



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ERSTATNINGSRETT

Ikke erstatning for ugyldig omgjøringsvedtak om deltakeradgang til fiskeri. Høyesteretts dom 19. desember 2019 (HR-2019-2396-A) Frøybas

Høyesterett kom enstemmig til at ansvaret for statens vedtak måtte bedømmes etter skadeserstatningsloven § 2-1, ikke etter en regel om objektivt ansvar for ugyldige vedtak. Staten ved Nærings- og fiskeridepartementet ble frifunnet etter en konkret aktsomhetsvurdering. Det var verken uforvarselig å legge til grunn at det opprinnelige vedtak var ugyldig, eller å omgjøre etter forvaltningsloven § 35.

Sakens bakgrunn

Saken gjaldt deltakeradgang til fiske av torsk, hyse og sei nord for 62 grader nord. Ved salg av fartøy med slik deltakeradgang gjaldt en regel om såkalt fylkesbinding, jf. den tidligere deltakerforskriften § 41. Staten ga bare ervervstillatelse dersom kjøper og selger var oppført i samme fiskermanntall de siste 12 månedene forut for salget. Fylkesbinding var et distriktspolitisk virkemiddel. Formålet var å opprettholde den relative fordelingen av torskefartøyene mellom fylkene. Regelen er nå for øvrig endret. Det er nå bare

krav om binding til én av to landsdeler. Regelen ble endret for å sørge for prisutjevning i nord og hindre urimelige utslag for enkeltfiskere som har måttet flytte for å kjøpe eller selge fartøy.

Fiskeren i saken hadde først vært registrert i fiskermanntallet i Sogn og Fjordane, før han i 2008 meldte flytting til Nordland og skrev seg inn i manntallet der. Våren 2010 kjøpte han fartøyet MS Tilje, eller det vil si han ervervet 51 prosent av aksjene i det selskapet som overtok dette fartøyet. Kort tid etter flyttet han fra Nordland og tilbake til Sogn og Fjordane. Han skrev seg på ny inn i fiskermanntallet i Sogn og Fjordane juli 2010. Nå ble Fiskeridirektoratet nysgjerrig på om flyttingen fra fylket i 2008 egentlig hadde vært reell. Det kom direktoratet etter hvert til at den ikke hadde vært, og omgjorde sitt vedtak om å tillate erverv av MS Tilje. Selve ervervstillatelsen ble opprettholdt, men den ble nå begrenset slik at fartøyet ikke lenger hadde deltakeradgang til torsk, hyse og sei nord for 62 grader nord. Etter klage stadfestet departementet vedtaket i 2011.

Så ble det reist søksmål for domstolene, i første omgang om vedtakets gyldighet. Etter frifinnelse i tingretten, tapte staten saken i lagmannsretten. I lagmannsrettens dom fra 2015 fremkom det at fiskeren, som i tidsrommet ikke hadde familie, fisket med utgangspunkt i Myre i Nordland både før og etter 2008. Men han oppholdt seg antagelig i betydelig lengre perioder i Sogn og Fjordane. Etter samlet vurdering, «dog under noe tvil», kom lagmannsretten til at fiskeren hadde tilstrekkelig «bostedsmessig tilknytning» til Myre i Nordland til at registreringen der var reell, og ikke pro forma. For fiskere, som naturlig har omflakkende tilværelser, måtte det legges en del vekt på hva fiskeren selv hadde oppgitt som bosted. Staten anket dommen, men saken slapp ikke inn til Høyesterett.

Med dommen om at vedtaket var ugyldig i hende, gikk fiskeren på ny til Oslo tingrett. Han krevde nå erstatning for tapte inntekter i perioden han urettmessig stod uten tillatelse til å fiske torsk, hyse og sei nord for 62 grader nord. Han beregnet selv tapet til noe over kr 17 millioner. Han tapte i tingrett og lagmannsrett. I Høyesterett var søksmålet begrenset til spørsmålet om det forelå ansvarsgrunnlag. Forholdet til EMK art. 1 protokoll 1 ble ikke tatt opp.

Innhold nr. 1

Erstatningsrett	1
Fast eiendoms rettsforhold	4
Forsikringsrett	6
Immaterialrett.....	8
Internasjonal privatrett.....	12
Kontraktsrett.....	16
Pengekravsrett	19
Selskapsrett	21

Ingen generell regel om objektivt ansvar for statens ugyldige vedtak

I begrunnelsen for at det ikke gjelder noe generelt objektivt ansvar for statens ugyldige vedtak, viste førstvoterende til dommen i Rt. 2010 s. 291 (Vangen Eien-dom). Men Vangen-dommen gjaldt kommunens ansvar, ikke statens ansvar. Kommunen har tidligere blitt frifunnet for uhjemlet myndighetsutøvelse i flere dommer som følge av unnskyldelig rettsvillfarelse, jf. Rt. 1902 s. 97 (Grisehus), Rt. 1934 s. 330, Rt. 1972 s. 578 (Randaberg), Rt. 1995 s. 781 (Peelorg).

I de senere år har også staten blitt hørt med lignende argumentasjon i underrettene. Et uhjemlet vedtak om utvisning fra riket ble for eksempel ikke ansett som uforsvarlig og erstatningsbetingende etter skl. § 2-1 i Borgarting lagmannsretts dom 25. oktober 2015 (LB-2015-35426). Flere underrettsavgjørelser som konstatere ansvar for staten er i den senere tid begrunnet i skl. § 2-1 og ikke i en regel om ulovfestet objektivt ansvar. Noe klart prejudikat fra Høyesterett forelå likevel ikke.

I begrunnelsen for at også statens ansvar må forankres i skl. § 2-1, viste førstvoterende til at Vangendommen fra 2010 var prinsipielt anlagt: Når Vangendommen omtaler det «offentliges» ansvar, var den ment å gjelde også for staten. Forskjell på stat og kommune ble imidlertid ikke tatt opp grundig i Vangendommen.

Førstvoterende viste videre at det på «erstatningsrettens område er tradisjon for at Høyesterett avklarer og utvikler retten i dialog med rettsvitenskapen», jf. avsnitt 52. Førstvoterende konstaterte at spørsmålet var «omstridt» i juridisk litteratur, men sluttet seg til et sitat fra læreboken til Viggo Hagstrøm og Are Stenvik. Standpunktet har etter min oppfatning de beste grunner for seg i mange tilfelle. Men Høyesterett kunne i større grad ha trukket frem de motsatte synspunkt som har vært hevdet av flere i juridisk litteratur. Det er vesentlige forskjeller på stat og kommune. Kommunen har ikke – som staten – samme myndighet til å vedta sine egne regler. Arbeidsfordelingen mellom stat og kommune er til dels også et spørsmål om kommunalt selvstyre.

Synspunktet om at staten alltid har risikoen for tolkning av sine egne regler blir vanskelig å hevde etter Frøybas-dommen. Dette standpunktet har særlig vært hevdet i forvaltningsrettslig litteratur, bl.a. av Torstein Eckhoff. Synspunktet kom i realiteten på spissen i denne saken ettersom det var det departementet som fattet vedtaket i klageomgangen, som også er fagansvarlig for deltakerforskriften. Det skal likevel nevnes at tolkningsspørsmålet nok særlig gjaldt forskriften om folkeregistrering, og dens regel om «bostedsmessig tilknytning» for fiskere etter § 5-1, som er Finansdepartementets ansvar. Synspunktet om at staten bør ha ansvar for tolkning av sine egne regler, hadde nok likevel fortjent grundigere omtale her.

Ikke objektivt ansvar i denne konkrete saken

Heller ikke etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at det kunne være tale om objektivt ansvar for den uhjemlede myndighetsutøvelsen. Førstvoterende fant at innrettelseshensynet har «noe mer begrenset vekt på dette området». Det ble vist til at utøving av fiske ikke er en rettighet, men avhengig av tillatelse fra det offentlige. I utgangspunktet skiller ikke fiske seg fra annen økonomisk aktivitet som er underlagt krav om tillatelse, bevilling, konsesjon, eller lignende. Det ligger likevel en forskjell i at fiskeriforvaltningen er forvaltning av felles havressurser, noe førstvoterende understrekte ved å vise til plenumssaken i Rt. 2013 s. 1345 (Vollstad). I den saken kom Høyesterett under skarp dissens (9-8) til at det var anledning til å gjøre kvoter som i utgangspunktet var tidsbegrenset og evigvarende, til tidsbegrenset til 25 år, uten hensyn til forbudet mot tilbakevirkning i Grl. § 97. Det er kanskje et visst sprang derfra og til retten til deltakeradgang som her i praksis gjaldt en enkelt fisker som selv hadde betalt for et fartøy med denne tillatelsen. Poenget om at tillatelsene gis til fiske i felles havressurser, er vel likevel det samme.

Førstvoterende trakk også frem samfunnsmessige hensyn som argument mot at det skulle gjelde en regel om objektivt ansvar i denne saken. Som påpekt i Vangendommen er det viktig at det offentlige ikke blir for tilbakeholden i sin myndighetsutøvelse. Dette er etter min oppfatning det sentrale argumentet mot objektivt ansvar. De samfunnsmessige hensyn, det vil si de hensyn som regelverket er begrunnet i, kan sjelden omsettes i økonomiske verdier som kan begrunne erstatningskrav. Dermed er det i praksis ofte bare parten som utgjør en erstatningstrussel mot det offentlige. Med objektivt ansvar overfor parten kan det hevdes at insentivet for det offentlige blir «asymmetrisk»: Hensynet til parten utgjør et sterkere insentiv etter erstatningsrettsregelen enn de samfunnsmessige hensyn. Dette er bakgrunnen for at det i noen land, for eksempel i England, forholder seg motsatt. Erstatning for ugyldige forvaltningsvedtak tilstås tradisjonelt ikke etter «tort of negligence», jf. bl.a. avgjørelsen fra House of Lords *Trent Strategic Health Authority v Jain and Another* [2009] UKHL 4.

Det kan riktignok spørres hvor tungtveiende de samfunnsmessige hensyn var i denne konkrete saken. Kravet om fylkesbinding var begrunnet i distriktpolitiske hensyn – ikke hensynet til bærekraftig ressursforvaltning. Det distriktpolitiske hensynet var ikke mer tungtveiende enn at departementet i ettertid har endret regelverket, bl.a. med henvisning til urimelige utslag for enkeltfiskere som har måttet flytte. Førstvoterende trakk også frem at myndighetene av kontrollhensyn har et ønske om å forhindre omgåelser og pro forma-arrangementer. Det er imidlertid ikke alltid riktig at det er enkeltindividene som skal bære risikoen for tap forbundet med behovet for kontroll.

Grunnen til at kontrollhensyn talte for ansvar her, kunne vært nærmere berørt.

Etter min oppfatning må konklusjonen her likevel være riktig. Det må være riktig å begrense tilfellene hvor det er et objektivt ansvar til de helt spesielle tilfellene, og slik at det først og fremst er inngrepets karakter som må begrunne et slikt ansvar, sml. Rt. 1987 s. 1495 (Reitgjerdet). Selv der interessene regelverket skal beskytte ikke fremstår så tungtveiende, bør erstatningsregelen etter min oppfatning ikke være så rigid at ugyldighet automatisk stiller det offentlige i et erstatningsansvar overfor parten der denne først og fremst hevder økonomiske interesser. Dette har også en side til hva som er riktig bruk av det offentlige midler; en dom om erstatning mot det offentlige er også en avgjørelse om fordeling av budsjettmidler. Men som nevnt ovenfor kunne synspunktet om at staten bør ha ansvar for tolkning av sine egne inngreps-hjemler godt ha vært tatt opp nærmere i dommen. På andre områder enn her, for eksempel med mindre ressurssterke parter på den andre siden, kunne det jo tenkes at argumentet hadde større gjennomslagskraft.

Den konkrete aktsomhetsvurderingen etter skl. § 2-1

Også i aktsomhetsvurderingen kom Høyesterett til samme resultat som lagmannsrett og tingrett. Staten ble frifunnet. Førstvoterende presiserte innledningsvis at fiskeren «innrettet seg etter og foretok investeringer i tillit til Fiskeridirektoratets tillatelse til å overta deltakeradgangen». Dette stilte «særlige krav til myndighetenes saksbehandling og vurderinger». Vurderingstemaet var at rettsanvendelsen og subsumsjonen måtte være «forsvarlig», og førstvoterende presiserte at aktsomhetsansvaret er strengt.

Det er verdt å merke seg at vurderingstemaet ikke ble formulert som et spørsmål om «unnskyldelig rettsvillfarelse», slik det har vært vanlig i tidligere dommer og bl.a. Borgarting lagmannsretts 30. mai 2013 (LB-2012-64996). Her ble staten ilagt erstatningsansvar for et ugyldig vedtak om ikke å dispensere fra vilkår om deltakelse i adgangsregulerte fiskerier. I stedet skriver Høyesterett bl.a. dette om vurderingstemaet: «Jeg er enig i at det ved aktsomhetsvurderingen er relevant at et skjønnsmessig vurderingstema gir rom for meningsforskjeller. Det må innrømmes det offentlige et visst spillerom for feilvurderinger ved rettsanvendelsesskjønnet», jf. avsnitt 71. Dette er nokså runde formuleringer.

Av konkrete momenter la Høyesterett for det første vekt på at myndighetene baserte seg på de opplysningene som fiskeren selv hadde kommet med. Fiskeren «var nærmest til å ha oversikt over de faktiske forhold», jf. avsnitt 72. Her var det riktignok ikke bare de faktiske forhold, men først og fremst betydningen av dem for kravet om «bostedsmessig tilknytning» som hadde vært det avgjørende punktet i gyldighetssaken. Som

lagmannsretten uttalte, fulgte det av den tidligere dommen at fiskeren «ikke gjorde noe uriktig da han meldte flytting til Myre, og at han heller ikke gjorde noe uriktig ved å la være å melde flytting tilbake til Bremanger i tolv månedersperioden før kjøpet eller tidligere».

For det andre la Høyesterett vekt på at Fiskeridirektoratet hadde «god grunn til å igangsette undersøkelser» av hva som hadde vært fiskerens reelle bosted. Når han meldte flytting kort tid etter kjøpet av fartøyet, medførte dette dessuten at «formålet med ordningen med fylkesbinding ble undergravd», jf. avsnitt 72. Her antyder kanskje Høyesterett at fiskeren i større grad burde ha handlet i tråd med regelverkets intensjon, i et tilfelle hvor han kunne være klar over at tolkningen av regelverket bød på tvil. Det er likevel ikke klart om det faktisk er dette Høyesterett legger vekt på, eller om poenget er at det for staten fortonte seg slik.

For det tredje konstaterte Høyesterett at tingretten hadde kommet til at vedtaket var gyldig, og at lagmannsrettens dom om ugyldighet var avsagt under noe tvil. Gitt at Høyesterett knytter erstatningsansvaret opp mot en aktsomhetsvurdering etter skl. § 2-1, som må skilles fra den forvaltningsrettslige vurderingen av vedtakets gyldighet, kan det likevel synes overraskende at Høyesterett ikke går mer konkret til verks. Høyesterett går ikke nærmere inn på selve omgjøringsvedtaket og den etterfølgende konstateringen av dette vedtakets ugyldighet. På dette punkt skiller dommen seg fra avgjørelsen i Rt. 2010 s. 291 (Vangen). I avsnitt 49 i Vangen-dommen fremhever førstvoterende flere momenter som kunne tale for at lagmannsrettsavgjørelsen fra tidligere rettsrunde bygget på en uriktig lovforståelse – selv om det ikke sies rett ut.

Muligens kan resultatet best forstås i lys av en interesseavveining mellom hensynet til parten på den ene side, og de allmenne hensyn som staten skal vareta på den andre. Etter min oppfatning bør det likevel utvises forsiktighet med å trekke generelle konklusjoner fra aktsomhetsvurderingen i denne saken og over på andre tilfeller og samfunnsområder.

Til slutt konkluderte førstvoterende med at det ikke var uforsvarlig å omgjøre vedtaket om ervervstillatelse etter forvaltningsloven § 35 så lenge departementet hadde kommet til at vedtaket var ugyldig. Det er neppe særlig kontroversielt. Selve skjønnsutøvelsen her må klart nok ligge innenfor det forsvarlige etter skl. § 2-1.

