjon.

Tine Eidsvaag

Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen

Arbeidsgivers trekk i lønn for påstått feilutbetaling (motregning). Tolkning av arbeidsavtale med klausul om lønnstrekk. Tilbakebetaling. *Condictio indebiti*. Dissens 4-1. HR-2021-2532-A

Del I: Innledning

Første hovedspørsmål i HR-2021-2532-A var om arbeidsgivers trekk i lønn på grunn av en tidligere (påstått) feilutbetaling var i tråd med arbeidsmiljøloven § 14-15 andre ledd bokstav c som hjemler trekk «når det på forhånd er fastsatt ved skriftlig avtale». Høyesterett kom til at bestemmelsen måtte tolkes innskrenkende, slik at en standardklausul i arbeidsavtalen normalt ikke vil være tilstrekkelig grunnlag for trekket. Høyesterett opprettholdt dermed lagmannsrettens tidligere avgjørelse i favør av arbeidstaker.

Dommens andre hovedspørsmål var om arbeidsgiver overhodet hadde et tilbakebetalingskrav som kunne motregnes i arbeidstakers lønn. På grunn av partenes anførsler ble spørsmålet prosedert subsidiært. Høyesterett valgte likevel i et omfattende obiter dictum å uttale seg om hvordan de så på selve tilbakebetalingskravet. To rettsgrunnlag var aktuelle: Arbeidsavtalen og den ulovfestede læren om *condictio indebiti*. Høyesterett fastslo at verken avtalen eller *condictio indebiti* hjemlet et tilbakebetalingskrav. Dommer Høgetveit Berg dissenterte både på spørsmålet om arbeidsmiljølovens regulering av lønnstrekk, og på spørsmålet om tilbakebetalingskravet.

Dommen har interesse for alle som jobber med arbeidsrett og tilbakebetalingsspørsmål. Den avklarer viktige spørsmål om forståelsen av arbeidsmiljølovens regler om lønnstrekk, og den er også rettsavklarende med tanke på læren om *condictio indebiti*.

Del II: Sakens bakgrunn

Sommeren 2018 ble en tariffavtale for elektrobransjen endret. Endringene var såpass omfattende at arbeidsgivers datasystem måtte omprogrammeres for å kunne kjøre de nye lønns- og diettbestemmelsene riktig. I påvente av omleggingen fortsatte selskapet utover høsten 2018 å utbetale godtgjørelse etter den gamle tariffen.

Først den 21. desember 2018 ble det sendt ut en melding om at selskapet ville korrigere tidligere utbetalinger, ved å «justere tilfeller hvor ansatte har fått feil diettsats eller feil ved beskatning av diett». Det viste seg at omkring 200 ansatte hadde fått utbetalt for mye godtgjørelse.

Ankempartien ble i e-post 4. januar 2019 informert om at han var en av dem som hadde fått utbetalt for mye. Han protesterte på at det var adgang til å foreta trekk. Likevel ble seks like beløp, hvert på 1.327 kroner, trukket i hans lønnsutbetalinger fra januar til juni 2019.

Arbeidstaker tok ut forliksklage våren 2019, og Trondheim forliksråd påla ved dom 25. september 2019 arbeidsgiver å tilbakebetale de utførte trekkene. Arbeidsgiver tok ut stevning for Sør-Trøndelag tingrett, som i dom av 15. april 2020 frifant arbeidsgiver. Arbeidstaker anket dommen til Frostating lagmannsrett, og i dom av 22. mars 2021 ble det avsagt dom i hans favør. Arbeidsgiversiden anket saken til Høyesterett, hvor den ble behandlet i desember 2021, med dom avsagt 17. desember s.å. hvor anken ble forkastet.

Del III: Arbeidsmiljølovens regel om lønnstrekk

Arbeidstakers arbeidsavtale inneholdt følgende klausul: «Er det ved lønningsdag foretatt feil utlønning, kan arbeidsgiver foreta den nødvendige justeringen ved neste eller påfølgende lønningsdager». Etter arbeidsavtalen hadde altså arbeidsgiveren rett til å motregne for mye utbetalt diettgodtgjørelse i arbeidstakers senere lønnsutbetalinger. Spørsmålet var om den avtalte motregningsretten var avskåret.

Hovedregelen etter arbeidsmiljøloven er at arbeidsgiver er avskåret fra å trekke ansatte i lønn, jf. arbeidsmiljøloven § 14-15 andre ledd. Bestemmelsen oppstiller unntak fra forbudet og regulerer uttømmende i hvilke situasjoner det er adgang til å gjøre trekk. Etter bokstav c må to vilkår være oppfylt: avtalen om lønnstrekk må være inngått før det blir foretatt trekk, og avtalen må være skriftlig. Spørsmålet i saken var om det er tilstrekkelig at det er inngått en avtale som gir arbeidsgiver en *generell* trekkadgang ved fremtidige feilutbetalinger, eller om det kreves at avtalen regulerer en mer *konkret* trekk situasjon.

Førstvoterende foretar en gjennomgang av rettskildene i avsnitt 31 flg. I og med at lovteksten etter førstvoterendes mening er relativt åpen og lovforarbeidene ikke direkte omtaler spørsmålet, legger han stor vekt på lovformålet. Formålet med bestemmelsen er at arbeidstakerne skal motta lønnen mest mulig ubeskåret, og at lønnen skal være forutsigbar for dem. Dette trekker etter førstvoterendes mening i retning av at unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-15 andre ledd bokstav c må tolkes restriktivt. For at lønnen skal være forutsigbar for arbeidstakerne, må derfor det aktuelle lønnstrekket konkretiseres. Ved trekk som skyldes feilutbetalinger, vil dette i praksis innebære at avtalen må være inngått i forbindelse med feilutbetalingen eller etterpå (avsnitt 45). Denne tolkningen samsvarer med Sivilombudets faste lovtolkning og støttes etter førstvoterendes syn også av reelle hensyn.

Etter dissenterende dommer Høgetveit Bergs mening kan det basert på det foreliggende rettskildematerialet ikke innfortolkes et vilkår om at avtaler om trekk i lønn må være inngått først etter at motkravet er oppstått eller at motkravet må være konkretisert før det har oppstått. Hans konklusjon er at det avtalte lønnstrekket var i tråd med arbeidsmiljøloven § 14-15 andre ledd.

Del IV: Tilbakebetalingskravets eksistens

Høyesterett fastslår eksplisitt i avsnitt 50 at å avklare eksistensen av tilbakebetalingskravet har en rettsavklarende betydning. Førstvoterende avgir deretter et lengre obiter dictum om spørsmålene uten at det er nødvendig for å avgjøre saken. At Høgetveit Berg tar dissens på et obiter dictum, antyder også at spørsmålene ble ansett for å være sentrale.

Denne delen av saken består av to spørsmål: Eksisterer det et tilbakebetalingskrav på arbeidsgivers hånd med grunnlag i arbeidsavtalen, subsidiært om læren om *condictio indebiti* hjemler et slikt krav.

A: Det avtalerettslige grunnlaget

Spørsmålet var her om tilbakebetalingskravet hadde særskilt hjemmel i arbeidsavtalen, slik at det ikke var nødvendig å bygge på den ulovfestede læren om *condictio indebiti*.

I avsnitt 52–53 antyder Høyesterett at avtaleklausulens ordlyd, sitert i del III ovenfor, isolert regulerer *både* motregningsadgangen og selve kravet på tilbakebetaling. Førstvoterende understreker i avsnitt 54–55, med henvisning til HR-2020-1339-A ISS, at ordlyden er det selvsagte utgangspunktet ved tolkningen av arbeidsavtaler, men at det på dette området er «rom for ganske brede vurderinger». I avsnitt 56 påpeker førstvoterende at det er en glidende overgang mellom tolkning og utfylling av arbeidsavtalen og anvendelsen av avtaleloven § 36. At hensynet til rimelighet tillegges stor vekt ved tolkning av arbeidsavtaler henger sammen med at arbeidsavtaler er langvarige avtaler

inngått mellom to parter som har ulik forhandlingsstyrke.

Etter å ha utlagt tolkningsreglene for arbeidsavtaler, subsumerer Høyesterett i avsnitt 57 regelen på sakens faktum. Her trekkes frem at klausulen er en typisk standardformulering som ikke er individuelt avtalt, og tolkningstvil må gå ut over arbeidsgiver. Høyesterett vektlegger videre at arbeidsgivers tolkning av klausulen alltid ville hjemle et tilbakebetalingskrav i alle feilutbetalingssituasjoner uten individuell vurdering. Et slikt avvik fra retten arbeidstaker (betalingsmottaker) har etter læren om *condictio indebiti*, må avtales langt klarere for å kunne stå seg.

Dissenterende dommer Høgetveit Berg slutter seg til førstvoterendes gjennomgang av de rettslige utgangspunktene for tolkning av arbeidsavtaler (avsnitt 91). Men han la derimot avgjørende vekt på at ordlyden i klausulen etter hans skjønn *var* krystallklar på at oppgjørskorreksjon *skal* finne sted ved feilbetaling av lønn (avsnitt 91–95). Han mente at formålet med å ta inn en slik klausul i en arbeidsavtale, måtte være et ønske om å fravike bakgrunnsretten – den ulovfestede læren om *condictio indebiti* – for å oppnå større forutberegnelighet og unngå den «konkrete helhetsvurderingen under hensyn til rimelighet». Disse to faktorene samlet tilsa at tilstrekkelig avtalehjemmel for oppgjørskorreksjon fantes.

B: Læren om *condictio indebiti*

Subsidiært, i den grad arbeidsavtalen ikke hjemler et tilbakebetalingskrav på grunn av feilutbetalingen, oppstår spørsmålet om arbeidsgiver kan bygge et slikt krav på læren om *condictio indebiti*.

Høyesterett starter i avsnitt 59 med å fastslå at de anser den ulovfestede regelen anvendelig selv om arbeidsgiver ikke utbetalte i villfarelse om lønnskravets omfang, men tvert imot med full visshet om at data-systemet ville feilberegne en del utbetalinger. Uttalelsen er en bekreftelse på den utvidende tolkningen Høyesterett har foretatt av lærens virkeområde siden Rt. 1998 s. 989 Fearnley & Eger. Utvidelsen består i første rekke av at den tradisjonelle betingelsen om villfarelse synes mindre viktig, eller endog uviktig.

Deretter tar Høyesterett i avsnitt 60 det tradisjonelle utgangspunktet om at det materielle vurderingstemaet er en «konkret helhetsvurdering under hensyn til rimelighet». Vurderingen gjennomføres i avsnitt 61–64. Det som er mest rettslig interessant er de momentene i helhetsvurderingen som retten her trekker frem og vektlegger. Det dreier seg nemlig om kjente momenter som ikke har vært i fokus i rettspraksis på en god stund. Det dreier seg særlig om: (i) Fordringens egenart. (ii) Mottakers gode tro. (iii) Manglende forbehold fra betaler. Disse tre momentene skal vi se nærmere på.

(i) Fordringens egenart: I norsk teori klassifiserer Bergsåker momentet i kategorien «andre momenter» og tillegger det ikke noen særlig vekt. Hagstrøm nev-

ner også momentet som relevant uten å antyde noe om vekten. I rettspraksis er det særlig Rt. 1938 s. 207 hvor fordringens egenart tillegges vekt, jf. også Frostating lagmannsretts begrunnelse i vår sak hvor den gamle dommen brukes som sentralt argument. Det må antas at Høyesterett i vår sak slutter seg til dette, og dermed også Rt. 1938 s. 207, noe som også bekrefte-tes av uttalelsene om at ved lønnsutbetalinger står oppgjørshensynet spesielt sterkt, jf. avsnitt 64. Det synes likevel ikke som om Høyesterett tillegger momentet spesiell vekt.

Det som her kan bemerkes, er at både dansk og svensk rett tillegger fordringens egenart stor vekt, noe som ut fra harmoniseringssynspunkter kanskje kunne vært nevnt. Det kunne også vært nevnt at folketrygdloven § 22-15 bygger på en tanke om at trygdefordringenes egenart krever en særskilt lovregulering hvor mottaker står noe sterkere enn etter læren om *condictio indebiti*. Når det konkret gjelder lønnsutbetalinger, er det en type pengekrav som før øvrig nyter særskilt beskyttelse ellers i rettssystemet. Det gir dermed retts-systematisk koherens å tillegge momentet vekt i helhetsvurderingen, i hvert fall når det gjelder penger til livets opphold.

(ii) Mottakers gode tro: At mottakers gode tro spiller en avgjørende rolle kan synes opplagt. Den ondtrøende mottaker har ingen berettigede forventninger som bør beskyttes, og i visse tilfeller kan avtaleloven § 33 til og med brukes som hjemmel for tilbakebetaling på analogisk grunnlag selv om betalingshandlingen normalt ikke anses som en «viljeserklæring». Likevel har det vært overraskende lite fokus på mottakers gode tro i både teori og praksis. Fokuset har vært på kravene til *betalers* aktsomhet, trolig på grunn av den tradisjonelle villfarelsesbetingelsen.

I teorien klassifiseres mottakers gode tro ofte under etiketten «partenes subjektive forhold». Dette er etter mitt skjønn uheldig fordi det tilslører at vi snakker om to ulike aktsomhetsnormer med ulike rettsvirkninger. Kravet om god tro er et aktsomhetskrav. Feilbetalers manglende aktsomhet ved betalingshandlingen blir et moment som støtter oppgjørshensynet, men med mindre det er snakk om noe kvalifisert klanderverdig, kan det neppe tillegges spesielt stor vekt. Kravet til betalers villfarelse er i første rekke ment å avgrense mot de tilfellene betalingen må anses gitt i gavehensikt eller som en erkjennelse av fordringens eksistens. Kravene til *mottakers* aktsomhet er derimot betydelig større siden virkningen av hans god tro er at han får lov til å beholde et formuesgode han har mottatt uten (retts-gyldig) ervervsgrunnlag.

Høyesterett synes å legge større vekt på mottakers gode tro enn «normalt», jf. avsnitt 61. Slik retten formulerer seg synes det nesten å oppstilles som et *terskelvilkår* for å gå videre på «helhetsvurderingen». Ut fra system- og prinsippbetraktninger gir dette god mening. Uhjæmlede erverv kan mottaker bare vurdere å få beholde dersom et grunnvilkår om god tro er

oppfylt, som i alle andre lignende regler der noen besitter et formuesgode uten rettsgrunnlag.

(iii) Manglende forbehold: At forbehold er tatt ved utbetalingen, tillegges normalt stor vekt i helhetsvurderingen, siden det er gitt et signal om mulig oppgjørskorreksjon hvis det viser seg å ha skjedd en feil. Da er også mottakers tillit til at oppgjøret var endelig redusert allerede på betalingstidspunktet, og oppgjørshensynet betydelig svekket. Forbeholdet fratar mottaker en eventuell opprinnelig god tro. Disse utgangspunktene er det stor enighet om i både teori og praksis.

Det som derimot er noe mer uklart er hvordan man bør vekte et manglende forbehold som *burde* ha blitt tatt. Det er under henvisning til Rt. 1997 s. 1210 antatt at det har stor vekt, men at vekten avhenger av graden av tvil og uklarhet om fordringens riktighet. Et manglende forbehold som *burde* ha vært tatt vil dermed normalt svekke korreksjonshensynet. I HR-2021-2532-A avsnitt 62–64 drøftes spørsmålet om forbehold, og Høyesterett tillegger det stor vekt, jf. «veier tungt» i avsnitt 62.

Høyesterett formulerer kravet til betaler i en slik situasjon nærmest som en «varslingsplikt», noe som kanskje er et like fruktbart begrep som «forbehold». Alminnelige lojalitetsprinsipper tilsier at betaler kan måtte varsle på forhånd (forbehold), men også varsle etter betalingen. En «varslingsplikt» både før og etter betalingen passer inn i argumentasjonen i Rt. 1997 s. 1210, som fastslo at et potensielt tilbakebetalingskrav må «holdes varmt» og følges opp for å ikke mistes selv om man tok forbehold før utbetalingen. En «varslingsplikt» gir rettsystematisk harmoni med de grunnleggende hensynene som begrunner både reklamasjonsregler og de formuerettslige prinsippene om passivitet.

Del V: Oppsummering

Lønnstrekket: Dommen innebærer en rettslig avklaring av at en generell avtale om trekk i lønn ved feilutbetalinger ikke er tilstrekkelig grunnlag for trekkadgang etter arbeidsmiljøloven § 14-15 andre ledd bokstav c. Den avtalen et lønnstrekk bygger på, må konkretisere det aktuelle lønnstrekket slik at arbeidstakeren beholder forutsigbarhet for sine lønnsutbetalinger. I praksis må arbeidstaker derfor gå i dialog med arbeidstakeren før lønnstrekk gjennomføres.

Tilbakebetalingskravet: Etter vårt skjønn er dommen riktig og godt begrunnet. Dommen synes å sementere den utvidelse av *condictio indebiti* virkeområde vi har sett de siste tyve år ved at villfarelsesbetingelsen nedtones. Læren om *condictio indebiti* fremstår således mer og mer som en generell regel om oppgjørskorreksjon løsrevet fra feilbetalingene. Hvis *årsaken* til betalingen blir mindre og mindre relatert til villfarelser, feil, tabber og misforståelser, er det vel snart et spørsmål om ikke de «alminnelige obligasjonsrettslige prinsippene om restitusjon» bare er et annet ord for

«den ulovfestede regelen om oppgjørskorreksjon». Står vi overfor én ulovfestet regel med to navn?

Det synes dessuten riktig og viktig at fokuset i helhetsvurderingen legges på *mottakers* aktsomhet, særlig siden betingelsen om villfarelse hos betaler fremstår mindre viktig enn før. Et felles grunnvilkår i formueretten for å beholde noe man har ervervet uhjemlet, er mottakerens gode tro. Det er dermed nødvendig at dette momentet får den vekten det fortjener i helhetsvurderingen. Kanskje bør det også anses som et rettslig vilkår som *må* være oppfylt?

At Høyesterett synes å omformulere spørsmålet om forbehold til et spørsmål om varslingsplikt før og etter betalingen, må også anses som en interessant utvikling.

Gina Bråthen
Førsteamanuensis BI

Thomas Rønning
Ph.d.-kandidat IfP (UiO)
Høgskolelektor, Høgskolen i Innlandet

Ny arbeidsrettslig litteratur om arbeidsledningsrett (styringsrett) og EU-arbetsrett

Alexander Sønnerland Skjønberg (hovedred.):
Styringsretten – prinsipielt, komparativt og aktuelt, 2021. 632 s.

Upprinnelsen till boken är ett seminarium om centrala och aktuella arbeidsledningsrettslige frågeställningar, avhållt på Handelshøyskolen BI våren 2019. Ur förordet framgår att «Siktemålet med denne boken er å belyse et bredt spekter av sider ved styringsretten. Vi har derfor gått bredere ut og invitert flere enn foredragsholderne på seminaret til å bidra med artikler. Resultatet er 18 artikler fra 22 forfattere».

Artiklarna är tematiskt sorterade i tre delar. Efter en inledning (22 s.) följer sålunda den första delen «Prinsipielt» (s. 36–328) med åtta artiklar rörande olika perspektiv rörande grundläggande frågeställningar om arbeidsledningsretten (styringsretten). Den andra delen «Komparativt» (s. 331–431) innehåller tre artiklar ur ett skandinaviskt perspektiv. I den tredje delen behandlas i sju artiklar under rubriken «Aktuelt» (s. 434–623). Dessa artiklar är mer eller mindre vinklade mot ett speciellt ämne eller en särskild frågeställning. Boken innehåller avslutningsvis en författarpresentation (där «bolagsrett» («selskapsrett») fått den felaktiga översättningen «boligrett»).

Birgitta Nyström: EU och arbetsretten, 6 uppl. 2021. 472 s.

Boken ger en grundlig genomgång av EU-arbetsretten i förhållande till den svenska arbetsretten. Trots att perspektivet är det svenska, har den stort värde också utifrån en norsk arbetsrätts horisont. Boken är därmed ett värdefullt komplement till Ruth Nielsen, *EU-arbejdsret*, 5. udg. 2019, och Teun Jaspers/Frans Pennings/Saskia Peters (eds.) *European Labour Law*, 2019.

I bokens första fem kapitler behandlas bakgrunden till EU-arbetsrettens utveckling, institutioner och källor och de belyser viktiga principiella skillnader jämfört med det svenska arbetsrettsliga systemet. Även samspillet med den fria rörligheten och arbetsmarknadens parter på europeanivå blir belyst. I de tio följande kapitlen behandlas grundläggande rättigheter, forum- och lagvalsfrågor, arbetsmarknadsparternas fria rörlighet, icke-diskriminering och likabehandling, arbetstagarinflytande, omstrukturering av verksamheter, anställningsavtalet samt arbetsmiljö och arbetstid. Dessa regler jämförs med motsvarande svenska regler.

Boken riktar sig till både universitets- och högskolestudenter och till arbetsmarknadens parter och andra som vill inhämta kunskaper om EU-arbetsretten och dess påverkan på den svenska arbetsretten.

Bernard Johann Mulder

DYNAMISK TINGSRETT

Aurstadmaskin-saken – HR-2021-2248-A

Julaften kom tidlig i fjor – allerede 18. november kom Høyesterett med dom i den såkalte Aurstadmaskin-saken. Saken gjaldt egentlig advokatansvar og spørsmålet om det var gitt mangelfull rådgivning eller ikke. I vurderingen av om det forelå ansvarsgrunnlag, måtte imidlertid Høyesterett endelig ta stilling til hva som kreves for at løssørekjøper skal få rettsvern mot selgers kreditorer, og det er dette spørsmålet som er tema i det følgende. Holder det med avtale, eller kreves overlevering? Den som leser vil se.

