



# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

## ARBEIDSRETT

### Leverandørskifte, virksomhetsoverdragelse, organisasjonsdiskriminering – Høyesteretts dom 22. desember 2011 (HR-2011-2393-A)

LSG hadde kontrakt med SAS om levering av cateringtjenester på Gardermoen og Flesland til 30. april 2009, men tapte i anbudskonkurranse om ny kontrakt. Gate Gourmet fikk kontrakten for den følgende perioden. Gate Gourmet overtok ikke utstyr eller materiell fra LSG, men ansatte 62 arbeidstagere som hadde vært ansatt i LSG. LSG hadde 267 ansatte; Gate Gourmet ansatte ialt 184 nye medarbeidere etter å ha fått kontrakten med SAS.

Det første spørsmålet i saken var om det forelå en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljølovens kapittel 16. Høyesterett tok utgangspunkt i EU-domstolens rettspraksis om hvilke vilkår som må være oppfylt for at det skal være tale om en virksomhetsoverdragelse. Førstvoterende konstaterte kort at en overføring i et «trepartsforhold» som i dette tilfellet, omfattes. Det samme ble lagt til grunn

i Rt. 2010.330 (*Bardufoss bakketjenester*). De springende punkter var kravene til selvstendig økonomisk enhet og som «bevarer sin identitet». Igjen gikk Høyesterett, som i tidligere dommer om temaet, relativt grundig inn på EU-domstolens praksis. Retten konkluderte ikke separat for hvert av de to vurderingstemaene. Høyesterett bygget på en *helhetsvurdering* og kom til at det *ikke* forelå en virksomhetsoverdragelse. Denne tilnærmingen er i tråd med Høyesteretts tilnærming i SAS/Braathens-dommen i Rt. 2006.71 og hovedlinjen i EU-domstolens praksis. I Rt. 2010.330 var ikke problemstillingen aktuell.

I forbindelse med at Gate Gourmet overtok cateringkontrakten ble det inngått en avtale mellom selskapet og Luftfartens Funksjonærforening (LFF, ikke tilsluttet noen hovedorganisasjon). Etter avtalen forpliktet Gate Gourmet seg til å dekke sitt rekrutteringsbehov «primært ved å tilby ansettelse til søkere ansatt eller tidligere ansatt i LSG, som er omfattet av tariffavtale med LFF» (min kursivering). Avtalen innebar dermed en *fortrinnsrett* for LFFs medlemmer fremfor andre ansatte i LSG. Det var en del av avtalen at LFF ikke ville gjøre gjeldende at det forelå virksomhetsoverdragelse. Det var ansatte tilsluttet LO og YS som reiste søksmål.

Det andre spørsmålet i saken var om avtale mellom Gate Gourmet og LFF var diskriminering i strid med forbudet i arbeidsmiljølovens § 13-1. Gate Gourmet gjorde gjeldende at det var «saklig og nødvendig» å gi fortrinnsrett til ansettelse for LFFs medlemmer, slik at unntaksregelen i § 13-3 kom til anvendelse, at avtalen var en tariffavtale slik at unntaksbestemmelsen i § 13-2 fjerde ledd hadde anvendelse, og at det ut fra dette heller ikke forelå brudd på § 13-4 om forbud mot å spørre om eller innhente opplysninger om organisasjonsmedlemskap (avsnitt 28). Dette førte ikke frem. Førstvoterende konstaterte kort at det var unødvendig å ta stilling til om avtalen var en tariffavtale. Unntaket i § 13-2 fjerde ledd gjelder «forskjellsbehandling som skyldes medlemskap i arbeidstakerorganisasjon for så vidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler». Høyesteretts standpunkt

### Innhold nr. 1

Arbeidsrett .....	1
Arverett.....	4
Erstatningsrett.....	8
Familierett.....	13
Fast eiendom .....	15
Internasjonal privatrett .....	16
Kontraktsrett.....	17
Selskapsrett.....	24
Disputas .....	27

var at her gjaldt avtalen rekruttering, hvilket ikke er «lønns- og arbeidsvilkår» i bestemmelsens forstand. Dermed forelå det ulovlig diskriminering etter § 13-1. Videre var det i strid med lovens § 13-4 at det var stilt spørsmål om fagforeningstilknytning fra Gate Gourmets side ved rekruttering. Høyesterett avviste kontant å tolke bestemmelsene innskrenkende ut fra formålsbetraktninger (avsnitt 73–75).

Avgjørelsen av virksomhetsoverdragelses-spørsmålet bringer lite nytt ut over det konkrete. Organisasjonsdiskrimineringsproblemet har ikke vært behandlet av Høyesterett tidligere etter de nye bestemmelsene om diskrimineringsforbud i arbeidsmiljøloven av 2005. De klare standpunktene Høyesterett inntok her, er en nyttig avklaring.

Stein Evju

### **Tariffavtalers stilling ved fusjon, tariffrett og selskapsrettslig kontinuitetsprinsipp – Arbeidsrettens dom 14. desember 2011 (Inr. 40)**

ASCO Norge AS er et selskap som leverer basetjenester til oljevirksomheter. Selskapet er morselskap i et konsern med en rekke hel- eller deleide datterselskaper. Fra 1997 brukte selskapet Risavika Havnetjenester AS (RHS) som leverandør av havnetjenester i Stavanger. RHS var bundet av Rammeavtalen LO/Norsk Transportarbeiderforbund – NHO/Logistikk- og Transportindustriens Landsforening for laste- og lossearbeid for tariffperioden 2010–2012. RHS ble stiftet i 1997, og ASCO eide da 50 % av aksjene i selskapet. I mars 2010 kjøpte ASCO seg opp til 80 % og ervervet de resterende 20 % i april samme år. Dermed var RHS et heleid datterselskap. Med virkning fra 14. februar 2011 ble RHS så fusjonert med ASCO. På fusjonstidspunktet var ASCO RHS' eneste kunde.

Spørsmålet i saken var om ASCO som følge av fusjonen var bundet av Rammeavtalen. Fusjonen var en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljølovens kapittel 16, men ASCO hadde gitt meddelelse om å ikke overta tariffbundethet etter lovens § 162 annet ledd annet punktum. Problemstillingen i saken knyttet seg derfor til «kontinuitetsprinsippet» i aksjelovens kapittel 13.

Arbeidsrettens flertall (5–2) fremholdt at «det grunnleggende utgangspunktet etter aksjelovens regler er at alle rettigheter og forpliktelser overføres til det overtakende selskapet», men at unntak kan tenkes. Med referanse til noen enkeltbidrag i selskapsrettslitteraturen og noen tidligere dommer av Arbeidsretten la flertallet til grunn at «tariffavtalens stilling ved fusjoner må vurderes konkret» (avsnitt 94). Et første spørsmål var da om fusjonen måtte anses som en «rent rettslig eller faktisk omorganisering av konsernets virksomhet» (avsnitt 95). Ved slik omorganisering er den alminnelige tariffrettslige

norm at tariffbundethet ikke faller bort. Flertallet pekte på at det hadde skjedd visse endringer i arbeidsoppgaver m.v. for de som hadde vært ansatt i RHS. Dessuten la flertallet vekt på tariffavtaleforholdene i ASCO før fusjonen. Det var uklart om ASCO var bundet av en annen organisasjonsmessig tariffavtale mellom LO og NHO med andre underordnede medlemsforbund, Landbaseavtalen. Arbeidsrettens flertall fant det ikke nødvendig å ta stilling til dette, fordi det var «tilstrekkelig å vise til at Landbaseavtalen etter sitt innhold *kan* omfatte det arbeid som utføres av ASCO i Risavika» (avsnitt 105; min kursivering). Dette, mente flertallet, innebar at en «automatisk overføring av Rammeavtalen reiser helt andre tariffrettslige spørsmål» enn det var tale om i ARD 2001.1 (*Hakon*) (avsnitt 106).

Flertallet kom videre til at det ikke forelå et «tariffillojalt» formål eller omgåelsesformål ved fusjonen (avsnitt 107–111). Konklusjonen ble etter dette at ASCO ikke var bundet av Rammeavtalen.

Dommen viser at det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet har sine begrensninger i møte med tariffretten. Det er helt i samsvar med eldre rettspraksis, sist dommen i ARD 2008 nr. 13. Men det er beklagelig at Arbeidsretten heller ikke denne gang går inn på det grunnleggende spørsmålet om forholdet mellom rettsinstituttene, og i stedet faller ned på den halvhjertede og lite forutsigbare tilnærmingen «konkret vurdering». Da kontinuitetsprinsippet ble skrevet inn i aksjeloven av 1976, var forbildet uttrykkelig det tyske rettsinstituttet *Gesamtrechtsnachfolge*. Det er en grunnleggende misforståelse å tro at dette omfatter organisasjonsmessige tariffavtaler. Hvordan man skal håndtere slike hvis kontinuitetsprinsippet likevel anses å omfatte dem, finnes det ingen drøftelse av i selskapsrettslitteraturen. Den later til å se på en tariffavtale på samme måte som en ordinær topartsavtale. Men slik er det ikke, og dermed blir de reelle problemstillingene liggende ubehandlet.

Arbeidsrettens utgangspunkt gir videre grunn til undring ved det som ikke sies. I dommen fra 2008 fremholdt Arbeidsretten (med andre dommere) at «de beste grunner taler for at aksjelovens kontinuitetsprinsipp i alminnelighet har gjennomslag ... ved fusjoner etter aksjelovens kapittel 13 mellom mor- og datterselskaper eller mellom søsterselskaper m.v., som kun har karakter av å innebære faktisk og rettslig omorganisering innen et konsern», i *motsetning* til «fusjonstilfeller hvor det ikke foreligger grunnlag for en slik karakteristik». Flertallet i ASCO-dommen anså tilsynelatende, uten å si det uttrykkelig, at det *ikke* var tale om en *rent* faktisk eller rettslig omorganisering. Problemet med flertallets utgangspunkt og resonnement er at det skaper uklarhet i forhold til dommen fra 2008. I dommen fra 2011 setter Arbeidsretten kontinuitetsprinsippet først, og unntak må bygges på en «konkret vurdering». Dommen fra

2008 gir derimot kontinuitetsprinsippet en avgrenset rolle; det har bare anvendelse hvis det foreligger en fusjon som *kun* har karakter av en «faktisk og rettslig omorganisering» *innen* et konsern. Hvorvidt det foreligger en slik fusjon, beror utvilsomt på en konkret vurdering. Men det er et annet vurderings-tema enn det som stilles opp i ASCO-dommen. Det er uheldig at Arbeidsrettens flertall ikke forholder seg til utgangspunktene i dommen fra 2008. Det skaper uklarhet i forhold til begge sider av de generelle rettsnormene som Arbeidsretten formulerte i dommen fra 2008.

*Stein Evju*

**«Verftssaken», almengjøringsforskrift, fri bevegelse, EØS-rett – EFTA-domstolens rådgivende uttalelse 23. januar 2012, sak nr. E 2/11**

Tariffnemnda fastsatte 6. oktober 2008 en forskrift basert på Verkstedsoverenskomsten LO – NHO for skips- og verftsindustrien, i medhold av almengjøringsloven av 4. juni 1993. Ni skipsverft, med støtte av NHO, reiste søksmål i mars 2009 mot staten v/Tariffnemnda. Ved Oslo tingretts dom 29. januar 2010 ble staten frifunnet. Etter anke til Borgarting lagmannsrett besluttet lagmannsretten i februar 2011 å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Spørsmålene knyttet seg til hvorvidt en rekke bestemmelser i forskriften er forenlige med direktivet om utstasjonerte arbeidstagere, 96/71/EF og EØS-avtalens artikkel 36 om fri bevegelse for tjenester.

Forskriften fastsetter alminnelig ukentlig arbeidstid til høyst 37,5 timer. Spørsmålet var om dette er tillatelig når arbeidsmiljølovens grense er 40 timer/uke. EFTA-domstolen besvarte spørsmålet med et ja, rent prinsipielt. Av dette fulgte at det også er tillatelig å fastsette krav om overtidsbetaling for arbeidstid ut over den lavere grensen, forutsatt at beregningen skjer på grunnlag av minstelønn.

Det neste spørsmålet gjaldt tillateligheten av krav om tilleggsvederlag til grunnlønn for arbeidsoppdrag der overnatting utenfor hjemmet er nødvendig. Det kan det være, svarte EFTA-domstolen, så lenge den samlede ydelsen tilsvarende det som er minstelønn for slike oppdrag og kan begrunnes i «tvingende almene hensyn».

Det at det må være tale om minstelønn i disse sammenhengene, følger av direktivets artikkel 3 nr. 1 (c) og EU-domstolens rettspraksis.

Det tredje spørsmålet gjaldt dekning av utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag der overnatting utenfor hjemmet er nødvendig. Slike betalinger kan ikke omfattes av direktivets lønnsbegrep, mente EFTA-domstolen. Da vil de bare kunne tillates hvis de kan begrunnes i «offentlig orden» (*ordre public*) i

henhold til direktivets artikkel 3 nr. 10 – en bestemmelse som etter EU-domstolens rettspraksis skal fortolkes snevert.

EFTA-domstolens uttalelse er et selsomt dokument. Det er rikt på alminneligheter og henvisninger til velkjent stoff fra EU-domstolens rettspraksis. Nærmere diskusjoner av de forelagte spørsmålene er det lite av. Konklusjonene, som skyver det meste tilbake til den foreleggende rett, har bare rudimenter av begrunnelse. Det gir grunn til å undres, og til å undres på om EFTA-domstolen har valgt en mest mulig reservert uttalelse fordi utstasjoneringdirektivet og de mange problemer det har gitt opphav til, er et høyst kontroversielt tema innad i EU og et felt der lovgivningsarbeid har vært underveis i lang tid.

*Stein Evju*

**Retten til betalt ferie, nasjonale vilkår – EU-domstolens dom 24. januar 2012, sak C-282/10 Mariabel Dominguez v Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre**

Efter en ulykke var Dominguez borte fra arbeid i 14 måneder fra november 2005 til januar 2007. Hun krevet betalt ferie, med 22,5 dager, for denne perioden. Bestemmelser i Code du Travail utelukket feriekraft for slike fraværperioder og krevde en viss sammenhengende arbeidsperiode for å få rett til ferie. EU-domstolen understreket at retten til betalt ferie er et særlig viktig prinsipp i EUs sosiale rett (*droit social* = arbeidsrett og mer). Det relevante direktivet, arbeidstidsdirektivet 2003/88/EF, gjør ingen forskjell på arbeidstagere som har hatt sykefravær og de som faktisk har arbeidet. Et krav om faktisk arbeid i en opptjeningsperiode kan derfor ikke stilles. Staten kan bestemme at retten til ferie kan variere ut fra årsakene til en arbeidstagers fravær på grunn av sykdom, men bare så lenge direktivets minimum på fire ukers betalt ferie i året ikke underskrides.

*Stein Evju*

**Midlertidig ansettelse, suksessive fornyelser – EU-domstolens dom 26. januar 2012, sak C-586/10 Bianca Küçük v Land Nordrhein-Westfalen**

Küçük var ansatt i delstaten fra 2. juli 1996 til 31. desember 2007, uten noen avbrudd, på ialt 13 kontrakter om midlertidig ansettelse. Samtlige kontrakter refererte seg til at andre ansatte hadde permisjon av ulike grunner. Spørsmålet for EU-domstolen var om forholdet var forenlig med klausul 5 i rammeavtalen i direktiv 1999/70/EF. Domstolen pekte på at klausul 5 gir statene ulike måter å motvirke misbruk av tidsbegrensede kontrakter på. Det kan



være tillatelig å bruke midlertidige ansettelser for å løse midlertidige arbeidskraftbehov, også der slike er tilbakevendende eller til og med permanente (avsnitt 50). Rammeavtalens formål rekker ikke så langt som til å utelukke dette. Suksessive forlengelser som i denne saken var derfor ikke i strid med klausul 5.

*Stein Evju*

## ARVERETT

### To høyesterettsavgjørelser om tvungent prosessfellesskap i omstøtelsessaker ved uskifte – Rt. 2011 s. 1502 og Rt. 2011 s. 1517

Høyesterett la i Rt. 2010 s. 1361 til grunn at søksmål om omstøtelse måtte reises mot både gavemottageren og giveren når gjenlevende ektefelle hadde gavesolgt boets faste eiendom. Spørsmålet om tvungent prosessfellesskap var ikke reist av partene eller av de tidligere instanser (tingrett, lagmannsrett og Høyesteretts ankeutvalg), og ble først tatt opp av Høyesterett i avdeling – uten prosedyre fra partene. Høyesterett kom til at gjenlevende ektefelle skulle vært saksøkt. De tidligere instansers dommer ble opphevet og saken måtte avvises fra tingretten. Dommen er omtalt i teorien (se min omtale i *Nytt i Privatretten*, 1/2011 og Eeg, «Tvungent prosessfellesskap i uskifterettslige omstøtelsessaker», *Lov og Rett*, 2011 s. 383 flg).

Før denne dommen var det antatt at det var opp til de saksøkende arvinger å avgjøre om gjenlevende ektefelle skulle trekkes inn i saken. Problemer som unnlatt søksmål kunne innebære mht. restitusjonsoppgjør og rettskraft, fikk bli et spørsmål mellom partene og gjenlevende i ettertid. Det var etter hva jeg erfarer, sjelden problemer i praksis med å få gjenlevende ektefelle til å etterleve en dom selv om hun ikke var part. De følelsesmessige omkostningene ved å saksøke sin egen mor eller far, og den økonomiske risikoen ved å påføre uskifteboet store prosessomkostninger, førte til at man ofte unnlot å saksøke enken eller enkemannen (gjenlevende ektefelle var ikke saksøkt i avgjørelsene i Rt. 1997 s. 1037, Rt. 2000 s. 368 og Rt. 2006 s. 776).

Etter dommen i Rt. 2010 s. 1361 var det uklart hvor langt dens krav om tvungent prosessfellesskap strakk seg. Gjaldt kravet til tvungent prosessfellesskap bare i gavesalgstilfeller, slik at det ikke var nødvendig å saksøke gjenlevende i rene gavetilfeller hvor det ikke skulle skje et restitusjonsoppgjør? Hvis dommen skulle leses slik, kunne den forenes med de tre avgjørelsene i forrige avsnitt som alle gjaldt rene gaver. Et annet spørsmål som ikke var berørt

i Rt. 2010 s. 1361, var situasjonen der lengstlevende ektefelle dør før sak reises eller underveis i saken. Var det da nødvendig å saksøke dødsboet ved offentlig skifte eller loddeierne ved privat skifte?

Det varte ikke lenge før også disse spørsmålene kom for domstolene. Høyesterett behandlet to saker i november 2011. Den første, Rt. 2011 s. 1502, dreide seg om gavesalgssituasjonen. Den andre, Rt. 2011 s. 1517, dreide seg om situasjonen hvor giver døde underveis i saken.

#### *Rt. 2011 s. 1502*

Gjenlevende ektefelle hadde overført 51 % av aksjene i et familieselskap til sønnen, B. Datteren, A, sendte prosessvarsel til både moren og broren, men tok ut stevning med bare broren som saksøkt. Spørsmålet for tingretten var om det var gitt en gave «i mishøve til formuen i buet». Tingretten kom til at det ikke var slikt misforhold. Under ankebehandling for Gulating lagmannsrett, anførte ankemotparten, B, at også moren skulle vært saksøkt. Lagmannsretten var enig i dette og avsa kjennelse hvor tingrettens dom oppheves, og saken avvises fra tingretten. Kjennelsen ble anket til Høyesterett og sluppet inn for behandling i avdeling av ankeutvalget.