*Johannes Hygen Meyer
Forfatteren er for tiden advokat hos
Kommuneadvokaten i Oslo. Synspunktene i
artikkelen er forfatterens egne.*

Om styret i reinbeitedistriktets adgang til å fastsette reintall for de enkelte siidaandeler ved reintallsreduksjon. Særlig om forståelsen av reindriftsloven § 60 fjerde ledd (dissens 3-2). Mindretallet drøftet også forholdet til EMK P1-1. (HR-2019-2395-A)

Reinbeitedistrikt 13 i Øst-Finnmark hadde i henhold til bestemmelsene i reindriftsloven kapittel 7 utarbeidet bruksregler for distriktet. Reinbeitedistrikt 13 som har 19 siidaandeler består bare av en sommersiida, og det er således sammenfall mellom distrikt og sommersiida. Etter § 60 første ledd, første punktum skal det i distriktets bruksregler fastsettes et øvre reintall i sommersiidaen. Reintallet i distriktet/sommersiidaen hadde fra 2003 til 2009 økt kraftig, og det måtte gjennomføres betydelig reduksjon. I distriktsstyrets utkast til bruksregler ble det fastsatt et høyeste reintall på siidanivå, og i tillegg ble det fastsatt et høyeste reintall for den enkelte siidaandel i henhold til § 60 fjerde ledd. På et ekstraordinært årsmøte i distriktet i februar 2010 der representanter fra 7 av de 19 siidaandelene møtte, ble det tilslutning til utkastet. Bruksreglenes bestemmelser om reintall innebar at P. N. O. Anti skulle redusere sin reinflokk fra 1400 til 650 rein. Bruksreglene ble godkjent av områdestyret for Øst-Finnmark i henhold til § 58 fjerde ledd. (Områdestyrene ble opphevet ved lov 14. juni 2013 nr. 45 og deres myndighet overført til fylkesmannen.) Reineier Anti påklaget vedtaket til Reindriftsstyret. Han anførte blant annet at reintallsreduksjonen for den enkelte siidaandel bare kunne skje ved en forholdsmessig reduksjon etter § 60 tredje ledd, og ikke kunne suppleres med bestemmelsen i § 60 fjerde ledd. Reindriftsstyret avviste klagen fra Anti under henvisning til at den ikke var kommet inn rettidig.

Anti reduserte ikke sitt reintall og i 2013 påla Områdestyret ham en avgift for brudd på bruksreglene i henhold til § 77. Anti klaget til Reindriftsstyret, men han fikk ikke medhold i klagen. Reindriftsstyret mente at bruksreglenes fastsettelse av reintall for den enkelte siidaandel var i overensstemmelse med reindriftslovens bestemmelser. Året etter reiste Anti sak. Anti fikk medhold i tingretten. Bruksreglenes bestemmelser om reintallet for den enkelte siidaandel var ikke i overensstemmelse med reglene i reindriftslovens § 60. Distrikt 13 anket til lagmannsretten. Hålogaland lagmannsrett ga Anti medhold; distriktets vedtak om øvre reintall pr. siidaandel var ugyldig.

Distriktet anket til Høyesterett. Flertallet, tre dommere, mente distriktets vedtak ikke var i samsvar med reglene om reintallsreduksjon i § 60. Uenigheten mellom flertallet og mindretallet knyttet seg til forståelsen av § 60 fjerde ledd sammenholdt med reglene om

reintallsreduksjon i § 60 tredje ledd. Kunne reintallsreduksjonen for de enkelte siidaandeler alene skje i henhold til reglene i § 60 tredje ledd, eller kunne distriktsstyret etter § 60 fjerde ledd fastsette et øvre reintall for de enkelte siidaandeler? Bestemmelsene i § 60 tredje og fjerde ledd lyder:

Overstiger reintallet i siidaen det reintall som er fastsatt etter første eller annet ledd, skal siidaen utarbeide en reduksjonsplan. Dersom siidaen ikke gjør dette, eller ikke klarer å gjennomføre planen, skal hver siidaandel redusere det overskytende antall forholdsmessig. Reindriftsstyret har ansvar for at en slik reduksjon gjennomføres. Det skal settes frister for utarbeidelse av plan og gjennomføring av reintallsreduksjon. (§ 60 tredje ledd)

Det kan fastsettes et øvre reintall pr. siidaandel. En reduksjon av siidaens reintall i henhold til tredje ledd skal i så fall skje ved at de siidaandeler som har et reintall som overstiger det fastsatte reintall for siidaandelen, først reduserer ned til det fastsatte reintallet. (§ 60 fjerde ledd)

Bestemmelsen i § 60 tredje ledd sier at hvis reintallet i siidaen overstiger det fastsatte reintallet, må det utarbeides en reduksjonsplan. Klarer man ikke å utarbeide en slik plan eller å gjennomføre en plan, «skal hver siidaandel redusere det overskytende antall forholdsmessig». Spørsmålet i saken var om reintallet for den enkelte siidaandel alternativt kan reduseres i henhold til bestemmelsen i § 60 fjerde ledd. Flertallet påpeker at ordlyden i § 60 fjerde ledd ikke angir hvem som kan fastsette reintallet pr. siidaandel. Bestemmelsen sier heller ikke noe om under hvilke forutsetninger en slik reintallsfastsettelse kan skje, og det er ikke gitt nærmere regler om fremgangsmåten (avsnitt 57). I reintallssaken i HR-2017-2428-A Sara hadde imidlertid Høyesterett forutsatt at fastsettelse av reintall etter § 60 fjerde ledd lå til distriktsstyret, og at vedtak kunne treffes ved simpelt flertall i styret (avsnitt 58). Førstvoterende påpeker videre:

«Dersom reindriftsloven § 60 fjerde ledd skal tolkes slik reinbeitedistriktet anfører, vil bestemmelsen inneholde en selvstendig modell for reintallsreduksjon, der distriktsstyrets flertall kan gjennomføre reintallsreduksjon gjennom ensidige vedtak om fastsettelse av øvre reintall for siidaandelene i en siida.»

Og førstvoterende fortsetter:

«En slik tolkning innebærer etter mitt syn at bestemmelsen står i et uklart forhold til § 60 tredje ledd, som fastsetter at reduksjon av reintallet skal skje forholdsmessig mellom siidaandelene dersom ikke siidaen selv utarbeider og gjennomfører en reduksjonsplan. Jeg føyer til at den nærmere rekkevidden av § 60 fjerde ledd og forholdet mellom tredje og fjerde ledd, ikke var tema i Sara-dommen.» (avsnitt 59)

Det uklare forholdet mellom tredje og fjerde ledd i § 60 gjorde det nødvendig med en nærmere tolkning for å fastlegge rekkevidden av § 60 fjerde ledd, og da med utgangspunkt i lovens forarbeider. Bestemmelsen i § 60 fjerde ledd ble foreslått av reindriftslovutvalget. Flertallet redegjør bredt for lovutvalgets vurderinger når det gjelder reguleringen av interne forhold i reindriften og herunder reintallet (avsnitt 63 – 75). Lovutvalgets vurderinger viser, ifølge flertallet, at bestemmelsen i § 60 fjerde ledd (utkastet § 9-4 femte ledd) ikke var ment som en regel for reduksjon av reintallet, men hadde et annet formål, og det siteres (avsnitt 73) fra lovutvalgets merknader til bestemmelsen, NOU 2001: 35 s. 179:

«[...] Denne bestemmelsen har blant annet som formål å hindre at reindriften blir konsentrert om noen få store siidaandeler. Regelen innebærer ikke i seg selv en reduksjon av antall rein i siidaen, men betyr at siidaens reintall må fordeles på flere siidaandeler. Nye siidaandeler må altså opprettes for å unngå at reintallet pr. siidaandel overstiger den øvre grense.

Vi kan tenke oss at det bare er to siidaandeler i en sommersiida, og hver har 1.200 rein. Hvis det settes et øvre reintall pr. siidaandel på 600, innebærer det at det må opprettes to nye siidaandeler. De to siidaandelene kan innenfor reglene i kap. 4 selv velge hvem som skal få de nye siidaandelene.»

Etter å ha redegjort for lovutvalgets vurderinger konkluderer førstvoterende:

«Jeg finner på bakgrunn av denne gjennomgangen ingen holdepunkter for at bestemmelsen i § 60 fjerde ledd fra reindriftslovutvalgets side var ment som et virkemiddel i forbindelse med reintallsreduksjon.» (avsnitt 74)

Hun påpeker videre at heller ikke departementets vurderinger i Ot. prp. nr. 25 (2006-2007) gir støtte for at § 60 fjerde ledd kan benyttes som ledd i reintallsreduksjonen innad i siidaen. Det er bestemmelsen i § 60 tredje som gir anvisning på fremgangsmåten: Blir siidaandelene ikke enige om en reduksjonsplan, skal det skje en forholdsmessig reduksjon. Bestemmelsen i fjerde ledd kan da ikke samtidig være «ment som en generell regel som kan benyttes til å gjennomføre reintallsreduksjon basert på flertallsvedtak i distriktsstyret». En slik forståelse ville undergrave mindretallsvernet som reduksjonsmodellen i § 60 tredje ledd bygger på (avsnitt 79).

Førstvoterende peker også på at fraværet av betryggende saksbehandlingsregler for vedtak etter § 60 fjerde ledd også styrker oppfatningen om at bestemmelsen ikke er ment som en reduksjonsregel (avsnitt 84).

Mindretallet, to dommere, hadde et annet syn, og mente at flertallets forståelse av § 60 fjerde ledd ikke hadde støtte i bestemmelsens ordlyd. Og annenvoterende uttaler at «[u]t fra en ordinær språklig tolkning fremstår § 60 fjerde ledd som en generell regel, og det

fremgår uttrykkelig av lovteksten hvordan bestemmelsen virker sammen med regelen i § 60 tredje ledd ved en reintallsreduksjon» (avsnitt 100). Mindretallet mente at lovens forarbeider ikke rokket ved en slik anvendelse av § 60 fjerde ledd. Mindretallet mente at siktemålet med § 60 fjerde ledd var «dels å regulere ressursgrunnlaget, dels å hindre at et distrikts reindrift blir utøvet av noen få siidaandeler med mange rein, og hvor de som arbeider i reindriften først og fremst blir innleid arbeidskraft» (avsnitt 104). Mindretallet viste her til lovutvalgets uttalelser på s. 110 og s. 179 i NOU 2001: 35.

Distriktsstyrets fremgangsmåte ved fastsettelsen av et øvre reintall for siidaandelen brøt ifølge mindretallet heller ikke med en allmenn oppfatning i reindriften knyttet til reintallsreduksjon (avsnitt 112). Dersom loven tolkes slik at § 60 fjerde ledd ikke kommer til anvendelse ved en reintallsreduksjon, vil bestemmelsen dessuten få liten praktisk betydning (avsnitt 115). Annenvoterende oppsummerte mindretallets syn slik:

«En naturlig lesning av loven tilsier at reindriftsloven § 60 fjerde ledd er en bestemmelse som kan anvendes generelt – herunder som ledd i en prosess for reintallsreduksjon. Lovens forarbeider gir ingen holdepunkter for en annen forståelse, og formålet med bestemmelsen ivaretas mest effektivt på denne måten. Løsningen innebærer også at man unngår å måtte ta stilling til den nærmere avgrensning av bestemmelsens anvendelsesområde.» (avsnitt 117)

Mindretallet pekte også på at flertallets løsning innebar at alle siidaandeler fikk vetorett. Dette ville gi den enkelte siidaandel mulighet til å komme i en bedre posisjon enn alle andre som lojalt har fulgt en reduksjonsplan. Det ble vist til at i den aktuelle sak hadde fire andre siidaandeler med om lag like mange rein som Anti, sluttet seg til vedtaket om en øvre grense på 650 rein per siidaandel. Videre hadde fem siidaandeler med lave historiske reintall akseptert lavere individuelle tak på antall rein for sine siidaandeler (avsnitt 118).

Anti hadde også gjort gjeldende at vedtaket i reinbeitedistriktet krenket hans rettigheter etter EMK P1-1. Flertallet fant på grunnlag av sin forståelse av § 60 fjerde ledd det ikke nødvendig å ta standpunkt til denne anførselen. Mindretallet, som fant at distriktets vedtak lå innenfor § 60 fjerde ledd, drøfter imidlertid om vedtaket var i strid med EMK P1-1.

Mindretallet presiserer at det ikke er vernet av eienomsretten til rein i seg selv som her er utfordret. Selve inngrepet var ifølge mindretallet heller ikke uforholdsmessig og det var også begrunnet i samfunnets interesser. Problemstillingen knyttet seg først og fremst til den såkalte kontrollregelen i EMK P1-1 annet ledd:

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest

or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

For inngrep som er beskyttet etter EMK P1-1, gjelder et krav om lovhjemmel. Ifølge praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) innebærer dette kravet at lovreglene må være tilgjengelige, presise og forutsigbare (avsnitt 129). Reglene i reinl. § 60 er utvilsomt tilgjengelige, men det som kunne skape tvil var om reglene var tilstrekkelig presise og forutsigbare. Mindretallet fant at også disse krav var oppfylt, og viste i denne sammenheng til HR-2019-A *Eksportkontroll* (avsnitt 131).

Utenom anken reiste Høyesterett spørsmålet om lagmannsretten hadde vært rett sammensatt, jf. tvisteloven § 29-20 tredje ledd, annet punktum. Da saken ble behandlet i Hålogaland lagmannsrett var en av de tre fagdommerne jordskiftedommer. Retten kom enstemmig til at domstoloven § 12 ikke ga adgang til å sette lagmannsretten med en jordskiftedommer i denne konkrete saken. Men siden saken gjaldt et lovtolkingsspørsmål som Høyesterett kunne prøve fullt ut, var det både unødvendig og prosessøkonomisk uheldig å oppheve lagmannsrettens dom. Feilen ble derfor ikke tillagt virkning.

Når det gjelder saksomkostninger, var en samlet rett enig i at saksomkostninger ikke skulle tilkjennes for noen instans, fordi saken hadde reist et uavklart tolkningsspørsmål av betydning for reindriftsnæringen, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Kirsti Strøm Bull

Tingsrett – impulser til og fra Forskergruppe i naturressursrett

Rettigheter til landarealene i Norge, langs kysten og i Innlandet, i bygd og by, er – som vi alle vet – skapt i møte mellom menneskers behov og muligheter – og essensielle for befolkningens vel. Tingsretten er således naturlig en av de mest sentrale juridiske disipliner, og eiendomsretten – rådighetsretten over fast eiendom og andre ting (og tilknyttede/«aksessoriske» ressurser) – inngår som selvfølgelig bestanddel av naturressursretten. I 2004 hentet derfor tingsrettsgruppen ved IFP fram grunntanken bak Thor Falkangers «Eierrådighet og samfunnskontroll» og initierte Forskergruppe i naturressursrett – til fremme av juridisk forskning på områdene for tingsrett (herunder plan- og ekspropriasjonsrett), miljørett (herunder klimarett) og energirett – samt annen juss vedrørende bruk og vern av «ressurser», slik som jord, luft og vann, samt fauna og flora. Gruppen ble opprettet i 2005, med NIFS som vertsinstitutt, og med professor i miljørett Hans Chr. Bugge som leder.

Gjennom femten år har gruppen bestått av om lag 20 – 25 deltakere, både professorer, amanuenser, stipendiater og studenter ansatt som assistenter. Gruppen har ivaretatt en rekke eksternfinansierte prosjekter, i størrelsesorden ca. 25 mill. kr, noe som har resultert

i seks ph.d.-avhandlinger, en hel rekke masteroppgaver og etter hvert flere nye ansatte.

Nytten av alt dette for tingsretten kan vanskelig overdrives. Helt konkret gis her de tingsrettsfaglige ved IFP sentrale roller i en rekke av gruppens prosjekter, slik som f.eks. Utmarksprosjektet, PlanCoast, FutGraze og Plan- og ekspropriasjonsretten, se nærmere gruppens hjemmesider. På denne måten synliggjøres og virkeliggjøres et potensial for tingsrett som juridisk forskningsfelt i en større grad enn det som historisk har vært anerkjent ved IFP som sådan, om enn ikke ved fakultetet som helhet.

Mot denne bakgrunn burde det ikke overraske at tingsrettsgruppen ved IFP verdsetter det ovenfor beskrevne forskningssamarbeidet svært høyt, og at vi er innstilt på å fortsette ferden, iallfall i en ny femårsperiode. I parentes nevnes imidlertid at vi parallelt har et blikk for andre grenseflater og samarbeidsrelasjoner, slik som dette at eiendomsretten som privatrettslig posisjon har et interessant slektskap til immaterialrettslige posisjoner, og at eiendomsrett er kommersielt interessant og således er fundamental for kommersiell rett. Og, for å brette ut et litt større lerret med utgangspunkt i lærdommer fra naturressursretten, kunne man spørre om ikke forholdet mellom privat og offentlig rett på miljø- og naturressursrettens område kan sammenlignes med ditto på markedsrettens område.

Endre Stavang og Geir Stenseth

FORSIKRINGSRETT

Spørsmål om regress mellom forsikringsselskaper ved salg av bolig (HR-2019-2386-A)

Saken gjelder krav om regress fra et boligkjøperforsikringsselskap mot et eierskifteforsikringsselskap for kostnader til sakkyndig bistand for å avklare selgerens mangelsansvar etter salg av bolig. Spørsmålet er om regressadgangen er avskåret etter skadeserstatningsloven § 4-3, jf. § 4-2.

Eieren A av en bolig oppdaget under en vårflokk i 2013 at grunnen på gårdsplassen og under grunnmuren sank. A traff tiltak for å unngå videre skade, men unnlot å følge et sakkyndig råd om å grave en dreneringsgrøft for å unngå lignende hendelser i fremtiden.

Høsten 2013 ble eiendommen solgt til B. A opplyste om flomskaden, men tilføyde at den var «utbedra». Dette var uriktig, siden den anbefalte dreneringsgrøften ikke var gravet. A og B var i saken enige om at feilen ikke var grovt uaktsom. A tegnet ved overdragelsen eierskifteforsikring hos AmTrust International Underwriters Ltd (AT), mens B tegnet boligkjøperforsikring hos Qudos Insurance AS (Q). Dette er en form for rettshjelpforsikring.

