



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Aldersdiskriminering, tariffbasert aldersgrense for piloter – Rt. 2012 s. 219

I «SAS-pilotene», Rt. 2011.609, var det tale om en tariffavtalefastsatt aldersgrense i en sammenheng med oppsigelser på grunn av nedbemanning. Der tok Høyesterett utgangspunkt i arbeidsmiljølovens bestemmelser om vern mot usaklig oppsigelse og vurderte reglene i lovens kapittel 13 om aldersdiskriminering ut fra stillingsvernsreglene. Dommen er omtalt i *Nytt i privatretten* 2011 nr. 3, s. 1-2. I saken her, «CHC Helikopter Service», forelå det ikke noen slik utvei. I tillegg var rettsutviklingen i EU tatt et skritt videre med EU-domstolens dom i *Prigge* (sak C-447/09, dom 13. september 2011) (omtalt i *Nytt i privatretten* 2011 nr. 4).

Som i «SAS-pilotene» var det i «CHC Helikopter Service» fastsatt en aldersgrense for piloter i tariffavtale. Aldersgrensen på 60 år var knyttet til en pensjonsordning med 60 år som pensjonsalder. Høsten 2007 meddelte endel piloter at de ønsket å fortsette i

sine stillinger som flygere med fulle rettigheter etter fylte 60 år. Mens arbeidsgiveren i utgangspunktet stilte seg positiv til dette, mente flygernes fagforbund og lokale fagforening – Norsk Flygerforbund og Helikopter Service AS Flygerforening – at arbeidsgiveren ikke hadde adgang til å la pilotene fortsette i arbeid etter fylte 60 år. En videre vurdering endte med at CHC avsto å la pilotene fortsette å fly etter oppnådd pensjonsalder.

For Høyesterett var utgangspunktet enkelt. Tariffavtalens bestemmelse om at arbeidsforhold opphører ved fylte 60 år, innebar en direkte diskriminering som rammes av diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljølovens § 13-1. Spørsmålet var derfor om forskjellsbehandlingen var tillatelig etter lovens § 13-3. Innledningsvis viste Høyesterett til og holdt seg til «Kystlinkformelen» fra Rt. 2010 s. 202 om at reglene i arbeidsmiljøloven må fortolkes slik at de blir forenlige med EUs direktiv 2000/78/EF. (Dommen i Rt. 2010 s. 202 er omtalt i *Nytt i privatretten* 2010 nr. 2.) Dette standpunktet innebærer blandt annet at norske domstoler som utgangspunkt skal vurdere unntak fra diskrimineringsforbudet «på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen» (avsnitt 46). Dette utgangspunktet var av helt sentral betydning i dette tilfellet. Med dommen i *Prigge* hadde EU-domstolen kort tid tidligere tatt stilling til helt parallelle spørsmål. Høyesterett fulgte den samme tilnærmingen som EU-domstolen i *Prigge*.

Det bakenforliggende utgangspunktet var at mens den internasjonale sertifikatalderen for piloter tidligere var høyst 60 år, var den hevet, under visse vilkår, til 65 år. Nasjonale regler var blitt endret i samsvar med dette. Reglene i direktivets artikkel 2 nr. 5 og artikkel 4 nr. 1 om vern av offentlig sikkerhet m.v. og om avgjørende ervervsmessige krav kunne ikke berettige unntak, i og med at internasjonale og nasjonale myndigheter tillot piloter å fly inntil fylte 65 år (avsnitt 52–53). Tariffavtalens grense på 60 år kunne heller ikke anses tillatelig etter den generelle unntaksregelen i direktivets artikkel 6 nr. 1, jfr.

Innhold nr. 2

Arbeidsrett.....	1
Arverett.....	4
Erstatningsrett.....	6
Familierett.....	12
Fast eiendom.....	15
Konkurranserett.....	16
Kontraktsrett.....	21
Pant og konkurs.....	25
Selskapsrett.....	27
Disputas.....	28

arbeidsmiljølovens § 13-3. Hensyn til luftfartssikkerhet kunne ikke føre frem av samme grunn som nettopp nevnt. I *Prigge* gikk diskusjonen ikke lengre enn dette. Høyesterett la – med rette – til grunn at det måtte være rom for ytterligere vurderinger. Kjernespørsmålet var om forskjellsbehandlingen kunne anses «nødvendig og forholdsmessig» etter arbeidsmiljølovens § 13-3. Her bemerket Høyesterett at det ikke forelå noe bevisst lovgivervalg bak 60-årsgrensen, og at den var betydelig lavere enn aldersgrensen på 67 år som var tema i «Gjensidigesaken», Rt. 2011.964 (omtalt i *Nytt i privatretten* 2011 nr. 3, s. 23). At pilotene fikk en meget god pensjon, var ikke avgjørende; Høyesterett bemerket at deltakelse i arbeidslivet dekker flere behov, også sosiale behov. Retten bemerket også, treffende, at hensynet til at yngre flygeres avansement ikke i seg selv kunne være tilstrekkelig, «dette ville kunne påberopes av enhver arbeidsgiver, og det ville være lite igjen av forbudet mot aldersdiskriminering» (avsnitt 72). Dette måtte ha anvendelse også for tariffavtaler; partene i arbeidslivet kan ikke ha større frihet i dette henseende enn den enkelte arbeidsgiver. I det hele var det ikke grunnlag for å anse 60-årsgrensen som forenlig med lovens diskrimineringsforbud.

Stein Evju

Ansettelse, aldersdiskriminering, bevisbyrde – Rt. 2012 s. 424

Saken gjaldt en stilling som førstekonsulent i NAV X avdelingskontor. En 61 år gammel søker, A, med sosionomutdannelse m.v. ble ikke innkalt til intervju. Han hevdet at dette var aldersdiskriminering, og han krevet derfor oppreisningserstatning etter arbeidsmiljøloven (aml.) § 13-9. Det fremgikk av utlysningsteksten at man primært ønsket en med minst 3-årig høyskole- eller universitetsutdannelse, og at arbeidserfaring «fra NAVs arbeidsfelt og fra veilednings-/oppfølgingsarbeid» ville bli vektlagt. Fire av ialt ti søkere ble innkalt til intervju. Det var B som var 31 år og utdannet sykepleier med seks års praksis, C som var 38 år og sykepleier med 15 års praksis, D som var 50 år og hadde ulike høyskoleeksamener samt ca 25 års praksis som saksbehandler ved Fiskeridirektoratet og E som var 28 år med master i pedagogikk og noe erfaring fra arbeidslivet. A, som var 61 år og utdannet sosionom med spesialisering og tilleggsutdannelse samt hadde erfaring fra helse- og omsorgssektoren, ble ikke innkalt. NAV X anførte at grunnen til at A ikke var blitt innkalt til intervju ikke var hans alder, men at NAV X hadde tilstrekkelig mange ansatte med sosialfaglig bakgrunn og derfor ønsket å rekruttere en med annen bakgrunn.

Høyesteretts drøftelse faller i to hoveddeler – først en generell gjennomgang av de regler som var aktuelle i saken, og dernest en konkret vurdering av As sak. I den generelle delen gikk en enstemmig Høyesterett

forholdsvis detaljert inn på diskrimineringsreglene i aml. kapittel 13. Førstvoterende bemerket blant annet at det ikke er tvilsomt at vernet mot diskriminering etter arbeidsmiljøloven kapittel 13 gjelder alle stadier i ansettelsesprosessen, og at vernet mot diskriminering gjelder både der det foreligger diskrimineringshensikt, og ved utilsiktet og ubevisst diskriminering uavhengig av skyld hos arbeidsgiver. Heller ikke oppreisningserstatning etter aml. § 13-9 er betinget av skyld (avsnitt 32).

Når det gjelder bevisbyrdereglene, pekte førstvoterende på at utgangspunktet etter alminnelige prosessprinsipper ville være at arbeidstakeren eller arbeidssøkeren måtte sannsynliggjøre at en negativ forskjellsbehandling skyldtes vedkommendes alder. Men aml. § 13-8 gjør unntak fra dette. Under henvisning til lovforarbeidene og rettspraksis fra EU-domstolen fremholdt førstvoterende at bevisbyrden snus dersom det foreligger «indikasjon på at det har funnet sted usaklig forskjellsbehandling». Det påligger arbeidstakeren eller arbeidssøkeren å etablere en slik presumsjon. Det ble videre vist til at med ordlyden «grunn til å tro» siktes det til en lempeligere standard enn sannsynlighetsovervekt for at en slik presumsjon skal anses å være sannsynliggjort. Førstvoterende bemerket også at det gjennomgående vil ha liten selvstendig bevisverdi at arbeidsgiver forsikrer at det ikke foreligger diskriminering. Men i sammenheng med slutninger som kan trekkes av objektive forhold, kan forklaringer fra de som deltok i ansettelsesprosessen, likevel ha bevismessig betydning (avsnitt 33–40).

Det er grunn til å bemerke at Høyesterett i den generelle drøftelsen av de regler som kunne være aktuelle i saken, har gått svært bredt ut uten at det kan sies å ha vært nødvendig. Dette gjelder spesielt spørsmålet om bevisbyrde, ettersom partene var enige om at det var arbeidsgiver som hadde bevisbyrden. De brede generelle drøftelsene er for øvrig et trekk som går igjen i flere av Høyesteretts dommer om aldersdiskriminering.

Når det gjelder den konkrete vurderingen av As sak, var det ikke omtvistet at det forelå omstendigheter som ga «grunn til å tro» at det hadde funnet sted aldersdiskriminering etter aml. § 13-8. Førstvoterende var enig i dette. Han anså det tilstrekkelig å vise til utlysningsteksten og til de ulike søkerens formelle og reelle kompetanse, og bemerket at det i lys av det alminnelige kvalifikasjonsprinsippet var å forvente at A ble innkalt til intervju (avsnitt 42). Spørsmålet var dermed om NAV X kunne «sannsynliggjør[e] at As alder likevel var uten betydning for beslutningen om ikke å innkalle ham til intervju – at dette valget utelukkende hadde ikke-diskriminerende årsaker» (avsnitt 43). Førstvoterende bemerket at saksbehandlingen hadde vært uheldig. Den konkrete bevisvurderingen måtte skje i lys av dette. Det at A på tross av sine kvalifikasjoner ikke ble innkalt, tilsa at NAV X

burde ha sikret dokumentasjon omkring grunnlaget for ikke å innkalle A. Høyesterett kom likevel til at det var overveiende sannsynlig at grunnen til at A ikke ble innkalt, var en annen enn hans alder, nemlig den at NAV X ønsket annen kompetanse enn den sosialfaglige ved kontoret. Ved bevisvurderingen så Høyesterett hen til at det var naturlig for NAV X å se etter personer med annen kompetanse enn den sosialfaglige. Det ble videre lagt vekt på at det var god grunn til at dette ikke ble presisert i utlysningsteksten; med et lokalt søkerutvalg som kunne være begrenset, var det hensiktsmessig med en vid utlysningstekst. Det fremgikk videre av innstillingen at det var viktig å få annen kompetanse ved kontoret, og i begrunnelse gitt til A og likestillings- og diskrimineringsombudet ble dette også oppgitt som grunnen til at A ikke ble innkalt. Høyesterett la også en viss vekt på vitneforklaringer fra de som avgjorde hvem som skulle ansettes. I dette tilfellet var forklaringene til en viss grad knyttet opp mot objektive omstendigheter.

Hilde Wiig Nicolaysen

Fotball, midlertidige kontrakter, oppsigelighet – Rt. 2012 s. 168

To profesjonelle fotballspillere ble sagt opp på grunn av klubbens økonomiske situasjon. Arbeidsavtalene var tidsbegrensede, slik praksis er i idrettsforhold. Arbeidsforholdene var regulert av et konglomerat av standard avtaleformularer og nærmere bestemmelser fastsatt av det nasjonale fotballforbundet, dels som konsekvens av i prinsippet tvingende bestemmelser fastsatt av det internasjonale forbundet.

Det springende punkt i saken var hvorvidt formuleringer i dette avtaleverket begrenset arbeidsgivers adgang til oppsigelse på grunn av økonomiske problemer i større utstrekning enn det som ville følge av saklighetsstandarden i arbeidsmiljølovens § 15-7 annet ledd. Høyesteretts flertall (3-2) besvarte dette med ja etter et omfattende og detaljrikt resonnement om fortolkningen av de ulike elementene i avtalereguleringen. Mindretallet kom likeledes til at oppsigelsene var urettmessige, men med en annen og enklere tilnærming.

Dommen er en sjelden illustrasjon av det sikre prinsippet om at det er full adgang til å avtale bedre løsninger enn lovens også når det gjelder det materielle stillingsvernet. Det som er langt mer bemerkelsesverdig, og både mer overraskende og mer problematisk, er det bredt anlagte og generelt utformede *obiter dictum* flertallet innlot seg på før det gikk inn på avtaletolkningen. Førstvoterende, dommer Tønder, fremholdt at før han gikk inn på den kontraktsmessige oppsigelsesadgangen, kunne det «være grunn til å se på hva som er lovens hovedregel når det gjelder adgangen til å si opp midlertidig ansatte i kontraktstiden» (avsnitt 48). Denne «hovedregelen» formulerte han dithen at «midlertidige arbeidsavtaler

som utgangspunkt ikke kan sies opp etter arbeidsmiljølovens ordinære oppsigelsesregler så lenge arbeidsavtalen løper, med mindre annet følger av avtale» (avsnitt 51). Standpunktet ble bygget på ordlyden i lovens § 14-9 femte ledd og noen enkelthensvisninger til forarbeider og kommentarlitteratur. Det overraskende er først og fremst at Høyesteretts flertall gav seg inn på en slik unødvendig diskusjon. Det problematiske ligger i at når flertallet gjorde det, har man bygget på et svært selektivt og ikke dekkende materiale som det er vanskelig å tro at Høyesterett har satt seg nærmere inn i. Disse sidene ved dommer er drøftet mer inngående i *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 6 [hefte 2], s. 341–364 (2012).

Avskjed av tillitsvalgt, rettsvirkning av tariffbrudd – Arbeidsrettens dom 6. mars 2012

Saken gjaldt avskjed av en tillitsvalgt i en bedrift tilsluttet NHO. Bedriften var bundet av tariffavtale mellom LO/Norsk Transportarbeiderforbund og NHO/XX. Ved oppsigelse eller avskjed av tillitsvalgt har da hovedavtalen LO – NHO (arbeidere) § 61-1 anvendelse. Forenklet sagt har arbeidsmiljølovens regler om oppsigelse og avskjed tilsvarende anvendelse, men slik at vilkåret «saklig grunn» gjelder for begge opphørsformer, og med noen særbestemmelser og tilpasninger.

Avskjedsspørsmålet i saken var ganske likefremt. Den tillitsvalgte var gitt avskjed begrunnet med flere ulike forgåelser med hensyn til ulegitimert fravær m.v. Arbeidsretten fant at de påberopte forgåelsene hverken hver for seg eller i sammenheng kunne begrunne avskjed etter hovedavtalens § 61-1.

Når det er verdt å omtale dommen, er det fordi den illustrerer en prinsipielt viktig side av forholdet mellom tariffrett/kollektiv arbeidsrett og alminnelig individuell arbeidsrett. I og med at avskjeden ikke hadde «saklig grunn» etter § 61-1, var den *tariffstridig*. Fra LOs side var det lagt ned påstand om dette, men også om at avskjeden dermed var *ugyldig*. Arbeidsretten gav dom for tariffstrid og ugyldighet i samsvar med påstanden. Det ble ikke sagt uttrykkelig i påstanden eller domsslutningen at tariffbruddet og ugyldighetsvirkningen knyttet seg til bedriftens disposisjon. Det var heller ikke nødvendig. Dels var det ikke tale om noen annen disposisjon i saken som kunne omfattes av karakteristikken og rettsvirkningen. I tariffretten er det dessuten slik at en sak om en tariffavtale – som her hovedavtalen LO – NHO – som utgangspunkt bare kan anlegges av og mot de overordnede tariffparter; jfr. arbeidstvistlovens (1927) § 8. Et medlem skal bare saksøkes dersom det legges ned påstand rettet mot det. Når bedriften i dette tilfellet var saksøkt ved siden av NHO, hadde den partsstilling i saken, og stillingen som saksøkt viste for såvidt at påstanden om tariffstrid og ugyldighet rettet seg mot bedriften og dens disposisjon. I en sak som denne har arbeidstageren, den tillitsvalgte,

derimot *ikke* stilling som part; jfr. til illustrasjon Rt. 1987.98 (*Høst*).

Et krav om å kjenne avskjeden ugyldig kunne også ha vært bragt inn for de alminnelige domstoler. Men da måtte arbeidstageren opptre som saksøker, og tariffpartene ville ikke ha noen partsstilling i en slik sak etter arbeidsmiljøloven. I den aktuelle saken her ble det reist individualrettslig søksmål for Oslo tingrett ganske umiddelbart etter at LO reiste søksmål for Arbeidsretten. Saken for tingretten ble imidlertid «oppgitt» etter tvistelovens § 18-4, slik at bare det tariffrettslige søksmålet kom til behandling. Det ville imidlertid vært uten betydning om søksmålet etter arbeidsmiljøloven hadde blitt fastholdt og blitt tatt under behandling. Det ville også vært uten betydning om stillingsvernsaken hadde vært endelig avgjort av Høyesterett, eventuelt i arbeidsgiverens favør. Det grunnleggende poenget er at et krav som bygger på tariffavtale, som her hovedavtalens § 61-1, og et krav som bygger på arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler, er to *rettslig sett ulike* krav. Dette gjelder uansett om rettsvirkningen(e) innholdsmessig sett kan være sammenfallende – som i et tilfelle som her ugyldighet av arbeidsgiverens disposisjon og eventuelt et erstatningsansvar. Den første kategorien, krav som bygger på tariffavtale, hører under Arbeidsretten, som har eksklusiv domsmyndighet. Slike krav kan ikke pådømmes av de alminnelige domstoler. Krav bygget på arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler kan derimot ikke pådømmes av Arbeidsretten, men hører under de alminnelige domstoler. Ved siden av kjennelsen i Rt. 1987.98 gir Arbeidsrettens kjennelse i ARD 1988.201 (*Pedro Ytredal*) en skarp illustrasjon. Arbeidstageren tapte en stillingsvernsak i herredsrett og lagmannsrett, og anke til Høyesterett ble nektet fremmet. Kort tid etter reiste LO søksmål mot arbeidsgiveren (som ikke var tilsluttet noen arbeidsgiverorganisasjon) med påstand om at oppsigelsen var ugyldig på grunnlag av fredspliktregelen i arbeidstvistlovens (1927) § 6 nr. 3. Saker om brudd på § 6 nr. 3 hører under Arbeidsrettens eksklusive domsmyndighet, og bestemmelsen innebærer et annet rettslig grunnlag enn arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler. Det forhold at saken etter arbeidsmiljøloven var rettskraftig avgjort, kunne derfor ikke hindre en behandling i Arbeidsretten på grunnlag av arbeidstvistlovens regel, selv om påstandskravet i de to sakene fra en praktisk synsvinkel sett var det samme – ugyldighet.

