



# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

## ARBEIDSRETT

### EMK artikkel 11, rett til streik, sympatistreik – Menneskerettighetsdomstolens dom 8. april 2014, RMT v the United Kingdom (Application no. 31045/10)

Dommen er nyskapende. Saken er den første hvor det er reist spørsmål om rett til sympatiaksjon («secondary action») i form av sympatistreik) har vern etter EMK artikkel 11. Domstolen svarte ja på dette spørsmålet, men ikke ubetinget. I noen tidligere, ganske spesielle saker har EMD lagt til grunn at en rett til streik som middel til å ivareta en organisasjons og medlemmenes interesser har vern som en del av foreningsfriheten etter artikkel 11. Dommen i denne

### Innhold nr. 2

Arbeidsrett .....	1
Arverett .....	6
Enterprise .....	8
Familierett .....	11
Fast eiendom .....	12
Immaterialrett .....	13
Kontraktsrett .....	17
Obligasjonsrett .....	24
Panterett .....	25
Rettskilder .....	26
Selskapsrett .....	26
PhD-prosjekt .....	26

saken bygger videre på dette. Rett til sympatistreik er også omfattet. Men dommen gir ikke noe klart svar på hvor langt vernet rekker, hverken for rett til streik i en hovedkonflikt eller for retten til sympatistreik. Dommen har likevel betydelig prinsipiell interesse, både rettskildemessig og materielt.

Innledningsvis fremholdt domstolen at artikkel 11 ikke kan tolkes slik at vernet av organisasjonsfriheten for fagforeninger er mye snevrere enn det som ellers er fremherskende i folkeretten: «It would be inconsistent ... to adopt in relation to Article 11 an interpretation of the scope of freedom of association of trade unions that is much narrower than that which prevails in international law» (avsnitt 76). Med dette viste domstolen uttrykkelig til og bygget videre på sitt prinsipielle syn i dommen i *Demir and Baykara* (2008; omtalt i *Nytt i privatretten* 2009 nr. 1, s. 8). Helt i samsvar med dette anla domstolen den samme brede tilnærming til rekkevidden av andre internasjonale konvensjoner og til en komparativ vurdering av i hvilken utstrekning rett til sympatistreik er anerkjent i nasjonale rettsordninger. Blant annet gir dommen klart uttrykk for betydningen av vernet for streikeretten etter Den europeiske sosialpakt artikkel 6(4) og praksis fra European Committee of Social Rights, så vel som etter praksis på ILOs område.

Konkret gjaldt saken en interessetvist mellom det britiske transportarbeiderforbundet, RMT, og én arbeidsgiver. RMT gikk til streik i hovedkonflikten, men streiken måtte ha begrenset omfang og ledet til begrensede resultater – bare et litt forbedret tilbud fra arbeidsgiverens side. RMT ønsket å gå til sympatistreik hos en annen arbeidsgiver. Men etter britisk rett gjelder et absolutt og ubetinget forbud mot «secondary action».

Dette lovfestede forbudet innebar, sa EMD, et inngrep i RMTs rettigheter etter EMK artikkel 11 (avsnitt 77, 78). Spørsmålet for domstolen var da om inngrepet kunne være forenlig med unntaksbestemmelsen i artikkel 11 nr. 2. Her gikk domstolen varsomt frem.

Den fremholdt som et utgangspunkt at det *ikke* var nødvendig å ta stilling til om adgang til å gå til arbeidskamp («the taking of industrial action») skal anses om en del av kjernen i beskyttelsen etter artikkel 11 – «an essential element» (avsnitt 84). Denne tilnærmingen var et vesentlig poeng for domstolens videre drøftelse, hvor den la betydelig vekt på at statene må ha en relativt vid «margin of appreciation» til å regulere utøvelsen av rettigheten ut fra nasjonale sosiale og økonomiske hensyn. Denne skjønnsmarginen er videre hvis det ikke er tale om en side av organisasjonsfriheten som er en del av kjernen, men et sekundært eller tilleggsэлемент. På det sosial- og økonomisk-politiske området vil domstolen i alminnelighet respektere den nasjonale lovgivers valg med mindre det er «manifestly without reasonable foundation» (avsnitt 87 og 99). Et inngrep må dessuten være forholdsmessig (avsnitt 100). Domstolen understreket videre at av hvordan grensen skal trekkes, må vurderes ut fra den konkrete faktiske situasjonen i den enkelte sak. Ut fra disse utgangspunktene kom domstolen til at det britiske lovforbudet ikke innebar et utillatelig inngrep overfor RMT i interesselvisten med arbeidsgiveren i hovedkonflikten.

Dommen innebærer med andre ord ingen anerkjennelse av at retten til streik, enn mindre av en rett til sympatistreik, har et absolutt eller ubetinget vern etter EMK artikkel 11. Det vesentlige nye ved dommen er at den så klart slår fast at begge deler er rettigheter som omfattes av artikkel 11, og gjør det i en sammenheng som gir vernet større rekkevidde enn i tidligere avgjørelser. Men samtidig er understrekningen av statenes skjønnsmargin viktig. Dommen viser også hvordan det prinsipielle utgangspunktet om vern kan vise seg å ikke ha gjennomslagskraft i konkrete tilfeller. Grensedragningsspørsmålene ligger for såvidt åpne for senere rettspraksis.

*Stein Evju*

### **Permittering og rett til dagpenger – Høyesteretts dom 31. mars 2014 (HR-2014-00656-A)**

Permittering innebærer en form for suspensjon av arbeidsforholdet, uten arbeid og med lønn bare i en begrenset «arbeidsgiverperiode». Ut over arbeidsgiverperioden kan en permittert arbeidstager ha rett til dagpenger etter folketrygdlovens regler om dagpenger ved arbeidsløshet. Saken her gjaldt et spørsmål om rekkevidden av denne retten. Saksforholdet var i korthet:

To ansatte ved en trykkeribedrift ble permittert med 50 % fra sine stillinger i to måneder, februar og mars 2011. Grunnen for permitteringene ble angitt å være «forventet omsetningssvikt». De søkte om dagpenger, men fikk avslag av NAV lokalt, av NAVs regionale klageinstans og av Trygderetten. De anket Trygderettens kjennelser til Frostating lagmannsrett, som frifant staten.

Saken gjaldt tolkning av folketrygdlovens § 4-7. Etter denne bestemmelsen er det et vilkår for rett til dagpenger at permittering er begrunnet i «mangel på arbeid eller andre forhold som arbeidsgiver ikke kan påvirke». Problemstillingen for Høyesterett var om arbeidsmangel som skyldes «vanlig markedsrisiko», som også omfatter «normalsituasjonen i et marked i varig endring, ikke er «spesielt uforutsigbar» eller et resultat av en «brå og uforutsett endring» og derfor ikke gir rett til dagpenger (avsnitt 42).

Høyesterett kom enstemmig til at dette spørsmålet måtte besvares med nei og kjente Trygderettens kjennelser ugyldige. Førstvoterende pekte på at ordlyden i § 4-7 ikke gir uttrykk for et krav om at arbeidsmangel må skyldes uforutsigbare eller uventede omstendigheter, og poengterte at det ikke alltid er mulig å unngå negative konsekvenser av et hendelsesforløp bare fordi slike kan forutses (avsnitt 42, 43). Han gikk relativt grundig inn på lovhistorikk og forarbeider både før og etter at reglene om dagpenger ved permittering ble tatt inn i folketrygdloven. Ingen av delene gav grunnlag for å tolke § 4-7 innskrenkende. Forskrifter gitt i medhold av § 4-7, slik de gjaldt ved de aktuelle permitteringene, oppstilte heller ikke krav om at arbeidsmangel måtte være uventet. Eldre praksis gav ikke klare svar, og en kortvarig praksis – i realiteten kun fra én måned før de kjennelsene som var omtvistet i denne saken – kunne da heller ikke lede til at § 4-7 skal forstås dithen at bestemmelsen ikke gir rett til dagpenger ved permittering ved «arbeidsmangel forårsaket av normale markedsvingninger» (avsnitt 58, jfr. avsnitt 56–57).

Førstvoterende poengterte innledningsvis at det må skilles mellom vilkårene for adgang til å permittere ansatte og arbeidstageres rett til dagpenger (avsnitt 36). Det kan sees som et svar på en anførsel fra arbeidstageres side, støttet av partshjelperne, om at når de privatrettslige vilkårene for permittering er oppfylt, bør trygdemyndighetene normalt anse dette som avgjørende også for retten til dagpenger (avsnitt 10). Trygdemyndighetene bør ikke gjennom sine dagpengevedtak «foreta det som i realiteten er en overprøving av næringslivets egen vurdering av behovet for permittering», fremholdt NHO og Norsk Industri (avsnitt 20). Det er ingen direkte gjenklang av disse argumentene i førstvoterendes uttalelser. Derimot er hans kursoriske bemerkninger om rettsgrunnlag for permittering slående i sin mangel på presisjon. Det sies at «[s]elve permitteringsadgangen følger av arbeidsrettslig sedvanerett. Adgangen er også nedfelt i hovedavtalen mellom LO og NHO» (avsnitt 36). Det første er en ytterst diskutabel forenkling; det siste er et snevert og svært mangelfullt perspektiv.

Det er slående ved selve saken at ikke bare LO og arbeidstageres eget forbund, Fellesforbundet, men også NHO og Norsk Industri opptrådte som partshjelpere for de to arbeidstagerne som var de ankende parter for Høyesterett. En slik konstellasjon er

sjelden å se for domstolene. Men den illustrerer den felles interesse partene i arbeidslivet kan ha i spillet mellom tariffavtaleregulering, næringslivsbehov og offentlige (støtte)ordninger. Partenes felles opptreden som førte til en reversering av forskrifts- endringer denne vinteren som ville legge en større del av den økonomiske byrden ved permitteringer på bedriftene, er et mer talende uttrykk for det samme.

*Stein Evju*

### **Arbeidstid, turnus for sykepleiere, Facebook og arbeidskamp – Arbeidsrettens dom 3. mars 2014 (Inr. 4).**

Saken har bakgrunn i uenighet om turnusordninger med arbeid oftere enn hver tredje helg. Uenigheten har versert gjennom lengre tid mellom de sentrale tariffpartene, Norsk Sykepleierforbund (NSF) og Arbeidsgiverforeningen Spekter. Sommeren 2013 var det, på litt ulike måter, uenighet om gjennomføring av turnusordninger ved flere helseforetak. Hovedspørsmålet i saken var om det var satt i verk arbeidskampiltak for å hindre vedtak eller gjennomføring av vedtak om omstridte turnusordninger – «annen arbeidskamp» i tariffrettslig forstand.

Saken reiste flere til dels kompliserte tariffrettslige spørsmål, særlig om tariffavtalebegrepet og den rettslige klassifiseringen av lokale turnusprotokoller og avtaler om unntak fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsregler. Arbeidsrettens behandling av disse spørsmålene knytter seg i vesentlig grad til rettens vurdering av konkrete faktiske forhold, og den bringer ikke egentlig noe nytt til problemstillingene på generelt eller prinsipielt nivå.

Det samme gjelder forsåvidt drøftelsen av spørsmålene om det var tale om «annen arbeidskamp». Rettens generelle formulering av hva som kan være «annen arbeidskamp», er riktignok ikke helt treffende når det sies at dette omfatter «ethvert tiltak eller enhver opptreden som er *egnet til* å virke som et press på motparten for å løse en tvist» (avsnitt 160; min kursivering; jfr. tilsvarende i avsnitt 179, flertallet). Et vilkår om «egnethet» har ingen forankring i eldre rettspraksis. Det er neppe noen grunn til å anse rettens uttalelse på dette punktet som uttrykk for en ny forståelse. Den videre drøftelsen av hva som kan rubiseres som «annen arbeidskamp», gir ingen holddepunkter for noe slikt. Det gjør heller ikke rettens drøftelser av de ganske komplekse faktiske forholdene i saken og subsumsjonen av dem.

Retten poengterte at Sykepleierforbundets overordnede vedtak om arbeidstidspolitikken ikke er i strid med den tariffrettslige fredsplikten. «Det er heller ikke i strid med fredsplikten at fagforeningen fremhever og arbeider for gjennomføringen av dette prinsippet i ulike sammenhenger, slik som gjennom orienteringer til medlemmene, som innspill i den alminnelige arbeidspolitiske debatten og

i diskusjoner med arbeidsgiversiden» (avsnitt 167). Noe annet ville da også vært et umulig standpunkt; det ville utelukket nær sagt enhver faglig interessepolitisk virksomhet. Men det avgjørende, sa retten, «er om NSF og de tillitsvalgte søker å få gjennomslag for dette prinsippet i strid med den tariffrettslige reguleringen mellom partene» (avsnitt 167). Dette er like selvsagt, men er samtidig et uttrykk for det som var det springende punkt i saken.

Det ble utfoldet ganske omfattende aktivitet i sosiale medier i forbindelse med diskusjonene om å godkjenne eller gjennomføre turnusplaner, dels av NSF og tillitsvalgte, dels av enkelte sykepleiere. Bevismessig anså Arbeidsretten at forbundets innlegg på Facebook ikke kunne knyttes til tvistene ved de enkelte sykehusene på en slik måte at de var i strid med fredsplikten. Tillitsvalgtes og medlemmers forhold gjennom e-postutvekslinger, Facebook-aktivitet og medlemsmøter ble derimot vurdert som «felles opptreden for å tvinge frem» løsning av uenighet mellom tariffbundne, og dermed som «annen arbeidskamp» i tariffrettslig forstand (dissens 5–2). Konklusjonene bygger på konkrete bevismessige vurderinger og flytter forsåvidt ingen merkestener i arbeidskampretten.

*Stein Evju*

### **Klage til ESA – «omkamp» om verftssaken?**

Den meget omtalte «verftssaken», eller STX, om forskriften om «almengjøring» av visse lønns- og arbeidsvilkår for verftsindustrien, fikk sin avgjørelse på hjemlig grunn med Høyesteretts dom i Rt. 2013 s. 258 (omtalt i *Nytt i privatretten* 2013 nr. 2, s. 1–4). Ihvertfall en foreløpig avgjørelse. I oktober henvendte den europeiske arbeidsgiverorganisasjonen BUSINESSEUROPE seg til ESA med oppfordring om at ESA skulle drøfte forholdet til EØS-avtalens artikkel 36 og utstasjoneringsdirektivet (96/71/EF) med kommisjonen. Dette ble fulgt opp med en formell klage til ESA fra NHO 5. desember 2013. ESA tok saken opp med norske myndigheter i januar i år med en rekke spørsmål om forståelsen av høyesterettsdommen og rettstilstanden som følge av den. Arbeids- og sosialdepartementet svarte 3. mars. Der står saken (pr. 4. mai). Det gjenstår å se om ESA vil forfølge den videre.

*Stein Evju*

### **ESA-kritikk og regelverksendringer – lønnsgaranti og rett til utsatt ferie**

Den 12. februar i år sendte ESA et formelt «åpningsbrev» og én grunnlagt uttalelse («reasoned opinion») til Norge. Begge gjelder saker som har versert en tid, og begge har bakgrunn i avgjørelser fra EU-domstolen, og begge har resultert i (forslag til) regelverksendringer.

Den grunngitte uttalelsen gjaldt lønnsgarantiordningen. Forskriften til lønnsgarantiloven stilte som alminnelig regel et krav om at en arbeidstager måtte

melder seg som lokal arbeidssøker innen 14 dager for å få dekket krav opptjent etter konkursåpning (forskriftens § 3-3 etter endring i 1998). ESA fremholdt at insolvensdirektivet (2008/94/EF) ikke tillater en så restriktiv bestemmelse og som bare åpnet for unntak i individuelle tilfeller ut fra arbeidstagerens «personlige forhold og livssituasjon». Dette ledet til at § 3-3 ble opphevet ved endringsforskrift 28. mars 2014 nr. 354.

Åpningsbrevet gjaldt bestemmelsen i ferielovens § 9 nr. 1 annet ledd om utsatt ferie ved sykdom i en ferieperiode. Vilkåret for rett til å få ferie utsatt og gitt som ny ferie senere i ferieåret, er at arbeidstageren har vært helt arbeidsufør i *minst seks* virkedager. ESA fremholdt at arbeidstidsdirektivets artikkel 7, slik bestemmelsen er tolket av EU-domstolen, krever at ferie må kunne tas igjen uavhengig av antall sykedager og om nødvendig også i det påfølgende ferieår. Arbeids- og sosialdepartementet har innrettet seg etter dette og fremmet forslag til lovendringer i Prop. 73 L (2013–2014). En endring av ferielovens § 9 nr. 1 annet ledd skal gi rett til utsettelse og ny ferie i ferieåret med et «tilsvarende antall virkedager» ved hel arbeidsuførhet «i løpet av ferien». En endring i § 7 nr. 3 annet ledd vil åpne for overføring til det påfølgende ferieår av ferie som, blant annet etter § 9 nr. 1, ikke er avvirket ved ferieårets utløp.

Stein Evju

### **Virksomhetsoverdragelse, virkning av tariffavtale hos erverver – foreleggelse for EFTA-domstolen**

I en anmodning til EFTA-domstolen 31. mars i år har Eidsivating lagmannsrett bedt om en rådgivende uttalelse om virkningen av en tariffavtale hos erververen for arbeidstagerer som er overtatt ved en virksomhetsoverdragelse. Bakgrunnen er, helt kort:

Terminaldrift og frakthåndtering for SAS ble drevet av et eget underkonsern i SAS-systemet, Spirit. Underkonsernet var heleid av SAS Ground Services AB, som igjen er heleid av morselskapet i SAS-konsernet, SAS AB. Høsten 2011 ble det besluttet å integrere Spirit-konsernet i SAS-konsernets virksomhet. Virksomheten («innmaten») i det norske Spirit-selskapet ble overført til SAS-konsortiet med virkning fra 1. mars 2012. Konsortiet meddelte 16. mars samme år at det ikke ville være bundet av de tariffavtaler som gjaldt i Spirit-selskapet, jfr. arbeidsmiljølovens § 16-2(2). Konsortiet lønnet de overtatte arbeidstagerne i henhold til de tariffavtalene som gjaldt for Spirit, Flyoverenskomsten og Luftfarts-overenskomsten, inntil disses ordinære gyldighetstid utløp 31. mars 2012. Derefter ble arbeidstagerne lønnet etter den særavtalen som er inngått mellom SAS-konsortiet og de overførte arbeidstagerens organisasjoner. Lønningene etter disse tariffavtalene lå lavere enn lønningene etter de som gjaldt i Spirit.

Spørsmålene til EFTA-domstolen er tre: Først og fremst er spørsmålet om artikkel 3 nr. 1, jfr. nr. 3,

i virksomhetsoverdragelsesdirektivet (2001/23/EF) tillater at en erverver innplasserer overtatte arbeidstagerer i en lønnstabell i en *tariffavtale som gjelder hos erververen*, fra et tidspunkt etter at den tariffavtalen som gjaldt hos overdrageren, er utløpt, *selv om* dette fører til lønnsreduksjon for den enkelte ansatte. Lagmannsretten har dernest stilt spørsmål om svaret på dette hovedspørsmålet beror på om tariffavtalen hos overdrageren fortsatt løper, og om svaret beror på om lønnsreduksjonen er vesentlig eller ikke.

Problemstillingene har betydelig interesse også prinsipielt. Utgangspunktet etter direktivet og arbeidsmiljølovens §§ 16-2(2) er at overførte arbeidstagerer har rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiver var bundet av, *inntil* denne tariffavtalen utløper. Spørsmålet er om erververen etter dette tidspunktet kan gjøre en annen tariffavtale gjeldende med virkning for lønns- og arbeidsvilkårene for de overførte arbeidstagerne. Dette spørsmålet utfordrer dessuten en spesiell norsk forståelse av direktivets bestemmelse i artikkel 3 nr. 3 om at erververen skal opprettholde de samme vilkår som gjaldt etter overdragerens tariffavtale, «inntil ... en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse». I arbeidsmiljølovens §§ 16-2(2) heter det i stedet for denne formuleringen «inntil ... det *inngås ny tariffavtale* som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakerne». I forarbeidene til bestemmelsene har departementet forutsatt at «[d]e individuelle rettighetene som følger av den tidligere arbeidsgiverens tariffavtale, kan bare erstattes ved at den nye arbeidsgiveren eller arbeidsgiverens organisasjon inngår avtale med den eller de arbeidstakerorganisasjoner som representerer de overførte arbeidstakerne, om at den nye arbeidsgiverens tariffavtale skal gjøres gjeldende for de overførte arbeidstakerne» (Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 339; mine kursiveringer).