Faktum

Aurstad AS er morselskap i et konsern som bygger infrastruktur som vei og tunnel, og konsernet hadde tre datterselskaper.

Det ene datterselskapet hadde påtatt seg noen prosjekter som drøyde ut i tid, og som ikke ga de inntektene selskapet var avhengig av. Konsernledelsen ville overføre maskinparken fra dette datterselskapet til et annet datterselskap, og deretter skulle maskinparken tilbakeleies av selgerselskapet.

Kjøpsavtale ble inngått, og kjøpesummen som ble satt til 20 millioner, ble gjort opp ved at kjøper betalte lønn til ansatte i selgerselskapet. I forbindelse med

salget ble forsikringene flyttet til kjøper, eierskifte-meldinger ble sendt til motorvognregisteret og dokumentasjonen for avtalen ble sendt til Foretaksregisteret. Avtalen ble også kunngjort som en meldepliktig avtale i medhold av aksjeloven § 3-8. Maskinparken, som inneholdt et hundretalls forskjellige maskiner og motorvogner, var utplassert på forskjellige byggeplasser og ble ikke flyttet på i forbindelse med salget.

Noe senere ble det avtalt at selgerselskapet skulle leie tilbake maskinene som var blitt solgt. Etter en stund ble den økonomiske situasjonen i selgerselskapet så svak at styret valgte å begjære oppbud. Samme kveld som konkurs ble åpnet, informerte bostyrer kjøper om at de anså maskinparken som omfattet av konkursbeslaget. Bostyrer viste til at rettsvernsakten for løsøreting var overlevering, og når maskinene hadde stått på samme sted hele tiden, hadde ikke kjøper fått rettsvern overfor selgers kreditorer.

Høyesterett kom enstemmig til at det forelå ansvarsgrunnlag for advokaten, og flertallet kom til at det gjaldt en hovedregel om at selger måtte fratas rådighet over det solgte, for at kjøper skulle få vern mot selgers konkursbo. Dommer Noer kom med en særmerknad om rettsvernsspørsmålet, som vi kommer tilbake til.

Flertallets syn

Innledningsvis viste flertallet til at beslagsretten ikke kunne avgjøres ut ifra en vurdering av hvem som hadde eiendomsretten, og at rekkevidden av boets beslagsrett måtte avgjøres i lys av reglene om rettsvern, omstøtelse og bevis.

Videre ble det vist til at formålet bak rettsvernsreglene er å forhindre kreditorsvik. Dette formålet oppnås gjennomgående ved at det oppstilles krav om en rettsvernsakt som for det første sikrer at man kan kontrollere om – og når – ervervet fant sted (notoritet), og for det andre at tredjemenn kan gjøre seg kjent med ervervet (publisitet). For at rettsvernsreglene skal oppnå sitt formål, må reglene etter flertallets syn gjelde absolutt, og hvis det først oppstilles en rettsvernsakt, så hjelper det ikke at kjøper på annen måte kan bevise med 100 % sannsynlighet at avtalen både var reell og gjennomført på beslagstiden.

For de aller fleste formuesgoder er rettsvernsakten lovfestet, men dette er ikke tilfelle for løsøreting. Flertallet viste imidlertid til panteloven § 3-2 der det fremgår at særskilt panterett i løsøreting oppnår rettsvern mot pantsetters kreditorer ved at pantsetter fratas rådigheten over det pantsatte – såkalt håndpant.

Flertallet mente videre at *hensynet til konsekvens* – sammenhengen i regelverket – tilsa at det samme utgangspunktet fikk anvendelse ved salg også.

Til støtte for at det gjaldt en slik ulovfestet hovedregel om rådighetsfratakelse som vilkår for kreditorvern, viste flertallet til juridisk teori. Selv om teorien ikke unisont hadde samlet seg om dette utgangspunktet, fant flertallet at den alminnelige oppfatningen i

litteraturen i minst 60 år i hovedsak oppstilte fratakning av rådighet som et vilkår for kreditorvern.

Så kommer flertallet med det som nok må sies å være en aldri så liten metodisk godbit, førstvoterende skrev:

«Etter min oppfatning har den alminnelige oppfatningen i juridisk litteratur over tid her selvstendig betydning som rettskilde utover argumentasjonsverdien i kraft av at denne oppfatningen også i praksis synes å være akseptert som gjeldende rett.»

I metodelæren vil nok det siterte bli brukt som et eksempel på at juridisk teori kan tillegges selvstendig verdi som rettskildefaktor. Det at teori tillegges betydelig vekt i vurderingen av rekkevidden av beslagsregler, er imidlertid ikke et nytt fenomen i formueretten, jf. blant annet Rt. 2006 side 213, Elcon, og Marthinussens kommentar til dommen i artikkelen «En ny rettskildelære?». Det nye er at Høyesterett sier dette med såpass «rene ord».

Med henvisning til reelle hensyn og med støtte i teorien, kom flertallet til at det *gjelder* en hovedregel om at selger må fratas rådigheten for at kjøper skal få kreditorvern. Betydningen av at det gjaldt en slik hovedregel, er at det er *unntak* fra hovedregelen som må begrunnes.

Flertallet kunne ikke se at det kunne oppstilles et unntak i nærværende sak, i salg og tilbakeleie-tilfellet. Flertallet viste til at disse tilfellene tidligere er blitt behandlet som et forsøk på å omgå håndpantregelen, samt at det ikke alltid er et klart skille mellom overdragelse til eie eller til sikkerhetsstillelse. På denne bakgrunn tilsa ønske om likebehandling mellom kreditorene og behovet for notoritet, at hovedregelen om rådighetsfratakelse kom til anvendelse.

Flertallet kom følgelig til at kjøper ikke hadde fått rettsvern, og at anleggsmaskinene var omfattet av konkursboets beslagsrett.

Særmerknad fra dommer Noer

Dommer Noer sluttet seg til at det forelå ansvarsgrunnlag for mangelfull rådgivning, men hadde et noe annet syn på spørsmålet om rettsvern.

I særmerkningen blir det påpekt at rettskildebildet er sparsomt og at rekkevidden av utgangspunktet om rådighetsfratakelse som vilkår for kreditorvern, må avstemmes mot de hensynene utgangspunktet grunnes på.

Det fremheves videre at det ikke er uenighet om at det er skjedd et reelt salg av maskinene og at det er vanskelig å se hvordan selgeren rent faktisk kunne fratas rådigheten. Det siste med henvisning til at det solgte i denne saken var et hundretalls maskiner og biler som var i bruk på anlegg, og at det å flytte dem ville vært avtalebrudd overfor byggherren, så vel som svært vanskelig og kostbart. Det ble også vist til at kjøper hadde sikret bevis for avtalene og synlighet av transaksjonen ved registrering i regnskaper og i offentlig tilgjengelige registre, som motorvognregisteret og foretaksregisteret.

Konklusjonen i særmerknaden var etter dette at kjøper hadde gjort nok til at ervervet burde ha fått kreditorvern.

Morten mener

Etter dommen er det et par ting som nå er helt klart – det gjelder en hovedregel om frataking av rådighet som vilkår for rettsvern overfor selgerens kreditorer. Dernest er det også klart at det ikke kan gjøres unntak fra dette utgangspunktet ved salg- og tilbakeleietilfellene.

Selv om ingen av unntakene var aktuelle i nærværende sak, gikk flertallet langt i å anerkjenne unntak fra utgangspunktet etter den såkalte interesselæren, og for kjøp etter tilvirkningskontrakter. Disse unntakene står stødigere nå, enn før dommen.

Dommen etterlater også en del uklarhet. Konsekvensen av manglende rettsvern er at reelle avtaler som er gjennomført mellom partene, ikke må respekteres av konkursboet. Dette kan innebære at boet både får ta beslag i kjøpesummen så vel som i det solgte. Når konsekvensen av manglende rettsvern rammer såpass hardt, tilsier rettsstekniske hensyn at det burde vært tilsvarende klart hva som skal til for at rettsvern oppnås. Eller eventuelt, om rettsvern i det hele tatt kan oppnås. Når flertallet ikke sier noe om hva som skal til for at rådigheten kan anses fratatt selger, og eventuelt hvor lenge i saker som dette, etterlater dommen et visst tomrom. I teorien vil nok dette tomrommet bli forsøkt fylt blant annet med utgangspunkt i særmerknedens vurdering av hva som ikke er tilstrekkelig.

For å være på den sikre siden bør flertallet allikevel forstås dit hen at kjøper i salg- og tilbakeleietilfellene ikke kan få kreditorvern hvis det kjøpte ikke kan flyttes på. Dette gjelder selv der transaksjonen er aldri så tjenlig.

Hvis jeg allikevel skal prøve meg på en helt selvstendig tanke, kan det spørres om ikke selger kan anses å ha blitt fratatt rådigheten, hvis også de ledende ansatte på byggeplassen i selgers virksomhet blir overført til kjøpers selskap. Det kan da argumenteres for at det etter overføringen var kjøperens ansatte, og ikke lenger selgerens, som hadde kontrollen over maskinparken, og at rådigheten i så måte var gått over. Det er på det rene at verken notoritets- eller publisitetshensyn blir tilstrekkelig ivarettatt ved en slik overføring. Dette alternativet belyser således at selv om rådigheten kanskje må anses å ha gått over, er ikke det i seg selv særlig godt egnet til å forhindre kreditorsvik.

Heller ikke det at maskinene blir parkert hos kjøper for en periode, vil i seg være egnet til å forhindre kreditorsvik. Som påpekt av Salvesen vil ikke en slik forflytning fortelle noe om når – eller på hvilke vilkår – en avtale er inngått, eller om avtalen var reell eller ikke (se særmerknaden avsnitt 97 for henvisninger). Når flertallet underbygger overleveringskravet med ønske om å forhindre kreditorsvik, skulle jeg gjerne

sett at flertallet fortalte oss hvordan de mener overlevering forhindrer dette.

Det er imidlertid lett å være enig med flertallet i at konsekvenshensyn tilsier at pantelovens regler er et egnet utgangspunkt ved vurderingen av ulovfestede tilfeller. Også etter mitt syn bør panterrett, bruksrett og eiendomsrett til det samme formuesgode få rettsvern på samme måte. Det kan i så måte spørres om ikke flertallet gikk litt for kort. I nærværende sak var det omtvistede formuesgode tilsynelatende selgers samlede maskinpark. En maskinpark som kan pantsettes samlet etter reglene i panteloven § 3-8. Panteretten får rettsvern ved registrering i løsøreregisteret, jf. panteloven § 3-6. I forlengelse av dette kan det spørres om ikke flertallet heller burde tatt utgangspunkt i disse reglene om registrering ved vurderingen av en ulovfestet regel.

Det er vanskelig å se gode grunner for at pant i en maskinpark skal kunne oppnå kreditorvern ved registrering i løsøreregisteret, mens kjøper av den samme maskinparken må gjøre langt mer omfattende og tidvis umulige manøvrer for å sikre sitt erverv kreditorvern.

Det er på det rene at kjøpet ikke vil kunne registreres i løsøreregisteret. Det kan allikevel argumenteres for at registrering av kjøpet i registre som gir tilsvarende publisitet og notoritet, burde være tilstrekkelig for vern i de ulovfestede tilfellene, også. Flertallet går glipp av denne nyansen når de vurderer rettsvernsakten i lys av pantelovens regler om håndpant, og tilsynelatende behandler maskinparken som om den skulle vært en enkelt løsøreting.

Ønsket om forutberegnelighet og sikre transaksjoner tilsier uansett at lovgiver bør komme på banen, og det enkleste er at det åpnes for at også kjøp av maskinparken kan tinglyses i løsøreregisteret, samt at tinglysing også ved kjøp blir et vilkår for kreditorvern.

Avslutningsvis er det fristende å si noe om forholdet til EMK P1-1. Dommer Noer er tilsynelatende selv innom denne tanken, når hun viser til at utgangspunktet oppstilt av flertallet nok «gjør inngrep i eiendomsretten», se avsnitt 109. Selv om kreditorbeslaget her representerer et inngrep i kjøpers eiendomsrett etter EMK P1-1, er terskelen for at det skal foreligge en krenkelse av eiendomsvernet som følge av regler om kreditorbeslag, meget høy.

I Gasus Dossier- und Fordertechnik GmbH v. Nederland (1995) ble det vist til at regler som ivaretar kreditorenes interesser ved å åpne for at kreditorbeslaget omfatter formuesgoder som i realiteten tilhører andre, ikke er uvanlige ved tvangsforfølgelsesprosesser.

I vurderingen av om slike regler kunne anses som en krenkelse av vernet etter EMK P 1-1, skrev EMD: “The power of recovery against goods which are in fact in a debtor’s possession although nominally owned by a third party is a not uncommon device to strengthen a creditor’s position in enforcement proceedings; it cannot be held incompatible per se with the requi-

rements of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)», se avsnitt 66.

Et sted går allikevel grensen. Så vidt jeg kan se, er det bare i én sak hvor EMD har kommet til at regler om kreditorenes beslagsrett representerer en krenkelse av EMK P1-1, og det er i *Boyadzhieva and Gloria International Limited eood v. Bulgaria* (2018).

I denne saken hadde selskap A og B solgt varer til selskap C, mot kontant betaling. Selskap C gikk konkurs og etter de daværende konkursreglene måtte selskap A og B tilbakebetale det konkursdebitor hadde betalt for varene til C's konkursbo, uten å få varene tilbake. I likhet med erververe som har betalt før rettsvern ble etablert, måtte klagerne i denne saken ta til takke med å forfølge sine krav på det tapte – varenes verdi – som usikrede kreditorer.

A og B mente at konkursboets rett til å trekke disse betalingene tilbake, var en krenkelse av deres rett til pengene, etter EMK P1-1.

EMD var enig i dette. I den konkrete vurderingen viste EMD til at det etter de nasjonale reglene ikke var relevant å vurdere hvorvidt transaksjonene hadde påvirket boet til C negativt, eller om varene som ble solgt til den blivende konkursdebitor, ble solgt på markedsmessige vilkår.

Når kjøper i Aurstadmaskin-saken ikke hadde noen praktisk mulighet til å gjennomføre overlevering på en slik måte som flertallet ser ut til å kreve, er i hvert fall ikke forholdet til EMK P1-1 irrelevant.

Kanskje går jeg for langt både i min kritikk av dommen, og ved å foreslå alternative rettsvernsakter, samt med å komme trekkende med EMK P1-1. Til mitt forsvar vil jeg påpeke at forsknings- og høyere utdanningsminister Ola Borten Moe oppfordrer akademikere til å tenke «kjetterske tanker», se Aftenposten 31. oktober 2021.

Morten Smedal Nadheim

ERSTATNINGSRETT

Forholdet mellom erstatningsregler i og utenfor kontraktsforhold. Privatrettslig ansvar for brudd på regler i plan- og bygningslovens kapittel 23. HR-2020-312-A (Bori 3) og HR-2021-2201-A (Bori 4)

1. Innledning

Høyesterett avsa 12. november 2021 dom i HR-2021-2201-A, bedre kjent som den fjerde «Bori»-dommen. «Bori 4» omtales her sammen med «Bori 3», HR-2020-312-A, avsagt 7. februar 2020. De to første Bori-dommene er tidligere omtalt i *Nytt i privatretten*, se henholdsvis utgavene nr. 2 og 3 fra 2015 om «Bori 1» (Rt-2015-276) og nr. 4 fra 2017 om «Bori 2» (HR-2017-1834-A).

Bori-dommene gjelder krav om erstatning fra boligkjøpere for kostnader til utbedring av bygningsmessige mangler. Erstatningskravet var i alle sakene rettet mot selgerens tidligere avtalepart, nemlig foretaket som i byggesaken hadde påtatt seg en eller flere ansvarsroller etter plan- og bygningsloven kapittel 23.

Spørsmålet er hva som kreves for at foretakets rolle som ansvarlig etter plan- og bygningsloven kan utløse ansvar overfor kjøperne etter alminnelig erstatningsrett (såkalt deliktsansvar).

Dels ligger det her et rent erstatningsrettslig spørsmål om etterfølgende kjøpere kan håndheve brudd på plan- og bygningslovens ansvarsregler, og hva som i så fall skal til for at brudd på bestemmelsene utløser erstatningsansvar overfor boligkjøperne. Dels berører dommene spørsmål om hvordan et erstatningskrav som reguleres av både kontraktsregler og alminnelige erstatningsregler skal harmoniseres når regelsettene utpeker ulike løsninger.

Omtalen her vil se nærmere på hvilke avklaringer HR-2020-312-A og HR-2021-2201-A gir om disse problemstillingene, som ifølge Høyesterett «griper noe inn i hverandre» og befinner seg i et område «der utformingen av en tilstrekkelig presis norm ... påkaller behov for utpensling gjennom et større antall saker», jf. HR-2021-2201-A avsnitt 53 og 62.

Jeg nevner for ordens skyld at populærnavnet «Bori» er misvisende, men innarbeidet i juridisk litteratur. «Bori» er forkortelsen til Boligbyggelaget Romerike, som var navnet på det ansvarlige foretaket i den første Bori-dommen (Rt-2015-276). Høyesterett benytter ikke «Bori» som populærnavn, og omtaler HR-2020-312-A med navnet på det ansvarlige foretaket i den konkrete saken – i dette tilfellet arkitektkontoret «Solem». Dermed bør kanskje HR-2021-2201-A (Bori 4) kalles «Kruse Smith» etter navnet på det ansvarlige foretaket der. Jeg forholder meg likevel til «Bori» som populærnavn på alle de fire dommene.

2. HR-2020-312-A (Bori 3 / Solem)

2.1. *Twisten*

Dommen i HR-2020-312-A (Bori 3) gjaldt et erstatningskrav fra flere boligkjøpere som følge av at det etter overtakelse ble oppdaget betydelige mangler ved fire nyoppførte boliger i Trondheim. Selgeren av boligene hadde gått konkurs. Boligkjøperne rettet derfor kravet mot arkitektfirmaet Solem, som selgeren hadde benyttet som ansvarlig foretak etter plan- og bygningsloven kapittel 23. Boligkjøperne fikk enstemmig medhold av Høyesterett i sitt erstatningskrav.

Spørsmålet var om arkitektfirmaet kunne holdes ansvarlig etter reglene om erstatning utenfor kontrakt, jf. skadeserstatningsloven § 2-1. Partene var enige om at det forelå et økonomisk tap som stod i årsakssammenheng med de påstått ansvarsbetingende forholdene. Vurderingstemaet var dermed begrenset til om arkitektfirmaets ansatte hadde «begått uaktsomme plikt-

brudd» og «om boligkjøpernes krav er erstatningsrettslig vernet», jf. avsnitt 34.

2.2. Erstatningsrettslige utgangspunkter (avsnitt 35–46)

Høyesterett starter sin drøftelse med en gjennomgang av noen erstatningsrettslige utgangspunkter. Det slås fast at det alminnelige erstatningsrettslige skyldansvaret er en «grunn pilar i vår rettsorden», og at dette med tiden har skapt behov for begrensninger i ansvars rekkevidde (avsnitt 35 og 37):

«Ved tredjepartskader og rene formuestap kan skadevolderens handlinger eller unnlaterelser potensielt ramme en stor og ubestemt krets. Rettspraksis har på den bakgrunn oppstilt grenser for erstatningsansvaret.»

Disse begrensningene henger ifølge Høyesterett «nært sammen med adekvansspørsmålet og spørsmålet om ansvarsgrunnlag» og det vil derfor «[e]t stykke på vei (...) være noe av en smakssak hvilken overskrift det enkelte moment behandles under», jf. avsnitt 46. Førstvoterende velger å omtale begrensningene som et spørsmål om skadelidtes interesser har «erstatningsrettslig vern».

Etter en gjennomgang av de sentrale premissene i Rt-2015-276 (Bori 1) kommer førstvoterende til at avveiningen som etableres i Rt-2015-276 (Bori 1) avsnitt 26 må forstås i lys av dette – som en konkretisering av spørsmålet om erstatningsrettslig vern på det aktuelle området. Han skriver at momentene som fremgår av Bori-dommens avsnitt 26 «utdyper og tilpasser de alminnelige avgrensingskriteriene på formuerettens område, og som gjerne behandles under overskriften erstatningsrettslig vern», jf. avsnitt 43.

Noe eget «Bori-ansvar» er det dermed ikke tale om, jf. avsnitt 44: «De alminnelige erstatningsvilkårene må være oppfylt også når kravene knytter seg til forsettlig på plan- og bygningslovens område, og det gjelder ikke noe eget og skjerpet skyldkrav». Det følger imidlertid av Bori-dommens systematikk at spørsmålet om erstatningsrettslig vern kommer i tillegg til de øvrige grunnvilkårene for erstatning. Høyesterett anlegger derfor følgende tilnærming til erstatningsspørsmålet i avsnitt 46:

«Når jeg snart går over til mer konkret å drøfte erstatningsspørsmålet, vil jeg på denne bakgrunn innledningsvis ta stilling til om det foreligger ansvarsgrunnlag ved uaktsomme pliktbrudd fra Solems side. Deretter foretar jeg – med utgangspunkt i kriteriene i de dommene jeg har nevnt – en samlet avveining av om boligkjøpernes interesser er erstatningsrettslig vernet.»