B oppdaget i 2014 synkehull på eiendommen og engasjerte sammen med Q sakkyndige for å kartlegge årsak

ken. De sakkyndige undersøkelsene kostet ca. 270 000 kroner. Utgiftene var nødvendige for å avklare As mangelsansvar. Beløpet ble dekket av Q under boligkjøperforsikringen, som ga Q rett til å kreve regress for kostnadene hos selgeren om det var grunnlag for dette. Tvisten for Høyesterett var om Q hadde krav på å få dekket dette utlegget av selgerens forsikringsselskap, AT, eller om kravet var avskåret pga. bestemmelsene i skl. § 4-3 jf. § 4-2. AT anførte at disse bestemmelsene måtte gjelde selv om det forelå et kontraktsforhold mellom selgeren og kjøperen, mens dette ble avvist av Q.

Høyesterett tar utgangspunkt i ordlyden i skl. § 4-2 jf. § 4-3 og peker på at bestemmelsene bruker begrepene «skadevolder», «skadelidt» og «skade». Etter vanlig språkbruk omfatter uttrykket «skade» ikke en mangel ved fast eiendom. Det er heller ikke naturlig å karakterisere selger og kjøper som «skadevolder» og «skadelidt» i en slik situasjon (avsnitt 39-42).

Høyesterett går deretter detaljert gjennom lovhistorikken med utgangspunkt i den tidligere bestemmelsen om forsikringsselskapers regressadgang i forsikringsavtaleloven § 25, hvor første ledd første punktum lød:

«Kan den sikrede forlange at tredjemann erstatter skaden, inntreter selskapet i den utstrekning det har betalt erstatning til den sikrede, i hans rett mot tredjemann.»

Også denne bestemmelsen brukte uttrykket «skaden», og forarbeidene ga uttrykk for at tilfeller som i saken her lå utenfor bestemmelsen. Bestemmelsen ga derfor ikke grunnlag for å avskjære regress (avsnitt 46).

Høyesterett går videre gjennom utviklingen av reglene i skadeserstatningsloven. Skl. ble vedtatt i 1969 og daværende § 3-1 første ledd lød: «Reglene i denne lov gjør ingen innskrenkning i det ansvar som påhviler noen etter kontrakt». Ved en revisjon i 1973 ble bestemmelsen flyttet uendret til § 4-1 første ledd, som ble opphevet samtidig som § 4-2 og § 4-3 ble vedtatt. AT anførte at opphevelsen måtte innebære at § 4-2 omfatter ansvar etter kontrakt. Høyesterett er ikke enig i dette. Høyesterett går gjennom bakgrunnen for at § 3-1 ble tatt inn i loven (avsnitt 51) og begrunnelsen for at bestemmelsen ble opphevet (avsnitt 52-61) og oppsummerer slik i (avsnitt 64):

«Det generelle utgangspunktet om at regressadgangen i kontraktsforhold ikke reguleres av skadeserstatningsloven § 4-2 og § 4-3, er ikke forlatt i forarbeidene. Dette utgangspunktet nyanseres imidlertid i noen nærmere angitte tilfeller. Det er bakgrunnen for at regelen i § 4-1 første ledd ble opphevet – den var for kategorisk. Opphevelsen av § 4-1 første ledd gir altså ikke grunnlag for den motsatte slutning; at etter opphevelsen skulle § 4-2 gjelde generelt i kontraktsforhold».

Høyesterett viser deretter til at Høyesterett i Rt-1993-1018 hadde følgende omtale av ordlyden i § 4-2:

«Uttrykkene 'den ansvarlige skadevolder' og 'den ansvarlige selv' kan ikke uten vold mot naturlig språkbruk oppfattes til å omfatte et trafikkforsikringsselskap som i denne egenskap er forpliktet til å erstatte skade som en motorvogn gjør.»

Høyesterett anfører at «vektleggingen av ikke å gjøre «vold mot naturlig språkbruk», samsvarer godt med den ordlydsforståelsen jeg tidligere har gitt uttrykk for» (avsnitt 69). Høyesterett refererer videre til omtalen av forarbeidene i 1993-dommen, hvor det heter: «Hadde det vært meningen å oppheve den grunnleggende regel om regress mot trafikkforsikreren uten at dette framgår av lovteksten, måtte det iallfall kreves at dette kom til uttrykk i lovforarbeidene på en utvetydig måte.» Høyesterett bemerker at den «grunnleggende regelen om regress» som det her henvises til, er bekreftet i HR-2017-2414-A avsnitt 47 og HR-2018-577-A avsnitt 72 med videre henvisninger (avsnitt 70). På dette punktet fremhever Høyesterett også reelle hensyn:

«I den siste dommen fremholdes i avsnitt 82 at når det ble tillatt regress i den saken, ville det «medføre at tapet blir liggende på den siden det bør». Det samme hensynet gjør seg gjeldende i saken her. Avskjæring av regress ville gripe inn i den risikofordelingen som er detaljert regulert i avhendingsloven, etter en nøye avveining av partenes interesser i denne kontraktstypen. I saken her er det selgeren av eiendommen som i utgangspunktet er ansvarlig for utgiftene til å klarlegge årsaken til mangelen. Avskjæres regress, flyttes den økonomiske belastningen til kjøpersiden. Tillates regress fra kjøpernes forsikringsselskap, ender utgiftene på selgersiden. Der hører de hjemme» (avsnitt 71).

Dommen gjelder regress for utgifter på kjøpersiden som ble omfattet av kjøpers rettskjøperforsikring. Den gir imidlertid en avklaring på en bredere konflikt som i lengre tid har bestått mellom selgerens eierskifteforsikring og kjøperens boligforsikring. Situasjonen har da vært at boligselgerforsikringen har hevdet at deres ansvar for selgerens mangler etter avhl. ikke gjelder når kjøperen har tingsskadeforsikring for boligen, dvs. at kjøperens tap er kanalisert til egen tingsskadeforsikring pga. bestemmelsen i skl. § 4-3 jf. § 4-2, se nærmere Trine-Lise Wilhelmsen, «Forsikring og regress ved salg av bolig», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2018 s. 108 flg. og «Regress i skadeforsikring», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2019 s. 7 flg. på s. 14-15. I artikkelen om «Forsikring og regress ved salg av bolig» fremheves nettopp det reelle hensyn Høyesterett her nevner, men da i et litt bredere perspektiv:

«Lovgiver har gjennom avhendingsloven etablert et detaljert risikofordelingssystem mellom selger og kjøper, og lagt til grunn at det er naturlig at selgeren som sitter med best kunnskap om eien-

dommen har en betydelig risiko for mulige mangler/skader som boligen måtte ha. Reglene om kjøperens krav mot selgeren for mangler ved eiendommen er preseptoriske til fordel for kjøperen, jf. avhl. § 1-2 nr. 2. Selgeren og kjøperen kan derfor ikke avtale at kjøperen skal ha et mer vidtrekkende ansvar enn loven tilsier. Det ville da være nokså inkonsekvent om denne preseptoriske risikodelingen skulle settes til side av den deklarasjonsregelen i skl. § 4-2 fordi kjøperen er dekket av en tingsskadeforsikring. Riktignok kommer kjøperen ikke dårligere ut fordi han forutsetningsvis får tilsvarende dekning under boligforsikringen. Men § 4-3 stenger i så fall boligforsikringens regress mot eierskifteforsikringen, og tapet blir derfor liggende hos kjøperens forsikring. Dette betyr at finansieringen av selgerens mangelsansvar flyttes til kjøperkollektivet gjennom premien for kjøperens boligforsikring. En mer naturlig løsning er at de preseptoriske reglene i avhl. går foran skl. § 4-2.»

Ut fra dette er det ikke vanskelig å være enig i Høyesteretts avgjørelse i denne saken.

Trine-Lise Wilhelmsen

IMMATERIALRETT

Videresalg av e-bøker er ikke tillatt – EU-domstolens dom av 19. desember 2019 i sak C-273/18 (Tom Kabinet)

EU-domstolen har nå tatt stilling til et spørsmål som har vært mye diskutert, særlig etter domstolens dom i sak C-128/11 (UsedSoft). I den saken kom EU-domstolen til at regelen om spredningsrettens konsumpsjon i dataprogramdirektivet (dir. 2009/24/EU) art. 4 fikk anvendelse på videreoverdragelse av programlisenser. Med andre ord kunne programvarelisensene videregisles. I Tom Kabinet-saken var det på tilsvarende vis spørsmål om regelen om spredningsrettens konsumpsjon i opphavsrettsdirektivet (dir. 2001/29/EF) art. 4(2) får anvendelse ved videresalg av e-bøker. EU-domstolen besvarte spørsmålet benektende i dommen av 19. desember 2019, bl.a. med henvisning til at handlingene det her er tale om ikke berøres av spredningsretten (art. 4(1)), men av retten til overføring til allmennheten (art. 3(1)), og for sistnevnte finnes det ingen konsumpsjonsregel (jf. art. 3(3)). I den forbindelse ga EU-domstolen dels en formell og dels en reell begrunnelse for hvorfor videresalg av e-bøker behandles annerledes enn videresalg av programvarelisenser. Som vi straks skal se på, er det mulig å hevde at den formelle begrunnelsen i hovedsak er mer solid fundert enn den reelle.

Kort om saksforholdet: Tom Kabinet er et nederlandsk nettsted som driver med salg av e-bøker. Tjenesten har hatt litt ulike fasetter, men i den siste, som

var gjenstand for saken som kom opp for EU-domstolen, er den organisert som en leseklubb. Dette innebærer at medlemmene av leseklubben, som er åpen for alle, kan levere brukte e-bøker til Tom Kabinet og betale en pris på 2 EUR for å kjøpe bøker som andre medlemmer har levert. Spørsmålet som EU-domstolen formulerte på bakgrunn av spørsmålene som ble stilt fra den nederlandske domstolen, var «om levering af en e-bog ved download med henblik på tidsubegrenset anvendelse er omfattet af begrebet «overføring til almenheden som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 eller af begrebet «spredning til almenheden» som omhandlet i dette direktivs artikel 4, stk. 1» (avsnitt 34). Som sagt er svaret på spørsmålet avgjørende for om konsumpsjon av opphavsrettighetene skjer i denne situasjonen, og EU-domstolens standpunkt er altså at det gjør det ikke.

For kort å gjengi hovedpunktene i den formelle begrunnelsen for EU-domstolens standpunkt: For det første bygger WIPO-konvensjonen om opphavsrett fra 1996 (WCT) på et skille mellom spredning av fysiske eksemplarer og overføring til allmennheten som omfatter alle former for digitale overføringer (avsnitt 39 – 40). For det andre indikerer forarbeidene til opphavsrettsdirektivet – som gjennomfører WCT – at et tilsvarende skille har vært tilsiktet (avsnitt 41 – 45). For det tredje støttes det samme av formålet bak og fortalen til opphavsrettsdirektivet (avsnitt 46 – 51). For det fjerde skiller denne saken, ifølge EU-domstolen, seg fra UsedSoft-saken ved at den sistnevnte gjaldt dataprogramdirektivet, som i denne sammenhengen må anses som *lex specialis* i forhold til opphavsrettsdirektivet. Med henvisning til UsedSoft-dommen uttaler EU-domstolen at reguleringen i dataprogramdirektivet, som bare inneholder en spredningsrett og ingen enerett til overføring til allmennheten, er felles for fysisk og elektronisk eksemplarspredning. Dette skiller seg ifølge EU-domstolen fra reglene i opphavsrettsdirektivet, der en klar sonndring mellom elektronisk og fysisk spredning var tilsiktet (se avsnitt 55 – 56).

På denne bakgrunn kommer EU-domstolen til at levering av e-bøker for nedlasting med henblikk på tidsubegrenset bruk, er omfattet av eneretten til overføring til allmennheten, nærmere bestemt alternativet tilrådighetsstillelse på forespørsel («on demand») i opphavsrettsdirektivet art. 3(1). For å komme frem til den konklusjonen avviser EU-domstolen for det første standpunktet fra den nederlandske foreleggelsesdomstolen om at det ikke skjer noen overføring ved selve tilbudet av e-boken på leseklubbens plattform. Med henvisning også til sin tidligere praksis, understreker EU-domstolen at det i «forespørselssituasjonene» er tilstrekkelig at verkene stilles til rådighet for allmennheten uten at det er et krav om at de faktisk benyttes (se avsnittene 60 – 65). For det andre konstaterer EU-domstolen, også med henvisning til tidligere praksis, at begrepet *allmennheten* i denne sammenhengen omfatter et ubestemt

antall potensielle mottakere. Kriteriet er oppfylt når «flere uafhængige personer, der indgår i almenheden, på forskellige steder og tidspunkter får individuel adgang til et værk, der er på et offentligt tilgjengelig websted» (avsnitt 67). I den forbindelse presiserte EU-domstolen at ettersom leseklubben var åpen for alle interesserte og det ikke var innført tekniske beskyttelsessystemer på klubbens plattform som sikret at det bare var adgang til å laste ned et enkelt eksemplar av et verk i en enkelt periode (jfr. sak C-174/15 (VOB) vedrørende digitale utlån), var antallet personer som samtidig eller etter hverandre hadde tilgang til det samme verket via plattformen, betydelig. Overføringen skjedde derfor til allmennheten (avsnitt 69). EU-domstolen konstaterte også at overføringen skjedde til en *ny allmennhet* – altså en allmennhet som rettighetshaverne ikke tok i betraktning ved den første overføringen av verket. Poenget med tjenesten var jo å gi nye brukere tilgang til bøkene som var kjøpt, og de måtte også tegne en egen brukerlisens for dette (avsnitt 71).

I UsedSoft-saken var det som kan hevdes å være den reelle begrunnelsen for at opprinnelige brukerlisenser kunne videreselges, at den økonomiske realiteten for slikt videresalg var den samme som ved videresalg av fysiske eksemplarer. I Tom Kabinet, derimot, uttaler EU-domstolen at det ikke kan «lægges til grund, at levering af en bog på et fysisk medium og levering af en e-bog er ens fra et økonomisk og funktionelt synspunkt». I den forbindelse viser EU-domstolen, i likhet med generaladvokaten, til at «dematerialiserte» digitale kopier ikke forringes, i motsetning til fysiske bøker, slik at brukte kopier utgjør perfekte substitutter for nye kopier. Videre uttaler EU-domstolen at «handel med sådanne kopier [kan] ske uden yderligere foranstaltninger eller udgifter, og et parallelt brugtmarked kan således have langt større innvirkning på rettighetshaverens interesse i at opnå et passende vederlag for deres værker end brugtmarkedet for rørlige ting» (avsnitt 58).

Denne argumentasjonen er ikke helt uten problemer hvis man sammenlikner med den i UsedSoft-dommen. Det mer analoge eksemplet er nok at salg av digitale filer på en fysisk bærer, f.eks. en USB-stick (som det kan lastes inn en e-bok i, f.eks.) vil anses som spredning, mens digital overføring altså reguleres av andre regler etter EU-domstolens dom. Argumentet om sekundærmarkedets underminering av primærmarkedet kan like gjerne fremføres i «UsedSoft-situasjonen», der videresalg av den «perfekte kopien», som ikke skiller seg fra originalen, konkurrerer med salg av førstnevnte. Påstanden om at elektronisk videresalg underminerer markedet for fysiske bøker kan sikkert ha noe for seg, men forutsetter at det er tale om konkurranse på samme marked, hvilket bør kreve mer underlag enn et rent postulat. Et mer viktig argument, om man først skal sammenlikne, er dataprogrammers avhengighet av hyppige oppdate-

ringer, kombinert med EU-domstolens standpunkt i UsedSoft om at konsumpsjon av spredningsretten ikke gir rett til vedlikehold og oppdateringer. Ettersom et brukt dataprogram lett kan bli utdatert, vil videresalg av programmet uten oppdateringsretten kunne innebære at det er tale om et reelt brukssalg. Motsatt kan man argumentere for at e-bøker ikke er like sårbare for oppdateringer, slik at videresalg i større utstrekning kan underminere primærmarkedet for e-bøker. Som det ses har problemstillingen mange implikasjoner, og EU-domstolen skrapet i beste fall kun på overflaten i disse spørsmålene. At det *kan* være reelle, og ikke bare formelle, grunner for å skille mellom videresalg av henholdsvis dataprogrammer og bøker, er en annen sak.