I den aktuelle saken var de overførte arbeidstagerne medlemmer av de organisasjonene erververen hadde tariffavtaler med, og disse tariffavtalene var anvendelige etter sitt innhold (dvs. personelt og saklig anvendelige). Det ble ikke inngått noen ny eller særskilt avtale mellom SAS-konsortiet og arbeidstagerens organisasjoner om at de aktuelle tariffavtalene i SAS-konsortiet skulle gis anvendelse. Etter alminnelige tariffrettslige regler ville det heller ikke være nødvendig. Begrensninger kan tenkes å følge av tariffavtalte bestemmelser. Men det er noe annet enn lovgiverforutsetningen om at det skal kreves en særskilt avtale med erververen. Denne forutsetningen er imidlertid ikke godt fundert; den har ingen støtte i direktivets bestemmelser eller i rettspraksis fra EU-domstolen. Også derfor er det grunn til å imøtse en uttalelse fra EFTA-domstolen med interesse.

Stein Evju

**Ikke rett til foreldrepermisjon for mor som får barn fra surrogatmor – EU-domstolens dommer 18. mars 2014, sak C-167/12 CD mot ST, og sak C-363/12 Z mot Government Department and the Board of Management of a Community School**

Domstolen uttalte at direktivet om vern ved graviditet og nedkomst (92/85/EF) forutsetter at en arbeidstager selv må ha vært gravid og født barnet for å få permisjonsrettigheter. En «sosial mor» som har fått et barn gjennom en surrogatmor, omfattes ikke av direktivet. Nektelse av foreldrepermisjon, herunder permisjon for adoptivforeldre, for en «sosial mor» er heller ikke å anse som diskriminering på grunn av kjønn etter likebehandlingsdirektivet 2006/54/EF eller rammedirektivet om likebehandling i sysselsetting og yrke, 2000/78/EF. En arbeidstager som ikke er i stand til å bære frem et barn, er ikke å anse som funksjonshemmet i rammedirektivets forstand.

*Stein Evju*

**Mål C458/12 Lorenzo Amatori m.fl. mot Telecom Italia SpA och Shared Service Center Srl, dom den 6. mars 2014**

EU-domstolen har i ett stort antal mål avgjort spørsmål om når overlåtelsesdirektivet (2001/23/EG) ska äga tillämpning. I mål C458/12 *Amatori* var frågan om direktivets tillämplighet återigen uppe till bedömning. Direktivet föreskriver att det är tillämpligt på en övergång av en funktionellt självständig ekonomisk enhet, jfr p. 34 och 35 i domen. I det aktuella målet var frågan om det är förenligt med direktivet att i nationell lagstiftning föreskriva regler om att de anställda behåller sina rättigheter vid en övergång av en enhet som inte är en funktionellt självständig ekonomisk enhet (den första frågan) eller då överlåtaren utövar ett betydande överordnat inflytande över förvärvaren efter övergången (den andra frågan), p. 21. Några sådana hinder föreskriver överlåtelsesdirektivet inte, enligt EU-domstolen, p. 42, 52 och 53. Överlåtelsesdirektivet är ett minimidirektiv och syftar endast till partiell harmonisering, dvs. att säkerställa att de nationella reglerna ger arbetstagare som omfattas av verksamhetsövergången skydd i förhållande till förvärvaren på samma sätt som de haft till överlåtaren, se p. 40 och 41.

De faktiska omständigheterna i målet var i korthet följande. Vid en intern omorganisation delade Telecom Italia upp avdelningen Information Technology i ett tiotal avdelningar, bl.a. IT Operations, med underavdelningen Software and test factory, och It-utveckling. Arbetstagarna i Software and test factory och It-utveckling kom att fortsätta att samarbeta sinsemellan. Ett par månader senare överflyttade Telecom Italia avdelningen IT Operations till dotterbolaget TIIT. Lorenzo Amatori och 74 andra arbetstagare fick sina anställningar överförda på TIIT utan att ha samtyckt till det. Telecom Italia fortsatte att styra Software and Test Factory. Amatori och de

andra arbetstagarna ansåg inte att denna övergång av avdelningen var en övergång av verksamhet och yrkade (hevdet) att de fortsatt skulle vara anställda i Telecom Italia. Som stöd för sin sak anförde de att det inte förelåg någon verksamhetsövergång eftersom avdelningen IT Operations inte utgjorde någon funktionellt självständig underavdelning inom Telecom Italias organisation, och eftersom överlåtaren utövade ett avgörande inflytande över förvärvaren TIIT, p. 18–20.

Avseende den första frågan har direktivet i sig inte ett så långtgående tillämpningsområde som den ifrågavarande italienska regleringen har, utan det ställs krav på att föremålet, eller objektet, för övergången, dvs. enheten, ska vara av viss kvalitet. Detta diskuteras av EU-domstolen i domen, se särskilt p. 31–35. Det är klar rättspraxis att något mer än arbetsuppgifter måste övergå för att direktivet ska vara tillämpligt och att det ska vara en varaktigt organiserad ekonomisk enhet som är tillräckligt funktionellt självständig, se p. 31 och 32 med hänvisningar till tidigare avgöranden. Genom en systematisk tolkning kom EU-domstolen fram till att det överlåtna föremålet «*under alla omständigheter måste vara självständig redan före övergången*» (min kursivering) för att direktivet ska vara tillämpligt, p. 34. EU-domstolen slår vidare fast att om «den övertagna enheten inte var tillräckligt funktionellt självständig före övergången, omfattas övergången inte av direktiv 2001/23», p. 35. För att det ska vara fråga om en verksamhetsövergång i direktivets mening, är det avgörande kriteriet för att avgöra detta huruvida den aktuella enheten behåller sin identitet efter det att den övergått till förvärvaren, p. 30. Det ställs däremot inte något krav på att «den övertagna ekonomiska enheten behåller sin självständighet i förvärvarens struktur», p. 33, jf. p. 47.

Vad gäller den andra frågan ställs det i direktivet inte något krav på att förvärvaren ska vara självständig i förhållande till överlåtaren, p. 47. EU-domstolen gör här en teleologisk tolkning, jf. p. 49 och 51, av direktivet och slår fast att direktivet «är avsett att omfatta varje rättslig förändring av arbetsgivarens person», p. 48. En bedömning av om det är en verksamhetsövergång ska inte bedömas olika beroende på graden av självständighet mellan överlåtaren och förvärvaren. Det skulle strida mot direktivets syfte om en övergång där överlåtaren har ett inflytande över förvärvaren inte skulle omfattas av direktivet, p. 49.

Sammanfattningsvis framgår det av domen att det som övergår på förvärvaren måste enligt överlåtelsesdirektivet vara en funktionellt självständig enhet, men att denna enhet inte behöver bestå hos förvärvaren så länge den aktuella enheten behåller sin identitet. Om föremålet, eller objektet, för övergången är en funktionellt självständig enhet är alltså något som ska avgöras innan en bedömning kan göras av om den överlåtna verksamheten behållit sin identitet. Överlåtelsesdirektivet hindrar emellertid inte att

nationell lagstiftning föreskriver att regelverket är tillämpligt på en verksamhetsövergång när föremålet, eller objektet, som överförs inte utgör någon funktionellt självständig ekonomisk enhet. Bedömningen av om det är en ekonomisk enhet som övergått kan då komma att flyta samman med bedömningen av om enheten behållit sin identitet efter verksamhetsövergången. Slutligen omfattar direktivet alltså varje förändring av arbetsgivarens person.

*Bernard Johann Mulder*

## ARVERETT

### **Borgarting lagmannsretts dom av 24. mars 2014 (LB-2012-181822)**

*Saken gjaldt:* Saken gjaldt gyldigheten av testament. Påstanden om ugyldighet var dels basert på at testamentet stred mot arveloven § 63 (utilbørlig påvirkning av testator), og dels på at det stred mot bestemmelsene i et tidligere gjensidig testament. Det nye testamentet ble kjent gyldig, da det ble ansett for å være i strid med ektefellens gjensidige testament, som lengstlevende var bundet av i sin helhet.

#### *Faktum*

Ektefellene var barnløse; hustruen hadde bare én slektning, mens mannen hadde en omfattende slekt. I 1987 leide de ut til A en kjellerleilighet i boligen. I 1988, da mannen var blitt alvorlig kreftsyk, opprettet ektefellene et gjensidig testament. I punkt 1 var det bestemt at lengstlevende skulle være enearving etter førstavede. I punkt 2 het det: «Lengstlevende kan fritt disponere den samlede formue slik som lengstlevende finner formålstjenlig.» I punkt 3 var det nevnt at gjenlevende kunne understøtte eller gi bort midler etter eget ønske. I punkt 5 var det tatt inn en *sekundærbestemmelse*:

«Det som måtte være av eiendommer og andre midler i boet ved lengstlevendes død, skal fordeles blant slektninger på [mannen] sin side etter arvelovens bestemmelser – dersom ikke lengstlevende har bestemt en annen fordeling for eksempel gjennom ett tillegg til dette testament.»

Mannen døde i 1988, og gjenlevende tok over arven etter det gjensidige testamentet. Hun flyttet etter hvert på pleiehjem og fikk mye hjelp av A. A ble oppnevnt som (hjelp)verge. I desember 2009 opprettet gjenlevende et nytt testament. Testamentet var laget av A og A var innsatt som enearving. Han kjørte også gjenlevende til advokat slik at testamentet kunne undertegnes med vitner. Gjenlevende døde i 2011, nær 93 år gammel.

#### *Rettens vurdering*

Anførselen om ugyldighet etter arveloven § 62 ble frafalt for prosedyrene. Det var tvilsomt om det var grunnlag for ugyldighet etter § 63, men lagmannsretten behøvde ikke å ta stilling til dette da testamentet uansett var ugyldig på grunn av motstrid med

det gjensidige testamentet fra 1988. Spørsmålet var om i hvilken grad testamentets punkt 5 måtte anses å begrense hennes rett til å råde over boet etter sin død gjennom *testamentariske* bestemmelser. Lagmannsretten fant at ordlyden om at lengstlevende kan bestemme en annen fordeling var noe tvetydig, men lest i sammenheng tilsa formuleringen at lengstlevende gis en mulighet til å påvirke fordelingen mellom mannens slektsarvinger, ikke en fri testasjonsrett over hele boet. Det ble vist til ordlyden i punkt 2 og 3 hvor lengstlevendes fulle frihet var uttrykkelig angitt. Som støtteargument ble det lagt vekt på at det vesentligste av formuen var innbragt av mannen, og at han hadde en omfattende slekt (15 slektsarvinger var parter). Han hadde også før sin død begynt å fordele eiendeler. Lagmannsretten viste også til arveloven § 58 om at lengstlevende ikke har adgang til å tilbakekalle eller endre det som er fastsatt om arverett til andre enn egen slekt eller arvinger som er innsatt etter særskilt ønske fra lengstlevende. Testasjonen til fordel for A var i strid med dette og følgelig ugyldig.

#### *Kommentar*

Dommen er et klassisk gjensidig testamenteksempel. Ektefellene er barnløse, gjenlevende har fri rådighet i levende live, og det er inntatt sekundærbestemmelse. Dommen viser hvor viktig det er at advokater og andre som bistår med opprettelsen av gjensidige testamenter, klart presiserer hvilken testasjonskompetanse lengstlevende skal ha. Det bør fremgå klart av testamentet om lengstlevende skal ha fri rådighet ved testament. En mulig formulering kan være: «Dersom lengstlevende selv i testament ikke bestemmer noe annet, skal restboet fordeles som følger: ...» Når det først som i dette tilfellet var tatt med en sekundærbestemmelse om at hele restboet skulle gå til førstavedes slekt, vil presumsjonen være at lengstlevende er bundet av denne bestemmelsen. Undertegnede var ikke dommer i denne saken.

*Per Racin Fosmark  
lagdommer i Borgarting lagmannsrett*

### **Borgarting lagmannsretts dom av 11. desember 2013 (LB-2012-70267). Stiftelsesloven § 2 og al. § 65**

Arvelater hadde opprettet et testament hvoretter en betydelig del av hans formue skulle gå til en stiftelse som skulle opprettes etter hans død. Formålet med stiftelsen var høyst uklart og flertallet i lagmannsretten kom til at kravet i stiftelsesloven om et angitt bestemt formål samt varigheten av stiftelsen ikke var oppfylt.

#### *Fakta*

Arvelater A var gift og hadde tre særkullsbarn. I 2005 opprettet han med sin ektefelle et gjensidig testament. Hustruen skulle arve en del spesifiserte eiendeler, innestående på flere bankkontoer og ha boret til

boligen. De tre særkullsbarna skulle arve kr. 1 mill. hver. Resten av dødsboet skulle gå til en stiftelse som ifølge punkt 5 i testamentet skulle opprettes etter hans død. Styremedlemmene var navngitt i testamentet. A døde i 2009 og etterlot en formue på samlet ca. kr. 25 mill. Når det gjaldt stiftelsen, var formålet i punkt 6 angitt til at stiftelsen skulle føre videre pågående tvister for domstolene inntil det foreligger rettskraftig dom eller forlik. Utover dette forelå det ingen angivelse av hva stiftelsen skulle bruke midler til. Stiftelsestilsynet hadde i et brev fra mars 2010 konkludert med at stiftelsen klart var lovlig opprettet etter As død. Tingretten kom til at vilkårene for opprettelse av en gyldig stiftelse ikke var oppfylt og at man ikke ved al. § 65 kunne innfortolke noe bestemt formål.

#### *Lagmannsrettens vurdering*

For lagmannsretten var spørsmålene både om ordlyden i testamentet oppfylte kravet i stiftelsesloven om angivelse av formål samt varigheten til en stiftelse. I stiftl. §2 heter det at midler må være «stilt til rådighet for et bestemt formål av ideell etc. ... eller annen art.» Et første spørsmål for lagmannsretten, var om det ulovfestede kravet om at en stiftelse skal ha en viss varighet, var oppfylt. Både i praksis og teori er det noe uklart nøyaktig hva som ligger i dette kravet. Retten viste til Knudsen og Woxholth, *Stiftelsesloven* hvor det heter at en varighet av mindre enn 4-5 år neppe kan aksepteres som en gyldig stiftelse. Det ble også vist til stiftelseslovens forarbeider, NOU 1998:7 og Woxholth, *Stiftelser etter stiftelsesloven*, 2001. Flertallet behøvde ikke ta standpunkt til nøyaktig hvor mange år man skal basere seg på idet det angitte formål neppe kunne vare mer enn maksimum to år. Når det så gjaldt formålsangivelsen ble det også vist til Knudsen og Woxholth, *Stiftelsesloven* fra 2004 hvor det om § 2 blant annet heter at formålet må ikke være så alminnelig angitt at det i realiteten blir ubetinget. Etter å ha nevnt enkelte vage formuleringer som ikke oppfyller lovens krav heter det så: «Det samme gjelder en angivelse som begrenser seg til å si at stiftelsens styre skal «begunste de formål styret til enhver tid fastsetter.» Testator hadde i dette tilfelle ikke gjort noe forsøk på å ta inn i testamentet hva midlene skulle brukes til utenom kortsiktig å fortsette rettssaker. Videre var det en rekke vitner som hadde forklart at A ikke hadde fortalt noe om hva midlene skulle brukes til av almennyttig art. En advokat hadde vært oppnevnt i 2008 som hjelpeverge og A hadde ikke informert ham om stiftelsens videre formål. Tilsvarende gjaldt også for As finansielle rådgiver og advokaten som hadde opprettet testamentet. Det virket som det var enighet om at A ikke hadde bestemt seg. Et vitne fortalte at A ønsket at midlene skulle komme eldre personer til gode, mens en annen var blitt fortalt at midlene skulle komme barn til gode.

Når det så gjaldt tolking etter al. § 65 viste flertallet til juridisk teori og Rt. 1980 s. 1515. Tolking og

utfylling forutsetter at man har noe i teksten til testamentet å basere seg på. I dette tilfelle fantes intet i testamentets ordlyd om hva midlene skulle brukes til tross for at dette hadde vært svært enkelt. Flertallet mente også at selv om man skulle innfortolke en bestemmelse om at midlene skulle brukes til almen nyttige formål, var det for vagt til å oppfylle vilkåret om formål i § 2. § 9 i stiftelsesloven ble også nevnt i dommen. Etter første ledd skal den som oppretter en stiftelse utarbeide et stiftelsesdokument. I siste ledd heter det at styret kan utarbeide et stiftelsesdokument eller supplere et stiftelsesdokument med opplysninger som mangler. Flertallet mente at stifteren/testator må angi et formål som gir nødvendige direktiver til styret og innebærer en viss kompetansebegrensning. § 2 ble betegnet som den materielle regel mens § 9 ifølge flertallet er en regel om det formelle ved registrering av en stiftelse. Også her ble det henvist til NOU 1998:7. Mindretallet viste til Hambros kommentarutgave hva angår tolking og utfylling og hadde et annet syn på vitneforklaringene. Testamentet ble betegnet som en negativ testasjon idet hovedformålet med testamentet hadde vært å begrense mest mulig slektens arverett.

Saksomkostninger var i denne saken et problem. Stiftelsen hadde ikke nok midler til å dekke saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten. Når det gjaldt anken til lagmannsretten la retten avgjørende vekt på at styremedlemmene visste at det ikke var midler til å dekke saksomkostningene og derfor ble styremedlemmene personlig ansvarlig for saksomkostninger for lagmannsretten. Når det gjaldt saksomkostninger for tingretten, ble resultatet at formannen i stiftelsen var personlig ansvarlig sammen med stiftelsen for saksomkostninger. Han hadde imidlertid basert seg på brevet fra Stiftelsestilsynet som hadde konkludert med at stiftelsen utvilsomt var gyldig opprettet. Lagmannsretten bemerket at det riktige kanskje hadde vært at Stiftelsestilsynet i siste omgang ble ansvarlig for saksomkostningene.

#### *Kommentar*

I kommentarutgaven til arveloven har jeg skrevet at i forbindelse med tolking og utfylling av testamenter kan man også bruke opplysninger utenfor teksten i testamentet. Tolking betyr dog at det er noe i testamentet som er uklart eller ufullstendig. Dersom teksten er helt klar, blir det ikke aktuelt å foreta noen tolking eller utfylling. I denne saken hadde testator i punkt 6 gjort det klart at formålet var å fortsette visse rettssaker. Utover dette hadde han ikke gjort noe forsøk på å presisere hva arven skulle brukes til. Formuen var som nevnt betydelig og det var en advokat og en finansiell rådgiver inne i bildet i tiden da testamentet ble opprettet. A hadde ikke engang nevnt i testamentet at midlene skulle brukes til almennyttige formål. Det er dessuten påfallende at han ikke overfor alle disse personer hadde klart entydig muntlig å forklare hva stiftelsen skulle brukes til. Jeg har derfor vanskelig for å forstå at det i det hele

tatt skulle foretas en fortolkning av testamentet etter al. § 65. Testamentet som sådan var klart nok og man kan ikke da innfortolke alt testator burde tatt med.

Jeg er også enig i det flertallet sier om forholdet mellom § 2 og § 9. Stiftl. § 2 inneholder den grunnleggende definisjon av hva en stiftelse er. I dette tilfelle var det ingen bestemmelse i testamentet om at en formuesverdi var stilt til rådighet «for et bestemt formål av ideell, humanitær, kulturell, sosial, utdanningsmessig, økonomisk eller annen art.» Stiftl. § 9 inneholder så presiseringen av hvilke opplysninger et stiftelsesdokument må inneholde og hvem som kan utarbeide dette dokumentet. Skal man virkelig godta et testament hvor det bare står at ved min død skal min samlede formue gå til en stiftelse?