2.3. Drøftelsen av ansvarsgrunnlaget (avsnitt 56–70)

I tråd med fremgangsmåten vurderte Høyesterett deretter om det var begått uaktsomme pliktbrudd, og gjennomgikk de offentligrettslige forpliktelsene arkitektkontoret hadde påtatt seg som ansvarlig foretak etter plan- og bygningsloven.

Det var uenighet mellom partene om hvilke ansvarsroller i plan- og bygningsloven §§ 23-4 til 23-7 arkitektkontoret hadde påtatt seg i prosjektet, men enighet om at ansvaret i alle fall omfattet rollen som ansvarlig søker. Dette innebar blant annet at arkitektkontoret skulle sørge for å «påse at alle oppgaver [var] belagt med ansvar», jf. plan- og bygningsloven § 23-4. Det var på det rene at arkitektkontoret ikke hadde sørget for at prosjektet hadde en ansvarlig prosjekterende for bygninger og installasjoner. Høyesterett skriver i avsnitt 65 at

«[u]nnlatelsen har ført til at helt sentrale oppgaver ikke var belagt med ansvar, og at kommunen har gitt midlertidig brukstillatelse og utstedt ferdigattest på uriktig grunnlag. I tråd med lagmannsrettens konklusjon om årsakssammenheng har dette forårsaket de mangler som er gjennomgått, og det tap som boligkjøperne har lidt i henhold til lagmannsrettens dom».

Arkitektkontoret ble ikke hørt med anførselen om at de utøvde sitt «beste skjønn» da de vurderte hvilke oppgaver som burde ansvarsbelegges, eller at rollen som ansvarlig søker var mer underordnet enn for eksempel ansvarlig kontrollerende og derfor ikke burde utløse ansvar, se avsnitt 67:

«Plan- og bygningslovens bestemmelser om ansvar i byggesaker skal samlet sikre kvaliteten på byggeprosjektet. Ansvarlig prosjekterende, kontrollerende og utførende har riktignok ansvaret for innholdet i og utførelsen av de ulike oppgavene. Men hvis ansvarlig søker ikke sikrer at disse rollene er ivaretatt, svikter sikkerhetsnettet på et avgjørende punkt.»

Høyesterett fant pliktbruddet tilstrekkelig til å slå fast at ansatte hos arkitektkontoret hadde forårsaket boligkjøpernes tap ved uaktsomhet, og konkluderte i avsnitt 70 med at det dermed «i utgangspunktet foreligger et ansvarsgrunnlag etter skadeserstatningsloven § 2-1». Spørsmålet som gjensto, var «å vurdere om erstatningskravet likevel ikke kan tas til følge» etter en vurdering av om boligkjøpernes interesser var erstatningsrettslig vernet, jf. samme avsnitt.

2.4. Drøftelsen av erstatningsrettslig vern (avsnitt 71–81)

Høyesteretts formulering av spørsmålet – om erstatningskravet «likevel ikke» kan tas til følge – indikerer at erstatningsrettslig vern drøftes som et *unntak* fra

erstatningsansvar dersom grunnvilkårene ellers er oppfylt.

I HR-2017-2352-A (prostitusjonsinntekter) omtales til sammenligning erstatningsrettslig vern som et «grunnvilkår for erstatning», jf. avsnitt 33. Dette kan forklares med at erstatning for tapte prostitusjonsinntekter angår spørsmål om interessen i det hele tatt «fortjener rettsordenens beskyttelse», jf. dommens avsnitt 37, sml. for eksempel utgifter til oppfostring av barn i Rt-1999-203 (steriliseringsdommen).

At boligkjøpernes tap i HR-2020-312-A fortjener rettsordenens beskyttelse er helt på det rene, og ble ikke vurdert av Høyesterett. I stedet rommer Høyesteretts bruk av begrepet «erstatningsrettslig vern» i Bori 3 helt andre vurderinger, jf. avsnitt 72:

«Ved vurderingen under dette punktet tar jeg utgangspunkt i de alminnelige rettslige utgangspunktene om avgrensning av ansvaret overfor tredjeparter for formuestap (...) Skadelidtes berettigede forventninger står her helt sentralt. Jeg ser videre hen til de avgrensningskriterier som er utviklet i rettspraksis om informasjonsansvaret og mer spesielt til momentene i avsnitt 26 i Rt-2015-276 Bori [tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevings-synspunkter].»

Vurderingstemaet er komplekst og gir anvisning på en rekke momenter og vurderingstemaer, uten at disse utdypes nærmere. Det forenkles ikke av at momentene samles under paraplyen «erstatningsrettslig vern», som i rettspraksis benyttes med ulikt meningsinnhold. Formuleringen av vurderingstemaet videreføres ikke av Høyesterett i Bori 4, som i stedet konstaterer at «[v] i er på et område der utformingen av en tilstrekkelig presis norm for slikt ansvar påkaller behov for utpensling gjennom et større antall saker», jf. HR-2021-2201-A avsnitt 62. Jeg går derfor ikke nærmere inn på regelens innhold her.

I den konkrete vurderingen av boligkjøpernes erstatningsrettslige vern, innleder Høyesterett med å gjenta at plan- og bygningslovens bestemmelser verner private interesser, jf. avsnitt 75:

«Den som overtar et nytt eller et totalrehabilitert bygg har, slik jeg ser dette, både rimelig og berettiget grunn til å stole på den informasjonen om byggets tilstand som ligger i at det er gitt brukstilatelse på grunnlag av gjennomført sluttkontroll.»

Boligkjøperne kunne derfor håndheve arkitektkontorets brudd på deres offentligrettslige plikter som ansvarlig søker etter plan- og bygningsloven § 23-4. Jeg tilføyer her at spørsmålet om skadelidte er vernet av de bestemmelser som regulerer skadevolderens plikter, og om skadelidte kan påberope eventuelle pliktbrudd, tradisjonelt har blitt behandlet under spørsmålet om ansvarsgrunnlag, se for eksempel Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, 2. utgave 2019 side 91 flg.

Men Høyesteretts tilnærming var altså å behandle dette under overskriften erstatningsrettslig vern.

Videre tillegges det stor vekt at boligkjøperne var førstegangskjøpere av nybygde boliger og dermed hadde en nær tilknytning til byggeprosessen. Kjøperne hadde på grunn av dette en «særlig sterk forventning om at kvalitetskravene i lov og forskrift er oppfylt, og at ferdigattesten gir et riktig bilde av kvaliteten (...) ferdigattesten var [langt på vei] ment for dem», jf. avsnitt 77. Saken skilte seg her fra situasjonen i Bori 2, hvor boligen var solgt to ganger før de skadelidte overtok og avdekket manglene.

Endelig ble det vist til at arkitektkontoret bevisst hadde brutt sentrale bestemmelser i lovens system for å sikre den bygningsmessige kvaliteten («karakteren av pliktbruddet»), og at manglene ved boligene hadde påført kjøperne utbedringskostnader på rundt tre millioner kroner per bolig – omtrent halvparten av kjøpesummen («tapssituasjonen»). Selv om ikke grov uaktomsomhet var et vilkår for ansvar, måtte det være slik at «jo mer graverende bruddet er, desto mer nærliggende er det å ilegge ansvar», jf. avsnitt 80. Kjøperne var dessuten satt i en svært vanskelig situasjon de omtrent ikke hadde mulighet til å forsikre seg mot, mens arkitektkontoret hadde ansvarsforsikring som dekket store deler av erstatningskravet.

Etter en samlet vurdering fant Høyesterett det «lite tvilsomt» at boligkjøpernes interesser i saken var erstatningsrettslig vernet, jf. avsnitt 81. Alle vilkårene for ansvar var dermed oppfylt.

2.5. Hva med forholdet til kontraktsreglene?

Boligkjøpet i Bori 3 var regulert av bustadoppføringslova, som bestemmer at det foreligger en mangel «dersom resultatet ikkje er i samsvar med offentlegrettslege krav som er stilt i lov eller i medhold av lov», jf. § 25 annet ledd. Etter bustadoppføringslovas § 37 første ledd kunne boligkjøperne «gjere sitt krav som følge av mangel gjeldande mot ein tidlegare avtalepart som har gjort avtalen som ledd i næringsverksemd, i same mon som mangelen kan gjerast gjeldande av entreprenøren eller annan avtalepart».

Det er neppe tvilsomt at arkitektkontoret var «tidlegare avtalepart» i lovens forstand. På samme måte som i Bori 1 og 2 forelå det dermed en kontraktskjede mellom kjøperne og det ansvarlige foretaket, som i prinsippet regulerte og begrenset ansvaret mellom partene. Et sentralt spørsmål i kjølvannet av Bori 1 og 2 var om anvendelse av alminnelige erstatningsregler i slike kontraktskjeder «kan gripe inn i den finmaskede ansvarsreguleringen i kontraktene og forrykke balansen mellom kontraktspartene», se HR-2020-312-A (Bori 3) avsnitt 45.

Partene i Bori 3 var imidlertid enige om at arkitektkontoret ikke hadde misligholdt sine plikter overfor kontraktsparten (selgeren). Kontraktsansvar var dermed avskåret, fordi boligkjøperen aldri kan tre inn i et større mangelskrav mot bakre ledd enn det kravet

selgeren selv hadde, jf. bustadoppføringslova § 37 første ledd.

Høyesterett fant derfor ikke grunn til å gå inn på spørsmålet, men uttalte likevel i et obiter dictum at «de avgrensningskriteriene som er trukket opp i avsnitt 26 i Bori-dommen, også må antas å ha hatt disse innvendingene for øye». Uttalelsene kan indikere at Høyesterett åpnet for å vektlegge hensynet til kontraktsretten som sådan – systembetraktninger – inn i den bredere avveining av om det foreligger erstatningsrettslig vern. Det er imidlertid uklart hvordan en vektlegging av hensynet til kontraktsretten generelt skal kunne gjennomføres og avveies ved bedømmelsen av om erstatningsvilkårene er oppfylt i den enkelte tsak.

3. HR-2021-2201-A (BORI 4 / Kruse smith)

3.1. *Twisten*

HR-2021-2201-A (Bori 4) gjaldt feil og mangler ved et større leilighetskompleks i Kristiansand-området. Eiendommen ble oppført av entreprenøren Kruse Smith på begynnelsen av 2000-tallet. Byggherren var et såkalt «single purpose»-selskap, som ble opprettet kun til bruk for utvikling og salg av eiendommen. I prospektet ble beboerne forespeilet en «problemfri boplyv» hvor de skulle få oppfylt drømmen om «det gode liv». Kjøperne var et borettslag for seniorleiligheter, hvor beboerne måtte være over 50 år for å ha leilighet.

De siste overtakelsesforretningene ble holdt våren 2006, og i 2011 ble selgerselskapet (som da hadde oppnådd sitt formål) oppløst og slettet. Noen år senere ble det oppdaget vanninntrengning og råte i vindusprofilene i trapperommene og feil ved utførelsen av fasadene. Etersom selgerselskapet var avviklet, rettet borettslaget krav om erstatning og prisavslag mot Kruse Smith, som i tillegg til entreprenørarbeidet hadde hatt rollen som ansvarlig søker og ansvarlig utførende og kontrollerende for tømmerarbeidet i prosjektet, jf. plan- og bygningsloven av 1985.

Lagmannsretten tilkjente borettslaget erstatning på *kontraktsgrunnlag* for manglene ved fasadene, under henvisning til direktekravsreglene i bustadoppføringslovens § 37. Kontraktsansvar for vindusskadene var derimot foreldet, jf. foreldelsesloven §§ 3 og 10.

Borettslaget hadde imidlertid subsidiært anført at Kruse Smith var ansvarlig for vindusskadene på grunnlag av alminnelige erstatningsregler. Om dette uttalte lagmannsretten nokså enkelt «at det er adgang til å påberope slik ‘dobbel erstatningsgrunnlag’» og at det var «sannsynliggjort at arbeidstakere hos Kruse Smith har opptrådt uaktsomt ved montering og kontroll av vinduene i trappoppgangene i alle tre bygninger». Dermed var det, ifølge lagmannsretten, grunnlag for erstatningsansvar for vindusskadene også etter alminnelige erstatningsregler, som dessuten ikke var forel-

det, jf. den noe mer kreditorvennlige fristen i foreldelsesloven § 9.

Kruse Smith anket spørsmålet om erstatning etter alminnelige erstatningsregler for vindusskadene til Høyesterett, og Høyesterett måtte for fjerde gang ta stilling til «hva som kreves for at entreprenørens rolle som ansvarlig etter plan- og bygningsloven kan utløse ansvar overfor tredjemann etter alminnelig erstatningsrett – såkalt deliktsansvar», jf. HR-2021-2201-A avsnitt 2.

Resultatet ble enstemmig at Kruse Smith ikke var erstatningsansvarlig etter alminnelige erstatningsregler.

3.2. *Generelt om anvendelsen av alminnelige erstatningsregler på bustadoppføringslovas område (avsnitt 53–61)*

På bakgrunn av partenes anførsler innledet Høyesterett med noen generelle kommentarer om anvendelsen av alminnelige erstatningsregler på bustadoppføringslovas område. En gjennomgang av uttalelsene i Bori 1, 2 og 3 ledet raskt til at det «ikke [var] tvilsomt at supplerende ansvarsregler kan påberopes ved siden av bustadoppføringslovens regler, med den virkning at entreprenørens ansvar utvides i tid», jf. avsnitt 58.

Høyesterett erkjente at et supplerende ansvar for entreprenøren vil kunne gripe inn i en «finmasket kontraktsregulering av ansvarsspørsmålet», men uttalte i avsnitt 60 at

«også andre regelsett kan gripe inn i dette; ved grov uaktsomhet kan entreprenøren ikke gjøre gjeldende at det er reklamert for sent, jf. bustadoppføringsloven § 30 fjerde ledd. Følgelig vil entreprenøren selv etter kontraktsretten ikke være beskyttet mot ethvert ansvar etter at den alminnelige reklamasjonstiden er ute».

Det kan innvendes mot denne parallellen at bustadoppføringslova § 30 tvert imot er en del av den finmaskede kontraktsreguleringen som den alminnelige erstatningsretten griper inn i. Bestemmelsen er en del av risikofordelingen kontraktspartene har innrettet seg etter ved inngåelsen og prisingen av kontrakten, og er ikke et eget «regelsett» som griper inn i reguleringen av kontraktsforholdet. Det er riktignok et poeng at den praktiske konsekvensen av et supplerende deliktsansvar blir mindre dersom kontraktsparten uansett blir ansvarlig på kontraktsgrunnlag. Dette er imidlertid mer en observasjon av resultatet enn et selvstendig argument for at vilkårene for deliktsansvar er oppfylt.

Høyesterett viser videre til uttalelsen i Bori 3 om at den bredere avveiningen i Bori 1 avsnitt 26 må ha hatt disse innvendingene for øye, jf. avsnitt 61. Som påpekt i punkt 2.5 ovenfor, er det uklart om Høyesterett i Bori 3 mente at hensynet til kontraktsretten dermed kunne trekkes inn i vurderingen av om vilkårene for erstatning var oppfylt. Dette synes Bori 4 å avkrefte: Dommen viser til at den bredere avveiningen gir anvisning på en streng norm, slik at «kriteriene (...) vil

kunne dempe den praktiske innvirkningen denne type ansvar kan ha på de kontraktuelle ansvarsreglene». Høyesteretts poeng er dermed at den strenge normen for deliktsansvar i praksis reduserer betydningen av at bustadoppføringslovens regler kan suppleres av den alminnelige erstatningsretten.

3.3. Nærmere om vilkårene for erstatningsansvar etter alminnelige erstatningsregler (avsnitt 62–74)

Etter å ha konstatert at bustadoppføringslova kan suppleres med alminnelige erstatningsrettslige regler, ble vilkårene for erstatningsansvaret drøftet. Tilnærmingen i Bori 3, hvor det først ble drøftet isolert om pliktene i plan- og bygningsloven er brutt og deretter om boligkjøpernes interesser likevel ikke hadde erstatningsrettslig vern, ble ikke videreført, se avsnitt 72–74:

«Det har vært diskutert hvorvidt den norm som ble etablert i Bori-dommen, knytter seg til ansvarsgrunnlaget eller gjelder erstatningsrettslig vern. Uansett hvordan en bedømmer dette spørsmålet mer systematisk, viser rettspraksis at avgrenskningskriteriene som er trukket frem i Bori-dommen avsnitt 26, gir anvisning på en streng norm. Det skal altså mye til før et slikt ansvar inntreffer. En følge av dette er at det finmaskede ansvarssystemet i kontraktsforhold i mindre grad vil bli påvirket.

I avveiningen det er tale om, skal ‘tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter’ inngå. De ulike momentene er delvis overlappende. Men både formuleringene og praksis viser at det kreves at tredjemann er blitt påført et betydelig tap og er satt i en vanskelig situasjon. Videre fremgår at ansvar er nærliggende der pliktbruddets karakter er grovt, for eksempel fordi det er knyttet til grunnleggende forhold som et bygg skal ivareta. Dette kan eksempelvis gjelde pliktbrudd av betydning for sikkerhet og helse. Det supplerende ansvaret vil etter dette kunne virke som et sikkerhetsnett.»

Det sentrale for Høyesterett var dermed at man har å gjøre med en streng norm, hvor ansvar etter alminnelige erstatningsregler først og fremst kommer på tale der boligkjøperne er påført et betydelig tap og pliktbruddet gjelder grunnleggende forhold et bygg skal ivareta. Hvordan det nærmere innholdet av en tilstrekkelig presis norm skal fastlegges krevde «utpensling gjennom et større antall saker», jf. avsnitt 62.

3.4. Subsumsjonen i den konkrete saken (avsnitt 78–87)

Borettslaget anførte to forskjellige pliktbrudd Kruse Smith var ansvarlig for. For det første at Kruse Smith hadde montert vinduene feil i henhold til kontraktsbeskrivelsen. For det andre at Kruse Smith hadde brutt plikter som ansvarlig søker, ansvarlig utførende og ansvarlig kontrollerende for tømmerarbeidene.

Lagmannsretten skilte ikke mellom disse pliktbruddene i sin redegjørelse, noe Høyesterett kritiserer i avsnitt 79:

«Spørsmålet (...) er av lagmannsretten vurdert uten tanke på at det her er spørsmål om ansvar utenfor kontrakt.»

Lagmannsretten hadde tilsynelatende oversett at et kontraktsbrudd ikke i seg selv kan gi grunnlag for erstatning utenfor kontrakt. Det må noe mer til. At entreprenøren hadde montert vinduene feil i henhold til kontraktsbeskrivelsen kunne derfor ikke utløse ansvar etter alminnelige erstatningsregler. Feilmonteringen måtte i så fall ha skapt en risikosituasjon som var uforsvarlig også utenfor kontrakten, men det var det ikke holdepunkter for.

Når det gjaldt ansvaret for brudd på plikter som ansvarlig foretak, mente Høyesterett det var mye som kunne tyde på at det hadde vært en svikt i en eller flere ansvarsroller etter plan- og bygningsloven. Høyesterett gikk imidlertid ikke nærmere inn på dette da eventuelle pliktbrudd uansett ikke var tilstrekkelige til å utløse ansvar overfor boligkjøperne. Høyesterett viste til at utbedringskostnadene utgjorde 650.000 kroner – omtrent 5.000 kroner per boenhet og til sammen bare 0,3 prosent av de samlede byggekostnadene. Tapet var derfor vesentlig mer beskjedent enn i Bori 3, hvor utbedringskostnadene utgjorde om lag halvparten av totalkostnadene for hver bolig.

Høyesterett drøfter ikke andre momenter og finner det «klart at virkningen av Kruse Smiths eventuelle pliktbrudd ikke faller inn under den strenge normen som er etablert i rettspraksis, for at selskapets rolle som ansvarlig etter plan- og bygningsloven kan utløse ansvar overfor tredjemann etter alminnelig erstatningsrett», jf. avsnitt 86. Den korte subsumsjonen og klare konklusjonen indikerer at tapssituasjonen er et svært tungtveiende moment i den samlede avveiningen.

4. Avklaringer og gjenstående problemstillinger

Med Høyesteretts dommer i HR-2020-312-A (Bori 3) og HR-2021-2201-A (Bori 4) synes noen av mysteriene fra Bori 1 og 2 å ha fått sin avklaring.

For det første er det klart at den alminnelige erstatningsretten kan supplere ansvar på kontraktsgrunnlag – også i kontraktskjeder. Det alminnelige erstatningsrettslige skyldansvaret er en grunnpilar i vår rettsorden, og enhver handling eller unnlattelse kan i prinsippet underlegges en aktsomhetsvurdering på deliktsgrunnlag. Dette betyr imidlertid ikke at vilkårene for et selvstendig deliktsansvar automatisk er oppfylt. Det må på vanlig måte påvises at skadevolderen, på uaktsomt vis, har brutt relevante atferdsnormer som den skadelidte er vernet av. I Bori-sammenheng er det avklart at boligkjøperne i utgangspunktet er vernet av de aktuelle bestemmelsene i plan- og bygningsloven.

For det andre er det avklart at man ved den konkrete vurderingen av vilkårene for erstatningsansvar ikke skal operere med et eget «Bori-ansvar». Også i Bori-tilfellene er det de alminnelige vilkårene for erstatningsansvar som gjelder. Det kreves ikke grov uaktsomhet hos det ansvarlige foretaket, selv om karakteren av pliktbruddet kan være et tungtveiende moment i den konkrete vurderingen.