Den ankende part, A, anførte at det ikke var tvungent prosessfellesskap ved rene gaver. Det ble vist til at omstøtelse ikke ville pålegge gjenlevende noen plikter, at et søksmål ville være byrdefullt for gjenlevende, at terskelen for å gå til sak ville bli høyere og at saken kunne påføre uskifteboet store omkostninger. Subsidiært anførte A at partsangivelsen kunne rettes da A ikke var sterkt å bebreide for ikke å ha trukket inn moren i saken, jf. tvl. § 16-5 (1).

Ankemotparten, B, anførte at det fulgte av Rt. 2010 s. 1361 at gjenlevende måtte saksøkes – også i rene gavetilfeller. Det ble vist til at omstøtelse griper inn i gjenlevendes rettigheter og plikter og at det var i gjenlevendes interesse å bli trukket inn i saken. Ankemotparten mente at A var sterkt å bebreide for ikke å ha trukket moren inn i saken, og at retting av partsangivelsen derved var avskåret.

Førstvoterende, dommer Normann, drøftet først om det var begått en feil ved at søksmålet for tingretten utelukkende var anlagt mot gavemottageren. Utgangspunktet ble tatt i rettskraftbestemmelsen i tvl. § 19-15 og en vurdering av om saken griper inn i gjenlevendes rettigheter og plikter. Det vises til at arveloven § 19 eller dens forarbeider ikke adresserer det prosessuelle spørsmålet, og at spørsmålet må avgjøres etter den alminnelige regelen i tvl. § 1-3 (2) om rettslig interesse. I avsnittene 38 til 40 vises det til drøftelsene i tvistelovens forarbeider av tvungent prosessfellesskap, hvor det er særlig grunn til å feste seg ved uttalelsen i NOU 2001: 32 B s. 654 om at hvor saksøkeren har nedlagt påstand om en rettighet som «nødvendigjør et inngrep i en tredjepersons utnyttelse av de samme rettigheter, må denne

tredjemannen gjøres til part hvis søksmålet skal kunne fremmes med denne påstanden».

I avsnitt 41 vises det til at det i rettspraksis under tvistemålsloven § 54 (forløperen til tvl. § 1-3) var lagt til grunn at søksmål i gavetilfeller også måtte reises mot selger. I avsnitt 42 gis det likevel flere eksempler på uskiftesaker hvor gjenlevende ektefelle ikke er saksøkt (Rt. 1993 s. 1474, Rt. 1997 s. 1037, Rt. 2000 s. 368 og Rt. 2006 s. 776). Høyesterett legger til grunn at den «rettskildemessige betydningen av disse avgjørelsene blir ... beskjeden, fordi det prosessuelle spørsmålet ikke er berørt».

Høyesterett gjengir i avsnitt 43 bl.a. følgende begrunnelse fra Rt. 2010 s. 1361 for at søksmål skulle vært reist også mot selger:

«Kravet om prosessfellesskap var dels begrunnet i at selger hadde egne interesser i utfallet som han må gis anledning til å ivareta som part. Ved overdragelser fra uskiftebo vil gjenlevende særlig kunne være opptatt av å få overlate ansvaret for eiendommen til andre, eller sikre at den overtas av en bestemt person. Men også vektige oppgjørstekniske grunner tilsier at selger trekkes inn: Med mindre han tilbakefører vederlaget, vil kjøper rettmessig kunne motsette seg tilbakeskjøting i henhold til dommen. Slik tilbakeføring av vederlaget vil selger imidlertid bare ha plikt til å foreta dersom dommen i saken også er bindende for ham. Skal den bli det, må søksmålet rettes også mot ham.»

For Høyesterett blir spørsmålet om hvilken prejudikatverdi saken fra 2010 har for rene gavetilfeller. I avsnitt 44 har førstvoterende følgende innledende betraktninger om dette:

«Etter min mening er det klart at de oppgjørstekniske hensyn alene kan bære domsresultatet i den saken [Rt. 2010 s. 1361]. Førstvoterende viste imidlertid også til gjenlevendes interesser i å kunne overlate ansvaret for eiendommen til andre, og hensynet til å sikre at denne ble overtatt av en bestemt person. Disse hensynene kan også gjøre seg gjeldende ved rene gaver, og dette taler for at samme resultat legges til grunn også i de sistnevnte tilfellene. Etter mitt syn blir det likevel avgjørende om reelle hensyn kan begrunne et annet resultat i de rene gavetilfellene.»

Det vises så til at giver har egeninteresse i utfallet av saken. «Å være eier av fast eiendom stiller krav til vedlikehold og ettersyn, og kan også innebære plikt til å betale offentlige avgifter og eiendomsskatt. Lengstlevende kan utvilsomt se seg tjent med å bli fritatt for denne type forpliktelser. Det kan neppe være tvilsomt at det å være eier av også andre typer formuesgoder enn fast eiendom kan innebære forpliktelser av økonomisk og arbeidsmessig art» (avsnitt 46). Det vises også til at giver forut for saken hadde en konkret interesse i saksutfallet og at hun av hensyn til familiebedriftens fremtid ønsket at sønnen skulle overta (avsnitt 47).

Høyesterett tiller hensynet til å skåne gjenlevende ektefelle mot søksmål, liten vekt. Det legges til grunn at i slike saker er det allerede et betent forhold mellom saksøker og gjenlevende, og at å trekke gjenlevende inn i saken trolig bare vil være å «formalisere en allerede eksisterende konflikt» (avsnitt 49).

Etter førstvoterendes mening taler også retts-tekniske hensyn med styrke for at giver må gjøres til part også i rene gavetilfeller. Det vises til at det «ikke sjelden vil ... kunne være vanskelig å trekke grensen mellom gavesalg og rene gaver» (avsnitt 50). Man bør unngå å måtte ta stilling til slike materielle spørsmål ved avgjørelsen av prosessspørsmål.

Etter dette kom Høyesterett til at søksmålet i utgangspunktet skulle vært avvist av tingretten.

Under spørsmålet om feilen kunne rettes, kom Høyesterett saksøkeren i møte. Høyesterett kom til at det var nær tilknytning mellom den opprinnelige parten, søsteren, og den nye parten, moren. Etter en helhetsvurdering fant Høyesterett ikke at saksøker var sterkt å bebreide for ikke å ha saksøkt moren, jf. tvl. § 16-5 annet ledd:

«Det foreligger her – som jeg allerede har vært inne på – rettspraksis hvor bare gavemottaker er saksøkt. Selv om det prosessuelle spørsmålet ikke ble berørt i disse sakene, må denne praksisen tillegges betydelig vekt ved vurderingen av om det her bør gis adgang til retting. Jeg nevner også at det i teorien er tatt til orde for at det i utgangspunktet bør være unødvendig å trekke inn gjenlevende som part. Den ankende part har således fulgt den prosessuelle linje som mange har fulgt tidligere. Dette taler med styrke for at hun ikke er sterkt å bebreide for ikke å ha trukket moren inn som part» (avsnitt 57).

Saksøkerne ble i Rt. 2010 s. 1361 sterkt bebreidet for ikke å ha trukket inn gjenlevende ektefelle. Førstvoterende i Rt. 2011 s. 1502 «distinguishes the cases» ved å vise til at i den tidligere dom forelå det rettspraksis som tilsa at giver skulle vært gjort til part (Rt. 2002 s. 417). Jeg antar at det må være det at det måtte skje et restitusjonsoppgjør, som er bakgrunnen for at partene var mer å bebreide for ikke å ha trukket sin mor for retten i dommen fra 2010.

Avslutningsvis (avsnitt 60) viser førstvoterende til virkningen av eventuell retting av mangelfulle prosesshandlinger. Rettingen har fristavbrytende virkning både for prosessuelle frister og for materielle foreldelsesfrister (som fristen i al. § 19 må anses som). Et søksmål med retting av partsangivelsen ville derfor anses som rettidig.

*Rt. 2011 s. 1517*

Lengstlevende ektefelle som satt i uskifte med sønnene A og B, hadde foretatt flere disposisjoner til fordel for A og hans to barn, uten Bs samtykke. I februar 2008 tok B ut forliksklage mot A og sønnen med krav om omstøtelse av flere disposisjoner samt krav om at A måtte tilbakebetale moren et beløp oppad

begrenset til 3 millioner kroner. Forlikrådet avsa dom i samsvar med påstanden, likevel slik at beløpet A ble dømt til å betale ble satt til 2 millioner. Moren døde i perioden mellom forliksklage ble tatt ut og forlikrådet avsa dom. B begjærte offentlig skifte av uskifteboet, og offentlig skifte ble åpnet i juni 2008.

A anket forlikrådets avgjørelse. Tingretten stadfestet i det store og hele forlikrådets dom, hvorpå A anket til lagmannsretten. For lagmannsretten gjorde A gjeldende, bl.a. under henvisning til Rt. 2010 s. 1361, at lengstlevende ektefelle skulle vært saksøkt og at dødsboet deretter skulle vært trukket inn i saken. A la ned påstand om at forlikrådets og tingrettens dommer skulle oppheves og saken avvises. Lagmannsretten (LB-2010-24400) fremmet saken og forkastet As anke. A anket videre til Høyesterett, og ankeutvalget slapp inn det prosessuelle spørsmålet om avvisning på grunn av tvungent prosessfellesskap.

Førstvoterende, kst. dommer Arnesen, la innledningsvis (avsnitt 12) til grunn at det ikke spilte noen rolle for spørsmålet om tvungent prosessfellesskap hvorvidt gavene var rene gaver eller gavesalg. Det vises til den tidligere avgjørelsen som nå er inntatt i Rt. 2011 s. 1502.

Det tas så utgangspunkt i at prosessforutsetningene må være oppfylt da forliksklagen kommer inn til forlikrådet. Lengstlevende ektefelle skulle følgelig vært saksøkt sammen med A. Problemstillingen her er imidlertid at moren dør før forlikrådet rakk å behandle saken. Førstvoterende tar i tilknytning til dette, det generelle utgangspunkt at dersom «en prosessforutsetning som opprinnelig manglet inntre før retten har rukket å avvise saken, og det på dette tidspunkt ikke er noe til hinder for å fremme den, vil det ikke tjene noe fornuftig formål å avvise» (avsnitt 13).

I avsnitt 14 konstateres det at dødsbo under offentlig skifte har partsevne, jf. tvl. § 2-1 (1) bokstav e, men at det ikke var åpnet offentlig skifte da forlikrådet avsa dom. I avsnitt 15 vises det til at moren ikke var part i omstøtelsessaken, slik at regelen om stansning når en part dør (tvl. § 16-16 (1) bokstav b, ikke kom til anvendelse. Så kommer en viktig presisering av faktum i den konkrete saken: Saksøker er en av to arvinger i uskifteboet. Den andre er saksøkte. På domstidspunktet var det ingen andre enn saksøkte i forliksklagen som saksøker hadde et reelt behov for å få avgjort saken i forhold til. Etter dette legger Høyesterett til grunn at det ikke var feil av forlikrådet å behandle saken.

Førstvoterende går så (avsnitt 16) over til å drøfte om dødsboet skulle vært trukket inn under tingrettsbehandlingen, og besvarer også dette spørsmålet benektende:

«Et dødsbo under offentlig skifte har riktignok partsevne, men i dødsboet etter C er det kun to loddeiere – B og A. Et krav om at B også skal trekke dødsboet inn i omstøtelsessaken er dermed i realiteten et krav om at han skal gjøre seg selv til

egen motpart, i tillegg til at han skal gjøre A til motpart én gang til. Etter tvisteloven § 1-3 (2) skal det påvises et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Noe slikt behov foreligger da klarligvis ikke i forhold til dødsboet etter C.»

Støtte for dette resultatet finner førstvoterende i skifteloven §§ 22 annet ledd, jf. 11 annet ledd og arveloven § 19 tredje ledd. Av disse bestemmelsene følger at hvis det reises tvist om et krav fremsatt av en loddeier, regnes som motpart(er) bare de som har bestridt kravet. Det vises også til Augdahl, *Skifteloven*, 2. utg., 1956 s. 50 som påpeker at man ikke kan være part på begge sider av en tvist. Til støtte for resultatet vises det også til Rt. 1993 s. 415, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg viser til Augdahls uttalelser, og til Rt. 2001 s. 264, hvor det fremgår at dødsboet ikke må trekkes inn når det gjøres krav gjeldende mot en loddeier.

#### *Kommentar*

Avgjørelsene avklarer flere viktige spørsmål som sto ubesvart etter dommen i Rt. 2010 s. 1361. Det er nå avklart at gjenlevende ektefelle må trekkes inn i saken uavhengig av om det har vært et gavesalg som krever restitusjon eller om det har vært en ren gave. Avgjørelsen i Rt. 2011 s. 1517 kunne se ut til å avklare spørsmålet om et dødsbo under offentlig skifte må saksøkes hvor lengstlevende er død eller dør under saken. Selv om denne dommen dreier seg om kun to arvinger, saksøker og saksøkte, kunne argumentet om at man ikke kan være part på begge sider av saken, tilsi at dødsboet heller ikke skal saksøkes når det er flere arvinger (og alle ikke er på saksøker eller saksøkte-siden i utgangspunktet). Imidlertid avsa Høyesteretts kjæremålsutvalg 19. januar en kjennelse (HR-2012-01-U) som la til grunn at dødsboet under offentlig skifte måtte saksøkes. Kjennelsen vil omtales i *Nytt i Privatretten* 2012/2.

Ved privat skifte, kan dødsboet aldri saksøkes. Etter mitt syn kan det heller ikke være nødvendig at loddeierne trekkes inn i saken. Saken må stå mellom den eller de arvinger som vil gå til sak, og gavemottageren. Hva Høyesterett mener om denne situasjonen, gjenstår å se.

Et lite tankekors: Omstøtelsesreglene er gitt for å beskytte arvingene mot at uskifteboet tappes og arvegrunnlaget svekkes. Derfor skal gaver som gjenlevende ikke rettmessig kunne gi, føres tilbake til boet. Når gjenlevende ektefelle må saksøkes i omstøtelsessaken, innebærer det at gjenlevende også vil påføres saksomkostninger (hvis søksmålet vinner frem). Saksomkostnadene kan bli større enn gaven eller gaveelementet som skal føres tilbake til boet. Rettspraksis innebærer at terskelen for å gå til omstøtelsessøksmål blir høyere. Det er kanskje ikke så galt, men det innebærer samtidig at terskelen for å berike seg på uskifteboets bekostning – og risikoen for å måtte svare for dette – blir lavere. Vi har fått en



rettspraksis som kanskje er i samsvar med prosessuelle grunnprinsipper, men som er i strid med de grunnleggende hensynene bak omstøtelsesreglene.

*John Asland*

### **Spørsmål om fradømmelse av arv og rett til forsikring. Al. § 73. Agder lagmannsretts dom av 18. oktober 2011 (LA-2011-14211)**

I al. § 73 første ledd heter det at dersom noen blir «dømt til fengselsstraff utan vilkår for straffebot mot den han skulle arve», kan arveretten til den skyldige helt eller delvis falle bort. Det spesielle i denne dommen fra Agder var at hustruen ble dømt for overtredelse av straffeloven § 236 ved å ha medvirket til at ektefellen tok sitt liv – altså aktiv dødshjelp. (Dette likestilles i straffeloven med medvirkning til drap eller grov legemsbeskadigelse). Hun ble ikke fradømt arverett, men fikk ikke en utbetalt forsikring.

#### *Fakta*

Mannen var lege, hadde tre voksne barn fra første ekteskap og en ektefelle nr. 3. Han hadde helseplager, var deprimert og hadde et overforbruk av morfin. I september 2009 begikk han selvmord med assistanse fra hustruen som var sykepleier. Hun hadde forsøkt (naturlig nok) å holde de faktiske omstendigheter ved mannens død skjult. Hun ble dømt til fengsel i ett år, derav 6 måneder betinget, for overtredelse av straffeloven § 236. Ektefellene hadde en ektepakt hvoretter 1/3 av deres bolig var hustruens særøie. Videre hadde mannen opprettet et testament som på tidspunktet for opprettelsen sikret hustruen betydelige økonomiske fordeler. Ektefellenes økonomi hadde senere svekket seg, så testamentet hadde liten betydning ved mannens død. Både ektepakten og testamentet viste dog at ektemannen hadde ønsket å sikre hustruen økonomisk. Det heter i dommen at arven var nokså beskjeden. Avdøde hadde dessuten en gruppelevsforsegling på kr. 927 599. I saken var det spørsmål både om fradømmelse av arveretten og rett til forsikringsutbetalingen.

#### *Resultat*

Lagmannsretten kom til at det ikke var rimelig å fradømme arveretten. Retten la blant annet vekt på det forhold at avdøde hadde opprettet testament til fordel for hustruen og anså dette som et uttrykk for avdødes ønske om å tilgodese hustruen fremfor livsarvingene. Videre ble nevnt: «I relasjon til arveloven § 73 må handlingens straffverdighet likeledes vurderes i lys av foranledningen til og omstendighetene rundt dødsfallet slik dette er gjengitt ovenfor. Handlingen ble utført etter sterkt ønske fra avdøde selv. Omstendighetene var detaljert diktert av ham. Avdødes innstendige ønske om ankemotpartens medvirkning, som han fastholdt

etter at hun meddelte ham sin beslutning om selv ikke å avslutte livet sammen med ham, må utvilsomt ha stilt henne overfor et tungt rettslig og etisk dilemma.» Retten nevnte for øvrig at den hadde forståelse for livsarvingenes «misbilligelse over at ankemotparten medvirket til deres fars død for deretter å holde de faktiske omstendigheter skjult, og at det for dem fremstår urimelig om arveretten skal være i behold.»

Retten kom derimot til at hustruen ikke skulle få forsikringsbeløpet. Etter fal. § 15-9 gjelder § 73 tilsvarende. Retten nevnte at vurderingen etter disse to bestemmelser kan tenkes å falle forskjellig ut, avhengig av de konkrete omstendigheter, jf Rt 2005 s. 1634. Det ble nevnt at boet var opparbeidet av ektefellene i fellesskap gjennom deres samliv og at det å miste arveretten ville fortone seg som et følelsesmessig inngrep. Dette hensyn gjorde seg ikke gjeldende for forsikringsytelser som fremstår som en berikelse ved utbetaling av et pengebeløp direkte utløst av dødsfallet. «Sentralt i lagmannsrettens vurdering er at ytelsen ikke ville ha kommet til utbetaling hvis det ikke hadde vært for ankemotpartens straffbare handling. Selv om forbrytelsen i denne saken ikke kan betegnes som graverende overfor avdøde, må den kunne sies å være det for livsarvingene.» Lagmannsretten avsluttet med å si at man fant det klart urimelig og moralsk støtende om hun skulle være berettiget til forsikringsytelsen.

#### *Kommentar*

Jeg er helt enig i resultatet hva angår arveretten som jeg synes er selvsagt. Et overordnet mål i arveretten er å fordele en arv etter avdødes presumptive ønsker. Når en person dreper en annen, vil avdøde i nesten alle tilfeller ønske at gjerningsmannen ikke tar arv etter ham. Derfor er retten gitt adgang til å fradømme arveretten. I dette tilfelle ønsket mannen å dø og kunne ikke på egen hånd begå selvmord på den måte han ønsket. Han var avhengig av hustruens bistand hvilket hun ga. Det var i dette tilfelle opplagt at avdøde ønsket at hustruen skulle arve og etter lovens formål blir det da uaktuelt å anvende § 73. Hensynet til avdødes øvrige arvinger blir etter min mening uten noen betydning.