Videre har man etter min mening en parallell i juridisk teori og rettspraksis om delegasjon av testasjonsmyndighet. I juridisk teori synes det i dag å være enighet om at en arvelater i vid utstrekning kan delegere myndighet til andre når det gjelder hvordan iallfall deler av dødsboet skal brukes. Se Hambro kommentarutgaven s. 341 og Torstein Frantzen i TfR 1997 s. 950 flg. I Hambro kommentarutgaven står på s. 342: «Arvelater må dog i testament gi en viss veiledning om fordelingen av midlene. Det må være mulig å føre kontroll med at testators vilje blir respektert. Se Frantzen TfR 1997 s. 965–969». Når det i stiftelsesloven § 2 står at et bestemt formål må angis, er det nettopp for at man i ettertid skal kunne føre en viss kontroll med at stiftelsens midler brukes slik testator selv ønsket. Om A hadde bestemt at hele dødsboet, utenom det som etter loven må gå til slekten, skulle brukes slik navngitt person B ønsket, ville det åpenbart ikke bli akseptert som en gyldig testasjon. Her hadde han bestemt at mesteparten av dødsboet skulle gå til en stiftelse og navngitt de personer som skulle sitte i styret og selv bestemme hvordan midlene skulle brukes. Resultatet ble nøyaktig det samme. Det kan selvsagt innvendes at når bestemmelsen i testamentet om en stiftelse blir ugyldig, går mesteparten av boet til slekten. Det eneste som var klart i denne saken var at slekten skulle arve minst mulig. Man kommer dermed til et sluttresultat som utvilsomt strider mot testators ønsker. Tilsvarende gjelder for brudd på formreglene i al. § 49 uansett hvor opplagt testators vilje har vært.

*Peter Hambro*

## ENTERPRISE

### Foreldelse av avdrag i entrepriseretten – Rt. 2013 s. 1476

#### (1) Innledning

##### (1.1) Tvisten

Brødrene Kiil AS vant i 2005 en anbudskonkurranse som Narvik kommune arrangerte angående utføring

av grunnarbeidene til Furumoen sykehjem. Arbeidene skulle utføres som en enhetspriskontrakt basert på håndterte mengder. Som alminnelige kontraktsbestemmelser skulle NS 8405: 2004 gjelde. (En revidert utgave av denne standarden kom i 2008 – NS 8405: 2008.)

I april 2006 besluttet kommunen å utvide sykehjemmet med to nye fløyer. Brødrene Kiil fikk dermed utvidet sitt engasjement til å gjelde også det nye byggetrinn 2.

Det oppsto tidlig uenighet mellom partene om mengdeoppgjøret. Blant annet nektet kommunen å betale avdragsfaktura nr 2 og 3, samt slutfakturaen i byggetrinn 2. De nærmere enkelthetene om nevnte fakturaer vil bli forklart senere.

Byggetrinn 2 ble overtatt av kommunen den 22. november 2007, og slutfaktura ble sendt 21. januar 2008.

Brødrene Kiil tok ut stevning angående de utestående kravene den 22. november 2010. Tvisten for Høyesterett gjaldt spørsmålet om denne stevningen ble tatt ut så sent at kravene var foreldet.

#### (1.2) Rettsprosess

Tingretten frifant Narvik kommune for nevnte krav, men på et annet grunnlag enn foreldelse.

Saken ble deretter anket til Hålogaland lagmannsrett, som tok standpunkt til foreldelsesinnsigelsen til kommunen. Lagmannsretten fant at avdragsfaktura 2 for byggetrinn 2 var foreldet, men ikke avdragsfaktura 3. (Rettens standpunkt for de øvrige kravene kommenteres ikke her.)

Brødrene Kiil anket videre til Høyesterett og Narvik kommune erklærte avledet anke. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 7. mars 2013 å tillate saken fremmet for så vidt gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse ved avgjørelsen av når foreldelse begynner å løpe.

#### (2) Hovedprinsippet for foreldelse av avdragsfakturaer

##### (2.1) Innledning

For å forstå foreldelsesproblematikken i foreliggende sak må man kjenne til hovedtrekkene i betalingsssystemet som NS 8405 bygger på. Standarden bygger på et to-spolet system når det gjelder utbetaling av vederlag til entreprenøren.

Kontraktssummen – det opprinnelig avtalte vederlaget – utbetales primært i henhold til punkt 28.1 i standarden. Det dreier seg om såkalt framdriftsbetaling; entreprenøren får oppgjør for det arbeidet som er utført, samt for materialer som er tilført byggeplassen. Betalingsfristen for avdragsfakturaer er 28 dager etter standarden, jf punkt 29.1, men i foreliggende sak var den satt til én måned. Faktura basert på utført arbeid kan bare sendes én gang i måneden, jf punkt 28.1 andre ledd. Entreprenøren har imidlertid ikke rett til å få utbetalt hele kontraktssummen i løpet av byggeperioden. Det såkalte innestående beløp – fem



prosent av kontraktssummen – kan bare kreves utbetalt i forbindelse med sluttoppgjøret, det vil si etter at overtakelsen av kontraktsarbeidene har funnet sted, jf punkt 28.1 siste ledd. Her er betalingsfristen på to måneder, jf punkt 33.2. Det er videre på det rene at en entreprenør ikke er forpliktet til å kreve framdriftsbetaling, jf ordlyden i punkt 28.1 som nøyer seg med å gi entreprenøren en rett til å kreve avdrag. Han kan i stedet la hele eller deler av sine betalingskrav utstå til sluttoppgjøret, men på grunn av behovet for likviditet vil dette sjeldent skje i noe særlig omfang. Betaling av avdragsfakturaen representerer på den andre siden ingen godkjennelse av grunnlaget for vedkommende faktura, jf punkt 28.1 tredje ledd.

Når det derimot gjelder endringsarbeid (og regningsarbeid), skjer betaling etter standardens punkt 28.2 «Avregning av annet vederlag» som bygger på andre prinsipper. I motsetning til ved framdriftsbetaling dreier det seg om en endelig sluttbetaling, og entreprenøren kan kreve hele vederlaget utbetalt; det gjøres ikke fradrag for innestående. I tillegg skal nevnes at det gjelder en rekke preklusive varslingsregler knyttet til denne type vederlag.

Hovedspørsmålet som Høyesterett måtte ta standpunkt til i foreliggende tvist, var om foreldelsesfristen startet å løpe allerede i forbindelse med de enkelte avdragene eller om disse er av så foreløpig karakter at det først er adgangen til å sende sluttoppgjøret som representerer oppstarttidspunktet.

## (2.2) Flertallet – tre dommere

Flertallet i Høyesterett fant at starttidspunktet for foreldelsen er knyttet til de enkelte avdragene og ikke først adgangen til å sende sluttoppgjør etter overtakelsen av kontraktsarbeidene. Standpunktet er basert på en nærliggende – og, må det være lov å si, forventet – rettslig argumentasjon.

Utgangspunktet er fel § 3 nr 1, hvor det fastslås at «Foreldelsesfristen regnes fra den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse.» Avgjørende er ikke når entreprenøren faktisk fakturerte, men når han etter kontraktsforholdet tidligst kunne ha sendt faktura.

Framdriftsbetaling etter NS 8405 er basert på en påkravsregel: For det arbeidet som er utført, kan entreprenøren kreve avdrag, men betalingsplikten inntreer først 28 dager etter mottatt faktura, jf punkt 29.1. Følgelig begynner foreldelse å løpe 28 dager etter at de aktuelle kontraktsarbeidene var utført. I foreliggende sak var betalingsfristen som nevnt tidligere, forlenget til én måned.

Den ankende part gjorde gjeldende at avdragsbetaling i entrepriseretten er av en betinget og foreløpig art, og derfor ikke kunne gi grunnlag for oppstart av den alminnelige foreldelsesfristen.

Flertallet i Høyesterett konstaterte imidlertid at entreprenørens adgang til avdrag er en *rett* til å kreve betaling for arbeid som er utført. Betaler ikke

byggherren de fakturerte avdragene, utløses misligholdsvirkninger i form av forsinkelsesrente etter punkt 30.1, og eventuelt stansingsrett etter punkt 30.2 og hevingsrett etter punkt 39.1. At byggherren ikke godkjenner grunnlaget for avdragsfakturaene ved å betale, gjør ingen innskrenkninger i hans plikt til å betale fakturaene.

Skal foreldelsesfristen ta til å løpe etter hvert som entreprenøren kan kreve framdriftsbetaling, forutsetter det at han kan få dom for kravene slik at foreldelsesfristen kan avbrytes, se avsnitt 50. Flertallet er ikke i tvil om at krav på framdriftsbetaling kan gi grunnlag for dom: «Jeg kan imidlertid ikke skjønne annet enn at det er tilfellet.»

Til slutt pekes det på at med unntak av Marthinussen mfl, NS 8405 med kommentarer, synes rettsteorien samstemt om at avdragsbetaling i entrepriseretten foreldes suksessivt etter hvert som arbeidene utføres.

## (2.2) Mindretallet – to dommere

### (2.2.1) Mindretallets resonnement

To av dommerne i Høyesterett så annerledes på foreldesspørsmålet enn flertallet. Etter deres oppfatning er fakturering av avdrag så nært knyttet opp til sluttoppgjøret at det er denne begivenheten som må være avgjørende for når fristen begynner å løpe. Regelen i fel § 3 nr 1 innebærer da at foreldelse først begynner å løpe når entreprenøren tidligst kunne ha krevd betaling av sluttoppgjøret. Etter standarden er det to måneder etter overtakelse av kontraktsarbeidet.

Argumentasjonen for dette standpunktet skjer i to etapper.

Først trekker mindretallet fram forhold som viser at avdragsfakturaer har karakter av rene a kontokrav, det vil si at de er av rent foreløpig karakter, se avsnittene 63 til 75. Entreprenøren kan komme med ytterligere krav senere, og byggherrens betaling representerer ingen godkjennelse av kravet.

På dette grunnlaget argumenterer så mindretallet med at krav av denne art ikke kan danne grunnlag for å anlegge sak, se avsnittene 76 til 78. Denne antakelsen er helt avgjørende for konklusjonen. Dersom entreprenøren kunne fått dom for sitt krav på avdrag, ville man vanskelig bli hørt med at han ikke hadde rett til betaling før i forbindelse med sluttoppgjøret. Synspunktet understøttes i følge mindretallet av blant annet de rettskraftsproblemene adgangen til separate spørsmål om og dom for de enkelte avdragene ville kunne føre med seg.

### (2.2.2) Noen bemerkninger

Selv om et mindretallsvotum ikke betyr all verden, kan det være grunn til å komme med enkelte bemerkninger til votumet.

Hjørnesteinen i mindretallets standpunkt er at entreprenøren ikke kan få dom for byggherrens plikt til å betale den enkelte avdragsfakturaen. Oppfatningen er overraskende, og med all respekt må den sies å ha et

noe virkelighetsfjernt preg. Få har nok tenkt seg at en entreprenør ikke skal ha rett til å forfølge et rettmessig krav på avdrag før i forbindelse med et sluttoppgjør.

Standpunktet rimer heller ikke godt med at en manglende betaling fra byggherren er å regne som et kontraktsbrudd. Særlig problematisk er dette å forene med en stansings- og hevingsrett på entreprenørens hånd. En entreprenør skulle altså kunne gjennomtvinge med egne tiltak det han ikke kan få rettsapparatet til å bistå med. Byggherren på sin side måtte naturlig nok kunne bestride grunnlaget for disse misligholdssanksjonene og bringe saken inn for domstolene. Dermed ville spørsmålet om berettigelsen av et fakturakrav uansett kunne ende opp hos domstolene.

Som grunnlag for sin konklusjon synes mindretallet å legge til grunn at entreprenøren står helt fritt med hensyn til å justere sitt opprinnelige krav i det senere sluttoppgjøret, se særlig avsnitt 76. At entreprenøren kan komme med ytterligere krav på kontraktssummen senere, er på det rene. Derimot er det langt fra sikkert at kravet kan rettes opp eller justeres i ettertid. Når byggherren betaler en avdragsfaktura, synes det å være en naturlig formodning om at fakturaen gir uttrykk for hva entreprenøren mener å ha krav på (så langt fakturaen rekker). Dette synspunktet understøttes ved at også avdrag skal spesifiseres og dokumenteres slik at fakturaen kan kontrolleres av byggherren, jf punkt 28.3. Med mindre det i ettertid dukker opp nye forhold som setter den tidligere faktureringen i et annet lys, er entreprenørens justeringsrett usikker.

Til slutt skal nevnes mindretallets utlegning av punkt 29.3 andre ledd i standarden. Bestemmelsen gjelder byggherrens tilbakeholdsrett. I avsnitt 71 påpeker mindretallet at byggherren kan fremme innsigelser og holde tilbake betaling. Deretter uttales det følgende: «I så fall følger det av punkt 29.3 annet ledd at byggherren bare plikter å betale uomtvistede krav innen de fastsatte betalingsfristene.» Dette framgår ikke av bestemmelsen («For øvrig plikter byggherren å betale uomtvistede krav ...») og har heller ikke vært meningen med bestemmelsen. At et krav er omtvistet, gir i seg selv ikke byggherren noen rett til å holde betaling tilbake. Det er bare berettigede innsigelser som forsyner byggherren med en tilbakeholdsrett. En ikke uvanlig misforståelse i byggebransjen var imidlertid at en tvist om et krav ga byggherren rett til å holde hele betalingen tilbake. For å avverge denne misoppfatningen ble andre ledd tatt inn i punkt 29.3.

### *(3) Den nærmere fastleggelsen av fristutgangspunktet*

#### *(3.1) Problemstillingen*

I den foreliggende saken var det ikke tilstrekkelig å fastslå hovedprinsippet for foreldelse av avdragsfakturaer. Høyesterett måtte også ta standpunkt til de helt eksakte reglene for foreldelsesfristens oppstart.

Problemstillingen var særlig kritisk for avdragsfaktura nr 3 i byggetrinn 2. Fakturaen pålydende 572 000 kroner var datert 20. november 2007 slik at betalingsfristen utløp den 20. desember 2007. Avdraget gjaldt asfaltarbeider utført i tiden 4. til 23. oktober 2007. Som nevnt tidligere ble stevning til tingretten tatt ut den 22. november 2010.

Dersom betalingsdato i henhold til fakturaen ble lagt til grunn for når foreldelsesfristen begynte å løpe, ville avdraget ikke være foreldet. Men som fastslått innledningsvis bestemmer fel § 3 nr 1 at det er det tidligste tidspunktet entreprenøren kunne ha krevd betaling, som er avgjørende, ikke når faktura faktisk ble sendt. Høyesterett måtte dermed ta stilling til hvordan denne regelen ville slå ut i entrepriseretten.

#### *(3.2) Standardens system – lagmannsrettens synspunkter*

Når en entreprenør tidligst har rett til å kreve oppfyllelse, må bestemmes på bakgrunn av avtalen mellom partene. I foreliggende sak er det betalingsreglene i NS 8405 som må legges til grunn.

Det følger av punkt 28.1 at all produksjon gir rett til fakturering, også en ren dagsproduksjon, men det er ikke adgang til å fakturere mer enn én gang i måneden. Dessuten har byggherren en betalingsfrist på 28 dager; i foreliggende sak forlenget til én måned.

Kobles disse reglene sammen med fel § 3 nr 1, synes man å kunne utlede følgende system for oppstart av foreldelse: Vederlaget for den første dagen det produseres i en måned kan faktureres umiddelbart. Foreldelse av vederlaget for dette arbeidet begynner derfor å løpe 28 dager deretter (betalingsfristen). Fordi det ikke er adgang til å fakturere mer enn én gang i måneden, kan den resterende produksjonen først faktureres den første i neste måned. Siden det heller ikke denne måneden er lov til å fakturere mer enn en gang, må alt arbeid denne måneden faktureres den første neste måned. Dermed får vi en praktisk og ganske enkel periodisering av foreldelsens oppstart. Med unntak av den første produksjonsdagen, starter foreldelsen for arbeider utført en måned å løpe den 28. i neste måned; i foreliggende sak den 1. påfølgende måned som følge av forlenget betalingsfrist.

Langt på vei synes lagmannsretten å ha lagt et slikt system til grunn for sitt standpunkt om at avdragsfaktura nr 3 ikke var foreldet. Arbeidene gjaldt oktober 2007, og med unntak av første dag, kunne disse tidligst ha blitt fakturert den 1. november 2007, hvilket ville gi entreprenøren rett til betaling den 1. desember 2007. Siden stevningen ble tatt ut den 22. november 2010 var den alminnelige foreldelsesfristen på tre år ennå ikke utløpt.

#### *(3.3) Høyesteretts standpunkt*

Høyesterett deler imidlertid ikke nevnte syn på foreldelsens utgangspunkt. I stedet legges en «dag for dag-betraktning» til grunn, se avsnitt 56. Hvis jeg

har forstått dette riktig, innebærer det at produksjon en dag foreldes etter utløpet av betalingsfristen for denne dagen, i foreliggende sak én måned etter dagsproduksjonen. For avdragsfaktura nr 3 innebar dette at betaling for produksjonen fram til 22. oktober 2007 var foreldet, men ikke vederlaget for senere arbeider. I den fornyede saken om foreldelse i lagmannsretten, se LH-2013-192081, var delingen av beløpet ikke omtvistet.

Hvordan kom så Høyesterett fram til denne løsningen?

Høyesterett innleder drøftelsen av problemet med en kritikk av lagmannsretten, se avsnitt 55. Man oppfatter åpenbart lagmannsrettens periodisering av foreldelsens utgangspunkt som utledet av én-månedsregelen i punkt 28.1 andre ledd. Høyesterett framholder at et sammenfall mellom fakturaperiodene og kalendermånedene kan nok være praktisk, men punkt 28.1 kan ikke være til hinder for en annen periodisering.

Dette er få uenig i og rammer da heller ikke lagmannsrettens synsmåte. Den periodiseringen som lagmannsretten la til grunn, er utledet av fel § 3 nr 1; når entreprenøren tidligst kunne kreve betaling, hvilket er den første i hver måned. Siden punkt 28.1 andre ledd ikke tillater mer enn én fakturering i måneden, vil det derfor tidligst kunne sendes ut én faktura den første i hver måned. Hvorledes entreprenøren faktisk forholder seg, om han har en helt annen periodisering for utsendelse av faktura, har ingen innflytelse på foreldesspørsmålet («tidligst har rett»).

Den egentlige begrunnelsen for en «dag til dag-betraktning» framkommer i avsnitt 56. Her påpekes først at én-månedsregelen i punkt 28.1 andre ledd riktig nok fører til at det må ha gått én måned siden siste faktura. Dernest heter det:

«For øvrig må imidlertid foreldelsesloven § 3 nr. 1 etter mitt skjønn innebære at foreldelse skjer etter hvert som arbeidet utføres – og da med utgangspunkt i en dag for dag-betraktning siden foreldelseslovens fristsystem legger opp til nettopp det.»

Problemet med standpunktet er at forbudet mot å fakturere mer enn én gang i måneden, settes til side. Skal foreldelse begynne å løpe for hver enkelt dagsproduksjon, forutsetter det at entreprenøren kunne ha fakturert hver dag, hvilket punkt 28.1 andre ledd ikke tillater. Dessverre fører neglisjeringen av denne regelen til at man må operere med et ganske upraktisk starttidspunkt for foreldelse av avdragsfakturaer. Man må bryte entreprenørens arbeider ned til dagsproduksjon, hvilket i ettertid (det vil si om lag tre år) kan vise seg vanskelig å få til.

#### *(4) Forholdet til betalingsreglene i bustadoppføringslova*

I kjølvannet av Rt-2013-1476 kan det være interessant å se hvilken betydning dommen har for betaling etter bustadoppføringslova.

I utgangspunktet bygger denne loven på andre betalingsregler enn standardkontraktene mellom profesjonelle parter. Den nominelle hovedregel framgår av buofl § 46 og går ut på at dersom ikke annet er avtalt, kan entreprenøren først kreve betaling etter overtakelsen av boligen.

I praksis vil det nesten alltid avtales at forbrukeren skal betale avdrag – eller forskudd etter lovens system – etter hvert som arbeidene skrider fram, noe buofl § 47 åpner opp for. Slike avdrag må imidlertid ikke overstige verdien av det utførte arbeidet, og minst 10 % av vederlaget skal først utbetales i forbindelse med overtakelsen. Prinsippet om ytelse mot ytelse kan likevel fravikes ved at entreprenøren stiller selvskyldnergaranti for de utbetalte beløpene, jf buofl § 47 siste ledd. Gjelder avtalen fast eiendom med rett til bolig, de såkalte b-tilfellene, kan ingen betaling kreves før forbrukeren enten har fått hjemmel til eiendommen eller det er stilt selvskyldnergaranti fra entreprenøren.