Dommene viser likevel at det skal mye til for at det ansvarlige foretaket blir ansvarlig overfor etterfølgende boligkjøpere. Subsumsjonen i Bori 3 og 4 indikerer at grove pliktbrudd og store økonomiske tap er tungtveiende momenter. Det samme gjelder nærheten mellom det ansvarlige foretakets ansvarsrolle og boligkjøpernes forventninger. Ansvarer synes først og fremst å være aktuelt i forbrukertilfeller hvor kjøperne er de første som skal flytte inn i huset, jf. situasjonen i Bori 1 og 3, eller hvor pliktbruddet har betydning for sikkerhet og helse. Den alminnelige erstatningsretten kan i slike tilfeller fungere som et sikkerhetsnett for særlig alvorlige tilfeller der det ansvarlige foretaket har brutt forventninger utover det som forventes av kontrakten med byggherren.

For det tredje viser Bori 4 at man må være forsiktig med å trekke kontraktsforpliktelser inn i vurderingen av erstatningsansvar etter alminnelig erstatningsrett. Erstatningsansvar på deliktsgrunnlag forutsetter at det ansvarlige foretaket har opptrådt uaktsomt også hvis man tenker de kontraktsetablerte forventningene borte. Hvordan aktsomhetsnormen fastlegges i grenseland mellom kontrakts- og deliktsansvar er nærmere omtalt i Sverre Runde, *Deliktsansvar i kontraktsforhold*, Privus nr. 217, 2021, side 91 flg.

For det fjerde er det avklart at dersom vilkårene for et selvstendig deliktsansvar først er oppfylt, kan kjøperen i utgangspunktet velge dette grunnlaget for sitt erstatningskrav, jf. Rt-2015-276 (Bori 1) avsnitt 36. Uttalelsene er ikke fraveket i Bori 2, 3 eller 4, og det er ikke andre holdepunkter i norsk rett for et prinsipp om at kontraktsreguleringen kan konsumere erstatningsansvaret.

Selv om kjøperne kan velge å fremme krav etter alminnelig erstatningsrett, er det likevel spørsmål om regler som begrenser kontraktsansvaret kan få virkning også for dette erstatningsgrunnlaget. Dette må bero på en tolkning av den enkelte kontraktsbegrensningen. I Bori 4 var ansvaret på kontraktsgrunnlag både foreldet og det var reklamert for sent, mens ansvar etter alminnelig erstatningsrett i utgangspunktet verken var begrenset eller bortfalt. Høyesterett fikk imidlertid ikke tatt stilling til kontraktsbegrensningenes potensielle rekkevidde, ettersom borettslaget ikke fikk medhold i at vilkårene for deliktsansvar var oppfylt (avsnitt 88):

«Ut fra det resultatet som jeg har kommet til i ansvarsspørsmålet, oppstår ikke noe spørsmål om foreldelse. Jeg går derfor ikke nærmere inn på omfanget av forliksklagens fristavbrytende virk-

ning eller på om det også må reklameres innenfor kontraktens frister ved ansvar etter alminnelig erstatningsrett».

Når det gjelder foreldelse, følger det klart av foreldelseslovens forarbeider at krav som kan baseres på flere rettsgrunnlag ikke er foreldet før det er foreldet etter samtlige grunnlag, se Ot.prp. nr. 38 (1977–1978) s. 26 og Rt-2012-1444 avsnitt 28. Spørsmålet om reklamasjonsfristens rekkevidde for erstatningskrav på deliktsgrunnlag er ikke kommentert i forarbeidene til verken bustadoppføringslova eller avhendingslova. Det kan kanskje gi grunnlag for flere dommer fra Bori-universet.

Sverre Runde
Advokatfullmektig, Regjeringsadvokaten

EØS-RETT

Datterselskapers erstatningsansvar etter overtredelser av EU-/EØS-konkurranseretten. EU-domstolen: Sak C-882/19 Sumal SL mot Mercedes Benz Trucks España

EU-domstolen har avsagt enda en prinsipiell avgjørelse om det EU-rettslige erstatningsansvaret ved overtredelser av EUs konkurranseregler. Vi har tidligere kommentert EU-domstolens etablering og stegvise utvikling av et EU-konkurranserettslig erstatningsansvar, se NIP nr. 2/2020. Avgjørelsen vi skal omhandle her gjelder en ytterligere side ved tematikken, med implikasjoner for norsk rett etter EØS-avtalen.

Storkammeravgjørelsen i foreleggelsessaken C-882/19 Sumal SL mot Mercedes Benz Trucks España ble avsagt 6. oktober 2021. Tolkningsspørsmålene var forelagt EU-domstolen av den regionale domstolen i Barcelona, Spania (Audencia Provincial de Barcelona), i en tvist mellom selskapene Sumal SL og Mercedes Benz Trucks España.

Spørsmålene gjaldt skadelidtes adgang til å holde et datterselskap erstatningsansvarlig der EU-kommisjonen har fattet et overtredelsesvedtak mot morselskapet for brudd på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, jf. artikkel 101 Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV). Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalen artikkel 53 og konkurranseloven § 10.

Avgjørelsesslutningen lyder som følger:

«1. Article 101(1) TFEU must be interpreted as meaning that the victim of an anticompetitive practice by an undertaking may bring an action for damages, without distinction, either against a parent company who has been punished by the Commission for that practice in a decision or against a subsidiary of that company which is not referred to in

that decision, where those companies together constitute a single economic unit. The subsidiary company concerned must be able effectively to rely on its rights of the defence in order to show that it does not belong to that undertaking and, where no decision has been adopted by the Commission under Article 101 TFEU, it is also entitled to dispute the very existence of the conduct alleged to amount to an infringement.

2. Article 101(1) TFEU must be interpreted as precluding a national law which provides for the possibility of imputing liability for one company's conduct to another company only in circumstances where the second company controls the first company.»

Vi skal i det følgende begrense oss til å kontekstualisere og kommentere første del av domsslutningens del 1. Det vil si den delen av EU-domstolens avgjørelse som foreskriver at TEUV artikkel 101 (1) innebærer at skadelidte etter et konkurransebegrensende samarbeid kan anlegge erstatningssøksmål også mot et datterselskap som tilhører samme økonomiske enhet som et morselskap EU-kommisjonen har ilagt overtredelses-sanksjoner.

Sakens bakgrunn belyser avgjørelsens betydning og aktualitet. EU-kommisjonens vedtak i sak AT.39824 Trucks av 19. juli 2016 foranlediget erstatningsspørsmålene som ble forelagt EU-domstolen. I vedtaket ble lastebilprodusenter funnet å ha overtrådt det såkalte kartellforbudet i artikkel 101 TEUV og EØS-avtalen artikkel 53. EU-kommisjonen fant at lastebilforetakene fra 1997 til 2010/2011 ulovlig koordinerte høyere grossistpriser på lastebiler til forhandlere samt tidspunkter for, og overvelting av kostnader med, implementering av utslippsteknikk for lastebiler. Selv om de fleste foretakene inngikk bøtereduserende forlik ila EU-kommisjonen rekordhøye bøter mot selskaper tilknyttet konsernene MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco, DAF og Scania (samlet ca. EUR 3,8 mrd.). Den høyeste boten mot et enkeltforetak i saken (ca. EUR 1 mrd.) var rettet mot morselskapet og konsernspissen Daimler AG.

EU-kommisjonens bøtevedtak har blitt etterfulgt av privatrettslige erstatningssøksmål mot lastebilforetakene for nasjonale domstoler i flere jurisdiksjoner.

Et erstatningssøksmål for spanske domstoler var opphavet til EU-domstolens tolkningsavgjørelse i sak C-882/19 Sumal SL mot Mercedes Benz Trucks España. Sumal SL er et spansk selskap som i 1997 og 1999 ervervet to lastebiler fra Mercedes Benz Trucks España. Sistnevnte er et datterselskap i Daimler-gruppen, og ikke blant selskapene EU-kommisjonen holdt ansvarlig i overtredelsesvedtaket. Sumal SL stevnet likevel Mercedes Benz Trucks España for underretten i Barcelona. Saksøker krevde erstatning på EUR 22 204 for tap påført overprisen ved ervervet av lastebilene

som følge av det ulovlige lastebilkartellet avdekket i EU-kommisjonens overtredelsesvedtak. Domstolen i første instans avviste kravet mot Mercedes Benz Trucks España, da det var morselskapet Daimler AG som var adressat for vedtaket. I ankesaken besluttet den regionale domstolen i Barcelona å forelegge pre-judisielle tolkningsspørsmål for EU-domstolen, jf. TEUV artikkel 267.

EU-domstolens tolkningsavgjørelse i sak C-882/19 Sumal SL mot Mercedes Benz Trucks España innebærer blant annet en klargjøring av at det EU-konkurranserettslige erstatningsansvaret også innbefatter en adgang for skadelidte til å holde datterselskaper ansvarlige der EU-kommisjonens overtredelsesvedtak er rettet mot et morselskap.

Bakgrunnen for problemstillingen som reises i saken er det EU- og EØS-autonome foretakskriteriet som benyttes i konkurranseretten. Reglene kommer bare til anvendelse på «foretak», definert som enheter som driver økonomisk aktivitet, som i sin tur er definert som å tilby varer eller tjenester i et marked (forente saker C-180/98 til C-184/98 Pavlov, avsnitt 75). Foretakskriteriet er ikke knyttet opp mot juridisk form, slik at både offentlige organer, juridiske personer og individer kan anses som «foretak». Et foretak kan bestå av flere juridiske enheter, jf. doktrinen om «samme økonomiske enhet». Denne doktrinen har betydning på flere måter i konkurranseretten, bl.a. vil avtaler mellom ulike juridiske personer som er del av samme økonomiske enhet falle utenfor forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Samtidig har doktrinen banet veien for at morselskaper kan holdes ansvarlige for overtredelser som har skjedd i datterselskaper.

Om ulike juridiske enheter kan sies å tilhøre samme økonomiske enhet, og dermed utgjøre ett og samme «foretak», beror på en vurdering av om morselskap kan sies å «kontrollere» datterselskapet (se nærmere Eirik Østerud: *Materielle kontrollvurderinger i konkurranseretten*, Universitetsforlaget 2016). Fordi både bøteansvar og erstatningsansvar må knyttes opp mot spesifikke rettssubjekter/juridiske personer, iht. «the principle of personal responsibility» (jf. dommen avsnitt 42), kreves det en særskilt begrunnelse for hvorfor juridiske enheter som inngår i et «foretak» skal kunne holdes ansvarlig for overtredelser foretatt av andre juridiske enheter i foretaket.

Spørsmålet i den foreliggende saken var altså om et datterselskap kan være erstatningsansvarlig for en overtredelse som er begått av morselskapet. Etter norsk rett vil dette kanskje best kunne klassifiseres som et slags «omvendt ansvarsgjennombrudd», eller at datterselskapet identifiseres med mor. Allerede her må det imidlertid presiseres at selv om datterselskapet ikke var bøtelagt av Kommisjonen, er det på det rene at lastebilene var kjøpt inn hos datterselskapet, og at datterselskapet derfor kunne sies å ha vært med å implementere kartellprisen i markedet. Domstolen

argumenterte likevel ikke direkte på en slik måte. Det er også viktig å understreke at et erstatningsansvar for brudd på konkurransereglene oppstår uavhengig av om det er fattet vedtak fra en konkurransemyndighet, men at et slikt vedtak vil gi saksøker en drahjelp fordi domstolene er forpliktet til å legge vedtakets konklusjon om overtredelse til grunn.

Et utgangspunkt i dommen er at det må etableres en særskilt forbindelse mellom datter- og morselskap. Ikke alle datterselskap i en selskapsstruktur kan altså holdes erstatningsansvarlige der EU-kommisjonen har ilagt morselskapet bot for en konkurranserettsovertredelse. EU-domstolen presiserte at ansvar «cannot automatically be available against every subsidiary of a parent company targeted in a decision of the Commission punishing conduct that amounts to an infringement» (avsnitt 46). Ethvert datterselskap er følgelig ikke automatisk ansvarssubjekt for et erstatningskrav.

For å utgjøre ansvarssubjekt for et erstatningskrav må det foreligge en nærmere forbindelse mellom datterselskapets økonomiske virksomhet og morselskapets økonomiske aktivitet som overtredelsen angikk. EU-domstolen uttalte at «the same parent company may be part of several economic units made up, depending on the economic activity in question, of itself and of different combinations of its subsidiaries all belonging to the same group of companies. If that were not the case, a subsidiary within such a group could be held liable for infringements committed in the context of economic activities entirely unconnected to its own activity and in which they were in no way involved, even indirectly» (avsnitt 47). Datterselskapets ansvar betinges følgelig av i det minste en indirekte involvering i virksomheten som morselskapets konkurranserettsbrudd gjaldt. Dette kan ses som uttrykk for det synspunktet om «medvirkning» som er nevnt ovenfor.

Erstatningsansvar for datterselskaper etter konkurranserettsovertredelser fordrer således både at datterselskapet er del av samme «foretak» som det direkte overtredende selskapet, og i tillegg en konkret forbindelse mellom datterselskapets økonomiske aktivitet og gjenstanden for overtredelsen (avsnitt 51). For å være del av samme konkurranserettslige «foretak» må det foreligge en kontrollrelasjon mellom selskapene: “the conduct of a subsidiary may be attributed to the parent company in particular where, although having a separate legal personality, that subsidiary does not determine independently its own conduct on the market, but essentially carries out the instructions given to it by the parent company, having regard especially to the economic, organisational and legal links between those two legal entities, with the result that, in such a situation, they form part of the same economic unit and, hence, form one and the same undertaking responsible for the conduct that constitutes an infringement” (avsnitt 43).

En konkret forbindelse («specific link») mellom morselskapets og datterselskapets virksomhet kan foreligge der datterselskapet distribuerer produktene omfattet av morselskapets overtredelse. EU-domstolen uttalte således at “in circumstances such as those at issue in the main proceedings, the victim should in principle establish that the anticompetitive agreement concluded by the parent company, for which it has been punished, concerns the same products as those marketed by the subsidiary” (avsnitt 52). I generaladvokat Pitruzzellas avgjørelsesforslag ble den relevante tilknytningen beskrevet som at datterselskapets aktivitet på en eller annen måte er nødvendig for å realisere morselskapets konkurransebegrensende atferd, eksempelvis fordi datterselskapet selger de kartelliserte produktene (avsnitt 57). Datterselskaper som verken har vært direkte involvert i overtredelsen eller indirekte involvert i eller forbundet med et marked påvirket av overtredelsen kan ikke holdes erstatningsansvarlig.

Sammenfatningsvis tilsier EU-domstolens avgjørelse at datterselskaper ikke automatisk kan identifiseres med et morselskap og holdes erstatningsansvarlig for tap som følge av morselskapets direkte involvering i en overtredelse av EUs konkurranseregler. EU-konkurranserettslig identifikasjon er betinget av at selskapene er del av det samme konkurranserettslige «foretak». Det krever at et selskap har «kontroll», det vil si avgjørende innflytelse, over det andre selskapets virksomhet slik at dette ikke fritt kan bestemme sin markedsatferd. I tillegg må det foreligge en konkret forbindelse («specific link») mellom markedet berørt av det kontrollerende morselskapets overtredelse og markedet det kontrollerte datterselskapet opererer på. En konkret forbindelse kan være en vertikal relasjon der datterselskapet distribuerer morselskapets produkter.

Argumentasjonen til EU-domstolen tar utgangspunkt i det konkurranserettslige foretaksbegrepet, som viser til økonomiske enheter som kan bestå av flere juridiske enheter eksempelvis i en konsernstruktur. Avgrensningen eller innskrenkningen av den EU-erstatningsrettslige identifikasjonsadgangen følger av EU-domstolens formulering av et krav til en konkret forbindelse mellom morselskapets overtredelse og datterselskapets virksomhet.

Enkelte formuleringer i EU-domstolens avgjørelse er generelt formulert. Blant annet heter det at «the same parent company may be part of several economic units made up, depending on the economic activity in question, of itself and of different combinations of its subsidiaries all belonging to the same group of companies» (avsnitt 47). Uttalelsen kan vanskelig forstås som en allmenngyldig innsnevring av det konkurranserettslige foretaksbegrepet avgrenset etter virksomhetsområder. Uttalelsen er ledd i EU-domstolens resonnement til presisering og begrensning av rekkevidden av datterselskaps erstatningsansvar. Om den

isolerte formuleringen skulle tillegges generelle implikasjoner ville det medføre vidtgående endringer i tolkningen og anvendelsen av konkurranserettens foretaks-sammenslutningsregler, materielle atferdsregler og sanksjonsregler. Den begrensede tematikken for foreleggelsesavgjørelsen gir ikke grunnlag for det.

Andre presiseringer kan mer nærliggende ha konsekvenser ut over spørsmålet om datterselskapers erstatningsansvar. EU-domstolen gjentok uttalelsen fra sak C-724/17 Skanska om at «the concept of ‘undertaking’, within the meaning of Article 101 TFEU, which constitutes an autonomous concept of EU law, cannot have a different scope with regard to the imposition of fines by the Commission under Article 23(2) of Regulation no 1/2003 as compared to actions for damages for infringement of EU competition rules» (avsnitt 47). Sammenhengen kan her tilsi at også et bøteansvar vil kunne allokere til et datterselskap etter tilsvarende avgrensninger som EU-domstolen nå har artikulert for plassering av erstatningsansvar.

EØS-avtalens konkurranseregler, som er identiske med reglene i EU, er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven. Samtidig er konkurranselovens forbudsbestemmelser harmonisert med EØS-reglene, slik at et tilsvarende foretaksbegrep må legges til grunn der. Når det gjelder erstatningsansvar for brudd på EØS-reglene, er det på det rene at dommen er begrunnet i effektivitetsprinsippet, som også gjelder innenfor EØS-retten (se nærmere Erling Hjelmeng: *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, 2003). Dette tilsier at dommens resultat også må legges til grunn ved erstatningsansvar for overtredelse av disse reglene.

Selv om de materielle handlingsnormene i konkurranseloven – og dermed også foretaksbegrepet – er harmonisert med EØS-reglene, gjelder dette likevel ikke generelt for rettsvirkningene av overtredelse (nivået på overtredelsesgebyr er riktignok ment å skulle følge utviklingen i EU). Dermed er det mer usikkert om det prinsippet om datterselskaps ansvar kan legges til grunn også under konkurranseloven. I praksis har nok dette mindre betydning, siden omfattende overtredelser som oftest også vil være omfattet av EØS-reglene.

I saken var det på det rene at en spansk regel i utgangspunktet var til hinder for et slikt «omvendt ansvarsgjennombrudd» som saken handlet om. Dette er ikke tilfellet i norsk rett, selv om det etter det vi kjenner til heller ikke foreligger praksis som eksplisitt anerkjenner et slikt ansvar. Ansvarsgjennombrudd i betydningen at morselskaper kan holdes ansvarlige er imidlertid velkjent (Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, 2. utg. 2011, pkt. 4.3.3). Dette tilsier at et slikt «omvendt ansvarsgjennombrudd» som vi snakker om her, basert på det særlige konkurranserettslige foretaksbegrepet, vil bli anerkjent i norsk erstatningsrett. Mest korrekt er det nok å anse det som en form for identifikasjon, der identifikasjonen følger av en tolk-

ning av hjemmelsgrunnlaget for kravet, jf. for så vidt Rt. 2010 s. 306 (Hempel) om morselskapets ansvar for datterselskapets forpliktelser etter forurensningsloven. Dersom man ikke skulle anerkjenne et slikt ansvar basert på foretaksbegrepet etter konkurranseloven, vil ansvar for datterselskaper som har vært med å implementere kartellprisen kunne baseres på medvirkningssynspunkter (generelt om medvirkningsansvar se Birgitte Hagland: *Erstatningsbetingende medvirkning*, 2012).

For fullstendighetens skyld skal vi legge til at det for norske domstoler verserer en tvist om erstatning med materielle og prosessuelle berøringspunkter til EU-kommisjonens vedtak AT.39824 Trucks og tolkningsspørsmålene forelagt EU-domstolen i sak C-882/19. Ved stevning 18. juli 2017 tok Posten Norge AS, med flere norske og utenlandske datterselskaper, ut søksmål for Oslo tingrett mot selskaper holdt ansvarlige i sak AT.39824 Trucks. Posten-selskapene krever erstatning for overpris ved kjøp av lastebiler forårsaket av kartellsamarbeidet, og gjør gjeldende at de saksøkte selskapene er solidarisk ansvarlige. Blant de saksøkte var datterselskapet Volvo Norge AS. Det norske Volvo-selskapet var også det eneste av de saksøkte som ikke var adressat for EU-kommisjonens overtredelsesvedtak.

Et prosessuelt spørsmål om norske domstolars kompetanse til å behandle Posten-selskapenes søksmål ble behandlet av Høyesterett (HR-2019-2206-A). Problemstillingen var om Posten-selskapenes krav mot Volvo Norge AS, var «så nær forbundet» med kravene mot de utenlandske saksøkte, at søksmålene kunne behandles ved det norske Volvo-selskapets alminnelige verneting (Oslo tingrett), jf. Luganokonvensjonen (2007) artikkel 6 nr. 1 og tvisteloven § 4-8. Høyesterett fant at lagmannsrettens prøving ikke bygget på en uriktig rettsoppfatning. Lagmannsretten hadde blant annet kommet til at fraværet av et overtredelsesvedtak fra EU-kommisjonen mot datterselskapet Volvo Norge AS ikke var til hinder for å gjøre selskapet til ankersaksøkt etter Luganokonvensjonen artikkel 6 nr. 1. Det praktiske utfallet av kjennelsen var at en norsk domstol er stedlig kompetent til å behandle Posten-selskapenes søksmål mot alle de saksøkte selskapene. Høyesteretts kjennelse er kommentert i NIP 1/2020 av Karin M. Bruzelius.