Jeg er uenig i avgjørelsen om forsikringen. Retten synes å anse en forsikringsutbetaling som en nærmest tilfeldig fordel. Man tegner og betaler for en forsikring, enten individuelt eller kollektivt gjennom en arbeidsavtale eller f. eks. forening. Jeg ser ingen grunn til å behandle en forsikring annerledes enn andre deler av et dødsbo. Hustruen bisto videre ikke ektefellen ved hans selvmord i den hensikt å fremkalle forsikringsutbetalingen. Den kom som en avledet følge av mannens død. Skal man først legge avgjørende vekt på rimelighet, synes jeg det er høyst urimelig å se bort fra avdødes klare ønske om å sikre hustruen.

*Peter Hambro*

### Erstatningsansvar for nødhandlinger – Høyesteretts dom 4. januar 2012 (HR-2012-32-A)

#### *Innledning*

Høyesteretts dom 4. januar 2012 (HR-2012-32-A) gjelder en sak hvor en ungdom på en fest følte seg truet av noen av de andre festdeltakerne, og hugget til en av dem med et leke-/plastsverd. Dette førte til en alvorlig øyeskade, og skadevolder ble i tingretten dømt til fengsel i 120 dager, cirka 170.000 kroner i erstatning og 60.000 kroner i oppreisning. I lagmannsretten ble han derimot frifunnet både for straff, erstatning og oppreisning under henvisning til blant annet at han «i alle fall selv faktisk oppfattet det slik at han var i ferd med å bli utsatt for et rettsstridig angrep fra fornærmede da han kom ut fra festlokalet, og at tiltalte selv mente det da var nødvendig å slå fornærmede med lekesverdet for å forsvare seg mot angrepet». Om de borgerlige kravene ble det fra flertallets side vist til at skadevolder «handlet i nødverge, og at grensene for nødverge ikke er overskredet. Dette flertallet legger herunder til grunn at tiltalte selv ikke er skyld i den situasjonen som oppsto. Flertallet finner da at det ikke er grunnlag for å tilkjenne fornærmede noen form for erstatning, og tiltalte frifinnes for de borgerlige rettskrav.»

Høyesteretts ankeutvalg henviste spørsmålet om ansvarsgrunnlag for de borgerlige rettskravene.

I saken var det uklart om skadevolder egentlig ble/ville bli angrepet av skadelidte, eller om han bare feilaktig oppfattet det slik. Det var derimot etter Høyesteretts syn ikke tale om noen situasjon hvor skadevolderen selv var skyld i verken det ene eller andre. Hovedspørsmålene i Høyesterett knyttet seg på denne bakgrunn til tolkning av *første punktum* og *første del av annet punktum* i skadeserstatningsloven 13. juni 1969 nr. 2 § 1-4, som lyder:

«Skadevolder plikter å erstatte skade han lovlig har voldt for å avverge truende fare. Dette gjelder likevel ikke når skaden er voldt på person eller gjenstand som faren truet fra, med mindre skadevolderen selv er skyld i faren.»

Førstvoterende delte premissene i to deler, knyttet til henholdsvis bestemmelsens første og annet punktum. Dommen var enstemmig, og den endelige konklusjonen ble opphevelse av lagmannsrettens dom på dette punktet.

*Skadevolder plikter å erstatte skade han lovlig har voldt for å avverge truende fare (skadeserstatningsloven § 1-4 første punktum)*

Høyesterett fant at bestemmelsen i første punktum måtte forstås dit hen at skadevolderen er «objektivt ansvarlig for alle nødhandlinger som fører til skade, uavhengig av om avvergehandlingen rettet seg mot en virkelig eller en innbilt fare».

Begrunnelsen var i første rekke at det å pålegge erstatningsansvar er et motstykke til å godta nødhandlinger som «lovlige». Den begrunnelsen dekker i følge Høyesterett både tilfeller hvor den «truende fare» er virkelig eller innbilt.

*Dette gjelder likevel ikke når skaden er voldt på person eller gjenstand som faren truet fra (skadeserstatningsloven § 1-4 annet punktum, første del)*

Høyesterett fant derimot at bestemmelsen i første del av annet punktum, måtte forstås dit hen at den bare kommer til anvendelse «dersom avvergehandlingen rettes mot en person eller ting som faktisk forårsaket faren».

Begrunnelsen var i første rekke at denne regelens legislative grunnlag er at «den skadelidte som selv har utløst den skadevoldende avvergehandling, ikke har noe rimelig krav på erstatning». Denne begrunnelsen dekker ikke helt godt tilfeller hvor skadelidte faktisk ikke har angrepet/vært i ferd med å angripe skadevolder.

#### *Merknader*

##### *Domsresultatet*

Det er neppe tvilsomt at tilfeller hvor skadevolder misforstår situasjonen ofte bør håndteres ulikt i straffe- og erstatningsretten. Det er heller ikke for øvrig slik i erstatningsretten at skadevoldere som misoppfatter situasjoner og lignende, allerede av denne grunn fritas for erstatningsplikt. I tillegg til at domsresultatet fremstår rimelig, fremstår det slik sett også koherent med erstatningsretten for øvrig. Imidlertid kan man kanskje sette et lite spørsmålstegn ved om ikke Høyesterett i dommen gikk noe bredt ut med et utsagn om at det *generelt* er liten grunn til å nekte skadelidte erstatning på grunn av «gjerningsmannens forestilling om fare». Dette kan vel til dels overlappet noen av culperegulens hovedspørsmål.

##### *Dogmatikken*

Et alternativ til å henføre tilfeller av den art som i dommen til skadeserstatningsloven § 1-4 første punktum, slik Høyesterett gjorde, ville være å henføre dem til den alminnelige culperegelen. Skadeserstatningsloven § 1-4 kan leses dit hen at den primært gjenspeiler sondringen nødrett/nødverge, hvor første punkt er ment å rette seg mot nødrettshandlinger, mens annet punkt retter seg mot nødvergehandlinger (og sammenlignbare nødrettshandlinger hvor faren truer fra ting og dyr osv. slik at det ikke er riktig å betegne det «nødverge»). Ut fra en slik klassisk inndeling er det ikke umiddelbart naturlig at en innbilt nødvergehandling skal henføres til nødrettsregelen. Hvis ansvaret ikke kunne vurderes ut fra første del av annet punktum i § 1-4, ville det ut fra et slikt syn vært naturlig å si at spørsmålet ikke er regulert



i § 1-4, og man måtte da falt tilbake på alminnelig culpaansvar.

Stort sett ville man formentlig kunne oppnå nokså like løsninger ut fra henholdsvis culparegelen eller nødrettsregelen. Høyesteretts tilnærming fører kanskje til et noe sterkere utgangspunkt om betalingsplikt for skadevolder enn hva en vurdering ut fra culparegelen ville tilsagt. Førstvoterendes behov for å presisere at hans forståelse av skadeserstatningsloven § 1-4 «*supplert med de alminnelige erstatningsrettlige regler om lemping og skadelidtes medvirkning*» (min uth.) gjennomgående vil gi rimelige resultater, antyder vel også at regelen i skadeserstatningsloven § 1-4 første punktum, i saken gis anvendelse på et tilfelle som den ikke i første rekke ble utviklet med tanke på.

*Bjarte Thorson*

### **Kommunens objektive erstatningsansvar etter forurensningsloven § 24a og adgangen til ansvarsfraskrivelse. Rt. 2011 s. 1304. Dissens 3–2.**

Høyesterett avsa 18. oktober 2011 en dom om kommuners adgang til å fraskrive seg det objektive erstatningsansvaret etter forurensningsloven § 24a for skader som skyldes utilstrekkelig vedlikehold.

Tilbakeslag i en mangelfullt vedlikeholdt kommunal avløpsledning hadde ført til skade på en privatbolig. Boligen var forsikret. Boligeiers forsikrings-selskap dekket bygningsskadene, og krevde deretter regress fra kommunens forsikringsselskap. Også boligeier fremmet krav mot kommunens forsikrings-selskap om dekning av egenandelen hun var blitt belastet. Kommunen erkjente årsakssammenheng mellom manglende vedlikehold og skaden, og det var enighet om at ansvar etter forurensningsloven § 24a i utgangspunkt forelå. Partene var videre enige om tapets størrelse, og at bestemmelsene i kommunens «Normalreglement for sanitæranlegg» i utgangspunktet regulerte forholdet mellom partene. Videre var partene enige om at kommunen ikke hadde utvist uaktsomhet slik omhandlet i normalreglementet punkt 3.9. Spørsmålet for Høyesterett var om normalreglementets ansvarsbegrensning for skader som skyldes utilstrekkelig vedlikehold, kunne opprettholdes.

Forurensningsloven § 24a inneholder en særlig erstatningsregel for avløpsanlegg, og statuerer objektivet ansvar for anleggseier for skader som skyldes manglende kapasitet i anlegget eller utilstrekkelig vedlikehold. I denne saken var den aktuelle kommunens tilknytnings- og abonnementsbetingelser regulert av «Normalreglement for sanitæranlegg» utarbeidet av Kommunenes Sentralforbund. Reglementets punkt 3.9 «Ansvarsbegrensning» bestemte at «Kommunen er uten ansvar for ulemper

eller skader hos abonnenten ... som skyldes svikt i vanntilførselen eller i avløpssystemet, med mindre svikten skyldes forsettlig eller uaktsomt forhold fra kommunens side», jf. første ledd.

Spørsmålet om hvordan en ansvarsbegrensning står seg dersom skaden skyldes utilstrekkelig kapasitet ved uvanlig store nedbørsmengder, er tidligere behandlet av Høyesterett i Rt. 2007 s. 423 (Stavangerdommen). Høyesterett kom her enstemmig til at anleggseier (kommunen) under slike omstendigheter kan fraskrive seg ansvaret etter forurensningsloven § 24a. I vår sak står forståelsen av Stavangerdommen og dommens rekkevidde sentralt, både i flertallets og mindretallets votum.

### *Flertallets syn*

I vår sak kommer flertallet til at det *ikke* er adgang til å fraskrive seg objektivet ansvar for skader som skyldes utilstrekkelig vedlikehold. Førstvoterende tar utgangspunkt i ordlyden i § 24a, som er absolutt med hensyn til anleggseiers objektive ansvar, og taus med hensyn til om bestemmelsen kan fravikes ved avtale. Dernest fremheves at selv om forarbeidene ikke kan sies å gi «entydig veiledning» (a. 24), så viser forarbeidene at bestemmelsen er «et resultat av bevisste lovgiveroverveielser om plassering av risiko ...» (a. 26), og er et argument mot at anleggseier kan fraskrive seg ansvar. Førstvoterende redegjør deretter for betydningen av mangel på vanlige avtalemekanismer: Den enkelte abonnent har tilknytningsplikt, og fraværet av reelle valgmuligheter med hensyn til om en skal tilknytte seg avløpsanlegg, hvilket anlegg og vilkårene for tilknytningen innebærer at reglementet for sanitæranlegg reelt har mer karakter av forskrift enn avtale. Derfor bør det kreves «sterke grunner for at kommunen skal kunne fraskrive seg ansvar for skader» forårsaket av utilstrekkelig vedlikeholdte avløpsanlegg (a. 26). Førstvoterende kommer deretter inn på forholdet til Stavangerdommen, og uttaler blant annet at

«Selv om Høyesteretts dom i Stavangersaken inneholder enkelte mer generelle bemerkninger, kan dommen på denne bakgrunn ikke oppfattes slik at den generelt tillater at forurensningsloven § 24a blir fraveket ved avtale. Dommen må anses å være begrenset til fraskrivelse av ansvar for skader som er forårsaket av at avløpsnettets ikke har vært dimensjonert til å ta unna uvanlig store nedbørsmengder» (avsnitt 31).

Førstvoterende anser altså ikke Stavangerdommen for å ha generell rekkevidde hva gjelder adgangen til å avvike § 24a ved avtale, men anser dommen for å være begrenset til ansvarsfraskrivelse for en gitt type skade, nemlig slike som skyldes at avløpsnettets ikke har vært dimensjonert til å avta uvanlig store nedbørsmengder. I den forbindelse peker han på at ansvarsbegrensningsbestemmelsen «ikke var praktisert slik at den gjaldt krav på erstatning ...

når avløpsledningen som følge av utbygging ikke lenger har tilstrekkelig kapasitet eller det er feil ved nettet'. I slike tilfeller ble det utbetalt erstatning» (a. 27). Førstvoterende viser i denne sammenhengen også til at en praksis med slike ansvarsfraskrivelser neppe kan ses som «uttrykk for noe vesentlig annet enn det som fulgte allerede av vassdragsloven 1940 § 47 nr. 2» (a. 34). En lovbestemmelse som forurensningsloven § 24a erstattet. Førstvoterende vender så tilbake til en del av de argumentene som allerede er løftet frem i ovenstående premisser (om bestemmelsens ordlyd og bevisste lovgiveroverveielser), og supplerer disse med en del systembetragtninger, knyttet til bestemmelsens plassering i loven, både med hensyn til kapittel (i kapittel 4 og ikke i kapittel 8 om erstatning for forurensningsskade) og forholdet til de bestemmelsene som følger like foran og bak § 24 a, nemlig §§ 23, 24 og 25. Etter førstvoterendes syn viser disse bestemmelsene at «erstatningsansvarsplasseringen inngår i en balansert modell for drift av avløpsanlegg» (a. 35). Avslutningsvis fremheves en del rimelighetsbetragtninger knyttet til hvorfor en anleggseier ikke skal kunne fraskrive seg ansvaret. Deriblant er et argument som både kan ses som et tilfeldighetsargument og som en annen form for rettferdighetsargumentasjon, knyttet til fordelingsrettferdighet (det vil være tilfeldig hvilke abonnenter som rammes, og dermed hvilke abonnenter som må bære omkostningene ved en besparelse som øvrige abonnenter nyter godt av, som følge av det manglende vedlikeholdet. Underforstått: slike kostnader bør fordeles likt blant abonnentene). I tillegg påpekes den samfunnsmessige betydningen av velfungerende og tilstrekkelig vedlikeholdte avløpsanlegg, og den reduksjonen i vedlikeholdsincentivet som ligger i § 24a, dersom kommunen selv kan begrense ansvaret. Etter dette konkluderer flertallet altså med at bestemmelsen i § 24a ikke er fravikelig uavhengig av skadeårsak.

#### *Mindretallets syn*

Mindretallet kommer til motsatt resultat. I sin begynnelse tar mindretallet umiddelbart utgangspunkt i Stavangerdommen og dens premisser, som mindretallet anser for å være «generelle og omfatter begge alternativene i § 24a» (a. 44). Mindretallet peker på at spørsmålet om det er adgang til å fravike § 24a er generelt formulert i Stavangerdommen (og ikke kun knyttet til skadealternativet utilstrekkelig kapasitet), og at det i redegjørelsen for lovgivningshistorikken (tidligere lovgivning og forarbeider til gjeldende lov) ikke skilles mellom skadealternativene. Mindretallet oppfatter Høyesterett slik at «det legges betydelig vekt på at ansvarsbegrensingen er godtatt i praksis» og at dette er en praksis som angis å gjelde begge skadeårsaker. Etter dette konkluderer mindretallet med at «Høyesterett i Stavangerdommen avgjorde at forurensningsloven § 24a er fravikelig, uavhengig

av skadeårsak» (a. 47). Mindretallet legger videre til grunn at de reelle hensyn som førstvoterende i vår sak har anført til støtte for at § 24a er ufravikelig, var «kjent og vurdert» av Høyesterett i Stavanger-saken (a. 48). Mindretallet anser det ikke for å ha fremkommet noe i vår sak som gir grunnlag for å fravike det resultatet som Høyesterett kom til «så sent som i 2007, og som rettslivet har innrettet seg etter». Videre tilføyer mindretallet at det ikke vil være en retts teknisk god løsning om adgangen til å fraskrive seg ansvaret etter § 24 bare gjelder «den ene av to skadeårsaker i samme ansvarsbestemmelse» (a. 49). Mindretallet går deretter over til å drøfte om avtalen kan settes til side som urimelig etter avtaleloven § 36. Det kan være interessant å merke seg at en del av de realargumentene som førstvoterende fremhever som argument for at det ikke er adgang til å fraskrive seg objektivt ansvar for skader som skyldes utilstrekkelig vedlikehold, her fremheves i rimelighetsvurderingen av ansvarsfraskrivelsen (jf. særlig avsnitt 55, hvor blant annet abonnentenes manglende mulighet til å påvirke vilkårene for tilknytning og kommunenes monopolsituasjon fremheves). I sin rimelighetsvurdering legger mindretallet også vekt på at prevensjonshensynet slår begge veier, både den enkelte abonnent og kommunene kan forebygge skader, og kommunenes incitament til skadeforebyggelse mener mindretallet er ivaretatt ved at ansvarsfraskrivelsen ikke omfatter culpaansvaret. Videre tillegges det vekt at begge parter hadde tegnet forsikring, og at konsekvensene for abonnenten ved denne typen skade derfor var begrenset til egenandelsbeløpet pluss renter. Forsikrings-selskapets interesser tillegges (naturlig nok) liten vekt. Ansvarsbegrensningen anses etter dette ikke som urimelig.

#### *Kommentar*

Det er etter min mening påfallende hvor ulikt syn flertallet og mindretallet har på Stavangerdommens rekkevidde. Flertallet anser altså Stavangerdommens premisser for begrenset til tilfellene hvor ansvarsfraskrivelsen ikke gjelder skadealternativet utilstrekkelig kapasitet som sådan, men til kun å omfatte den særlige situasjonen hvor manglende kapasitet skyldes uvanlige store nedbørmengder. En slik løsning kunne også tenkes å følge av alminnelige erstatningsrettslige adekvansbetragtninger – hvor påregnelighet, nærhet og rimelighet utgjør sentrale stikkord. Slike adekvansbetragtninger kan etter mitt syn vanskeligere føre frem dersom skaden har opphav i anleggseiers utilstrekkelige vedlikehold. Mindretallet legger til grunn at Stavangerdommen har en langt mer generell rekkevidde, og at begge skadealternativene i § 24a er fravikelige. Selv har jeg vansker med å lese en så generell rekkevidde ut av Stavangerdommens premisser, som det mindretallet her legger opp til. Den store avstanden i flertallets og

mindretallets fortolkning av domspremissene tyder på at premissene med fordel kunne vært tydeligere presisert (i betydningen mindre generelt formulert). Men etter min mening taler en helhetlig, kontekstuell lesning av premissene mot at førstvoterendes utsagn i Stavangerdommen kan tillegges en så generell rekkevidde som det mindretallet i vår sak legger opp til. I vår sak innebærer dessuten mindretallets tolkningsalternativ i realiteten at en kan avtale seg bort fra det lovfestede objektive ansvaret i sin helhet. Konsekvensene av dette er mindretallet i mindre grad inne på. Selv kjenner jeg ikke til andre tilfeller hvor det er (innfortolket en) adgang til å fraskrive seg et ansvar som følger av lovens ordning når det er tale om et objektivt erstatningsansvar. I slike tilfeller vil et lovfestet objektivt ansvar presumtivt være av liten verdi (for hvem ville da ikke velge bort ansvar uten skyld?). I et rettshistorisk perspektiv kan det minnes om at nettopp lekkasje fra en kommunal vannledning dannet grunnlaget for den første dommen hvor Høyesterett bygger på et rent, ulovfestet objektivt grunnlag (frigjort fra skyldregelen), jf. Rt. 1905 s. 715.