Avtales det fortløpende betaling etter påkrav fra entreprenøren i tråd med ordningen i NS 8405, vil starttidspunktet for foreldelse av avdragene framgå av premissene i Rt-2013-1476.

Imidlertid baseres avdragsbetaling i forbrukerforhold normalt på avtalte fakturerings- eller betalingsplaner, se byggblankett 3425 punkt 6.2.1, byggblankett 3426 B punkt 8.2.1 og byggblankett 3427 punkt 5.3. Disse gir uttrykk for en periodisering av forbrukerens betalingsplikt, som vil smitte av på foreldelse av fordringene. Den delen av vederlaget som entreprenøren kan kreve utbetalt til et bestemt tidspunkt, vil forsynes med et felles starttidspunkt for foreldelsen. Man får dermed en annen løsning enn den Høyesterett la til grunn ved tolkning av NS 8405.

*Lasse Simonsen*

## FAMILIERETT

### **Eidsivating lagmannsretts dom av 31. mars 2014 (LE-2013-112649)**

Spørsmål om sameie eller eneeie og vederlagskrav mellom samboere. Den mannlige samboer ble ansett som medeier i en del av et småbruk, men ble ikke tilkjent vederlag.

#### *Fakta*

A kjøpte i 1998 et småbruk. I 2001 fikk hun en samboer B som flyttet inn til henne. I 2003 opprettet de en samlivsavtale. I punkt 2 a) var det presisert at småbruket var As eneeie. Så i punkt 2 e) het det at «det hver av oss i fremtiden erverver ved egen arbeidsinntekt eller arbeidsinnsats, samt evt. oppsparte midler, skal eies av oss med en halvpart hver.» I punkt 7 het det videre: «Det partene eier i eneeie er ikke gjenstand for deling. Samlivspartene er enige om at de

ikke kan kreve vederlag i den andres eieie.» B drev sin næringsvirksomhet fra eiendommen og det ble bygget en ny stall og ljørbu. Videre ble bygningsmassen forbedret. Det var på det rene at A og B sammen hadde gått inn for å «leve av hester» og de hadde til en avis fortalt om sine planer. De hadde vært enige om felles prosjekter tilknyttet Bs næringsvirksomhet. Det var opptatt et felles lån med pant i eiendommen. I 2011 ble det slutt på samlivet. Deretter ble det uenighet om hvordan samlivsavtalen skulle forstås og B krevet også vederlag.

#### *Rettens avgjørelse*

Lagmannsretten mente samlivsavtalen var klar for så vidt angår det partene eide da den ble inngått. Retten mente imidlertid at det følger av rettspraksis at eiendomsretten til bygninger på en eiendom kan holdes adskilt fra selve grunnen. Det ble vist til Rt. 2004 s. 108 hvor resultatet ble at hustruen eide selve tomten mens bygningen var i sameie. Lagmannsretten uttalte at bygninger og tomt kan anses som to formuesobjekter. I punkt 2 e) var det uttrykkelig presisert at fremtidig erverv ved arbeidsinnsats skulle eies av partene i fellesskap med en halvpart hver. Da avtalen ble inngått, hadde de planer om videreutvikling av eiendommen som de skulle foreta sammen. Retten la til grunn at de var enige om bygging av nye bygninger og de utbedringer som var foretatt. Resultatet ble derfor at A fortsatt var eier av selve tomten og den opprinnelige bygningsmassen. Når det gjaldt stall og ljørbu, var de i sameie mellom A og B med en halvpart hver.

Når det så gjaldt vederlagskrav, sto det i avtalens punkt 7 at det ikke kunne kreves vederlag i den ene eieie og B var videre etter rettens konklusjon blitt sameier i to bygninger. Spørsmålet var så om han ut fra ulovfestede regler om berikelse kunne kreve vederlag. Vederlagskrav forutsetter at en part har fått en betydelig berikelse og at vederlag anses rimelig. Retten viste naturlig nok til Rt. 2011 s. 1168 og Rt. 2011 s. 1176. Verdistingning på selve eiendommen grunnet inflasjon tilkom A alene og forøvrig hadde de begge bidratt like mye hver til det daglige underhold. De hadde hatt felles økonomi og hadde et lån på eiendommen på kr. 2.4 mill. Retten fant det unødvendig å foreta noen tallutregning på hva eiendommen opprinnelig hadde vært verdt idet det uansett var uaktuelt med et vederlagskrav for B.

#### *Kommentar*

At B ikke fikk medhold i krav om vederlag når han ble ansett som sameier i to bygninger, virker på meg rimelig opplagt. Dersom A var tilført en betydelig berikelse måtte det etter min mening tas hensyn til i avgjørelsen av hvor stor del av bygningene som var Bs andel av sameiet. Konstruksjonen at en part eier grunnen, mens partene er sameiere i en eller flere bygninger, må i det praktiske liv være en uheldig

løsning. Den som ikke eier tomten, vil selvsagt forlange utløsning for sin andel av bygningene eller kreve sameiet oppløst. I rettspraksis har vi mange eksempler på at en samboer har fått avvist sitt krav om sameie, men fått tilkjent vederlag. Å tilkjenne vederlag må etter min mening generelt i slike tilfeller være en vesentlig mer praktisk løsning. Det spesielle i denne saken var at spørsmålet om sameie måtte løses ut fra partenes samlivsavtale.

*Peter Hambro*

## FAST EIENDOM

### **Høyesterettsdom av 10. april 2014 om anvendelse av differanseprinsippet ved utmåling av ekspropriasjonerstatning (HR-2014-754-A)**

Saken gjaldt spørsmål om ekspropriasjonerstatning ved innløsning av den del av en samlet eiendom skulle fastsettes på grunnlag av differanseprinsippet eller på grunnlag av en isolert verdsettelse av det innløste arealet. Den aktuelle eiendommen i saken omfattet to bruksnummer som fremsto som en samlet eiendom. Etter reguleringsplan vedtatt i 2008 lå arealet på det ene bruksnummeret innenfor et område regulert til fritidsbolig, mens det andre bruksnummeret, som var ubebygget, var regulert til friområde. Grunneieren fremsatte krav om innløsning av det arealet som var regulert til friområde, jf den tidligere plan- og bygningsloven § 42 (nåværende plan- og bygningslov § 15-2 første ledd). Kommunen aksepterte kravet om innløsning, men partene var uenige om hvilke prinsipper som skulle ligge til grunn for utmåling av ekspropriasjonerstatningen.

Etter ankeutvalgets beslutning var utmålingsspørsmålet for Høyesterett begrenset til å gjelde hvorvidt differanseprinsippet kom til anvendelse ved erstatningsutmålingen. Prinsippet er utviklet gjennom rettspraksis, jf Rt. 1976 s. 1507, Sandefjordkjennelsen. Hvor deler av en eiendom er gjenstand for ekspropriasjon, som i den foreliggende saken, kan ekspropriasjonens tap ved delavståelsen være større enn det en verdsettelse av det eksproprieerte arealet isolert sett skulle tilsi. Differanseprinsippet innebærer at erstatningen fastsettes til forskjellen mellom verdien av ekspropriasjonens eiendom med det arealet som blir avstått og verdien uten arealet som blir avstått. I likhet med Follo tingrett, kom Borgarting lagmannsrett til at det ikke var rom for å anvende differanseprinsippet hvor den delen av eiendommen som ble avstått var regulert til friområde. Høyesterett konkluderte med at lagmannsrettens oppfatning bygget på uriktig lovforståelse, og opphevet overskjønnet.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i at erstatningen skulle utmåles etter salgsv verdi, jf ekspropriasjonerstatningslova § 5. Det følger av § 5 annet ledd at salgsv verdien skal beregnes ut ifra en fremtidig påregnelig utnyttning av eiendommen. Under

henvisning til Rt. 2009 s. 695 fremhevet lagmannsretten at det er den påregnelige utnyttning ut ifra gjeldende regulering som skal legges til grunn. Høyesterett sluttet seg til dette utgangspunktet, og påpekte at reguleringsplanen som hovedregel skal legges til grunn ved vurderingen av eiendommens påregnelige utnyttelse. Dette synspunktet er lagt til grunn i en rekke høyesterettsdommer.

Det sentrale spørsmålet var om erstatningen skulle utmåles etter differanseprinsippet eller ut ifra en isolert verdsettelse av det arealet som ble innløst. Lagmannsretten kom til at Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2002 s. 1045 måtte forstås slik at differanseprinsippet ikke kom til anvendelse når det avståtte delområdet er regulert til friområde. For Høyesterett anførte grunneieren at lagmannsrettens forståelse av Rt. 2002 s. 1045 var uriktig på dette punktet, hvilket også ankemotparten sluttet seg til. I tråd med partenes anførsler, fant Høyesterett at det ikke var grunnlag for den forståelsen av Rt. 2002 s. 1045 som lagmannsretten hadde lagt til grunn. Slik Høyesterett tolket domspremissene i Rt. 2002 s. 1045 gir sistnevnte dom uttrykk for at erstatningen må fastsettes ut ifra gjeldende regulering av området også i de tilfeller hvor differanseprinsippet kommer til anvendelse. Derimot var det ikke grunnlag for å forstå dommen slik at differanseprinsippet overhodet ikke kommer til anvendelse i de tilfellene hvor det avståtte delarealet er regulert til friområde.

Dommen i HR-2014-754-A fastslår at differanseprinsippet også kommer til anvendelse i de tilfellene hvor den delen av en eiendom som er gjenstand for ekspropriasjon er regulert til friområde. Det er vanskelig å se noen prinsipielle grunner til at differanseprinsippet ikke skulle komme til anvendelse i slike tilfeller. Høyesteretts syn på dette spørsmålet, hvor partene for øvrig var enige om at lagmannsrettens rettsanvendelse var uriktig, er derfor ikke overraskende. Ved anvendelse av differanseprinsippet i slike tilfeller må regulering til friområde, på samme måte som annen regulering, legges til grunn ved erstatningsutmålingen.

*Henrik Bjørnebye*

## IMMATERIALRETT

### Varemerkerett

#### Vilkåret «uten skjellig grunn» i varemerkedirektivet artikkel 5(2) - C-65/12 Leidseplein Beheer

EU-domstolen avsa den 6. februar 2014 dom i sak C-65/12 Leidseplein Beheer, vedrørende tolkningen av artikkel 5(2) i direktiv 2008/95/EF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker. Artikkel 5(2), som gjennomføres i norsk rett av varemerkelloven § 4(2), er den såkalte kodakregelen. Den beskytter

velkjente varemerker mot bruk av like eller lignende tegn som medfører urimelig utnyttelse av varemerkets særpreg eller anseelse, eller forringelse av varemerkets særpreg eller anseelse. Det kreves dessuten at bruken av tegnet skjer uten samtykke fra varemerkehaver og er «uden skellig grunn» ifølge den danske utgaven av direktivet («without due cause» i den engelske, den foreliggende, norske direktivoversettelsen inneholder ikke vilkåret). Leidseplein Beheer-dommen er interessant, siden den er den første som besvarer tolknings spørsmål om det sistnevnte vilkåret, heretter oversatt til «uten skjellig grunn».

Bakgrunnen for saken var følgende: Den 11. juli 1983 fikk Red Bull GmbH registrert ord- og figurmerket RED BULL KRATING-DAENG i Nederland, blant annet i klasse 32 for ikke-alkoholdig drikke. Siden den gang har Red Bull blitt Nederlands (og verdens) mestselgende energidrikk. I 2005 anla Red Bull sak i Nederland mot Hendrikus de Vries og hans selskap Leidseplein Beheer BV, på grunn av salg og markedsføring av en energidrikk merket med tegnet THE BULLDOG. Red Bull anførte at tegnet, på grunn av bestanddelen «bull», medførte inngrep i beskyttelsen til deres velkjente varemerke i henhold til den nederlandske bestemmelsen som gjennomfører varemerkedirektivet artikkel 5(2).

De Vries anførte på sin side at bruken av tegnet THE BULLDOG for energidrikk hadde «skjellig grunn», siden denne bruken skjedde som en forlengelse av hans bruk av tegnet før 1983. Bruken før 1983 inkluderte hotell-, restaurant- og kafé tjenester, herunder som navn på en såkalt «coffeeshop» i Amsterdam. Det var ikke bestridt at disse tjenestene innebar salg av drikkevarer. Det hørte også til historien at de Vries fikk registrert THE BULLDOG som varemerke for ikke-alkoholdig drikke i klasse 32 den 14. juli 1983, tre dager etter Red Bulls registrering. På denne bakgrunn forela Hoge Raad, Nederlands høyesterett, følgende tolknings spørsmål for EU-domstolen: Skal artikkel 5(2) i varemerkedirektivet fortolkes slik, at det kan foreligge skjellig grunn når tredjemann i god tro allerede har brukt et tegn som er identisk eller ligner det velkjente varemerket før søknaden om registrering av dette varemerket ble inngitt?

Red Bull anførte i hovedsaken for den nederlandske domstolen at skjellig grunn bare kan foreligge dersom det er objektivt tvingende nødvendig å bruke tegnet, og det er urimelig å forhindre denne bruk tross skaden på eller utnyttelsen av det velkjente varemerket. Red Bull viste for det første til rettspraksis som de mente ga støtte til en slik fortolkning, blant annet Rettens dom i sak T-21/07 L'Oréal mot OHIM, som omhandlet registrering av varemerket SPALINE. I dommen avviste Retten L'Oréals anførsel om at skjellig grunn forelå, da den var uenig i at ordet «spa» var beskrivende for kosmetiske produkter, og uttalte: «Consequently, the word 'spa' has not become *so necessary* to the marketing of cosmetic

products that the applicant could not reasonably be required to refrain from use of the mark applied for.» (Premiss 43, uthevet her).

Red Bull viste også til en systembetragtning, nemlig at anerkjennelse av tidligere bruk av et uregistrert kjennetegn som skjellig grunn, indirekte innebærer beskyttelse av uregistrerte kjennetegn. Ifølge varemerkedirektivet artikkel 4(4)(b) er det valgfritt for medlemsstatene å ha regler som innebærer at rettigheter til et uregistrert kjennetegn ervervet gjennom bruk før søknadsdatoen skal hindre varemerkeregistrering. I motsetning til for eksempel Norge, jf. varemerkeloven § 16 bokstav b, jf. § 3(3), har ikke Beneluxlandene benyttet denne adgangen i sin varemerkelovgivning. Der beskyttes kun registrerte varemerker.

EU-domstolen innleder sin begrunnelse med å påpeke at ordlyden i artikkel 5(2) ikke støtter Red Bulls snevre tolkning, og viser dernest til at vilkåret skjellig grunn skal fortolkes under hensyn til oppbygningen og formålene bak varemerkedirektivet og i sammenheng med artikkel 5(2) for øvrig (premiss 27 og 28).

Domstolen uttaler videre at varemerkedirektivet artikkel 5(2) innebærer en avveining mellom varemerkehavers andre næringsdrivendes interesser knyttet til kommersiell bruk av kjennetegn. Hensynet til slike interesser er blant annet tilgodesett ved at denne part har krav på å kunne fortsette bruk av et tegn som utnytter et velkjent varemerkes særpreg eller anseelse, dersom han godtgjør at bruken har skjellig grunn. Følgelig omfatter ikke skjellig grunn bare objektivt tvingende grunner, men også subjektive grunner hos en tredjemann (premiss 41-45). Domstolen fastslår dernest at *formålet med vilkåret uten skjellig grunn er å «skabe balance» mellom interessene til den som bruker tegnet og innehaveren av det velkjente varemerket*, og dessuten at vilkåret ikke innebærer at uregistrerte kjennetegn får vern som et registrert varemerke (premiss 46).

Som støtte for at «skjellig grunn» ikke bare omfatter objektivt tvingende grunner viser Domstolen i premiss 47 og 48 til sak C-323/09 Interflora, premiss 91. Saken gjaldt bruk av en konkurrents velkjente varemerke som betalt søkeord i søkemotorer på Internett, som utløser visning av en annonse. Domstolen uttalte der at slik bruk kan være sunn og lojal konkurranse som derfor har «skjellig grunn». Forutsetningen er at annonsen presenterer et alternativ til varemerkehavers varer eller tjenester og ikke en simpel etterligning av disse, og at bruken ikke forringer det velkjente varemerkets anseelse eller særpreg eller for øvrig krenker dets funksjoner. Som Generaladvokat Kokott påpekte i premiss 33 i forslaget til avgjørelse i Leidseplein Beheer-saken, er slik bruk av betalte søkeord til hjelp, men ikke en tvingende nødvendig forutsetning for konkurransen.

Domstolen går deretter inn på under hvilke omstendigheter en tidligere bruk av et tegn som ligner et velkjent varemerke kan innebære skjellig grunn, og dermed begrunne at brukeren av tegnet drar fordel av varemerkets anseelse. Det skal foretas en toleddet vurdering, og det må først vurderes *i hvilken grad tegnet er innarbeidet og hvilken anseelse det nyter i omsetningskretsen* (premiss 53 og 54). I denne sammenheng påpekes det i Generaladvokatens forslag til avgjørelse premiss 43-45, at det er mulig at tegnet THE BULLDOG, på grunn av den tidligere bruken, i større grad kan kommunisere kommersiell opprinnelse, tiltrekningskraft, omdømme og prestisje, enn et annet ord som ikke er brukt som varemerke før, for eksempel «de Vries» eller «Leidseplein Beheer». Dermed kan det foreligge en berettiget interesse i den utvidede bruken, uttaler Generaladvokaten. Det kan spørres om det skal legges vekt på innarbeidelse av tegnet *etter* inngivelsen av søknaden om registrering av det velkjente merket, og før det ble velkjent. Generaladvokat Kokott besvarte dette bekræftende, ut ifra at slik bruk utgjør en selvstendig innsats som ikke kan beskyldes for å være snyltende, men mente likevel at dette må tillegges vekt i mindre grad. Uten at det sies direkte, synes Domstolen å legge til grunn at man skal ta all innarbeidelse av tegnet i betraktning, så lenge bruken er foretatt i god tro, jf. premiss 55-60, se nedenfor.

For det andre, fastslo Domstolen, skal *hensikten med bruken av tegnet* vurderes, og det kreves at denne skal ha skjedd i god tro. I denne vurderingen skal det tas hensyn til graden av likhet mellom tegnet og varemerket, varene eller tjenestene som henholdsvis tegnet er brukt for og varemerket registrert for. Det skal også tas hensyn til tidspunktet for den første bruken av tegnet på varer som er identiske med varer som er omfattet av varemerket, og på hvilket tidspunkt varemerket ble velkjent (premiss 55 og 56). I sammenheng med det sistnevnte momentet, påpeker Domstolen i premiss 58 at det i hovedsak for Hoge Raad dels vil ha betydning om tegnet THE BULLDOG ble benyttet for energidrikk *før* varemerket RED BULL ble velkjent.

Domstolen fremhever deretter to momenter i vurderingen av om bruken av tegnet for de samme varer eller tjenester som varemerket omfatter, skal anses å ha skjedd i god tro. Det ene er hvorvidt bruken av tegnet før inngivelsen av varemerkesøknaden har skjedd for varer eller tjenester som «kan knyttes til» (engelsk versjon: «may be linked to») produktene som varemerket er registrert for. I denne sammenheng viser Domstolen til at det i hovedsaken var ubestridt at de Vries tidligere hadde benyttet tegnet for tjenester som innbefattet salg av drikkevarer. Da kan bruken av tegnet for slike produkter fremstå som en «*naturlig utvidelse*» av de varer og tjenester som det nevnte tegn allerede nyter et visst omdømme for; en «genuine extension of the range of goods

and services offered», i motsetning til et forsøk på å utnytte anseelsen til det velkjente varemerket (premiss 56–58). Som Generaladvokaten påpeker i forslaget til avgjørelse, premiss 37 og 38, er det en sammenheng mellom kriteriene «skjellig grunn» og «urimelig utnyttelse»; I sak C-487/07 L'Oréal, premiss 48 og 49, uttaler Domstolen således at det ved vurderingen av urimelig utnyttelse særlig skal tas hensyn til om brukeren av tegnet «*tilsiger* i reklameøjemed at drage fordel af særpræget og renomméet ved» det velkjente varemerket, og at det er urimelig utnyttelse når brukeren av tegnet «*forsøger* at lægge sig i kølvandet på varemærket med henblik på at drage fordel af varemærkets tiltrækningskraft, omdømme og prestige ...» (uthevet her).