Disse trekkene ved og grensedragningene i det som tidvis omtales som «det dobbeltsporede system», består helt på samme måte etter den nye arbeidstvistloven av 2012, jfr. dens §§ 33 jfr. § 1 litra i om «krav som bygger på tariffavtale», og § 35 første og fjerde ledd. Arbeidsrettens dom av 6. mars 2012 er ikke bare en illustrasjon, men gir også en grunn til å minne om denne kompleksiteten i det arbeidsrettslige prosesssystemet.

Stein Evju

ARVERETT

Rt. 2012 s. 52 – nok en sak om tvungent prosessfelleskap ved søksmål etter al. § 19

Høyesterett la i Rt. 2010 s. 1361 til grunn at søksmål om omstøtelse måtte reises mot både gavemottager og giver når gjenlevende ektefelle hadde gavesolgt boets faste eiendom (se omtale i *Nytt i Privatretten*, 1/2011 og Eeg, «Tvungent prosessfelleskap i uskifterettslige omstøtelsessaker», *Lov og Rett*, 2011 s. 383 flg). Etter dommen i Rt. 2010 s. 1361 var det uklart hvor langt dens krav om tvungent prosessfelleskap strakk seg. Gjaldt kravet til tvungent prosessfelleskap bare i gavesalgstilfeller, slik at det ikke var nødvendig å saksøke gjenlevende i rene gavetilfeller hvor det ikke skulle skje et restitusjonsoppgjør? Dette spørsmålet ble avklart i Rt. 2011 s. 1502 (se omtale i *Nytt i Privatretten*, 1/2012). Høyesterett kom der til at giveren også måtte saksøkes i rene gavetilfeller. 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. Er det da nødvendig å saksøke dødsboet ved offentlig skifte eller loddeierne ved privat skifte? I Rt. 2011 s. 1517 kom dette spørsmålet opp (se omtale i *Nytt i Privatretten*, 1/2012). Her kom Høyesterett til at det ikke var nødvendig å saksøke dødsboet i en sak hvor saksøkte og saksøkeren var de eneste arvingene i et dødsbo under offentlig skifte.

I Rt. 2012 s. 52 kom spørsmålet om dødsboet skulle trekkes inn i saken opp i et tilfelle hvor de angivelige gavemottakerne ikke var blant loddeierne i dødsboet. For Høyesteretts ankeutvalg var hovedspørsmålet om det er adgang til å rette angivelsen av de saksøkte til ikke bare å gjelde kjøperne, men også selgerens dødsbo, jf. tvl. § 16-5. Premisset for at dette spørsmålet kom opp, var at dødsboet i utgangspunktet skulle vært saksøkt.

Faktum og saksgang

Det barnløse ekteparet Korsnes opprettet et gjensidig testament som fastsatte at deres bolig skulle tilfalle konas niese – Eldbjørg Muldal – ved lengstlevendes død, mens arven for øvrig skulle fordeles etter loven. Kona døde først, og mannen overtok boet uskiftet. Under uskifte solgte han den borttestamenterte eiendommen til ekteparet Andersen (som ikke var arvinger etter noen av ektefellene).

Etter lengstlevendes død ble det etter krav fra arvingen som i testamentet var tiltenkt eiendommen, begjært offentlig skifte. Det var i alt 19 arvinger – nieser og nevøer – etter ekteparet. Eldbjørg Muldal tok ut forliksklage mot ekteparet Andersen og krevde eiendomsoverdragelsen omstøtt etter al. § 19. Forliksrådet traff beslutning om å innstille saken. Muldal reiste deretter omstøtelsessak mot ekteparet Andersen for tingretten. De saksøkte påsto søksmålet avvist fordi søksmålsfristen i al.

§ 19 var oversittet. Subsidiært krevde de frifinnelse. Under hovedforhandlingen gjorde Muldals prosessfullmektig retten oppmerksom på at han nettopp var blitt klar over Rt. 2010 s. 1361, der det ble lagt til grunn at også selgeren må gjøres til part ved krav om omstøtelse av gavesalg etter al. § 19. På Muldals anmodning besluttet retten å utsette hovedforhandling og påla Muldal å trekke dødsboet etter ekteparet Korsnes inn som part i saken. Dette ble gjort. I tilsvaret reiste dødsboet, under henvisning til Rt. 2010 s. 1361, spørsmål om søksmålet skulle ha vært avvist fra forliksrådet. Ekteparet Andersen sluttet seg til dødsboet, og påsto hele saken avvist.

Tingretten avviste saken. Den viste til at boet skulle ha vært gjort til motpart allerede i forliksklagen, og at Muldal hadde profesjonell bistand i saken. Uavhengig av om søksmålet mot kjøperne var reist for sent, var det nå gått ytterligere 1 ½ år før boet ble trukket inn i saken. Retten fant derfor at Muldal ikke burde gis adgang til retting. Dermed måtte saken avvises, jf. tvl. § 1–3. Muldal anket til Frostating lagmannsrett, som tok anken til følge (LF-2011-85366). Lagmannsretten fant under tvil at skifteloven ikke var til hinder for at Muldal som loddeier kunne reise søksmål mot dødsboet. Lagmannsretten fant at det burde gis tillatelse til retting av partsangivelsen da den uriktige partsangivelsen berodde på en feil og ikke på en bevisst handling. Lagmannsretten fant det tvilsomt om det i det hele tatt var adgang til å avvise retting når tingretten først hadde gitt pålegg om retting. Spørsmålet om søksmålet mot ekteparet Andersen var anlagt for sent, jf. al. § 19, måtte retten ta stilling til ved prøvingen av saken. Ekteparet Andersen anket til Høyesterett.

Begrunnelse

Ankeutvalget tok utgangspunkt i at det ved søksmål med krav om omstøtelse av gavesalg etter al. § 19 følger av tvl. § 1–3 at både selger og kjøper må saksøkes, jf. Rt. 2010 s. 1361.

Videre legges til grunn at dødsboet, som ble skiftet offentlig, har partsevne, jf. tvl. § 2-1 (1) bokstav e. Det var på det rene at dødsboet ikke ble gjort til saksøkt innen ettårsfristen i al. § 19 annet punktum. Hvorvidt det i det hele tatt er adgang for en arving til å saksøke dødsboet ved et krav om omstøtelse etter al. § 19, var ikke gjenstand for anke.

Ankeutvalget sa seg imidlertid enig med lagmannsretten i at det var adgang til det. Med dette utgangspunktet fant ankeutvalget (avsnitt 27) grunn til å distingvere saken fra Rt. 2011 s. 157 avsnitt 19, hvor det ble uttalt at boet verken kan eller skal gjøres til part: «Situasjonen var imidlertid en annen, idet tvisten sto mellom de to loddeierne i boet. Det var da ikke noe reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til boet, jf. tvisteloven § 1–3 annet ledd. I vår sak er det et reelt behov for å få avgjort kravet i forhold til boet fordi det må medvirke til gjennomføringen

dersom kravet om omstøtelse fører fram. Det er derfor ikke bare adgang til å trekke boet inn i saken, men også nødvendig å gjøre det for å unngå at saken avvises etter tvisteloven § 1–3.»

Etter avklaringen av spørsmålet om dødsboet skulle vært saksøkt, gikk ankeutvalget inn på spørsmålet om lagmannsretten trådte feil da den kom til at det var adgang til å rette partsangivelsen. Svaret på dette spørsmålet beror på en tolkning av tvl. § 16-5 (2). I avsnitt 28 viser ankeutvalget til at dersom retting kan foretas, skal dødsboet anses saksøkt på dettidspunkt søksmålet mot ekteparet Andersen ble tatt ut, jf. tvisteloven § 16-5 (3) og Rt. 2011 s. 1502. Spørsmålet om det opprinnelige søksmålet var rettidig, måtte avgjøres ved realitetsbehandling av saken.

I tvl. § 16-5 (2) er vurderingstema om saksøker var «sterkt å bebreide» for ikke å ha saksøkt dødsboet. En part som er sterkt å bebreide, gis bare adgang til å rette hvis tungtveiende grunner taler for det. I avsnitt 30 henvises det til forarbeider og rettspraksis, hvor det fremgår at uttrykket «sterkt å bebreide», skal likestilles med grov uaktsomhet (NOU 2001: 32B s. 909 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 423–424 og Rt. 2011 s. 1502 avsnitt 56). «Aktsomhetsnormen er forskjellig for advokater og selvprosederende parter, idet det må stilles strengere krav til profesjonelle aktører. En part vil bli identifisert med sin prosessfullmektig, jf. tvisteloven § 3–5. Dette betyr at Eldbjørg Muldal vil anses å være sterkt å bebreide dersom det må anses grovt uaktsomt av hennes prosessfullmektig ikke å gjøre boet til part.»

Lagmannsretten tok, ved drøftelsen av Muldals uaktsomhet, utgangspunkt i Rt. 2010 s. 1361 avsnitt 40, hvor Høyesterett la til grunn at ankemotpartene hadde «valgt ikke å fremsette omstøtelseskravet også mot D, og latt søksmålsfristen i arveloven § 19 andre ledd løpe ut». Derfor kom Høyesterett da til at slik «denne saken ligger an, bør det ikke gis adgang til retting nå, jf. tvisteloven § 16–5 andre ledd.» Lagmannsretten hadde imidlertid distingvert saken fra Rt. 2010 s. 1361: «Det kan i vår sak ikke legges til grunn at Muldal bevisst har valgt å unnlate å saksøke boet. ... At kun kjøperne ble saksøkt må antas å bero på en feil, og ikke som resultatet av en bevisst handling. Feilen ble oversett også av retten, og ble først oppdaget ved hovedforhandlingen, med det resultat at retten ga Muldal frist for å trekke inn boet. Lagmannsretten kan ikke se at feilen er av en art som begrenser rettingsadgangen, jf. tvisteloven § 16–5 annet ledd.»

Ved vurderingen trakk ankeutvalget i avsnitt 33 frem at Høyesteretts ankeutvalg i en tidligere sak i kjølvannet av Rt. 2010 s. 1361 – HR-2011-1241 – forkastet en anke over en avgjørelse hvor lagmannsretten hadde tillatt retting under henvisning til at rettsstillingen med hensyn til tvungent prosessfellesskap hadde vært uklar før Rt. 2010 s. 1361. Ankeutvalget la etter dette til grunn at det «følger av dette at

dommen i Rt. 2010 side 1361 ikke kan forstås slik at en prosessfullmektig som har unnlatt å gjøre også overdrageren til part ved krav om omstøtelse av gavesalg, nødvendigvis er sterkt å bebreide. Det må skje en konkret vurdering». I avnitt 34 trekker ankeutvalget videre frem Rt. 2011 s. 1502 hvor Høyesterett også kom til at det var adgang til retting. Også i Rt. 2010 s. 1502 ble det pekt på forskjeller i faktum sammenlignet med Rt. 2010 s. 1361. Ankeutvalget ville ikke se avgjørelsen i Rt. 2011 s. 1502 som en tilsidesettelse av rettsoppfatningen som lå til grunn for ankeutvalgets kjennelse HR-2011-1241, nemlig at det også ved gavesalg må vurderes konkret om parten er sterkt å bebreide.

Ankeutvalget kunne ikke se at lagmannsrettens avgjørelse bygde på en uriktig rettslig forståelse av tvl. § 16-5 (2). Den konkrete vurderingen – subsumsjonen – kunne ikke ankeutvalget prøve. Anken ble forkastet.

Kommentarer

Avgjørelsen gir avklaringer i forhold til når dødsbo under offentlig skifte må saksøkes. Problemstillingen er om det er et «reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til boet». I denne saken var gavemottagerne ikke blant loddeierne. Det var således ingen motstridende interesser mellom saksøker og boet eller noen av loddeierne, slik situasjonen var i Rt. 2011 s. 1517. Avgjørelsen sier ingenting om privat skifte. Det er imidlertid usannsynlig at en slik sak kommer opp. Hvis det oppstår en tvist under et privat skifte, vil i de fleste tilfeller én eller flere loddeiere kreve offentlig skifte. Avgjørelsen bærer også bud om at ankeutvalget vurderer uaktsomhetsvurderingen i Rt. 2010 s. 1361 som for streng – selv om det ikke sies eksplisitt.

De danske professorene Svend Danielsen og Lennart Lyng Andersen, har fattet interesse for det særnorske fenomenet tvungent prosessfellesskap i omstøtelsessaker. I en artikkel under publisering i *Tidsskrift for Familie- og Arveret*, redegjør de for de norske reglene og drøfter i hvilken grad gjenlevende ektefelle eller dødsboet må eller bør trekkes inn i saken i dansk rett. De drøfter også hvilke påstander som må nedlegges overfor gjenlevende eller dødsboet, for at dommen skal få den tilsiktete rettskraftvirkning.

John Asland

Agder lagmannsrett 10. april 2012 (LA-2011-172843). Gjenlevende ektefelle kan og hadde gitt avkall også på minstearven etter al. § 6.

Fakta. D satt i uskifte med tre barn. I 1984 giftet han seg på nytt med C og ektefellene opprettet ektepakt om fullstendig særeie. Samme dag ble det laget en skifteoverenskomst med barna til D. Her var det bestemt at skifte av uskifteboet var gjennomført ved at D overtok alle aktiva og også all gjeld. Videre

forpliktet han seg til å ha fullstendig særeie i det nye ekteskap og opprette et ugjenkallelig testament til fordel for sine tre barn. Samme dag opprettet han da et testament hvoretter alt han etterlot skulle tilfalle barna og hvor det til slutt sto «således at ektefellens arverett etter loven bortfaller.» Testamentet ble undertegnet av testator, alle tre barna og ektefellen C. Regelen om ektefellens minste arv kom inn i al. § 6 først i 1990. Etter Ds død oppsto det tvist om C hadde rett til minste arv. I motsetning til tingretten kom lagmannsretten til at C hadde gitt avkall på minste arven.

Retten presiserte at en ektefelle utvilsomt kan gi avkall på minste arven. I dette tilfelle måtte man foreta en fortolkning siden avkallet var gitt i 1984. Meningen med dokumentene som ble opprettet i 1984 var å etablere en endelig ordning hvoretter D kunne beholde hele uskifteboet som sin eiendom. Til gjengjeld skulle hans formue være særeie og gjenlevende skulle ikke ha noen arverett etter hans død. Lagmannsretten mente det ikke var noen grunn til å skille mellom vanlig brøkarv og lovens minste arv.

Dommen bekrefter at ektefellen kan gi avkall på alle sine rettigheter etter arveloven; vanlig arv, minste arv og retten til uskifte. Det bør dog presiseres i et avkall hvor omfattende avkallet er ment.

Peter Hambro

ERSTATNINGSRETT

Bilansvarets anvendelse ved skader under av- og påstigning. Bilansvarsloven § 4 – Rt. 2012 s. 233

Ved avstigning fra en tankbil mistet sjåføren festet, falt ned ca 1,5 meter og fikk en varig skade i skulderen. Han krevde utbetalt erstatning fra motorvognforsikreren, som avslo under henvisning til at vilkårene i bilansvarsloven 3. februar 1961 § 4 ikke var oppfylt. Han saksøkte forsikrings-selskapet, og tapte i tingretten, men vant i lagmannsretten. Forsikrings-selskapets anke til Høyesterett gjaldt i realiteten bare rettsanvendelsen. Anken førte ikke frem. Dommen var enstemmig.

Høyesteretts vurdering

Førstvoterende tok utgangspunkt i bilansvarsloven § 4, som lyder:

«Gjer ei motorvogn skade, har skadelidaren krav på skadebot hjå det trygdelaget som vogna er trygda i etter kapittel IV, endå om ingen er skuld i skaden.»

Spørsmålet var hvordan «[g]jer ei motorvogn skade» skulle forstås.

For dette gjorde førstvoterende innledningsvis en omfattende gjennomgang av forarbeidene. Det ledet frem til en nokså moderat konklusjon om at «at 'gjer' oppstiller et årsakskrav samtidig som forarbeidene

viser at man tok sikte på å gi bestemmelsen et vidt anvendelsesområde».

Deretter ble Høyesteretts egen praksis gjennomgått. I Rt. 1968 side 878 skjedde skaden ved at en steinblokk falt ned og traff en rekke arbeidere som oppholdt seg på bilens lasteplan. Bilen var i fart. I denne saken ble det lagt til grunn at «[d]et er et bilansvar loven regulerer. Dette må forutsette at motorvognen på en eller annen måte utgjør et virkende element i hendelsesforløpet. Her har bilen spilt en passiv rolle» (side 881). Det er noe uklart om det er dette utsagnet Høyesterett viste til i den nå foreliggende dommen, hvor det ble sagt at «[d]ette vilkåret innebærer imidlertid ikke at det kreves en aktiv skadeforvoldelse fra vedkommende motorvogns side». Det siste ble det uansett funnet støtte for i Rt. 2003 side 557, hvor Høyesterett la til grunn at bilansvaret omfattet et tilfelle hvor en politibil kjørte inn i en parkert bil. Dette var etter Høyesteretts syn altså et tilfelle hvor den parkerte bilen hadde gjort skade i bilansvarslovens forstand. I Rt. 1986 side 1293 hadde skadelidte tatt av baklemmen på lastekarmen, og ettersom han hadde problemer med å få den på plass igjen, forsøkte han å legge den på lasteplanet. Han mistet den imidlertid på kneet, og fikk en alvorlig skade. Dette fant Høyesterett at ikke var omfattet av trafikksforsikringen, og det ble vist til at «[d]en fare som realiserte seg, atskiller seg ikke fra den som ville ha foreligget ved opplastingen av enhver annen gjenstand med tilsvarende tyngde og form. Situasjonen var for så vidt ikke noe annerledes enn den normale ved en lasteoperasjon» (side 1296).