Birgitte Hagland

## Litteratur

**Aslak Syse, Morten Kjelland og Rolf Gunnar Jørstad, *Pasientskaderett*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2011. 597 sider.**

Den fulle tittel på denne boken er *Pasientskaderett, pasientskadeloven med kommentarer og utvalgte emner*. Forfatterne kan deles i to grupper: Den første er de tre redaktørene som har selvstendige kapittelbidrag. Dernest er det ytterligere seks bidragsytere med hvert sitt kapittel. Boken er delt opp i 5 hoveddeler som igjen er fordelt på samlet 11 kapitler. Innledningen og kommentarer til pasientskadeloven – lov 15. juni 2001 nr. 53 – er laget av Aslak Syse. Del III omhandler avgjøringsorganer – prosessuelle og praktiske spørsmål. I kapittel 5 har advokat Per Erik Bergsjø skrevet om skadelidteadvokatens oppgaver i pasientskadesaker. Del IV omhandler ansvarsetablering og utvalgte skadetyper. Under ansvarsetablering behandles årsakskravet i pasientskaderetten. I 4 kapitler behandles så fødselsskader, skader ved infeksjonssykdommer, psykiske skader og skader i forbindelse med diagnostisering og behandling av kreftsykdommer. Disse 4 deler dekker 350 av bokens nesten 600 sider. I del V kommer så utmåling av erstatning skrevet av Morten Kjelland som var sekretær i utvalget som har utarbeidet NOU 2011:16 Standardisert personskadeerstatning datert 27. september 2011. (Se nedenfor). Denne delen av boken er på nesten 250 sider og har relevans også i et generelt

erstatningsrettslig perspektiv. Del VI er litteratur og registre. Her finner man blant annet et register over pasientskadenemndas avgjørelser.

Boken er omfattende, grundig og praktisk anlagt. Dermed vil den være til stor nytte for alle som arbeider med pasientskadeerstatning; advokater og andre i den offentlige eller private helsetjenesten.

Peter Hambro

## Standardisert personskadeerstatning

### NOU 2011:16

Ca. 40 år siden var læreboken på Det juridiske fakultet UiO i erstatningsrett Kristen Andersen, *Skadeforvoldelse og erstatning*, 1970. Utmålingen av erstatning ved personskader ble her behandlet på 30 sider uten regnestykker eller tabeller. I siste utgave av Peter Lødrup (medf. Morten Kjelland), *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utg. fra 2009 er dette emne behandlet på 85 sider med regnestykker og tillegg av tabeller. Utmålingen er gått fra det fullstendige skjønsmessige til en – tilsynelatende – eksakt ordning med mange og kompliserte regnestykker. Et første forsøk på forenkling fikk man i 1987 med tilføyselsen av skl § 3-2a om standardisert erstatning til barn.

Ved kongelig resolusjon 27. juni 2008 ble det oppnevnt et utvalg som fikk i oppdrag å utrede og utarbeide forslag til lovbestemmelser som standardiserer reglene om utmåling av erstatning ved personskade i større grad enn i dag. Formannen i utvalget har vært professor dr. juris Bjarte Askeland, Universitetet i Bergen. Sekretær for utvalget har vært Morten Kjelland ved Institutt for offentlig rett, UiO. Utvalget fremla i september 2011 NOU 2011:16 Standardisert personskadeerstatning. Selve lovutkastet inneholder hovedreglene og tildels mer generelle utmålingsprinsipper. Loven suppleres så med et forskriftsutkast, med en rekke tabeller. For å fastsette erstatning i et gitt tilfelle, må man derfor først til loven og så til Utmålingsforskriften og dens tabellverk. Med loven og forskriften menes i det følgende utkastet til disse.

Noen av de viktigste forslag nevnes her i korte trekk:

### *Fremtidig inntektstap for voksne skadelidte*

I dag blir denne posten beregnet individuelt, unntatt ved yrkesskader, jf. yrkesskadeforskriften (kap. 3) gitt med hjemmel i yrkesskadeforsikringsloven § 13 (2). Etter Personskadeerstatningslovutvalgets forslag skal erstatning for fremtidig inntektstap fastsettes ut fra visse tabeller hvor man baserer seg på skadelidtes alder og inntektsnivå i tidsrommet da skaden ble konstatert (med nyanseringer). Den øvre grense for



skadelidtes pensjonsgivende inntekt er satt til 19 G, det såkalte «taket». Har skadelidte tilknytning til arbeid eller utdanning på konstateringstidspunktet skal årsinntekten ikke settes lavere enn 5 G, «gulvet». Tilknytning til arbeid betyr at skadelidte er blant annet oppfylt hvis skadelidte har en inntekt over 1 G i det aktuelle året. Erstatningen for inntekstap skal beregnes med et standardisert fradrag for skatt og trygdeytelser som er innarbeidet i tabellen for inntektstaperstatning. Man starter altså med å ta utgangspunkt i skadelidtes inntekt i det året skaden ble konstatert og konverterer denne til antall G. Dette gjøres ved å følge fremgangsmåten i forskriftens § 2-1. Ved å gå inn på alder i skadetidspunktet får man så samlet erstatning.

Ved utmåling av erstatning for tap i fremtidig inntekt, er det selvsagt viktig å avgjøre hva skadelidte ville kunne tjene med skaden. Her har man holdt på den individuelle utregningen idet det i § 3-2 (4) heter: Har skadelidte bare tapt deler av sin inntektsevne, reduseres erstatningen tilsvarende, idet utmålingen tar hensyn til skadelidtes muligheter for å skaffe seg inntekt som med rimelighet kan ventes på bakgrunn av evner, utdanning, praksis, alder og muligheter for omskolering. Denne formulering er lik nåværende skl. § 3-1 andre ledd.

Hva angår fradragposter for øvrig foreslås i § 3-2 (3) at det gjøres individuelt fradrag for uføredkninger under pensjonsordninger som helt eller delvis er betalt av skadelidtes nåværende eller tidligere arbeidsgiver. Er skadelidte fylt 57 år på konstateringstidspunktet, ytes erstatning for tap av mulighet til avtalefestet pensjon. Utvalget (flertallet) går inn for at det ikke skal gjøres fradrag for forsikringer og at dette skal gjelde all forsikring.

#### *Inntektstap for barn*

Her har vi allerede i skl. § 3-2 a innført systemet med standardisert erstatning. Den eksisterende regel gjelder for barn under 16 år på skadehandlingstidspunktet. Etter foreslåtte § 3-3 skal aldersgrensen heves til 19. Utvalget går inn for en såkalt «tofasemodell»: 1) Frem til skadelidte fyller 21 år, erstattes inntektstap med et antall G som er regulert i en tabell i forskriften. 2) Inntektstap etter skadelidte fyller 21 år erstattes etter hovedregelen i § 3-2 og inntekt uten skaden settes til 6 G. I forskriftens § 3-1 og § 3-2 er det gitt nærmere regler samt fastsatt tabeller for oppgjøret både for tiden frem til 21 år og for tiden etter. Ménerstatningen er separert ut, og utmåles etter samme regel som for voksne skadelidte.

#### *Merutgifter i fremtiden*

Merutgiftererstatning er regulert i § 3-4. Etter (1) skal erstatning for skade på person dekke nødvendige og rimelige merutgifter som følger av ansvarshendelsen. Utmålingen skjer her altså individuelt slik at det i utgangspunktet ikke tilsiktes noen endring fra

gjeldende rett. Lovutredningen inneholder imidlertid en rekke presiseringer, blant annet av grensene mellom ulike erstatningsposter. I Utmålingsforskriften § 4-2 er det fastsatt at den årlige merutgiftererstatningen skal kapitaliseres etter en tabell som er tatt med under § 4-2.

I lovens § 3-4 (3) finnes en regel om erstatning til skadelidte med et varig og omfattende behov for hjelp til å oppnå selvstendighet, uavhengighet og trivsel som kan ytes på høyere nivå enn det offentlige tilbudet. Etter denne såkalte «2G»-modellen erstattes fremtidige årlige merutgifter som hovedregel med 2 G (ca. 160 000 kr i dag). Dette gjelder ikke hvis skadelidte sannsynliggjør at årstapet er høyere enn 2 ½ G (ca. 200 000 kr) eller skadevolder sannsynliggjør at årstapet er lavere enn 1 ½ G (ca. 120 000 kr). I forskriftens § 4-1 er tatt med en tabell for fastsettelsen av totalsummen. Er alder på oppgjørstidspunktet f. eks. 40 år, blir beløpet for fremtidig pleie- og omsorgserstatning 43.2 G. Beløpsintervallet fra 1 ½ til 2 ½ G fanger inn mange pleie- og omsorgssaker slik nivået er per i dag, hvilket kan bidra til å dempe konfliktnivået. Unntaket medfører at det fortsatt legges opp til en viss dynamikk. Med de grensedragninger og frister det kan medføre (noe utvalget erkjenner).

#### *Hjemmearbeidserstatning*

Dette har tidligere vært regulert under skl. § 3-1 (2) andre punktum, men posten foreslås nå formalisert som en egen erstatningspost. Etter lovens § 3-5 skal erstatning for påført hjemmearbeidstap fastsettes individuelt etter hva det koster å leie tilsvarende tjenester. Når det så gjelder fremtidig hjemmearbeidstap skal den erstattes etter et standardisert system, basert på «verbale funksjonsbeskrivelser». Modellen bygger dermed på en ny type tilnærming i norsk rett. Man har her delt opp i to alternativer – tyngre hjemmearbeid og både tyngre og lettere hjemmearbeid. Etter § 3-5 (2) a) får man erstattet et årlig beløp på 0,2 G ved varig tap av evnen til å utføre en vesentlig del av tyngre hjemmearbeid. I forskriftens § 5-1 blir gruppe 1 betegnet som mindre funksjonsevnetap. Tyngre hjemmearbeid defineres her som vedlikehold av bolig, dekkskift, snømåking og plenklipping, vask av tak og vegger og andre tyngre gjøremål i hjemmet. I kommentarene til § 3-5 (2) a) heter det at for å kvalifisere for rett til erstatning etter denne gruppen, må skadelidte ha tapt rundt 1/3 av evnen til å utføre gjøremål innen denne kategorien. Gruppe 2 i forskriften dekker så varig tap av evnen til å utføre en vesentlig del av også lettere hjemmearbeid, slik som matlagning, løpende renhold, rydding, innkjøp og andre lettere huslige gjøremål. Lovens § 3-5 (2) b) fastsetter at årlig erstatning er 0,4 G ved varig tap av evnen til å utføre en vesentlig del av også lettere hjemmearbeid, altså gruppe 2.

Har skaden i tillegg medført en ikke uvesentlig begrensning i evnen til å ta omsorg for barn, erstattes dette med 0,15 G per år frem til yngste barn fyller 19 år, § 3-5. Samlet erstatning for fremtidig hjemmearbeidsstatning er fastsatt i en tabell hvor man går inn på alder på skadelidte på oppgjørstidspunktet og velger gruppe 1 eller 2. For omsorgserstatning finnes en egen tabell. Er skadelidte 50 år og har mistet evnen til å utføre både tyngre og lettere hjemmearbeid, vil erstatningen bli 7.5 G. Utvalget har delt seg i to fraksjoner med fire medlemmer i hver idet en gruppe har tatt med at erstatning for fremtidig hjemmearbeidstap er betinget av at skadelidte er påført varig medisinsk invaliditet på minst 10 %.

#### *Menerstatning*

Hovedreglene om menerstatning – både vilkår og utmåling – forblir i hovedlinjene uendret. En viktig endring er dog foreslått når det gjelder vilkår. Pr. i dag gis det som hovedregel ikke menerstatning for skader med mindre enn 15 % medisinsk invaliditet. I § 3-6 foreslås å sette nedre grense så lavt som 5 %. I forskriftens § 6-1 er det en tabell som angir hvor stor prosent av grunnbeløpet man får for de forskjellige prosenter medisinsk invaliditet. I vedlegg 4 er det gitt en tabell for utregningen av menerstatningen. Adgangen til skjønnsmessig oppjustering («gruppeopprykk») viderefører – og ytterligere tilstrammer – Høyesteretts presiseringer i Kåsa-dommen i Rt. 2000 s. 441.

#### *Forsørgertapserstatning*

Vilkårene for forsørgertapserstatning er i foreslåtte § 3-8 (1) de samme som i dagens § 3-4. Utmåling til avdødes barn og samlivspartner skal etter § 3-8 (2) utmåles etter et standardisert system. Man skal ta utgangspunkt i avdødes årsinntekt inntil 12 G i det året han eller hun døde. Erstatning til gjenlevende samlivspartner er nærmere regulert i forskriftens § 7-1. Etter punkt (2) skal forsørgertapet i utgangspunktet være 14 G. Var avdødes inntekt under et visst antall G reduseres erstatningen med en angitt prosent, mens erstatningen økes med angitte prosenter når avdødes årsinntekt var over 6 G. Ut fra antall G avdøde tjente – opptil 12 G – kan man dermed enkelt regne ut det totale erstatningsbeløp til gjenlevende samlivspartner. I § 7-2 finnes en tabell for utregningen av forsørgertapserstatning til barn. Her går man inn på barnets alder på oppgjørstidspunktet og finner antall G som skal erstattes. Var avdøde eneforsørger forhøyes erstatningen med 50 %. Var avdødes årsinntekt under et visst antall G reduseres erstatningen og tilsvarende økes erstatningen hvis inntekten var over 6 G. I § 7-2 er også tatt med en del regler om utmåling for tilfeller hvor det er flere søsken under 18 år.

#### *Erstatning til andre for tap av forsørger skal fastsettes individuelt.*

I lovens § 3-7 har man tatt med en ny form for erstatning som betegnes som smerteerstatning. Er skadelidte påført sykdom eller betydelig smerte som ikke gir krav på menerstatning, utmåles særskilt smerteerstatning. I § 3-7 (2) er fastsatt utmåling som er 0.007 G for hver av de første 7 dager tilstanden varer og deretter 0.0025 G for hver påfølgende dag. Samlet smerteerstatning skal ikke overstige 1 G. Man risikerer vel at dette blir en erstatning som alle som ikke får menerstatning vil påberope seg. Smerteerstatning skal ikke gjelde tap som erstattes etter bilansvaret og yrkesskadeansvaret.

I foreslåtte § 3-9 har man tatt med et ganske skjønnsmessig forbehold. Hvis lovens bestemmelser leder til et åpenbart urimelig økonomisk resultat, utmåles erstatningen individuelt. I NOU s. 512 heter det at det skal gjelde en meget høy terskel for å anvende denne sikkerhetsventilen. «I lojalitet med det helhetlige standardiseringssystemet bør rettsanvenderen ikke anvende sikkerhetsventilen med mindre tilfellet gir spesielt tilfredsstillende resultater.» Denne sikkerhetsventilen skal anvendes for den enkelte post. Det skal ikke være mulig å påberope seg en kumulasjon av mindre urimeligheter post for post.

§ 3-18 fastsetter at tallverdiene som er bestemt i forskriftene til lovens § 3-2 til §3-8 skal revideres minst hvert femte år. Revisjonen skal særlig ta hensyn til ny lovgivning etter lovens iakttreden eller forrige revisjon. I kommentarene til § 3-18 nevnes at man med lovendringer særlig tenker på skatterettens og trygderettens områder. Det heter her: «Bestemmelsen skal for det første gi adgang til å gjøre fornuftige grep for å hindre at den standardiserte ordningen ikke blir hengende etter i utviklingen. Bestemmelsen skal for det andre sikre at forvaltningen følger med og på et tidligst mulig tidspunkt oppdager et behov for revisjon. Dette gjelder særlig forutsetningene knyttet til renter og kapitaliseringsfaktorer, samt beskatningsnivåer».

*Morten Kjelland og Peter Hambro*

## FAMILIERETT

### Litteratur

#### **Örjan Teleman, *Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa*, 5. utg. Norstedts juridik, 2011**

1. utgave av denne boken utkom i 1982. Siden har man i Sverige fått en ny ekteskapslov – äktenskapsbalken – som trådte i kraft 1. januar 1988. 4. utg. av

Telemans bok kom for åtte år siden. I de årene som er gått er det kommet nye lover og viktig rettspraksis. Boken omhandler både grunnleggende økonomiske spørsmål under ekteskapet – så som eierforholdet og gjeldsansvar – og hele oppgjøret ved skilsmisse. Boken inneholder 25 sider med praktiske eksempler på booppgjør og dokumenter som opprettes i den forbindelse.

Forfatteren har i mange år arbeidet som advokat og har omfattende praktisk erfaring med booppgjør ved skilsmisse. Boken er derfor praktisk anlagt og av stor interesse for den som ønsker å sette seg inn i svensk familierett.

*Peter Hambro*

### **Tolking av ektepakt og vederlag etter el. § 46 andre ledd – Borgarting lagmannsretts dom 14. november 2011 (LB-2011-3079)**

Dommen omhandler tre spørsmål: tolking av ordlyden i en ektepakt, ugyldighet etter avtl. § 33 og lempning/vederlag etter el. § 46 andre ledd 2. punktum. Lagmannsretten kom til at hele boligen tilhørte hustruens særeie, men ektemannen ble tilkjent vederlag på 1 mill. kroner.

#### *Fakta*

A og B giftet seg i 2001. Ektemannen B eide en bolig som hadde vært hans barndomshjem. A eide også en eiendom som ble solgt ved ekteskapets inngåelse. Salgssummen ble brukt til å innløse gjeld på Bs bolig. I september 2002 opprettet ektefellene med bistand fra advokat en ektepakt om delvis særeie. A fikk 40 % av boligen som særeie, mens B beholdt 60 %. Dette gjenspeilte tydeligvis verdiforholdet mellom deres to boliger. Det var uttrykkelig presisert at eiendommen skulle være de respektive eieres særeie. B hadde senere pågang fra kreditorer og i 2004 ble det opprettet en ny ektepakt med bistand fra samme advokat. Her het det at B ga som gave sin ideelle andel på 60 % av eiendommen til A. Videre het det: Heretter eies hele eiendommen av A. Eiendommen skal være hennes særeie.

Så i 2004 ble boligen solgt og ektefellene kjøpte en ny bolig. I november 2008 ble denne taksert til 9 mill. kroner og i januar 2009 ble ektefellene separert. B hevdet da at ektepakten fra 2004 måtte tolkes innskrenkende slik at de 60 % som var overført fortsatt var felleseie. Subsidiært krevet han lempning/vederlag.

#### *Resultat og begrunnelse*

Tingretten kom til at A eide 70 % (40 % fra 2002 og halvparten av de 60 % fra 2004) mens lagmannsretten kom til at A eide hele boligen som sitt særeie. B fikk dog 1 mill. kroner i vederlag etter el. § 46 andre ledd 2. punktum.

#### *Særeie*

Lagmannsretten mente ordlyden var helt entydig og ikke ga grunnlag for en forståelse av at det bare var tale om en overføring til As rådighetsdel av felleseiet. Når ordlyden er så klar måtte man kreve at det forelå en felles partsforståelse om et avvikende meningsinnhold for å fravike ordlyden. Retten la til grunn at ektefellene var kjent med hva som ville være konsekvensen av ektepakten på et fremtidig skifte. Retten la også til grunn at advokaten hadde redegjort for hva særeie innebar. Hun hadde også advart mot å opprette en ektepakt med dette innhold. Formålet med ektepakten kunne selvsagt vært oppnådd ved overføring til As rådighetsdel i felleseie. Partene hadde dog på avtaletidspunktet ikke kjennskap til at kreditorvern kunne oppnås på denne måten og en formodning om hva de ville ha avtalt hvis de hadde visst mer, kunne ikke begrunne en tolking i strid med ordlyden.