Det andre momentet som Domstolen fremhever, er at jo mer tegnet er kjent for visse varer og tjenester før inngivelsen av varemerkesøknaden, jo større vil behovet være for å kunne bruke tegnet for varer som er dekket av det velkjente varemerket. Dette forsterkes dersom disse varene etter sin art ligger nær varene som tegnet tidligere er benyttet for (premiss 59).

På bakgrunn av det ovennevnte besvarte Domstolen Hoge Raads spørsmål med at bruk av et tegn som ligner et velkjent varemerke for de samme produkter, kan ha skjellig grunn «når det viser sig, at dette tegn er blevet anvendt inden indgivelsen af ansøgningen om dette varemærke, og at brugen for den identiske vare er foretaget i god tro.» I vurderingen av om dette er tilfelle, skal det særlig tas hensyn til (i) graden av innarbeidelse av tegnet og hvilken anseelse som er forbundet med det, (ii) graden av likhet mellom de varer og tjenester som tegnet opprinnelig ble benyttet for og de varer og tjenester som varemerket er registrert for og (iii), den økonomiske og kommersielle betydningen av bruken av tegnet for varen (premiss 60 og 61).

*For å oppsummere* har Interflora og Leidseplein Beheer-dommene klarlagt at uten skjellig grunnvilkåret innebærer at innehaver av et velkjent varemerke må tolerere bruk av et lignende tegn som utnytter eller forringer merkets anseelse eller særpreget, dersom interessene i bruken av tegnet overveier varemerkehavers interesser. Denne læren synes å stemme godt overens med en norsk ordlydstolkning av vilkåret «uten skjellig grunn». I de to dommene er det slått fast at slike motstående interesser for eksempel kan være behovet for å tilgodese den frie konkurranse, eller et foretaks økonomiske interesse i en naturlig utvidelse av bruken av et tegn som er innarbeidet. I sistnevnte tilfelle er det avgjørende at den utvidede bruken ikke finnes å ha til *hensikt* å utnytte det velkjente merkets anseelse eller særpreget. Denne vurderingen av god tro faller i stor utstrekning sammen med vurderingen av om utnyttelsen er «urimelig», da Domstolen tidligere har fastslått at det i denne vurderingen særlig skal tas hensyn til om utnyttelsen er tilsiktet.

Det er imidlertid uklart om behovet for friholdelse av ord og tegn som er beskrivende, som illustrert i Rettens dom i sak T-21/07 om SPALINE nevnt over, kan være skjellig grunn. Domstolen konkluderte i sak C-102/07 Adidas AG (fra 2008) at det i vurderingen av omfanget av varemerkehavers enerett etter artikkel 5(2) ikke skal tas hensyn til friholdelsesbehovet, unntatt i det omfang som følger av artikkel 6(1)(b). Konklusjonen bygger på at vurderingen av om det skjer utnyttelse eller forringelse er objektiv, jf. premiss 43, og synes å overse at artikkel 5(2) inneholder de to subjektive rekvisittene «skjellig grunn» og «urimelig» utnyttelse. Etter Interflora og Leidseplein Beheer-dommene, virker det å være grunn til å forstå Adidas AG-dommen innskrenkende, til ikke å omfatte tolkningen av skjellig grunn.

Avslutningsvis bør det nevnes at varemerkeloven § 4(2), som gjennomfører varemerkedirektivet artikkel 5(2), ikke inneholder vilkåret «uten skjellig grunn», og utelatelsen synes ikke å være kommentert i forarbeidene. En årsak til dette kan være at den norske oversettelsen av den forrige utgaven av varemerkedirektivet, 89/104/EF, som nevnt mangler vilkåret (det foreligger ingen oversettelse av direktiv 2008/95/EF). Likevel er det nok lite kontroversielt å hevde at «uten skjellig grunn» må innfortolkes i § 4(2). Varemerkedirektivet er omfattet av EØS-avtalen og folkerettslig bindende for Norge, jf. EØS-avtalen artikkel 2 og 3. Selv om varemerkedirektivet ikke har direkte virkning i norsk rett, må det i henhold til presumsjonsprinsippet vektlegges i tolkningen av varemerkeloven. Presumsjonsprinsippet innebærer «at norske domstoler 'må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat'», jf. Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) side 1826 og 1839. Det kan også vises også til Ot.prp. nr. 72 (1991–1992) side 55, der det poengteres at det i tolkningen av varemerkeloven må legges vesentlig vekt på varemerkedirektivet, se også Lassen og Stenvik, *Kjennetegnsrett* side 31. Jeg nevner også i denne sammenheng at varemerkeloven § 4(2), i motsetning til artikkel 5(2), er formulert slik at det subjektive rekvisittet «urimelig» både gjelder utnyttelse og forringelse. Dermed åpner ordlyden i § 4(2) for en innfortolkning av vilkåret «uten skjellig grunn», hvilket kanskje også har vært lovgivers intensjon.

*Pål Hurlen, advokat i Advokatfirmaet BAH*

## Opphavsrett

### Opphavsrett og lenker. EU-domstolens dom i sak C-466/12 (Svensson)

Helt siden Internettets spede begynnelse har et av de mest omdiskuterte spørsmålene knyttet til opphavsrett og nettsamfunnet vært hvordan man skal klassifisere

og håndtere lenker (hyperlenker) til materiale utlagt på Internett. Spørsmålet har vært oppe i rettspraksis i de nordiske land, og løsningene har til dels vært divergerende (se *Nytt i privatretten* 2003/4 s. 10-12 og *Nytt i privatretten* 2005/3 s. 20-23). I Norge har høyesterettsdommen i Rt. 2005 s. 41 (Napster.no) stått som et prejudikat, idet Høyesterett i den dommen vekt tilbake fra å anse utlegging av lenker som tilgjengeliggjøring for allmennheten (ved offentlig fremføring). Like fullt har det vært knyttet usikkerhet til hvordan EU-direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet, og dets foreskrevne enerett til offentlig overføring («communication to the public») i direktivets art. 3, skulle forstås i så henseende. Avklaringen kom 13. februar i år i en sak som også har opprinnelse i et av de nordiske land (Sverige).

Saken gjaldt en tvist mellom tre journalister i Göteborgsposten og nyhetsovervåkningstjenesten Retriever AB. Sistnevnte har etablert en tjeneste som kort fortalt innebærer at kundene får oppdatering av nyheter innen deres interessefelt ved å gå inn på Retrievers nettside og søke etter nyheter, som de får tilgang til i form av («klikkbare») lenker til nyhetsartikler som blant annet ligger fritt ute på Internett. I en dom av 11. juni 2010 frifant Stockholm tingsrätt Retriever fra journalistenes påstander om at tjenesten innebar inngrep i deres opphavsrett, med henvisning til at lenkene ikke innebar tilgjengeliggjøring av nyhetsartiklene for allmennheten. Ved ankesaken stilte Svea Hovrätt spørsmål til EU-domstolen om tolkningen av opphavsrettsdirektivet art. 3(1), og det er disse spørsmålene som besvares i sak C-466/12 (Svensson).

Nokså bemerkelsesverdig tar EU-domstolen utgangspunkt i at uttrykket «overføring» i direktivets forstand skal forstås vidt, og at «klikkbare lenker» til beskyttede verk som er lagt ut uten tilgangsrestriksjoner gir brukerne av lenkene en direkte tilgang til verkene. Slik er det, ifølge EU-domstolen, tilstrekkelig for at det foreligger en «overføring» av et verk, at det gjøres tilgjengelig for allmennheten på en slik måte at de personer som omfattes av den får tilgang til det, uansett om de faktisk benytter denne muligheten. Derfor må den omstendighet at det «leveres» klikkbare lenker til beskyttede verk betraktes som en tilrådighetsstillelse av verket og slik sett en overføring av det til allmennheten. Denne tilnærmingen er en annen enn den Høyesterett tok i Rt. 2005 s. 41 (Napster.no) når man unnlot å anse utlegging av lenker som tilgjengeliggjøring for allmennheten, og også en annen enn den Stockholm tingsrätt la til grunn i sin dom fra 2010. Utgangspunktet, i henhold til EU-domstolens tilnærming, er at utlegging av lenker *innebærer* tilgjengeliggjøring for allmennheten.

Det sier seg selv at et slikt utgangspunkt ikke kan lede til den regel at rettighetshaverne i sin alminnelighet kan hindre utlegging av lenker til verk som av rettighetshaveren eller med hennes samtykke er lagt

fritt ut på Internett. En slik løsning ville strupe Internett som informasjonskanal, og kan fornuftigvis ikke legges til grunn. Et mulig grunnlag for lovligheten av lenking, som det har vært tatt til orde for i juridisk teori, er at utlegging av opphavsrettslig beskyttet materiale innebærer (implisitt) et samtykke til alminnelig og lojal lenking. EU-domstolen velger en annen løsning, som kan hevdes å være beslektet med samtykkeløsningen, men som likevel har noen andre implikasjoner. Med henvisning til uttalelser i tidligere dommer fastslo EU-domstolen at en slik overføring til allmennheten som det her var tale om, som omfatter de samme verk som er omfattet av den opprinnelige overføring og med de samme tekniske midler, må rette seg mot et *nytt publikum*. Det vil si et publikum som rettighetshaverne ikke tok i betraktning ved tillatelsen av den første overføringen til allmennheten. I sakens tilfelle innebar det at tilrådighetsstillelse av verkene via en klikkbar lenke ikke medfører at verkene overføres til et nytt publikum. Dette fordi det publikum som den opprinnelige overføringen (utleggingen av verkene på Internett) var rettet mot, besto av alle potensielle besøkende til den aktuelle nettsiden. Og ettersom tilgangen til verkene på nettsiden ikke var underlagt noen restriksjoner, slik at alle internettbrukere dermed hadde tilgang til dem, måtte brukerne anses for å være potensielle mottakere av den opprinnelige overføringen, og dermed være omfattet av det publikum som rettighetshaverne hadde for øye da de tillot overføringen. Denne konklusjon ble ikke endret for det tilfellet at verket ble presentert på en måte som ga inntrykk av at det finnes på samme nettside som lenken, mens det reelt sett stammer fra en annen nettside. Så lenge brukerne av lenken, heller ikke under denne omstendighet, kunne anses som et nytt publikum, var en særskilt tillatelse til en slik overføring til allmennheten ikke påkrevet. Derimot, påpekte EU-domstolen, vil en «klikkbar» lenke som gir muligheter for å omgå restriksjoner (tekniske beskyttelsessystemer) på nettsiden der det beskyttede verk befinner seg, rette seg mot et nytt som rettighetshaveren ikke hadde tatt i betraktning ved tillatelsen av overføringen til allmennheten. Dette ville f.eks. være tilfellet i situasjoner der verket ikke lenger er tilgjengelig for allmennheten på den «opprinnelige» nettsiden, eller der det bare er tilgjengelig for et begrenset publikum (allmennhet).

Svensson-dommen bringer atskillig klarhet til hvordan problemet med lenkene skal angripes og løses under EU-reglene om opphavsrett. Ut fra hensynet til homogenitet i EØS må direktivet tolkes på samme måte i en EØS-kontekst, og prinsippet om at norsk rett presumeres å stemme overens med folkerettslige forpliktelser tilsier at man følger EU-domstolens tilnærming i fremtidige saker, selv om den avviker noe fra Høyesteretts i Rt. 2005 s. 41 (Napster.no). Grunnlinjen er likevel den samme: Utlegging av lenker til verk som fritt er lagt ut på



Internett utgjør i sin alminnelighet ikke noe opphavsrettsinngrep. Samtidig innebærer kriteriet «nytt publikum» («ny allmennhet») noen viktige avgrensninger. For det første vil lenker som omgår tekniske sperrer til verk det ikke er meningen det skal være åpen tilgang til – typisk betalingsvegger – ikke være tillatte. For det andre kan det virke som om kriteriet «ny allmennhet» får anvendelse på alle typer lenker og også omfatter såkalte «embedded links» - eller «inline-lenker», der materiale på én nettside (typisk fotografier) integreres i en annen nettside ved hjelp av lenketeknikken. Dette fordi EU-domstolen gir uttrykk for at det ikke spiller noen rolle om verket blir presentert på en måte som gir inntrykk av at det finnes på samme nettside som lenken, så lenge materialet lenken viser til er allment tilgjengelig. For det tredje er det nærliggende å lese Svensson-dommen slik at lenker til ulovlig materiale vil falle inn under eneretten til offentlig overføring, selv om det ikke sies uttrykkelig. Riktignok kan det sies at heller ikke slikt materiale når et nytt publikum i forhold til det som potensielt kunne fått tak i det ved den opprinnelige overføringen. Men det kriteriet EU-domstolen oppstiller er at overføringen ikke retter seg mot et publikum som rettighetshaverne tok i betraktning ved den første overføringen. Ettersom rettighetshaverne naturlig nok ikke har tatt i betraktning noe publikum i det hele tatt i de tilfeller verkene er ulovlig utlagt på Internett, får dette tilleggs-kriteriet ikke anvendelse i de situasjonene. Og da er det naturlig å falle tilbake på det utgangspunktet om at utlegging av lenker er overføring til allmennheten.

Når dette er sagt, er kriteriet «ny allmennhet» intet lett kriterium å håndtere. Kriteriet har vært oppe i tidligere diskusjoner, blant annet om kabel TV-sendinger på 1980-tallet, og forkastet fordi det ikke ga noen god og forutsigbar løsning. Når EU-domstolen nå i stor grad baserer avgrensningen av eneretten til offentlig overføring på dette kriteriet, er det grunn til å vise en viss skepsis. I en medievirkelighet der de fleste har tilgang til verk 24/7, kan det stilles spørsmål ved om kriteriet er brukbart som avgrensningskriterium. Tilsynelatende gir det en balansert løsning av lenkeproblemet, men det kan være en kortsiktig gevinst. Etter undertegnedes oppfatning ville andre potensielle løsninger, som f.eks. en samtykkepresumpsjon, eller anvendelse av prinsippet om fri bevegelighet av tjenester, gi bedre og mer holdbare løsninger. For det første kan det hevdes at kriteriet «ny allmennhet» ikke nødvendigvis gir den mest hensiktsmessige løsningen i tilfeller som i Svensson-saken, der lenker benyttes som instrumenter for å åpne nye markeder (her: nyhetsovervåkingstjenester). For det andre byr de såkalte «embedded links» på andre problemer enn alminnelige referanselenker, og en løsning som impliserer at de skal behandles på samme måte avspeiler ikke nødvendigvis de reelle interesseforholdene. På plussiden tydeliggjør

EU-domstolens løsning at lenker i sin alminnelighet ikke faller inn under opphavsmannens enerett. Og det er et viktig signal, ikke minst utad.

Det må også tillegges at EU-domstolen i Svensson-saken klargjør at begrepet «overføring til allmennheten» er et EU-autonomt begrep og ikke gir medlemsstatene muligheter for å tolke det annerledes. Det tilsvarende må gjelde i en EØS-kontekst. Åndsverkloven opererer ikke med «overføring» som en selvstendig kategori, men som en underkategori av begrepet «offentlig fremføring» (jf. åvl. §gir 2 fjerde ledd), som igjen er en underkategori av begrepet «tilgjengeliggjøring for allmennheten». Uansett selve klassifiseringen innebærer EØS-forpliktelsene at uttrykkene «tilgjengeliggjøring for allmennheten» og «offentlig fremføring» tolkes i overensstemmelse med EU-domstolens dom i Svensson-saken. Den gir slik sett retningslinjer for håndteringen av lenker også i norsk rett.

Ole-Andreas Rognstad

## KONTRAKTSRETT

### Avtaleinngåelse. Avtaletolkning – Rt. 2014 s. 100

#### 1. Hva saken gjelder

Saken gjelder om det er inngått bindende avtale om kjøp av 70 prosent av aksjene i Strømstad Marina AB. Spørsmålet er mer konkret om kjøperen, en norsk part, kan gjøre gjeldende et signeringsforbehold, slik at bindende avtale ikke kan anses for å ha kommet i stand før begge parter har undertegnet et omforent avtaleutkast. Forbeholdet ble tatt i den innledende fase av forhandlingene, og innebar at det for kjøperen var en «forutsetning at ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlingene ikke fører frem til en signert avtale».

Den svenske selgeren gjorde gjeldende at forbeholdet måtte tolkes slik at det ikke gjaldt mer og annet enn at kjøperen skulle være fritatt for å betale erstatning, dersom forhandlingene ikke førte til en avtale partene imellom, med andre ord en gjensidig fraskrivelse av prekontraktuelt ansvar. Subsidiært gjorde selgeren gjeldende at (et eventuelt) forbehold var bortfalt.

Kjøperen gjorde på sin side gjeldende at det dreiet seg om et signeringsforbehold, som innebar at han sto fritt og kunne nekte å undertegne avtaleutkastet uten å gi noen nærmere begrunnelse.

Saken gjelder etter dette *avtaleinngåelse* – om bindende avtale var kommet i stand. For å ta stilling til dette måtte retten imidlertid ta standpunkt til forbeholdets *innhold*. Dette skjedde ved en fortolkning av forbeholdet. På den måten gjelder dommen også *avtaletolkning*.

## 2. Høyesteretts resultat

Lagmannsretten hadde gitt selgeren medhold i at forbeholdet utelukkende gjaldt prekontraktuelt erstatningsansvar, og la derfor til grunn at bindende avtale måtte anses for å ha kommet i stand. Høyesterett ga derimot kjøperen enstemmig medhold. Retten la til grunn at forbeholdet måtte forstås slik at bindende avtale forutsatte at avtaleutkastet ble undertegnet av begge parter. Kjøperen kunne dermed, forutsatt at det under forhandlingsprosessen ikke hadde skjedd noe som medførte at forbeholdet var bortfalt, avslå å inngå avtalen uten noen nærmere begrunnelse. Retten forkastet samtlige av selgerens innsigelser om at forbeholdet var bortfalt senere under forhandlingene.

## 3. Partenes forhandlinger. Partsutsagnene

Kjøperens forbehold var opprinnelig fremsatt ensidig i en e-post 27. mai 2010 av kjøperen til en advokat som opptrådte som megler og som tidligere hadde henvendt seg til kjøperen og gjort ham oppmerksom på muligheten til å kjøpe hele eller deler av aksjene i Strømstad Marina AB. Forbeholdet ble utferdiget etter at kjøperen sommeren 2009 hadde vært i Strømstad og befart marinaen og hilst på eieren. I den nevnte e-posten til megleren uttalte kjøperen blant annet:

«Det ser forholdsvis greit ut, men klok av skade (tvist i fjor) ønsker jeg en tilføyelse rundt at inntil ev. avtale er tegnet skal det være mulig å trekke seg uten at forpliktelser utløses».

Kjøperen anmodet megleren om å ta inn det nevnte forbeholdet i en henvendelse som skulle sendes den svenske eieren av marinaen. Dagen etter – 28. mai 2010 – sendte megleren en e-post til eieren av marinaen. Megleren omformulerte imidlertid kjøperens forbehold slik det var inntatt i e-posten til megleren, og det ble dermed presentert overfor selgeren med den ordlyd som er fremholdt foran under pkt 1. Første avsnitt i e-posten der forbeholdet var inntatt lød slik:

«Jeg viser til våre samtaler, befaringer, oversendte dokumenter og vårt seneste møte i Strømstad 13. d.m. og kan bekrefte at Hans ønsker å gå videre i forhandlinger om kjøp under full konfidensialitet som forutsatt særlig i forhold til kommunen og *under den forutsetning at ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlinger ikke fører frem til en signert avtale*» (uthevet av Høyesterett).

På grunnlag av kontakt som megleren hadde hatt med den svenske selgeren og samtaler med den norske kjøperen, utarbeidet han et detaljert avtaleutkast på 13 sider. Utkastet ble den 9. september 2010 drøftet på et møte i Oslo hvor kjøperen og selgeren deltok. Kjøperen skulle i henhold til utkastet overta 70 % av aksjene i selskapet. Det var uomstridt at partene under møtet ble enige om alle sentrale punkter i avtalen. Det er tydelig at dette ikke bare var noe partene var enige om, men også noe Høyesterett la til grunn for ved sin behandling av saken (premiss 6). Dette

innebærer at hvis man ser bort fra muligheten for et reelt signeringsforbehold, ville avtalen utvilsomt ha vært ansett bindende inngått på dette tidspunkt.