Et siste poeng som EU-domstolen er innom i denne forbindelse, gjelder det faktum at også e-bøker inneholder dataprogrammer. Spørsmålet er i så fall om videresalg av e-bøker skulle følge UsedSoft-doktrinen av den grunn. Det avviser EU-domstolen, med den begrunnelse at «et sådant program kun har accessorisk karakter i forhold til det værk, som er inneholdt i e-bogen». I den forbindelse bygger EU-domstolen på et synspunkt om hva som er det «vesentligste element» i en e-bok, og den klare implikasjonen er at det er bokinnholdet (avsnitt 59). Synspunktet har en parallell til den svenske Högsta domstolens dom i NJA 2000 s. 580 (Nintendo/Sega), der det legges til grunn at dataprogrammet er det mest dominerende elementet i et dataspill (sammenliknet med filmverket i slike spill). Om EU-domstolen vil være enig i sistnevnte betraktning skal foreløpig være usagt. Men spørsmålet er interessant i lys av den ulike behandlingen av dataprogrammer og e-bøker i Tom Kabinet, og introduksjonen av synspunktet «vesentligste element» i sammensatte verk. Som EU-domstolen er inne på, avviker det sistnevnte synspunktet fra tilnærmingen i sak C-355/12 (Nintendo), som riktignok gjaldt en annen situasjon. Det ligger en liten avklaring i dette i hvert fall (se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, 2. utgave, Oslo 2019 s. 137 – 138).

Ole-Andreas Rognstad

Ny lov om vern av forretningshemmeligheter

Den 18. oktober 2019 la Justisdepartementet frem for Stortinget forslag til en ny lov om vern for forretningshemmeligheter (Prop. 5 LS (2019-2020)). Forslaget skal gjennomføre EUs direktiv 2016/943 om vern av forretningshemmeligheter.

Vårt lovverk beskytter i dag forretningshemmeligheter med bestemmelser i straffeloven §§ 207 og 208, og i markedsføringsloven § 28. Disse bestemmelsene vil bli opphevet ved den nye loven. Materielt synes lovforslaget ikke å ville innebære store endringer i norsk rett, verken når det gjelder hva som kan vernes som en forretningshemmelighet, eller i hvilke tilfeller tilegnelse, videreformidling og utnyttelse av andres forretnings-

hemmeligheter vil være ulovlig. Når rettsområdet blir en del av EU-retten, skal vi imidlertid ikke se bort fra at våre tilvante forestillinger om vernet kan måtte revideres av senere praksis fra EU-domstolen.

Sanksjonssystemet, hvilke sanksjoner innehavere av forretningshemmeligheter kan iverksette mot inn-gripere, blir mer nyansert enn i dag og trolig styrket. I tillegg medfører forslaget endringer i prosesslovgivningens regler om behandling av forretningshemmeligheter under rettssaker.

Lovforslaget er i hovedsak bygd opp som direktivet, men er betydelig kortere enn direktivteksten. Herunder er en del eksplisitte unntak fra vernet, for eksempel at det kan være rettmessig å røpe forretningshemmeligheter som del av en *varsling* («whistle blowing»), ikke tatt inn som eksplisitte unntak i lovteksten. Departementet lar i stedet unntakene være omfattet av en generell rettsstridsreservasjon om at bare den «urettmessige» videreformidling og bruk av forretningshemmeligheter rammes av loven.

Harald Irgens-Jensen

Kan en datamaskin være oppfinner?

Med utviklingen av kunstig intelligens («KI» eller «AI» («artificial intelligence»)) får vi uvegerlig spørsmålet: Kan man få patent på oppfinnelser som er gjort av datamaskiner? Det europeiske patentverk (EPO) har i to nye avgjørelser slått fast at det etter Den europeiske patentkonvensjon (EPC) i hvert fall må være et menneske oppført som oppfinner i patentsøknaden. Ettersom den norske patentloven i stor grad skal tolkes så det oppnås harmoni med EPC, er avgjørelsene interessante også for norsk patentrett.

Avgjørelsene gjaldt to patentsøknader, EP 18 275 174 og EP 18 275 163, som begge var sendt inn uten at oppfinneren var navngitt. Da dette ble påpekt som en mangel av EPOs saksbehandler, opplyste søkeren at oppfinnelsene var gjort av maskinen DABUS. Søkeren mente at han som eier av DABUS også måtte eie rettighetene til oppfinnelser som DABUS skapte. Søkeren anførte videre at det måtte være i tråd med patentsystemets formål å anerkjenne datamaskiner som oppfinnere: Det ville etter søkerens mening gi insentiver til gjennom patentsøknader å offentliggjøre hvordan maskinskapte oppfinnelser virker, til nyskaping og til kommersialisering av oppfinnelser.

EPO avviste imidlertid søknadene i november 2019. Begrunnelsen bak avslagene ble offentliggjort 27. januar i år. Den er av den mer formalistiske sorten: Etter EPC artikkel 81 skal oppfinneren navngis i søknaden, og ifølge EPO forutsetter forarbeidene til denne bestemmelsen at bare fysiske personer kan være oppfinnere. EPO skriver så:

«AI systems or machines have at present no rights because they have no legal personality comparable

to natural or legal persons. Legal personality is assigned to a natural person as a consequence of their being human, and to a legal person based on a legal fiction. Where non-natural persons are concerned, legal personality is only given on the basis of legal fictions. These legal fictions are either directly created by legislation, or developed through consistent jurisprudence. In the case of AI inventors, there is no legislation or jurisprudence establishing such a legal fiction. It follows that AI systems or machines cannot have rights that come from being an inventor, such as the right to be mentioned as the inventor or to be designated as an inventor in the patent application.”

EPO begir seg ikke inn på noen drøftelse av de reelle hensyn som søkeren hadde anført for at oppfinnelser gjort av datamaskiner, bør kunne patenteres. Avgjørelsene drøfter heller ikke om datamaskinskapte oppfinnelser kan oppfylle patenterbarhetsvilkår som kravet til oppfinnelseshøyde.

Avgjørelsene er ikke endelige og kan ankes inn for EPOs appellkamre (Boards of Appeal).

Harald Irgens-Jensen

Overføring av utenlandsk domenenavn, varemerkeloven § 59. Høyesteretts dom 28. november 2019 (HR-2019-2213-A)

Saken gjelder krav om overføring av utenlandsk domenenavn til en norsk varemerkehaver etter varemerkeloven § 59.

Høyesteretts avgjørelse gjelder et spørsmål etter en tvist om varemerkeinnngrep mellom selskapet Appear TV AS og selskapet Video Communication Services AS. Appear TV hadde registrert det kombinerte varemerket APPEAR TV i 2009. Merket var registrert i klasse 9 for «[a]pparater for overføring og gjengivelse av lyd eller bilder, databærere, databehandlingsutstyr», i klasse 38 for «[s]ending av radio og televisjonsprogrammer» og i klasse 42 for tjenester innen samme områder. I tillegg hadde selskapet i 2014 registrert ordmerket APPEAR med beskyttelse for de samme klassene, i klasse 38 for «telekommunikasjon». Merkene er registrert i flere andre land.

Video Communication Services AS drev videokonferansetjenester fra nettstedet «appear.in» som er et indisk domene. Video Communication Services AS har endret navn på sin tjeneste, men har beholdt domenenavnet, og norske brukere som nå går inn på «appear.in» vil se informasjon om det nye navnet og en lenke til tjenesten.

Appear TV AS gikk til sak med krav blant annet om forbud mot bruk av domenenavnet «appear.in» og krav om overføring av domenenavnet etter varemerkeloven § 59. Etter anke kom lagmannsretten til

at bruken av domenenavnet «appear.in» gjorde inngrep i Appear TV AS sine varemerker, og at domenenavnet skulle overføres til Appear TV AS. Etter anke til Høyesterett, besluttet Høyesteretts ankeutvalg at anken skulle fremmes kun for kravet om overføring av domenenavnet «appear.in» til Appear TV AS. Det var altså rettskraftig avgjort at bruken av domenenavnet gjorde inngrep i Appear TV AS sine varemerker og at videre bruk av domenenavnet var forbudt.

Høyesterett kom til at domenenavnet skulle overføres til den norske varemerkehaveren. Høyesterett konstaterte først at § 59 gir grunnlag for pålegg om overføring av domenenavn for å forebygge fortsatt eller fremtidig varemerkeinngrep. Varemerkeloven § 59 ble endret i 2013 ved den frivillige gjennomføringen av EU-direktiv 2004/48/EF om håndheving av immaterialrettigheter. Før lovendringen fremgikk det av ordlyden at domenenavn kunne slettes eller overføres for å forebygge varemerkeinngrep, jf. også Rt-2004-1474, volvoimport.no. Det fremgår av forarbeidene at dette var forutsatt å være rettsstilstanden også etter lovendringen, og det bekreftes altså av Høyesterett (avsnitt 35-36).

Spørsmålet for Høyesterett var om territorialprinsippet, altså at bruken av domenenavnet på internett også må rette seg mot det norske markedet, begrenser hvilke tiltak som kan pålegges etter varemerkeloven § 59 for å forebygge fortsatt inngrep. Video Communication Services AS hadde vist til WIPOs (World Intellectual Property Organization) resolusjon «Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet» fra 2001 med anbefalinger blant annet om bruk av varemerker på internett. Høyesterett kom til at anbefalingen kunne gi inspirasjon ved tolkningen av den norske varemerkeloven, men at den ikke ga direkte veiledning i denne saken, fordi det ikke var snakk om bruk av varemerket til Video Communication Services. Det avgjørende etter anbefalingen ville uansett bli en proporsjonalitetsvurdering. Det ble også vist til at etter ICANNs («Internett Corporation for Assigned Names and Numbers») avtaleverk for registrering av internasjonale toppdomener, er domeneinnehaverne forpliktet til å akseptere domstolsavgjørelser om sletting og overføring av domenenavn som innebærer krenkelse av andres rettigheter (avsnitt 45). Høyesterett konkluderte med at den norske varemerkeloven § 59 ikke måtte tolkes innskrenkende på grunn av territorialitetsprinsippet, og at «norske varemerkehavere må sikres den beskyttelse som varemerkeloven gir anvisning på, også der krenkelsen skjer ved bruk av domenenavn på internett» (avsnitt 46).

Høyesterett vurderte så om overføring av domenenavnet var forholdsmessig, jf. varemerkeloven § 59 annet ledd. Høyesterett tok først stilling til om overføringen

var formålstjenlig. Selv om Video Communication Services AS hadde skiftet navn og nettsiden under domenet «appear.in» nå opplyste om det og lenket til det nye domenet, fant Høyesterett at bruken av domenenavnet var et klart inngrep i Appear TV AS sine varemerker, fordi informasjonen om navneskiftet ikke ble tilgjengelig før brukeren hadde kommet inn på hjemmesiden, jf. Rt-2004-1474, volvoimport.no. Overføring av domenet måtte derfor være formålstjenlig.

Kravet til forholdsmessighet i § 59 annet ledd ble tolket i lys av TRIPS-avtalens artikkel 46. Høyesterett kom til at tiltaket ikke må skape «stengsler mot «legitimate trade», men skal samtidig være effektivt for å hindre fremtidige inngrep», jf. også EU-direktivet 2004/48/EF artikkel 3 nr. 2 (avsnitt 57).

I den konkrete forholdsmessighetsvurderingen la Høyesterett vekt på at det var en viss trafikk på nettsiden under «appear.in» fra norske brukere. Videre ble det lagt vekt på at domenet hadde økonomisk verdi, og at en overføring derfor utvilsomt ville være en ulempe for Video Communications Services AS, men at overføringen ikke ville medføre at selskapet ikke ville kunne drive «legitimate trade», fordi et navnebytte var mulig uten uforholdsmessig ulempe. Til slutt (avsnitt 64) påpekte Høyesterett at det vanskelig kan tenkes andre effektive forebyggende tiltak mot fortsatt inngrep enn sletting eller overføring av domenet, når det er bruken av domenenavnet i seg selv som utgjør inngrepet.

Det sentrale spørsmålet i saken var om overføringen av det utenlandske domenet var forholdsmessig etter varemerkeloven § 59 annet ledd. Det blir en vurdering av virkningen for inngriperens utenlandske virksomhet i forhold til varemerkehavers behov for overføring for å forebygge fortsatt inngrep. Høyesterett la vekt på at overføringen ikke uforholdsmessig må hindre «legitimate trade». Det kan derfor tenkes at overføring kan bli uforholdsmessig dersom den internasjonale virksomheten drives under det samme varemerket internasjonalt, slik at et navnebytte innebærer at inngriperen må bytte sine internasjonale varemerker. I forholdsmessighetsvurderingen vil det nok også få betydning i hvilken grad domenet er rettet mot det norske markedet, i denne saken målt ved trafikken fra norske brukere på nettsiden. Det må vurderes opp mot det internasjonale omfanget av en ellers lovlig virksomhet. Dersom bruken av domenet, slik som i denne saken, i seg selv er et inngrep i norske varemerker, og det kan konstateres at siden (også) retter seg mot det norske markedet, viser avgjørelsen at hensynet til merkehaver tilsier at det er en viss terskel før overføring blir uforholdsmessig.

Inger Berg Ørstavik

Lovvalg familierett. Ektefellebidrag, kvalifikasjonsspørsmål (HR-2019-2420-A)

Innledning

Høyesterett avgjorde enstemmig i dom av 20. desember 2019 (HR-2019-2420-A) at norsk rett skulle anvendes på en tvist om et pengekrav oppstått i anledning skilsmissen mellom en norsk kvinne og en dansk mann.

Sentralt for lovvalget i saken var *kvalifikasjonsspørsmålet*. Kravet om betaling kunne anses som et krav om ektefellebidrag, eller som et krav om utjevning av formuen ved skiftet av boet og falle inn under reglene om ektefellenes formuesordning. Sondringen ville gi ulike resultater for lovvalget.

Saksforholdet

Det tidligere ekteparet giftet seg i Tyskland i 1992. Partene ble skilt i 2016. De hadde under ekteskapet bodd i Tyskland (4 år), Luxembourg (4 år), England (1 år) og Sveits (15 år).

Partene fremforhandlet en privat skifteavtale om fellesboet ved skilsmissen i tråd med sveitsisk rett, bopelslandet på separasjonstidspunktet. Dog klarte ikke partene å bli enige om en særskilt utbetaling fra den danske mannen (debitor B) til den norske kvinnen (kreditor A). Kreditor flyttet tilbake til Norge før uenigheten om utbetalingen var avklart. Debitor B tok ut søksmål for tingretten i mars 2017 for å få fastsettelsesdom på at A *ikke* hadde krav på utbetalingen etter *norsk* rett. B anførte at kravet var et ektefellebidrag. Lovvalgsspørsmålene ble skilt ut til særskilt behandling, slik at det materielle spørsmålet om utbetalingen ikke er avgjort. Saken for Høyesterett gjaldt dermed kun lovvalgsspørsmålet.

Tingretten kvalifiserte betalingskravet som ektefellebidrag, fant at lovvalgsregelen var *lex fori*, og avgjorde derfor at norsk rett skulle anvendes på det materielle spørsmålet. Lagmannsretten kvalifiserte derimot betalingskravet som tilhørende ektefellenes formuesordning. Etter lagmannsrettens kvalifikasjon utpekte da norske lovvalgsregler tysk rett, fordi Tyskland var parets første felles domsil.

Begge parter anket lagmannsrettens dom. For Høyesterett anførte kreditor A at det materielle kravet måtte avgjøres etter sveitsisk rett, mens debitor B anførte norsk rett.

Kilde- og metodespørsmål

Høyesterett angir i avsnitt 22-24 noen grunnlinjer for rettskildebruk og metodisk fremgangsmåte ved lovvalgsspørsmål. Det påpekes at norske domstoler skal anvende norske lovvalgsregler, her gjelder regelen om *lex fori* (avsnitt 22). Men den senere tids kilde- og metodeutvikling på dette rettsområdet be-

krefte ved at Irma Mignon-formelen anses som en subsidiær regel hvis «fastere» lovvalgsregler på området kan påvises. Det er rettskildemessig akseptabelt å utlede en norsk lovvalgsnorm fra internasjonale rettsinstrumenter hvis disse gir uttrykk for ensartede, faste og klare lovvalgsregler. Dette gjelder selv om Norge ikke skulle være bundet av de internasjonale kildene. Eventuelle lovvalgsregler i EU-retten tillegges spesielt stor vekt (avsnitt 23-24), jf. også HR-2017-1297-A *Bergen Bunkers*. Høyesterett fastslår at også kvalifikasjonsspørsmålet må avgjøres av *lex fori* (avsnitt 26), men trekker likevel inn EU-retten syn på kvalifikasjonen av slike krav (avsnitt 36), sml. prinsipputtalelsene på s. 1419 i Rt. 1995 s. 1415 *Joint account* for bruk av utenlandsk rett i kvalifikasjonsspørsmålet.

Kvalifikasjonsspørsmålet

Høyesterett drøfter kvalifikasjonsspørsmålet i avsnitt 26-36. Dette er et rettsystematisk spørsmål, og et eksempel på at rettslig kategorisering kan få materielle rettsvirkninger. Høyesterett fastslår at kravet på betaling mellom partene kan kvalifiseres på to måter: *Enten* som et krav som faller inn under ektefellenes formuesordning fordi det i realiteten dreier seg om utjevning av partenes formue, *eller* som et krav som faller inn under reglene om ektefellebidrag fordi det dreier seg om å støtte As fremtidige inntektsevne (avsnitt 27).

I avsnitt 28-34 drøfter Høyesterett den norske ekteskapslovens systematiske skille mellom formuesdeling og ektefellebidrag, og kommer frem til at rettsystematisk eksisterer et klart skille mellom de to kravstypene.