Det var neppe helt enkelt å trekke en klar lede-tråd ut av de gjennomgåtte rettskildene. Høyesteretts oppsummering ble på den ene side at

«man tok sikte på at alle skader som kan oppstå som en naturlig konsekvens av motorvognens direkte bruk til transportformål etter omstendighetene skulle omfattes, men at man på den annen side som utgangspunkt ville unnta skader ved lasting og lossing. Dette viser at ansvaret ikke er begrenset til skader hvor den særskilte risikoen som motorvognansvaret tar sikte på å dekke har realisert seg, ...» (avsnitt 39).

På den annen side ble det utledet noen begrensninger av det alminnelige kravet om at en årsak må være tilstrekkelig vesentlig til at det er rimelig eller naturlig å knytte ansvar til den:

«Selv om en skade for så vidt har tilknytning til motorvognens direkte bruk, omfattes den ikke utelukkende av den grunn av motorvognansvaret. Det generelle årsakskravet som ble oppstilt i Rt. 1992 side 64 – at den aktuelle årsaksfaktoren må ha 'vært så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den' – må også gjelde i disse tilfellene. Også reservasjoner i forarbeidene viser at det må foretas en konkret vurdering. Dette illustreres for det første av utsagnet om at det vil være 'vegledende'

om skaden er en naturlig realisering av det farekompleks som er lovgrunnen for ansvaret. Videre kan det vises til at ved omtalen av bl.a. skader ved av- og påstigning uttales det at i 'prinsippet' skal også slike skader omfattes» (avsnitt 40).

Da Høyesterett så kom til de konkrete sakene om av- og påstigning, ble det ut av forannevnte utledet at det på den ene side vil være «et sentralt moment om motorvognen har en utforming eller en høyde som innebærer at det er en høyere risiko enn normalt for personskaade ved av- eller påstigning». På den annen side vil den «skadelidtes egen opptreden kunne stå sentralt». Dette er et spørsmål om vedkommende har opptrådt på en slik måte at denne opptreden fremstår som «den sentrale årsaksfaktoren». Til sist: Dersom skaden skyldes «forhold utenfor, f.eks. glatt underlag, vil også dette etter omstendighetene kunne tale mot ansvar». Det ble presisert at også mellomløsninger kan tenkes ved at ansvaret reduseres med hjemmel i lovens § 7.

I den konkrete saken var «den dominerende årsaksfaktoren» tankbilens høyde og utforming. Det var da klart at sakens faktum måtte subsumeres under «gjer»-kriteriet i bilansvarsloven § 4, altså at vilkåret var oppfylt.

Kommentar

Bilansvaret skal dekke risikoen ved biler og trafikk i vid forstand. Det er da ikke så overraskende at Høyesterett fant at dette etter omstendighetene også må kunne dekke situasjoner hvor folk skader seg i forbindelse med at de går inn eller ut av bilene, selv om bilen står stille. Det er vel heller ikke så store prinsipielle forskjeller på om man klemmer seg i bildøren eller ramler ut av den. Begge deler kan kort sagt ha med bilen å gjøre, og det vises jo også allerede i Motorvognansvarskomiteens utredning fra 1957 side 58 til at «også bl.a. skade noen lir ved å bli klemt i en vogndør, slått av en vogndør som åpnes, opprevet eller oppskåret av utstyr i vognen, ved å snuble inne i vognen eller i stiggrett, og annen skade under av- eller påstigning» i prinsippet faller innunder deknin-gen. Man kan imidlertid spørre om det var nødvendig av Høyesterett å gå så langt i å kreve spesielle trekk ved bilens «høyde og utforming». I hvert fall er det ikke entydig at forarbeidene henvisninger til «farekompleks» tilsier at det skal gås langt i en slik slags produktansvarsvurdering av den konkrete bilen.

Et smått uklart spørsmål om bilansvarets rekkevidde i tilfeller hvor bilen stod stille i skadeøyeblikket er forøvrig det nærmere forholdet mellom «gjer»-kriteriet, som både finnes i § 1 om lovens virkeområde og § 4 om ansvarsgrunnlaget, og regelen i bilansvarsloven § 2 første ledd bokstav b om biler som er forsvarlig «fråsegsett» utenfor gater, veier og andre steder der allmennheten kan ferdes. I Ot.prp. nr. 24 (1959–1960) side 40 heter det at «[k]jøretøyet må være 'bortsatt', dvs. være parkert etter en foreløpig

avsluttet eller tydelig avbrutt kjøring. Men dette kan være tilfellet, selv om passasjerer oppholder seg i kjøretøyet mens det er hensatt, t.d. under rasting, hvil eller liknende. At kjøretøyet må stå stille i skadeøyeblikket, er presisert ved den nye formulering.» Hvis en ulykke i en slik «fråsegsett»-situasjon henger sammen med bilens «høyde og utforming» kan det fremstå noe subtilt at det skal avgrenses mot dette bare ut fra hvor bilen står parkert, men både lovens ordlyd og uttalelsen i proposisjonen tilsier at slike tilfeller faller utenfor. Tolker man imidlertid proposisjonen og den endelige bestemmelsen i loven i lys av de betraktningene som ble fremført av Motorvognansvarskomiteen på sidene 65-66, er det likevel et mulig rom for forsvarlig å kunne konkludere med at et slikt tilfelle ikke ville være unntatt etter § 2. Uansett skal det noe til for at dette kommer opp i praksis, ettersom bilen tross alt må være parkert utenfor steder hvor allmennheten kan ferdes for at § 2 skal kunne slå inn.

Høyesterett legger tilsynelatende ikke så mye i Rt. 1968 side 878, og det kan spørres om ikke faktum i denne dommen kunne vært subsumert under «gjer»-kriteriet, slik Høyesterett utlegger kriteriet i den nå foreliggende dommen. Hvis man først står overfor en bil i fart, er det vel ikke uten videre gitt at situasjonen hvor en stein faller og treffer oppå bilen er vesensforskjellig fra for eksempel hvis steinen hadde landet på veien foran bilen, hvorpå det hadde blitt en kollisjon.

Det gjenstår at skader under av- og pålossing som utgangspunkt ikke er dekket. Også dette kan i prinsippet måtte nyanseres noe, ettersom også disse tilfellene i større eller mindre grad kan ha med bilen å gjøre. Høyesterett var imidlertid i Rt. 1986 side 1293 nokså avvisende til å ta hensyn til at den «pålossingen» som fant sted, var et forsøk på å legge en (tung) del av bilen på lastepaletten ettersom det ikke lot seg gjøre for skadelidte å feste den der hvor den hørte hjemme. Ut fra den foreliggende praksisen synes dermed dette unntaket å være en fortsatt tydelig begrensning i bilansvarets rekkevidde.

Bjarte Thorson

Arbeidsgiveransvar. Kommunes erstatningsansvar for mobbing i grunnskolen. Skadeserstatningsloven § 2-1 – Rt. 2012 s. 146

En gutt ble mobbet av medelever i grunnskolen i perioden fra da han startet på skolen i 1987, og frem til 1993 da han etter søknad fra foreldrene byttet klasse. Siden fullførte han grunnskole, ungdomsskole og begynte på høyere utdanning i år 2000. Fra 2002 fikk han forsinket studieprogresjon, og i 2007 avbrøt han studiene på grunn av psykiske plager. Etterhvert ble han innvilget rehabiliteringspenger og uførepensjon etter reglene for unge uføre.

Han krevde erstatning fra kommunen under henvisning til at helseplagene og uførheten skyldtes

mobbingen. Kommunen ble frifunnet i tingretten, men dømt i lagmannsretten. Erstatningen ble utmålt til cirka kr. 925.000,-. Kommunen anket til Høyesterett over «rettsanvendelsen ved aktsomhetsvurderingen». Anken førte ikke frem. Dommen var enstemmig, men med særmerknader fra én dommer.

Høyesteretts vurdering

Førstvoterende tok utgangspunkt i skadeserstatningsloven 13. juni 1969 nr. 26 § 2-1, som fastsetter:

«Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt. ... »

Deretter ble først spørsmålet om aktsomhetsnorm tatt opp. Under henvisning til forarbeidene ble det vist til at «det ikke vil være rimelig 'at det statueres ansvar i ethvert tilfelle der det kan sies at en skade er voldt ved uaktsomhet'. Særlig ved service-virksomheter, rednings- og bistandsytelser og rådgivningsvirksomhet, ligger det en begrensning i at det skal tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kunne stille til tjenesten, er tilsidesatt, jf. Ot.prp.nr. 48 (1965–1966) side 79.»

Førstvoterende fant det imidlertid ikke treffende å betrakte grunnskolen som en servicevirksomhet. Det ble vist til at barn etter skolelovgivningen har rett og plikt til offentlig grunnskoleopplæring, og at manglende oppfølging av dette er straffesanksjonert overfor foreldrene. Det måtte derfor være «den aktsomhetsnorm som følger av alminnelige regler om arbeidsgiveransvar» som skulle anvendes. Også ved disse «alminnelige regler» ville det imidlertid følge av skadeserstatningsloven § 2-1 at «aktsomhetsnormen må tilpasses de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten». Under henvisning til Rt. 2002 side 654, ble det pekt på at dette innebærer at «aktsomhetskravene må variere fra område til område».

Dette førte førstvoterende frem til følgende avsnitt med en første problemstilling:

«Her vil de spesielle forhold som selve skolesituasjonen innebærer, stå sentralt i aktsomhetsvurderingen. Spørsmålet om hvilke krav som A med rimelighet kunne stille til at skolen skulle forhindre mobbingen, vil derfor bli avgjørende ved vurderingen av kommunens ansvar i denne saken» (avsnitt 29).

Det naturlige «utgangspunkt» for denne vurderingen, var den skolelovgivningen som gjaldt på tidspunktet da mobbingen fant sted. Det ble derfor foretatt en nærmere gjennomgang av denne. Konklusjonen ble at det ikke kunne være tvilsomt at den vedvarende mobbingen skadelidte hadde blitt utsatt for «var i strid med de krav daværende skolelovgivning satte».

Dette førte så frem til en ytterligere problemformulering:

«Spørsmålet er om skolens håndtering av saken, først og fremst ved at mobbingen fikk fortsette så lenge uten at det ble grepet inn med adekvate tiltak, lå utenfor det han med rimelighet kunne forvente av kommunen, jf. skadeserstatningsloven § 2-1.

Avgjørende er om kommunens ansatte – lærere, rektorer og PP-tjeneste – kan bebreides at omsorgsplikten overfor A ikke ble tilfredsstillende ivaretatt» (avsnittene 37–38).

Det aktuelle var et ansvar for kumulative feil, «der det ikke er nødvendig å påvise at hver enkelt feil eller forsømmelse er tilstrekkelig til at vedkommende kan gjøres ansvarlig». En konkret gjennomgang av de tiltak skolen hadde satt inn, og eventuelle tiltak den ikke hadde satt inn, førte frem til konklusjonen:

«Selv om skolens ansatte, og særlig klassestyren, utvilsomt har forsøkt å gjøre sitt beste i en vanskelig sak, skulle de, i en situasjon som vedvarte år etter år uten å bli bedre, gjort mer for å avklare forholdene. Først og fremst skulle de forsøkt å identifisere mobberne, og sette inn tiltak direkte rettet mot dem. Særlig på dette punkt synes det å ha vært en feilvurdering å overlate en så stor del av oppfølgingen til klassestyren alene. En samlet vurdering av de forhold jeg har gjennomgått, tilsier etter mitt syn at de krav A med rimelighet kunne stille til skolen, var tilsidesatt, jf. skadeserstatningsloven § 2-1» (avsnitt 64).

Kommunen hadde anført at de omtalte tiltakene som ikke ble satt inn, ikke nødvendigvis ville ha vært effektive, i den forstand at de ville ha ført til at mobbingen opphørte. Førstvoterende viste til at lagmannsretten hadde konkludert med årsakssammenheng, og at dette ikke var påanket til Høyesterett. Det ble derfor ikke gått nærmere inn på anførselen.

Anken ble etter dette forkastet.

Dommer Bårdsen tok i sitt særvotum utgangspunkt i at mobbing allerede i lys av Rt. 1997 side 786 omfattes av arbeidsgiveransvaret. En gjennomgang av ordlyden og forarbeidene til skadeserstatningsloven § 2-1 ledet videre frem til at det er «det samlede bildet som er avgjørende», og at

«ansvarsspørsmålet til syvende og sist beror på en bredere, normativ avveining, hvor også prevensjons- og pulveriseringshensyn kan ha vekt. Jeg viser – som illustrasjon – til Rt-1997 side 786, særlig på side 793. Normen vil måtte avpasses den konkrete virksomheten eller tjenesten, og ses i sammenheng med det rettslige rammeverket som ellers gjelder for angjeldende livsområde» (avsnittene 72–73).

Skolelovgivning, forskrifter, rundskriv samt FN's barnekonvensjon gav et «massivt belegg for å si at skolebarn og deres foreldre har en berettiget forventning om at skolen gjør det som står i dens makt for å avdekke, avverge og motarbeide mobbing».

Kommentar

Dommen stiller opp noe som ligger nært et objektivt ansvar for kommunene. Høyesterett fremhever

blant annet at de ansatte «utvilsomt» hadde «forsøkt å gjøre sitt beste i en vanskelig sak». At man nærmer seg en objektivisert standard for en «forsvarlig ordning» henger nok nært sammen med de spesielle omstendighetene for elever i grunnskolen, som på bakgrunn av en plikt nedfelt i lov må oppholde seg i skolemiljøet i mange år. Samtidig kan det spørres om det alt i alt er hensiktsmessig at man i fremtidige saker om mobbing skal være nødt til å gjøre så konkrete og detaljerte gjennomganger av saksforholdet for å kunne avgjøre ansvarsspørsmålet.

I praksis er dommen likefullt et sterkt uttrykk for skolens ansvar for å motvirke mobbing. Det er også av interesse at Høyesterett ved dommer Bårdsens votum viser en tilbøyelighet til å vektlegge internasjonale konvensjoner – *Barnekonvensjonen* – som et uttrykk for verdier og rettigheter som må beskyttes i norsk erstatningsrett, sml. samme dommer som førstvoterende i Rt. 2011 side 769.

Mer rettsteoretisk er dommens håndtering av skadeserstatningsloven § 2-1 derimot noe vanskelig å gripe. Det kan for det første stedvis synes som om førstvoterende nærmest ser det slik at henholdsvis «uaktsomt» og «de krav skadelidte med rimelighet kan stille» hjemler to alternative standarder for hvordan skoler må forholde seg til mobbeproblematikk. En slik inndeling har potensial for å skape uklarhet med hensyn til hvilke adferdskrav en skadevolder egentlig er underlagt i en gitt sammenheng. En annen måte å angripe ansvarsspørsmålet på, ville være å legge til grunn at de skrevne normene i skolelovgivningen dannet grunnlaget for «de krav skadelidte med rimelighet kan stille», før det så ble vurdert om det konkret var «uaktsomt» at skolen ikke hadde evnet å etterleve de skrevne normene.

Det er heller ikke uten videre klart hvorfor Høyesterett i den foreliggende saken *før* man går gjennom de konkrete adferdskravene i skolelovgivningen, stiller et nærmest abstrakt spørsmål om «hvilken akt-somhetsnorm som skal gjelde» ut fra om det er en «servicevirksomhet» eller ei (avsnitt 27–28). Man må nødvendigvis undersøke hvilke krav personer i den konkrete skadelidtes rolle kan stille til skolevirksomheten som sådan, og det beror særlig på hva slags beskyttelse skolelovgivningen skal gi – og for hvem. Slik er det generelt ved offentligrettslig ansvar, og på denne måten vil det erstatningsrettslige vernet måtte differensieres mellom ulike potensielle grupper av skadelidte, og mellom ulike interesser. Et helt generelt spørsmål om «mildt» eller «strengt» ansvar for en offentlig virksomhet, er ikke godt egnet til å fange dette opp.

Bjarte Thorson

Eiendomsmeglerens ansvar for sikkert oppgjør – Rt. 2012 s. 335

Ved Høyesteretts dom 28. februar 2012 ble en eiendomsmegler kjent erstatningsansvarlig for kjøpers tap som følge av sletting av sikringsobligasjon og unnlatelse av å gjennomføre et sikkert oppgjør. Dommen er avsagt under dissens 4-1, idet mindretallet stemte for et mer begrenset ansvar enn flertallet. Det viktigste ved dommen er etter undertegnedes oppfatning at den klart slår fast eiendomsmeglerens plikt til å sørge for et sikkert oppgjør for kjøperen. Dommen klargjør også noen sider ved bruk av sikringsobligasjon, og den er interessant når den legger til grunn at rettsforholdet mellom eiendomsmegleren og kjøperen er av kontraktsrettslig karakter. Samtidig er det naturlig å peke på noen uklarheter og svakheter ved dommen.

Tapet for kjøperen oppsto som følge av at selgeren gikk konkurs før skjøte var tinglyst, men etter at selgeren hadde mottatt kjøpesummen. Spørsmålet var om eiendomsmegleren var ansvarlig for tapet. Det var også et spørsmål om tapets og dermed erstatningens størrelse, jfr. ovenfor om dissens i Høyesterett.

En av eiendomsmeglerne i Notargruppen hadde salgoppdraget. Da Notarkjeden kom ut i økonomiske vansker, opprettet Gjensidige Forsikring, som sikkerhetsstiller for kjeden, oppgjørsselskapet Glitne Oppgjørssentral AS for gjennomføring av kjedens megleroppdrag, herunder oppgjør og hjemmelsoverføringer. De handlinger og unnlatelser som var grunnlag for kjøperens erstatningskrav mot eiendomsmegleren, fant sted delvis mens Notar var i virksomhet og delvis etter at Glitne hadde overtatt. Slik Høyesterett begrunner sitt syn på ansvarsspørsmålet, er skiftet fra Notar til Glitne av underordnet betydning. Part i saken på meglersiden var for øvrig Gjensidige Forsikring som forsikringsgiver for både Notar og Glitne. I redegjørelsen i det følgende omtales Notar og Glitne under ett som «eiendomsmegleren».

Notars eiendomsmegleroppdrag gjaldt salg av eierseksjoner i et nybygg. Tre av seksjonene ble solgt til samme kjøper (egentlig to kjøpere som opptrådte sammen, men det er ikke noe eget poeng i saken). Seksjonene var regulert til næring. Kjøperens plan var å søke omregulering til boliger og å gjøre de tre næringsseksjonene om til seks boligseksjoner. Ifølge kjøpekontrakten skulle skjøter på de tre seksjonene i første omgang utstedes in blanco med sikte på senere direkte overskjøting av seks boligseksjoner fra opprinnelig selger til de endelige boligkjøperne. Bakgrunnen for bruk av blancoskjøter var kjøperens ønske om å spare dokumentavgift. På det tidspunkt da selgeren gikk konkurs, var en av de seks boligseksjonene ennå ikke tinglyst på noen ny kjøper. Denne seksjonen gikk derfor inn i konkursboet. Saken gjelder erstatning for kjøperens (dvs. første kjøpers) tap knyttet til denne seksjonen.