Etter møtet utarbeidet megleren et nytt avtaleutkast som ble oversendt selgeren 30. november 2010. I det nye utkastet var det presisert at kjøpesummen skulle være 70 prosent av 55 millioner svenske kroner fratrukket konsernets gjeld per 31. august 2010. Etter årsskiftet utarbeidet megleren et tredje avtaleutkast hvor det fremgikk at på bakgrunn av konsernets gjeld per 31. desember 2010 skulle kjøperen betale 24,5 millioner svenske kroner for aksjeposten.

Begge parter forela avtaleutkastet for sine respektive advokater for gjennomgang. Videre gjennomførte megleren i henhold til avtaleutkastet en due diligence av selskapet. Selgeren undertegnet deretter i begynnelsen av mars 2011 avtalen. Etter at den var oversendt megleren, videresendte han utkastet 8. mars 2011 til kjøperen for undertegning.

Som følge av sin helsesituasjon og den totale arbeidsbyrden har var utsatt for, vegret kjøperen seg mot å undertegne avtalen. I en e-post 15. februar 2011 til megleren ga han uttrykk for dette, og han viste samtidig til at «meldingen til Strømstad burde inneholdt informasjon om at jeg fortsatt heller mot ikke å gjennomføre innkjøpet». Høyesterett bemerker i den anledning at saken ikke inneholder noen opplysninger om at megleren viderefremmet det nevnte til selgeren.

Etter å ha mottatt den signerte avtalen, skrev kjøperen den 11 mars 2011 til megleren at han som følge av helsesituasjonen ikke kunne gå videre med planene om å investere i marinaen. Megleren hadde 29. mars 2011 et møte med de svenske motpartene, og partene, sammen med megleren, gjennomførte et møte i Oslo i månedsskiftet mars/april 2011. I sin forklaring for Høyesterett opplyste den svenske selgeren at formålet var å «få affären i hamn». Dette førte til at Høyesterett for sin del la til grunn at selgeren i alle fall på dette tidspunktet var kjent med kjøperens vegring mot å undertegne avtalen. Det er ikke noe i premissene i dommen som kan tilsi at Høyesterett har tatt nærmere stilling til om det kunne anses bevist at selgeren var klar over denne vegringen allerede på et tidligere tidspunkt. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er det ikke uten betydning når selgeren ble klar over kjøperens vegring mot å undertegne avtalen.

Da kjøperen fortsatt nektet å undertegne avtalen, henvendte selgeren seg til advokat, som i et brev 23. mai 2011 ba kjøperen undertegne avtalen. Kjøperen nektet fortsatt å undertegne, og advokaten gjentok da kravet i et brev av 27. mai 2011. Kjøperen besvarte den 1. juni 2011 denne henvendelsen ved en e-post hvor han blant annet uttalte:

«I tillegg har jeg tydelig fremført at noen avtale om innkjøp ikke var inngått før slik var signert av partene – og det er forslaget ikke. Videre har jeg uttrykt motforestillinger og sagt at jeg ikke

var klar for noen bindende avtale gjentatte ganger under hele prosessen.»

#### 4. Høyesteretts begrunnelse. Tolkningen av forbeholdet

##### 4.1 Bakgrunn: Reglene om binding ved forhandlingsavtaler

Som bakgrunn for *avtaletolkningen* tok Høyesterett utgangspunkt i sentrale grunnprinsipper om *avtaleinngåelse*. Dommen er av denne grunn også av interesse når det gjelder relevante disposisjonskriterier ved inngåelsen av forhandlingsavtaler. Førstvoterende tar således det utgangspunkt at hovedregelen i norsk rett er at det ikke gjelder noe formkrav ved inngåelsen av avtaler (premiss 29). Her siterer førstvoterende fra den sentrale delen av begrunnelsen i den ledende dom fra Høyesterett om disposisjonskriteriene ved inngåelsen av forhandlingsavtaler, Rt. 1998 s. 946 (Vinagenturdommen). Det sentrale i førstvoterendes sitat fra Vinagenturdommen er – ut over at det prinsipielt ikke gjør seg gjeldende noe formkrav – at avtale kan komme i stand, dersom partene er blitt enige om vesentlige punkter, selv om ikke alle forhold er avklart, og undertegnet avtale ikke foreligger (premiss 29).

Deretter fortsetter førstvoterende (premiss 30):

«Denne rettsstilstanden innebærer altså at man, selv ved mer kompliserte forhandlinger, kan risikere å bli ansett bundet til en avtale uten selv å være oppmerksom på at forhandlingene har nådd et slikt stadium. Ved kontraktsforhandlinger kan det dermed være et legitimt behov for å forbeholde seg at bindende avtale forutsetter partenes signatur. En slik adgang har også en retsteknisk fordel ved at den bidrar til å forhindre uklarhet med hensyn til når bindende avtale er inngått.»

Førstvoterende går så over til å markere et annet grunnleggende utgangspunkt i læren om *avtaleinngåelse* ved å betone at reglene i *avtaleloven* kapittel 1 om inngåelsen av avtaler er fravikelige, jf. § 1, med den følge at partene kan avtale en annen *avtaleprosedyre* enn hva som ellers ville følge av *avtaleloven*. Førstvoterende peker på at dette blant annet innebærer at partene kan avtale at bindende avtale ikke skal være kommet i stand før et utkast er undertegnet av begge parter (*signeringsforbehold*) (premiss 31).

#### 4.2 Tolkningen av forbeholdet

##### 4.2.1 Problemstillingen

Gjennom den innledende delen der det redegjøres for formfrihetsprinsippet og de grunnleggende prinsippene om binding ved forhandlinger, har førstvoterende ryddet grunnen, slik at han kan gå over til å behandle *tolkningsspørsmålet – innholdet* i forbeholdet. Gjelder det frihet til å unnlate å inngå avtale, selv om partene var enige om både hovedpunkter

og detaljer i avtalen, eller gjelder det bare frihet til å unngå erstatningsansvar for det tilfellet at avtale ikke anses kommet i stand?

##### 4.2.2 Klarhetskrav

Før førstvoterende går nærmere inn på den konkrete tolkningen av forbeholdet angir han enkelte utgangspunkter for tolkningen av *avtalerettslige* forbehold som forutsetningsvis innebærer at en part står helt fritt. Om dette heter det (premiss 33):

«Konsekvensen av et vilkår om undertegning som forutsetning for *avtalebinding*, er at man står «helt fritt til å forkaste eller godta forhandlede og fullstendige utkast til avtaler», jf. Rt-1998-946 på side 958. Det kreves altså ingen nærmere begrunnelse. Hensynet til lojalitet i *avtaleforhold* tilsier dermed at det må oppstilles et klarhetskrav. Etter mitt syn går imidlertid lagmannsretten for langt når den uttaler at vilkåret må uttrykkes «særdeles klart og tydelig». Mitt syn er at dersom man ikke uttrykkelig uttaler at man ikke vil være bundet før avtalen er undertegnet, må det i alle fall kreves at man uttrykker seg såpass tydelig at motparten ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå at det er stilt et slikt vilkår. Og dersom vilkåret først oppstilles etter at partene har kommet et stykke ut i forhandlingsprosessen, vil kravet til tydelighet generelt lett skjerpes.»

Det er neppe tvilsomt at Høyesterett på dette punkt med rette tar lagmannsretten i skole. Et forbehold av den aktuelle typen kan oppstilles ensidig, men for at det skal bli lagt til grunn for partenes forhold, må det kreves at den annen part forstår eller med rimelighet kan forstå («ved vanlig oppmerksomhet og aktsomhet kan forstå», jf. premiss 33) at intensjonen har vært å oppstille et reelt *signeringsforbehold* – og ikke gjør gjeldende noen innsigelse. Noen berettigede forventninger ut over dette i retning at en mulig ytterligere klarhet, vil den annen part i denne situasjonen ikke kunne sies å ha.

##### 4.2.3 Felles partsoppfatning

Førstvoterende går så over til den konkrete tolkningen. Han påpeker at det allerede i meglerens e-post 28. mai 2010 ble formidlet til selgeren at forhandlingene skulle skje «under den forutsetning at ingen av partene har krav mot den annen dersom forhandlingene ikke fører frem til en signert avtale». Han fremholder så at selgeren ikke hadde bestridt at han var kjent med dette sitatet, men at han bestrider at han forsto at formålet var å utsette tidspunktet for binding til avtalen var undertegnet av begge parter. At dette var kjøperens mening fremgår derimot uttrykkelig av hans e-post til megleren som er sitert foran, fremholder førstvoterende (premiss 34). Han slutter herfra til at Høyesterett ikke kan legge til grunn at partene kunne sies å ha hatt en *felles partsoppfatning* om innholdet av forbeholdet. Hadde det vært tilfellet, ville saken kunne ha vært avgjort på grunnlag av den

felles partsoppfatning. Dermed la førstvoterende til grunn at innholdet i forbeholdet måtte bli å fastlegge på grunnlag av en normal forståelse av avtalens ord og uttrykk - altså en *objektiv tolking* (premiss 34).

Så langt er det ikke noe å si på førstvoterende argumentasjon. Det er atskillig som taler for, slik førstvoterende forutsetter, at forbeholdet slik det opprinnelig var forfattet av kjøperen i hans e-post til megleren, var ment som et uttrykkelig signeringsforbehold, noe jeg kommer tilbake til nedenfor. Det er videre en realitet at selgeren ikke fikk formidlet dette forbeholdet i den ordlyd det var utformet av kjøperen, fordi megleren skrev det om, ja i realiteten «forvansket» han det, noe jeg også kommer tilbake til nedenfor. Gitt at selgeren oppfattet forbeholdet slik at det kun gjaldt fritak for prekontraktuelt erstatningsansvar, forelå det derfor ikke noen felles partsoppfatning på avtaleinngåelsestidspunktet.

#### 4.2.4 Ordlyden: Objektiv tolkning

Førstvoterende går så over til en konkret tolkning av forbeholdet. I og med at det ikke foreligger noe felles partsoppfatning, må tolkningen skje på objektivt grunnlag, altså på grunnlag av en «normal forståelse av avtalens ord og uttrykk», slik førstvoterende uttrykker det (premiss 34).

I samsvar med dette tar førstvoterende utgangspunkt i ordlyden. Men når det gjelder hva som kan utledes av ordlyden, er førstvoterende særdeles knapp. Det som fremholdes kan neppe sies å være mer enn en påstand. Det eneste som fremkommer direkte om ordlyden er følgende formulering på litt over en linje (premiss 35):

«Etter min mening tilsier allerede ordlyden i e-posten 28. mai 2010 at bindende avtale forutsatte partenes underskrift».

Deretter forlater førstvoterende ordlyden og dennes betydning. Dette fremgår tydelig (premiss 35 annen setning), der han tar for seg annet kildemateriale. («Videre ...»). Det må være lov til å si at henvisningen til ordlyden og dennes betydning på denne bakgrunn overhodet ikke er rettslig underbygget.

Dersom man foretar en nærmere analyse av ordlyden, vil man etter min mening, ut fra en naturlig tolkning, forholdsvis lett kunne komme til et annet resultat enn det Høyesterett kom til, nemlig det lagmannsretten kom til – at ordlyden isolert trakk i retning av at det bare dreiet seg om et forbehold om frihet fra å måtte betale erstatning for det tilfellet at kontraktsforhandlingene skulle vise seg å havare (uten at bindende avtale kom i stand).

Dette lar seg best synliggjøre ved å sammenligne forbeholdet som megleren tok overfor selgeren med det forbeholdet kjøperen meddelte megleren; et forbehold som førstvoterende selv forutsetter er et signeringsforbehold (og ikke et forbehold mot prekontraktuelt erstatningsansvar), se foran (se premiss 34).

Aller først kan det imidlertid påpekes at det forbehold megleren tok på vegne av kjøperen ikke på noen måte kan sies å være et klart signeringsforbehold. Hadde det vært klart, måtte det ha fremgått tydelig at det ikke skulle oppstå noen (*avtale*)binding før det forelå en signert (skriftlig) avtale. Ordlyden i forbeholdet sier ingenting om frihet fra (*avtale*)binding, at *avtale* ikke kommer i stand uten signering, eller lignende spesifikk formulering. Den refererer riktignok til den situasjon at «forhandlinger» ikke fører frem til en «signert avtale», men den formuleringen lar seg like godt forene med at det under en slik forutsetning ikke skal betales erstatning ved et «forhandlingshavari». Formuleringen utelukker med andre ord ikke det konkurrerende tolkningsalternativet. Jeg kommer tilbake til betydningen av dette nedenfor. Også bruken av ordet «forhandlinger» gir en indikasjon på at det er en frihet fra ansvar pådratt under forhandlingene, som er tilsiktet, noe lagmannsretten også er inne på.

I stedet for å referere til et uttrykkelig forbehold mot (*avtale*)binding, refererer ordlyden i det forbehold som ble formidlet til selgeren til en frihet i forhold til «krav mot den annen». En avtale vil normalt omfatte flere krav (forpliktelser) og rettigheter, og bruken av ordet «krav» er upresist, hvis det kjøperen har ment å referere til er en fullstendig avtalerettslig fristilling. Derimot er det naturlig å bruke ordet «krav», dersom det man mener å referere til er en frihet fra å måtte betale erstatning. Det man i tilfelle ønsker frihet fra, er erstatningskrav som den annen part eventuelt ville kunne fremsette, som følge av sammenbruddet i forhandlingene.

På dette punkt er kjøperens forbehold slik det ble fremsatt overfor megleren atskillig klarere, ettersom det tok sikte på en frihet «inntil ev avtale er tegnet» ved at det skal være mulig å «trekke seg uten at forpliktelser utløses». «Tegnet» betyr her åpenbart undertegnet, og bruken av ordet «forpliktelser» i flertall, tyder på at det er det flertall av forpliktelser en eventuell avtale ville pådra kjøperen, han ønsker en frihet i forhold til.

Det må etter dette kunne konkluderes med at kjøperens *intensjon* har vært rimelig klar, men at denne intensjonen er blitt «forvansket» ved meglerens omformulering av forbeholdet, ettersom forbeholdet ble *mer uklart* som følge av meglerens omformulering. Det forbehold som av megleren ble videreformidlet til selger var etter dette ikke noe klart forbehold om frihet fra avtalerettslig binding, men et forbehold med et *uklart* innhold. Etter min oppfatning er det faktisk slik at ordlyden isolert nærmest trekker i retning av at forbeholdet ikke gjelder frihet fra avtaleforpliktelser, men kun frihet fra et potensielt, prekontraktuelt erstatningsansvar, slik lagmannsretten for sin del la til grunn, se foran.

Så langt om ordlyden isolert. Høyesterett gjør ingen forsøk på å sette ordlyden i forbeholdet inn i noen *kontekst*. Dersom man ser nærmere på konteksten, vil dette ytterligere kunne underbygge at

Høyesterett har fortolket forbeholdet feil. Når det i forbeholdet, slik det ble formidlet fra meglerens side, heter at kjøperen «ønsker å gå videre i forhandlinger om kjøp i full konfidensialitet som forutsatt særlig i forhold til kommunen», er dette en klar referanse til et prekontraktuell forhold. Forbehold om konfidensialitet av denne type vil i praksis ofte bli fremsatt sammen med forbehold om frihet fra et prekontraktuell erstatningsansvar, nettopp fordi det i begge tilfelle er tale om en avtalerettslig regulering av prekontraktuelle forhold *uavhengig av selve bindingen*. Det er således en indre harmoni mellom kravet om konfidensialitet og et eventuelt krav om fritak fra et eventuelt erstatningsansvar for det tilfellet at forhandlingene ikke fører frem til en bindende avtale.

Etter min mening tilsier både ordlyden isolert og konteksten at det er mest nærliggende å tolke ordlyden objektivt på den måte at den gjelder fritak for et prekontraktuell erstatningsansvar. Slik jeg ser det, må forbeholdet i den form det ble formidlet til selgeren av megleren på denne bakgrunn tolkes *i strid med ordlyden*, hvis man skulle kunne tolke det i samsvar med kjøperens *intensjon*, slik Høyesterett gjør. Dersom man ut fra sakens bevisligheter kunne legge til grunn at selgeren helt fra det tidspunktet forbeholdet første gang var blitt kommunisert til ham med rimelighet kunne forstå kjøperens mening med forbeholdet – å stå fullstendig fritt når det gjelder bindingsspørsmålet – ville det ha foreligget et grunnlag for å tolke forbeholdet i samsvar med kjøperens intensjon, jf. forventningsprinsippet. (Hadde selgeren positivt forstått at dette hadde vært kjøperens intensjon, ville vi hatt en felles partsoppfatning og siste ordet ville ha vært sagt med det, jf. foran). Men i det aktuelle tilfellet taler det meste for at selgeren først ble klar over at det refererte var kjøperens intensjon på et langt senere tidspunkt, nemlig da partene traff hverandre på møtet i Oslo mars/april 2011, og ikke med rimelighet kunne ha forstått det tidligere. Høyesterett uttaler om dette: «Det må legges til grunn at de svenske motpartene i alle fall på dette tidspunktet var kjent med Svarstad Hansens vegring mot å undertegne avtalen» (premiss 9). Like foran i votumet uttaler Høyesterett at det var enighet om alle sentrale punkter i avtalen på møtet i Oslo 9. september 2010 (premiss 6), altså på et langt tidligere tidspunkt. Dette innebærer at avtalen ut fra ordinære regler om avtalebinding, jf. Rt. 1998 s. 946 (Vina-genturdommen), som førstvoterende da også siterer fra innledningsvis, jf. foran, måtte anses for å ha kommet bindende i stand (uten underskrift) nesten et halvt år før Høyesterett mener å kunne slå fast at selgerne forsto kjøperens vegring og dermed (antagelig også) med rimelighet kunne forstå at hans intensjon med forbeholdet var fullstendig ubundethet.

Dette viser at det ut fra bevisbedømmelsen ikke var mulig for Høyesterett å legge til grunn at selgeren forsto eller med rimelighet kunne forstå hva

kjøperen egentlig mente med forbeholdet før *etter* at bindende avtale var inngått, om man skulle basere seg på ordinære regler om avtalebinding. Dermed var det teknisk sett ikke mulig for Høyesterett å tolke forbeholdet intensjonelt. Høyesterett måtte derfor – for å begrunne det resultat retten kom til – vise til at resultatet fulgte av en naturlig tolkning av ordlyden, jf. foran, noe som i beste fall må kunne sies å være et høyst tvilsomt standpunkt. Bedre blir det ikke ved at Høyesterett ikke gjør noe forsøk på å begrunne hva som kan utledes av ordlyden, jf. foran.

#### 4.25 Reelle hensyn: Konsekvens- og harmonibetraktninger

Høyesterett gjør så bruk av tre støtteargumenter for å underbygge sitt resultat. Det dreier seg om ulike konsekvens- og harmonibetraktninger basert på reelle hensyn. Disse argumentene fremstår som supplerende argumenter til ordlyden. («Etter min mening tilsier allerede ordlyden ...», jf. premiss 35, se foran).

*Det første støtteargumentet* fremholdes i premiss 35, og det sentrale her synes å være at det dreiet seg om en komplisert avtale der det var nødvendig med skriftlighet (1) fordi kjøperen måtte investere en betydelig sum, (2) fordi kjøperen ønsket at selgeren skulle fortsette som minoritetsaksjonær og (3) fordi han skulle fortsette som «drifter i en periode». Førstvoterende mener at av disse grunner ligger det i «sakens natur at en eventuell avtale måtte inngås skriftlig». Og derfra slutter han: «Av denne grunn tilsier en naturlig tolkning av Svarstad Hansens forbehold at han tok sikte på noe *ut over* dette» (premiss 35).