Erling Hjelmeng og Eirik Østerud

Bruk av konkurrenters kjennetegn som betalte søkeord ved søkemotorannonsering på internett – HR-2021-2479-A

Saken gjaldt spørsmålet om bruk av konkurrenters foretaksnavn som betalte søkeord i søkemotorannonsering på internett er i strid med kravet til god forretningsskikk i markedsføringsloven § 25.

Bank Norwegian ASA hadde i lang tid betalt for søkeord som helt eller delvis svarte til konkurrerende bankers foretaksnavn i tjenesten GoogleAds. Ved søk i Google på søkeordene «Ikano» eller «Ikano Bank» ville brukeren blant søkeresultatene også få en annonse fra Bank Norwegian. Bank Norwegian og de saksøkende bankene tilbyr konkurrerende tjenester i markedet for forbrukslån. Annonsering på internett, først og fremst gjennom søkemotortilbyderen Google og tjenesten GoogleAds, er den primære formen for markedsføring av slike tjenester. Ved å betale for ulike søkeord i GoogleAds, kan annonsørene få opp annonser for sine tjenester med lenke til sitt eget nettsted. Slike betalte annonser merkes med ordet «Ad» eller «annonse», og kommer opp i trefflisten til brukeren foran de såkalte organiske treffene. Organiske treff er treff på søkeordet etter relevans i henhold til Googles algoritmer. Fordelingen av annonseplass og rangeringen av annonser i trefflisten for betalte søk skjer etter et budgivningsprinsipp knyttet til det enkelte søkeord (se avsnitt 1 til 5). Grovt sett vil prisen for en høy rangering blant betalte treff på et generisk søkeord som «forbrukslån» ligge opp til ti ganger over prisen for et egennavn som søkeord som «BRABank» (se avsnitt 41–46). Ved å bruke konkurrentenes foretaksnavn eller kjennetegn som søkeord, genererte Bank Norwegian et høyt antall treff til sine egne nettsider. Økt antall klikk på annonser med kjennetegnene som søkeord, gjorde at de konkurrerende bankene også måtte betale mer for sine egne kjennetegn i GoogleAds.

Partene hadde ikke anført at Bank Norwegians bruk av kjennetegnene som søkeord var et inngrep i varemerkene til de andre bankene etter varemerkeloven § 4. EU-domstolen har gjentatte ganger ment at det å bruke en konkurrents varemerker som søkeord på internett, også i GoogleAds, ikke i seg selv utgjør et varemerkeinngrep. Høyesterett diskuterer likevel utførlig hvordan denne bruken av kjennetegnene måtte vurderes i varemerkerettslig kontekst (avsnitt 50–68) fordi rekkevidden av det varemerkerettslige vernet ville legge et premiss for vurderingen av praksisen under markedsføringsloven § 25.

Høyesterett tar utgangspunkt i at varemerkeloven gjennomfører varemerkedirektivet, og gjentar fra tidligere dommer at rettspraksis fra EU-domstolen er en helt sentral rettskilde ved tolkningen av varemerkeloven § 4 (avsnitt 51). Videre viser Høyesterett til Ensilox-dommen, HR-2018-110-A. Der uttalte domstolen

at § 4 første ledd bokstav a måtte forstås slik som følge av EU-domstolens praksis, at den «bare gir vern dersom den aktuelle bruken faller innenfor en av varemerkets funksjoner, blant annet opprinnelses- og kvalitetsgarantien», og at det derfor bare er «bruk som kan skade varemerkeinnhaverens interesser knyttet til varemerkets funksjoner som er ulovlig» (avsnitt 52). Denne, i alle fall i teorien, innskrenkende tolkningen av varemerkeloven § 4 er nok klart gjeldende i norsk rett som følge av EU-domstolens praksis, men er dermed igjen uttrykkelig fastslått av Høyesterett.

EU-domstolens praksis om bruk av søkeord i annonsering på internett under varemerkedirektivet (2008/95/EF og det tidligere direktivet 89/104/EØF), er behandlet i dommens avsnitt 53–68. Høyesterett tar utgangspunkt i de sentrale dommene i forenede saker C-236/08 til C-238/08, *Google France*, C-278/08, *BergSprechte*, C-558/08, *Portakabin*, og C-323/09, *Interflora*. Disse dommene gir til sammen en avgrensning mellom på den ene siden slik bruk av søkeord som griper inn i varemerkets funksjoner, henholdsvis opprinnelsesgarantifunksjonen, kvalitetsgarantifunksjonen, reklamefunksjonen og investeringsfunksjonen, og på den andre siden slik bruk av søkeord som er ledd i sunn og lojal konkurranse (avsnitt 53–61). Denne gjennomgangen av EU-domstolens avveining mellom merkehavers interesse i å beholde en mest mulig eksklusiv bruk av sitt kjennetegn og konkurrentenes interesse i å kunne tilby og markedsføre konkurrerende varer og tjenester til merkehavers, blir vesentlig for Høyesteretts avgjørelse av hvilket rom det er for å anvende markedsføringslovens § 25 som supplement til varemerkelovens regler (se avsnitt 80–81, straks nedenfor).

Fra avsnitt 69 drøfter Høyesterett anvendelsen av markedsføringsloven § 25 på Bank Norwegians bruk av bankenes kjennetegn som søkeord. Etter noen korte, oppsummerende punkter om generalklausulens generelle innhold, går Høyesterett fra avsnitt 75 inn på spørsmålet om når markedsføringsloven § 25 kan gi et supplerende vern mot handlinger som saklig faller inn under varemerkeloven men er lovlige etter denne. Høyesterett legger til grunn at § 25 supplerer de øvrige bestemmelsene i markedsføringsloven og i immaterialrettslovene, «og at bestemmelsen i utgangspunktet kan anvendes selv om tilfellet saklig sett også reguleres av en spesialbestemmelse» (avsnitt 78). Det innebærer at en handling som saklig omfattes av varemerkeloven, men der vilkårene for at det foreligger varemerkeinngrep etter varemerkeloven § 4 ikke er oppfylt, kan rammes av generalklausulen i markedsføringsloven § 25.

Hvorvidt generalklausulen kan supplere spesialbestemmelsene og immaterialrettslovene i den enkelte sak, avhenger av en tolkning av den aktuelle bestemmelsen i – i dette tilfellet – varemerkeloven, i tillegg til at hensynet til sunn konkurranse må tale for det. I avsnitt 79 sier Høyesterett: «(...) Supplerende beskyttelse er aktuelt der det foreligger elementer i saken

som ellers ikke fanges opp, typisk forhold av en annen karakter enn de som reguleres av spesialbestemmelsen. Videre må hensynet til sunn konkurranse tale for at det innrømmes et supplerende vern. Anses spesialbestemmelsen å regulere det aktuelle forholdet uttømmende, må dette være avgjørende.» Med henvisning til Rt-1995-1908, *Mozell*, og Rt-1998-1315, *Norsk Iskrem*, konkluderer Høyesterett med at «et supplerende vern bare er aktuelt etter en konkret vurdering og innenfor relativt snevre rammer. En for vid adgang til å statuere et supplerende vern vil lett kunne gripe inn i den avveining av kryssende hensyn som den enkelte spesialbestemmelsen gir uttrykk for, særlig der denne regulerer forhold av lignende karakter» (avsnitt 80). Dersom anvendelsen av varemerkeloven forutsetter en interesseavveining, og det er de samme interesser og momenter som skal avveies mot hverandre etter markedsføringsloven, blir det ikke rom for noen supplerende anvendelse av markedsføringsloven. Dette fremkommer i avsnitt 81 der Høyesterett også viser til Rt-2004-905, *Paranova*.

Med dette utgangspunktet, blir spørsmålet Høyesterett skal ta stilling til, hvorvidt de aktuelle interessene og momentene som skal avveies under markedsføringsloven § 25, allerede er veid mot hverandre ved anvendelsen av varemerkeloven. Dermed blir det avgjørende for saken hvilke momenter som har gått inn i vurderingen under varemerkeloven § 4, jf. diskusjonen i avsnittene 53–68.

Problemstillingen hvorvidt reglene om illojal konkurranse i markedsføringsloven kan anvendes supplerende til immaterialrettslovene, berører spørsmålet om det er en forutsetning for den eksklusive posisjonen som immaterialrettslovene gir rettighetshaverne at det må være frihet for konkurrentene så lenge de ikke gjør inngrep i rettighetene, jf. varemerkeloven § 4. Spørsmålet lar seg nok ikke besvare helt generelt, men Høyesterett peker på at EU-retten kan legge føringer for i hvilken grad immaterialrettslovene kan suppleres med reglene om illojal konkurranse. I avsnitt 85 peker Høyesterett på at EU-domstolen i Google-dommen (forenede saker C-236/08 til C-238/08) har uttalt seg i retning av at varemerkedirektivet ikke kan suppleres med regler om illojal konkurranse for handlinger som omfattes av direktivets regel tilsvarende varemerkeloven § 4, men som likevel ikke utgjør varemerkeinngrep fordi de ikke griper inn i varemerkets funksjoner.

Høyesteretts dom gir en viktig avklaring av forholdet mellom varemerkeloven og markedsføringsloven. Det er mulig å anvende generalklausulen i § 25 som et supplerende vern i forhold til varemerkeloven, men rekkevidden av det varemerkerettslige vernet må vurderes i tilfeller som saklig omfattes av varemerkeretten. For å anvende generalklausulen på et tilfelle som saklig omfattes av varemerkeloven, må det være elementer som ikke er med i den interesseavveiningen som gjøres i inngrepsvurderingen etter varemerkeloven. Selv om resultatet kanskje ikke er så overras-

kende, reiser denne avgrensningen ofte tvister for domstolene, og en tydelig formulering av hvordan grensen skal trekkes mellom markedsføringsloven og immaterialrettslovene har stor praktisk betydning.

En praktisk konsekvens av dommen er også at det ikke skal ha noe å si for domstolens vurdering av lignende saksforhold om partene velger å ikke påberope et varemerkerettslig vern, men kun reise sak under markedsføringsloven. Det kan være, som her, at den varemerkerettslige vurderingen på grunnlag av EU-domstolens praksis er klar, slik at det ikke er grunnlag for å prøve den for domstolene. Partenes valg i den forbindelse vil, med Høyesteretts klare forutsetning om markedsføringslovens rolle ved siden av varemerkerettens, ikke få betydning for sakens resultat. Dommen vil også måtte påvirke praksis i Næringslivets konkurranseutvalg (NKU), som i flere lignende saker har kommet til at tilsvarende praksis er i strid med markedsføringsloven § 25. NKU anvender kun reglene i markedsføringsloven, men vil altså måtte se hen til varemerkelovens regler i tilfeller som saklig omfattes av varemerkeloven.

Inger B. Ørstavik

«Stortorvet Gjestgiveri» frifunnet for påstander om krenkelse av varemerkerett og brudd på markedsføringsloven – HR-2021-2480-A

Høyesterett avsa 14. desember 2021 dom i saken mellom «Stortorvets Gjestgiveri» i Oslo, og «Stortorvet Gjestgiveri» på Hamar. Eieren av Oslo-restauranten, Olav Thon, hadde reist sak med krav om at bruk av navn og logo for Hamar-restauranten skulle opphøre, basert på angivelig krenkelse av varemerkerett og brudd på markedsføringsloven. Høyesterett konkluderte enstemmig med at det ikke forelå noen varemerkekrenkelse, ettersom «Stortorvets Gjestgiveri» manglet distinktivitet, og fordi Thon heller ikke hadde opparbeidet rettigheter gjennom innarbeidelse. Det forelå heller ingen krenkelse av markedsføringsloven § 30 eller § 25. Både resultatet og begrunnelsene til Høyesterett harmonerer godt med tidligere praksis.



Serveringsstedet «Stortorvets Gjæstgiveri» har vært drevet ved Stortorvet i Oslo siden slutten av 1800-tallet. Etter at Olav Thon kjøpte bygningen i 1978, ble stedet gjenåpnet i 1980. I dag drives serveringsstedet av en leietaker som har forpliktet seg til å drive serveringsvirksomhet under navnet «Stortorvets Gjæstgiveri». «Stortorvet Gjæstgiveri» på Hamar ble åpnet i desember 2015 ved Stortorget i Hamar sentrum, og er eid av selskapet Madriku AS. Våren 2018 ble Thon oppmerksom på restauranten på Hamar, grunnet enkelte feilbestillinger fra kunder, og i juni ble det sendt prosessvarsel til Madriku med krav om at bruk av navn og logo skulle opphøre. I mellomtiden (april 2018) søkte Thon om registrering av et figurmerke med teksten «Stortorvets Gjæstgiveri», som ble registrert 5. september 2018.



Madriku søkte selv om varemerkeregistrering av egen logo for «Stortorvet Gjæstgiveri» etter å ha motatt prosessvarselet fra Thon, men fikk avslag med begrunnelse om at merket var beskrivende og manglet særpreg. Samtidig ble det gitt uttrykk for at selskapet kunne fortsette å bruke merket.

I slutten av september 2018 tok Thon ut søksmål mot Madriku og styreleder i Madriku, med krav om at all bruk av navn og logo skulle opphøre. Madriku ble dømt i tingretten, men frifunnet i lagmannsretten og i Høyesterett.

Når det gjelder spørsmålet om krenkelse av Thons registrerte varemerke, foretar Høyesterett en grundig redegjørelse av registreringsvilkårene, og innholdet i kravet til særpreg og forbudet mot beskrivende varemerker etter varemerkeloven § 14. Etter utleggingen av de rettslige utgangspunktene i avsnitt 34–36, konkluderer førstvoterende raskt med at navnet «Stortorvets Gjæstgiveri» isolert sett er rent beskrivende og uten særpreg, og begrunnelsen for dette gis i de følgende avsnitt. «Gjæstgiveri» er synonymt med «serveringssted» og angir dermed tjenestens art. Med henvisning til EU-domstolens praksis i C-191/01 (Doublemint) og C-363/99 (Postkantoor), understreker Høyesterett at selv om et ord har flere betydninger, er det tilstrekkelig for å nekte registrering at én av betydningene er beskrivende. Videre uttales det at «Stortorvet» er benyttet som en angivelse av tjenestens geografiske plassering. I tillegg til at «Stortorvet» er et stedsnavn i Oslo, er det stedsnavn for flere andre steder i landet, og betegnelsen kan også benyttes som en generisk stedsangivelse for en stor plass. Friholdelsesbehovet gjør seg da gjeldende med full styrke. Ordsammenstillingen «Stortorvets Gjæstgiveri» er dermed en angivelse av tjenestens art og geografiske

plassering. Selv om en kombinasjon av beskrivende ordelementer vil kunne oppnå særpreg, er det ikke tilfellet her. Med henvisning til Postkantoor-avgjørelsen, understreker førstvoterende at det ikke er avgjørende at det ikke er påvist en tilsvarende ordkombinasjon for andre serveringssteder enn Hamarrestauranten.

Høyesteretts vurdering fremstår her som riktig, og i linje med tidligere praksis. De ulike betydninger av den geografiske betegnelsen «Stortorvet» innebærer etter Høyesteretts syn at «friholdelsesbehovet gjør seg gjeldende med full styrke» (avsnitt 39). Det kan være grunn til å minne om at selv om friholdelsesbehovet står sterkt for denne geografiske betegnelsen for denne tjenesten, gjelder det ikke generelt – friholdelsesbehovet må vurderes konkret i den enkelte situasjonen. Spørsmålet er om det er behov for å frigjøre det aktuelle navnet for de aktuelle tjenestene. Det vil blant annet være tilfellet der betegnelsen oppfattes som et geografisk sted av omsetningskretsen, som varene eller tjenestene har tilknytning til, jf. også HR-2016-2239-A (Route 66). De sakene som ligger annerledes an enn den foreliggende, er typisk der det er betegnelser som er ukjente i Norge, eller betegnelser det av andre grunner ikke er sannsynlig at omsetningskretsen vil oppfatte som en geografisk betegnelse. For eksempel ble 'Madison Avenue' ikke ansett som beskrivende for klær, fottøy og hodeplagg i PS-2009-7801. Stortorvet vil derimot bli oppfattet som en opprinnelsesangivelse – et spisested med betegnelsen «Stortorvet» i navnet forventes å ligge ved et Stortorv. At den geografiske betegnelsen er kombinert med en beskrivende angivelse av tjenestens art, resulterer i at sammenstillingen som helhet får et klart beskrivende preg.

Høyesterett går deretter over til å vurdere om «helhetsbedømmelsen av navnet og dets visuelle utforming» har særpreg, særlig i lys av dets gammeldagse preg (avsnitt 41). At «Gjæstgiveri» er en eldre betegnelse for tjenestens art, og at det finnes vanligere og mer moderne betegnelser og stavemåter, har «ingen betydning» ved vurderingen av kjennetegnets beskrivende karakter (avsnitt 42). Høyesterett viser i denne forbindelse til Postkantoor-dommen og en uttalelse fra dommen om at det ikke har betydning at det finnes andre betegnelser som er mer vanlige å benytte for de samme egenskaper, så lenge betegnelsen man har benyttet beskriver de aktuelle varer eller tjenester. Uttalelsen i Postkantoor synes å knytte seg til argumentet om at det heller ikke kreves at betegnelsen som er anvendt i varemerket er den eneste måten å beskrive de aktuelle egenskapene på, så lenge den kan benyttes til å beskrive egenskapene (jf. ovenfor om at det for betegnelser som har flere betydninger er tilstrekkelig at en av betydningene er beskrivende). Isolert sett kan Høyesteretts uttalelse her fremstå som noe absolutt. Det kan tenkes å ha betydning at man har benyttet en eldre betegnelse når det finnes mer

moderne og vanlige betegnelser, særlig dersom en betegnelse nærmest har gått ut av språket (for eksempel 'landmand' for bonde, eller 'farmann' for handelsmann). I den aktuelle konteksten fremstår det imidlertid som riktig, særlig ettersom 'gjæstgiveri', selv med den gammeldagse skrivemåten 'gjæstgiveri', fortsatt benyttes i en viss grad, og i alle fall må kunne sies å ha et meningsinnhold som oppfattes av omsetningskretsen.

Høyesterett vurderer deretter navnet i lys av de visuelle elementene bestående av skrifttypen og den buede utformingen. Spørsmålet blir da «om disse elementene fratar merket dets rent beskrivende karakter» (avsnitt 43). Det er ikke tilstrekkelig med «uvesentlige endringer eller tillegg», jf. vml. § 14, og etter EU-domstolens praksis kreves det en «perceptible difference» for å gå klar av forbudet mot registrering av beskrivende varemerker, jf. C-383/99 (Baby-Dry). Førstvoterende presiserer videre at «[f]or at et merke med beskrivende tekst skal være registrerbart, må endringen eller tillegget være egnet til å avlede omsetningskretsens oppmerksomhet fra ordenes meningsinnhold» (avsnitt 45, uthevet her). Praksis fra underretten ved EU-domstolen i T-559/10 (Natural Beauty) og T-203/14 (Splendid), benyttes for å illustrere sammenhengen mellom kravet til særpreg og forbudet mot beskrivende kjennetegn. Høyesterett kommer til at kjennetegnet mangler distinktivitet, ettersom den visuelle utformingen «ikke [er] egnet til å avlede det alminnelige restaurantsøkende publikums oppmerksomhet fra kjennetegnets beskrivende karakter» (avsnitt 46). Skrifttypen er verken original eller iøynefallende, og ordene kan leses med letthet. Selv om helhetsinntrykket av meningsinnholdet og den visuelle utformingen gir nostalgiske assosiasjoner, fortreges ikke «den umiddelbare forståelsen av referansen til et serveringssted ved Stortorvet» (forts. avsnitt 46). Dette leder Høyesterett til konklusjonen om at navnet «Stortorvets Gjæstgiveri» i den aktuelle visuelle utformingen ikke kunne vært registrert særskilt, og at det dermed ikke foreligger noen krenkelse av det registrerte varemerket.

Også her virker vurderingen å være i samsvar med gjeldende praksis om grafiske elementer i kombinerte varemerker. Selv om tidligere praksis fra Patentstyret la til grunn en relativt lav terskel for distinktivitet ved grafisk utforming av kombinerte varemerker med navn som i seg selv ikke oppfylte kravene til særpreg og/eller var beskrivende, har denne praksisen blitt skjerpet i senere år i lys av EU-domstolens praksis og retningslinjene fra EUIPO. Høyesteretts avgjørelse her kan sies å være i samsvar med nyere praksis, jf. for eksempel PSA-2020-10447 (BOSTART) og PSA-2020-9952 (LONGHORN STEAKHOUSE).