Etter inngåelse av kjøpekontrakten utstedte selgeren en sikringsobligasjon i eiendommen til

eiendomsmegleren Notar. Pålydende var hele kjøpesummen på 3,3 millioner kroner, og obligasjonen ble tinglyst på de tre solgte seksjonene. Det fulgte uttrykkelig av kjøpekontrakten for seksjonene at obligasjonen skulle tjene som sikkerhet for den del av kjøpesummen som til enhver tid var utbetalt til selgeren, og at obligasjonen skulle slettes når oppgjøret mellom partene var avsluttet og skjøte var tinglyst. Sikringsobligasjonen skulle ifølge kjøpekontrakten inneholde en urådighetserklæring, dvs. en sperre mot tinglysing av frivillige disposisjoner (som salg og pantsettelse) på eiendommen. Av sakens opplysninger synes det å fremgå at sikringsobligasjonen ikke inneholdt en slik urådighetserklæring, idet slik erklæring ble utstedt og tinglyst på et senere tidspunkt.

Her er vi ved et avgjørende punkt i saken. Da urådighetserklæringen ble tinglyst, fant megleren det forsvarlig å slette sikringsobligasjonen. Begrunnelsen synes å ha vært en oppfatning – støttet av en uttalelse i et læremiddel i eiendomsmeglerutdannelsen – om at obligasjonen ikke ga rettsvern mot selgerens kreditorer, herunder selgerens konkurs. Før behandlingen av saken i Høyesterett kom partene til enighet om at dette ikke var en riktig rettsforståelse. Høyesterett bekreftet også at oppfatningen «ikke er rettslig holdbar» (avsnitt 72). Som tidligere nevnt, sto det uttrykkelig i kjøpekontrakten at sikringsobligasjonen først skulle slettes etter at skjøte var tinglyst. Det kan legges til at dette også er selve poenget med en slik obligasjon. Den skal gi kjøperen sikkerhet for betaling som er foretatt til selgeren før kjøperen har fått tinglyst hjemmel til eiendommen. Den samlede Høyesterett kom til at det var en ansvarsbetingende feil av eiendomsmegleren å slette obligasjonen før kjøperen hadde fått hjemmel til eiendommen.

I dommens avsnitt 74 uttales det at slettingen av sikringsobligasjonen var i strid med kjøpekontrakten og dermed «et klart kontraktsbrudd». Slik kan det ikke sies. Kjøpekontrakten er en kontrakt mellom kjøperen og selgeren av eiendommen. Eiendomsmegleren er ikke part i kjøpekontrakten. At kontrakten pålegger megleren plikter, er i lys av dette en merkverdighet. Det kan godt hevdes at eiendomsmeglerens plikter overfor kjøperen er av kontraktsrettslig natur, selv om det bare er selgeren som er part i oppdragsavtalen med eiendomsmegleren. Slik kontraktsplikt kan likevel ikke begrunnes med kjøpekontrakten mellom kjøperen og selgeren. Undertegnede har i boken *Eiendomsmegling – omsorgsplikt og god meglerskikk* (2010) s. 173 konkludert med at rettsforholdet mellom megleren og kjøperen er av kontraktsrettslig natur i kraft av reglene om tredjemannsavtaler. Høyesterett har derimot tidligere i Rt. 2005 s. 870 lagt til grunn at rettsforholdet ikke er kontraktsrettslig, idet meglerens erstatningsansvar overfor kjøperen er et ansvar utenfor kontraktsforhold. I den dommen som omtales her, finnes det også

en annen uttalelse som synes å forutsette at megleren har kontraktsrettslige plikter overfor både selger og kjøper, jfr. avsnitt 89 om «avtaleforholdet mellom megler og salgets parter». Det er interessant at Høyesterett på denne måten anvender kontraktsrettslige synsmåter i forholdet mellom megleren og kjøperen, selv om det delvis skjer på uriktig rettslig grunnlag, og ellers ikke er nærmere begrunnet av Høyesterett.

I dommens avsnitt 74 uttales det også at slettingen av obligasjonen var et klart brudd med god meglerskikk (eiendomsmeglingsl. § 6-3 første ledd) ved at kjøperne dermed ble utsatt for risiko for tap. Her er man ved sakens kjerne. Det er særdeles viktig at Høyesterett på denne måten uttaler og legger til grunn et prinsipp om at eiendomsmegleren har plikt til å sørge for et sikkert oppgjør for kjøperen. Prinsippet uttales enda tydeligere andre steder i dommen (avsnitt 77, 94 og 103). Det er samtidig overraskende at Høyesterett ikke sier noe om hvor man henter dette prinsippet fra. Plikten til å sørge for sikkert oppgjør for kjøperen er ikke uttrykkelig uttalt noe sted i lovverket. Høyesteretts henvisning til lov om eiendomsmegling § 6-9 første ledd om at megleren skal tinglyse skjøte og gjennomføre det økonomiske oppgjøret mellom kjøperen og selgeren, er neppe tilstrekkelig til å begrunne prinsippet. Plikten er likevel et sikkert og viktig element i plikten til god meglerskikk, slik Høyesterett selv legger til grunn i avsnitt 74. Også dette er for øvrig behandlet i undertegnedes bok *Eiendomsmegling – omsorgsplikt og god meglerskikk* (2010), særlig s. 309-310.

Det kan tilføyes at når Høyesterett – flertallet og mindretallet – bygger ansvar overfor kjøperen på den omstendighet at megleren slettet sikringsobligasjonen før tiden var moden, så ligger det i dette en forutsetning om at kjøperen ellers ville ha vært sikret under obligasjonen, i samsvar med obligasjonens formål. Det kunne ha vært problematisert om det er kurant å sikre kjøperen under en obligasjon utstedt til eiendomsmegleren. Det uttales for øvrig i dommen (avsnitt 72 og 98) at kjøperen er sikret i det omfang kjøpekontrakten bestemmer. Også dette er en nyttig avklaring. Innholdet i kjøpekontrakten mellom kjøperen og selgeren er altså avgjørende for omfanget av kjøperens sikkerhet under en sikringsobligasjon utstedt til eiendomsmegleren. Kanskje burde Høyesterett har gått nærmere inn på grunnlaget for disse oppfatningene.

Sikringsobligasjonen dekket etter Høyesteretts oppfatning bare utbetalt kjøpesum, ikke det fulle økonomiske tapet for kjøperen av at den aktuelle seksjonen gikk inn i selgerens konkursbo. Det fulle tapet tilsvarte omsetningsverdien for seksjonen, som etter enighet mellom partene var 1,6 millioner kroner. Seksjonens andel av opprinnelig kjøpesum ble satt til 550.000 kroner. Det var dette beløpet som ville ha vært sikret om obligasjonen ikke var blitt slettet, og eiendomsmegleren var ansvarlig for dette som følge

av slettingen. Tap ut over 550.000 kroner kunne ikke kreves erstattet på grunnlag av slettingen av obligasjonen. Dette måtte i tilfelle erstattes på annet grunnlag. Her kommer flertallet tilbake til eiendomsmeglerens plikt til å sørge for sikkert oppgjør. Når eiendomsmegleren var klar over at sikringsobligasjonen var slettet uten at skjøte var tinglyst på kjøperen, skulle megleren ha satt i verk tiltak for å hindre tap for kjøperen. Megleren hadde «en kontinuerlig plikt til å avverge den latente tapsrisiko som dermed oppsto» (avsnitt 80). Han burde i det minste ha underrettet kjøperen om at sikringsobligasjonen var blitt slettet. I så fall ville kjøperen enten ha krevd ny sikringsobligasjon, eller han ville ha sørget for tinglysing av skjøtet. Dersom skjøtet var blitt tinglyst før selgerens konkurs, ville kjøperen ha unngått hele tapet. Høyesterett fant at bevisvilen om hva som ville ha skjedd, måtte gå ut over eiendomsmegleren (avsnitt 105), og la til grunn at skjøte ville ha blitt tinglyst. Eiendomsmegleren var derfor i utgangspunktet ansvarlig for hele tapet. Denne løsningen på bevissspørsmålet er i godt samsvar med den anerkjente læren om omvendt bevisbyrde for det alternative (hypotetiske) hendelsesforløpet, se f. eks. *Bergsåker, Eiendomsmegleres erstatningsansvar*, i *Bonus Pater Familias*, Festskrift til Peter Lødrup (2002) s. 109 flg. på s. 115-116. Høyesterett begrunnet likevel ikke sin bevisvurdering med denne læren.

Erstatningen ble satt ned etter reglene om skadelidtes medvirkning (skadeserstatningsl. § 5-1) med den begrunnelse at kjøperen selv hadde skapt en viss tapsrisiko ved å be om skjøter in blanco (avsnitt 112–113). Hovedtyngden av ansvaret måtte likevel ligge på eiendomsmegleren, og ansvaret ble satt ned med en tredjedel til 1.250.000 kroner.

Mindretallet på en dommer var enig med flertallet i ansvaret for sletting av sikringsobligasjonen, men fant ikke grunnlag for ytterligere ansvar. Mindretallet mente etter dette at erstatningen skulle settes til 550.000 kroner.

Dommen omfatter også noen problemstillinger knyttet til den omstendighet at kjøperen på et tidspunkt i hendelsesforløpet hadde engasjert en advokat til å forestå salget av boligseksjonene. Spørsmål knyttet til advokatens rolle er viktige i saken, men har neppe større prinsipiell interesse. Det var bl. a. spørsmål om den første eiendomsmegleren kunne gå ut fra at advokaten ville ivareta interessene til kjøperen også når det gjaldt rettsvern eller annen sikkerhet for det kjøpet som saken gjaldt, med virkning for den første eiendomsmeglerens ansvar. Det ble også reist spørsmål om det første megleroppdraget måtte anses avsluttet og overtatt av advokaten. Høyesterett mente at det verken var grunnlag for frifinnelse av eiendomsmegleren eller nedsettelse av ansvaret på noen av disse grunnlagene.

Trygve Bergsåker

Gyldigheten av ektepakt om særøie – Rt. 2012 s. 401

Et par som giftet seg i 1994, inngikk i 1995 en ektepakt hvor det ble bestemt at det hustruen brakte med seg inn i ekteskapet skulle være hennes særøie. Hun hadde kjøpt en bolig to år før ekteskapsinngåelsen, boligen var fullfinansiert med lån og kostet 225 000 kroner. Noe av bakgrunnen for inngåelsen av ektepakten, var mannens anstrengte økonomi og store kreditorpågang. Begge ektefellene hadde barn fra tidligere forhold, og ektepakten inneholdt også testamentariske bestemmelser om mannens rettigheter i boligen dersom hustruen døde først. Ektepakten ble ikke satt opp med bistand av advokat.

Ektepakten ble nektet tinglyst i Brønnøysund under henvisning til blant annet manglende avkryssning i rubrikkene i ektepaktskjemaet, samt at den inneholdt testamentariske bestemmelser i den supplerende teksten. Etter at ektepakten kom i retur tilføyde hustruen noen nye kryss, men intet mer ble gjort. I 2006 inngikk ektefellene en avtale om blant annet rett til uskifte for lengstlevende, som også ble undertegnet av livsarvingene. Heller ikke denne avtalen ble satt opp med advokatbistand.

Ektefellene gikk fra hverandre i 2008, og boligen var da steget til rundt 2 millioner kroner. Mannen hevdet at ektepakten om særøie var ugyldig. Han fikk medhold i tingrett og lagmannsrett. Lagmannsretten viste til at formkravene om underskrift mv. ikke var fulgt ved avkryssningen etter at ektepakten kom i retur, og fant at hustruen da måtte bære risikoen for den uklarheten som oppsto.

Høyesterett kom til at ektepakten var gyldig. Førstvoterende viser innledningsvis til at tinglysningskrav ikke er et gyldighetskrav når sak kommer opp mellom ektefellene, jf. el. §§ 54.3 og 55, og fremholdt videre at det fremgikk klart av den supplerende teksten at det var hustruens bolig og innbo som skulle være særøie. Da måtte det være uten betydning at det ikke var satt kryss i skjema for særøie. Retten viser til at ved motstrid mellom tekst og avkryssning, vil teksten normalt gå foran, jf. Holmøy/Lødrup, *Ekteskapsloven*, 2. utgave s. 359. Andre uklarheter i avkryssningen kunne heller ikke medføre ugyldighet.

Ektepakten inneholdt testamentariske bestemmelser i den supplerende teksten hvor det blant annet ble bestemt at mannen skulle ha boret til boligen ved hustruens død og at han og hustruens datter skulle arve den med en halvpart hver. Ektemannen mente at disse bestemmelsene krenket datterens pliktandel, jf. al. § 29, og hevdet at når denne delen av avtalen ikke kunne opprettholdes, måtte konsekvensen bli at hele ektepakten om særøie for hustruen måtte kjennes ugyldig. Heller ikke dette fikk han medhold i. Førstvoterende berører spørsmålet om anførselen isolert sett kunne hatt noe for seg, og presiserer i

den forbindelse at spørsmålet om pliktdelsreglene er krenket avhenger av verdiene i boet på arvefallstidspunktet (og ikke på avtaletidspunktet), jf. Hambro, *Arveloven*, 4. utgave side 207 flg. og at det også var usikkert om pliktdelskrenkelsen ville ha blitt gjort gjeldende av hustruens datter. Retten tar imidlertid ikke endelig standpunkt til mannens anførsel, fordi spørsmålet ikke kom på spissen. Retten fant at en såkalt «arveoppgjør avtale» som partene inngikk i 2006, satte de testamentariske bestemmelsene i den opprinnelige ektepakten til side. Etter denne avtalen skulle lengstlevende få sitte i uskiftet bo med nærmere spesifiserte unntak. Det var også bestemmelser om fordeling av arven mellom de tre barna. Avtalen var underskrevet av ektefellene, de tre barna og fem vitner. Førstvoterende fant at formkravene for testament etter al. § 49 var oppfylt, og at det også gikk frem at avtalen skulle være grunnlag for testament, selv om den var noe utradisjonell i formen. Uansett var det avgjørende for førstvoterende at dokumentet var undertegnet av de tre livsarvingene, og at de derfor ikke ville kunne høres med at de hadde innvendinger mot det som var avtalt. Retten fant at så lenge denne arveoppgjørsavtalen fra 2006 omfattet alt det ektefellene eide, satte den i praksis til side de testamentariske bestemmelsene i ektepakten fra 1995. Eventuelle mangler ved de testamentariske bestemmelsene i ektepakten kunne derfor ikke under noen omstendighet medføre at bestemmelsen om at boligen skulle være hustruens særøie, ble ugyldig.

Ektemannen fikk heller ikke medhold i at ektepakten måtte falle bort fordi meningen var at den bare skulle gjelde til hans økonomi bedret seg. Førstvoterende viser til at ektefellene ikke hadde avtalt tidsbegrenset særøie, hvilket det er anledning til etter § 42 annet ledd. og fremholder videre at selv om partene var enige om at hensynet til vern mot hans kreditorer var et vesentlig formål, så hadde hustruen forklart at hun ønsket særøie også av andre grunner. Førstvoterende konkluderer med at det etter hennes syn vanskelig kunne legges til grunn at ektepakten skulle være midlertidig når dette verken hadde kommet til uttrykk i ektepakts form eller i noe annet skriftlig dokument mellom partene. Selv om partene uttrykkelig hadde avtalt bortfall av særøie når økonomien bedret seg, ville det det ikke holdt: «Under enhver omstendighet er forutsetningen knyttet til mannens økonomi for ubestemt til at den kan danne grunnlag for en gyldig tidsavgrensning av avtalen her, jf. Holmøy og Lødrup, *Ekteskapsloven*, 2. utgave side 283.»

Mannen anførte dessuten at ektepakten hadde falt bort på grunn av etterfølgende forhold. Han viste for det første til at hustruen hadde krysset av på innbyrdes motstridende punkter etter at den kom tilbake fra Løsøreregisteret (det ble krysset av for både helt og delvis særøie). Her fikk han ikke medhold – førstvoterende fremholdt at ektepakten ikke var endret etter reglene i § 46 annet ledd, hvilket ville krevd en ny

ektepakt. Det var heller ikke tvilsomt hva som fulgte av den opprinnelige avtalen – det fremgikk av Løsøreregisterets brev. Mannen fikk heller ikke medhold i sin anførsel om at ektefellene var blitt enige om å legge ektepakten på is da den kom i retur. Hustruen var her av en annen oppfatning, og avgjørende for førstvoterende ble da at det ikke var inngått noen ektepakt som opphevet eller endret den gjeldende ektepakten, jf. § 46 annet ledd. Om ektemannen av ulike grunner skulle ha ment eller trodd at ektepakten ikke lenger gjaldt, måtte «han selv bære risikoen for dette så lenge villfarelsen ikke skyldes en opptreden fra hustruens side som for eksempel svik eller illojalitet» (avsnitt 51).

Atter subsidiært gjorde mannen gjeldende at arveoppgjørsavtalen fra 2006 om rett til å sitte i uskifte sto i motstrid til bestemmelsen i ektepakten, og på grunn av sammenhengen måtte derfor hele ektepakten anses som ugyldig. Førstvoterende viser til at det kan avtales uskifte med særeie, jf. el. § 43, og det er «lagt til grunn at særkullsbarn kan gi forhåndssamtykke til at lengstlevende overtar boet i uskifte, jf. Hambro op.cit. side 63–64». Førstvoterende kom på denne bakgrunn til at arveoppgjørsavtalen ikke «uten andre holdepunkter» kunne tolkes slik at ektefellene hadde ment å omgjøre særeiemidlene til felleseiemidler. Hvorvidt det forelå slike andre holdepunkter fant førstvoterende «tvilsomt.», men kom til at avtalen – ut fra sin ordlyd – ikke gjorde innhogg i ektepaktens bestemmelse om særeie. Den gjaldt fordelingen av eiendelene ved dødsfall, og sa intet om fordelingen av boet ved skilsmisse. Videre het er det: «Dersom partene mente å omgjøre også reguleringen av om de skulle ha særeie på hele eller deler av boet, hadde det vært naturlig om det var nevnt.» (avsnitt 55). Førstvoterendes konklusjon ble dermed at det ikke var grunnlag for å sette ektepakten til side som ugyldig. Boligen var derfor hustruens særeie.