Høyesterett fastslår at for å skille mellom de to kravstypene må det legges avgjørende vekt på *formålet* med betalingen. Høyesterett understreker videre at en slik vurdering må bygge på kravets realiteter, ikke på hvordan kravet er betegnet eller oppgjørsformen partene har valgt. EU-domstolen har gitt uttrykk for samme syn både på formålsvurderingen og at kravets realiteter må danne grunnlag for kvalifiseringen, jf. C-220/95 *van Boogaard* avsnitt 21-27.

I avsnitt 37-41 vurderer så Høyesterett pengekravet i denne konkrete saken opp mot kvalifikasjonsregelen som er utviklet i avsnitt 26-36. Konklusjonen er at formålet med utbetalingen i denne saken er knyttet til kreditor As fremtidige inntektsevne, og derfor må anses som et krav om ektefellebidrag.

Et ektefellebidrag etter samlivsbruddet kan ses på som en regel om at den gjensidige underholdsplikten som gjaldt under ekteskapet må videreføres selv etter ekteskapets slutt. En utbetaling hvis formål knytter seg til fremtiden og den bidragsberettedes behov for og evne til å skaffe seg likvide midler til livsopphold vil normalt anses som et bidrag. En utbetaling med perspektiv mot fortiden og som knytter seg til formuen på separasjonstids-

punktet vil motsetningsvis falle under ektefellenes formuesordning.

Etter mitt skjønn er Høyesteretts utvikling av kvalifikasjonsregelen riktig, og subsumpsjonen på faktum i saken fremstår som korrekt. Betalingskravet i saken har et fremtids- og likviditetsperspektiv, ikke et fortids- og formuesperspektiv.

Lovvalgsspørsmålet

Når det da er avklart at pengekravet i denne saken er et krav om ektefellebidrag, går Høyesterett i avsnitt 42-58 videre med spørsmålet om hva som er lovvalgsregelen for slike bidragskrav.

I tråd med den «nye» fremgangsmåten for å utlede en norsk lovvalgsnorm, starter Høyesterett med å se på om det finnes en «fastere» lovvalgsregel for bidragskrav enn Irma Mignon-formelen. I avsnitt 44 fastslås at det *ikke* finnes noen klar lovvalgsregel i *norsk* internasjonal privatrett på dette punkt. Det finnes ingen lovregulering, ingen avgjørende rettspraksis, og i teorien spriker de ulike forslagene. Dermed ser førstvoterende på om det kan finnes et «fastere» rettsgrunnlag i internasjonale kilder (avsnitt 46-50).

Høyesterett tar utgangspunkt i Haag-konvensjonene ved drøftelsen av spørsmålet, og konkluderer i avsnitt 50 med at de internasjonale lovvalgsreglene *ikke* er tilstrekkelig ensartede og klare til å danne basis for en norsk lovvalgsregel, slik at Høyesterett isteden velger å bygge regelen på norsk juridisk teori (avsnitt 51-52). Det er dog grunn til å betvile deler av resonnementet i avsnitt 46-50 angående den internasjonale rettsstilstanden for lovvalg på bidragsområdet.

Det er fire internasjonale kilder på området som kan være relevante grunnlag for å utlede en regel: i) Haag-konvensjonen om lovvalg i saker om underholdsplikt fra 2. oktober 1973 (heretter *1973-konvensjonen*). ii) Haag-konvensjonen om internasjonal innkreving av barnebidrag og annen familiær underholdsplikt av 23. november 2007 (heretter *2007-konvensjonen*). iii) Haag-protokollen om lovvalg ved underholdsplikt av 23. november 2007 (heretter *2007-protokollen*). iv) EUs rådsforordning EU 4/2009 om kompetanse, lovvalg, anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsgjørrelser og samarbeid vedrørende underholdsplikt av 18. desember 2008, i kraft fra 18. juni 2011 (heretter *EU 4/2009*).

1973-konvensjonen inneholder i art. 4 en hovedregel om lovvalg som utpeker retten i bidragskreditors bostedsland («habitual residence»), men inneholder som påpekt av Høyesterett også en unntaksregel i art. 8 for bidragsspørsmål som oppstår i anledning skilsmissem, hvor det lands rett som regulerer skilsmissem skal regulere ektefellebidraget. Sveits er part i konvensjonen, men ikke Norge.

2007-protokollen inneholder en hovedregel om lovvalg i art. 3 som utpeker retten i bidragskreditors bostedsland («habitual residence»), med andre ord samme hovedregel som i 1973-konvensjonen. Men også i 2007-protokollen finnes et betydningsfullt

unntak for ektefellebidrag i art. 5. Den oppstiller en helhetlig vurdering av hvilket land som har nærmeste tilknytning til *ekteskapet*, med ekteparets siste felles bopelsland som viktigste tilknytningsfaktor. Verken Norge, Danmark eller Sveits er bundet av protokollen.

Høyesterett nevner ikke EU 4/2009 art. 15 som gjør 2007-protokollen til gjeldende EU-rett. Høyesterett nevner heller ikke at Norge har tiltrådt 2007-konvensjonen. Riktignok er det *protokollen* som inneholder lovvalgsregler for bidragsområdet, og selv om verken Norge eller Sveits har tiltrådt 2007-protokollen eller er bundet av EU 4/2009, ville det vært naturlig å trekke frem hele rettskildebildet i domsgrunnene.

Høyesterett avviser som nevnt at disse internasjonale kildene inneholder en tilstrekkelig fast lovvalgsregel til at en norsk norm kan utledes på basis av dem (avsnitt 50). Begrunnelsen er noe uklar. Den synes å være tredelt. For det første at regelen ikke er tilstrekkelig ensartet fordi ikke alle EU-land er tilsluttet protokollen. For det andre at Norge ikke er formelt bundet av noen av de internasjonale kildene. For det tredje synes Høyesterett mer implisitt å antyde at de internasjonale lovvalgsreglene på bidragsområdet er uensartet *innholdsmessig* slik at det uansett er liten veiledning å finne.

Det mest problematiske med Høyesteretts resonnement i avsnitt 46-50 er at det er rettskildemessig upresist. Alle EU-land, med unntak for Danmark og Storbritannia, har nemlig tiltrådt 2007-protokollens lovvalgsregler. Protokollen trådte i kraft i EU 1. august 2013, og EU har som såkalt REIO (Regional Economic Integration Organisation) bundet medlemsstatene samlet og samtidig.

I tillegg er lovvalgsreglene i 2007-protokollen gjort til EU-rett gjennom rådsforordning EU 4/2009 art. 15. Der fastslås det at lovvalgsreglene i 2007-protokollen gjelder som EU-rett. Det er tatt et forbehold om at forordningen bare gjelder for de land som er tilsluttet 2007-protokollen. Formuleringen av forbeholdet skyldes imidlertid at på tidspunktet for forordningens ikrafttredelse var ennå ikke 2007-protokollen gjort bindende for alle EU-land. Fra 1. august 2013 gjaldt lovfestede lovvalgsregler på bidragsområdet i hele EU, unntatt Danmark og Storbritannia, og reglene er forankret både i 2007-protokollen fra Haag og EU 4/2009.

Ut fra den praksis ved utledningen av lovvalgsnormer med basis i internasjonale kilder som Høyesterett har fulgt siden Bokhandler-dommen i Rt. 2009 s. 1537, *kunne* derfor 2007-protokollens lovvalgsregler vært anvendt som basis for en norsk norm i saken. Det ville vært interessant om Høyesterett hadde uttalt noe prinsipielt om hvor ensartet oppslutningen om et internasjonalt rettsinstrument må være for å anses relevant. Her er alle EU-land unntatt to tilsluttet protokollens lovvalgsregler.

Den andre delbegrunnelsen for å avvise de internasjonale kildene som grunnlag for vår egen norm kan

oppfattes som et brudd med den etablerte fremgangsmåten etter Rt. 2009 s. 1537. Høyesterett har ikke tidligere sett på manglende formell norsk tiltredelse som et kildeproblem hvis den internasjonale regelen fremstår som klar.

Den tredje delbegrunnelsen for å avvise de internasjonale kildene, kunne kommet klarere frem av domsgrunnene. Slik jeg oppfatter Høyesterett her så er de internasjonale lovvalgsreglene på bidragsområdet *innholdsmessig* såpass sprikende og uensartet at de ikke kan danne grunnlag for utledningen av en norsk norm. Dette tyder på at kravet til «fastere» lovvalgsregler internasjonalt har både en formell og en materiell side. Der det internasjonale regelverket blir for detaljert og finmasket, viker Høyesterett tilbake for å bruke det som basis for en norsk regel.

Siden Høyesterett avviste at veiledning kunne finnes i de internasjonale lovvalgsreglene, utledet man regelen fra norsk teoris to alternative forslag (avsnitt 51-52): *Lex fori* eller bidragskreditors bostedsland («vanlig bosted»). Etter en konkret vurdering (avsnitt 54-57) fant Høyesterett at begge alternativer ville medføre at norsk rett var anvendelig. Førstvoterende trengte således ikke å ta stilling til om den norske lovvalgsregelen var *lex fori* eller bidragskreditors bopelsland. Det ble derfor ingen avklaring av hva som er den norske regelen.

Avslutning

Kvalifikasjonsspørsmålet har etter mitt skjønn riktig resultat og begrunnelse.

Lovvalget er mer problematisk. Avvisningen av EU-rettens lovvalgsregler som basis for den norske regelen bygger på utilstrekkelig kildegrunnlag. Begrunnelsen for avvisningen blir dermed noe misvisende, og tilslører at materielt klare og håndterbare regler kan være like viktig som ensartet praksis ved denne avgjørelsen.

Sett i lys av Høyesteretts rolle som rettsavklarende prejudikatdomstol, er det noe skuffende at det ikke tas stilling til hva som er lovvalgsregelen i norsk rett, i det minste i et obiter dictum, slik at dette tvilsspørsmålet i norsk rett kunne blitt avgjort.

Thomas Rønning

Luganokonvensjonen artikkel 6 nr. 1. Høyesteretts kjennelse (HR-2019-2206-A)

Innledning

Konvensjonen om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker, 2007, (Luganokonvensjonen 2007) gjelder som norsk lov, se tvl. § 4-8, og bestemmelsene i konvensjonen går foran andre lovregler når vilkårene for konvensjonens anvendelse er oppfylt. Konvensjonens hovedregel er at en person med bosted i en konvensjonsstat alltid kan saksøkes ved domstolene i bostedsstaten, artikkel 2, men den har også i avsnitt 2 en

rekke særlige vernetingsregler. Tolkningen av konvensjonens regler om særlige verneting gir opphav til stadige nye rettstvister. Saken i HR-2019-2209-A gjelder blant annet bruken av kumulasjonsverneting i konvensjonens artikkel 6 nr. 1:

om han er en av flere saksøkte, ved domstolene for det sted hvor en av de saksøkte har bosted, forutsatt at kravene er så nært forbundet at det er ønskelig å forene dem til felles behandling og til felles avgjørelse for å unngå risiko for uforenlige avgjørelser som en følge av separat behandling.

Bestemmelsene i Luganokonvensjonen 2007 tilsvarer, med enkelte unntak, bestemmelsene i Brüsselforordningen (forordning 44/2001, avløst av forordning 1215/2012), og ved tolkingen av konvensjonens bestemmelser er norske domstoler forpliktet til å se hen til hvordan bestemmelsene i konvensjonen eller forordningen er blitt tolket av ECJ/EFTA-domstolen eller i andre EU/EØS-land.

Saken gjelder også kumulasjon på saksøkersiden, se tvl. § 15-1.

Bakgrunnen for kjennelsen

EU-kommisjonen traff i juli 2016 vedtak der en rekke selskaper som omsetter lastebiler, ble bøtelagt for langvarig prissamarbeid. For noen selskapers vedkommende ble boten satt til null, men andre fikk redusert bot fordi de hadde samarbeidet med EU-kommisjonen.

Det norske Volvo-selskapet, Volvo Norge AS, var i motsetning til flere andre selskaper i Volvo-konsernet, ikke adressert for og ikke omfattet av vedtaket.

Posten Norge sammen med 12 datterselskaper i og utenfor Norge hadde kjøpt et betydelig antall lastebiler fra selskap som var omfattet av kommisjonens vedtak, men også fra Volvos norske datterselskap. Posten-selskapene tok ut stevning ved Oslo tingrett ikke bare mot Volvo Norge AS, men også mot 14 utenlandske foretak med alminnelig verneting i land som er omfattet av Luganokonvensjonen. I stevningen gjorde saksøkerne gjeldende at bilene var blitt solgt til overpris, og at de saksøkte, også Volvo Norge AS, er solidarisk ansvarlige for de tap Posten-selskapene hadde lidd av den grunn.

Volvo Norge AS aksepterte for tingretten at samtlige Posten-selskaper kunne saksøke selskapet ved norske domstoler, se Luganokonvensjonen artikkel 2. De utenlandske saksøkte gjorde derimot gjeldende at de ikke kunne saksøkes i Norge fordi vilkårene for objektiv kumulasjon etter artikkel 6 nr. 1 ikke var oppfylt.

Tingretten fremmet saken. De utenlandske saksøkte anket til Borgarting lagmannsrett. Lagmannsretten kom til at kumulasjonsvilkåret var oppfylt for de norske Posten-selskapene mot de utenlandske saksøkte og fremmet søksmålet for deres del. På den annen side kom lagmannsretten til at kumulasjonsvilkårene ikke var oppfylt for de utenlandske Posten-selskapenes

søksmål mot de utenlandske saksøkte. Den delen av saken ble avvist.

Etter anke fra så vel de utenlandske Posten-selskapene som fra de utenlandske saksøkte behandlet Høyesterett saken i avdeling og kom i kjennelse 27. november 2019 (HR-2019-2206-A) enstemmig til at de utenlandske Posten-selskaperes søksmål mot de utenlandske saksøkte skulle fremmes, teknisk sett ved at de utenlandske selskaperes anke ble forkastet.

De utenlandske saksøktes anke over lagmannsrettens avgjørelse om at vilkårene for kumulasjon er oppfylt for de norske Posten-selskaperes søksmål mot dem, var en videre anke til Høyesterett, og rettens kompetanse var derfor, fordi anken gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse, begrenset, jf. tvl. § 30-6, til å gjelde rettens generelle rettslige forståelse av en skreven rettsregel, se § 30-6 bokstav c.

Fordi lagmannsretten – i motsetning til tingretten – hadde lagt til grunn at vilkårene for kumulasjon ikke var oppfylt for de utenlandske Posten-selskaperes søksmål mot de utenlandske saksøkte, hadde Høyesterett imidlertid ved avgjørelsen av dette spørsmålet full kompetanse, jf. tvl. § 30-6 bokstav a.

Generelt om Luganokonvensjonen artikkel 6 nr. 1.

Høyesteretts bemerkninger innledes med en generell redegjørelse for tolkingen av bestemmelsen i artikkel 6 nr. 1, se avsnitt 49-62. Vernet i Norge forutsetter at bestemmelsens tilknytningsvilkår er oppfylt. Kravet mot den i utlandet bosatte personen må være så nært forbundet med kravet mot en person bosatt her i landet at det er ønskelig å forene kravene for å forhindre uforenelige avgjørelser som følge av separate behandlinger. Bestemmelsen har som formål å forhindre at separat behandling av krav som er nært forbundet, skaper risiko for uforenelige avgjørelser.

EU-domstolen har sammenfattet rettstilstanden omkring artikkel 6 nr. 1 i sak C-352/13 Cartel Damage Claims (CDS) Hydrogen Peroxide SA. Det fremgår av avsnitt 16 flg. i EU-domstolens avgjørelse at bestemmelsen skal tolkes selvstendig på grunnlag av forordningens mål og oppbygning. Grunnlaget for tolkingen er konvensjonens regler og system – ikke den nasjonale retten.

Med støtte i avsnitt 20 i CDS-avgjørelsen peker Høyesterett på at det kreves at det er den samme rettslige og faktiske situasjonen som kan risikere forskjellig bedømmelse ved separat behandling. Forskjeller i rettsgrunnlag pga. ulikheter i landenes lovvalgsregler er ikke til hinder for anvendelsen av artikkel 6 nr. 1, se avsnitt 23.

Høyesterett uttaler i avsnitt 60 flg. at det også kan skje en kumulasjon etter artikkel 6 nr. 1 når kravene som gjøres gjeldende mot de ulike saksøkte er konnekse. Anførsler om misbruk kan ikke føre frem når det konstateres at tilknytningsvilkåret i artikkel 6 nr. 1 er oppfylt.

Det er saksøkeren som må sannsynliggjøre at vilkårene for kumulasjon er oppfylt. *Prøvingsnormen*,

dvs. styrken til de krav som må være oppfylt for at tilknytningsvilkåret skal anses oppfylt, drøftes i avsnitt 65 flg. Utgangspunktet i norsk rett er at retten bygger på pretensjoner om realiteten, men ikke om prosessuelle vilkår ellers er oppfylt, dvs. at pretensjoner om prosessuelle vilkår blir prøvd, se HR-2019-997-A avsnitt 58.