*Avtl. § 33.* At denne bestemmelsen ikke kunne anvendes var opplagt. Begge parter hadde den samme kunnskapen da ektepakten ble undertegnet og A hadde ikke opptrådt uredelig.

*El. § 46 andre ledd.* Lagmannsretten presiserte at denne bestemmelsen bør anvendes med forsiktighet og viste til lovforarbeidene. I dommen fra Borgarting av 27. september 2011 (LB-2010- 107921) ble det samme nevnt og det ble også henvist til juridisk teori og rettspraksis. Retten nevnte at hvorvidt lempningsregelen skal anvendes beror på en helhetsvurdering og viste til Rt. 1999 s. 718. Et viktig forhold i saken var at «vesentlige deler av verdien av ektefellenes nye bolig i Y 19 kan tilbakeføres til midler som B hadde fra før ekteskapet ble inngått.» Retten uttalte videre: «Lagmannsretten er enig med tingretten i at hvis B etter et så vidt kortvarig ekteskap ikke skal få med seg noen del av boligeiendommens verdi, som han i det vesentligste brakte inn i ekteskapet, vil dette innebære en omfordeling av verdier som ikke er rimelig. Det hører også med i vurderingen at partenes formål med ektepakten kunne vært oppnådd på annen måte dersom de var blitt kjent med muligheten for å overføre eiendommen til As rådighetsdel.»

Lagmannsretten fant dog ikke grunnlag for å sette ektepakten helt eller delvis tilside. «Tilkjennelse av vederlag anses mindre inngripende enn hel eller delvis tilsidesettelse av ektepakten og fremstår etter lagmannsrettens vurdering som en hensiktsmessig mellomløsning. Det ble vist til Rt. 2006 s. 833 og nevnte dom av 27. september 2011. Vederlaget ble skjønsmessig fastsatt til 1 mill. kroner.

#### *Kommentar*

At B fikk et vederlag var i dette tilfelle svært naturlig. Et viktig moment i saken er at det forelå en betydelig formuesoverføring mellom ektefellene. Nettoverdi av boligen var 6 mill. For øvrig eide de en utleieleilighet



til 1.6 mill. Uten vederlag ville hun sitte igjen med 6.8 mill. og han med 0.8 mill. Med vederlag fikk han 1.8 mill. og hun 5.8 mill. Det er tydelig at domstolene synes vederlag er en «behagelig» mellomløsning og er forsiktige med å sette en ektepakt delvis tilside. Det økonomiske resultat kan jo bli det samme. Hva angår størrelsen på vederlag ble det i dommen fra Borgarting av 27. september (behandlet i *Nytt i privatretten* nr. 4 2011) vist til lovforarbeidene hvor ble nevnt at i dansk rett settes vederlag til 7–15 % hvor formuen ligger i størrelsen 3–500 000 kroner. I denne saken fikk B vederlag som utgjorde 15 % av boligens nettoverdi. Et viktig moment må være hva den andre sitter igjen med av formue og differansen mellom hva hver av ektefellene får uten vederlag. Tallet på 3–500 000 er helt forhistorisk idag. Vederlaget på 1 mill. er betydelig i forhold til eksisterende rettspraksis. I vår sak utgjorde dog vederlaget bare en del av den gaven fra B til A som ektepakten fra 2004 utgjorde. 60 % av nettoverdi av boligen på 6 mill. ville være 3.6 mill. kroner. B fikk altså tilbake mindre enn 1/3 av gaveoverføringen til hustruen.

*Peter Hambro*

## FAST EIENDOM

### **Kløvtveit-dommen – Høyesterettsdom av 14. desember 2011 (HR-2011-2329-A)**

Partane er grunneigarane i området (77 stk.) mot BKK, med Energi Norge som partshjelparar. Saka gjeld eit kraftverk som utnyttar vasskrafta frå fleire vassdrag. Det sentrale spørsmålet i saka er kva bruk av eigedomane som er pårekneleg ved utmåling av salsverdien, jf. oregningsvederlagslova § 5.

#### *Spørsmålet om kva bruk som var pårekneleg*

Salsverdien skal svara til det som vanlege kjøparar vil gje for eigedomane ved vanleg sal, jf. oregningsvederlagslova § 5. Vurderinga av kva som er pårekneleg rettar seg dermed mot kva ein vanleg kjøpar mest sannsynleg er viljug til å gje for eigedomen. Meir konkret kva bruk som vil bli lagt til grunn i vurderinga. Utgangspunktet for vurderinga er ei individuell vurdering av den aktuelle eigedomen eller eigedomane, jf. Rt 1990 side 410 (415). Spørsmålet er kva bruk som er realistisk og pårekneleg for andre som kan tenkjast å erverva eigedomen. Som Høgsterett seier i avsnitt 24 er det *ikkje* eit krav at eksproprianten sjølv har planar om slik utnytting, som vert lagt til grunn som sannsynleg ved fastsetjing av salsverdien.

I denne saka var spørsmålet om ein skulle leggja til grunn at to fall i det råka vassdraget var separat utbyggbare, med den konsekvensen at resten av

vassdraget ikkje var eigna for kraftutbygging. Denne løysinga var lagt til grunn av mindretallet i lagmannsretten. Alternativet var om det var pårekneleg at grunneigarane sjølve kunne koma fram til eit tilsvarande «stort» samarbeidsprosjekt, som det BKK her hadde lagt opp til. Førstvoterande uttalar om dette at det ikkje er noko i vege for å leggja til grunn det same prosjektet som det eksproprianten ynskjer å nytta dei eksproprieerte eigedomane til. Vidare at ein i vurderinga av kva som er pårekneleg må leggja til grunn at alle grunneigarane opptre rasjonelt, og ikkje minst at det ikkje er relevant å ta omsyn til utsegner frå eksproprianten om at dei uansett ikkje ville ha medverka til eit slikt prosjekt. Høgsterett oppsummerer vurderinga med at det var rett av fleirtalet i lagmannsretten å leggja til grunn eit slikt fellesprosjekt som grunnlag for å finne salsverdien.

#### *Spørsmålet om tiltaket var rettsleg pårekneleg?*

Eit eige spørsmål i saka var om eit slikt samla tiltak på grunneigarane si hand ville fått konsesjon. Vurderinga av kva som er pårekneleg skal nemlig skje med utgangspunkt i tilhøva slik dei var på skjønns-tidspunktet, eller eit eventuelt tidlegare tiltredings-tidspunkt, jf. oregningsvederlagslova § 10. Tidspunktet som skulle leggjast til grunn for å vurdere grunneigarprosjektet var 2006, medan konsesjonsvurderinga for BKK-prosjektet vart gjort i år 2000. Og i mellomtida hadde dei faktiske tilhøva endra seg. I samla plan for vassdragsvern vedtok Stortinget 19. juni 1986 varig vern av Yndesdalsvassdraget. Men nedbørfelta rundt Transdalsvatnet og Austgulvatnet vart ikkje verna. Bakgrunnen for unntaket var den planlagde utbygginga av Kløvtveit kraftverk, med overføring av vatn frå Transdalsvatnet og Austgulvatnet til Kløvtveitvatnet. Med dette utgangspunktet fekk Kløvtveit kraftverk ved BKK konsesjon i år 2000. Argumentet til eksproprianten var at spørsmålet om kraftutbygging i Yndesdalsvassdraget ville ha sett annleis ut for styresmaktene i 2006, enn i 2000 på grunn av at forsynings situasjonen i området ikkje lenger var like problematisk. Høgsterett fann her skjønnsretten sine grunnar mangelfulle slik at spørsmålet ikkje lot seg overprøva.

#### *Erstatningsutmålinga*

Sidan det ikkje vart avgjort om prosjektet var rettsleg pårekneleg, kjem ikkje Høgsterett til den konkrete erstatningsutmålinga. Fleirtalet i lagmannsretten som la til grunn eit slikt samarbeidsprosjekt, kom til at samtlege grunneigarar skulle ha erstatning utrekna med grunnlag i prosjektet. Om utgangspunktet for vurderinga seier Høgsterett at «Det er altså ikke feil rettsanvendelse når lagmannsrettens flertall vurderer påregneligheten av at rettighetshaverne, om ekspropriasjonstiltaket tenkes bort, ville ha samlet seg om en utbygging. Det er i denne sammenheng heller ikke feil å trekke inn samtlige berørte eiendommer

i Yndesdalsvassdraget som representerer fallhøyden fra Kløvtveitvatn og ned til sjøen, i en markedsbasert salgsverdivurdering uavhengig av om det er separat utbyggbare fall på den enkelte eiendom.» Det er dermed klart at utmåling av erstatning til grunneigarar med fallrettar har teke enno eit steg inn i den ordinære oreigningsretten med utmåling av påreknelige salsverdi, jf. oreigningsvederlaglova § 5.

*Katrine Broch Hauge*

### **HRD 26.10.2011 – uthuling av tomtefestelova § 15 på basis av avtaleloven § 36?**

Saken gjaldt om en tomtefester kan motsette seg at festeavgiften blir oppregulert i samsvar med endringen i pengeverdien, slik tomtefesteloven § 15 gir bortfesteren rett til, under henvisning til at festeavtalen dermed blir urimelig, jf. avtaleloven § 36. Kan man med andre ord uthule tomtefesteloven § 15 under henvisning til avtaleloven § 36? En samlet avdeling svarte at «ja, i prinsippet, men det skal svært mye til». I det konkrete tilfelle som forelå, ble imidlertid ikke festeavgiften urimelig høy om den ble oppregulert i tråd med endringen i pengeverdien.

Begrunnelsen for det generelle tolkningsresultatet om en viss rett til uthuling er at forarbeidene til tomtefestelova forutsetter at denne lovens § 15 ikke – tross en naturlig språklig forståelse av den – gir en ubetinget rett til pengeverdifast festeavgift. Se Ot.prp. nr.28 (1995–1996) side 54-55, der dette framgår, og dessuten tomtefestelova § 11, som «forbyr» å kreve urimelige festeavgifter. Våre politikere har uttrykkelig lagt til grunn at § 11 også gjelder ved regulering av festeavgiften, se Innst. O. nr. 85 (1995–1996), s. 7, men Høyesterett fant at det konkret var mest naturlig å bruke avtaleloven § 36 i denne saken. Terskelen for urimelighet må imidlertid ligge høyt når det gjelder lemping på grunn av etterfølgende forhold, jf. Ot.prp. nr. 5 (1982–1983), s. 35 og Rt. 1990 s. 295-6. Og når en lovendring er det vesentlige elementet av senere inntrådt forhold, må man ved avveiningen legge stor vekt på den løsning loven har valgt.

Etter en anvendelse av disse rettslige utgangspunktene på det konkrete forholdet i saken, kom Høyesterett til at festeavgiften ikke ble urimelig høy om den ble oppregulert i tråd med endringene i pengeverdien.

*Endre Stavang*

## **Litteratur**

**Thor Falkanger, *Fast eiendoms rettsforhold*, 4. utgave. Universitetsforlaget, Oslo 2011. 404 sider.**

3. utgave av denne boken utkom i 2005. Siden da er det kommet en rekke nye lover så som skogbruksloven, Finnmarkloven, matrikkelloven, reindrifftsloven, naturmangfoldloven og mineralloven. Videre er det skjedd endringer i odelsloven, jordloven, konsesjonsloven og friluftsløven. Siden forrige utgave er det kommet rundt 21 nye høyesterettsdommer.

*Peter Hambro*

## **INTERNASJONAL PRIVATRETT**

### **Vernetingsavtale, internasjonalt løsekjøp – Rt. 2011 s. 1532**

Saken gjaldt spørsmål om formkrav for vernetingsavtaler under Luganokonvensjonen 2007. Et norsk selskap inngikk avtale med et belgisk selskap om kjøp av et sjokoladeprodukt. Kort tid etterpå ble kjøpet hevet av den norske kjøperen på grunn av mangel. Kjøperen krevde erstatning og stevnet den belgiske selgeren ved Oslo tingrett i henhold til vernetingsklausulen i kjøperens standardvilkår. Selgeren bestred at vernetingsklausulen i kjøperens standardvilkår var tilstrekkelig vernetingsavtale og påstod søksmålet avvist på grunn av manglende verneting i Norge. Oslo tingrett, deretter lagmannsretten og til slutt Høyesteretts ankeutvalg anså vernetingsavtalen som gyldig.

I en tvist mellom en norsk part og en part fra EØS-område (med unntak for Liechtenstein) er spørsmål om verneting regulert av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker. Luganokonvensjonen ble vedtatt 30. oktober 2007 og avløste sin forgjenger Luganokonvensjon 1988. Luganokonvensjonen er gjort til en del av norsk rett ved henvisning i tvisteloven § 4-8 lov (ved lov 19. juni 2009 nr 79) og er inntatt som et vedlegg til tvisteloven. Luganokonvensjonen er parallellkonvensjon til Brusselsforordningen (44/2001), som gjelder for EU-medlemstatene. Ved tolkning av Luganokonvensjonen skal det i henhold til Protokoll 2 etterstrebes ensartet tolkning, jfr. artikkel 1. Domstolene skal derfor ta tilbørlig hensyn til avgjørelser avgitt av andre lands domstoler samt av EU-domstolen i forbindelse med så vel Luganokonvensjonen og Brusselsforordningen, som deres respektive forgjengere Luganokonvensjon 1988 og Brusselskonvensjon 1968. Dette er bekreftet i Rt. 2007 s. 1759 avsnitt 42 og Ot.prp. nr. 89 (2008–2009) om lov om endringer i tvisteloven m.m. og

om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjon 2007 side 8.

Vernetingsavtaler er regulert i Luganokonvensjon (og Brusselsforordning) artikkel 23. I henhold til bestemmelsen skal vernetingsavtaler være inngått skriftlig eller bekreftet skriftlig, eller de skal være inngått i en form som er i samsvar med en etablert praksis mellom partene eller med anerkjent internasjonal handelsbruk som er relevant.

I denne saken ble avtalen inngått gjennom utveksling av elektronisk post. Elektroniske meddelelser som gir en varig dokumentasjon skal i henhold til artikkel 23 annet ledd anses som skriftlig. I en første e-post sendte kjøperen forslag til rammeavtale samt sine standard kjøpsvilkår. Rammeavtalen viste til kjøpsvilkårene, som i sin tur ga kjøperen rett til å kreve tvister avgjort ved domstolen på kjøperens hjemting. Etter et forhandlingsmøte sendte selgeren noen merknader til avtaledokumentasjonen og foreslo noen endringer til enkelte bestemmelser i kjøpsvilkårene. Kjøperen aksepterte de foreslåtte endringer, og i en ny e-post besvarte selgeren denne aksepten med «OK». Etter dette ble varene bestilt og den første leveransen ble foretatt i henhold til avtalen.

Spørsmålet er om vernetingsavtalen tilfredsstillende formkravene i Luganokonvensjonen artikkel 23. Selgeren mente at unnlatt protest ikke er tilstrekkelig til at en vernetingsavtale skal anses inngått, og at vernetingsavtaler skal bekreftes særskilt.

Høyesteretts ankeutvalg bekreftet at rettspraksis fra EU-domstolen er en tungtveiende rettskilde ved tolkning av Luganokonvensjonen og henviste til tre dommer hvor EU-domstolen slo fast at formålet med formkravene er å sikre at partene faktisk har vedtatt vernetingsklausulen. Formkravene tilfredsstilles derfor ikke ved at standardvilkår med vernetingsklausul er trykket på baksiden av kontrakten (Estasis Salotti di Colzani Aimo e Ginmario Colzani s.n.c. mot Rüwa Polstereimaschinen GmbH) eller konossementet (Galleries Segoura SPRL mot Rahim Bonakdarian; Tilly Russ og Ernest Russ mot NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova og NV Goeminne Hout). Viser derimot kontrakten til standardvilkår, eller til tidligere korrespondanse som igjen viser til standardvilkår, anses partene for å ha hatt mulighet til å forholde seg til standardvilkårene, herunder vernetingsklausulen. Formkravene er derved tilfredsstilt. I denne saken la lagmannsretten til grunn at rammeavtalen henviste til standardvilkårene som igjen inneholdt en vernetingsklausul. Høyesteretts ankeutvalg konkluderte med at lagmannsrettens forståelse av Luganokonvensjonen artikkel 23 var riktig.

*Giuditta Cordero-Moss*

## KONTRAKTSRETT

### Utgangspunktet for den nøytrale reklamasjonsfristen etter avhl. § 4-19 – Høyesteretts dom av 22. desember 2011 (HR-2011-2394-A)

#### *Twisten*

Twisten i saken gjelder krav om heving av kjøp av tre aksjeleiligheter i en murbygning oppført i 1920–21. Kravet om heving bygget på at det var konstatert pågående setninger i grunnen under leilighetsbygget. Kostnadsrammen samlet for refundering og rehabilitering/nybygg ble anslått til 70–100 millioner kroner. Av en rapport utarbeidet av Multiconsult AS framgikk det at setningsprosessen ikke var avsluttet, men måtte forventes å pågå i mange tiår.

Samtlige selgere hadde tegnet eierskifteforsikring, og saken ble reist mellom forsikringsselskapene og kjøperne av leilighetene. For de tidligere instansene var partene blitt enige om at det forelå slike mangler ved bygget at det ga kjøperne rett til heving. Forsikringsselskapene anførte imidlertid at det var reklamert for sent. For Høyesterett var problemstillingen innsnevret til kun å gjelde spørsmålet om utgangspunktet for fristberegningen. Partene var dessuten enige om at det ved avgjørelsen av dette spørsmålet forelå to sentrale skjæringstidspunkter. Våren 2009 utarbeidet Multiconsult AS en foreløpig rapport, som styret i boligaksjeselskapet sendte ut et informasjonsskriv om til beboerne den 3. april 2009. Partene er enige om at dersom dette skrevet legges til grunn for fristberegningen, er det reklamert i tide. (Rent faktisk reklamerte kjøperne henholdsvis den 3. juni og 14. juli 2009.) Forsikringsselskapene framholdt derimot at et tidligere skriv som beboerne fikk allerede november 2008, utløste fristen etter avhl. § 4-19. Dette informasjonsskrivet ble sendt beboerne før Multiconsult AS hadde påbegynt sine undersøkelser vinteren 2009. Dersom dette tidspunktet skulle bli lagt til grunn, er kjøperne innforstått med at det var reklamert for sent.

*Virkeområdet til avhendingslova – avsnitt 27 og 28*  
Innledningsvis i sine premisser påpeker Høyesterett følgende:

«Det er på det rene, og partene er enige om dette, at avhendingsloven får anvendelse selv om det er aksjer med tilhørende borett, som er avhendet.»

At avhendingslova får anvendelse, er imidlertid ikke innlysende. Da avhendingslova i sin tid ble vedtatt, ble det gjort klart i forarbeidene at loven ikke skulle omfatte overdragelse av aksje med tilknyttet leierett i aksjeselskap, såkalt boligaksjeselskap, se Ot.prp. nr. 66 (1990–91) side 24. I forbindelse med



den store revisjonen av de eldre lovene om boligbyggelag og borettslag, ble det foretatt utvidelser av virkeområdet både til bustadoppføringslova og avhendingslova. Denne utvidelsen gjaldt likevel bare for avhending av andel i borettslag, jf. buofl. § 1a) og avhl. § 1-1a). Bruk av avhendingslova ved salg av aksjeleiligheter måtte i tilfelle baseres på en analogisk anvendelse av avhl. § 1-1a). I så fall ville det dreie seg om en deklatorisk anvendelse av reglene.