Høyesterett går deretter over til å vurdere om kjennetegnet har oppnådd distinktivitet gjennom innarbeidelse, slik at det eventuelt kan foreligge krenkelse av et innarbeidet varemerke. Det understrekes at også

et merke som er beskrivende, kan oppnå distinktivitet gjennom innarbeidelse, men at det etter praksis skal mye til (avsnitt 51). Det vises til litteraturen, der det er uttalt at beskrivende ord ikke bør anses som et innarbeidet varemerke før det betyr noe annet eller har fått en sekundær betydning som overdøver den opprinnelige språklige betydningen. Etter EU-domstolens praksis i C-108/97 og C-109/97 (Chiemsee), kreves det at en betydelig andel av den relevante omsetningskretsen, som følge av bruken av varemerket, identifiserer varen som tilhørende en bestemt virksomhet. Selv om det her dreide seg om langvarig eksklusiv bruk, uttaler førstvoterende at merket uansett kun kan anses godt kjent som noens særlige kjennetegn «blant den relevante delen av Oslos befolkning» (avsnitt 55). Høyesterett finner det «klart» at kjennetegnet ikke kan være innarbeidet som varemerke på landsbasis, og det er heller ikke dokumentert at det er godt kjent i Hamar-området. I lys av den høye terskelen for at beskrivende ordelementer skal oppnå distinktivitet gjennom bruk, finner Høyesterett det klart at kjennetegnet ikke er innarbeidet som varemerke i Hamar-området, og det kan da heller ikke foreligge noen krenkelse på dette grunnlag. Det er lett å slutte seg til en slik vurdering, ettersom innarbeidelsesvern kun gjelder for det området der innarbeidelsen foreligger, jf. vml. § 3 (3), og det ikke var dokumentert at omsetningskretsen utenfor Oslo identifiserer det beskrivende kjennetegnet med Oslo-restauranten.

Det tredje og siste spørsmålet Høyesterett tar stilling til, er om det foreligger brudd på markedsføringsloven § 30 eller § 25. I den anledning uttaler førstvoterende seg om forholdet mellom markedsføringsloven og varemerkeloven. Med henvisning til Høyesteretts avgjørelse fra samme dag i Bank Norwegian (HR-2021-2479-A), understrekes det at supplerende beskyttelse etter markedsføringsloven først og fremst er aktuelt der det foreligger elementer i saken som ellers ikke fanges opp, som typisk er forhold av en annen karakter enn de som reguleres av spesialbestemmelsen. Uttalelsen fra Bank Norwegian knyttet seg til forholdet mellom varemerkeretten og mfl. § 25, men førstvoterende uttaler at det samme må gjelde for spesialbestemmelsen i mfl. § 30, ettersom begge bestemmelsene «gir anvisning på rettslige standarder som ikke nødvendigvis fanges opp av varemerkeretten» (avsnitt 59). Avgjørelsen støtter altså opp under og bekrefter avklaringer knyttet til forholdet mellom markedsføringsloven og varemerkeloven som er gitt i Bank Norwegian-avgjørelsen fra samme dag, og Rt. 1998 s. 1315 (Norsk Iskrem), hvor dette først ble slått fast.

Høyesterett tar utgangspunkt i mfl. § 30, som oppstiller forbud mot etterlignende kjennetegn som utgjør en urimelig utnyttelse og medfører fare for forveksling. Førstvoterende begynner tilsynelatende på en vurdering av etterligningsvilkåret, ved å gå inn på bakgrunnen for Madrikus valg av navn og logo. Uten å kon-

kludere med noe, uttales det raskt at det ikke er nødvendig å ta stilling til om det foreligger en etterligging i lovens forstand. Førstvoterende går deretter over til forvekslingsfarevurderingen, tilsynelatende inndelt i en vurdering av indirekte forveksling (avsnitt 63) og direkte forveksling (avsnitt 64). Ettersom serveringsstedene ligger i ulike byer og har forskjellige kundegrupper, og logoene i tillegg har beskrivende steds- og tidsangivelser som bidrar til å skille dem fra hverandre, kan førstvoterende ikke se at Madrikus logo indikerer noen forbindelse med serveringsstedet i Oslo. Thons anbeførelse om at det har skjedd faktisk forveksling gjennom at gjester i Hamar-området har gjort feilbestillinger til restauranten i Oslo over internett, mener førstvoterende er et utslag av serveringsstedets rent beskrivende kjennetegn. I motsetning til Madrikus logo på hjemmesiden, har hjemmesiden til Oslo-restauranten ingen innledende stedsangivelse, og det er da ikke Madrikus navn og logo som medfører den påberopte forvekslingsfaren. Førstvoterende minner også om friholdelsesbehovet og understreker at rent beskrivende kjennetegn fritt kan benyttes, også etter markedsføringsloven. Videre er det heller ingen holdpunkter for at Madriku har hatt noe ønske om å snylte på Thons kjennetegn – det er ikke dokumentert at «Stortorvets Gjæstgiveri» har noen spesiell goodwillverdi i Hamar. Etter dette blir konklusjonen at Madriku ikke har utnyttet Thons innsats eller resultater på en urimelig måte, og at det ikke foreligger noen krenkelse av mfl. § 30. Førstvoterende avser kun én setning på å avvise anbeførelsen knyttet til § 25: «Jeg kan under disse omstendigheter heller ikke se at forholdet er i strid med generalklausulen i markedsføringsloven § 25 om god forretningsskikk».

Konklusjonen om at det ikke foreligger krenkelse av markedsføringsloven er en naturlig følge av at det ikke foreligger noen elementer i saken som ikke fanges opp av spesiallovgivningen – det er ingen holdpunkter for at Madriku har forsøkt å snylte på eller utnytte Thons varemerke, eller at det på annen måte foreligger en urimelig utnyttelse. Uten slike tilleggselementer kan det ikke være aktuelt med supplerende beskyttelse etter markedsføringsloven, hverken etter § 30 eller § 25, særlig ikke når det som her dreier seg om bruk av rent beskrivende kjennetegn.

Kristina Stenvik

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Vanlig bosted, tidspunktet for vurderingen, norske myndigheters jurisdiksjon til å behandle sak om omsorgsovertagelse, Haagkonvensjonen av 1996 – HR-2022-207-A

Saken gjaldt overprøving av fylkesnemndas vedtak om omsorgsovertagelse av to barn. Barna var bosatt i Norge med sin familie da foreldrene fikk vite at kommunen ville fremme sak for fylkesnemnda om omsorgsovertagelse. Familien reiste da umiddelbart til England og flyttet inn i boligen til morens familie i London. Barna begynte straks på skole i London. Det eldste barnet ble imidlertid ikke skrevet ut av den norske skolen, og foreldrene fortsatte å betale for hans skolefritidsordning. Dagen etter at familien var reist, fremmet barneverntjenesten begjæringen til fylkesnemnda. To måneder senere vedtok fylkesnemnda omsorgsovertagelse.

Hovedspørsmålet var om norske myndigheter har jurisdiksjon til å behandle saken. Grunnlaget for jurisdiksjon er nedfelt i barnevernloven § 1-2: Barnevernloven gjelder «for barn som har vanlig bosted i riket og oppholder seg her». Bestemmelsen om omsorgsovertagelse i barnevernloven § 4-12 gjelder «[f]or barn som har vanlig bosted i riket, men som oppholder seg i en annen stat». Under henvisning til forarbeidene fremhever Høyesterett i avsnitt 51 til 53 at «vanlig bosted» i barnevernloven skal tolkes i samsvar med «vanlig bosted» etter Haagkonvensjonen av 1996 om foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn, samt EU-forordning 2201/2003, som i sin tur bygger på Haagkonvensjonen av 1980 om internasjonal barnebortføring. Høyesterett viser til EU-domstolens avgjørelse i sak C-376/14 (PPU), der det fremgår at vanlig bosted forutsetter at oppholdet ikke er midlertidig eller tilfeldig, men må gjenspeile en viss familiær og sosial tilknytning. Høyesterett viser til den anerkjente formuleringen hvoretter en persons vanlige bosted er der vedkommende etter en samlet vurdering har sentrum for sine livsinteresser. Dette er etter mitt syn en riktig forståelse av «vanlig bosted».

Selv om så vel barnevernloven som Haagkonvensjonen bruker vanlig bosted som grunnlag for myndighet, kommer Høyesterett til at Haagkonvensjonen fører til et annet resultat enn det anvendelse av barneloven § 1-2 ville føre til.

Høyesterett påpeker at norske myndigheter ikke har jurisdiksjon etter barnevernloven. Bakgrunnen for dette er at myndigheten skal vurderes ut fra forholdene på domstidspunktet (avsnitt 41 under henvisning til HR-2020-662-S avsnitt 42), samtidig som Høyesterett konstaterer at barna nå har vanlig bosted i England (avsnitt 43). Etter barnevernloven § 1-2 har derfor norske myndigheter ikke jurisdiksjon i denne saken. Denne vurderingen er jeg enig i.

Ifølge Høyesterett fører Haagkonvensjonen til at norske myndigheter har jurisdiksjon allikevel. Dette baserer Høyesterett på at barna hadde vanlig bosted i Norge da fylkesnemndas vedtak ble truffet, to måneder etter at de hadde flyttet til England. Barna hadde riktignok reist lovlig til England, men etter fylkesnemndas vedtak ble de ulovlig holdt tilbake der. Derfor er det ifølge Høyesterett ikke hovedregelen om vanlig bosted i Haagkonvensjonen artikkel 5 (som jo tilsvarer barnevernloven § 1-2) som blir avgjørende, men regelen om jurisdiksjonsovergang i Haagkonvensjonen artikkel 7 (avsnitt 44 og 47). Etter Haagkonvensjonen artikkel 7 forblir myndigheten i det landet barna flyttet fra, dersom de ble ulovlig bortført fra dette landet.

Som ulovlig bortføring regnes både at et barn ulovlig reiser ut av landet, og at det ulovlig blir holdt tilbake i utlandet etter at et lovlig opphold er opphørt. Artikkelen 7 gjør unntak for situasjoner der den omsorgsberettigede har samtykket – aktivt eller ved passivitet – til reisen eller tilbakeholdelsen. Ingen av unntakene er aktuelle i denne saken da kommunen, som ifølge Høyesterett var omsorgsberettiget (avsnitt 81–91), ikke hadde samtykket, og tidsperioden for å iverksette vedtaket ikke var løpt ut (avsnitt 92–104).

Spørsmålet er derfor om barnas opphold i England var å se som en ulovlig barnebortførelse. Dersom det var det, beholdt norske myndigheter jurisdiksjon etter Haagkonvensjonen artikkel 7. Dersom flyttingen til England og oppholdet der var lovlig, mistet norske myndigheter jurisdiksjon da barnas vanlige bosted ble etablert i London.

Det er riktig at reglene om jurisdiksjonsovergang som er nedfelt i Haagkonvensjonen artikkel 7 gir en mulighet for at myndighetene i det opprinnelige landet beholder jurisdiksjonen dersom det nye vanlige bostedet ble etablert som følge av ulovlig barnebortføring – en mulighet som barnevernloven § 1-2 ikke gir. Dersom familien hadde flyttet til et land som ikke har ratifisert Haagkonvensjonen, ville norske myndigheter etter barnevernloven § 1-2 ha mistet jurisdiksjon straks det nye vanlige bosted var etablert, selv om det var ulovlig etablert. Haagkonvensjonen artikkel 7 åpner således for at norske myndigheter beholder sin jurisdiksjon. I denne saken er det imidlertid etter min mening ikke artikkel 7 som er avgjørende, slik Høyesterett argumenterer, men hovedregelen i artikkel 5. Som redegjørelsen nedenfor vil vise, kommer reglene om jurisdiksjonsovergang i artikkel 7 til anvendelse kun dersom flyttingen er ulovlig – det vil si først dersom det er konstatert at norske myndigheter hadde jurisdiksjon da de traff vedtaket. Og dette reguleres i artikkel 5 som fastsetter at det er det vanlige bostedet som er grunnlag for myndighet.

Høyesterett mener at selve reisen til England ikke var ulovlig: «Foreldrene tok dem lovlig med seg ut av Norge natt til 22. oktober 2019, på et tidspunkt da foreldrenes myndighet over barna ikke var begrenset»

(avsnitt 63). Imidlertid utelukker ikke dette at barnas fortsatte opphold i England etter fylkesnemndas vedtak er en ulovlig tilbakeholdelse etter artikkel 7 (avsnitt 64). Dette resonnementet er korrekt, men forutsetter at fylkesnemnda hadde myndighet til å treffe vedtaket. Og dette krever i sin tur at barna hadde sitt vanlige bosted i Norge da vedtaket ble truffet, 30. desember 2019. Da er temaet igjen om barna etter artikkel 5 hadde vanlig bosted i Norge eller i England.

Spørsmålet er derfor om barnas vanlige bosted var i Norge to måneder etter at de hadde flyttet til England.

Høyesterett går ut fra at barnas vanlige bosted er i England nå (avsnitt 43), men kommer til at det var i Norge da fylkesnemnda traff vedtaket (avsnitt 57).

Det blir da interessant å sammenligne situasjonen da og nå. Barna synes fortsatt å bo i morens familiebolig sammen med sin mor (kjennelsen opplyser i alle fall ikke noe annet), faren fortsetter å ha sitt arbeid i Norge. Muligens er barna nå skrevet ut av norsk skole og foreldrene har sluttet å betale skolefritidsordningen i Norge; muligens er familien ikke lenger folkeregistrert i Norge; muligens har barna ervervet engelsk statsborgerskap. Avgjørelsen nevner ikke disse momentene som støtte for at barnas vanlige bosted nå er i England. Dette har grunner for seg ettersom disse formelle aspektene i seg selv ikke har særlig vekt i vurderingen av hvor sentrum for livsinteressene, og dermed det vanlige bostedet, er.

Det viktigste som synes å ha skjedd siden flyttingen, er – ut fra faktumbeskrivelsen i dommen – tidsforløpet. Høyesterett synes å forutsette at det skal ta tid å få etablert et nytt vanlig bosted. Dette er imidlertid ikke i overensstemmelse med tolkningen av «vanlig bosted», hverken etter artikkel 5 eller etter barnevernloven.

Vanlig bosted kan endres med umiddelbar virkning – det finnes ikke noe krav om oppholdets varighet i det nye land. Dette bekreftes i det nærmeste man kommer forarbeider til Haagkonvensjonen, Explanatory Report forfattet av Paul Lagarde og som er lagt ut på konvensjonens hjemmeside, se *HCCH | Explanatory Report on the 1996 HCCH Child Protection Convention*. I bemerkningene til artikkel 5 (2) heter det i avsnitt 41 at det nye vanlige bosted kan etableres med umiddelbar virkning. Lagarde nevner som eksempel at en familie flytter: Da mister myndighetene i det landet som familien flyttet fra, umiddelbart sin jurisdiksjon. Under forhandlingene av konvensjonen ble det fremmet et forslag om at myndighetene i det landet barnet flyttet fra, skulle beholde jurisdiksjon i en periode etter flyttingen dersom en av foreldrene fortsatt oppholdt seg i det landet. Forslaget ble forkastet. I avsnitt 42 forklarer Lagarde at et ytterligere forslag ble avvist, nemlig forslaget om at myndighetene skulle beholde jurisdiksjon dersom en sak allerede var innledet på det tidspunktet da familien flyttet. Konvensjonen er

følgelig taus om dette, og Lagarde uttaler at jurisdiksjonen automatisk går over til myndighetene i det nye landet dersom en familie flytter mens en sak verserer. I denne saken verserte ikke saken da familien flyttet, derfor er det ingen tvil om at norske myndigheter ville miste jurisdiksjon straks familien flyttet til England.

Spørsmålet er derfor om familien kunne anses å ha flyttet til England.

Høyesterett viser til at familien fra før ikke hadde noen planer om å flytte permanent til England, at ingen av foreldrene hadde arbeid der, og at faren fortsatte å arbeide i Norge og stadig gjør det. Videre viser Høyesterett til de formelle momenter som jeg nevnte ovenfor om registrering mm. Førstvoterende uttaler at «[o]ppholdet i England kan etter min mening ikke forstås på annen måte enn å ha vært foranlediget av frykten for at fylkesnemnda ville beslutte omsorgsovertakelse. Oppholdet var derfor av midlertidig karakter» (avsnitt 57). Basert på dette finner Høyesterett det «klart» at barnas vanlige bosted fremdeles var i Norge to måneder etter at familien hadde flyttet til England.

Jeg deler Høyesteretts syn om at flyttingen bærer preg av flukt og ikke var planlagt av arbeidsmessige eller andre «klassiske» grunner. Men er dette tilstrekkelig til å anse den som midlertidig?

Ønsket om å flykte fra det norske barnevernet synes for meg klart å tale for å anse flyttingen som permanent (i alle fall til barnas myndighetsalder), noe som bekreftes av de etterfølgende omstendigheter. Barna bor fortsatt i London, og Høyesterett godtar at de nå har vanlig bosted i England uten å vise til noen vesentlige endringer i barnas livssituasjon.

Det er mulig at familien ville ha flyttet tilbake til Norge dersom fylkesnemnda hadde vedtatt at det ikke var grunnlag for å overta barnas omsorg. I så fall ville det ha vært riktig å anse flyttingen som midlertidig, men midlertidigheten ville ikke ha hatt konsekvenser for omsorgssituasjonen ettersom dette hypotetiske scenariet forutsetter et positivt vedtak. Faktum er at fylkesnemnda har vedtatt omsorgsovertagelse, og det er derfor usannsynlig at barna vil flytte tilbake til Norge, da dette vil lede til omsorgsovertagelse. Dette må foreldrene ha vært innforstått med da de flyttet til England – formålet med å flytte til England var jo å unndra seg iverksettelse av vedtaket, derfor må man regne med at utenlandsoppholdet var ment å vare i alle fall til barna ble myndige. Frykten for fylkesnemndas beslutning er med andre ord forklaringen for flyttingen, men på ingen måte grunnlag for at flyttingen skal anses som midlertidig.

Dersom man ser bort fra at flyttingen bærer preg av flukt (hvilket, som nevnt ovenfor, etter mitt syn taler imot at flyttingen var midlertidig), må vurderingen av vanlig bosted være basert på andre elementer. Barna hadde en fast bolig i England (morens familiebolig); de bodde i England sammen med sin mor – og antagelig sammen med hennes familie; de gikk på

skole i England. De hadde derfor en stabil livssituasjon med familiær og sosial tilknytning til England. Dette taler for at sentrum for barnas livsinteresser var i England, og derfor deres vanlige bosted.

Barnas far beholdt sitt arbeid i Norge og flyttet tilbake til Norge kort tid etter at familien hadde flyttet til England. Dette synes ikke Høyesterett er en hindring for å konstatere at barnas vanlige bosted er i England i dag. Derfor kan det heller ikke ha vært en hindring for at vanlig bosted ble etablert i England da familien flyttet dit.

To måneder etter flyttingen var det eldste barnet fortsatt registrert i den norske skolen, foreldrene betalte fritidsskoleordningen i Norge, og familien var folkeregistrert i Norge. Disse formelle aspektene har imidlertid ikke særlig vekt når man skal vurdere hvor sentrum for barnas livsinteresser faktisk befinner seg.

Etter mitt syn foretar derfor Høyesterett ikke en riktig subsumsjon når den konkluderer med at barnas vanlige bosted fremdeles var i Norge to måneder etter at familien hadde flyttet til England.

Jeg deler derimot Høyesteretts generelle tolkning av hva som ligger i «vanlig bosted», samt behovet for å se det i samsvar med Haagkonvensjonen.

Også Høyesteretts henvisning til EU-rettskilder er i tråd med Høyesteretts moderne tilnærming til spørsmål om jurisdiksjon og lovvalg. Hensynet til harmonisering fører til at EU-retten tillegges betydelig vekt selv på områder som ikke omfattes av EØS-avtalen. Dette fortjener støtte.

Giuditta Cordero-Moss

KONKURSRETT

Borevisor identifiseres med konkursboet – HR-2021-1442-A

Er borevisor omfattet av konkursboet som rettslig organ? Og hvis ikke, skal borevisor identifiseres med konkursboet? Dette var spørsmålene i HR-2021-1442-A, som nærmere bestemt gjaldt foreldelse av omstøtelseskrav.

Etter dekningsloven § 5-15 foreldes boets rett til å kreve omstøtelse ett år fra konkursåpningen. Retten til omstøtelse foreldes likevel tidligst seks måneder fra det tidspunkt da boet fikk eller burde ha fått kjennskap til de omstendigheter som ligger til grunn for omstøtelseskravet (med en absolutt yttergrense på ti år fra konkursåpning). Det var subjektet for dette god tro-kravet som var det springende punkt i Høyesterett.

Spørsmålet om borevisor er omfattet av konkursboet som rettslig organ, voldte lite bry i Høyesterett. Førstvoterende i den enstemmige dommen konstaterte riktignok at dekningsloven ikke selv definerer hvilke

personer som omfattes av boet som sådant. Av forarbeidene derimot (NOU 1972: 20 s. 305), fremgår det at boet, slik uttrykket er brukt i dekningsloven § 5-15, under konkurs er «skifteretten, bestyreren eller bostyret». Borevisoren er ikke nevnt i denne sammenhengen, og førstvoterende fant det «klart» at borevisor ikke omfattes av «boet», slik det er brukt i dekningsloven § 5-15 første ledd tredje punktum (avsnitt 28).

Det andre spørsmålet, om borevisor i saken skulle identifiseres med boet, voldte noe mer tvil. Førstvoterende starter drøftelsen med å forklare hva han her mener med identifikasjon, hvilket han formulerer som et spørsmål: Kan det tas hensyn til god eller manglende god tro hos en person som på en eller annen måte er knyttet til det subjektet kunnskapskravet gjelder for – godtrosubjektet – i dette tilfellet borevisoren?