Kommentar

Mange av de spørsmål som tas opp i denne saken beror på konkrete vurderinger; dommen avklarer i mindre grad prinsipielle spørsmål. På noen punkter slutter Høyesterett seg til standpunkt som har vært inntatt i teorien, jf. ovenfor.

De konkrete bevisvurderingene som retten foretar, virker etter mitt syn overbevisende. Flere av spørsmålene knytter an til ektefellenes forutsetninger, både da ektepakten ble inngått i 1995, da den kom i retur fra Løsøreregisteret, og da avtalen i 2006 ble inngått.

Hvis det bare var kreditorbeslag som skulle forhindre ved ektepakten, ville det ikke ha vært nødvendig å avtale formuesordningen særeie – da ville det være nok å slå fast at boligen skulle eies av hustruen, jf. bl.a. dekningsloven § 2-2. Men i denne saken gikk mannen inn i ekteskapet med en betydelig større gjeld enn hustruen, og som motvekt kan det gi mening å avtale at noen verdier skal være hennes særeie. Dette gjelder uavhengig av om mannen nedbetaler sin gjeld under ekteskapet eller ikke. I begge

tilfeller kan resultatet ellers bli at mannen får dekket opp sin gjeld uten at det går noe til likedeling fra ham, mens hun må dele sine opparbeidede verdier med ham. (Hvorvidt dette faktisk ble situasjonen i denne saken, skal jeg ikke ha uttalt meg om.)

Spørsmålet om hvilke krav som skal stilles til forutsetninger som ikke har kommet til uttrykk i den skrevne avtalen om formuesordningen, var sist oppe i Rt. 2008 s. 769. Saken gjaldt spørsmålet om et unntak fra skjevdelingsretten, jf. el. § 44, kunne innfortolkes i en avtale om fellesei. Etter en lengre drøftelse av hvilke hensyn som gjør seg gjeldende, konkluderte Høyesterett den gang med at det må foreligge «klare holdepunkter» for å innfortolke et slikt unntak. (avsnitt 50 og 51). Etter mitt syn kunne kravet om «klare holdepunkter» også ha tjent som rettesnor for flere av de spørsmålene som var oppe i denne saken.

Tone Sverdrup

Borgarting lagmannsrett 9. januar 2012 (LB-2010-179016). Spørsmål om skjevdeling og bruk av el. § 59 annet ledd.

Saken reiste en rekke sentrale spørsmål omkring skifte av fellesei: om en eiendom var i sameie, forståelsen av § 59 første ledd om verdi som kan skjevdeles og anvendelsen av unntaksregelen i § 59 andre ledd.

Fakta. A og B giftet seg i 1990. B – hustruen – hadde vært gift tidligere og hennes ektefelle døde i en ulykke i 1983. Hun arvet da en meget verdifull eiendom som hans foreldre hadde kjøpt. A, mannen, og B fikk et barn sammen som hadde Aspergers syndrom. Samlivet ble brutt i 2008. Verdien av Bs eiendom var avhengig av om man fikk delingstillatelse og utnyttelsesgrad ved bygging. Verdien lå i området 25–40 millioner kroner. A hadde under hele ekteskapet hatt en høy lønn, i 2010 over 1 mill., men satt igjen med gjeld etter separasjonen/skilsmissen.

Resultat. Både tingretten og lagmannsretten kom til at B fortsatt var eneieier av hele eiendommen. Skjevdelingsretten gjaldt for hele dagens verdi av eiendommen, men retten anvendte § 59 andre ledd og kom til at 25 % skulle være gjenstand for likedeling.

Begrunnelsen. *Sameie*. A mente eiendommen var gått over til å bli i sameie. Det forelå ingen skriftlig eller muntlig avtale om dette. A mente tydeligvis at sameie var etablert stilltiende og forutsetningsvis. Retten uttalte om dette at det har formodningen mot seg at avtaler om overføring av eiendomsrett til høyst verdifulle formuesgjenstander skulle inngås formløst. Et viktig moment var at ektefellene hadde opprettet en ektepakt om fullt særeie hvor det het at Bs eiendom skulle være hennes særeie. Ektepakten var blitt sendt til tinglysing, men returnert fordi den manglet vitnepåtegning. (Ektepakten var altså ugyldig.) At A hadde ytt meget betydelige økonomiske

bidrag unde hele ekteskapet ble ikke tillagt vekt. Om dette het det: «Eiendomsrett oppstår ikke ved økonomiske eller andre bidrag til ektefellenes økonomiske fellesskap i seg selv...» Retten kom derfor til at B var eneieier av eiendommen.

Skjevdeling. § 59 første ledd. A hadde påstått at man måtte skille mellom alminnelig prisstigning og verdistigning som var samfunnsskapt. Bare den første delen er gjenstand for skjevdeling var påstanden. Retten nevnte fire rettskilder: Lovens ordlyd taler for at hele nåverdien av en eiendom kan holdes utenfor delingen og lovteksten gir «ingen holdepunkter for at det skal sondres mellom ulike deler av verdien, alt etter hva som er grunnlaget for verdistigningen.» Det ble videre vist til forarbeidene hvor det er uttalt at skjevdeling også omfatter «verdiøkning som skyldes den alminnelige prisstigning». Lagmannsretten mente at uttrykket «den alminnelige prisstigning» måtte knyttes til prisutviklingen for den type formuesgode som saken gjaldt. Rt 2008 s. 769 ble nevnt. Her hadde hustruen under ekteskapet arvet midler og brukt disse til å nedbetale et lån ektefellene hadde på sin bolig. Høyesterett mente at verdistigning som skyldtes markedsutviklingen ikke kunne tilbakeføres til gjeldsnedbetalingen i et slikt tilfelle. I saken fra Borgarting var eiendommen i behold, eiet av B i sin helhet og all verdistigning under ekteskapet «uansett om årsaken er inflasjon eller markedsutvikling, oppfyller tilbakeføringsvilkåret.» Det ble videre vist til Holmøy/Lødrup *Ekteskapsloven med kommentarer* og Lødrup/Sverdrup *Familieretten* som mener hele dagens verdi kan skjevdeles. I juridisk teori er det bare Thomas Eeg som mener den samfunnskapte verdistigning må likedeles. Et ytterligere argument – som retten ikke nevnte – er at samfunnsskapt verdiøkning er et temmelig vagt begrep og sannsynligvis vanskelig å beregne. Retten konkluderte med at hele eiendommens verdi på skjæringstidspunktet kunne holdes utenfor etter § 59 første ledd. Retten avsluttet sin drøftelse med følgende kommentar: «Det er heller ikke noe behov for å komplisere § 59 første ledd ved å sondre mellom ulike typer verdistigning når man ser bort fra påkostninger, ettersom det kan tas hensyn til eventuelle urimelige utslag ved rimelighetsvurderingen etter § 59 annet ledd ...»

§ 59 annet ledd. Ifølge forarbeidene og rettspraksis er dette en snever unntaksregel. I denne saken var det tre viktige forhold som ble nevnt. Ekteskapet hadde vart i 18 år og dertil hadde partene bodd sammen et år før de giftet seg. I loven er ektefellenes innsats for familien nevnt som et moment. B hadde under hele ekteskapet vært hjemmeværende. Hun hadde hatt hovedansvaret for hus og hjem og passet sønnen under oppveksten. A hadde arbeidet som overlege og hatt høy inntekt som i sin helhet i alle år ble anvendt til felles bruk. Ektefellene hadde videre i flere år arbeidet med et byggeprosjekt som gikk ut på å utvikle eiendommen som B eide. Tomten var på nesten 7

mål og eiendommen hadde 80 meter strandlinje. Et arkitektoppdrag varte i fire år og utgifter til arkitekten og advokat ble ca. en halv million kroner. Ektefellene måtte oppta en boligkreditt med sikkerhet i eiendommen for å dekke disse og andre utgifter. På skjæringstidspunktet var saldoen 1.465.269 kroner. I tilknytning til boligprosjektet hadde A tegnet en livsforsikring og forsikringsbeløpet var på 5 mill. kroner. Etter samlivsbruddet fortsatte A å betale renter på boligkreditten. Retten oppsummerte med å nevne at A måtte sies å ha gjort en meget betydelig økonomisk innsats for familien. Et siste viktig moment var partenes økonomiske stilling etter samlivsbruddet. B hadde aldri hatt lønnsinntekt. Hun var 59 år gammel og ville bli minstepensjonist. Hun ville måtte fradele og selge deler av sin eiendom for å ha noe å leve av i fremtiden. A var 66 år gammel og hadde planlagt å gå av med pensjon ved fylte 67 år. Han ville få en pensjon på 650 000. Han hadde ingen oppsparte midler siden alt var gått til familiens forbruk. Etter samlivsbruddet hadde A måttet oppta et lån på 3.4 mill. kroner og kjøpt en leilighet på 60 kvm for 2.8 mill. kroner. Retten nevnte at den markedsmessige/samfunnsskapte verdistigningen på skjæringstidspunktet utgjorde i størrelsesorden 15-20 mill. kroner. Som nevnt ble resultatet at 25 % av eiendommens verdi skulle likedeles. Retten nevnte at «lempningen etter § 59 annet ledd må begrenses til å korrigere et åpenbart urimelig resultat.»

Kommentar. Når det gjelder sameie og tolkingen av § 59 første ledd, er dommen helt i tråd med gjeldende rett etter min mening. Hva angår verdistigning kunne lagmannsretten vist til dommen i Rt. 2002 s. 1596 og mindretallet i Rt. 2001 s. 1434. I Rt. 2002 s. 1596 tok Høyesterett det som gitt at verdistigning tilfaller ektefellen som har bragt en eiendom inn i ekteskapet, uten å skille mellom bakgrunnen for verdistigningen. I den saken var spørsmålet om eierektefellen også kunne skjevdele verdistigning på den lånefinansierte delen av en eiendom, og Høyesterett konkluderte med at skjevdeling bare gjelder for verdistigningen på egenkapitaldelen av en eiendom.

Borgartingsaken var vel et klassisk tilfelle hvor det var naturlig å anvende § 59 annet ledd. I Lødrup/Sverdrup skrives følgende (s. 269): «Et typetilfelle hvor resultatet lett kan bli urimelig, er hvor den ene ektefelle eier basisgoder som bolig, hytte m.v. ved ekteskapsinngåelsen. Som enhet betraktet har ekteparet ingen foranledning til å spare under ekteskapet ettersom basisgodene finnes tilgjengelige. ... Når intet er spart opp eller investert under ekteskapet, blir det heller intet å likedeles ved ekteskapets opphør. Dermed risikerer den andre ektefellen å gå tomhendt ut av selv et langvarig ekteskap.» Nettopp dette var tilfellet i denne saken. Et moment som ikke ble nevnt er at B vel måtte selge hele eller deler av eiendommen for å løse ut A. I loven står det at retten til skjevdeling helt eller delvis kan falle bort. Om delvis bortfall står

det i Holmøy/Lødrup (2001) s. 401: «Skjevdelingsretten vil i tilfelle kunne begrenses til visse deler av skjevdelingsformuen etter første ledd, et beløp innenfor verdien av denne, eller til en andel.» Et beregningsproblem oppstår når A skulle ha 12.5 % av eiendommens verdi. Om eiendommen var verdt 30 eller 40 millioner var vanskelig å si. Når målet er å unngå et åpenbart urimelig resultat, er det etter min mening mer naturlig og praktisk å tilkjenne en bestemt sum.

Peter Hambro

FAST EIENDOM

Tingsrettens grense mot obligasjonsrett – eiendomsretten foreldes ikke – Rt. 2012 s. 506

I dom av 29. mars 2012 la Høyesterett – enstemmig – til grunn at et krav om tilbakeføring av fast eiendom, grunnet på at overdragelsen av eiendommen er ugyldig, ikke er gjenstand for foreldelse.

Doms slutningen var at det konkrete kravet om tilbakeføring av eiendommen ikke var foreldet, og at den tapende part ble dømt til å betale motpartens saksomkostninger. Dommens rekkevidde er beskrevet på følgende vis: «Den foreliggende sak skal vurderes på bakgrunn av at de ankende parter mener at overdragelsen av eiendommen fra D i 2003 er ugyldig etter den ulovfestede lære om ugyldighet som følge av alvorlig sinnslidelse. Det faller utenfor rammen for denne saken å ta standpunkt til hva som ville ha vært situasjonen dersom det hadde vært anført andre grunnlag for krav om ugyldighet eller avtalerevisjon.»

Foreldelse etter lov om dette gjelder «fordringer». Men får man virkelig bare en fordring på noen som krenker en eiendomsrett ved å fravende en annen den tilsynelatende eiendomsretten – eller er det mer naturlig å si at kravet om å få tilbake det man eier i en slik situasjon er iboende i selve eiendomsretten? Om dette sier Høyesterett: «Hvilke krav som er gjenstand for foreldelse er angitt i foreldelsesloven § 1 første ledd, som lyder «Fordring på penger eller andre ytelser foreldes etter reglene i denne lov når ikke annet er lovbestemt.» Spørsmålet er hva som i denne sammenheng omfattes av begrepet fordring. At en eiers vindikasjonsskrav som utgangspunkt ikke foreldes, er utvilsomt. Det tvisten gjelder, er om dette utgangspunktet kan opprettholdes når det reises krav om tilbakeføring av en eiendom som er overdradd i henhold til en avtale som forutsetningsvis er ugyldig fordi avhenderen mangler rettslig handleevne. Ordlyden gir ikke særlig veiledning for den nærmere avgrensning.» – Et spørsmål kan her være om retten med denne siste formuleringen fristiller seg for mye i forhold til en naturlig språklig forståelse av lovteksten. Det kan da ikke være særlig tvilsomt at folk

flest har en substansiell oppfatning av eiendomsretten, og at denne oppfatningen taler for at foreldelsesloven ikke kan anvendes i et tilfelle som dette?

For Høyesterett er *lovforarbeidene* avgjørende, men i tillegg omtales juridisk litteratur («teori») bredt. Lest i sammenheng med eldre litteratur, er det nærliggende å forstå forarbeidene slik at eiers vindikasjonsrett ikke foreldes: «Min konklusjon er etter dette at overdragers restitusjonskrav overfor den som har ervervet gjenstanden ved en avtale som ikke er bindende for overdrageren ikke foreldes, er et utslag av en innarbeidet rettstradisjon, synes forutsatt av lovgiver og har hatt alminnelig tilslutning i teorien over lang tid. Jeg kan ikke se at det er noen grunn til å fravike denne forståelse av foreldelsesloven.» (avsnitt 34)

En dommer (Tjomsland) fant grunn til å bemerke særskilt at han hadde funnet saken «noe tvilsom». Etter hans syn «er det – ut fra en realbetragtning – atskillig som kunne tale for å anse et restitusjonskrav på grunn av en ugyldig kjøpsavtale som en «fordring på restitusjon» i forhold til foreldelsesloven, hva enten det er selger eller kjøper som påberoper seg ugyldighet. Om det som utgangspunkt foreligger et slikt restitusjonskrav beror jo på om det foreligger ugyldighet og ikke på hva slags objekt det er tale om å restituere. Jeg innser imidlertid at det, som redegjort for av førstvoterende, synes å være en nokså langvarig og alminnelig rettsoppfatning at selgers krav på restitusjon ved en ugyldig avtale ikke er gjenstand for foreldelse. Selv om dette standpunkt har vært begrunnet i betraktninger omkring sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, som ikke primært synes å være utviklet med sikte på foreldesspørsmålet, er jeg på bakgrunn av fastheten i det rettsmateriale som førstvoterende har vist til, blitt stående ved ikke å oppta noen dissens.»

Til dette siste kan man kanskje tenke at saken her nettopp illustrerer relevansen av den klassiske delingen mellom tingsrett og obligasjonsrett. Og er det kanskje til og med slik – de nå rådende trender i privatretts tenkningen internasjonalt tatt i betraktning (se eksempelvis straks nedenfor) – at det er på tide med litt nyklassisisme?

Endre Stavang

Ny giv for privatretten på Harvard, takket være tingsrettsprofessor Henry Smith

Selv om Yale Law School både er best akademisk og mest eksklusivt, er Harvard Law School kanskje verdens mest kjente juridiske lærested. Når det lyktes Harvard Law School å rekruttere tingsrettsprofessoren Henry Smith for noen år siden fra Yale, er det derfor grunn til å tro at Smiths bidrag innen tingsrett og annen privatrett vil bli enda bedre kjent. Sammen med tingsrettsprofessor Thomas Merrill (Columbia) har Smith argumentert for at det funksjonelle eiendomsrettsbegrepet er mangelfullt og må suppleres/

modifiseres, se bl.a. Merrill & Smith, *Property: Principles and Policies* (2007). Et hovedsynspunkt er at tingsrettens gjenstand er de tinglige rettighetene (in rem-rettighetene), og man med et slikt «essensialistisk» utgangspunkt særlig bør søke å forklare de tingsrettslige modulene ut fra hvordan de bidrar til å dempe behovet for kostnadskrevenende informasjonsinnsamling og -håndtering. Et annet hovedsynspunkt er at det funksjonelle eiendomsrettsbegrepet (property as a bundle of rights/sticks) er for statsvennlig og «dekonstruktivistisk».

Henry Smith er norgesvenn og leser tysk, islandsk (han har en doktorgrad på bruken av dativ i eldre islandsk) og norsk (han var medlem av Geir Stenseths professoropprykkskomite). I 2010 holdt han Arnholms minneforelesning ved Institutt for privatrett. Mot denne bakgrunn bør det ha en viss interesse at Henry Smith har stilt seg i front for en ny giv i amerikansk og komparativ privatrettsforskning ved å opprette et forskningsprogram i privatrett ved Harvard.

Høsten 2011 var Henry Smith hovedinnleder på Harvardsymposiet om «den nye privatretten». Forhåndsomtalen lød: «Private law» encompasses traditional common law subjects such as Property, Contracts, and Torts, adjacent subjects including intellectual property, and topics that are now mostly neglected in U.S. law schools, including restitution, equity, and remedies. Although scholars in commonwealth and civilian jurisdictions generally regard private law as a useful category, here it is barely recognized. Since the rise of Legal Realism and the modern administrative state, the standard academic supposition in this country has been that «all law is public law», and that any use of the category of private law is unhelpful or pernicious. «The New Private Law» argues that while the Realist critique of private law has been richly generative, it has also caused us to lose sight of entire domains of law and legal study. Nor is the problem merely academic. As judges and practitioners have lost their feel for private law, the quality of opinions and legal representation has suffered, sometimes prominently so. This symposium aims to reconsider the turn away from private law. In particular, its papers aim to demonstrate concretely the value of taking as worthy objects of inquiry private law's categories and concepts. The goal is to offer a new set of perspectives on time-honored territory by harnessing interdisciplinary analysis in aid of interpretive reconstruction rather than skeptical deconstruction.»