Høyesterett fant ikke noen rettspraksis om prøvingen av det prosessuelle vilkåret i artikkel 6 nr. 1. I avgjørelsen vises det imidlertid til Høyesteretts behandling av det tilsvarende vilkåret i konvensjonen artikkel 5 nr. 1, jf. Rt. 2015 s. 129 (Arrow). Etter en gjennomgåelse av den avgjørelsen, konkluderer Høyesterett i avsnitt 78 med at prøvingen etter artikkel 6 nr. 1 må være *relativt utførlig* for å ta standpunkt til om «kravene er så nær forbundet» rettslig og faktisk, at det er ønskelig å forene dem til en felles behandling og til felles avgjørelse for å unngå risiko for uforenelige avgjørelser som en følge av separat behandling. Saksøkeren skal anses å ha oppfylt sin bevisføringsplikt om vedkommende påviser en viss sannsynlighet for at tilknytningskravet er oppfylt.

Subsumsjonen

1. De utenlandske saksøktes anke

En anførsel fra de utenlandske saksøkte var at CDC-avgjørelsen måtte forstås slik at fraværet av et kommisjonsvedtak mot Volvo Norge AS var til hinder for kumulasjon med søksmål som bygger på et slikt vedtak, fordi en nødvendig objektiv tilknytningsfaktor manglet. Høyesterett var enig med lagmannsretten i at CDC-avgjørelsen ikke hindret en forening av ansvarssøksmål, selv om ikke alle de saksøkte er omfattet av EU-kommisjonens vedtak. Høyesterett viser til EU- og EØS-borgeres rett til direkte håndheving av de europeiske konkurransereglene, se avsnitt 84. I avsnitt 85 heter det i tillegg at det ikke er kommisjonsvedtaket som sådant som er erstatningsgrunnlaget for dem som er omfattet av vedtaket, men de overtredelser håndhevingsorganet gjennom vedtaket mener selskapene har begått i den forbindelse. Men saksøker har bevisbyrden for at andre enn de som er rammet av vedtaket, har begått tilsvarende overtredelser.

Høyesterett behandler spørsmålet om tilknytningsvilkåret i artikkel 6 nr. 1 er oppfylt for de utenlandske saksøktes del, i avsnitt 88-97. Som nevnt var det en videre anke, og prøvingskompetansen var begrenset til den generelle rettsanvendelse. De utenlandske saksøkte hadde anført at lagmannsrettens *konkrete* prøving bygget på en uriktig rettsoppfatning. Høyesterett gjennomgikk derfor lagmannsrettens konkrete lovtolking. Lagmannsretten hadde uttalt at det for solidaransvar for en samlet og sammenhengende overtredelse av konkurransereglene «ikke synes å stilles krav om omfattende aktivitet», og at det ikke kunne stilles krav om at «Volvo Norge AS må ha deltatt på lik linje med adressatene for vedtak». Etter Høyeste-

retts vurdering hadde imidlertid lagmannsretten ikke ved den konkrete prøvingen bygget på en uriktig rettsoppfatning.

Høyesterett foretar også en forutberegnelighetsvurdering i avsnitt 97 og viser til at lagmannsretten riktig har lagt til grunn at de utenlandske saksøkte har kunnet forutse et slik søksmål, fordi kravet mot dem gjelder en overtredelse som omfatter hele EØS-området. De måtte derfor ha kunnet forutse at de kunne bli saksøkt av kunder i hvilket som helst EØS-land, uavhengig av om de aktuelle kundene er hjemmehørende i landene til adressatene for kommisjonsvedtaket eller ikke.

2. De utenlandske Posten-selskaperes anke

Lagmannsretten mente at vilkåret om kumulasjon ikke var oppfylt for de utenlandske saksøkernes side for så vidt gjelder søksmålet mot de utenlandske saksøkte. Lagmannsretten la til grunn at hver enkelt utenlandsk saksøker måtte påvise at vedkommendes krav mot Volvo Norge var så nær forbundet med vedkommendes krav mot de øvrige 14 utenlandske saksøkte, at det var ønskelig å undergi kravene felles behandling for å unngå risikoen for uforenelige avgjørelser.

Høyesterett hadde her full kompetanse. Retten pekte først på at Luganokonvensjonen artikkel 6 nr. 1 gjelder kumulasjon på *saksøkt*esiden, ikke saksøkersiden. Saksøkernes pretensjon om et solidaransvar medfører at det ikke er nødvendig å rette krav mot den kartell deltaker som man hadde kjøpt bil av. Lagmannsrettens skille mellom norske og utenlandske Posten-selskaper var derfor ubegrunnet. Til støtte for dette viste Høyesterett til kommisjonsvedtakets beskrivelse av kartellsamarbeidet, dets form og gjennomføringsmåte, samt til opplysningen om at det i en årrekke var holdt møter mellom «leading managers of all Headquarters».

Vurdering

Spørsmål om verneting med hjemmel i Lugano-konvensjonen har økende aktualitet ved norske domstoler. Saken illustrerer på en grei måte den metode som må følges for å løse de spørsmål som pretensjoner om verneting med hjemmel i konvensjonen, reiser. Samtidig illustrerer den samvirket mellom nasjonal prosessrett og Lugano-konvensjonen. Selv om Høyesterett ikke sier det uttrykkelig i avsnittet om de utenlandske Posten-selskaperes søksmålsadgang for så vidt gjelder søksmålet mot de utenlandske selskaperne, bygger avgjørelsen her på tvl. § 15-1. Prøvingsintensiteten etter tvisteloven er lavere enn den som gjelder for en pretensjon om verneting etter artikkel 6 nr. 1.

Jeg er samtidig enig i den skjerpede prøvingsintensitet som angis i avgjørelsens avsnitt 78 for om tilknytningsvilkåret i artikkel 6 nr. 1 skal være oppfylt. Samtidig er det for rettsanvendere godt å registrere at prøvingsnormen etter artikkel 6 nr. 1 er den samme som for artikkel 5 nr. 1 (saker om kontraktsforhold),

jf. Rt. 2008 s. 1207 avsnitt 16 og artikkel 5 nr. 3 (erstatning utenfor kontraktsforhold) jf. Rt. 2015 s. 129.

Karin M. Bruzelius

KONTRAKTSRETT

Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene

Før Høyesteretts avgjørelse i HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen), viste praksis fra norske domstoler at rett til erstatning for tapt oppfyllelsesinteresse var betinget av at oppdragsgiver hadde begått «vesentlige feil», kravene ble karakterisert som «strengt», og Høyesterett fant i Rt. 2008 s. 1705 (Trafikk og anlegg) at denne ansvarsnormen lå innenfor de krav EØS-retten stiller. For så vidt gjelder erstatning for anbudskostnader og utgifter forbundet med å stanse ulovlige anskaffelsesprosesser, ga praksis et mindre entydig bilde.

I Fosen-Linjen tar Høyesterett stilling til hvilken ansvarsnorm som gjelder etter norsk rett der det foreligger brudd på de kravene EØS-regelverket setter til det offentlige anskaffelser. Dette gjøres med grunnlag i praksis fra EU-domstolen og to tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen, begge innhentet for å avklare hvilke krav EØS-retten stiller til ansvarsnormen. Den første uttalelsen, i sak E-16/16 (Fosen I), der EFTA-domstolen besvarer spørsmål stilt av Frosating lagmannsrett, kan nok best forstås slik at EFTA-domstolen finner at et regelbrudd alene, også uten noen kvalifiserende elementer, skal være nok til at ansvarsgrunnlag foreligger. På uttrykkelig spørsmål fra Høyesterett, svarer imidlertid EFTA-domstolen i sak E-7/18 (Fosen II) at for så vidt gjelder krav om erstatning for fortjenestetapet, krever ikke EØS-retten at ethvert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i seg selv skal være tilstrekkelig til å tilkjenne erstatning. EØS-retten krever imidlertid at et «tilstrekkelig kvalifisert» («sufficiently serious») brudd medfører erstatningsansvar. Høyesterett konstaterte, i tråd med EFTA-domstolens oppfatning, at EØS-retten krever at erstatningsansvar for oppfyllelsesinteressen inntreffer ved brudd på anskaffelsesreglene er «tilstrekkelig kvalifisert». Høyesterett finner også at de kravene som følger av EØS-retten er de samme der det er tilbudskostnadene – den negative kontraktinteressen – som kreves erstattet (avsnitt 114). For norsk retts vedkommende innebærer dette at «de minimumskrav som følger av EØS-retten – nemlig kravet om ‘tilstrekkelig kvalifisert brudd’ – trer i stedet for den tradisjonelle aktsomhetsnormen», også der det er tilbudskostnadene som kreves erstattet (avsnitt 116). Den normen som EØS-retten krever kan, slik Høyesterett ser det, ikke «karakteriseres som strengere eller mildere enn det som følger av vår nasjonale aktsomhetsnorm, men [...] vurderingen kan bli noe annerledes» (avsnitt 117).

Det kan kanskje være rom for forskjellige oppfatninger med hensyn til om rettstilstanden med dette er endret. Det kan imidlertid ikke være tvil om at avgjørelsen reformulerer rettstilstanden, i den forstand at spørsmålet om det foreligger ansvarsgrunnlag heretter må formuleres som et spørsmål om bruddet på anskaffelsesreglene kan karakteriseres som «tilstrekkelig kvalifisert».

Både EU-domstolen og EFTA-domstolen har gjennom en rekke avgjørelser gitt anvisning på elementer som kan inngå i vurderingen av om et regelbrudd er «tilstrekkelig kvalifisert». Også høyesterettspraksis gir veiledning her. Et fellestrekk er likevel at disse avgjørelsene i det alt vesentlige gjelder kategoriseringen av feil begått av offentlige myndigheter i andre sammenhenger enn ved anskaffelser. For EU- og EFTA-domstolens avgjørelser gjelder også at det dreier seg om tolkningsuttalelser, slik at den konkrete anvendelsen av momentene, subsumsjonen, bare foretas der domstolen mener den har de opplysninger som er nødvendige.

I Fosen-Linjen forstår Høyesterett EFTA-domstolens avgjørelse i Fosen II slik at en rettstilstand der det er mulig å oppnå erstatning for det tap som er lidt ved et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» på anskaffelsesregelverket, er i tråd med hva EØS-retten krever av norsk rett (jf. avsnitt 76). EFTA-domstolen konkretiserer imidlertid ikke uttrykkelig innholdet i ansvarsnormen nærmere, og i de henvisninger til rettspraksis EFTA-domstolen gir, finner vi ingen henvisninger til de avsnittene der innholdet i ansvarsnormen pensles ut. Det nærmeste vi kommer, er en understreking av at retten til erstatning ikke kan «bero på et vilkår basert på et skyldbegrep som går ut over et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten», og for øvrig konstateres det at «[k]ravet om tilstrekkelig kvalifisert brudd anses som tilstrekkelig til å ivareta enkeltpersoners rettigheter», siden dette er terskelen for rett til erstatning der EØS-statene opptre i strid med EØS-retten (avsnittene 119 og 120).

Høyesterett forstår «tilstrekkelig kvalifisert brudd» som en henvisning til de momenter EU-domstolen anga som relevante i Brasserie du pêcheur (jf. avsnittene 119 til 122). Dette innebærer at spørsmålet om det foreligger ansvarsgrunnlag ved brudd på anskaffelsesreglene, i det minste etter norsk rett, vil måtte besvares etter en vurdering av disse momentene. I Brasserie du pêcheur, avsnittene 55 og 56, heter det at

«the decisive test for finding that a breach of Community law is sufficiently serious is whether the Member State or the Community institution concerned manifestly and gravely disregarded the limits on its discretion.

The factors which the competent court may take into consideration include the clarity and precision of the rule breached, the measure of discretion left by that rule to the national or Community autho-

rities, whether the infringement and the damage caused was intentional or involuntary, whether any error of law was excusable or inexcusable, the fact that the position taken by a Community institution may have contributed towards the omission, and the adoption or retention of national measures or practices contrary to Community law.»

Vurderingen av om feil i anskaffelsesprosessen utløser erstatningsansvar er, med Høyesteretts ord, nå «noe annerledes» enn etter den tradisjonelle aktsomhetsnormen, men objektive og subjektive elementer knyttet til det skyldbegrepet vi har i norsk rett vil, uttaler Høyesterett, «likevel kunne være relevante» (avsnitt 117). Det er ikke helt lett å systematisere EU-domstolens, eller EFTA-domstolens, praksis i tilknytning til vurderingen av om en feil begått av offentlige myndigheter er «tilstrekkelig kvalifisert» til å utløse erstatningsansvar. Høyesterett slutter seg imidlertid til Haukeland Fredriksen, som ser det slik at ansvarsnormen er den samme, men at EU-domstolen synes å operere med en glideskala som karakteriseres ved at jo større skjønnsfrihet offentlige myndigheter har, jo mer skal det til før en feil er «tilstrekkelig kvalifisert» (jf. avsnittene 122 og 123).

Den som har satt seg ned med et direktiv med ambisjon om å bringe på det rene hvilke krav det stiller til norsk rett, glemmer ikke det så lett. Dette gjelder også anskaffelsesdirektivene. Direktivene er ikke skrevet med svært lett penn, og behovet for ensartet forståelse tvinger frem omfattende definisjonskataloger og temmelig detaljerte bestemmelser. Direktivene danner bakgrunnen for de bestemmelsene vi finner i anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne, samtidig som disse bestemmelsene også er utslag av rent nasjonale overveielser. Allerede dette kan gjøre det utfordrende å ta stilling til hvilke regler bestemmelsene gir grunnlag for. I tillegg kommer at de reglene bestemmelsene gir grunnlag for, ikke sjelden må suppleres av regler utviklet av domstolene. Fosensaken er i og for seg illustrerende her. Høyesterett fant at det var en feil at et tildelingskriterium ikke var ledsaget av dokumentasjonskrav som gjorde det mulig å foreta en effektiv kontroll av tilbudene. Dette kravet om dokumentasjon kom imidlertid ikke direkte til uttrykk i regelverket, men fulgte av EU-domstolens praksis, og var omtalt i rettslitteraturen og departementets veileder til anskaffelsesregelverket. Høyesterett fant at kompleksiteten i anskaffelsesregelverket tilsier «en viss tilbakeholdenhet med å statuere ansvar for feil av denne typen» (avsnitt 125).

Den regelen som var brutt, fulgte av praksis fra EU-domstolen, og var ikke helt enkel å lese ut av bestemmelser i lov, forskrift eller direktiv, og isolert sett var det antakelig ikke så stor grunn til å kritisere oppdragsgiver for at det ikke var stilt slike dokumentasjonskrav regelen krever. Regelen var med andre ord ikke særlig klar, i betydningen tilgjengelig. Høyesterett fant like-

vel feilen erstatningsbetingende. Det avgjørende i denne forbindelse var at oppdragsgiver under konkurransens gang fikk spørsmål om tildelingskriteriets lovlighet, og disse spørsmålene, mente Høyesterett, «burde fått AtB til å tenke gjennom hvordan man skulle kunne foreta en objektiv og etterprøvbar evaluering» (avsnitt 126). I tillegg kom at feilen hadde store konsekvenser for konkurransen. Vi ser her at subjektive forhold, det klanderverdige i oppdragsgivers opptreden, tillegges betydning. En hypotese kan kanskje være at der det foreligger brudd på regler som ikke er uttrykkelig kommet til uttrykk i anskaffelseslov eller -forskrift, skal det noe mer til for at bruddet skal kunne karakteriseres som «tilstrekkelig kvalifisert».

En rekke av de bestemmelsene vi finner i anskaffelsesloven og tilhørende forskrifter er slik utformet at mer enn én tolkning fremstår som plausibel. Der oppdragsgiver legger en annen tolkning til grunn enn den domstolene lander på, blir spørsmålet hva som skal til for at feiltolkningen er «tilstrekkelig kvalifisert». Denne situasjonen skiller seg fra situasjonen beskrevet over ved at feilen ikke ligger i at regelen er ukjent, men misforstått. Oppdragsgiver trekker andre slutninger fra de rettskildefaktorer som foreligger, eller avveier argumentene annerledes, enn domstolene. EU-domstolens praksis viser at ved spørsmålet om en tolkningsfeil er «tilstrekkelig kvalifisert», trekkes hele rettskildesituasjonen inn. Etter mitt skjønn gir denne praksisen grunnlag for å anta at der det foreligger brudd på regler det knytter seg forstandig tolkningstvil til, vil vi ikke ha å gjøre med et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd.

Ser vi på praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), ser vi at langt de fleste sakene ikke dreier seg om innholdet i anskaffelsesreglene, men anvendelsen av reglene på det faktum som foreligger. Dette er også et trekk ved de fleste sakene om statlig erstatningsansvar EU-domstolen har behandlet. I den grad det foreligger regelbrudd, består det gjerne i at nasjonal rett inneholder ulovlige restriksjoner på de fire friheter, eller andre regler EU-retten ikke tillater. Disse sakene gir et broket bilde, men etterlater likevel det inntrykk at i de tilfellene det er forstandig tvil om det nasjonale tiltaket kvalifiserer som en ulovlig restriksjon, eller noe annet EU-retten ikke tillater, er ikke subsumsjonsfeilen alene et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd. Den samme synsvinkelen kan anlegges på subsumsjonsfeil foretatt i en anskaffelsesprosess. I anskaffelsesprosesser er det ofte i forbindelse med spørsmålet om oppdragsgiver skulle, eller ikke skulle, avvist en leverandør at vi ser subsumsjonsutfordringen. Avvisningsplikt, alternativt -rett, er i en del tilfeller betinget av at det foreligger «vesentlige avvik», alternativt «avvik som ikke kan anses ubetydelige». Det kan være atskillig uenighet om svaret på spørsmålet om et avvik er vesentlig, alternativt ikke ubetydelig. Der oppdragsgiver ikke får medhold i at vurderingen av avviket var korrekt, vil etter mitt skjønn

feilvurderingen først utløse erstatningsansvar der oppdragsgiver ikke har opptrådt slik det er grunn til å forvente at en normalt aktsom oppdragsgiver opptrer, både med hensyn til etableringen av avviket og vurderingen av det.