Identifikasjon kan ikke bare skje der det er lov hjemmel for det; førstvoterende fremhever det som sikker rett at identifikasjon kan skje uten at det er fastsatt i lov. Men hvordan skal man vurdere et tilfelle som her, der dekningsloven § 5-15 tolkes slik at borevisor faller utenfor uttrykket boet i loven? Bør en slik tolkning også innebære antitesen – at en ulovfestet utvidelse av den relevante personkretsen ikke skal skje? Den tidligere dommen i Rt. 1998 s. 1042 (Stormbull) hadde ikke avgjort spørsmålet. Men den dommen slo fast at fristavbrudd etter dekningsloven § 5-15 første ledd tredje punktum må skje etter reglene i foreldelsesloven, som på sin side åpner for at andre kan identifiseres med kravshaveren, slik at krav går tapt (førstvoterende viser om dette til Rt. 1998 s. 656 – Veidekke).

Da spørsmålet om mulig identifikasjon verken var omtalt i ordlyd, forarbeider eller høyesterettspraksis, var det ikke utelukket å kunne skje etter «allmenne prinsipp» også i en situasjon som den foreliggende, konkluderte førstvoterende (avsnitt 35).

Om de allmenne prinsippene om identifikasjon ga grunnlag for å identifisere borevisoren med boet her, måtte avgjøres «ut fra systemet i konkurslova og dei reelle omsyna som identifikasjon bygger på» (avsnitt 36). Førstvoterende fremhever bl.a. at borevisor er legitimert og kompetent til å motta opplysninger på boets vegne, og at borevisors arbeid utgjør et helt sentralt grunnlag når boet avgjør om omstøtelseskrav skal fremmes. På den annen side oppnevnes det ikke borevisor i alle konkurssaker, og bostyreren kan også velge å gjøre noen typiske borevisoroppgaver selv.

For en medkontrahent som blir utsatt for et omstøtelseskrav, kan det virke tilfeldig om utgangspunktet for foreldelsesfristen skal påvirkes av hvordan konkursboets arbeid er organisert. Førstvoterende fremhever oppgjørshensynet som det bærende hensyn bak foreldelse, og at medkontrahenter har «ei rettkomen interesse i foreldning» uavhengig av om de opplysninger som omstøtelsesavgjørelsen bygger på, er gitt til

borevisoren eller til en person som er omfattet av uttrykket boet (avsnitt 41).

Men hva med hensynet til konkursboet? Ved identifikasjon vil jo konkursboet få risikoen for manglende oppfølging på borevisors hånd. – «Eg legg ikkje stor vekt på denne innvendinga», sier førstvoterende: For det første vil borevisor kunne bli ansvarlig overfor boet, og uansett tilsier oppgjørshensynet at risikoen her legges på konkursboet (avsnitt 42).

Med dette var avveiningen av de ulike relevante hensyn fullført, og borevisoren ble identifisert med konkursboet ved vurderingen av friststart for foreldelse etter dekningsloven § 5-15 første ledd tredje punktum.

Argumentasjonen for resultatet i saken er overbevisende, hvilket så vel gjelder den entydige identifisering av de ulike rettsspørsmålene og den klare strukturen i fremstillingen, som den åpne og realistiske avveiningen mellom de hensyn som gjør seg gjeldende ved avgjørelsen.

Geir Stenseth

KONTRAKTSRETT

Endringer i avhendingsloven – tryggere bolighandel

Innledning

De mye omtalte og omdiskuterte endringene i avhendingsloven, som ble vedtatt av Stortinget våren 2019, trådte i kraft 1. januar 2022. Formålet med endringene har vært å skape grunnlag for tryggere bolighandel for kjøper og selger. «Tryggere bolighandel» har vært navnet på prosjektet, uttrykt gjennom tittelen på lovproposisjonen Prop. 44 L (2018-2019) – heretter henviset til som Prop. 44 – og tittelen på forskriften om tilstandsrapporter, se nedenfor. En grunntanke med endringsarbeidet har vært å finne mekanismer som gir selgeren en tilskyndelse til å gi mulige kjøpere omfattende og kvalitetssikret informasjon om eiendommen. Dette er antatt å redusere risikoen for tvist mellom kjøperen og selgeren i ettertid. Årsaken til at endringene ikke er trådt i kraft tidligere, er at det har tatt tid å utarbeide forskrifter om tilstandsrapporter, som er en viktig del av informasjonspakken.

Det er først og fremst endringer i avhendingsloven (avhl.) § 3-9 om salg «som den er» og § 3-10 om kjøperens undersøkelse og om tilstandsrapport mv som skal stimulere til informasjon om eiendommen før salget. Andre regelendringer tar sikte på å redusere faren for tvist og konflikt på andre måter.

Det er gjort endringer og tilføyelser i flere av lovens bestemmelser. Den endringen som førte til mest diskusjon under lovforberedelsen, er nytt andre ledd i § 3-9 om salg «som den er». Ifølge den nye bestem-

melsen er «som den er»-forbehold heretter uten virkning i forbrukerkjøp. At bestemmelsen bare gjelder i forbrukerkjøp, innebærer at den i praksis er begrenset til kjøp og salg av bolig- og fritidseiendom. «Som den er»-forbehold skal fortsatt ha virkning i andre kjøp enn forbrukerkjøp. Dette er for øvrig den eneste av de nye reglene i loven som er begrenset til forbrukerkjøp. Tilsvarende begrensning gjelder for den nye forskriften om tilstandsrapporter. Den gjelder ifølge forskriften § 1-2 bare ved avhending av helårs- og fritidsbolig når kjøperen er forbruker etter avhl. § 1-2 tredje ledd.

Andre endringer er ny § 3-2 første ledd om abstrakt mangelsvurdering. Regelen kan være konfliktforebyggende ved å klargjøre grunnlaget for mangelsvurderingen. Selv om regelen er ny i loven, stemmer den med tidligere rettstilstand. Egenandel for kjøperen på 10 000 kroner ifølge ny § 3-1 fjerde ledd kan virke konfliktbegrensende, og kan også et stykke på vei balansere regelen om at «som den er»-forbehold er uten virkning. Ny § 3-3 andre ledd presiserer og utvider selgerens ansvar for innendørs arealsvikt. Nye regler i § 3-10 innebærer at informasjon om eiendommen i tilstandsrapport og annen salgsdokumentasjon kan avskjære kjøperen fra å gjøre gjeldende mangler. Det nye her er først og fremst at denne virkningen delvis er gjort betinget av at visse vilkår er oppfylt.

Omtalen i det følgende tar bare sikte på salg av bolig- og fritidseiendom. Betydningen av «som den er»-forbehold utenfor forbrukerkjøp omtales ikke. Heller ikke omtales særlige problemstillinger knyttet til anvendelse av de nye reglene ved kjøp av annet enn bolig- og fritidseiendom.

«Som den er»-forbehold er uten virkning

Selv om en eiendom selges «som den er», følger det av § 3-9 første ledd at både uriktige opplysninger (§ 3-8) og forsømt opplysningsplikt (§ 3-7) innebærer mangel ved eiendommen. Slik var det før, og slik er det fortsatt. Videre følger det av § 3-9 første ledd at selgeren har en margin før avvik fra kjøperens berettigede forventning utgjør mangel. Marginen er uttrykt ved formuleringen «vesentlig ringere stand enn kjøperen hadde grunn til å rekne med». Ifølge rettspraksis må avviket fra kjøperens forventning for å utgjøre mangel være 5-6 % av kjøpesummen målt etter utbedringskostnadene, jf. særlig Rt. 2010 s. 103. Når «som den er»-forbehold ifølge § 3-9 andre ledd heretter er uten virkning, er denne marginen fjernet. Tanken med å ta bort marginen er at selgeren skal se seg tjent med å gi opplysninger om eiendommen for å unngå mangelsansvar i tilfeller som tidligere lå innenfor marginen.

Fjerning av muligheten for å ta effektivt «som den er»-forbehold er ingen nyskaping i norsk kontraktsrett. Forbrukerkjøpsloven av 2002 har en regel som i

realiteten har samme innhold, selv om lovteknikken er annerledes. Ifølge § 17 foreligger det mangel selv om tingen er solgt «som den er» dersom tingen er i dårligere stand enn forbrukeren hadde grunn til å forvente. Det er her ingen vesentlighetsterskel for at avvik skal utgjøre mangel.

Ifølge den nye regelen i § 3-9 andre ledd har «som den er»-forbehold «ingen verknad». Dette betyr først og fremst at avvik er mangel uten noen vesentlighetsterskel. Om lovens uttrykk «ingen verknad» også ellers skal tas på ordet, er kanskje tvilsomt. I forarbeidene omtales regelen som en ugyldighetsregel (Prop. 44 s. 56 og 57). Det er ikke opplagt at dette er en treffende karakteristikkk. Uansett er det uklart hva regelen betyr ut over at mangelsterskelen er fjernet. En mulighet er å se helt bort fra avtalens «som den er»-forbehold i alle sammenhenger hvor forbeholdet ellers kunne ha betydning. En annen mulighet kan være å akseptere det som en del av avtalen, men uten den virkningen at det er en terskel for mangel. Det må antas at en konsekvens av lovendringen vil bli at «som den er» tas ut av vanlige standardkontrakter for salg av bolig- og fritidseiendom. Når salg «som den er» ikke lenger er det normale, kan det tenkes at forbeholdet likevel vil bli brukt i enkelttilfeller hvor bruken er godt begrunnet. I så fall kan det være at forbeholdet kan få betydning for kjøperens berettigede forventning, slik det er etter forbrukerkjøpsloven § 17. Målsettingen om tryggere bolighandel taler neppe imot dette.

Ifølge nytt § 3-9 andre ledd er ikke bare «som den er»-forbehold, men også «liknande allmenne atterhald» uten virkning. Liknende forbehold er for eksempel «as is» og «uten ansvar for skjulte feil og mangler» (Prop 44 s. 88). Det samme gjelder «atterhald som ikkje er spesifiserte nok til å kunne verke inn på vurderinga kjøparen gjer av eigedomen». Et «forbehold om fukt-skader» vil ifølge Prop. 44 s. 88 ikke være tilstrekkelig spesifisert til å få virkning, heller ikke om det gjelder et bestemt rom (for eksempel badet), med mindre det er gitt en forklaring på forbeholdet, typisk i form av en begrunnet mistanke om et fuktproblem. Forbehold som dette skal ikke kunne tas «for sikkerhets skyld». At et slikt forbehold er uten virkning, må bety at mangelsvurderingen av en fukt-skade må gjøres som om forbeholdet ikke er tatt. Det er altså her ikke tale om å fjerne en alminnelig terskel for mangel, slik det er for «som den er»-forbehold. Forbehold som er tilstrekkelig spesifisert, vil det gjerne være mer naturlig å omtale som «opplysning», for eksempel opplysning om fukt i kjelleren eller på badet.

At eiendommen er solgt som «oppussingsobjekt», kan tillegges betydning for kjøperens forventninger til eiendommen, og dermed for mangelsvurderingen (Prop 44 s. 57). Det samme gjelder opplysning om at boligen har vært ubebodd i en periode (samme side).

Abstrakt mangelsvurdering

Foran er det flere steder vist til kjøperens berettigede forventning som kriterium for mangel. Den nye regelen i § 3-2 første ledd er en regel om såkalt «abstrakt mangelsvurdering». En abstrakt mangelsvurdering er mer eller mindre løsrevet fra den individuelle kjøpekontraktens beskrivelse av eiendommen, og foretas i stedet med utgangspunkt i kjøperens berettigede forventning «ut frå mellom anna eigedomens type, alder og synlege tilstand». Det er naturligvis ikke noe skarpt skille mellom mangelsvurdering med og uten basis i kontraktens opplysninger.

Prisen, uttrykt gjennom kjøpesummen eller prisandringen i salgsprospektet, er ikke nevnt i loven som relevant moment. Dette skyldes først og fremst at prisen kan påvirkes sterkt av eiendommens beliggenhet, og at den derfor ikke uten videre har betydning for boligens forventede tilstand. Prisen kan likevel ha betydning for kjøperens forventninger til boligens tilstand, dersom man mener å kunne korrigere for betydningen av beliggenhet.

Abstrakt mangelsvurdering slik den nå er lovfestet, har vært vanlig også før lovendringen. Den nye regelen innebærer neppe noen reell nyskapning av betydning. Hvis regelen skulle bli oppfattet slik at den gir kjøperen gode kort på hånd i mangelstvist med selgeren, er det viktig å være oppmerksom på at vurderingstemaet om hva kjøperen kunne forvente, svært ofte vil slå ut i kjøperens disfavør. Kjøperen får ikke medhold med den begrunnelse at eiendommens tilstand ikke er dårligere enn det kjøperen kunne forvente ut fra type, alder, synlig tilstand – og gjerne også pris.

Egenandel på 10 000 kroner

Ny er derimot regelen i § 3-1 fjerde ledd om at kjøperen selv må dekke «tap og kostnader ved manglar opp til eit beløp på 10 000 kroner». Beløpet gjelder for alle mangler samlet, ikke for hver enkelt mangel. Beløpet gjelder også når mangler oppdages på forskjellige tidspunkter.

Denne regelen om egenandel for kjøperen kan minne om den tidligere marginen ved salg «som den er». Reglene er likevel vesensforskjellige. Det gjelder både marginens størrelse og dens rettslige karakter. Mens marginen ved salg «som den er» kunne nå opp i flere hundre tusen kroner, er egenandelen etter § 3-1 fjerde ledd altså på skarve 10 000 kroner. Kostnader under 5-6 % innebar ved tidligere salg «som den er» at avviket ikke var stort nok til å utgjøre kontraktsbrudd i form av mangel. Kostnader innenfor 10 000 kroner etter den nye regelen kan innebære mangel, men uten mangelskrav mot selgeren. Denne ulikheten har betydning for kjøperens reklamasjonsplikt, se nedenfor. Enda en ulikhet er at utbedringskostnader høyere enn 5-6 % av kjøpesummen tidligere ga som resultat at kjøperens mangelskrav omfattet det hele, også kost-

nadene opp til 5-6 %. Dette er annerledes etter den nye regelen. Når samlede «tap og kostnader» utgjør mer enn 10 000 kroner, må kjøperen uansett dekke 10 000 kroner selv.

Det er «tap og kostnader» opp til 10 000 kroner som må dekkes av kjøperen. Inn under dette går alle typer tap og kostnader som ellers ville kunne kreves av selgeren som prisavslag eller erstatning. Under den tidligere reguleringen av «som den er» var praksis at relevante kostnader i avviksvurderingen kunne omfatte mer enn det som ville inngå i prisavslag etter § 4-12 andre ledd. Nødvendige kostnader til utbedringstiltak som ville innebære økt standard eller forlenget varighet i forhold til den tilstanden som kjøperen kunne forvente, måtte holdes utenfor prisavslaget, men var likevel relevant for terskelen på 5-6 % av kjøpesummen (HR-2017-1073-A). For egenandelen etter § 3-1 fjerde ledd er det størrelsen på kravet mot selgeren som er avgjørende. Hvis kostnaden til utbedring av mangel utgjør 11 000 kroner, mens prisavslaget etter reduksjon for standardheving utgjør 9 000 kroner, kan ikke kjøperen kreve 1 000 kroner av selgeren.

Dersom den tidligere marginen på 5-6 % ble overskredet etter summering av flere avvik som ble avdekket over tid, forelå det ikke mangel før terskelen var overskredet. Kjøperen pliktet ikke å reklamere på avvik som alene eller sammen med andre avvik var under terskelen. Det samme gjaldt – og gjelder – avvik som alene er for små til å oppfylle innvirkningsvilkåret i §§ 3-7 og 3-8. Dette er annerledes for den nye egenandelen. Et relevant avvik utgjør mangel selv om tap og kostnader ikke overstiger 10 000 kroner. Kjøperen må i prinsippet reklamere på en mangel som beløper seg til 5 000 kroner. Gjør han eller hun ikke det, kan denne mangelen ikke brukes senere sammen med en nyoppdaget mangel på 6 000 kroner til å fremme et krav på 1 000 kroner mot selgeren.

Spørsmålet om regelen om egenandel er fravikelig i den ene eller andre retningen, er i proposisjonen bare omtalt med sikte på avtaler om at egenandelen ikke skal gjelde (Prop. 44 s. 63-64). En slik avtale er i favør av kjøperen, og ligger derfor innenfor avhendingslovens ordinære adgang til å fravike loven. Det antas i proposisjonen at slike avtaler neppe vil være vanlige. Avtaler om høyere egenandel enn 10 000 kroner er ikke omtalt. Lovens § 3-1 er ikke nevnt som ufravikelig i § 1-2. Før vi fikk § 3-1 fjerde ledd om egenandel, ville man uten videre ha sett det slik at avtaler om egenandel for kjøperen ville være i strid med ufravikelige regler i § 4-12 og kapittel 7 om utmåling av prisavslag og erstatning. Den rette synsmåten må nå være at egenandelen på 10 000 kroner er et lovbestemt unntak fra disse reglene, og at det fortsatt vil være i strid med reglene i § 4-12 og kapittel 7 å avtale mer omfattende egenandel enn det som hjemles i § 3-1 fjerde ledd. Den nye regelen i § 3-1 fjerde

ledd har i seg selv ikke åpnet for avtaler om større egenandel.

Noen unntak fra regelen om egenandel fremgår av § 3-1 fjerde ledd og av §§ 4-17 og 4-18.

Innendørs arealsvikt som mangel

I § 3-3 andre ledd finnes en ny regel som utvider og presiserer selgerens ansvar for innendørs arealsvikt. Avvik er mangel dersom det er større enn 2 % av oppgitt areal og dessuten utgjør minst en kvadratmeter. Mindre avvik er ikke mangel. Den nye regelen gjelder uansett hvilket arealmål som er benyttet (P-rom, boa, bra). Regelen skal i utgangspunktet gjelde for boligens samlede areal, slik dette er oppgitt i salgsdokumentasjonen. I proposisjonen omtales også arealavvik for selvstendige deler av bygningen som balkonger og boder, som ikke inngår i oppgitt totalareal, og avvik for enkelte rom i boligen. Se om dette Prop. 44 s. 68.

Innendørs arealavvik ble tidligere vurdert som uriktig opplysning etter § 3-8. I Rt. 2003 s. 612 er det uttalt at avviket må være av en viss størrelse for å utgjøre mangel, og at avviket i saken på 8,9 % klart var tilstrekkelig. Disse uttalelsene har vært forstått slik at terskelen normalt er lavere enn dette. Den har gjerne vært antydning å ligge på ca 5 %.

Loven inneholder unntak fra regelen om at avvik på 2 % og minst en kvadratmeter utgjør mangel «dersom seljaren godtgjer at kjøparen ikkje la vekt på opplysninga». Ifølge Prop. 44 s. 87 kommer unntaket til anvendelse dersom boligen er kjøpt for å rives. «Hvis kjøperen bare er interessert i tomten, ville det være urimelig om kjøperen skulle få et prisavslag dersom bygningen tilfeldigvis har et mindre areal enn det som er opplyst.» Eksemplet er neppe godt, og viser vel at unntaket er svakt begrunnet. I Rt. 2006 s. 999 ble en brannskade ansett som mangel som ga rett til prisavslag selv om kjøperen uansett skulle totalrehabiliterer den aktuelle delen av bygningen. Eksemplet i forarbeidene tar ikke høyde for at arealet har betydning for verdien av boligen og dermed for den kjøpesummen som er avtalt. Kjøpesummen kan være resultatet av budgivning med andre budgivere uten planer om å rive huset. Tilsvarende kan man nok si om §§ 3-7 og 3-8, som begge har innvirkningskrav som vilkår for mangel. Det er likevel den ulikhet mellom de nevnte bestemmelsene og § 3-3 andre ledd at boligens areal antas å ha stor betydning for prisen i markedet. Dette er påpekt i Prop. 40 s. 65 og 66, hvor det blant annet vises til at kjøpere gjerne sammenligner eiendommer ut fra kvadratmeterpris. I Prop. 44 var det riktignok foreslått en regel om at ethvert avvik skulle utgjøre mangel. Unntaket for tilfeller hvor selgeren godtgjør at kjøperen ikke la vekt på arealopplysningen, var likevel med også i proposisjonens lovforslag. Unntaket harmonerer dårlig med forutsetningen om arealets alminnelige betydning for prisen.

I proposisjonen var det foreslått en egen regel om utmåling av prisavslag for innendørs arealsvikt i § 4-12 tredje ledd. Denne ble ikke vedtatt.

Kjøperens undersøkelser og opplysninger i tilstandsrapport mv

Det følger av § 3-10 første ledd at kjøperen ikke kan gjøre gjeldende som mangel noe kjøperen kjente eller måtte kjenne til før kjøpet. Denne regelen er ikke endret. Videre følger det av § 3-10 andre ledd at en kjøper som har undersøkt eiendommen eller uten rimelig grunn unnlatt å følge en oppfordring fra selgeren om å undersøke, ikke kan gjøre gjeldende som mangel noe som burde ha blitt oppdaget ved undersøkelsen. Heller ikke denne bestemmelsen er endret. Disse bestemmelsene forstås slik at kjøperen verken tidligere eller nå har en alminnelig plikt til å undersøke eiendommen av eget tiltak før kjøpet.