Bidragene fra symposiet vil bli publisert i mainummeret av Harvard Law Review.

Endre Stavang

KONKURRANSERETT

NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov

Et utvalg overleverte den 14. februar sin innstilling om endringer i konkurranseloven. Utvalget ble oppnevnt i desember 2010. Mandatet til gruppen omfatter en gjennomgang av de fleste aspekter ved konkurranseloven. Et gjennomgående hensyn er fokus på konkurransemyndighetenes virkemidler og hensynet til EØS-harmonisering. Utvalget har fokusert særlig på tre områder: Fusjonskontroll, prosess, og håndhevelse av atferdsreglene i §§ 10 og 11. Utover dette er det foreslått mindre tilpasninger en rekke steder i loven. Det foreslås ikke endringer i de materielle atferdsreglene for foretak, dvs. krrl. §§ 10 og 11. Disse er allerede harmonisert med EØS-avtalen art. 53 og 54.

Et overgripende spørsmål er lovens formål, som etter dagens lov fremstår som en hybrid mellom en såkalt «konsumentvelferdsstandard» og en «totalvelferdsstandard». Lovens formålsbestemmelse lyder: «Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Ved anvendelse av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser.»

At disse standardene kan stå i et motsetningsforhold til hverandre blir tydelig i fusjonskontrollen. Kort sagt vil man under en konsumentvelferdsstandard kreve at forbrukerne ikke kommer dårligere ut, mens man ved en totalvelferdsstandard kan akseptere at konsumenter blir skadelidende, forutsatt at transaksjonen for samfunnet som helhet er effektiv. For eksempel vil man kunne akseptere en høyere pris for konsumentene hvis produksjonen kan utføres mer effektivt. Gjennom EØS-harmoniseringen, er det imidlertid på det rene at atferdsreglene allerede bygger på en konsumentvelferdsstandard, jf. for eksempel henvisningen til forbrukere i § 10 tredje ledd.

Utvalget finner ikke grunn til å foreslå endringer i bestemmelsens ordlyd. Derimot foreslår utvalget å presisere i lovens enkeltbestemmelser hvilken velferdsstandard som skal legges til grunn ved tolkningene og praktiseringen av disse.

Utvalget har foretatt en ganske omfattende drøftelse av konkurransemyndighetenes vedtakskompetanse i atferdssaker etter § 12. Bestemmelsen hjemler påbud om opphør av overtredelser, og Konkurransetilsynet kan etter denne pålegge alle atferds- eller strukturmessige tiltak som er nødvendig for å bringe en overtredelse til opphør. Utvalget foreslår ikke endringer i den grunnleggende påbudsadgangen etter § 12 første jf. andre ledd.

Utvalget foreslår imidlertid at den særskilte klageadgangen der Konkurransetilsynet henlegger saker, jf. § 12 tredje ledd, oppheves. Utvalget viser her til at slike klager har vært synkende, at Konkurransetilsynet har en vid adgang til å foreta ressursmessige prioriteringer, og at private parter vil ha mulighet for

å bringe saker etter §§ 10 og 11 inn for de alminnelige domstolene.

Videre foreslår utvalget at det innføres en bestemmelse om bindende tilsagn etter modell av forordning 1 art. 9. Dette innebærer at der Konkurransetilsynet har innledet sak etter §§ 10 eller 11, vil saken kunne avsluttes ved at avhjelpende tilsagn foreslått av partene, som avhjelper de konkurransemessige bekymringene, ved vedtak gjøres bindende for partene. Slike tilsagnsvedtak har fått stor utbredelse i EU, jf. bl.a. Microsofts tilsagn om å presentere alternative nettlelere gjennom en nøytral «browser choice screen», for å oppheve den påståtte koblingen mellom operativsystemet Windows og nettleseren Explorer. Siden det dreier seg om tilsagn foreslått av partene selv, er utvalget av den oppfatning at klageadgangen skal være begrenset til en lovlighetskontroll. Disse forslagene er omtalt i kapittel 5.

I kapittel 6 vurderes utformingen av sanksjonssystemet i atferdssaker, dvs. overtredelsesgebyr og straff. Utvalget foretar her en vurdering både om det er hensiktsmessig å bygge på et tosporet sanksjonssystem, og hvordan sanksjonssystemet skal utformes. Ulike regler i de to sporene har skapt flere koordineringsproblemer innen håndhevelsen, bl.a. i forhold til prosessuelle rettigheter og ordningen med amnesti ved tilståelse (som bare er fullt ut formalisert i det forvaltningsrettslige sporet).

Utvalget legger til grunn at det ikke er hensiktsmessig å avkriminalisere overtredelser av konkurranseloven § 10. Ved de overtredelser hvor straffeansvaret er mest aktuelt – horisontale kartellovertredelser – anses en avkriminalisering å være i strid med den alminnelige rettsfølelse, samtidig som det ville sendt feil signaler preventivt sett. Dette gjelder både for personstraff og foretaksstraff.

I stedet foreslår utvalget noen grep som skal forenkle sameksistensen mellom de to sanksjonssporene. For å sikre at straffetrusselen ikke motvirker lempningsinstituttet, foreslår utvalget bortfall av straff for ansatte i foretak som innvilges hel lempning. Dette vil motvirke situasjoner hvor personer i et foretak kvier seg for å søke lempning på vegne av foretaket i frykt for eget straffansvar. Straffebortfallet vil også omfatte foretaksstraff.

Utvalget foreslår derimot ikke generelle regler om lempning av personlig straffansvar, og fysiske personer vil ikke bli gitt anledning til å søke lempning på egne eller foretaks vegne. Utvalget vurderer det på den måten at en slik lempningsadgang ville bli uoversiktlig og kunne skape uheldige incitamenter hos aktørene. Videre ville en generell straffelemplingsregel med krav på immunitet være i strid med norsk rettstradisjon. Utvalgets forslag kan dermed ses på som en minimumsløsning, som i første rekke har som formål å avbøte koordineringsproblemer og i mindre utstrekning effektivisere lempningsinstituttet.

Utvalget antyder imidlertid at forslaget vil kunne fremme intern varsling av konkurranseovertrødelser.

Utvalget har også drøftet om overtredelsesgebyr fremdeles bør ilegges ved vedtak av Konkurransetilsynet. Etter en vurdering av nyere praksis fra EMD konkluderer utvalget med at systemet slik det fremstår i dag ikke er i strid med EMK. Utvalget har dessuten vurdert om det er andre hensyn som tilsier endring av systemet. Utvalgets flertall har ikke funnet grunn til å foreslå endringer. Et mindretall foreslår at søksmålsbyrden ved overtredelsesgebyr skal påhvile Konkurransetilsynet.

Videre har utvalget drøftet hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr, og om beviskravet evt. bør inntas i loven selv. I lys av føringer fra EMK, samt nyere norsk høyesterettspraksis, særlig *Tine-dommen* inntatt i Rt. 2011 s. 910, legger utvalget til grunn at beviskravet må være klar sannsynlighetsovervekt. Utvalget har ikke funnet det hensiktsmessig å foreslå en lovfesting av beviskravet.

I kapittel 7 har utvalget vurdert konkurranseprosessen, med fokus på opplysningsplikten etter § 24 og etterforskning etter § 25.

Under opplysningsplikt er det i første rekke forholdet til vernet mot selvinkriminering som er vurdert. Etter dagens lov oppstilles det i utgangspunktet intet slikt vern for foretak, mens fysiske personer først kan påberope et selvinkrimineringsvern på kontrollstadiet hvis de kan anses som «straffesiktete» etter EMK. Utover dette har fysiske personer vern mot bruken av forklaringer ved en senere straffesak.

For fysiske personer finner utvalget ikke grunn til å foreslå endringer. Det vises til at vernet mot bruk av forklaringer må anses som tilfredsstillende, og at et vern på kontrollstadiet som en konsekvens av at det foreligger en «straffesiktelse» uansett følger av EMK og gjennomføringen i norsk rett. Det vises også til at spørsmålet om en person må anses som «straffesiktete» må vurderes konkret ut fra den enkelte saken og personens stilling i etterforskningen. På dette punkt understreker utvalget at det mener at den bestemmelsen som sanksjonslovutvalget (jf. NOU 2003:15) har foreslått går lenger enn det som er forsvarlig ut fra hensynet til en effektiv etterforskning.

For foretak er det på det rene at Høyesterett nylig har innrømmet foretak et visst vern mot selvinkriminering (jf. Rt. 2011 s. 800), og utvalget legger til grunn at tilsvarende må gjelde etter konkurranseloven. Utvalget legger til grunn at foretakets vern ikke går så langt som til en generell taushetsrett. Utvalget foreslår på dette punktet at vernet etter konkurranseloven gis samme utstrekning som foretaks vern mot selvinkriminering etter EU- og EØS-retten. Dette innebærer at foretak kan nekte å besvare visse spørsmål som ville tvunget det til å innrømme en overtredelse av loven. Vernet i EU har vist seg som et praktikabelt kompromiss mellom rettssikkerhet og effektiv etterforskning, og det foreligger utstrakt

praksis det kan søkes veiledning i. Utvalget anser det ikke som nødvendig å gi en særlig bestemmelse om dette, siden foretakene uansett vil kunne påberope vern etter EMK og høyesterettspraksis.

Videre har utvalget vurdert hjemlene for bevissikring og beslag. Utvalget har, utover en tydeliggjøring av at beslutninger om bevissikring skal angi kontrollens gjenstand, bare funnet grunnlag for å foreslå endringer i beslagsadgangen.

For det første foreslår utvalget at beslag som hovedregel skal tas i form av kopier, ikke originale dokumenter. Dette er i samsvar med rettstilstanden i EU og EØS. Utvalget mener likevel at konkurransemyndighetene skal ha anledning til å ta beslag i originaldokumenter der de antas å ha en særskilt bevisverdi, eller der bevisverdien vil reduseres ved kopiering. Dette vil typisk kunne gjelde håndskrevne dokumenter. I slike tilfeller skal imidlertid foretaket ha rett til å beholde en kopi.

For det andre foreslår utvalget særlige regler for databeslag (først og fremst speilkopiering av servere, harddisker m.v.). Utvalget legger opp til at foretaket skal kunne være representert ved Konkurransetilsynets gjennomgang av beslaget, i første rekke for å kunne bidra til å identifisere beslagsfritt materiale (i praksis advokatkorrespondanse). Betydningen av denne formen for beslag ventes å øke, og utvalget ser det som viktig at det foreligger klare regler for håndteringen av det. Mht. beslagsfrihet og dokumentbeslag foreslår utvalget at det tydeliggjøres i forskriften om bevissikring at omtvistede dokumenter skal bringes inn for tingretten for avgjørelse.

Innenfor fusjonskontroll foreslås det omfattende endringer, både av materiell og prosessuell art. På det materielle planet foreslår utvalget at inngrepskriteriene harmoniseres med EU- og EØS-retten. Dette innebærer også at utvalget foreslår at det skal legges til grunn en *konsumentvelferdsstandard* i fusjonskontrollen. Det inngrepskriteriet som foreslås vil være om foretakssammenslutningen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse».

Videre foreslår utvalget at det tydeliggjøres at det er foretakene som har hovedansvaret for å foreslå avhjelpende tiltak. Utvalget foreslår således at inngrepskompetansen skal være begrenset til enten å nedlegge forbud eller godkjenne på vilkår fremsatt av partene. Utvalget foreslår flere tiltak av prosessuell art for å lette en tidlig klarering av foretakssammenslutninger, evt. på vilkår av avhjelpende tiltak. Forslaget her kan ses i sammenheng med forslaget om en formalisert tilsagnsadgang også i atferdssaker.

Utvalget foreslår en vesentlig heving av terskelverdiene for melding, og ellers flere endringer i meldepliktsystemet. Etter utvalgets forslag bør foretakssammenslutninger bare være meldepliktige hvis de berørte foretak har en samlet omsetning over 1 mrd. kroner, og at minst to foretak må ha en enkeltomsetning på minst 100 mill. Dette forventes å redusere

antall meldepliktige foretakssammenslutninger vesentlig. Innskrenkningen i meldeplikten berører imidlertid ikke Konkurransetilsynets inngrepskompetanse, dvs. at tilsynet fremdeles skal kunne gripe inn selv om omsetningstærsklene ikke er overskredet.

Utvalget foreslår videre en tydeligere deling mellom fase I og fase II i saksbehandlingen, samt innføring av noe strammere tidsfrister. For å legge til rette for at partene tidlig kan komme med forslag til avhjelpende tiltak, foreslås det at Konkurransetilsynet etter 25 virkedager må varsle at inngrep kan bli aktuelt, og gi en begrunnelse for dette. Det foreslås her at Konkurransetilsynet må vise at det er «rimelig grunn til å anta» at transaksjonen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Hvis saken går over i fase II vil neste milepæl være utsendelse av utkast til endelig vedtak. I likhet med etter gjeldende rett, skal dette skje innen 70 virkedager etter at melding ble mottatt. I den utstrekning partene foreslår avhjelpende tiltak mindre enn 15 virkedager før denne fristen, skal fristen forskyves tilsvarende. Utvalget vurderer det slik at dette systemet på flere måter gir incentiver til å fremlegge tiltak som tidlig som mulig. Etter dette «70-dagersvarselet» foreslår utvalget å beholde saksbehandlingsfristene etter gjeldende rett, likevel slik at fristforlengelse ved forslag til avhjelpende tiltak *etter* 70-dagersvarsel forkortes til 15 virkedager. Utvalget foreslår også en særlig fristregel for å lette fremleggelse av avhjelpende tiltak i fase I.

Utvalgets forslag er først og fremst begrunnet i et ønske om å korte ned og forenkle saksbehandlingen.

Utvalget drøfter også reglene om offentlighet, ikke bare i fusjonssaker (kapittel 12.1). På dette punktet foreslår utvalget å styrke vernet av lempningssøknader ved at det lovfestes en egen bestemmelse om unntak fra offentleglova for lempningssøknader. Slike søknader skal heller ikke være omfattet av innsynsbestemmelsen i gjeldende lov § 26. Videre foreslås det å styrke vernet av konkurransemyndighetenes kilder ved å lovfeste taushetsplikt om kilders identitet.

Utvalget foreslår ikke endringer i innsynsretten i fusjonssaker. For å effektivisere prosessen og unngå unødig diskusjon om hva som representerer forretningshemmeligheter i slike saker, foreslår utvalget imidlertid at plikten til å identifisere fortrolige opplysninger bør suppleres med en omvendt bevisbyrde; opplysninger avgiver ikke har identifisert og begrunnet som taushetsbelagte, kan konkurransemyndighetene legge til grunn at ikke vil være det.

Videre har utvalget vurdert om det er behov for særskilte regler om privat håndhevelse av konkurranseloven (kapittel 12.2). Utvalget konstaterer at konkurranseloven her suppleres av alminnelige privatrettslige prinsipper om erstatningsansvar, ugyldighet mv. Disse reglene synes tilfredsstillende for å ivareta privates rettigheter etter loven. Utvalget anser det imidlertid som uheldig at konkurransemyndighetenes valg av sanksjonsspor gjennom

foreldelsesreglene kan påvirke privates dekningsmuligheter, og foreslår derfor at foreldelsesloven § 11 gis tilsvarende anvendelse for saker som avgjøres i det forvaltningsrettslige sporet. Et mindretall foreslår også at lempningsinstituttet utvides til også å gjelde sivilrettslig ansvar, noe som må anses som kontroversielt, og som går lenger enn de forslagene Europakommisjonen arbeider med.

Det følger av denne gjennomgangen av utvalgets forslag at selve kjernen i konkurranseretten; kartellforbud, misbruksforbud og fusjonskontroll, bare i liten utstrekning (fusjonskontrollen) foreslås endret. Derimot er det et gjennomgående fokus på å tilpasse konkurransemyndighetenes virkemidler. Utvalgets forslag glir her inn i en pågående trend i konkurranseretten, der det legges mer opp til ad hoc-løsninger og effektivisering av loven gjennom incentivvirkninger.

NOUen er nå sendt på høring, med frist 16. mai. Iht. departementets høringsbrev tas det sikte på å fremlegge forslag til lovendringer for Stortinget våren 2013.

Erling Hjelmeng (forfatteren var leder av utvalget)

EFTA-domstolen, dom av 18. april 2012 i sak E-15/10 Posten Norge BA v EFTAs overvåkningsorgan

Den 18. april falt det dom i saken mellom Posten Norge BA (Posten) og EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Saken gjaldt gyldigheten av ESAs vedtak der ESA slo fast at Posten hadde misbrukt sin dominerende stilling og ila en bot på € 12,89 mill. Dommen er den første der EFTA-domstolen vurderer gyldigheten av et vedtak fra ESA som pålegger foretak bøter for overtredelse av konkurransereglene.

Saken gjaldt eksklusivavtaler i forbindelse med introduksjonen av Postens «Post-i-butikk»-konsept. ESA fant at Posten hadde inngått eksklusive avtaler med Norgesgruppen/Shell på kjedenivå («group exclusivity»), og at det var avtalt eksklusivitet på butikknivå med COOP og ICA («outlet exclusivity»).

Domstolen behandlet flere spørsmål, som kommenteres i det følgende; Betydningen av EMK art. 6 for konkurranseprosessen og betydningen i saken, avskjæring av dokumentbevis fremlagt etter vedtaket, hvilken «legal test» som var riktig å benytte under art. 54, den materielle misbruksvurderingen og betydningen av en konkurransebegrensende virkning, om avtalene kunne rettferdiggjøres (under den ulovfestede unntaksregelen om «objective justification») og endelig spørsmålet om bøteutmåling. ESAs avgrensning av det relevante markedet («provision of B-to-C parcel services with over-the-counter delivery in Norway») var ikke omtvistet. I det følgende kommenteres spørsmålene knyttet til EMK, det materielle spørsmålet om overtredelse av art. 54 og avslutningsvis bøteutmålingen.

Posten hadde under henvisning til EMK art. 6 om «fair trial» anført at faktum i saken måtte bevises «beyond reasonable doubt», og at Domstolen måtte ha «full jurisdiction, including the power to quash in every respect, on questions of fact and law, the challenged decision.» (Prem. 81 og 82). ESA på sin side aksepterte at EMK fikk anvendelse på konkurranseprosessen, men at prinsippene «do not necessarily apply with full stringency». Det ble derfor anført at en mer begrenset prøving gjaldt i saker med komplekse tekniske eller økonomiske vurderinger.