Noen årsaker til brudd på anskaffelsesreglene er allerede nevnt, utilgjengelige regler, uklar rettstilstand og subsumsjonsfeil. Feilen kan imidlertid også ha andre årsaker, og årsaken til tolkningsfeil behøver ikke ligge hos oppdragsgiver selv.

Nærings- og fiskeridepartementet har utarbeidet en, riktig god, veileder til reglene om offentlige anskaffelser. I innledningen til veilederen understreker departementet at de vurderingene som er gjort i veilederen er av rådgivende karakter. Dette gir grunnlag for å reise spørsmålet om det har betydning for vurderingen av bruddet på anskaffelsesreglene at oppdragsgiver har opptrådt i henhold til veilederens anbefalinger. Blant de momentene som nevnes som relevante i *Braserie du pêcheur*, er hvorvidt standpunkt inntatt av EU-institusjoner har bidratt til regelbruddet.

Oppdragsgivers anskaffelsesfaglige skjønn er bare i begrenset grad gjenstand for rettslig kontroll. Det kan likevel prøves om skønnsutøvelsen er i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, om det er lagt til grunn feil faktum, og om skønnsutøvelsen er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig. Begrensningen er begrunnet i at det dreier seg om kompliserte og sammensatte vurderinger som ikke egner seg for domstolskontroll. Denne graden av skjønn kan isolert sett tilsi at det skal en del til før regelstridig skønnsutøvelse representerer et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd på anskaffelsesreglene. Samtidig lar det seg hevde at nettopp den omstendighet at den rettslige prøvingen av skønnet er begrenset, kan tilsi at ulovlig skønnsutøvelse bør medføre at ansvarsgrunnlag foreligger.

Antakelig kan det være nyttig å isolere de enkelte prøvingselementene. Der uriktig faktum er lagt til grunn, kan det være grunn til å vurdere om det faktum som er presentert inviterte til nærmere undersøkelser, og om oppdragsgiver i så fall har benyttet seg av de muligheter anskaffelsesregelverket gir til å foreta slike. Samtidig er det et sikkert utgangspunkt at leverandøren bærer risikoen for at de opplysninger han gir er klart formulert og dekkende. Det kan også være slik at årsaken til at uriktig faktum legges til grunn, ligger i konkurransegrunnlaget. I slike tilfeller ligger det nær å se det slik at oppdragsgiver bør kunne holdes erstatningsansvarlig for det tap leverandørene lider.

Der skønnsutøvelsen er i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, er usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig, ligger det nær å se det slik at dette i seg selv utgjør et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd. De hensyn som tilsier tilbakeholdenhet med å statuere ansvarsgrunnlag der offentlige myndigheter har et vidt skjønn, men likevel overskrider

rammene for dette, er knyttet til utøvelse av offentlig reguleringsmyndighet. Her kan det vises til *Braserie du pêcheur*, avsnittene 45 og 47, hvor det fremheves at

«even where the legality of measures is subject to judicial review, exercise of the legislative function must not be hindered by the prospect of actions for damages whenever the general interest of the Community requires legislative measures to be adopted which may adversely affect individual interests. Second, in a legislative context characterized by the exercise of a wide discretion, which is essential for implementing a Community policy, the Community cannot incur liability unless the institution concerned has manifestly and gravely disregarded the limits on the exercise of its powers

[...]

... where a Member State acts in a field where it has a wide discretion, comparable to that of Community institutions in implementing Community policies, the conditions under which it may incur liability must, in principle, be the same as those under which the Community institutions incur liability in a comparable situation».

Det anskaffelsesfaglige skjønnet har få, om noen, likhetspunkter med skjønn forbundet med utøvelse av reguleringsmyndighet. De hensynene som begrunner varsomhet med å statuere ansvarsgrunnlag der rammene for offentlig reguleringsmyndighet er vide, men overskredet, gjør seg derfor ikke gjeldende i relasjon til det anskaffelsesfaglige skjønnet.

Etter avgjørelsen i *Fosen-Linjen* er det med Høyesteretts ord statuert en ansvarsnorm som ikke kan «karakteriseres som strengere eller mildere enn det som følger av vår nasjonale aktsomhetsnorm, men [en norm der] vurderingen kan bli noe annerledes» (avsnitt 117).

Det må nå kunne karakteriseres som sikker rett at vurderingen av hvorvidt et brudd skal utløse erstatningsansvar skal skje etter den samme ansvarsnormen, hva enten det kreves erstatning for den negative kontraktsinteressen eller den positive. Om anvendelsen av de enkelte elementene i vurderingen vil være upåvirket av erstatningen som kreves, gjenstår likevel å se.

Vurderingene vil heretter være noe annerledes enn før. Om det også vil påvirke resultatene, er det for tidlig å si noe sikkert om. Det kan kanskje virke som terskelen for å statuere erstatningsansvar for den negative kontraktsinteresse reelt sett er hevet i forhold til hvor den var antatt å ligge tidligere. Hvorvidt også terskelen for ansvar for den positive kontraktsinteressen er endret, er det for tidlig å si noe sikkert om.

Finn Arnesen

PENGEKRAVSRETT

Foreldelse av krav fra klient mot advokat og advokatfirma. Høyesterettsdom av 5. november 2019 (HR-2019-2034-A)

1. Innledning

Etter at staten hadde fremsatt krav om tilbakebetaling av utbetalte refusjonsbeløp overfor en psykolog, ble det inngått avtale mellom psykologen og Helfo om tilbakebetaling av mottatte refusjonsbeløp 3. april 2009. Det oppstod tvist blant annet om avtalen innebar at det kunne motregnes med tilbakebetalingskrav som var foreldet overfor nye refusjonskrav. Etter behandling av dette spørsmålet i tre instanser, ble det fastslått av Høyesterett 10. juni 2015 at avtalen ga rett til motregning med foreldede tilbakebetalingskrav, jf. foreldelsesloven § 26 bokstav a (Rt. 2015 s. 678).

Psykologen og hans selskap fremmet deretter krav om tilbakebetaling av salær og erstatning mot advokatfirmaet og advokaten som hadde bistått i forbindelse med inngåelsen av avtalen med Helfo. Utover å avvise at det forelå grunnlag for tilbakebetaling av salær og erstatningsansvar, hevdet advokaten og advokatfirmaet at kravene var foreldet, og Oslo tingrett besluttet delte forhandlinger og særskilt pådømmelse av det sistnevnte spørsmålet. Det ble altså ikke tatt stilling til om det forelå grunnlag for krav mot advokatfirmaet og advokaten. Oslo tingrett kom til at kravene var foreldet, mens Borgarting lagmannsrett kom til motsatt resultat. Advokaten og advokatfirmaet anket avgjørelsen inn for Høyesterett. På det tidspunktet saken stod for Høyesterett hadde psykologen overdratt sine krav mot advokatfirmaet og advokaten til sitt selskap.

2. Høyesteretts avgjørelse

2.1 Resultatet

En enstemmig Høyesterett kom til at de fremsatte kravene mot advokaten og advokatfirmaet var foreldet. Høyesterett fant at foreldelse av erstatningskravet måtte vurderes etter foreldelsesloven § 3 og § 10 nr. 1, og ikke foreldelsesloven § 9 for skadeserstatningskrav, slik lagmannsretten også hadde lagt til grunn. I motsetning til Borgarting lagmannsrett fant Høyesterett at tilleggsfristen etter § 10 nr. 1 begynte å løpe forut for avsigelsen av Høyesteretts dom i Rt. 2015 s. 678, hvor det rettskraftig ble avgjort at den inngåtte avtalen innebar en rett til å motregne med foreldede krav.

2.2 Nærmere om anvendelsen av foreldelsesloven § 3

Det første spørsmålet Høyesterett tok stilling til, var spørsmålet om foreldelse av erstatningskravet skulle vurderes etter den alminnelige regelen i foreldelsesloven § 3 eller § 9 om skadeserstatningskrav. For kravet om tilbakebetaling av salær var partene enige om at dette måtte vurderes etter § 3.

Høyesterett har ved to tidligere anledninger – i Rt. 1998 s. 740 og Rt. 2001 s. 1702 – vurdert advokatan-svarskrav under § 9. Til alt overmål gjaldt den først-nevnte ansvar for manglende avbrudd av foreldelses-frist overfor en garantist. Det konkrete rettskildebildet fra Høyesterett fremstod dermed tilsynelatende som nokså entydig.

Høyesterett viser imidlertid til flere andre dommer om rådgivningsansvar – Rt. 2000 s. 679, Rt. 2002 s. 286 og Rt. 2007 s. 220 – hvor Høyesterett har vur-dert foreldesspørsmålet etter foreldelsesloven § 3, det vil si som et kontraktsansvar. Med bakgrunn i disse dommene slås det fast at «det avgjørende i råd-givningstilfellene [synes] å være om kravet har sin bakgrunn i avtaleforholdet mellom rådgiver og klient». Det er vanskelig å være uenig med førstvoterende når han deretter slutter at han «vanskelig kan se det anner-ledes enn at krav fra klienten som bygger på at en advokat har utført sitt advokatoppdrag på en ansvars-betingende måte, nettopp har sin bakgrunn i avtalen med klienten».

Man har gjennom dommen (endelig) fått ryddet av veien det som i den juridiske litteraturen blant annet har blitt omtalt som «inkurier». Som Høyesterett påpe-ker, har en «ganske samstemt juridisk teori ... lagt til grunn at krav mot advokater for ansvarsbetingende rådgivning foreldes etter § 3». «Saksopplysningen» i dommen om at underrettspraksis «temmelig entydig» har lagt det samme til grunn er også interessant, og praksisen er antakelig et nokså sjeldent eksempel i møte med to høyesterettsdommer.

Ved den konkrete fastleggelsen av fristutgangs-punktet etter foreldelsesloven § 3, tar Høyesterett utgangspunkt i uttalelsene i Rt. 2000 s. 679 og Rt. 2002 s. 286, som fastlegger særlige retningslinjer for krav av den karakter vi her står overfor. Disse adskil-ler seg fra de retningslinjer som er fastlagt for mis-ligholdskrav i kontraktsforhold med «momentant» oppfyllestidspunkt, som for eksempel kjøp og entreprise. Vanskelighetene med å forene de ulike retningslinjene har avfødt kritikk i den juridiske teo-rien, noe også Høyesterett viser til. Høyesterett kon-soliderer imidlertid, under henvisning til Rt. 2002 s. 696 og Rt. 2006 s. 1705, den rådende linjen og uttaler blant annet at «foreldelsesfristen for erstat-ningskrav i rådgivningstilfellene starter å løpe når virkningen av det ansvarsbetingende forholdet inntre-r. Virkningen kan ikke sies å ha inntrådt før det objek-tivt sett har oppstått et tap eller er på det rene at tap vil oppstå. Størrelsen trenger imidlertid ikke være fastlagt, og fristen kan starte å løpe selv om det er usikkert når tapet vil bli realisert».

Basert på disse retningslinjene konkluderer Høy-esterett med at fristen etter § 3 startet å løpe på det tidspunktet staten første gang motregnet med et foreldet krav, 23. desember 2009. Det var etter Høyeste-retts syn på det tidspunktet «virkningen av det ansvars-betingende rådgivningen inntrådte», og da «oppsto

det et økonomisk tap». Dermed var fristen etter § 3 utløpt før fristavbrytende skritt ble tatt. Høyesterett måtte derfor vurdere om tilleggsfristen i foreldelses-loven § 10 nr. 1 kunne komme debitor til hjelp, jf. nedenfor.

De ovennevnte kriteriene gjør det ikke alltid helt enkelt å fastlegge friststarttidspunktet. I denne sam-menheng kan man merke seg at Høyesterett ganske kort avfeier muligheten for suksessiv foreldelse, basert på hver gang staten gjennomførte motregning overfor psykologen. I en situasjon hvor tapet(s stør-relse) ville være betinget av fortsatt drift med refu-sjonskrav fra psykologens side, og at staten ville fortsette sin motregning fremover, kunne en slik løsning kanskje vært hensiktsmessig. Det hadde uansett vært å foretrekke at standpunktet var nær-mere begrunnet.

2.3 Nærmere om anvendelsen av foreldelsesloven § 10

Anvendelse av tilleggsfristen i foreldelsesloven § 10 nr. 1 måtte vurderes både for kravet om tilbakebeta-ling av salær og for erstatningskravet, men kravene kunne ikke vurderes forskjellig. Dette er naturlig, da de operative kriteriene er når debitor fikk eller burde skaffet seg «nødvendig kunnskap» om fordringen og skyldneren.

En interessant side av Høyesteretts vurdering er at den relevante kunnskapen i den foreliggende situasjo-nen knytter an til rettsforholdet mellom kreditor og en tredjepart – her staten: Det sentrale kunnskapsobjek-tet var statens adgang til å motregne med foreldede tilbakebetalingskrav (og at de faktisk ville gjøre det). Et slikt spørsmål aktualiserer både faktiske og rettslige spørsmål, og det har lenge vært lagt til grunn at retts-villfarelse i bare svært begrenset utstrekning er relevant som grunnlag for utskytelse av friststart etter forel-delsesloven § 10 nr. 1. Som Høyesterett påpeker kom-mer hensynet til rettskraftsreglene – som tradisjonelt har vært helt sentrale ved fastleggelsen av «den nød-vendige kunnskapen» under foreldelsesloven § 10 nr. 1 – helt i bakgrunnen når man står overfor en retts-villfarelse.

I utgangspunktet karakteriserer Høyesterett villfa-relsen i det foreliggende tilfellet som en rettsvillfarelse. I avsnitt 66 uttales det blant annet at «uvitenheten i foreliggende sak knytter seg til forståelsen av avtalen 3. april 2009 og foreldelsesloven § 26 bokstav a. Så langt er det naturlig å betrakte dette som en rettsvill-farelse». Høyesterett viker likevel tilbake fra å vurdere uvitenheten i dette tilfellet som en rettsvillfarelse i tradisjonell forstand. I avsnitt 67 og 68 uttales følgende, først under henvisning til tidligere praksis om betyd-ningen av rettsvillfarelse:

«... foreliggende sak [er] ikke ... sammenlignbar med Periscopus-dommen og de andre avgjørelsene som drøftes der. I dommene knytter rettsuvitenhe-ten seg til forhold i saken mellom fordringshaveren og skyldneren. Uvitenhet om de rettsreglene som

bestemmer forholdet dem imellom, gjør at utfallet av et søksmål fremstår som usikkert. Da er det naturlig at fordringshaveren pålegges å gå til sak, selv om resultatet av søksmålet er uvisst.

Foreliggende sak ligger annerledes an. Her knyttet rettsuvidenheten seg til forhold i saken mot staten, ikke saken mot ... [advokatfirmaet og advokaten]. I forholdet mellom ... [psykologens selskap] på den ene side og ... [advokatfirmaet og advokaten] på den annen, gjaldt uvidenheten spørsmål rundt årsakssammenheng og endelig tap. Disse ble avklart i saken mot staten. [Psykologens selskap] ... kunne ikke uten videre fått den nødvendige avklaringen gjennom å gå til søksmål mot ... [advokatfirmaet og advokaten] på et tidlig stadium. I en slik situasjon befinner vi oss etter mitt syn i det minste temmelig nær en faktisk villfarelse, hvor rettskraftshensynet i utgangspunktet slår inn.»

I det følgende behandler Høyesterett kunnskapsobjektet på linje med mer ordinære faktiske omstendigheter. Skal man forsøke seg på en karakteristikk av kunnskapsobjektet i dette tilfellet, kunne man kanskje forsøke seg med «avledet rettsforhold» eller «prejudisielt rettsforhold».

Situasjonen aktualiserte også mulighet for fristavbrytelse gjennom prosessvarsel i henhold til tvisteloven § 15-9 etter foreldelsesloven § 19 nr. 2, og Høyesterett kommer med noen prinsipielle uttalelser om betydningen av dette for hva som anses som «nødvendig kunnskap» etter foreldelsesloven § 10 nr. 1. Som Høyesterett påpeker kommer ikke rettskraftshensynet tilsvarende i spill når prosessvarsel er tilgjengelig som fristavbrytelsesmetode. Etter Høyesteretts syn åpner ordlyden i § 10 nr. 1 for at det «ved vurderingen av fristutgangspunktet etter § 10 nr. 1 må kunne legges en viss vekt på at ... [psykologens selskap] kunne valgt å sende prosessvarsel». Dersom prosessvarsel er tilgjengelig som fristavbrytelsesmetode, må man etter denne dommen forvente at det kan bli tillagt betydning ved fastleggelsen av «nødvendig kunnskap» både etter foreldelsesloven § 10 nr. 1 og § 9. Man kan imidlertid stille visse spørsmål ved dette resonnementet, da et prosessvarsel må følges opp med ordinær forfølgning senere, typisk gjennom å ta ut søksmål. Da er man formodentlig tilbake i en situasjon hvor rettskraftshensynet gjør seg gjeldende med alminnelig tyngde.