En mulig tolking av Høyesteretts uttalelse er at partene hadde avtalt at avhendingslova skulle komme til anvendelse, sammenlign tvisten i Rt-2010-1104 som gjaldt avtalt bruk av bustadoppføringslova mellom næringsdrivende. Etter det undertegnede kjenner til var det i avtaledokumentene vist til at leilighetene var solgt «som den er», jf. avhl. § 3-9. Hvorvidt dette er tilstrekkelig til å bringe hele handelen inn under avhendingslova, er et åpent spørsmål.

I den foreliggende saken hadde spørsmålet om virkeområdet for avhendingslova likevel liten betydning. I avsnitt 28 slår Høyesterett fast at reklamasjonsregelen i avhl. § 4-19 første ledd «sammenfaller med det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet».

*Tolkningen av regelen om fristutgangspunktet ved reklamasjon – avsnittene 29 til 36*

*Det grunnleggende vurderingstemaet*

Reklamasjonsplikten til kjøperen av fast eiendom er regulert i avhl § 4-19 og lyder som følger:

«Kjøperen taper retten til å gjere avtalebrotet gjeldende dersom kjøperen ikke innad rimeleg tid etter å ha oppdaga eller burde ha oppdaga det, gir seljaren melding om at avtalebrotet vert gjort gjeldande og kva slags avtalebrot det er.»

Selve fristutgangspunktet for reklamasjonsplikten er fanget inn i formuleringen «etter å ha oppdaga eller burde ha oppdaga det». I samsvar med ordlyden dreier det seg om et normativt utgangspunkt; det avgjørende er ikke hva kjøperen faktisk forstod eller oppdaget, men hva vedkommende burde ha erkjent.

I den såkalte as-is-dommen, Rt-2010-103, ble det foretatt en praktisk viktig avklaring av fristregelen i avhl. § 4-19. Høyesterett trakk i denne dommen linjene til forbrukerkjøpsloven § 27 første ledd andre punktum, som fastslår at fristen for å reklamere aldri kan være «kortere enn to måneder fra det tidspunkt da forbrukeren oppdaget mangelen». Det framholdes i dommen at en normal reklamasjonstid ved kjøp av fast eiendom ikke kan være kortere enn ved forbrukerkjøp av løsøre, se avsnitt 64. Høyesterett konkluderer i avsnitt 66 med at en reklamasjonstid på «tre måneder [må] være i ytterkanten av hvor lenge en kjøper normalt kan vente med å reklamere over feil som er blitt oppdaget». Utformingen av premissene i dommen kan etterlate det inntrykket at

man benyttet hele fristmodellen i fkjl. § 27 – både tidsrommet (en fast tidsfrist) og fristutgangspunktet («oppdaget»). Det er da også en nærliggende tanke at en relativt kort, fast frist ble tatt inn som en regel i fristbestemmelsen fordi den ble knyttet til et kunnskaps- og ikke et normativt tidspunkt. Uansett uttaler Høyesterett seg her bare eksplisitt om normaltiden der mangelen faktisk er oppdaget.

I premissene til foreliggende sak for Høyesterett avlegges dommen i Rt-2010-103 en helt kort visitt. Det heter følgende i avsnitt 30:

«I Rt-2010-103 la Høyesterett til grunn at reklamasjon normalt må skje innen tre måneder. Da dette også vil være utgangspunktet når det er på det rene at mangelsansvar kan gjøres gjeldende, tilsier hensynet til sammenheng i regelanvendelsen at det ikke stilles for små krav til hvor sterke indikasjoner som må foreligge for at reklamasjonsfristen skal begynne å løpe [mine uthevninger].»

Det er nærliggende å gjøre et par refleksjoner over disse uttalelsene.

Den første er at Høyesterett uten nærmere forklaring legger til grunn at normaltiden på tre måneder også skal benyttes når «mangelsansvar kan gjøres gjeldende [min utheving]». I Rt-2010-103 var det på det rene at det forelå en mangel, mens i foreliggende sak var dette spørsmålet ikke klarlagt. Viktige utslag av manglene – setningsskadene – var likevel observert og formidlet til kjøperne gjennom styret i boligaksjeselskapet. Dermed hadde kjøperne fått kunnskap om fenomener som kunne representere mangler. Uttalelsen i Høyesterett innebærer at man har forlatt et faktisk kunnskapskrav som grunnlag for fristutgangspunktet (kunnskap om mangelen), og er villig til å benytte normalmålestokken også i tilknytning til situasjoner hvor spørsmålet om mangel er mer åpent.

Den andre betraktningen er at Høyesterett – ut fra sammenhengen i regelverket – vil være varsom med å stille for strenge krav til kjøperne. Dermed vil forskjellen mellom et deskriptivt fristutgangspunkt (forsettskrav) og et svakt normativt skjæringspunkt, ikke nødvendigvis bli så stor. Ikke minst Høyesteretts egen kildebruk demonstrerer at det kan være en helt glidende overgang mellom en deskriptiv og en normativ bedømmelse. Som en god veiledning for hvilke krav som stilles, siterer Høyesterett forarbeidene til forbrukerkjøpsloven, se avsnitt 32. Uttalelsene i disse forarbeidene gjelder imidlertid tolkingen av forsettskravet i minimumsregelen i fkjl. § 27 første ledd andre punktum. Noe tilsvarende gjør seg gjeldende når Høyesterett framholder at Erik Monsen foretar en god oppsummering i sin artikkel «Om reklamasjonsregler» i JV 2010 side 147 flg. se avsnitt 35. Dette avsnittet i Monsens

artikkel omhandler, så vidt undertegnede kan se, et forsettskrav, mens den normative problemstillingen først omtales i det etterfølgende avsnittet. I parentes bemerket er det heller ikke uproblematisk å fastslå forsettskravets innhold. Omfatter det eksempelvis kjøpers kunnskap og forståelse av rettsregler?

Et normativt skjønnstema for fristutgangspunktet har to aspekter som en forsettsregel ikke rommer; en plikt for kjøper til å undersøke forholdene nærmere og et krav til oppfattelsesevnen. Dommens behandling av disse to temaene drøftes nedenfor.

#### *Undersøkelsesplikten – framskaffelse av opplysninger*

Det påhviler kjøperen av fast eiendom en regulær undersøkelsesplikt i forbindelse med at eiendommen er overtatt, jf. avhl. § 4-9. Hvis manglene lar seg avdekke gjennom en slik eksaminasjon, starter reklamasjonen å løpe allerede på dette tidspunktet. Selv om det ikke påvises irregulære forhold i forbindelse med overtakelsen av eiendommen, vil en plikt til å foreta nærmere undersøkelser kunne oppstå senere dersom kjøperen blir oppmerksom på symptomer på mangler.

I foreliggende sak vil det vanskelig kunne komme på tale å pålegge den enkelte andelseier en plikt til selv å foreta undersøkelser i saken. Det dreide seg om mangler ved fellesarealene – bygningsmassen – og styret håndterte saken på vegne av beboerne. I følge lagmannsretten hevdet heller ikke forsikringsselskapene at kjøperne «burde ha skaffet seg kunnskap ut over den informasjon man fikk fra boligselskapets styre, skriftlig eller under møter i selskapet», se LG-2010-118262 side 10.

Hvorvidt domstolene finner det hensiktsmessig å kombinere en undersøkelsesplikt med en normal lengde på reklamasjonsfristen, er uvisst. Ofte vil de to elementene i fristregelen i disse tilfellene smelte sammen slik at man foretar en samlet drøftelse av fristens utgangspunkt og lengde, se mer om dette senere i punkt 5.

#### *Oppfattelsesevnen – tolkingen av foreliggende opplysninger – avsnittene 37 til 62*

Et normativt fristutgangspunkt stiller også krav til kjøperens oppfattelsesevne. Ut fra de opplysninger som faktisk foreligger, er det spørsmål om hva kjøperne burde ha sluttet seg fram til. Siden kjøperens informasjon om mulige mangler stammet fra skrivet av november 2008, fastslår Høyesterett at det er «de opplysninger som gis i dette skrivet, som må undergis en nærmere vurdering».

Når det gjelder den normative vurderingen, framhever Høyesterett på den ene siden at «det ikke kan stilles for små krav til hvor sterke indikasjoner som må foreligge for at reklamasjonsfristen skal begynne å løpe», se avsnitt 30 som er sitert ovenfor og kommentarene der. På den andre siden anføres det også

at det normalt vil være tilstrekkelig at «det fremstår som en realistisk mulighet at selgeren vil være ansvarlig for skaden», se avsnitt 29. Som allerede framholdt vil trolig Høyesterett være varsom med å stille for strenge krav til kjøperen av fast eiendom.

Det nærmere skjønnstemaet i den konkrete tvisten framgår av avsnitt 51 hvor Høyesterett sier at «analysen skal skje i relasjon til om opplysningene [i skrivet fra styret] er egnet til å skape en slik avklaring at reklamasjonsfristen for leilighetskjøperne begynte å løpe ...».

#### *Subsumsjonen – vurdering av informasjonskrivet av november 2008*

Når Høyesterett skal avgjøre om de foreliggende opplysningene ga en tilstrekkelig indikasjon på at det var kjøpsrettslige mangler ved eiendommen, startet domstolen med å påpeke formålet med rundskrivet av november 2008, se avsnitt 52. Hensikten var å avdekke vedlikeholdsbehovet, samt kartlegge hvilke tiltak som burde settes i verk, ikke å fastslå om det forelå mangler. Rundskrivet måtte derfor leses og vurderes på bakgrunn av denne sammenheng.

Deretter trakk Høyesterett fram en rekke forhold som tilsa at rundskrivet ikke var tilstrekkelig til å utløse reklamasjonsfristen: Det gjaldt ikke feil ved den enkelte boenhet, men ved selve leiegården (fellesareal), det var naturlig å avvente den framtidige rapporten fra Multiconsult, leilighetene var solgt «as is» og det skal da mye til for å konstatere mangel, og ingen av de i alt ti andelshaverne som hadde kjøpt leiligheter de siste fem årene, reklamerte på bakgrunn av rundskrivet. Et argument fra forsikringsselskapene om at en av andelshaverne hadde stoppet en pågående salgsprosess som følge av rundskrivet og dermed bekreftet at det var gitt tilstrekkelig informasjon, førte heller ikke fram, se avsnitt 61.

Ikke helt uventet konkluderte Høyesterett med at reklamasjonsfristen først begynte å løpe i april 2009, se avsnitt 62.

#### *Avsluttende bemerkninger*

En reklamasjonsregel med et fast definert tidsrom som kjøper har til rådighet, har klare fordeler med hensyn til forutberegnelighet. Kjøper vet hvilken frist han må holde seg innenfor og kan bedømme sin rettsposisjon ut fra dette. At Høyesterett har innfortolket en normalfrist i avhl. § 4-19, er derfor høyst forståelig.

Når en slik regel kobles til et normativt utgangspunkt, oppstår det imidlertid problemer. I loven er det normative utgangspunktet («burde») knyttet til en fleksibel tidshorisont – «innan rimeleg tid». I mange saker er det lite naturlig å skille skarpt mellom når en frist begynner å løpe og fristens varighet. Hvorvidt kjøper har reklamert i tide, vil gjerne bero på en sammensatt helhetsvurdering av

begge disse elementene i fristregelen. I en del standardkontrakter har man tatt konsekvensene av dette og utformet fristregler med bare ett skjønnsstema – det skal varsles «uten ugrunnet opphold» uten å skille mellom fristens utgangspunkt og lengde, jf. eksempelvis NS 8405 punkt 24.4.

Foreliggende sak for Høyesterett er et eksempel på problemstillingen. På det tidspunktet da andelshaverne fikk rundskrivet fra styret (november 2008), var allerede Multiconsult AS engasjert for kontroll av setninger og grunnforhold. Rapporten fra disse undersøkelsene kom først våren 2009. Så lenge kjøpersiden aktivt arbeider med å innhente informasjon om forhold ved kjøpsgjensstanden, bør det foreligge meget sterke grunner for å konkludere med at reklamasjonsfristen er utløpt. Dersom man hadde benyttet ordlyden i avhl. § 4-19, ville det vært naturlig å vurdere situasjonen opp mot tidsangivelsen «innan rimeleg tid» fordi kriteriet peker mot årsaken til at reklamasjon ikke er sendt. Når derimot fristens lengde er gjort fast, blir man tvunget til å foreta hele den normative vurderingen i tilknytning til fristutgangspunktet. (Som tidligere nevnt var det bare dette spørsmålet som ble sluppet inn til prøving for Høyesterett.) Dermed blir temaet innsnevret til en vurdering av kjøpernes kunnskap. At Høyesterett nok selv fant skjønnsstemaet for smalt, finner vi spor av i avsnitt 53 hvor nettopp årsaken til tidsforløpet trekkes inn som et sentralt moment – «det er forståelig at leilighetskjøperne fant det naturlig å avvente dette arbeidet [dvs arbeidet til Multiconsult AS]».

*Lasse Simonsen*

### **Vedtektsfesta prisregulering i burettslag vart godteken – Høgsteretts dom av 9. desember 2011 (HR-2011-2303-A)**

Eit krav om lemping eller tilsidesetjing av vedtekter med indeksregulert tak for prisen på andelar i eit burettslag førte ikkje fram i Høgsterett.

Grandeløkken Borettslag AL vart stifta i 1984 av medlemmer av Bygdøy Boligspareklubb for Eldre. Spareklubben skal setje medlemmene i stand til å skaffe seg pensjonistbustad ved oppsparing av nødvendig kapital. Medlemmer av spareklubben har forkjøpsrett til andelar i burettslaget, og den retten kan utøvast til ein pris som svarar til opphavleg kostnad for bustaden oppjustert med konsumprisindeksen, litt forenkla sagt (oppjustering av totalkostnaden for bustaden justert med frådrag for slit og elde og tillegg for oppgraderingar). Seinare har spareklubben godteke at konsumprisindeksen kan bytast ut med ein byggjekostnadsindeks, noko som fører til høgare maksimalpris.

Partar for Høgsterett var spareklubben og arvingane etter ein av dei opphavlege andelseigarane i

burettslaget. Arvingane kravde dom for at vedtektsføresegna om prisregulering skulle praktiserast slik at dei kunne avhende andelen til marknadspris, likevel justert for fordelten med ein subsidiert festekontrakt. Slik saka stod for Høgsterett, var det ikkje omstridt at prisen ville bli fastsett ut frå byggjekostnadsindeksen i staden for konsumprisindeksen i dette tilfellet, men det var føresegna om konsumprisindeks som vart vurdert av retten, i og med at burettslaget ikkje hadde gått med på å endre den.

Etter § 4-4 i burettslagslova frå 2003 kan vilkår for eigarskifte av andel vedtektsfestast berre dersom det er «sakleg grunn» til det. Lovutvalet hadde gjort framlegg om at avtalelova § 36 skulle gjelde tilsvarande for slike vilkår. Formuleringa om «sakleg grunn» kom inn i proposisjonen, etter eit innspel frå Justisdepartementet med ei misvisande tilvising til aksjelova § 4-16 og utkastet til samvirkelov. I saka her bygde Høgsterett på at vurderinga av sakleg grunn i burettslagslova «langt på vei» er samanfallande med vurderinga etter avtalelova § 36 (avsnitt 62).

Arvingane meinte prinsipalt at vedtektsføresegna måtte *tolkast* slik at verdien av andelen kunne setjast til marknadspris (justert for fordelten med subsidiert festekontrakt). Den sentrale ordlyden var denne:

«Leilighetens pris fastsettes ved verditakst, som normalt ikke skal være større enn økningen av konsumprisindeksen i tiden fra overtagelse til overdragelse tilsier. Ved urimelige utslag kan styret foreta skjønsmessige prisjusteringer. Ved taksering skal det ikke tas hensyn til fordelten ved den løpende festekontrakt.»

Synspunktet var at indeksregulering gav slike «urimelige utslag» som føresegna viste til. Dette synet nådde ikkje arvingane fram med. Førstvoterande, på vegner av ein samrøystes rett, viste til at ordlyden – og ei «objektiv» tolking av den – er særleg viktig ved tolking av vedtekter i samanslutningar. Vidare viste omstenda rundt stiftinga av burettslaget, tildelinga av subsidiert tomt og dessutan den seinare praktiseringa av vedtektene at vedtektsføresegna var meint bokstavig (avsnitt 54–59). Tilvisinga i føresegna til eventuell justering ved «urimelige utslag» sa ikkje meir enn det som ville følgje av avtalelova § 36, meinte førstvoterande (avsnitt 60–61).

Det sentrale spørsmålet vart derfor om «gapet mellom pris beregnet etter konsumprisindeks og markedspris er så stort at det vil virke urimelig å anvende bestemmelsen i vedtektene § 4 annet ledd» (avsnitt 63).

Førstvoterande meinte at den opphavlege andelseigaren visste kva ho gjekk inn på. Avtalen om bustaden viste til vedtektene, og vedtektene hadde andelseigaren sjølv vore med på å fastsetje. Det var ikkje noko i innhaldet av avtalen eller måten avtalen



og vedtektene vart til på, som tilsa at vedtektsføresegna om pris var urimeleg den gongen (avsnitt 70).

Det kan nemnast her, enda det ikkje er omtala i avgjerda, at prisreguleringa i vedtektene (med oppjustering av totalkostnaden etter konsumprisindeksen) i hovudsak svarar til ordninga som gjennom fleire tiår låg til grunn for den offentlegrettslege prisreguleringa for burettslagsbustader – ei prisregulering som reelt var i ein avviklingsfase da dette burettslaget vart stifta. Modellen var med andre ord velkjend.

Neste spørsmål var om den seinare utviklinga gjorde vedtektsføresegna urimeleg. Førstvoterande tok som utgangspunkt at det skal meir til for å lempe eller setje til side ein avtale på grunn av seinare utvikling enn på grunn av omstende som låg føre ved avtaleinngåinga (avsnitt 72, med tilvising til Rt. 2011 s. 1359). Vidare peikte førstvoterande på at vedtektsfesta prisregulering vart lovregulert ved ei endring av burettslagslova i 1992, og i førearbeida den gongen vart det vist til kva som var rimelege rammer for ei slik regulering. Reguleringa i denne saka låg godt innafør dei rammene, meinte førstvoterande. Vidare var det eit moment at også burettslagslova frå 2003 opnar for prisregulering.

Førstvoterande viste til at det låg subsidieelement både i festekontrakten med kommunen og i overtakinga av bustadene til sjølvkost. På den andre sida kunne det seiast at burettshavarane burde få del i verdiutviklinga av festekontrakten, slik andre festatarar har fått. Konklusjonen vart likevel at det ikkje var tilstrekkeleg grunnlag for å endre eller setje til side vedtektsføresegna om prisregulering (76–81).

Det kan nok spørjast om burettslagslovgjevinga hindra vedtektsfesta prisregulering før lovendringa i 1992 (sjå s. 221 i John Grini og Kåre Lilleholt, *Borettslovene*, tredje utgåve, Oslo 1993), men det spørsmålet vart ikkje problematisert i saka.