I praksis er det snikinnført en annen type undersøkelsesplikt for kjøperen. Å snikinnføre noe er gjerne negativt ladet. Her bør det oppfattes positivt. Opplysninger som fremgår av salgsdokumentasjonen – først og fremst selgerens egenerklæring, salgsoppgaven og tilstandsrapporten – forutsettes kjent for kjøperen før kjøpet. Dersom dokumentene før kjøpet er gjort tilgjengelige for kjøperen på vanlig måte, og dersom opplysningene i dokumentene er tilstrekkelig tydelige, stilles det aldri spørsmål om kjøperen har valgt å sette seg inn i dokumentene eller ikke. Opplysningene i dokumentene forutsettes kjent for kjøperen. Kjøperen forventes ikke å gå ned i kjelleren eller opp på loftet før kjøpet. Derimot forventes kjøperen å lese salgsdokumentenes opplysninger om kjeller og loft. Det er i praksis etablert en nærmest ubetinget plikt til å undersøke salgsdokumentasjonen.

Denneplikten er nå nærmere regulert i nye regler i § 3-10 første ledd, andre og tredje punktum. Kjøperen skal regnes for å kjenne til omstendigheter som går tydelig frem av tilstandsrapport eller andre salgsdokumenter som kjøperen er gitt anledning til å sette seg inn i. Så langt stemmer den nye teksten med tidligere rettstilstand. Videre heter det at departementet i forskrift kan gi regler om krav som må være oppfylt for at tilstandsrapport skal ha slik virkning. Forskriften kan regulere krav til autoriserte bygningssakkyn-dige og til innholdet i rapporten. Forskrift til avhendingslova (tryggere bolighandel) av 8. juni 2021 (FOR-2021-06-08-1850), i kraft 1. januar 2022, har ifølge § 1-1 som formål «å tilrettelegge for at det utarbeides tilstandsrapporter av høy kvalitet, slik at forbrukere får et betryggende informasjonsgrunnlag før et boligkjøp». I forskriften er det regler om innholdet i tilstandsrapport og om undersøkelser mv. som skal gjennomføres ved utarbeidelse av rapporten, men ikke regler om autorisasjon av bygningssakkyn-dige som kan utarbeide tilstandsrapport. Rapporten kan ifølge § 1-6 ikke være eldre enn ett år for å få virkning etter loven.

De nye reglene i loven og i forskriften er ment å stimulere selgeren til å innhente tilstandsrapport som gir mulige kjøpere god informasjon om eiendommen før kjøpet. Negative opplysninger som fremgår av rapporten, kan ikke gjøres gjeldende av kjøperen som mangel. Hjemmelen til å gi regler om godkjennelse av bygningssakkyndige som kan utføre tilstandsrapporter med virkning etter § 3-10 første ledd, er altså ikke benyttet, i hvert fall ikke i denne omgang.

Lovens regel er at kjøperen ikke kan gjøre gjeldende som mangel noe som fremgår av tilstandsrapport eller annet salgsdokument. Eksempler på andre salgsdokumenter er først og fremst eiendomsmeglerens salgsoppgave og selgerens egenerklæring. Vilkåret om at dokumentet skal oppfylle nærmere krav for å ha virkning etter loven, gjelder bare tilstandsrapport. Opplysninger som fremgår av tilstandsrapport som ikke oppfyller kravene i forskriften, skal ikke regnes for å være kjent for kjøperen, med mindre avvikene fra forskriftens krav er «ubetydelige sett hen til mangels art og omfang» (forskriften § 1-5 andre ledd). Selv om en negativ opplysning fremgår tydelig av rapporten, kan kjøperen gjøre forholdet gjeldende som mangel. Det synes her ikke å være avgjørende at kjøperen bevislig har lest rapporten og gjort seg kjent med den aktuelle opplysningen. I lovproposisjonen er det uttrykt slik at kjøperen skal «anses som aktsomt uvitende om forhold som fremgår av en tilstandsrapport som ikke oppfyller kravene i forskriften», og at «man eventuelt må fingere aktsomt uvitenhet hos kjøperen» (Prop. 44 s. 72). Dette anses som «en nødvendig konsekvens hvis forskriftskravene skal virke etter sitt formål» (samme side). Det gjenstår å se om domstolene vil akseptere denne forutsetningen, eller om de vil søke etter rimelige og fornuftige mellomløsninger. Loven legger for øvrig opp til en vanskelig navigering mellom negative opplysninger i tilstandsrapport som ikke oppfyller kravene, og tilsvarende opplysninger i annen salgsdokumentasjon som ikke er underlagt noen krav (omtalt i Prop. 44 s. 72).

Trygve Bergsåker

PENGEKRAVSRETT

Hvis ingen går i fella ... Foreldelse av forsikringskrav – HR-2021-2404-A

Dommen går inn i rekken av flere avgjørelser i Høyesterett hvor spørsmålet har vært hvilke fristregler som må overholdes for at fordringshaveren skal unngå foreldelse i tilfeller hvor foreldelsesfristen i første omgang er lovlig avbrutt ved søksmål (foreldelsesloven § 15) eller nemndsbehandling (§ 16), men hvor kravet deretter må følges opp innenfor nye frister. I den saken som omtales her, var det for øvrig et hovedspør-

mål om den opprinnelige fristen var en foreldelsesfrist eller en annen type frist.

Etter avslag på krav mot forsikringsselskap må sikrede etter forsikringsavtaleloven (FAL) § 8-5 andre ledd ta ut søksmål eller kreve nemndsbehandling innen seks måneder etter avslaget. Så lenge selskapet ikke har avslått krav, gjelder andre og lengre frister og vilkår om varsel fra forsikringsselskapet til sikrede etter § 8-6. Resultatet i saken ble at sikrede (fordringshaveren) etter avslag og etterfølgende rettidig fristavbrudd etter § 8-5 andre ledd ved forliksklage, mistet sitt krav fordi videre stevning til tingretten etter forliksrådets innstilling av saken ikke fant sted innenfor ettårsfristen i tvisteloven § 18-3 andre ledd. Denne virkningen intrådte til tross for at de alminnelige foreldelsesfristene i § 8-6 ennå ikke var utløpt da sikrede tok ut stevning.

Sakene i Rt. 2013 s. 1516, HR-2016-899-A og HR-2016-1287-A gjaldt lignende – men ikke like – problemstillinger. Sentralt i alle disse sakene sto tvisteloven § 18-3 andre ledd om ett års frist for å bevare avbruddsvirkningen av forliksklage når saken innstilles av forliksrådet. Denne fristen kan etter ordlyden bare avbrytes ved stevning eller forliksklage, ikke på andre måter som foreldelsesloven ellers hjemler. I alle de tre sakene grep fordringshavernes advokater feil om tvisteloven § 18-3 andre ledd. I Rt. 2013 s. 1516 mente Ankeutvalget at tilleggsfrist etter foreldelsesloven § 22 nr 1 måtte stå tilbake for fristen i § 18-3 andre ledd. I HR-2016-899-A ble fordringshaveren reddet av tilleggsfristen i foreldelsesloven § 22 nr 1, mens ingen tilleggsfrist var anvendelig i HR-2016-1287-A. Sammenhengen mellom de to dommene fra 2016 er forsiktig kritisert av undertegnede i *Nytt i privatretten* 2016 nr 3 s. 18–19 (NIP-2016-3-18). Ordet «felle» ble avvist av førstvoterende i HR-2016-1287-A, noe undertegnede stilte seg undrende til. Kraftigere kritikk mot Høyesteretts praktisering av § 18-3 andre ledd er reist av Marte Eidsand Kjørven i artikkelen «Foreldet til tross for fristavbrytende skritt», i *Tidsskrift for forretningsjus* 2019 s. 159–189. Inn i rekken av fristdommer går også HR-2018-1612-A. Denne gjelder ikke tvisteloven § 18-3, men forholdet mellom fristregler i forsikringsavtaleloven og foreldelsesloven. Fordringshaveren kunne i den saken basere seg på ettårsfristen i foreldelsesloven § 22 nr 1 etter avslutning av saken i Finansklagenemnda, uten at forsikringsselskapet kunne forkorte fristen etter FAL § 18-5 andre ledd. Denne regelen tilsvarer FAL § 8-5 andre ledd, som er nevnt ovenfor, og som er sentral i HR-2021-2404-A, se nedenfor.

Kritikk mot det uoversiktlige settet av frister bør først og fremst rettes mot lovgiveren, ikke mot Høyesterett og andre domstoler. Det bør likevel også være rom for kritikk mot domstolene, i hvert fall så langt man mener at domstolene – med Høyesterett i spissen – har praktisert fristreglene uriktig. Dette er Marte Kjørvens syn i den nevnte artikkelen, et syn som vir-

ker godt begrunnet og dokumentert. Domstolene bør uansett – innenfor alminnelig akseptert rettskildebruk – ha et ansvar dersom lovgiveren har lagt en felle som fordringshaveren kan reddes ut av ved en velvillig rettsanvendelse. Dette må kunne hevdes selv om det er en motpart – en debitor – som i utgangspunktet har et opplagt krav på en juridisk forsvarlig anvendelse av fristreglene. Et par av sakene i rekken gjelder krav mot forsikringsselskap. Her er virvaret av frister større enn i andre saker. Samtidig er det mulig at behovet for debitorbeskyttelse er svakere i forsikringsforhold enn i andre saker. Ikke vet jeg om selskapene ved premieberegningen tar i betraktning muligheten for å slippe utbetaling på grunn av foreldelse som følge av et uoversiktlig sett av frister.

Temaet i den saken som omtales her, var om rettidig forliksklage etter FAL § 8-5 andre ledd medfører at fordringshaveren etter tvisteloven § 18-3 andre ledd må følge opp kravet med stevning innen ett år etter forliksrådets innstilling av saken, eller om fordringshaveren kan basere seg på de alminnelige foreldelsesfristene i § 8-6. Ifølge førstvoterende ville svaret avhenge av om § 8-5 andre ledd er en regel om «foreldelse» som nevnt i tvisteloven § 18-3 andre ledd, eller om regelen har annen karakter. Etter en gjennomgåelse av rettskilder og lovhistorikk (avsnitt 40-49) kom førstvoterende til at regelen § 8-5 andre ledd fortjener karakteristikken foreldelsesregel. (For spesielt interesserte kan det nevnes at undertegnede har tatt et annet standpunkt til dette i artikkelen «Hva er foreldelse?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011 s. 351–442, på s. 425–426). Dermed mente Høyesterett at løpet var kjørt for fordringshaveren, som ikke tok ut søksmål for tingretten innenfor ettårsfristen i § 18-3 andre ledd. Selv om man aksepterer førstvoterendes konklusjon om at regelen er en foreldelsesregel, går dommen inn i rekken av saker hvor tvisteloven § 18-3 andre ledd anses avgjørende i disfavør av fordringshaveren. Sakens problemstilling er annerledes enn i de øvrige sakene som er nevnt ovenfor. Virvaret av frister – og i denne saken også tvilen om den ene fristens karakter – kunne likevel ha vært tillagt vekt i rettsanvendelsen. Undertegnede vil ikke ha noen bestemt mening om hvorvidt resultatet i saken burde ha vært et annet.

Trygve Bergsåker

Foreldelse av krav på tilbakebetaling av landbruksstøtte – HR-2021-2571-A

Sakens hovedspørsmål gjelder starttidspunktet for foreldelse av krav på tilbakebetaling etter at det var utbetalt for mye landbruksstøtte. Det var tale om to ulike typer krav, en ren tilbakebetaling av uriktig utbetalt tilskudd til omlegging til økologisk drift, og i tillegg tilbakebetaling som følge av avkorting i støtte som i utgangspunktet var korrekt. I en tidligere dom

om tilbakeføring av ulovlig statsstøtte (Hydro Søraldommen i Rt. 2013 s. 1665, også kalt Statsstøttedommen) konkluderte Høyesterett med at foreldelsesfristen på tre år startet å løpe først når det var truffet enkeltvedtak om tilbakeføring. Det synes i dommen å ha vært en avgjørende premiss for konklusjonen at kravet på tilbakeføring oppsto først ved vedtaket, og at foreldelsesfristen ikke kunne starte før fordringen var oppstått. Dommen er omtalt og forsiktig kritisert av undertegnede i *Nytt i privatretten* 2014 nr. 2 s 24–25. Den er også kritisk omtalt av Miriam Skag i artikkelen «Foreldelsesfristens start for krav fremmet ved enkeltvedtak», i *Tidsskrift for forretningsjus* 2015 s. 31–53. Skag konkluderer i sin artikkel med at resultatet i dommen «har vektige grunner mot seg» og at Høyesteretts begrunnelse er «lite overbevisende». Fristen bør starte på det tidligste tidspunktet vedtak kunne ha vært truffet.

Den nye dommen gjelder krav på tilbakebetaling rettet mot to gårdbrukere. Sakene mot de to er like bortsett fra beløp og noen tidsangivelser. De erkjente begge å ha vært uaktsomme ved utfylling av skjemaer for tilskudd. I tillegg til foreldelse ble det rettet innvendinger mot krav på tilbakebetaling begrunnet med at de ugyldige tilskuddsvedtakene var blitt gyldige på grunn av tidsforløpet, og at vedtakene om avkorting manglet hjemmel. At vedtakene måtte anses gyldige på grunn av tidsforløpet, ble begrunnet med henvisning til HR-2016-2017-A. Høyesterett kom i avsnitt 55-64 i den dommen som omtales her, til at denne innsigelsen ikke kunne føre frem. I avsnitt 65-67 ble det slått fast at avkortingsvedtakene hadde tilstrekkelig hjemmel. Ingen av disse to innsigelsene mot tilbakebetaling skal omtales nærmere her.

Foreldelse av krav på tilbakebetaling reguleres av foreldelsesloven §§ 2 og 3 nr 1, som innebærer at foreldelse inntreffer tre år etter at «fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse». I utgangspunktet betyr dette at treårsfristen starter å løpe ved betalingen. Hvis det er grunnlag for tilbakebetaling, kan dette kreves umiddelbart ved betalingen. Dersom betaleren er ukjent med sin fordring, har han etter § 10 nr 1 krav på tilleggsfrist på inntil ett år fra det tidspunktet han fikk eller burde ha skaffet seg kunnskap om sitt krav.

Tilbakebetalingskravene i saken var betinget av enkeltvedtak av kompetent myndighet om tilbakebetaling. Spørsmålet er om dette medfører unntak fra utgangspunktet om friststart ved betalingen, slik Høyesterett la til grunn i Hydro Søraldommen. I avsnitt 70 og 71 opplyser førstvoterende at det i saken er stilt opp tre mulige starttidspunkter for foreldelse: Betalingstidspunktet, vedtakstidspunktet eller det tidspunktet da vedtak tidligst kunne ha vært truffet. Høyesterett konkluderte med at foreldelsesfristen for tilbakebetaling av uriktig utbetalt omleggingstilskudd startet allerede ved utbetalingen, og ikke først når vedtak om tilbakebetaling var truffet. For tilbakebe-

taling som følge av avkorting startet fristen først når vedtak ble truffet. Dommen er enstemmig.

Foreldelsesfristen ble avbrutt ved gårdbrukernes saksanlegg 5. februar 2020. Søksmål fra debitor med påstand om frifinnelse for krav avbryter foreldelsesfristen etter foreldelsesloven § 15 nr 1 andre punktum. Vedtak om tilbakebetaling ble truffet av kompetent myndighet mindre enn tre år tidligere, den 15. august 2018. Vedtakene ble etter klagerunder endret senere i 2018 og i 2019 til lavere beløp. Siden vedtaket 15. august 2018 er innenfor treårsfristen, er de senere vedtakene i klagesakene uansett uten betydning for foreldelsen. Kravene kunne derimot være foreldet etter § 3 nr 1 på avbruddstidspunktet dersom fristen startet før vedtakstidspunktet. Det var for øvrig klart at kommunen, fylkeskommunen og Landbruksdirektoratet allerede i 2015 var kjent med at det kunne foreligge uriktige utbetalinger til de to gårdbrukerne.

Ved vurderingen av starttidspunktet for foreldelse viser førstvoterende i avsnitt 75 til at det er et grunnleggende hensyn at fordringshaveren selv ikke skal ha avgjørende herredømme over foreldelsesfristens løp. Dette var også fremhevet av førstvoterende i Hydro Søral-dommen, uten at hensynet i den saken kunne føre til friststart før vedtak om tilbakeføring ble truffet. Førstvoterende viser for øvrig i en annen sammenheng i avsnitt 95 til «det grunnleggende foreldelsesrettslige hensynet at fordringshaveren ikke ensidig skal kunne påvirke foreldelsesfristens løp i disfavør av skyldneren».

I avsnitt 82 heter det, under henvisning til Rt. 2012 s. 722 Norsk Gjenvinning og Rt. 2013 s. 1665 Hydro Søral, at «spørsmålet om når det offentlige tidligst har rett til å kreve tilbakebetaling etter foreldelsesloven § 3 nr. 1, må bero på en vurdering av det rettslige grunnlaget for kravet, ...». Med dette som utgangspunkt drøftes først friststart for tilbakebetaling av uriktig utbetalt omleggingstilskudd, og deretter friststart for tilbakebetaling av avkortingsbeløp.

Førstvoterende stiller i avsnitt 85 spørsmål om hva som er det rettslige grunnlaget for krav på tilbakebetaling av omleggingstilskudd. Han finner det i avsnitt 86

«naturlig å ta utgangspunkt i alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper om foreldelse av *tilbakesøkningskrav*. Tilbakebetalingskrav som bygger på den ulovfestede regelen om oppgjørskorreksjon – *condictio indebiti* – begynner å foreldes straks den feilaktige betalingen har funnet sted. På dette tidspunkt foreligger alle de rettsstiftende forhold for fordringen, og kravet kan umiddelbart kreves oppfylt etter foreldelsesloven § 3 nr. 1,»

I neste avsnitt heter det så:

«Grunnlaget for tilbakebetalingskravene i saken her er at A og B fikk uriktig oppgjør. I privatrettslig forstand er dette ordinære tilbakesøkningskrav som bygger på læren om *condictio indebiti*, ...»

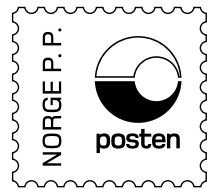
Førstvoterende peker i avsnitt 89 på at vår sak på et vesentlig punkt skiller seg fra Hydro Søral-dommen. Høyesterett la i den saken til grunn at det ikke før vedtaket eksisterte noen fordring i kraft av det aktuelle regelverket. Det kunne da heller ikke løpe noen foreldelsesfrist før vedtaket. I saken om tilbakebetaling av uriktig betalt omleggingstilskudd forelå alle de rettsstiftende forhold for tilbakesøking på tidspunktet for utbetaling, og «etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper ble det følgelig stiftet krav på tilbakebetaling allerede på disse tidspunktene».

Etter en gjennomgåelse av forskjellig materiale i avsnitt 90-95, konkluderer førstvoterende i avsnitt 96 med at «starttidspunktet for foreldelsesfristen for de feilaktige utbetalingene av omleggingstilskudd var *utbetalingstidspunktene*». Tilleggsfrist etter § 10 nr 1 var ikke påberopt (avsnitt 97). Siden fristavbrudd fant sted mer enn tre år etter de feilaktige utbetalingene, var tilbakebetalingskravene foreldet (avsnitt 98).

Tilbakebetaling som følge av avkorting sto ifølge førstvoterende i en annen stilling (avsnitt 99). Grunnlaget for avkorting er vedtakene om dette, truffet med hjemmel i produksjonstilskuddsforskriften § 12 (avsnitt 100). Vedtakene beror på et kan-skjønn, der det skal foretas en rimelighets- og forholdsmessighetsvurdering i hver enkelt sak (avsnitt 101). Skjønnets omfang omfatter både spørsmålet om avkorting skal finne sted, og omfanget av avkortingen. Kravet på tilbakebetaling oppstår først når vedtak er truffet. Kravet står i samme stilling som kravet om tilbakeføring i Rt. 2013 s. 1665 Hydro Søral-dommen (avsnitt 102). Til spørsmålet om fristen kunne starte allerede når vedtaket kunne ha vært truffet, bemerker førstvoterende at fristen ikke kan starte før kravet er oppstått, og at dette skjedde først ved vedtakene (avsnitt 103-105). Dette var også en avgjørende premiss i Rt. 2013 s. 1665 Hydro Søral, og den opprettholdes altså av Høyesterett i den nye dommen. Vedtakene ble truffet mindre enn tre år før fristavbrudd, og kravene var ikke foreldet.

Trygve Bergsåker

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Skriftserien PrivIus

I skriftserien PrivIus publiseres arbeider innen alle fagområder ved Institutt for privatrett og beslektede juridiske emner.

Fra og med nr. 216, 2021 vil alle utgivelser i serien være digitale.
Det er kommet fire nye utgaver i serien. Disse er som følger:

Jus og samfunnsøkonomi

v/Tone Ognedal og Endre Stavang (red.)
PrivIus – Journal of Private Law, Online, nr. 216 – 2021

Deliktsansvar i kontraktsforhold

v/Sverre Runde
PrivIus – Journal of Private Law, Online, nr. 217 – 2021

EFTA-statenes tilknytning til EUs tredjelandregime på finansmarkedsområdet – fra egne tilpasninger mot tett integrasjon

v/Astrid Rikheim
PrivIus – Journal of Private Law, Online, nr. 218 – 2021

Erstatning til fiskerettshavere for skader og ulemper ved oppdrettsvirksomhet Med særlig vekt på den erstatningsrettslige tålegrensen

v/Audun Nagelhus
PrivIus – Journal of Private Law, Online, nr. 219 – 2021

Serien har følgende nettsadresse:

<https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/om/publikasjoner/skriftserien-ifp/>

Nytt i privatretten

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

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

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

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

Et årsabonnement (2022) på *Nytt i privatretten* koster kr 720, –. Studentabonnement koster kr 350, –. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2022
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer mai 2022.