Dette argumentet er uten relevans. Høyesteretts poeng synes å være at partene har sett for seg en skriftlig avtale som noe ganske selvfølgelig, med den følge at kjøperen med forbeholdet om skriftlighet «tok sikte på noe ut over dette», altså at han (og selgeren) var uforpliktet helt frem til det forelå en felles signatur på et avtaledokument. Realiteten er at dette argumentet er nøytralt i forhold til det andre tolkningsalternativet, og derfor kan forenes like godt med det. For også hvis man legger til grunn at forbeholdet ikke omfattet annet enn et fritak for prekontraktuell erstatningsplikt, ville partene ha hatt det samme behov for en skriftlig regulering – *i tilfelle for nettopp* å regulere *dette*. Også en skriftlig regulering av sistnevnte, som måtte ha vært gjort i en særskilt overenskomst separat fra en eventuell skriftlig «hovedavtale», ville ha vært noe «ut over» at partene har sett for seg en skriftlig regulering av det samlede avtaleforholdet, for å knytte argumentasjonen opp mot Høyesteretts kursiverte – og dermed antageligvis tilsiktede, betydningsfulle poeng. Hvis dette argumentet anført av Høyesterett skulle ha hatt noen substans, måtte det ha *utelukket* det konkurrerende tolkningsalternativet, eller i det minste gjort det betydelig mindre sannsynlig. Som påvist, er det ikke tilfellet.

Det andre støtteargumentet som fremholdes er at den klare hovedregelen i norsk rett er at man ikke pådrar seg erstatningsansvar ved å avslå å inngå en avtale (premiss 36). Høyesterett mener at det av denne grunn har formodningen mot seg at det tolkningsalternativ lagmannsretten la til grunn om at forbeholdet bare gjaldt frihet for prekontraktuelt ansvar, kan være det riktige. Høyesterett viser til at et prekontraktuelt ansvar i denne saken ville være «en høyst teoretisk mulighet». Det Høyesterett her ser helt bort fra, er at det er svært vanlig i kontraktspraksis nettopp å innta forbehold både om konfidensialitet og om frihet for prekontraktuelt ansvar, for det tilfellet at avtale ikke kommer i stand. Dette gjøres som regel nokså «automatisk» på bakgrunn av råd fra partenes advokater før forhandlingene tar til i en egen overenskomst og uten at det er noen konkret grunn til å tro at noen av partene vil komme i en ansvarsposisjon ved eventuelle havarerte forhandlinger. Det gjøres derfor regelmessig, selv om et potensielt ansvar i det konkrete tilfellet kan fremstå som «en høyst teoretisk mulighet». Og det gjelder selv om den klare hovedregelen i norsk rett er at man ikke pådrar seg erstatningsansvar ved å avslå å inngå en avtale.

Etter å ha presentert de to foran nevnte supplerende argumenter til ordlyden, umiddelbart før det tredje argumentet nevnes, fremkommer følgende utsagn fra førstvoterendes side (premiss 37):

«Jeg finner det etter dette klart at en naturlig forståelse av forbeholdet var at bindende avtale først skulle foreligge når et fremforhandlet avtaleutkast var undertegnet av begge parter».

I mine øyne er det svært vanskelig å forstå at noe av det som Høyesterett foran har sagt om ordlyden og støtteargument nr 1 og 2, kan sies å være «klart».

Det tredje støtteargumentet følger deretter. Høyesterett viser her til at forbehold om å stå helt fritt i avtaleforhandlinger frem til avtaleutkastet er undertegnet av begge parter, ikke er spesielt for Norge (premiss 37). Retten viser til at en slik mulighet både foreligger etter svensk rett, antagelig gjøres dette fordi selgeren var svensk, slik at dette ikke skulle komme som noen «overraskelse» på ham, og at slike forbehold kan inntas med grunnlag i UNIDROIT's Principles 2010, artikkel 2.1.13. Det problematiske med dette argumentet er at det ikke sier noe mer enn det helt generelle og åpenbart selvsagte. Det er elementært i avtaleretten, ikke bare i Norge, men også annetsteds, at det i deklarasjonelle rettsforhold er fullt mulig å innta gyldige signeringsforbehold. Argumentet er etter dette uten noen konkret substans. Førstvoterende gjør da heller ikke noe forsøk på å knytte disse generelle utlegningene opp mot den konkrete saken (premiss 37). Nå er disse utlegningene kanskje heller ikke ment som et argument med konkret substans. Men det gjør i tilfelle ikke dommens begrunnelse noe bedre, fordi det man i tilfellet står igjen med er

den ubegrunnede påberopelsen av ordlyden og de irrelevante støtteargumentene (1) og (2) foran.

Deretter konkluderer førstvoterende med at forbeholdet i e-posten 28 mai 2010 skal forstås slik at bindende avtale forutsatte at avtaleutkastet ble undertegnet av begge partene (38) og at kjøperen kunne avslå å inngå avtalen uten noen nærmere begrunnelse.

Høyesterett går så over til å behandle selgerens subsidiære anførsler om at et eventuelt forbehold måtte anses bortfalt. Denne delen av rettens begrunnelse fremstår vel underbygget og jeg ser liten grunn til å gå nærmere inn på den.

##### 5. Avsluttende kommentarer

Dommen om Strömstad Marina er interessant både når det gjelder avtaleinngåelse og avtaletolkning. Den gjelder avtalebinding ved forhandlingsavtaler, men for å kunne ta stilling til om bindende avtale var kommet i stand, måtte Høyesterett foreta en tolkning av innholdet i forbeholdet.

Dommens innledende del gjengir og presiserer gjeldende rett om avtaleinngåelse ved forhandlingsavtaler på en instruktiv måte, særlig ved at det fremholdes at formfrihetsprinsippet også ved kompliserte forhandlinger og avtaler kan medføre binding uten at et avtaledokument er underskrevet, forutsatt at partene har oppnådd enighet om kontraktsforholdets vesentlige punkter. Den innledende delen redegjør også instruktivt for betydningen av signeringsforbehold, herunder partenes adgang til å avtale seg bort fra avtalelovens regler og prinsipper om hva som skal til for at bindende avtale er kommet i stand (reglenes fravikelighet).

Men derfra får dommen en påtagelig og uforståelig slagside, der Høyesterett først uten noen nærmere begrunnelse inntar et standpunkt om hva som ut fra en naturlig tolkning ligger i ordlyden i forbeholdet. Jeg skal ikke hevde at den måten jeg mener at forbeholdet bør tolkes på, der jeg er enig med lagmannsretten, nødvendigvis er den riktige. Men jeg har i det minste begrunnet min oppfatning og jeg mener at argumentene har substans. Når Høyesterett her påberoper seg den autoritet ordlyden gir, må det opplagt kunne kreves at Høyesterett gjør et forsøk på å begrunne *hvorfor*, ikke minst når Høyesterett fraviker lagmannsrettens velbegrunnede oppfatning. Det er ikke til å komme fra at Høyesteretts henvisning til ordlyden er og blir et rent postulat på knapt mer enn en linje. For å «stive opp» votumet anfører Høyesterett tre støtteargumenter. Min gjennomgang foran viser at ingen av disse har noen bærekraft når det gjelder den konkrete saken.

Det er atskillig som er forunderlig i denne dommen. Men det som kanskje forundrer mest, er at den er enstemmig.

Geir Woxholth

## Vederlag ved terminering av eksklusive distribusjonsavtaler – Rt. 2014 s. 118.

Høyesterett avsa 13. februar 2014 en dom («Webastodommen») som vedrører de rettslige utgangspunktene for å vurdere krav om avgangsvederlag fra eneforhandlere.

Det norske selskapet KCL hadde siden 1957 hatt en eneforhandleravtale med det tyske selskapet Webasto, som produserer en type varme- og komfortprodukter som blant annet brukes i biler og båter. KCLs forretningsområde omfatter blant annet import og distribusjon av industriprodukter, og omsetningen av Webastoprodukter utgjorde om lag 13–14 % av KCLs totale omsetning.

Sommeren 2010 varslet Webasto om mulig oppsigelse av forhandleravtalen. Det ble fortsatt levert produkter, men KCL valgte å vente med å gjøre opp for varene. Etter diskusjoner omkring avslutningen, sa Webasto så opp avtalen. Diskusjonene fortsatte imidlertid, og under henvisning til KCLs manglende betaling av de utestående fakturaene, ble avtalen etter hvert hevet av Webasto i stedet.

I kjølvannet av hevingen initierte Webasto en prosess som knyttet seg til sletting av et domenenavn, og KCL tok til motmæle og bragte inn de ubetalte fakturaene i saken, ved siden av krav om avgangsvederlag og erstatning for tap påført ved hevingen. KCL ble av tingretten pålagt å slette domenenavnet og betale fakturaene, mens KCLs positive krav ikke førte frem. Etter anke avsa Borgarting lagmannsrett imidlertid dom hvorved KCL både ble tilkjent avgangsvederlag etter analogi fra agenturloven § 28, stort kr. 10.000.000,-, samt erstatning, stor kr. 500.000,-, for tap påført ved uberettiget heving.

Webasto anket, og saken for Høyesterett gjaldt bare krav fra KCL om avgangsvederlag og erstatning. Anken over lagmannsrettens dom; domsslutningens punkt 2 som gjaldt erstatning for uberettiget heving; ble ikke henvist. Spørsmålet om «erstatning» for Høyesterett var således tilsynelatende noe som også relaterte seg til en type «avgangsvederlag».

Avgangsvederlag var et forhold som stod uregulert i avtalen. KCL opprettholdt derfor sine to andre rettslige grunnlag. Prinsipalt påberopte det en analogisk anvendelse av agenturloven § 28, subsidiært alminnelige regler om erstatning i kontrakt.

Agenturloven § 28 gjelder direkte bare de egentlige agenter, dvs. dem som ikke arbeider i egen regning/eget navn. Det har i Norge vært lagt til grunn i hvert fall helt siden Rt. 1980 side 243 (*Tampax*) at agenturlovgivningens (den dagjeldende kommisjonslovens) regler om avgangsvederlag (den gang etterprovisjon) bare helt unntaksvis kan tenkes anvendt analogisk ved avslutning av forhandlerforhold. Spørsmålet for Høyesterett var slik sett om tilkomne endringer i rettskildebildet tilsa en annen løsning nå. Etter en innledende analyse av det någjeldende systemet med avgangsvederlag sammenlignet med det tidligere

gjeldende regelverket om etterprovisjon, konkluderte Høyesterett imidlertid med at dette i det store og hele var sammenlignbart, og fellestrekkene talte for å opprettholde synspunktene fra *Tampax*-dommen. Høyesterett fant ei heller støtte i forarbeidene til agenturloven for en videre analogiadgang nå.

Den någjeldende agenturloven gjennomfører agenturdirektivet (86/653/EØF), men direktivet gjelder heller ikke forhandleravtaler, jf. blant annet EU-domstolens dom i Sak C-85/03 *Mavrona* [2004] Saml. I-1543. Med unntak for i hvert fall Belgia, står de europeiske landene tilsynelatende stort sett uten lovregulering av de kontraktsrettslige sidene av forhandleravtaler. Spørsmålet om analogislutninger fra gjennomføringslovene til agenturdirektivet har dermed naturlig dukket opp i EU-statene. I 1999 ble slik analogi for eksempel i realiteten forkastet i England av Court of Appeal (*AMB Imballaggi Plastici Srl v Pacflex Ltd* (1999) CLC 1391), mens den sveitsiske Høyesterett samme år åpnet for analogi ((BGE 134 III 497), en mulighet som for øvrig hadde stått på gløtt i lang tid (BGE 88 II 169)). Norges Høyesterett fant imidlertid ikke at utvikling i øvrige europeiske land kunne tilsi en endret rettstilstand. Det ble spesielt vist til at tysk rett, som ved tolkning av agenturloven § 28 kan stå i en særlig stilling fordi bestemmelsen uttrykkelig ble utviklet under inspirasjon herfra, jf. Rt. 1999 side 569 og Rt. 2001 side 1390, ikke kan tillegges noen spesiell betydning for spørsmålet om *analogi*. For øvrig ble det pekt på at det syntes å mangle en europeisk rettsenhet, noe som utvilsomt er riktig.

I sum var det altså ikke grunn til å se annerledes på spørsmålet om analogier nå enn da *Tampax*-dommen falt. Også *Tampax*-dommen åpnet for analogier, men bare i snever utstrekning. Høyesterett fant det tilsynelatende lite tvilsomt at dette unntaket ikke kunne komme til anvendelse på denne sakens faktum, og avgangsvederlag på basis av analogi var etter dette uaktuelt. Det subsidiære spørsmålet om erstatning for tapt goodwill ble relativt kort forbigått under henvisning til at det uansett ikke ville være tale om tap som oversteg de beløp KCL var tilkjent i lagmannsretten. Forholdet mellom et krav på vederlag ut fra erstatningsrettslige synspunkter og krav for tap på grunn av hevingen, synes i denne forbindelse ikke å ha blitt helt klarlagt.

Den norske forhandleren KCL fikk etter dette ikke medhold i anken.

Spørsmål om avgangsvederlag – eller for øvrig om kompensasjon ved opphør – er, ved siden av spørsmål om oppsigelsesadgang og -frister, naturlig nok kjerne spørsmål i mellommannsrettens bakgrunnsregler, og dommens standpunkt til rekkevidden av *Tampax*-dommen i dag er viktig for markedsaktørene med henblikk på hvordan distribusjon i Norge bør organiseres. Her kan det pekes på at, det tilbakeholdne utgangspunktet til analogier til tross, rettssituasjonen

påkriver rimelighetsvurderinger, både ved analogi-spørsmålet som sådan og i tilfelle ved (den analogiske) anvendelsen av agenturloven § 28. Det kan ellers avslutningsvis pekes på at dommen innebærer en noenlunde «leverandørvennlig» løsning. Dette blant annet fordi den manglende europeiske rettsenheten selvfølgelig ofte gjør jurisdiksjons- og lovvalgsspørsmål sentrale. EU-domstolen har, i foreløpig upublisert dom, i saken C-9/12 *Corman-Collins* [2013] lagt til grunn at forhandleravtaler følger jurisdiksjonsregelen for tjenester. I fravær av forumklausuler vil derfor distribusjonsstedet, som jo gjerne er distributørens hjemlige jurisdiksjon, være rette forum, jf., for EU-forhold, Brussel I-forordningen, artikkel 5(1)(b) annet strekpunkt, og, for norske/EØS-forhold, samme sted i Luganokonvensjonen, artikkel 5 samt tvisteloven § 4-5(2). Det vil da normalt også være distributørstedets ('det land, hvor tjenesteyderen har sit sædvanlige opholdssted') rett som skal anvendes, jf., for lovvalget til domstoler i EU-landene, Roma I-forordningen, artiklene 4(1)(b) jf. 19, og, for norske domstolars lovvalg, Rt. 1980 side 243 og Rt. 1982 side 1294. Står man imidlertid overfor en mer «distributørvennlig» jurisdiksjon, så vil man formentlig kunne risikere at reglene om avgangsvederlag anses som ufravelige bestemmelser av hensyn til en antatt svakere part, slik at domstolen vil overse eventuelle forsøk på å avtale seg inn i rettsordninger som byr på gunstigere løsninger for leverandørene, sml. for agentforhold agenturloven § 3.

*Bjarte Thorson*

## OBLIGASJONSRETT

### Foreldelse av statens krav på tilbakeføring av ulovlig statsstøtte – Rt. 2013 s. 1665

Høyesteretts dom 17. desember 2013 (Rt. 2013 s. 1665) gjelder foreldelse av statens krav på tilbakeføring av ulovlig statsstøtte i form av fritak for el-avgift. Den 30. juni 2004 vedtok EFTAs overvåkingsorgan ESA at et fritak for forbruksavgift på elektrisk kraft (såkalt el-avgift) som den kraftkrevende industrien hadde nytt godt av, var ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalen. ESA påla staten å kreve tilbakeføring av støtte gitt etter 6. februar 2003, da beslutningen om å sette i verk undersøkelsesprosedyre ble publisert. Støttemottakerne kunne fra dette tidspunktet ikke ha noen berettiget forventning om at støtten var traktatmessig. På grunn av at et nytt, traktatmessig regelverk trådte i kraft 1. januar 2004, var krav på tilbakeføring begrenset til perioden 6. februar – 31. desember 2013.

Saken for Høyesterett gjelder krav om tilbakeføring rettet mot Hydro Aluminium AS og Sør-Norge Aluminium AS. Kravene ble satt frem etter vedtak av Tollregion Vest-Norge 17. desember 2007. Bedriftene hevdet at krav på tilbakeføring var foreldet, og saken for Høyesterett gjelder utelukkende foreldelse.

Kravene ble etter avtale med staten betalt 21. april 2009, med forbehold om rettslig prøving av foreldelse. Spørsmålet i saken var således om kravene var foreldet ved betalingen 21. april 2009. Høyesterett kom enstemmig til at kravene ikke var foreldet.

I dommen veksler språkbruken mellom tilbakebetaling og tilbakeføring. Formelt sett gjelder saken foreldelse av krav på betaling av ubetalte krav (betaling av el-avgift), ikke krav på tilbakebetaling.

Saken gjelder først og fremst anvendelse av foreldelseslovens alminnelige regel i § 3 nr 1 om utgangspunktet for foreldelsesfristen. Fristen løper ifølge denne bestemmelsen fra det tidspunktet «fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse». Fristens lengde er tre år, jf. § 2. Med det resultatet som Høyesterett kom til ved anvendelse av disse reglene, var det ikke nødvendig å gå inn på en subsidiær anførsel fra statens side om en særlig foreldelsesfrist på 10 år.

Bedriftene hevdet at fristen startet å løpe ved ESAs vedtak 30. juni 2004. Dette vedtaket utløste rett og plikt for staten til å kreve tilbakeføring av statsstøtten. Staten hevdet på sin side at rett til å kreve betaling oppsto først ved vedtaket i Tollregion Vest-Norge 17. desember 2007. Hvis førstnevnte tidspunkt legges til grunn, var kravene foreldet ved betalingen 21. april 2009. Hvis sistnevnte tidspunkt er korrekt, var kravene ikke foreldet. Høyesterett så det enstemmig slik at rett til å kreve betaling oppsto først ved vedtaket i Tollregion Vest-Norge. Kravene var derfor ikke foreldet.

Resultatet kan synes vanskelig å forene med regelen i § 3 nr 1, og hensynet bak denne regelen. Foreldelsesfristen starter så snart kreditor har rett til å kreve oppfyllelse. For fordringer med bestemt forfallstid har kreditor slik rett ved forfall, ikke før. For fordringer uten bestemt forfallstidspunkt kan kreditor normalt fremkalle forfall ved å fremsette betalingskrav (påkrav) overfor debitor, jf. gjeldsbrevl. § 5 første ledd. For disse fordringene starter fristen å løpe så snart kreditor har rett til å fremsette påkrav. Så lenge dette ikke er gjort, er fordringen ikke forfalt, men foreldelsen har likevel startet å løpe. Resultatet kan bli at fordringen er foreldet før den er forfalt. Dette er et bevisst valg fra lovgiverens side ved formuleringen av § 3 nr 1. Regelen er nødvendig for at også fordringer uten bestemt forfall skal kunne foreldes, og for at ikke kreditor selv skal ha fullt herredømme over foreldelsesfristens start.

Bedriftene hadde ikke plikt til å tilbakeføre statsstøtten før vedtak om dette var truffet av kompetent norsk myndighet, som var Toll- og avgiftsdepartementet. Kravet var altså ikke forfalt før Tollregion Vest-Norge traff sitt vedtak. Vedtaket kunne likevel ha blitt truffet tidligere. Det kan derfor hevdes at det ville ha vært i bedre harmoni med § 3 nr 1 og hensynet bak denne regelen om fristen var blitt ansett å løpe fra det tidspunktet da vedtaket tidligst kunne ha blitt truffet. Høyesterett



bygger (avsnitt 38 og 45) sitt resultat på at fordringen mot bedriftene om tilbakeføring av ulovlig støtte først ble stiftet ved vedtaket i Tollregion Vest-Norge, jf. lov om offentlig støtte § 5. Siden vedtaket i ESA ikke forpliktet bedriftene direkte, var det nødvendig med enkeltvedtak truffet av norsk kompetent myndighet. Først ved dette vedtaket ble fordringen stiftet. Foreldelsen kan ikke starte før fordringen er stiftet.