Avtala eller vedtektsfesta prisregulering av bustader har vore omstridd i fleire saker dei seinare åra, og slik sett har vi fått ei velkomen avklåring med denne dommen. Resultatet inneber likevel ikkje at det er fritt fram for å setje vilkår for eigarskifte. I allfall tidlegare kunne ein somtid sjå reguleringar med indeksregulering berre av «innskotet» (kontantinnbetalinga, kjøpesummen), utan at det vart teke omsyn til seinare nedbetalingar av fellesgjelda, og slike ordningar kunne fort verke urimelege. Vidare kan vilkår om at berre ei snever gruppe av personar kan godtakast som andelseigarar, lett skapa vanskar ved omsetninga av andelen, og det kan òg verke urimeleg.

På eit meir allment plan er det interessant å sjå korleis Høgsterett reknar vedtekter som eit spesialtilfelle av avtale (særleg avsnitt 53). Det blir heller ikkje reist spørsmål om bruken av avtalelova § 36 på vedtekter. Avgjerda stadfestar det vi alt visste, nemleg at Høgsterett ikkje gjerne set til side eller

lempar ein avtale med grunnlag i avtalelova § 36. I ei sak som dette er det lite å innvende mot den haldninga. Det er meir diskutabelt når avtalelova § 36 får ei bortgøymd rolle i avtalar mellom næringsdrivande og forbrukarar (sjå særleg Rt. 2011 s. 670 Nye Major og Rt. 2011 s. 679 Krusesgate); med den praksisen kan vi fort koma i utakt med andre land i praktiseringa av direktivet om urimelege avtalevilkår.

Tidleg på 1980-talet skreiv forfattaren av desse linene nokre utgreiingar for De Eldres Boligspareklubb; om den konkrete klausulen var tema den gongen, tør eg ikkje seie i dag. Det vart òg mange uformelle samtalar om slike spørsmål med ein eldre kollega og kontorgranne, professor Olav Lid, som var aktiv i spareklubben på Bygdøy. Det høyrer med å opplyse om slikt. Tilfellet ville at førstvoterande i denne saka kjenner ekstra godt til burettslagslova § 4-4, for ho sat i utvalet som førebudde dei nye burettsløvene, slik også underskrivne gjorde. Vi bur i eit lite land.

Kåre Lilleholt

#### **Avtalerett. Tolkning av garantierklæring – Rt. 2011 s. 1553**

##### *Sakens problemstilling. Den faktiske bakgrunn*

Saken gjelder tolking av en bankgaranti stilt til sikkerhet for et verfts betalingsforpliktelse overfor en underleverandør.

Bergen Group Skarveland AS (Skarveland) monterer blant annet rørsystemer på skip under bygging og har hatt flere oppdrag for verftet Flekkefjord Slipp & Maskinfabrikk AS (FSM).

Skarveland ga 12. november 2007 FSM tilbud på montering av ulike rørsystemer på verftets byggenummer 189, et skip verftet hadde under bygging for Møkster Safety AS. I hovedsak skulle Skarveland, som ved tidligere oppdrag for FSM, stå for montering av utstyr og materiell verftet selv skaffet til veie. Kontrakt ble inngått 9. januar 2008, med en kontraktssum på 10 719 000 kroner.

På grunn av verftets økonomiske problemer betinget Skarveland seg sikkerhet for betalingen. Etter forhandlinger kom partene frem til et tillegg til kontrakten hvor FSM påtok seg å stille bankgaranti på 30 prosent av kontraktbeløpet, og å gjøre opp alle eldre fakturaer fra Skarveland som ikke inngikk i finansieringsordningen fra høsten 2007. Ferdigstillelsesdato var i henhold til hovedkontrakten 30. april 2008.

FSM anmodet 24. januar 2008 sin faste bankforbindelse – Sparebank 1 SR-Bank – om å stille en garanti overfor Skarveland som «skal tjene som sikkerhet for rett betaling av kontrakt for levering til vårt bygg nr. 189». I samsvar med avtalen mellom FSM og Skarveland ble det bedt om en garanti

på 4 019 625 kroner, som utgjorde 30 prosent av kontraktssummen.

Banken utstedte garantien 29. januar 2008, med FSM som hoveddebitor og Skarveland som garantikreditor. Garantibeløpet var 4 019 625 kroner og gyldighetstiden fra 29. januar 2008 til 30. mai 2008. Den sentrale teksten lyder:

«Iflg. ordre og for regning av ovennevnte garantidebitor stiller undertegnede, Sparebank 1 SR-Bank, seg herved som selvskyldnerkausjonist like overfor ovennevnte garantikreditor, som sikkerhet for riktig betaling i forbindelse med montering av rør i henhold til kontrakt av 09.01.08 ... under forutsetning av at rørsystemer, herav hydraulikk, kjølevann, lub oil, fuel oil, starteluft, med mer spesifisert i kontrakt av 09.01.08, i sin helhet er montert bygg 189.»

I begynnelsen av mai 2008 ble det klart at verftet på grunn av sin vanskelige økonomiske situasjon ikke ville makte å dekke de resterende terminene til forfallstid. Skarveland sendte derfor 15. mai 2008 påkrav til banken og gjorde gjeldende at garantiansvaret var forfalt, fordi FSM ikke var i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten.

I en e-post 17. september 2008 dokumenterte Skarveland at kontrakten på bygg 189 nå var fullført. Bankene avviste Skarvelands krav i brev 23. september 2008, blant annet fordi arbeidet ikke var ferdig før garantien løp ut 30. mai 2008.

#### *Høyesteretts resultat*

Høyesterett delte seg i et flertall på 3 og et mindretall på 2. Flertallet (Kallerud, Bull, Matningsdal) tok Skarvelands anke over lagmannsrettens dom til følge, og foretaket fikk således medhold i sitt krav om forståelsen av garantiens innhold. Mindretallet (Falkanger og Indreberg) kom til at anken måtte forkastes og delte dermed bankens oppfatning om garantiens innhold.

#### *Rettens begrunnelse. Kritikk mot flertallets argumentasjon og konklusjon*

Flertallet tar som utgangspunkt at kommersielle avtaler som alminnelig regel skal tolkes objektivt, jfr. blant annet Rt. 2003 s. 1132 og Rt. 2005 s. 1447. Deretter bemerkes det at det ikke forelå noen felles partsoppfatning. Flertallet trekker så frem at utgangspunktet ved en selvskyldnerkausjon som garanterer for «riktig betaling» er at garantiansvaret utløses så snart en termin ikke betales ved forfall (51).

Det er uklart hvor flertallet har dette fra, ettersom det neppe gjelder noe utgangspunkt i så måte om *innholdet* i garantier. Hva garantien omfatter vil alltid være avhengig av garantiens innhold, og det er nettopp hva Høyesterett skulle ta stilling til gjennom en tolkning. Noe helt annet er at det ofte er vanlig i garantiforhold at en garanti utløses så snart en termin ikke betales, men dette er ingen generell regel. Det blir derfor forfeilet når flertallet tar

utgangspunkt i noe det anser som en hovedregel, for så å argumentere videre ut fra den. Det ligger jo da allerede en føring i retning av at garantien i samsvar med «hovedregelen» blir effektiv på den måten Skarveland hadde gjort gjeldende, slik at et annet resultat måtte ha spesielt gode grunner for seg, for derved å kunne sette hovedregelen til side.

Flertallet går så over til å se på ordlyden i garantien, og kommer til at denne lest isolert, jfr. ordene «i sin helhet er montert», trekker i retning av at hele det avtalte arbeid måtte være avsluttet for at bankens ansvar skulle utløses (52). Flertallet fjerner seg så fra ordlyden, ved å trekke inn andre tolkningsmomenter, jfr. (53)-(61).

Først anfører flertallet det argument at klausuler i en garantierklæring – i likhet med kontraktsbestemmelser i sin alminnelighet – bør tolkes slik at de får en fornuftig mening (53), med andre ord trekker flertallet frem reelle hensyn i form av et rimelig resultat. Deretter kommer flertallet til at det vanskelig kan anses «meningsfylt» at en bank stiller seg som selvskyldnerkausjonist for «riktig betaling» av en kontrakt som fastsetter delbetalinger, samtidig som den bestemmer at kontrakten må være oppfylt i sin helhet før garantiansvaret utløses (54).

Dette argumentet har en tvilsom relevans. Mindretallet påpeker således med rette at det er korrekt at garantien ble utformet slik at Skarveland fikk en relativt begrenset sikkerhet, men at den ikke var uten verdi, ettersom den dekket de siste 30 prosentene av leveransen (77). Det er således klart nok at garantien ikke kunne anses som ineffektiv eller uten mening for Skarveland, selv om den ble tolket slik banken gjorde gjeldende. Den hadde en reell betydning og funksjon, selv om den var begrenset.

Flertallet anførte så en argumentasjon som ytterligere søker å vise at garantien er av begrenset verdi for Skarveland om den tolkes slik banken gjorde gjeldende (55).

Flertallet avslutter så sin drøftelse av de reelle hensynene om garantiens innhold i (58) der det heter:

«Etter min mening er det etter dette klart at dersom garantien forstås slik at den bare var effektiv hvis hele den underliggende kontrakten ble oppfylt, ville den ikke gi Skarveland noen reell sikkerhet mot tap. En fortløpende garanti innenfor 30 prosent av kontraktssummen ville derimot innebære en fornuftig sikring av en betydelig del av Skarvelands utestående til enhver tid, for så vidt ikke ulikt en ordning som er vanlig i entreprisforhold.»

For å gi støtte til sin argumentasjon trekker flertallet så inn det forhold at garantidokumentet var en standardavtale der det ikke var «vurdert om den passet inn i det konkrete tilfellet» (60). I denne argumentasjon trekkes det også inn reelle hensyn, ettersom flertallet anser standardkontrakten som meningsfylt for vare- og utstysleverandører, men ikke for tjenesteleverandører som Skarveland.

Denne argumentasjonen med betoning av reelle hensyn er kjent fra rettspraksis når retten bortfortolker klar ordlyd, jfr. Rt. 1956 s. 1085 og Rt. 1958 s. 1076. Det underliggende forhold er da at partene ikke har ment det ordlyden gir uttrykk for, jfr. Woxholth, *Avtalerett*, åttende utgave, Oslo 2012, s. 358.

Men det som er oppsiktsvekkende er at flertallet i dette tilfellet *ikke* anser ordlyden for å være klar. Dette fremgår med all tydelighet av (61) der det uttales:

«Jeg føyer til at banken enkelt kunne ha formulert en klausul som gjorde det klart at den bare ville være ansvarlig dersom hele det avtalte arbeidet var utført og ikke for riktig betaling av den enkelte termin. Som forfatter av teksten må banken bære ansvaret for den uklarhet som her har oppstått. Det er etter mitt syn av liten betydning hvorvidt Skarveland, slik banken hevder, forela garantien for en juridisk rådgiver.»

Det er rett og slett oppsiktsvekkende at flertallet anser garantiklausulen for å være uklar og anvender uklarhetsregelen.

Mindretallet anser ordlyden som klar. Således uttaler mindretallet (71):

«Det springende punktet er hvorledes formuleringen «under forutsetning av at rørsystemer ... i sin helhet er montert», skal forstås. *Skarveland anfører i realiteten at garantien må leses som om formuleringen ikke fantes* (uthevet av undertegnede). En slik tolkning innebærer en radikal utvidelse av garantiens rekkevidde, som det etter min mening ikke er grunnlag for».

Mindretallet har åpenbart rett i den slutning som trekkes om at ordlyden er klar («i sin helhet er montert»). Da blir det naturligvis ikke riktig at flertallet benytter seg av uklarhetsregelen for å begrunne sitt resultat. Og det blir heller ikke holdbart når flertallet gjør bruk av det argument at standardavtalen ikke passet i det konkrete tilfellet, fordi dette forutsetter at det er rimelig klart at partene må ha ment noe annet enn det ordlyden gir uttrykk for.

Sistnevnte er i og for seg et relevant argument som kan bevirke at klar ordlyd i helt spesielle tilfelle settes til side ved en ren bortfortolkning, fordi partene må antas å ha ment noe annet enn det som står. I vårt tilfelle er flertallet ikke på noen måte tydelig på at det de gjør er en ren bortfortolkning, det hele «pakkes inn» under et slør av at ordlyden er uklar, og da blir det mye lettere å fortolke garantien slik flertallet gjør med avgjørende vekt på ulike reelle hensyn.

Er ordlyden klar, skal det atskillig mer til for å komme til et annet resultat enn den klare ordlyd gir uttrykk for, ettersom de reelle hensyn i tilfelle må kunne begrunne en fullstendig bortfortolkning av ordlyden. Dette er i realiteten hva flertallet gjør, selv om flertallet sier at det gjør noe annet (fortolker en uklar ordlyd blant annet under påberopelse av reelle hensyn og uklarhetsregelen). Det er således en klar inkonsistens i flertallets votum.

Den foran fremholdte prinsipielle forskjell og innfallsvinkel når det gjelder tolkning av avtaler med klar og uklar ordlyd er presisert og begrunnet i moderne avtaletolkningsrett med henvisninger til Høyesteretts praksis, jfr. f. eks. Hov/Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009, s. 269 flg og Woxholth, *Avtalerett*, åttende utgave, Oslo 2012, s. 356–360.

Mindretallet er meget tydelig på at ordlyden er klar, se foran, der det som påpekt sies rett ut at Skarveland i sin argumentasjon helt ser bort fra ordlyden. Mindretallet peker så på at når det gjelder en så klar ordlyd, er det liten grunn til å vurdere i hvilken grad garantien imøtekom Skarvelands behov eller om den representerte en rimelig risikofordeling (de reelle hensyn). Dette kommer til uttrykk på denne måten (78):

«Med den klare ordlyd garantien hadde, finner jeg imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på i hvilken grad garantien imøtekom Skarvelands behov, eller om den ga en rimelig fordeling av risiko mellom henholdsvis banken og Skarveland. Jeg kan for øvrig ikke se at det er av betydning at banken ikke ga Skarveland ytterligere informasjon om garantiens innhold. Banken måtte kunne legge til grunn at garantien ble lest av selskapets representanter, og at det ville være tilstrekkelig til å gjøre dem kjent med innholdet.»

Mindretallets innfallsvinkel og argumentasjon er solid begrunnet i kontraktsrettens rettskildelære og det er i lys av denne svært vanskelig å forstå flertallets begrunnelse og resultat. Det har oppstått som en følge av at flertallet har «presset faktum», ved å legge til grunn at ordlyden er uklar. Deretter har flertallet anvendt i og for seg holdbare rettskildeargumenter (reelle hensyn av ulik art), forutsatt uklar ordlyd.

Realiteten er imidlertid den at flertallet har satt en klar ordlyd i garantidokumentet til side, ved å påberope at den er uklar. Et resultat som legger avgjørende vekt på reelle hensyn som behov og lignende er naturligvis også mulig der ordlyden er klar, men da skal det svært mye til og det vil ikke være noen holdbar begrunnelse at garantien ikke tilfredstilte den ene parts behov, slik flertallet blant annet argumenterer.

Flertallet går videre alt for langt i retning av å si at garantien blir meningsløs («vanskelig for å godta som meningsfylt», jfr. 54) om den ikke tolkes slik flertallet kom til. Den blir meningsfylt om den tolkes annerledes enn flertallet, men den får en atskillig snevrere rekkevidde, noe som stemmer helt med den klare ordlyden.

Da er det mer nærliggende å trekke den slutning at lenger ønsket banken ikke å strekke seg når det gjaldt sin garantiforpliktelse, og at Skarveland ikke sto i en forhandlingsposisjon som kunne begrunne noe «mer» på det tidspunkt garantien ble avgitt.

Det hadde vært å foretrekke at flertallet åpent hadde innrømmet at ordlyden var klar, og med det utgangspunkt hadde vurdert om den kunne



bortfortolkes. Det hadde neppe vært mulig rettskildemessig, slik rettskildeskonstellasjonen i saken sto. Dommen er derfor et eksempel som viser hvordan Høyesterett kan presse faktum for å komme til et resultat man anser rimelig. Slik kan den anvendes i rettskildeundervisningen. Men den gir ikke noe godt bud om den respekt Høyesterett bør vise klar ordlyd og hensynet til forutberegnelighet i kommersielle kontraktsforhold.

Det er også et tankekors at flertallet «programmessig» – og i og for seg helt korrekt – tar utgangspunktet i ordlyden ved tolkningen av kommersielle avtaler, men uforklarlig at dette helt tapes av syne i den videre drøftelse. Visitten innom en hovedregel om en garantis innhold, er som foran påvist også høyst tvilsom. Det finnes hovedregler om garantiers forfall, men ikke om garantiers innhold for øvrig. Innholdet varierer med partenes forhandlingssituasjon og *begge* parters behov, og er derfor typisk underlagt tolkning i lys av de konkrete omstendigheter, slik som i dette tilfellet.

*Geir Woxholth*

## Litteratur

**Geir Woxholth, *Avtalerett*, 8. utg. Gyldendal Akademisk, Oslo 2012. 448 sider.**

7. utgave av denne bok utkom i 2009. Hovedgrunnen til at det er kommet en ny utgave av denne boken er at det er blitt vedtatt en ny studieordning ved Det juridiske fakultet, UiO. Dette har nødvendiggjort en viss komprimering av enkelte emner som er behandlet i boken. Fire nye høyesterettsdommer er kommet med i denne utgaven som er ajourført med hensyn til lovendringer og rettspraksis til september 2011.

*Peter Hambro*

**Trgyve Bergsåker, *Pengekravsrett*, 2. utg. Gyldendal Akademisk, Oslo 2011. 397 sider.**

Første utgave av denne boken utkom i 1994. Den nye utgaven er ajourført med ny og endret lovgivning, rettspraksis, litteratur og internasjonalt materiale. Bare siden 1. utg. er det kommet rundt 54 nye høyesterettsdommer.

*Peter Hambro*

**Markus Hoel Lie, *Kommunalrettslig representasjon*, Tromsø, 2011. (ISBN 978-82-15-01910-9).**

Boken *Kommunalrettslig representasjon* bygger på forfatterens doktoravhandling (Ph d) i rettsvitenskap. Den behandler reglene om når kommunen er bundet av avtaler og andre rettslige disposisjoner som går ut over den personelle kompetansen som foreligger. I tillegg behandles reglene om når kommunen er erstatningsansvarlig ved slike kompetansebrudd. Fremstillingen omfatter både situasjonen der det disponeres på formuerettens område og der det disponeres over offentlig myndighet.

Boken behandler fullmaktsreglene i avtaleloven og læren om toleranse- og kombinasjonsfullmakt, som ikke er regulert i loven, den forvaltningsrettslige læren om ugyldighet til skade, samt reglene om arbeidsgiveransvar i skadeserstatningsloven § 2-1.

Boken har et rettsteoretisk siktemål. Likevel vil den være til nytte for andre, spesielt advokater, dommere og ansatte i kommunene.

*Geir Woxholth*

## SELSKAPSRETT

**Den tyske forfatningsdomstols dom av 19. juli 2011 – 1 BvR 1916/09: Juridiske personer fra hele EU/EØS nyter menneskerettighetsvern etter den tyske grunnlov ved aktiviteter som faller under unionsrettens anvendelsesområde**

Saken gjelder overprøving av Bundesgerichtshofs (siste instans i privatrettslige saker – BGH) dom 22. januar 2009 (saksnummer I ZR 148/06) ved den tyske forfatningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) mht. om BGHs dom var i samsvar med saksøkers menneskerettigheter etter den tyske grunnloven (Grundgesetz – GG), særlig med det forfatningsrettslige vernet av eiendomsretten.