Domstolen viste til at EØS-avtalen må fortolkes i lys av rettssikkerhetgarantiene i EMK (prem. 85 med videre henvisninger), likevel slik at art. 6 ikke gjelder «with its full stringency» i konkurransesaker. Prinsippenes gjennomslagskraft er avhengig av «the weight of the criminal charge at issue» (prem. 89 med henvisning til bl.a. *Jussila*). Domstolen viste til at bøter i konkurransesaker ikke nødvendigvis må ilegges av en domstol i første instans, men at administrative sanksjoner må godtas så langt «the decision of that body is subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does in fact comply with those requirements». Domstolen viser her til Menarini avgjørelsen fra EMD (nr. 43509/08, avsagt 27. september 2011) og Generaladvokat Sharpstons forslag til avgjørelse i sak C-272/09 KME for EU-domstolen. Denne konklusjonen er også på linje med vurderingen i NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov.

Det ble lagt til grunn at en mer begrenset prøving av «complex economic matters» var i samsvar med EMK. Domstolen avviste likevel argumentet om at prøvingen måtte være begrenset til en vurdering av om ESAs argumentasjon var «manifestly wrong». Domstolen la til grunn at «ESA cannot be regarded to have any margin of discretion in the assessment of complex economic matters which goes beyond the leeway that necessarily flows from the limitations inherent in the system of legality review.» (Prem. 100). Følgelig kunne Domstolen etterprøve også økonomiske vurderinger, likevel slik at den ikke kunne «substitute its own assessment of complex economic matters with that of ESA».

Domstolen vurderte også éinstansproblematikken i EØS-konkurranseretten. I EU kan som kjent Underrettens avgjørelser med visse begrensninger påankes til EU-domstolen. EFTA-domstolen la til grunn at unntaket i EMK protokoll 7 art 2(2) om at retten til anke ikke gjelder «in cases in which the person concerned was tried in the first instance by the highest tribunal» kom til anvendelse (prem. 92).

Vedrørende spørsmålet om bevisbyrde og beviskrav uttalte Domstolen at bevisbyrden påhvilde ESA, og at en adressat for et vedtak må nyte godt av «the benefit of the doubt» (prem. 93). Domstolen aksepterte imidlertid ikke en «beyond reasonable doubt»-standard, men stilte – i likhet med EU-domstolen

– kvalitative krav til bevisene i form av «precise and consistent evidence» (prem. 94).

For det materielle spørsmålet om overtredelse stod tvisten først og fremst om innholdet i den rettslige vurdering som skulle gjennomføres. Således hadde Posten akseptert at det i utgangspunktet var tilstrekkelig for ESA å vise at atferden var «liable to restrict competition», men hevdet at «there is a movement towards a more effects-based approach and in the assessment of exclusive agreements, more emphasis should be placed on the appraisal of likely effects and the possible impact of these effects within the relevant factual context.» (Prem. 121). Videre hadde Posten gjort gjeldende at ESA måtte kvantifisere graden av markedsavskjerming (dvs. hvor stor del av markedet som var «båndlagt» gjennom eksklusivitet), og at det skulle vært vurdert om en «as efficient competitor» ville ha mulighet til å konkurrere med Posten på bakgrunn av de alternativene som fremdeles var åpne.

Domstolen tok følgende utgangspunkt: «[I] in order to determine whether exclusivity agreements are compatible with Article 54 EEA, it is necessary to ascertain whether, following an assessment of all the circumstances and, thus, also of the context in which those agreements operate, those practices are intended to restrict or foreclose competition on the relevant market or are capable of doing so...» (prem. 129). Videre gjentok Domstolen den velkjente definisjonen av et misbruk fra EU-domstolens avgjørelse i sak 85/76 Hoffmann-La Roche: «The concept of abuse of a dominant position prohibited by Article 54 EEA is an objective concept relating to the conduct of a dominant undertaking which, on a market where the degree of competition is already weakened precisely because of the presence of the undertaking concerned, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.» (Prem. 130).

På denne bakgrunn kom EFTA-domstolen til at det ikke heftet mangler ved ESAs begrunnelse: » It was sufficient for ESA to show that the conduct in question was liable to distort competition by raising barriers to entry and, therefore, to the maintenance or growth of the competition still existing in the market.» (Prem. 131). Domstolen avviste dermed også argumentet om at det måtte foretas en nærmere vurdering av markedet med henblikk på spørsmålet om en «as efficient competitor» hadde mulighet til å overleve.

Denne uttrykksmåten er i samsvar med praksis i EU, hvor det også legges til grunn at bestemte typer atferd for å klassifiseres som misbruk må være egnet til å begrense konkurransen i det konkrete tilfellet. Domstolene har riktignok ikke vært helt konsistente mht. hvilken standard som kreves, se Eirik

Østerud: *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law*, Wolters Kluwer 2010, s. 204 ff. Det er imidlertid sikker rett at eksklusivavtaler inngått av et dominerende foretak med sine kunder representerer et misbruk, om de ikke kan begrunnes objektivt.

Domstolen avviste imidlertid ikke relevansen av graden av båndlagte distribusjonskanaler fullstendig. I det det ble sondret mellom utestengelse fra distribusjonskanaler og utestengelse fra markedet for distribusjon av pakker til forbrukere (B-to-C parcel services), fremholdt Domstolen i vurderingen av distribusjonskanaler at «not any degree of foreclosure is sufficient»: «If the remaining share of the outlets in question still allows competitors effectively unfettered access to the entire market, or at most forecloses only an insignificant part of the market, the conduct does not raise barriers to entry that can be considered sufficiently relevant. In contrast, where the degree of foreclosure with regard to important distribution outlets is substantial, the conduct is capable of distorting competition on the entire market in question.» (Prem. 135, med henvisning til sak 65/98 Van den Bergh Foods). Følgelig hadde ESA iht. Domstolen anvendt en korrekt test.

Domstolen gikk deretter inn på en vurdering av betydningen av tilgang til de største dagligvare-, kiosk- og bensinstasjonkjedene. Domstolen konkluderer: » In conclusion, the Court has no doubt that ESA was correct to state that an agreement or cooperation with one or more of the leading grocery store, kiosk or petrol station chains was of significant importance to new entrants in order to enable them to establish a delivery network capable of competing effectively with that of Norway Post.»

Endelig ble det vurdert om Postens atferd faktisk var slik at den stengte adgangen til relevante distribusjonskanaler. Domstolen fremhevet at Postens eksklusivavtaler «foreclosed access to some 3672 outlets» og at dette representerte nesten halvparten av relevante utleveringssteder (prem. 171–172). Det ble dermed lagt til grunn at eksklusivavtalene hindret adgang til de mest attraktive kanalene («the leading grocery stores, kiosk and petrol station chains»), og at avtalene dermed var «liable to restrict competition». (Konklusjonen i prem. 180). Følgelig forelå det et misbruk av dominerende stilling. Domstolen avviste i det videre Postens argumentasjon om fravær av faktisk konkurransebegrensende virkninger. Også dette er i tråd med tilnærmingen i EU-retten, se for eksempel sak T-155/06 Tomra, prem. 286. Slike effekter vil ikke (i alle fall ikke ved eksklusivavtaler), være relevante for vurderingen av om det foreligger en overtredelse, men vil nødvendigvis være det helt sentrale aspektet i forbindelse med eventuelle erstatningssaker.

Domstolen vurderte også spørsmålet om «objective justification», som innebærer at atferd som i utgangspunktet kvalifiserer som misbruk, likevel kan være lovlig hvis foretaket kan anføre objektive

og legitime begrunnelser. Domstolen avviste imidlertid alle argumenter om at eksklusivitet var en nødvendig forutsetning for å etablere post-i-butikk-konseptet. Konklusjonen om misbruk ble således stående. (Prem. 198–242).

På spørsmålet om botens størrelse ble imidlertid Posten gitt delvis medhold. Domstolen bekreftet at Posten hadde opptrådt i det minste uaktsomt, og at utmålingen i utgangspunktet var riktig. Boten ble imidlertid satt ned fra € 12, 89 mill til € 11, 112 mill som følge av den administrative prosedyrens varighet. Domstolen la til grunn at det var gått drøyt 7 år fra saken ble innledet til vedtak ble fattet, og at det tok nærmere seks år før Statement of Objections ble presentert. I perioden 2005-2007 fremholdt Domstolen at «it appears that ESA pursued no serious activity in investigating the infringement.» (prem. 281). Domstolen fant også at den avsluttende saksbehandlingen med utforming av vedtaket var «excessive».

Dommen er som nevnt den første der EFTA-domstolen etterprøver et konkurranserettslig vedtak fra ESA som pålegger foretak bøter. Saken kan vanskelig kalles kontroversiell, men Domstolen går langt i å markere de prinsipielle forhold i konkurranseretten generelt og under misbruksforbudet spesielt, særlig mht. betydningen av EMK og den prinsipielle tilnærmingen til misbrukskonseptet. Gjennomgående legger den seg tett på EU-retten, og dommen føyer seg godt inn i praksis fra EU-domstolen og Underretten. Dommen bekrefter at eksklusivavtaler inngått av dominerende foretak behandles strengt, men også at ikke enhver eksklusivavtale automatisk vil være ulovlig.

Erling Hjelmeng

KONTRAKTSRETT

En dom i en sjelden kausjonstvist – Rt. 2012 s. 96

Kausjonsretten er et gjennomprosedert og analysert rettsområde, og det hører til sjeldenhetene at det ikke finnes veiledning i rettspraksis og garantirettslig teori om et spørsmål. Så var imidlertid tilfelle i den aktuelle saken.

Saken gjaldt tolkning av en selvskyldnerkausjon på 2 millioner kroner som var stillet som sikkerhet for krav ut over 5 millioner kroner i et løpende leverandørforhold. Høyesteretts flertall (4-1) kom til at det var størrelsen av gjelden på misligholdstidspunktet, og ikke på påkravstidspunktet, som var avgjørende for om den avtalte terskelen for når kausjonsansvar kunne gjøres gjeldende var oppfylt. At det var stilt pant i hovedforholdet som garantikreditorene hadde søkt dekning i, var da uten betydning.

Førstvoterende som målsmann for flertallet (4-1) konstaterte at det ikke fantes allment rettsstoff til veiledning. Kausjonen var inngått mellom

næringsdrivende, der partene hadde profesjonell bistand ved utformingen av avtaleverket. Det måtte da legges til grunn at styrkeforholdet mellom partene var likt.

Førstvoterende uttalte: «Det kan etter mitt syn ikke være særlig tvilsomt at den omtvistede selvskyldnerkausjonen skulle tjene som toppsikkerhet for leverandørgjelden» (avsnitt 45). Det ble vist til ordlyden i garantien, formålet med den og ledsagende omstendigheter.

Dernest vurderte førstvoterende hvorvidt det har betydning for løsningen av spørsmålet om terskelverdien er oppfylt, at garantikreditorene hadde søkt dekning i et pant før de gjorde ansvaret gjeldende under kausjonen. Førstvoterende fremholdt at en slik forståelse ikke er forenlig med at selvskyldnerkausjonen skal tjene som toppsikkerhet for den gjelden som er opparbeidet» (avsnitt 51). Videre kunne førstvoterende ikke se den rettspolitiske begrunnelse for at adgangen til å nyttiggjøre seg kausjonen skulle stå og falle med rekkefølgen i garantikreditorens dekningsaksjoner.

Til slutt vurderte førstvoterende om «man under hensyntagen til at kausjonen skal tjene som en toppsikkerhet, likevel må forstå kausjonsforpliktelsen slik at oppgjør etter realisasjon av pantesikkerheten som følge av mislighold, skal gå til nedregulering av den gjelden som er bestemmende for om terskelverdien er oppnådd» (avsnitt 54). Førstvoterende pekte her bl.a. på at slik forståelse ville «innebære at selvskyldnerkausjonen for alle praktiske formål helt mister sin realitet som det kredittsikringsinstrumentet den skulle tjene som ... Etter min oppfatning har det formodning mot seg at en garanti stillet som en toppsikkerhet kan forstås på en måte som gjør at den ikke innebærer noen realitet for partene» (avsnitt 60).

Mindretallet uttalte om det prinsipielle spørsmålet at når forpliktelsene overstiger 5 millioner kroner «ligger det nær å forstå det siterte slik at endringer i størrelsen på kravet mot Båtsenteret etter mislighold har funnet sted, skal ha betydning for om det foreligger ansvar» (avsnitt 73). Den dissenterende dommer sa seg enig i at «en slik regel gir garantikreditor oppfordring til å innrette seg slik at han krever kausjonisten først, og at det ikke kan påvises noe prinsipielt argument for en regel som medfører at kausjonistens stilling skal bli så vidt forskjellig alt etter hvilken rekkefølge garantikreditor velger ved sin dekningsaksjon. Men det er denne regelen avtalene etablerer mellom partene ...» (avsnitt 88).

Viggo Hagstrøm

Avtaleloven § 36. Lempning av avtale som selv inneholder en lempningsklausul – Rt. 2012 s. 393

1. Hva saken gjelder

Saken gjelder spørsmål om en incentivavtale som selv inneholdt en lempningsklausul, skulle settes til side med grunnlag i avtaleloven § 36.

Administrerende direktør i et rederi kjøpte fire prosent av aksjene i rederiet som en del av en incentivordning rettet mot ledende ansatte. Aksjekjøpsavtalen inneholdt en klausul om rett for selgeren til å kjøpe aksjene tilbake til markedsverdi, hvis ansettelsesforholdet opphørte, likevel slik at markedsverdien skulle reduseres med 10 % «dersom avslutningen av ansettelsesforholdet skyldes avskjedigelse i henhold til arbeidsmiljøloven § 66».

Rederiets shippingvirksomhet ble senere solgt. I forbindelse med salget mottok direktøren et betydelig beløp som «kommisjon» fra en tredjepart. For dette ble han dømt for grov økonomisk utroskap mot arbeidsgiveren og grovt bedrageri overfor vedkommende tredjepart til fengsel i 3 år og 6 måneder. Han ble også avskjediget.

I forbindelse med tilbakekjøpet av aksjene gjorde selgeren gjeldende at direktøren bare hadde krav på tilbakebetaling av kjøpesummen fratrukket utbetalt utbytte.

Høyesterett kom enstemmig til at et slikt ekstraordinært tilfelle som dette ikke kunne være ment uttømmende regulert av lempningsklausulen i aksjekjøpsavtalen, som derfor måtte kunne suppleres av avtaleloven § 36.

2. Høyesteretts begrunnelse

Førstvoterende tar utgangspunkt i formålet med incentivavtalen (41). Han påpeker at det er på det rene at tilbudet til direktøren om å kjøpe aksjer i selskapet utelukkende hadde sin bakgrunn i hans lederposisjon i selskapet. Videre, fremholder førstvoterende, er det ubestridt at selskapet tilbød direktøren aksjer for å motivere ham til innsats gjennom en økonomisk belønning dersom selskapet gikk godt. Førstvoterende følger dette opp med å vise til at selv om aksjeervertvet måtte egenfinansieres, og det derfor var knyttet risiko til kjøpet, må det kunne legges til grunn at muligheten for å komme inn på eiersiden ble ansett som en betydelig fordel.

Formålsbetraktningene avsluttes med en bemerkning om at det var avtalt at når direktørens arbeidsforhold ble avsluttet hadde selskapet en ubetinget rett til å kjøpe aksjene tilbake. På denne bakgrunn slår førstvoterende fast at arbeidsforholdet var aksjekjøpsavtalens fundament og begrunnelse. Den rettskildemessige betydningen av disse formålsbetraktningene fremkommer ved at førstvoterende presiserer at tilknytningen mellom avtalen og arbeidsforholdet er et tungtveiende element ved vurderingen av om det er grunnlag for revisjon (41).

På dette punkt kan det tilføyes at førstvoterendes synspunkt må gjelde både når det gjelder tolkningen av incentivavtalen – om og i hvilken grad lempningsklausulen som denne inneholdt kan angripes med grunnlag i avtaleloven § 36 – og ved bedømmelsen av om terskelen for urimelighet etter § 36 er overskredet.

Førstvoterende går så over til den «operative» prøvelsen av avtalens innhold mot avtaleloven § 36, og tar utgangspunkt i at det er direktørens grove økonomiske utroskap mot selskapet som er det sentrale moment ved vurderingen av om avtalen bør settes til side (42). Etter å ha sitert fra lagmannsrettens straffutmålingsbetraktninger i straffesaken, der det uttales at den økonomiske forbrytelsen mot selskapet antok en størrelsesorden på mer enn 18 millioner, fremholder førstvoterende at det er åpenbart at selskapet ikke ville ha inngått avtalen, dersom det hadde visst om, eller tenkt seg muligheten av, at direktøren ville begå en slik grov utroskap mot selskapet, hvor han var ansatt som administrerende direktør (43).

I forutsetningsterminologi kan dette formuleres dithen at det utvilsomt forelå en motiverende forutsetningssvikt for avtalens inngåelse. Jeg nevner dette, fordi det i saken også ble prosedert på at den grove økonomiske utroskaper innebar en relevant bristende forutsetning for oppfyllelsen av incentivavtalen, jfr. nedenfor.

Førstvoterende går så over til å behandle spørsmålet om betydningen av at avtalen selv har en lempningsklausul for det tilfellet at ansettelsesforholdet skulle bli avsluttet ved at direktøren ble avskjediget (44).

Han påpeker først at etter sin ordlyd dekker avtalens lempningsklausul alle tilfeller av avskjed etter dagjeldende § 66 i arbeidsmiljøloven, som omfatter grovt pliktbrudd og annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. Også avskjed på grunnlag av en slik grov forbrytelse mot selskapet som direktøren hadde gjort seg skyldig i, faller derfor inn under avtaleklausulen.

Førstvoterende følger opp med å presisere at det etter hans mening er naturlig å forstå dette punkt i avtalen slik at det primært tar sikte på å gi en praktisk regel for de typiske avskjedsgrunner, for eksempel beruselse i tjenesten eller brudd på interne instruksjoner. Også det fradraget som er fastsatt – 10 prosent – trekkes i retning av at et slikt ekstraordinært tilfelle som i vår sak ikke er ment uttømmende regulert av bestemmelsen, fremholdes det.

Førstvoterendes drøftelse på dette punkt munner ut i et synspunkt om at avtaleinterne lempningsklausuler trolig ofte vil heve terskelen for å anvende avtaleloven § 36, ved at det gjennomgående skal mer til for å revidere en avtale som selv fastsetter konsekvensene av en irregulær utvikling (46).