Kanskje har det et visst preg av kunstgrep å si det slik at vedtaket ikke bare skaper betalingsplikt ut fra reglene om forfall, men at vedtaket også er nødvendig for å etablere selve fordringen. Det var jo ingen tvil om at staten etter ESAs vedtak hadde det i sin makt ensidig å etablere fordringen, uten medvirkning fra debitorerne eller andre. Det harmonerer da dårlig med den grunnleggende tanken bak § 3 nr 1 at foreldelse ikke skulle starte å løpe før staten (kreditor) har bestemt seg for å kreve oppgjør. Førstvoterende kommenterte selv (i avsnitt 59) at den løsningen som ble valgt, vil føre til at kreditor har hånd om foreldelsesfristens start, noe man ville unngå ved regelen i § 3 nr 1. Førstvoterende mente likevel, bl. a. under henvisning til forvaltningens alminnelige plikt til å avgjøre saker uten ugrunnet opphold (forvaltningsl. § 11a), at dette ikke kunne ikke være avgjørende for rettsanvendelsen i saken.

*Trygve Bergsåker*

## PANTERETT

### **Legalpant for bukostnader heftar på formuesgode som er overdregne til andre – Rt. 2014 s. 242**

Kjøparen av to eidegdommar som den seinare tvangsoppløysingsdebitor hadde pantsett og seinare selt, måtte finne seg i legalpanterett for bukostnader etter pantelova § 6-4 fordi avtalepanteretten framleis hefta på eidegdommane.

Før tvangsoppløysing hadde eit selskap pantsett og seinare selt to eidegdommar. Ervervaren tok over eidegdommane med panteretten påhefta. Tvangsoppløysing skjer etter reglane i konkurslova og dekningslova (aksjelova § 16-18), og i denne saka vart det visst utan vidare lagt til grunn at pantelova § 6-4 (som etter sin ordlyd gjeld ved konkurs og offentlig skifte av insolvent dødsbu) også kjem inn. Panteretten for selskapets gjeld hefta framleis på ved avgjerda om tvangsoppløysing. Tvangsoppløysingsbuet kravde tvangssal av dei to eidegdommane på grunnlag av panterett for bukostnader etter pantelova § 6-4 og fekk altså medhald i Høgsteretts ankeutval.

Legalpanteretten etter pantelova § 6-4 gjeld som utgangspunkt for formuesgode som tilhøyrd debitor ved buopninga, og som det heftar pant på. Vidare skal legalpanteretten hefte også på formuesgode «som en tredjeperson har stilt som pantesikkerhet for konkursskyldnerens gjeld», dersom panteretten framleis heftar på ved buopninga.

Her var ikkje panteretten stilt av ein tredjeperson. Ankeutvalet meinte at ordlyden «språklig sett» likevel kunne fange opp ein situasjon som dette, ut frå det synspunktet at ein ervervar som tek over eit formuesgode med påhefta panterett, har «akseptert» at formuesgodet framleis skal hefte for avhendarens gjeld. Vidare meinte utvalet at den faren for omgåing som førearbeida viser til, gjorde seg gjeldande også i ein situasjon som dette.

At Ankeutvalets lesing av lovteksten er noko frisk, får så vera, og ein kan vel òg leva med at akseptsynspunktet somtid kan bli diskutabelt der ein ervervar av eit formuesgode må respektere ein panterett med rettsvern. Meir problematisk er grunngevinga for at legalpanteretten skal hefte på formuesgode som tilhøyrd andre enn konkursdebitor ved buopninga. Grunngeving kjem frå lovførearbeida (Ot.prp. nr. 23 (2004–2005) s. 22) og får tydeleg tilslutnad frå Ankeutvalet. Det blir altså vist til faren for omgåing, til dømes ved at eit eidegdomsselskap stiller pant for eit driftsselskaps gjeld. Denne grunngevinga er lite overtydande.

I normalsituasjonen, der formuesgodet *tilhøyrd konkursdebitor* ved buopninga, er det ein eller fleire panthavarar legalpanteretten går ut over, nemleg panthavarar med så dårleg prioritet at legalpanteretten går ut over dekninga. Betre prioriterte panthavarar får like god dekning som før. Og er ikkje hefta så omfattande, trengst ikkje legalpanteretten. Ein fri restverdi av formuesgodet går inn i buet i alle fall.

Dette er annleis der formuesgodet *tilhøyrd ein tredjeperson*. Hefta kan også her vera så omfattande at det er ein eller fleire panthavarar som må halde for, men like gjerne er det eigaren av formuesgodet som må vera med på å dekkje framande bukostnader.

I førearbeida heiter det at «en som stiller sine eidelere som pantesikkerhet for fremmed gjeld, vil alltid være avhengig av forhold hos hovedskyldneren». Ja vel, men regelen fører til at ei pantsetjing for framand gjeld alltid har potensialet for eit tilleggshefte på fem prosent av verdien av eidegdommen, eit hefte som langt kan overstige den opphavlege panteretten. Når det vidare heiter at det ikkje kan «ses å være rimelig at den som har et pantsikret krav mot konkursskyldneren, skal stilles i en gunstigere posisjon i forhold til boet fordi det er en tredjeperson som har stilt sikkerhet og ikke skyldneren selv», må det innvendast at det slett ikkje er sikkert at det er panthavaren som får merke legalpanteretten.

At eit eidegdomsselskap pantset formuesgode for eit driftsselskaps gjeld, er ikkje i seg sjølv ei omgåing av noko som helst. Regelen er at konsernselskap har skilde formuer, og driftsselskapets kreditorar ville ikkje utan særregelen om legalpant fått glede av eidegdomsselskapets aktiva. Legalpanteretten i tredjepersons formuesgode er generell og ikkje avgrensa til proformatilfelle e.l.

Med den utvidande tolkinga frå Ankeutvalet i denne saka vil også alle som tek over eit formuesgode med påhefta pant, sjølv den minste panterrett på beste prioritet, måtte vera førebudde på ein legalpanterrett for framande bukostnader, heilt uavhengig av omfang og prioritet for den overtekne panteretten. Heller ikkje her treng det vera panthavar som får svi.

I sjetle ledd i pantelova § 6-4 er det ein regel om situasjonen der formuesgodet er selt seinare enn tre månader før fristdagen. Da kan panthavarar som elles ville ha vorte råka av legalpanteretten, måtte betale inn det overskytande til buet. Det gjev meining. I tilfella med legalpanterett i tredjepersons formuesgode er det derimot heilt tilfeldig om det er bakaren eller smeden som blir straffa.

Ankeutvalet nemner inga tidsgrense, så ein bør vel rekne med at legalpanteretten kan vakne til live ved ein konkurs hos avhendaren mange år etter overdraginga.

Alle skal kjenne lova. Vil ein styre utanom mogleg ansvar for framande bukostnader, får ein halde seg borte frå pantsetjing for framand gjeld og overtaking av formuesgode med påhefta formuesgode. Eit alternativ kunne vera å laga ein meir treffsikker regel.

Kåre Lilleholt

## RETTSKILDER

### Litteratur

**Sverre Blandhol: *De beste grunner. Reelle hensyn i juridisk argumentasjon*. Gyldendal juridisk, Oslo 2013. 210 sider**

Boken er en gjennomgang av læren om reelle hensyn, det vil si «friere betraktninger av argumenters eller resultatets kvalitet» (s. 12). Den tar sikte på å svare på spørsmål om hva reelle hensyn er, hva som er opphavet til begrepet «reelle hensyn», hvordan reelle hensyn er blitt brukt i rettspraksis tidligere og i dag, om det er snakk om en særnorsk rettskilde og hva slags syn på rett, jus og juridisk argumentasjon som ligger bak en teori og praksis om reelle hensyn.

Boken er delt i fem deler. Først presenteres reelle hensyn i systematisk belysning. Forfatteren foretar her en inndeling av de reelle hensyn i tre typer: Betraktninger om hva som er godt i seg selv, konsekvensbetraktninger og betraktninger omkring tingenes og rettsforholdenes karakter og egenskaper (sakens natur i egentlig forstand). Deretter skisseres den historiske utviklingen fra Ørsted til Eckhoff. Her konkluderes med at reelle hensyn er et begrep med svært gamle historiske røtter, kanskje helt tilbake til romerretten. Så behandles reelle hensyn i Høyesteretts praksis og i fremmed rett (EU-retten). Kapitlet om reelle hensyn i EU-retten er skrevet av Christian Franklin. Til slutt behandles reelle hensyn og juridisk argumentasjon.

En hovedkonklusjon i boken er at reelle hensyn fremstår som et nødvendig element i rettsanvendelsen. Den juridiske argumentasjonen er mangfoldig og pluralistisk, argumentativ og åpen mot andre fag og vitenskaper. Dette fordrer også at rettsvitenskapen støtter rettsanvendelsen og lovgivningen med analyser og forståelse av de reelle hensyn.

Boken er forsynt med stikkords- og domsregister og en liste over litteratur forfatteren har forholdt seg til.

Hans Petter Graver

## SELSKAPSRETT

### Litteratur

**Mads Andenæs og Iris H-Y Chiu: *The foundations and future of financial regulation, Governance for responsibility*. Routledge 2014. 539 sider**

Emnet for boken fremgår av tittelen – regulering av finansmarkedene særlig siden finanskrisen. Hovedvekten i boken er på innholdet i regulering av finansmarkeder i Storbritannia og i øvrige EU-land sammenliknet med reguleringen i USA. Boken er delt i fire hovedkapitler: først en oversikt over målsettingen for regulering av finansmarkedene, deretter regulering som har som målsetting å beskytte investorer, så regulering som skal sikre den finansielle soliditet til finansinstitusjoner og siste del om tilsynet med hele det finansielle systemet. Forfatterne er skeptiske til at utviklingen i regulering av finansmarkeder i for stor grad domineres av eksperter fra finansnæringen som vil fortsette regulering i et tradisjonelt mønster, fremfor å velge mer radikale nye løsninger ut fra et videre sosialt perspektiv.

Boken inneholder register over alle relevante rettsavgjørelser og lovgivning i Storbritannia, øvrige EU-land og USA.

I tillegg til å være professor ved det juridiske fakultet i universitetet i Oslo, har Mads Andenæs beholdt en deltidsstilling som professor ved The Institute of Advanced Legal Studies ved University of London. Iris H-Y Chiu er professor ved University college London.

Peter Hambro

## PRESENTASJON AV PHD-PROSJEKT

**Aksjeutsteders løpende informasjonsplikt og informasjonsansvar i annenhåndsmarkedet**

Temaet for min phd-avhandling er aksjeutsteders løpende informasjonsplikter og det potensielle erstatningsansvaret for brudd på denne plikten. Utstederselskapers løpende informasjonsplikt er regulert i verdipapirhandelloven 29. juni 2007 nr. 75 (vphl.) § 5-2 (1),

som pålegger utsteder uoppfordret og umiddelbart å offentliggjøre innsideinformasjon som direkte angår utsteder. Innsideinformasjon er definert i vphl. § 3-2 (1) som «presise opplysninger [...] som er egnet til å påvirke kursen på de finansielle instrumentene [...] merkbart, og som ikke er offentlig tilgjengelig eller allment kjent i markedet.» Presise opplysninger og kravet til merkbar kurspåvirkning er legaldefinert i henholdsvis §§ 3-2 (2) og 3-2 (3). Både informasjonsplikten og definisjonen av innsideinformasjon er basert på EUs markedsmissbruksdirektiv med tilhørende rettsakter. I løpet av 2016 vil markedsmissbruksdirektivet med all sannsynlighet erstattes av en forordning om markedsmissbruk. Forordningen vil tilsynelatende ikke endre på hovedregelen om utstede- rers informasjonsplikt eller definisjonen av innsideinformasjon, så langt den angår aksjer.

Avhandlingen består av tre hoveddeler, i tillegg til innledning og avslutning. I avhandlingens *første hoveddel* analyserer jeg den løpende informasjonsplik- tens økonomiske bakgrunn og rettslige kontekst. Kapitalmarkedenes behov for informasjon er i all hovedsak økonomisk begrunnet. Informasjon bidrar til at prisene i markedet i størst mulig grad reflekterer aksjens verdi. Prisene omtales i så tilfelle som effi- siente. Tilførsel av informasjon utligner også even- tuelle informasjonsasymmetrier i markedet, slik at investorene ikke trenger å prise inn risikoen for at andre markedsaktører har tilgang til mer eller bedre informasjon. Informasjonen bidrar dermed til å opp- rettholde markedets likviditet.

Tilførsel av informasjon har også en kostnad. For det første påløper det kostnader for utstederforetaket som må offentliggjøre informasjonen. For det annet vil det være forbundet med kostnader for markedsdeltakerne å prosessere informasjonen før denne kan danne grunn- lag for en transaksjonsanbefaling eller -beslutning. For det tredje må informasjonen verifiseres før investorene kan disponere på grunnlag av denne. Markedets behov for informasjon må avveies mot disse kostnadene. Den løpende informasjonsplikten bør ikke strekkes lenger enn den økonomiske begrunnelsen tilsier.

Videre må informasjonsplikten plasseres i en rettslig kontekst. Utstede- rers informasjonsplikt ivare- tar til dels samme formål som andre bestemmelser i verdipapirlov- givningen. Eksempelvis skal både den løpende informasjonsplikten i § 5-2 (1) og forbudet mot misbruk av innsideinformasjon i § 3-3 bidra til å hindre at det handles på grunnlag av eventuelle asymmetrier i informasjonstilgangen. Den løpende informasjonsplikten skal dessuten bidra til riktige mulige priser, i likhet med forbudet mot markeds- manipulasjon i § 3-8 som skal hindre uriktige priser. Bestemmelsene har imidlertid ulike funksjoner. Den løpende informasjonsplikten skal bidra til å redu- sere markedsdeltakernes kostnader forbundet med anskaffelse av informasjon. Forbudet mot innside- handel bidrar til å opprettholde markedets likviditet,

mens markedsmanipulasjonsforbudet skal redusere investorenes kostnader forbundet med verifikasjon av informasjon. De ulike bestemmelsene bør derfor tolkes slik at de ivaretar sin konkrete funksjon, og ikke alene i lys av det overordnede formål. På denne måten hindrer man at anvendelsesområdet for de ulike bestemmelsene overlapper hverandre.

Informasjonsplik- tens økonomiske bakgrunn og rettslige kontekst danner et rammeverk for analysen av plikten og ansvarets innhold og rekkevidde. Den økonomiske begrunnelsen assimileres i de legislative hensyn som ligger til grunn for den løpende infor- masjonsplikten – og danner således grunnlag for en funksjonsrettet tolkning av regelverket.

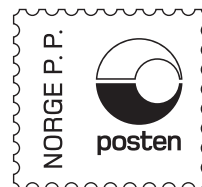
I avhandlingens *annen hoveddel* analyserer jeg den løpende informasjonsplik- tens begrunnelse, inn- hold og rekkevidde, samt hvorvidt det er behov for endringer i det gjeldende informasjonspliktregimet.

Definisjonen av innsideinformasjon i vphl. § 3-2 er etter sin ordlyd skjønnsmessig og sier intet bestemt om hvilke omstendigheter som utgjør innsideinfor- masjon. Både nasjonal praksis og praksis fra EU- domstolen har dessuten bidratt til at definisjonen i dag favner vidt, uten at det i nevneverdig grad er konkretisert når en bestemt begivenhet må anses som innsideinformasjon. Definisjonen relaterer seg ikke bare til den løpende informasjonsplikten, men også til forbudet mot misbruk av innsideinformasjon i vphl. § 3-3, samt de aksessoriske pliktbestemmelsene i §§ 3-4 (taushetsplikten og plikten til tilbørlig infor- masjonshåndtering), 3-5 (listeføringsplikten) og 3-6 (undersøkelsesplikten), i tillegg til rådgivningsforbu- det i § 3-7. Den løpende informasjonsplikten og for- budet mot misbruk av innsideinformasjon ivaretar til dels ulike formål og har ulike funksjoner, og defini- sjonen må således søkes tilpasset denne situasjonen. I min avhandling vil jeg forsøke å vise at dagens ord- ning med en felles definisjon av innsideinformasjon har uheldige konsekvenser – både for utstederselska- pet og markedet for øvrig, og at det dermed er behov for endringer av den løpende informasjonsplikten.

Hovedregelen om utstede- rers løpende informasjons- plikt i § 5-2 (1) er kombinert med en adgang for utste- derselskapene til å utsette offentliggjøring, dersom dette er nødvendig for ikke å skade selskapets legitime interesser, forutsatt at utsettelsen ikke er villedende og opplysningene behandles konfidensielt, jf. vphl. § 5-3 (1). Som følge av den vidtrekkende definisjonen av innsideinformasjon, anvendes adgangen til utsatt offentliggjøring i praksis som lovens hovedregel. Den utstrakte bruken av utsatt offentliggjøring taler også i retning av at den løpende informasjonsplikten neppe har fått en hensiktsmessig utforming. Plikten tjener i begrenset grad sitt formål når utstederselskapene benytter seg av adgangen til å utsette offentliggjøring.

I avhandlingens *tredje hoveddel* vil jeg ana- lysere muligheten for å holde utstederselskapet erstatningsansvarlig for brudd på den løpende

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



informasjonsplikten. Verdipapirhandellovens kapittel 17 oppstiller to hovedtyper sanksjoner ved brudd på den løpende informasjonsplikten. For det første kan Finanstilsynet ilegge *overtredelsesgebyr* ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av §§ 5-2 eller 5-3, jf. § 17-4 (3). For det annet kan utstederselskapet *straffes* med bøter eller fengsel ved forsettlig eller uaktsom utbredelse av uriktig eller villedende informasjon i strid med forbudet mot informasjonsbasert markedsmanipulasjon, jf. § 3-8 (2) nr. 3 og § 17-3 (1). Loven inneholder derimot ingen bestemmelser om erstatningsansvar, og det foreligger heller ingen rettspraksis der et utstederselskap har blitt holdt erstatningsansvarlig for brudd på den løpende informasjonsplikten. I tysk og engelsk rett er slikt erstatningsansvar lov hjemlet, og i amerikansk rett foreligger det omfattende rettspraksis om erstatningsansvar ved utsteders informasjonssvikt. Det er uklart hvorvidt utsteder kan holdes erstatningsansvarlig for brudd på den løpende informasjonsplikten i norsk rett, og det er særlig to forhold som kan skape problemer i denne forbindelse.

For det første er det uavklart hvorvidt kravet til årsakssammenheng innebærer at det må foreligge transaksjonskausalitet – eller om et krav om tapskausalitet er tilstrekkelig. Transaksjonskausalitet vil si at skadelidte må bevise at han har handlet *i tillit til* det foreliggende informasjonsbildet, som enten inkluderer uriktig eller villedende informasjon fra utstederselskapet, eller mangler informasjon som tilbakeholdes av utsteder. Et krav om tapskausalitet vil derimot innebære at det foreligger årsakssammenheng mellom utsteders informasjonssvikt og markedsprisen og dermed investors tap. I et effisient marked vil informasjonssvikt uunngåelig påvirke prisen på det relevante verdipapiret. Dersom prisen

reflekterer uriktig eller villedende positiv informasjon, eller ikke reflekterer negativ informasjon, vil den som kjøper mens prisen var påvirket av det uriktige informasjonsbildet lide tap når informasjonen og kursen deretter korrigeres. Og tilsvarende vil en pris som ikke reflekterer positiv informasjon om selskapet føre til at selger vil lide tap.

For det annet oppstår det spørsmål i hvilken grad det gjør seg gjeldende særlige selskapsrettslige begrensninger i adgangen til å gjøre erstatningskrav gjeldende mot selskapet ved brudd på den løpende informasjonsplikten. Avgjørelsen i Rt. 1996 s. 1463 har blitt tatt til inntekt for at det av kreditorvernensyn må oppstilles en generell begrensning i aksjonærens adgang til å kreve erstatning fra selskapet etter registrering av en kapitalforhøyelse. Det kan diskuteres hvorvidt denne begrensningen kan opprettholdes, og om den i tilfelle åpner for å differensiere mellom kjøpere (aksjonærer) og selgere i annenhåndsmarkedet.

*Caroline Bang Stordrange*

## Disputas ved Institutt for privatrett

I februar 2014 leverte Tore Fjørtoft PhD-avhandlinga «Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak». Avhandlinga vart godkjend, og Tore skal disputere 23. juni i Gamle Festsal på juridisk fakultet.

Det blir prøveforelesing same dag kl. 10.15–11.00.

Disputasen byrjar kl. 11.15.

## Nytt i privatretten

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

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

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

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Damm Akademisk, telefon 21 61 66 13 eller telefaks 21 61 72 81

Et årsabonnement (2014) på *Nytt i privatretten* koster kr 570,-. Studentabonnement koster kr 285,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2014

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer oktober 2014.