Etter tysk forståelse er de grunnlovfestede menneskerettigheter ikke kun rettigheter den enkelte kan påberope seg mot inngrep fra statens side. De anses i tillegg for å gi uttrykk for grunnleggende verdinormer som gjennomsyrrer hele den tyske rett og som all utøvelse av tysk statsmakt, uansett om den er av legislativ, eksekutiv eller judikativ art, må ta høyde for. Enhver tolkning av tysk rett, herunder privatrett, må skje i lyset av disse menneskerettigheter. Den som mener at en handling ved staten, for eksempel en (siste instans) dom, krenker hans menneskerettigheter etter grunnloven, kan klage til forfatningsdomstolen mot handlingen (såkalt Verfassungsbeschwerde). Forfatningsdomstolen overprøver da kun om menneskerettighetene etter grunnloven er krenket, men ikke om retten med vanlig lovs rang er anvendt riktig. (Alt i avsnittet

er fast rettspraksis siden BVerfG 15.1.1958 – BvR 400/57, trykt i NJW 1958, 257 (257f).)

Den forfatningsrettslige saken her gjaldt en overprøvelse av BGHs dom mht. om dennes forståelse og håndtering av en rettighet etter den tyske opphavsrettsloven (Urheberrechtsgesetz – UrhG) var i samsvar med eiendomsretten etter GG art. 14 (1).

Med eiendom forståes i GG art. 14 ikke bare eiendom i privatrettslig forstand, men også andre ved innehaveren ervervete rettsposisjoner som tilordner et formuesgode til en person og gir vedkommende eksklusiv mulighet til å råde over det på en lignende måte som den privatrettslige eiendomsretten gjør (jf. BVerfG dom 7. 7. 1971, NJW 1071 s. 2163), herunder opphavsretten (jf. avsn. 69, 83-86 og før nevnte dom).

Mens GG art. 14 (3) regulerer ekspropriasjon, gjelder GG art. 14 (1) lovgivers mulighet til å regulere innholdet i eiendomsretten. Grensen for slik regulering går der hvor eiendomsretten ville bli uthulet. Det kan for eksempel være ved en alt for snever begrensning av de muligheter for bruk og forsvar av den vernet rettsposisjonen, og/eller gjenstanden denne gjelder (jf. BVerfG dom 15.7.1981 – 1 BvL 77/78, NJW 1981 s. 745ff).

Den privatrettslige saken som ligger til grunn, gjaldt bruk av designermøbler som nøt opphavsrettslig vern. Saksøker hadde fått verdensomfattende eksklusiv rett til å produsere og råde over verket i avtale med rettighetsinnehaveren. Saksøkte sigarprodusent hadde i sin offentlig tilgjengelige sigar-lounge satt opp etterlignelser av disse møbler. Saksøker krevde at saksøkte skulle slutte med den bruk av møblene han foretok ved å sette opp etterlignelser i sin lounge (jf. UrhG § 97 (1), jf. § 17 (1) og § 96). Det avgjørende spørsmålet i saken var om saksøkte hadde gjort de angjeldende møblene tilgjengelig for offentligheten og derved rådet over verket i strid med saksøkers rett etter UrhG § 17.

EUD hadde i en svært lignende sak der BGH hadde forelagt et tolkningsspørsmål, uttalt at det å sette opp etterlignelser av opphavsrettslig vernet møbler for offentlig bruk uten at eiendomsretten blir overført til noen, ikke innebar noe inngrep i opphavsrettsinnehaverens rett etter art. 4 (1) i EF-direktivet 2001/29/EF4 (1) i EF-direktivet 2001/29/EF (EUD 17.4.2008 – C-456/06 og BGH dom 22.1.2009 – I ZR 247/03). BGH så seg bundet av EUDs tolkning. Den anså direktivet som totalharmoniserende, og så seg derfor hindret i å tolke UrhG §17 og § 96 videre, og gav ikke saksøker det påberopte vernet (se sammenfatning i avsnitt 35ff i forfatningsdomstolens dom).

Saksøker reiste forfatningsklage til BVerfG med påstand om at BGHs tolkning av UrhGs bestemmelser gav dem et innhold som stred mot GG art. 14 (1), og at en grunnlovsmessig tolkning av dem ville ha ført til en dom i hans favør.

I sin dom av 22.10.1986 (2 BvR 197/83, trykt i NJW 1987 s. 577 (580f)) hadde den tyske

forfatningsdomstolen uttalt at den – til tross for at grunnloven ikke tillater at kompetanseoverdragelsen til EU leder til inngrep i grunnleggende strukturer grunnloven tillegger den tyske stat, for eksempel menneskerettighetsbeskyttelsen – ikke vil overprøve om umiddelbart gjeldende unionsrett og de deler av tysk rett hvis innhold er foreskrevet ved unionsrett, er i samsvar med menneskerettighetene etter den tyske grunnloven så lenge EUD vurderer unionsretten opp mot unionsrettslige menneskerettigheter som byr på et i alt vesentlig tilsvarende vern som de tyske menneskerettigheter (avsn. 53, 90; om forholdet mellom unionsrett og tysk rett ellers se avsn. 82). Dette var ikke til hinder for overprøvingen i saken her da forfatningsdomstolen likevel kan overprøve forfatningsmessigheten av tysk rett på unionsrettslig regulerte områder i den grad unionsretten gir medlemslandene spillerom. Forfatningssklagen mot en dom kan da bl.a. begrunnes med at en domstol har unnlatt påbudt hensyntagen til menneskerettigheter etter grunnloven idet den feilaktig anså seg bundet av unionsrett (jf. avsn. 54). Dommen kan da gå ut på at saken henvises tilbake til domstolen for ny avgjørelse under hensyntagen til den før oversette menneskerettigheten.

Så langt står alt i samsvar med tradisjonell tysk rett(spraksis). Det som er interessant med saken her, er at saksøker som påberopte seg menneskerettigheter etter den tyske grunnloven, er en S.p.A., dvs. en juridisk person etter italiensk rett. Etter GG art. 19 (3) «gjelder disse [i de foregående artikler grunnlovfestede; min anmerkning] menneskerettigheter også for innenlandske juridiske personer for så vidt de etter sitt innhold er anvendelige på dem.» Menneskerettslig beskyttelse av eiendomsrett er en rettighet som etter sin art også en juridisk person kan ha (avsn. 69, fast rettspraksis siden BVerfG dom 20. 7. 1954, NJW 1954 S. 1235f).

Tidligere har BVerfG med henvisning til ordlyden i og formålet med GG art. 19 (3) regelmessig kommet frem til at utenlandske juridiske personer ikke nyter vern for sine materielle menneskerettigheter etter grunnloven (i motsetning til prosessuelle menneskerettigheter der dette ble anerkjent tidligere); jf. avsn. 57, 70ff m.fl.henv. Nå kom domstolen fram til at ordlyden i GG art. 19 (3) er i strid med frihetene etter EUFT art. 26 (2) og med diskrimineringsforbudet i EUFT art. 18 (jf. avsn. 68, 75-78, 81) hva gjelder juridiske personer fra EU og sine aktiviteter i Tyskland som er omfattet av disse traktat-bestemmelser (avsn. 78, 68). Ved siden av mindre relevante redegjørelser om hvordan begrensningen kom inn i GG art. 19 (3) argumenterte forfatningsdomstolen som følger: Juridiske personer fra EU er uansett vernet ved unionsrettens menneskerettigheter som også de nasjonale domstolene må se hen til, under sine aktiviteter som faller inn under unionsretten. Likevel innebærer det en diskriminering grunnet

nasjonaliteten om juridiske personer fra andre EU-land ikke hadde samme vern som tyske juridiske personer også ved menneskerettighetene etter den tyske grunnloven. EFD har i sin dom 5.11.2002 (Überseering) slått fast at juridiske personer fra andre medlemsland må ha samme rettsstilling som innlandske også i prosessuell henseende i saker ved nasjonale domstoler (avsn. 76f i forfatningsdomstolens dom). I og med at kun saker angående rettigheter etter den tyske grunnloven kan bringes inn for forfatningsdomstolen, ville utenlandske juridiske personer være avskåret fra å benytte seg av forfatningsdomstolen om de ikke var vernet også av nettopp grunnlovens menneskerettigheter (avsn. 77). En situasjon der en utenlandsk juridisk persons situasjon er sammenlignbar med en tysk juridisk persons situasjon slik at en slik diskriminering kan tenkes, antas kun å foreligge når forholdet har en viss tilknytning til Tyskland og den tyske rett, for eksempel fordi den utenlandske juridiske personen agerer i Tyskland, og saken kan bringes inn for tyske domstoler (avsn. 79).

I resultatet vant ikke saksøker saken mot BGHs dom. Den italienske S.p.A.en ble nok ansett for å kunne påberope seg tyske menneskerettigheter da den opphavsrettslige tvisten lå på EF-direktivs reguleringsområde og gjaldt en handling i Tyskland (avsn. 79). Men BGHs dom viste ikke tegn på at BGH hadde gjort feil i håndteringen av saksøkers eiendomsrett eller dens menneskerettigheter etter grunnloven ellers (avsn. 83ff).

Det er imidlertid ikke resultatet som gjør dommen interessant, men forfatningsdomstolens omtalte argumentasjon. Den åpner for at juridiske personer fra EU i motsetning til hva den klare ordlyden i GG art. 19 (3) sier, ved sine aktiviteter i Tyskland kan påberope seg menneskerettigheter etter den tyske grunnloven i saker som kommer opp for tyske domstoler i alle typer saker. I den grad EØS-avtalens innhold går parallelt med EUT, må det samme gjelde juridiske personer fra EØS-land.

Lovene er tilgjengelig på <http://www.gesetze-im-internet.de/aktuell.html>.

Tyske dommer for hvilke ikke trykkested er nevnt, er tilgjengelig på hhv. [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) (BGH) og [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de) (BVerfG) under «Entscheidungen» / «Entscheidungsdatenbank».

*Julia Pohl*

### **Lovlig aksjeutbytte etter aksjeloven § 8-1 annledd – Rt. 2011 s. 147**

Dette er en skattesak, men hovedspørsmålet i saken berodde fullt ut på et rent selskapsrettslig spørsmål.

Aksjeloven § 8-1 oppstiller reglene om hva som kan deles ut som aksjeutbytte. Første ledd knytter an til selskapets årsresultat etter regnskapet samt

selskapets annen egenkapital. Og inneholder noen begrensninger. Annet ledd oppstiller en ytterligere begrensning som typisk har betydning for selskaper med betydelig gjeld: Utbytte kan ikke utdeles «dersom egenkapitalen etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesummen» uten å følge fremgangsmåten for kapitalnedsettelse.

Einar Rasmussen Investment AS besluttet på ekstraordinær generalforsamling 27. desember 2005 å dele ut ekstraordinært aksjeutbytte på vel 30 millioner kroner. Selskapets bokførte egenkapital i balansen per 31. desember 2004 var vel 43 millioner kroner og balansesummen var vel 204 millioner kroner; ti prosent av dette utgjorde altså 20,4 millioner kroner. Følgen var at det ekstraordinære utbyttet overskred grensen i annet ledd med vel syv millioner kroner – om man baserer seg på balansetallene per 31. desember 2004. Forholdet var imidlertid at aksjekapitalen i selskapet var blitt utvidet med nytegning av vel 151 millioner kroner i juni 2005, og det springende punkt i saken var om det var anledning til å ta hensyn til dette ved anvendelse av annet ledd. Dette ble et skattepørsmål fordi retten til såkalt godtgjørelse etter reglene den gang (og som stort sett innebar at utbyttet var skattefritt) forutsatte at aksjeutbyttet var lovlig utdelt. Spørsmålet har tilsvarende betydning etter gjeldende rett for retten til såkalt skjerming (for fysiske personer som aksjonærer) og for anvendelse av den såkalte fritaksmetoden (for selskaper som aksjonærer).

Skattyterne fikk ikke medhold. Høyesteretts sentrale argument var den antatte sammenhengen mellom begrensningene i første og annet ledd: Når første ledd klart knyttet an til størrelser i årsregnskapet, var det «naturlig å forstå annet ledd slik at bestemmelsen bygger på samme tidspunkt som første ledd».

Skattyteren nådde ikke frem med at de tidligere reglene om reservefond, som annet ledd avløste, ble forstått annerledes, at kapitalutvidelser trer i kraft ved registrering av kapitalforhøyelsen, at sikkerheten for at verdiene faktisk fantes i selskapet var minst like store som for overskudd reflektert i årsregnskapet eller at det utvilsomt skal tas hensyn til kapitalnedsettelse etter balansedagen.

Det hører med til helhetsbildet at det aktuelle selskapet åpenbart ikke var av den typen som bestemmelsen i asl. § 8-1 annet ledd tar sikte på. Riktignok hadde selskapet gjeld på ca 161 millioner kroner i balansen per 31. desember 2004. Men det alt vesentlige av dette var avsatt utbytte for 2004 (som etter norsk god regnskapsskikk skal føres som gjeld i balansen).

Selskapet anførte også at det evt måtte være riktig å se bort fra feilen ved skattleggingen, idet skatterettspraksis hadde akseptert mindre avvik fra aksjelovens regler. Men Høyesterett fant at brudd på sentrale regler om begrensning i utbytteutdeling ikke kunne anses som et slikt mindre avvik.

*Frederik Zimmer*



### **Gevinst ved konvertering av konvertibel obligasjon til aksjekapital – Høyesteretts dom av 8. desember 2011 (HR 2011-2285-A)**

Den såkalte fritaksmetoden innebærer typisk at aksjeselskaper som har inntekt i form av aksjeutbytte eller aksjegevinst, er fritatt for skatt av slik inntekt (skatteloven § 2-38). Skattefriheten gjelder også for gevinst ved «realisasjon ... av finansielt instrument med eierandel [i aksjeselskap] som underliggende objekt». Saken gjaldt først og fremst spørsmålet om denne bestemmelsen kom til anvendelse i et tilfelle hvor det alt vesentlige av gevinsten ved konvertering av konvertibel obligasjon til aksjer skyldes kursstigning på aksjen. Gevinster på fordringer faller utenfor fritaksmetoden.

Det var på det rene at en konvertibel obligasjon er et finansielt instrument i bestemmelsens forstand og at konvertering til aksjer er realisasjon. Spørsmålet var om den konvertible obligasjonen kunne sies å ha aksje som underliggende objekt, helt eller delvis.

Spørsmålet var først om gevinsten kunne deles opp i én del som gjelder obligasjonen (som var skattepliktig) og én del som gjelder aksjen (som da ville være skattefri). En frittstående tegningsrett har utvilsomt aksje som underliggende objekt. Men Høyesterett fant at en konvertibel obligasjon «har ... delvis de egenskapene som er omtalt i loven, delvis ikke». Ordlyden løste derfor ikke spørsmålet. Det var heller ikke omtalt i lovforarbeidene, og for Høyesteretts flertall (fire dommere) ble det derfor sentralt at den vanlige rettsoppfatningen i praksis og teori frem til reglene om fritaksmetoden ble vedtatt (i 2004), var at en gevinst ved konvertering av konvertible obligasjoner ikke skulle deles opp, men anses som en gevinst på fordring fullt ut. Forarbeidenes taushet var dermed et argument for at denne rettsoppfatningen skulle videreføres. At gevinst ved slik konvertering har betydelig likhet med gevinster som faller inn under fritaksmetoden (typisk en frittstående tegningsrett), kunne ikke være avgjørende.

Skatteyteren hadde videre anført at dersom det ikke var grunnlag for oppdeling av gevinsten, måtte hele gevinsten behandles ut fra de regler som gjelder for det vesentlige av gevinsten, og det vesentlige her var utvilsomt verdistigningen på aksjer. Men heller ikke dette førte frem; en slik løsning ville reise grensespørsmål og ville dessuten lett lede til at gevinster ville bli skattefrie som aksjegevinster, mens tap ville bli fradragsberettiget som tap på fordring.

Skatteplikten for fordringer utenfor virksomhet gjelder bare hvor gevinsten refererer seg til «mengdegjeldsbrev» (skatteloven § 9-3 første ledd bokstav c nr. 1). For noen av obligasjonene var det spørsmål om det dreide seg om mengdegjeldsbrev. De var ikke omsatt eller egnet til omsetning, men selv om forarbeidene hadde en referanse til slikt i sin beskrivelse av hva mengdegjeldsbrev er, var dette etter

Høyesteretts oppfatning ikke et nødvendig vilkår; det ble her henvist til definisjonen i den tidligere verdipapirhandelsloven § 1. Det var utstedt 31 obligasjoner i denne serien, og neste spørsmål var om dette oppfylte mengdevilkåret. Høyesterett henviste til definisjonen i gjeldbrevlova § 4 om «gjeldsbrev som blir utgjevne mange i sammenheng og med sams tekst». Høyesterett fant at 31 var tilstrekkelig til at det var «mange», og henviste særlig til at formålet i skatteloven var å avgrense mot enkeltstående obligasjoner.

En dommer dissenterte og fant at det var grunnlag for å dele opp gevinsten. Hun fant rettstilstanden før 2004 mindre klar enn flertallet gjorde, at man ikke kunne utlede det flertallet gjorde av forarbeidenes taushet, og at reelle hensyn (likhet med nærliggende tilfeller, forebygge kjedebeskatning i konserner) talte for en oppdeling.

*Frederik Zimmer*

## **DISPUTAS**

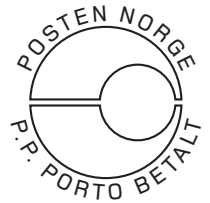
### **PhD-avhandling om allemannsrett**

Onsdag 18. januar 2012 disputerte Marianne Reusch på avhandlingen «Allemannsretten - Friluftslivets rettsgrunnlag». Avhandlingen gir en bred fremstilling av allemannsretten sett gjennom ferdselsretten, oppholdsretten og høstingsretten, og som Marianne Reusch skriver, er avhandlingens gjennomgående problemstilling å undersøke og å avklare innholdet av et gammelt rettsinstitut i møte med samfunnsendringene. I avhandlingen redegjøres det nærmere for blant annet allemannsrettens innhold, regulering av allemannsretten, allemannsrettens karakter, avtaler om allemannsrett. Reusch viser også at allemannsretten ikke er noe særnorskt fenomen gjennom sin redegjørelse for allemannsretten i en rekke andre europeiske land og i USA.

*Kirsti Strøm Bull*

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

**B**



## SEMINAR I FAMILIE- OG ARVERETT 7. MARS 2012

Vi inviterer til seminar i familie- og arverett, onsdag 7. mars kl. 15.30–17.00  
i Auditorium 4, 2. etg. i Urbygningen, Karl Johans gt. 47, Universitetet i Oslo

### 1) To høyesterettsavgjørelser om al. § 19:

Kjennelse: HR-2011-2144-A

Dom: HR-2011-2146-A

Ved John Asland

### 2) Kan arvinger reise vederlagskrav etter el. § 73?

Ved Tone Sverdrup

*Det er avsatt tid til spørsmål og diskusjon.*

Seminarer er tellende som videreutdanning for advokater, forutsatt at deltakeren signerer på listen som sendes rundt under seminaret.

Det vil bli en servering i lunsjrommet i Urbygningen, 1. etg. (inn til venstre) fra kl. 15.00. Seminaret begynner presis 15.30.

Påmelding til Bjørg Bachke på mail til [b.k.bachke@jus.uio.no](mailto:b.k.bachke@jus.uio.no), eller tlf. 228 59706/59832

### Vennlig hilsen

Tone Sverdrup

Peter Hambro

John Asland

## 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 (2012) på *Nytt i privatretten* koster kr 530,-. Studentabonnement koster kr 265,-. 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 2012

Neste utgave kommer mai 2012