Ved den nærmere vurderingen av utgangspunktet for tilleggsfristen etter foreldelsesloven § 10 nr. 1, kommer Høyesterett til at det avgjørende var når staten klart tilkjennega sitt standpunkt til motregningsspørsmålet i tilsvaret til Oslo tingrett (31. januar 2013) i tvisten som munnet ut i Rt. 2015 s. 678. I vurderingen trekkes det frem at psykologens advokat allerede på et tidligere tidspunkt hadde synliggjort risikoen, før staten i det hele tatt hadde begynt å motregne med

foreldede krav. Det er således på det rene at Høyesterett ikke gjennomfører en identifikasjon mellom psykologen og hans advokat.

Hvorfor ikke statens motregning med foreldede krav på et tidligere tidspunkt – i seg selv – var egnet til å gi «nødvendig kunnskap», er ikke forklart. Staten begynte med denne motregningen allerede 23. desember 2009, og fortsatte formodentlig med dette fremover. At debitor var kjent med dette, følger av at det av høyesterettsdommen fremkommer at psykologens selskap i saken mot staten fremsatte krav om tilbakebetaling for allerede gjennomført motregning. I lys av at Høyesterett fant at kravet som sådan oppstod ved den første motregningen med foreldede krav, synes det noe inkonsekvent at ikke kunnskapen om motregningene i seg selv skulle være tilstrekkelig, men at det var nødvendig at staten gjorde det gjeldende som anførsel i tilsvaret.

3. Avsluttende merknader

Høyesterett har avsagt en rekke dommer på foreldelsesrettens område, og denne dommen føyer seg inn i rekken av dommer som illustrerer at foreldelsesretten er svært kompleks. Det er ofte vanskelig å finne ut hva den riktige løsningen er. I lys av at vi her står overfor rettsregler med bredt nedslagsfelt og «drakoniske» konsekvenser, er det uheldig.

Den foreliggende dommen gir enkelte avklaringer, og da tenker jeg særlig på rubriseringen av advokatansvar som et kontraktsansvar. Videre avklarer den at en slik «avledet rettsvillfarelse» vi her står overfor, blir å vurdere på linje med en faktisk villfarelse. Ytterligere presiseres det at muligheten for å avbryte foreldelsesfristen gjennom prosessvarsel vil kunne påvirke innholdet av hva som anses som «nødvendig kunnskap». Med unntak av det førstnevnte, etterlater dommen oss imidlertid fortsatt med regler som er vanskelige å anvende. Det er ikke så overraskende i lys av foreldelseslovens innhold og foreliggende rettspraksis. Min personlige oppfatning er at foreldelsesretten er overmoden for reform, og at dette bør være en prioritert lovgiveroppgave.

Herman Bruserud

SELSKAPSRETT

Innsendelse av uriktige opplysninger til Foretaksregisteret kan rammes av straffeloven § 166 (HR-2019-1788-A)

A eide aksjene og drev virksomheten i flere aksjeselskaper innen dagligvarebransjen, alene. Høyesterettsdommen omfatter en rekke forhold, og et forhold av selskapsrettslig betydning, var knyttet til innsendelse av uriktig informasjon til Brønnøysundregistrene. I samordnede meldinger til Enhetsregisteret og Foretaksregisteret, samt i informasjon til Regnskapsregisteret, oppga A at ulike personer hadde roller som

daglig leder, styremedlemmer og aksjeeiere, uten at dette var korrekt. Formålet var å skjule de reelle eier- og ledelsesforhold, altså at han drev virksomheten alene, blant annet slik at selskapene kunne få bevil- ling til alkoholsalg. Høyesterett vurderte om det å oppgi uriktige opplysninger på denne måten, rammes av forbudet mot uriktig forklaring og dokumentfalsk i straffeloven 1902 § 166. Bestemmelsen gjelder blant annet den «som muntlig eller skriftlig afgiver falsk Forklaring til nogen offentlig Myndighed i Tilfælde, ... hvor Forklaringen er bestemt til at afgive Bevis» (utheving her).

Førstvoterende slår fast at forsvarerens argument om at forholdet ikke rammes av straffebudet fordi valg av stråpersonene formelt var korrekt, og at de kunne bli erstatningsansvarlig etter aksjeloven § 17-1, ikke kunne føre frem. Det avgjørende for den strafferetts- lige vurderingen var at A bevisst hadde gitt uriktige opplysninger. Det foretas deretter en inngående tolk- ning av straffebestemmelsen, i lys av praksis knyttet til politiforklaringer og utøvelse av forvaltningsmyn- dighet. Det konkluderes i avsnitt 34 med at straffebu- det rammer situasjoner der «de uriktige opplysningene er ment å inngå som en naturlig del av beslutnings- grunnlaget for den offentlige myndighetens utøvelse av sine oppgaver».

Det pekes deretter på at det er en forutsetning for at Brønnøysundregistrene kan utøve sine oppgaver, at registrene inneholder korrekt informasjon. Innfø- ringen av opplysninger i Foretaksregisteret skjer etter at det er utøvd kontroll, og det innebærer at det treffes en avgjørelse. Denne situasjonen rammes derfor av straffeloven § 166. Høyesterett fant at det samme må gjelde ved innføringen i register uten at det utøves kontroll, som i Enhetsregisteret og Regnskapsregiste- ret, fordi opplysningene inngår som en naturlig del av beslutningsgrunnlaget for utøvelsen av deres myndig- hetsoppgave. Innsendingen av uriktige opplysninger til samtlige registre var derfor straffbar, fordi opplys- ningene var «bestemt til å avgi bevis».

A ble også dømt for dokumentfalsk, for å ha med- virket til at stråpersonene bekreftet regnskap og urik- tige meldinger til registrene etter straffeloven 1902 §§ 182 jf. 181. Høyesterett fant i motsetning til lag- mannsretten at straffebudene rammet forskjellige sider av det straffbare forhold, og bestemmelsene ble anvendt i idealkonkurrens. Det er grunn til å stille spørsmål om rekkevidden av dommen. Saksforholdet var spe- sielt fordi A hadde begått betydelige lovbrudd over en lengre periode, og de uriktige opplysningene om styre- og ledelsesfunksjoner var nødvendige for å gjennom- føre ulovlig virksomhet. Dommen har dermed ikke relevans i enhver situasjon hvor styremedlemmer ikke har en slik rolle som aksjeloven forutsetter.

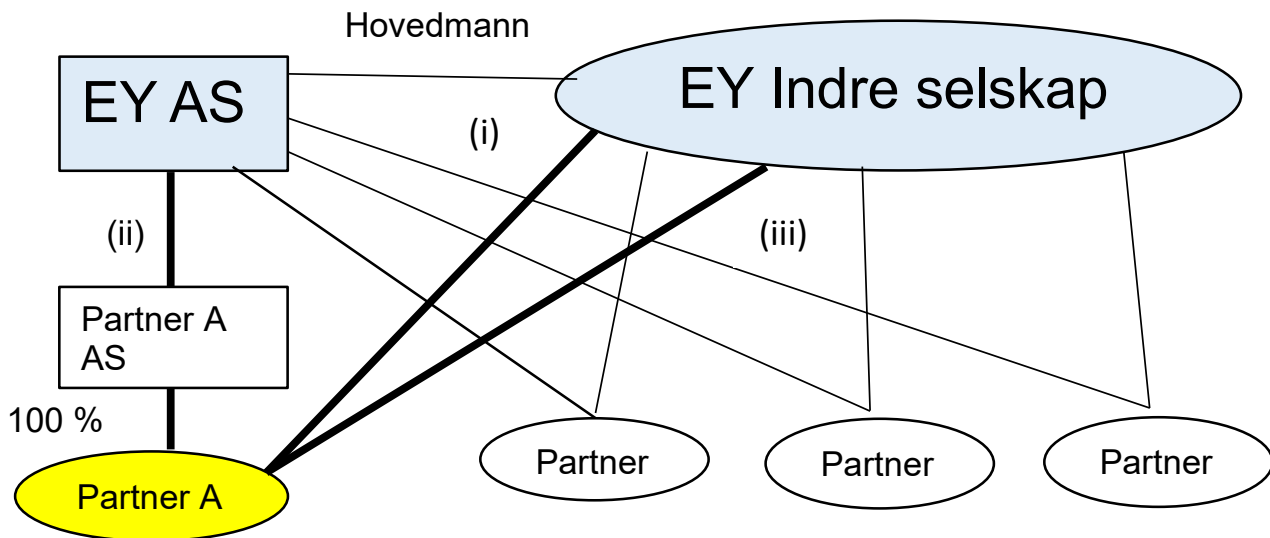
Margrethe Buskerud Christoffersen

Aksjeeiers krav på erstatning som følge av reduserte krav mot selskapet (HR-2019-1969-A og LB-2018-69934)

Det er et omdiskutert spørsmål i hvilken grad en ak- sjeeier kan kreve erstatning for tap avledet av selska- pets tap. I Rt. 2004 s. 1816 (Skiltmaker) ble det lagt til grunn at en aksjeeier kunne kreve erstatning for tap- te lønnsinntekter fra aksjeselskapet i en situasjon hvor selskapet ble påført tap, men ikke erstatning for redu- sert utbytte. Flertallet fant at et tap av fremtidig ut- bytte ikke hadde erstatningsrettslig vern, under hen- visning til at det var selskapet som ble påført tapet. Det ble fremhevet at skadelidte måtte ta konsekvensen av å legge virksomhet i et eget rettssubjekt, og det ble i den forbindelse uttalt følgende i avsnitt 29: «Ein ho- vudaksjeeigar eller eventuelt ein eineaksjeeigar kan ikkje *då* krevje at ein skal sjå bort frå selskapsforma når det oppstår ein konkret situasjon der han kan vere tent med det» (utheving her). Dommen, og da både flertallets og mindretallets votum, har vært kritisert særlig i erstatningsrettslig teori, for at den er for for- malistisk og at argumentasjonen ikke er i samsvar med erstatningsrettslige prinsipper knyttet til erstatning for tredjemannstap. Problemstillingen er kompleks, men etter mitt syn er det et støtteargument for flertal- lets resultat at et krav på utbytte har en helt annen karakter enn et krav under en kontrakt eller et erstat- ningskrav i et tilfelle der vilkårene for erstatning er oppfylt. En aksjeeiers krav på utbytte står tilbake for kreditorenes krav og et utbyttekrav fordrer at vilkå- rene i aksjeloven kapittel 8 er oppfylt, herunder at styret har fremmet forslag om utbetaling av utbytte, som godkjennes av generalforsamlingen. Selv om man tar høyde for en aksjeeiers rett til å kreve at tingretten fastsetter utbytte etter aksjeloven § 8-4, er utbyttekrav rent prinsipielt mer betinget enn avtalefestede krav, som lønnskrav.

I erstatningssøksmålet anlagt av en av rådgiverne i Transocean-saken mot staten, kom spørsmålet om en selskapsdeltakers krav på erstatning opp igjen. Sta- ten erkjente erstatningsansvar etter strprl. § 44 for uberettiget straffeforfølgning, og erkjente videre at det var årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og rådgiveren, som var partner i EY, sitt inntektsbortfall. EY er organisert som et indre selskap med et aksjeselskap som hovedmann, og med en kom- pleks inntektsstruktur (se illustrasjon nedenfor). Part- neren krevde erstattet tre ulike tapsposter, basert på inngåtte avtaler om honorar.

Partner A hadde krav på 12 G i året fra det indre selskapet (krav (i)), og erstatning for bortfall av denne inntekten ble akseptert av staten under henvisning til at det var å anse som et lønnskrav. Partneren hadde videre krav på en såkalt hovedmannsandel fra aksje- selskapet som var hovedmann i det indre selskap (krav (ii)). Partnerne ble tildelt aksjer i dette aksjeselskapet, og hovedmannsandelen ble utbetalt som utbytte, basert



på omsetningen i EY. Partner A hadde valgt å legge aksjene i hovedmannen, i et aksjeselskap som han eide 100 %, og det var dermed dette selskapet som mottok utbyttet fra hovedmannen. Partneren mottok dermed i realiteten inntektene fra EY AS som utbytte fra sitt heleide selskap. Erstatning for bortfall av denne inntekten ble bestridt av staten under henvisning til Skiltmaker-dommen, og staten fikk medhold i lagmannsretten (sak LB-2018-69934). Avgjørelsen ble ikke påanket.

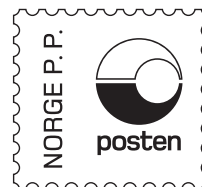
Det tredje kravet, som ble behandlet av Høyesterett, gjaldt overskuddsandel fra det indre selskapet (krav (iii)). Partneren fikk medhold i sitt krav på erstatning for bortfall av denne inntekten i lagmannsretten, under henvisning til at dette var en arbeidsgodtgjørelse, slik at kravet ikke ble rammet av Skiltmakerdommen. Høyesterett kom til samme resultat, men med en annen begrunnelse. Høyesterett fant at saken skilte seg fra Skiltmakerdommen, fordi partner A hadde lidt et tap, uten at selskapet (EY IS) hadde lidt tap. EYs omsetning ble ikke berørt av straffeforfølgningen, men partner A fikk mindre utbetalt fordi han ikke hadde bidratt til omsetningen. Det ble uttalt i avsnitt 58: «As krav på erstatning for faktisk tapt overskuddsandel er ikke basert på inntektsbortfall for selskapet, men på endret internfordeling av overskuddet mellom part-

nerne. Hans krav er med andre ord ikke basert på at selskapets overskudd ble – eller vil bli – redusert som følge av straffeforfølgningen mot ham.» Dermed var ikke Skiltmakerdommen relevant, for den gjelder situasjonen når en aksjeeier lider et tap som er avledet av selskapets tap.

Dommen er klargjørende for vurderingen av når en selskapsdeltaker har lidt et såkalt særtap som kan kreves erstattet uten at det gjelder særskilte regler, og når han har lidt et tap som er avledet av selskapets tap, et såkalt selskapstap som etter Skiltmakerdommen ikke er erstatningsrettslig vernet. Det tas imidlertid ikke stilling til spørsmålet om en selskapsdeltakers tap i form av redusert utbytte eller lignende avkastning, avledet av selskapets tap, kan kreves erstattet. Det at Høyesterett tilkjenner erstatning for tap av overskuddsandel i denne saken, er således ikke avgjørende for spørsmålet om krav på erstatning for tapt utbytte – eller overskuddsandel fra et indre selskap – kan føre frem i en situasjon hvor tapet skyldes at selskapet er påført et tap. Det er på den bakgrunn, etter mitt syn, ikke holdepunkter i Høyesteretts avgjørelse for at Skiltmakerdommen er fraveket.

Margrethe Buskerud Christoffersen

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



I skriftserien Privlus publiseres arbeider innen alle fagområder ved Institutt for privatrett og beslektede juridiske emner, skrevet av akademikere og andre fagpersoner tilknyttet Institutt for privatrett og andre universitetsmiljøer, yrkesutøvere og andre.

Skriftserien Privlus utgis av Privatrettsfondet - Fondet til fremme av forskning på privatrettens område.

Kapitaliseringsrenten ved ekspropriasjonserstatning - En analyse av Høyesteretts tilnærming til fastsettelsen av full erstatning

Av Sondre Nilsen Rødevand

Privlus - Journal of Private Law, nr. 211 - 2019

Denne boken omhandler kapitaliseringsrenten ved ekspropriasjon og gir en grundig fremstilling av Høyesteretts tilnærming til fastsettelsen av kapitaliseringsrenten. Fremstillingen tar både for seg hvordan Høyesterett tidligere har fastsatt kapitaliseringsrenten og hvordan Høyesterett går frem i den ferskeste høyesterettsavgjørelsen (Skeidar-avgjørelsen).

Boken kaster også lys over hvordan Høyesterett fastsetter kapitaliseringsrenten ved personskadesaker. Selv om situasjonen som utløser erstatningskravet ved personskade er en annen enn ved ekspropriasjon, oppstår nemlig de samme grunnleggende utfordringene ved å skulle fastsette erstatningsbeløpet.

Sondre Nilsen Rødevand er advokatfullmektig i Kluge Advokatfirma. Han var vitenskapelig assistent på Nordisk Institutt for sjørett ved Universitetet i Oslo i 2019 da han skrev denne avhandlingen. Her var han tilknyttet forskergruppen for naturressursrett. Avhandlingen er i all hovedsak gjengitt her slik den ble levert 1. juni 2019



Kjøpes hos Akademika A/S, tlf. 40 76 13 64
eller bestilles via e-post: bestilling-skriftserien-ifp@jus.uio.no

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 (2020) på *Nytt i privatretten* koster kr 690, –. 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 2020
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer mai 2020.