Han konkluderer deretter med at direktørens forhold imidlertid er så grovt at avtalens lempningsklausul i dette tilfellet utvilsomt må kunne suppleres med avtaleloven § 36. I den forbindelse bemerker

han også at han av denne grunn heller ikke behøver ta stilling til om lempningsklausulens ordlyd skal tolkes utvidende, slik at den kommer til anvendelse selv om direktøren ikke formelt ble avskjediget.

Disse uttalelsene om anvendelsen av avtaleloven § 36, der det foreligger en avtaleintern lempningsklausul, er i samsvar med oppfatningen i juridisk teori. Om en avtalt lempningsklausul kan suppleres av avtaleloven § 36 er således et tolknings spørsmål, jfr Woxholth, i *Festskrift til Andenæs, Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder*, Oslo 2010, Avtaleloven § 36 og kontraktsfestede lempningsgrunnlag, s. 334 flg. Videre er det ikke tvilsomt at førstvoterende treffer rett, når han legger avgjørende vekt på hvor grovt direktørens forhold må anses i forhold til selskapet. Dette er åpenbart relevant ved bedømmelsen av både om avtaleklausulen som sådan kan settes til side etter avtaleloven § 36, og om hele incentivavtalen kan lempes med grunnlag i bestemmelsen.

Førstvoterende gjør så en visitt innom de argumenter som tradisjonelt har betydning ved bedømmelsen av om en avtale kan lempes med grunnlag i avtaleloven § 36, men bemerker samtidig at det er lite veiledning å finne i disse og de tradisjonelle rettskildene ved den konkrete bedømmelsen av urimelighetskriteriet (47).

Det er lett å være enig i dette. Det er de konkrete forholdene i saken; først og fremst den grove økonomiske utroskapen bedømt i lys av intencivavtalens formål, se foran, og ansettelsesforholdet, herunder direktørens troskapsplikt mot selskapet, som er det avgjørende.

Etter å ha påpekt hvor grovt direktørens tillitsbrudd mot selskapet må anses, konkluderes det så med at avtalen – inkludert klausulen om lempning – må settes til side, med den konsekvens at direktøren ikke har krav på oppgjør for aksjene i henhold til avtalen (50).

3. Kommentarer til Høyesteretts rettsanvendelse

Ut over de bemerkninger jeg foran har kommet med løpende, kan det avslutningsvis bemerkes at konklusjonen i saken fremstår som ganske så åpenbar, noe Høyesterett for så vidt også har lagt til grunn. Slik sett er dommen ikke spesielt interessant verken fra en avtalerettslig eller rettskildemessig synsvinkel.

En viss prinsipiell interesse har dommen likevel. Den legger til grunn at en avtale som selv inneholder en lempningsklausul kan lempes med grunnlag i avtaleloven § 36, noe som må være riktig, så lenge det følger av en naturlig tolkning av lempningsklausulen at den ikke er ment å være uttømmende og urimeligheten er så påfallende og sterk som i dette tilfellet. Det er i den forbindelse klart holdbart når førstvoterende påpeker at det vanligvis skal mer til å anvende § 36 i en situasjon der avtalen selv inneholder en lempningsklausul enn ellers. På mange måter kan det sies at saken hadde fremstått som mer interessant, dersom urimeligheten ikke hadde slått ut

så sterkt som i dette tilfellet, ettersom Høyesterett i tilfelle hadde fått en vanskeligere oppgave med å holde seg til tolkningen av den avtalebaserte lempningsregelen og terskelen for anvendelse av § 36. Oppgaven hadde også vært vanskeligere, om det hadde vært noen holdepunkter i faktum for å tolke klausulen slik at den av partene var ment å angi en uttømmende regulering av lempningsspørsmålet.

Videre kan det sies at dommen har en viss interesse når det gjelder spørsmålet om anvendelsen av forutsetningslæren eller avtaleloven § 36. I saken var det så vidt forstås prinsipielt prosedert på avtaleloven § 36, og (kun) subsidiært på forutsetningslæren. Derfor var det mest naturlig for Høyesterett å avgjøre saken på grunnlag av § 36, uten å gå inn på forholdet mellom den ulovfestede og den lovfestede kontraktsrevisjonslæren. Forholdet fremstår så graverende, at det også ved en bedømmelse etter forutsetningslæren, ville ha blitt ansett som en relevant svikt. Imidlertid ville det ha innebåret et kompliserende moment å avgjøre saken på grunnlag av forutsetningslæren, fordi man da hadde fått et spørsmål om forutsetningslærens funksjon som opphørsgrunn og forholdet til den kontraktshjemlede lempningsregelen. Dette hadde nok vært rettskildemessig vanskeligere å håndtere enn å gå rett på avtaleloven § 36 og bedømme kontraktsklausulen i forhold til denne bestemmelsen, ettersom § 36 er den alminnelige (formuerettslige) lempningsregelen med et bredt anvendelsesområde.

Selv om saken lå svært godt til rette for å anvende avtaleloven § 36 fremfor forutsetningslæren, viser den at Høyesteretts dom i saken om Salhus flytebro, Rt. 1999 s. 922, på ingen måte kan tolkes slik at forutsetningslæren har kommet i en hegemonistilling sammenlignet med avtaleloven § 36. Dette har det lenge vært enighet om i juridisk teori, men det kan likevel kort påpekes at selv om sakene i Rt. 1999 s. 922 og Rt. 2012 s. 393 ligger ganske så forskjellige an, viser den sistnevnte at Høyesteretts bruk av forutsetningslæren i den førstnevnte hadde en konkret bakgrunn, og at avtaleloven § 36 i høyeste grad er livskraftig – ikke bare som et alternativ til forutsetningslæren, men som den prinsipielle rettsregelen.

Det kan til slutt bemerkes at avtaleloven § 36 i dette tilfellet er anvendt på en kommersiell avtale, noe som definitivt ikke er bestemmelsens kjerneområde. At bestemmelsen i dette tilfellet er anvendt slik at den setter til side en kommersiell avtale, er imidlertid ikke på noen måte oppsiktsvekkende, når det urimelige forholdet er så kvalifisert som i dette tilfellet.

Geir Woxholth

Anvendelse av avtaleloven § 36 ved salg av lånefinansierte sammensatte investeringsprodukter – Rt. 2012 s. 355

Høyesterett avsa 28. februar 2012 en dom om gyldigheten etter avtaleloven § 36 av to avtaler om kjøp

av lånefinansierte sammensatte investeringsprodukter. Flertallet på fire dommere kom til at avtalene var gyldige.

Halvor Lognvik ble i 2005 kontaktet av Storebrand Bank ASA med tilbud om rådgivning fra en erfaren autorisert finansiell rådgiver. I møtene ble blant annet produktet «Indeksallokering II 2006–2010» presentert. Dette var et strukturert produkt hvor det investerte beløp var fordelt på en obligasjonsdel (ca. 85 %) og en derivatdel (ca. 12 %). Resterende beløp utgjorde bankens margin. Etter flere møter, hvor også sønnen Harald deltok, tegnet både Halvor og Harald seg i april 2006 for hhv. 150 og 100 andeler à 10.000 kroner i produktet. Investeringsbeløpet pluss omkostninger ble finansiert ved lån hos Storebrand.

I 2008 gjorde Lognviks gjeldende at avtalene var ugyldige. De stanset rentebetalingene på lånene og krevde tilbakebetalt allerede innbetalte renter. Storebrand anså lånene som misligholdt, og tvangsinnløste andelene.

Etter å ha tapt i både ting- og lagmannsrett, anket Harald og Halvor Lognvik saken inn for Høyesterett. Det ble anført at det blant annet på bakgrunn av mangelfulle opplysninger ikke var «i samsvar med god forretningsskikk, slik denne standarden kom til uttrykk i verdipapirhandelloven 1997 § 9-2, å tilby lånefinansierte kjøp» av de aktuelle investeringsproduktene, og at det derfor ville være «urimelig og i strid med god bankskikk å gjøre ... avtalene gjeldende», se premiss 25.

For Høyesterett ble det kun prosedert på at kombinasjonen av investering og lån var urimelig – altså ikke at investeringen eller lånene isolert var urimelige.

Ved tolkningen av avtaleloven § 36, tok Høyesterett utgangspunkt i forarbeidenes uttalelser om at et vilkår må være «positivt urimelig» for at det skal kunne lempes, og at «urimelig er et «strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope», (jf. Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 30). Høyesterett uttalte på denne bakgrunn at det bare er de «klare, i betydningen tydelige, urimeligheter som kan sensureres med hjemmel i bestemmelsen», og at vurderingen beror på en konkret vurdering hvor «[a]vtaleforholdets egenart står ... sentralt», se premiss 56.

Til spørsmålet om mangelfulle opplysninger spesielt, sluttet Høyesterett seg til lagmannsrettens uttalelse om at «en investor i kapitalmarkedet i utgangspunktet har risikoen for sin egen investeringsbeslutning», og at dette utgangspunktet bare «forlates der det er kvalifiserte mangler ved den informasjonen tilbyder har gitt investor, og investor har basert sin investeringsbeslutning på denne», se premiss 68–69. Etter Høyesteretts oppfatning var informasjonen ikke mangelfull, og produktet fremstod som «oversiktlig» for investor.

Ubalanse mellom partenes ytelser kunne heller ikke medføre urimelighet. Høyesterett fant riktignok at dersom man anla et «samlet syn på kostnadene forbundet med investeringen», kunne det være «nærliggende å se det slik at det er betalt en urimelig høy pris

for avkastningsmuligheten», se premiss 78. Blant annet fordi lånefinansiering fra tredjepart ville innebære de «samme økonomiske realiteter for investor», la Høyesterett imidlertid til grunn at denne ubalansen mellom ytelsene ikke var tilstrekkelig til å begrunne krav om tilsidesettelse eller revisjon etter avtaleloven § 36. Høyesteretts begrunnelse er etter min mening problematisk på flere punkter. Lognviks anførsler bygger som nevnt på at det foreligger brudd på det verdipapirrettslige kravet til god forretningsskikk i forbindelse med avtaleinngåelsen, og at dette medfører ugyldighet etter avtaleloven § 36. Likevel tar Høyesterett ikke direkte stilling til om det forelå brudd på den aktuelle bestemmelsen om god forretningsskikk.

Et betimelig spørsmål i denne sammenheng er om Storebrand ved salg av de aktuelle investeringsproduktene med tilhørende tilbud om lånefinansiering har påsett at «kundenes interesser ... ivaretas på beste måte», blant annet ved å sørge for at «kundens interesser går foran foretakets», jf. verdipapirhandelloven 1997 § 9-2 første ledd nummer 6.

Mindretallet peker i premiss 162-163 på at «Storebrand i første rekke har prioritert egne interesser», og antyder at det er «nærliggende å konkludere at Storebrand har opptrådt i strid med god forretningsskikk».

Som det fremgår ovenfor, erkjente Høyesteretts flertall at de samlede kostnadene forbundet med investeringen var høye. Istedenfor å spørre om det innebar en tilstrekkelig ivaretagelse av Lognviks interesser i forbindelse med avtaleinngåelsen å tilråde et produkt med så vidt høye kostnader i forhold til avkastningsmuligheten, behandles imidlertid ubalansen mellom partenes ytelser som et spørsmål om ren innholdssensur av avtalen. At det her dreier seg om en avtale mellom parter med svært skjevt styrkeforhold og hvor den ene parten har en lovregulert rådgivningsplikt, synes ikke å ha blitt hensyntatt. Høyesterett slår til overmål fast at det ikke er nødvendig å ta stilling til om investeringene var «ufornuftige», se premiss 82. Men hvis det var ufornuftig å foreta de aktuelle investeringer – er det da en tilstrekkelig ivaretagelse av Lognviks interesser å tilråde investeringen? Og hvilken betydning skal det i så fall ha under avtaleloven § 36? Dette gir Høyesteretts flertall oss dessverre ingen svar på.

Det er vanskelig å forstå hvorfor Høyesterett ikke tar stilling til Lognviks anførsel om brudd på kravet til god forretningsskikk i forbindelse med avtaleinngåelsen. Er det så opplagt at det ikke foreligger brudd at det ikke er nødvendig å nevne? Eller er verdipapirrettens krav til god forretningsskikk etter Høyesteretts oppfatning irrelevant under avtaleloven § 36? Heller ikke dette kan vi på bakgrunn av Høyesteretts begrunnelse vite noe sikkert om.

Når det gjelder spørsmålet om opplysningssvikt, er Høyesterett mer presis i sin angivelse av hva som skal til for at en opplysningssvikt er tilstrekkelig for å konstatere urimelighet etter avtaleloven § 36. Problemet her er imidlertid at de vilkår som oppstilles, står

i et underlig forhold til det som gjelder om opplysningssvikt ellers i avtale- og kontraktsretten. Høyesterett slår som nevnt fast at «investor har risikoen for sin egen investeringsbeslutning» med mindre det foreligger «kvalifiserte mangler ved den informasjonen tilbyder har gitt investor, og investor har basert sin investeringsbeslutning på denne».

Det er neppe tvilsomt at avtaleloven § 36 kan anvendes i konkurrans med de klassiske ugyldighetsregler, herunder avtaleloven §§ 30 og 33, og forarbeidene forutsetter at terskelen for å nå fram etter avtaleloven § 36 skal være lavere. (Se Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 9-10 og 33). Avtaleloven §§ 30 og 33 innebærer ikke et krav om at manglene ved informasjonen må være «kvalifiserte», og innvirkningskravet er neppe så strengt som Høyesterett gir uttrykk for i Lognvik-saken. Det Høyesterett dermed gjør, uten en nærmere begrunnelse og rettskildemessig forankring, er å sette terskelen for å nå fram etter avtaleloven § 36 høyere enn etter avtaleloven §§ 30 og 33.

For øvrig finner jeg mindretallets drøftelse av selve spørsmålet om de aktuelle opplysningene som ble gitt var tilstrekkelige, langt mer overbevisende enn flertallets. Jeg nøyer meg i denne sammenheng med å vise til mindretallets meget treffende uttalelse i premiss 141 om at det er «lite klargjørende å ta utgangspunkt i at investor må ta ansvaret for egne investeringsbeslutninger, når spørsmålet i saken er å vurdere rekkevidden av de regler som skal sikre investor at beslutningen gjøres på et forsvarlig grunnlag».

Også for spørsmålet om opplysningssvikt burde Høyesterett etter min mening tatt utgangspunkt i det verdipapirrettslige kravet til god forretningsskikk, spesifisert i verdipapirhandelloven 1997 § 9-2 nr. 5 med krav om på «egnet måte» gi «nødvendige opplysninger» i forbindelse med forhandlingene.

Generelt gir avgjørelsen i Lognvik-saken etter min mening uttrykk for et lite nyansert syn på de mange ulike funksjoner avtaleloven § 36 etter hvert har fått, og den bidrar i liten grad til en hensiktsmessig rasjonalisering av bestemmelsen. Avtaleloven § 36 er mye mer enn en bestemmelse som gir hjemmel til innholdssensur av avtaler. Når spørsmålet er om det foreligger klanderverdige forhold ved avtalens tilblivelse som gjør det urimelig eller i strid med god forretningsskikk å gjøre avtalen gjeldende, er det i det hele tatt lite treffende å ta et generelt utgangspunkt i forarbeidenes uttalelser om at det skal mye til for å nå fram med et krav om ugyldighet etter avtaleloven § 36. Som mindretallet i Lognvik-saken peker på i premiss 142, har disse uttalelsene først og fremst relevans ved en prøving av balansen i avtaleforholdet.

Når det er forhold ved avtalens tilblivelse som påberopes, bør det bærende hensynet for skjønnsutøvelsen etter avtaleloven § 36 etter min mening være om den annen part har en beskyttelsesverdige interesse i å kunne holde fast ved avtalen. Når det påberopes brudd på krav til god forretningsskikk, synes

forarbeidenes uttalelser om at det er grunn til «å framheve den betydning som opptreden i strid med god forretningsskikk bør tillegges», å angi et mer presist utgangspunkt for drøftelsen. (Jf. NOU 1979 nr. 32 s. 54-55. Se også Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 31.)

Den såkalte Røeggen-saken (sist behandlet av Borgarting lagmannsrett i dom 30. september 2011) som også dreier seg om en privatpersons kjøp av strukturerte spareprodukter, har ligget på vent hos Høyesterett i påvente av avgjørelse i Lognvik-saken. (Se kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg 18. januar 2012, HR-2012-142-F.) Det er ventet en snarlig avgjørelse av hvorvidt Røeggen slipper inn for behandling i Høyesterett. Ettersom Lognvik-avgjørelsen etterlater seg en rekke ubesvarte spørsmål og uklarheter i forhold til tolkningen av avtaleloven § 36, håper jeg Høyesterett velger å behandle Røeggen-saken.

På generelt grunnlag hadde det vært oppklarende å få utdypet hvilke retningslinjer som skal legges til grunn for skjønnsutøvelsen etter avtaleloven § 36 når det er forhold ved avtalens tilblivelse som påberopes, herunder hvilken, hvis noen, betydning det verdipapirrettslige krav til god forretningsskikk skal ha under avtaleloven § 36. Det vil også være av avgjørende betydning å få klarhet i om det virkelig er slik at en anførsel om opplysningssvikt etter avtaleloven § 36 bare kan nå fram hvis det foreligger «kvalifiserte mangler» ved informasjonen, med et absolutt krav til innvirkning. Inntil videre bør imidlertid investorer som føler seg lurte i møte med finansrådgivere, se seg om etter andre rettsgrunnlag å påberope enn avtaleloven § 36.

Marte Kjørven

PANT OG KONKURS

Gjeldsordning og pantesikra solidarisk skyld – eitt svar og eitt spørsmål fra Høgsteretts ankeutvalg – Rt. 2012 s. 48 U.

Privilegiet for pantesikra krav i ei gjeldsordning for private omfatter heile kravet så langt det er pantesikra, også der skyldnaren har ein solidarisk medskyldnar. Høgsteretts ankeutvalg heldt det ope om panteverdien berre skal reknast av gjeldsordnings-skyldnarens ideelle del av eit pantobjekt som solidarisk skyldnarane eig saman.

Krav som er sikra med pant, er privilegerte i ei gjeldsordning så langt verdien av pantet rekk. For krav som er sikra med pant i skyldnarens eigarbus-tad, er det særlege reglar: Så langt kravet er sikra med pant innafor 110 prosent av omsetningsverdien, skal skyldnaren betale rente, men ikkje avdrag, av kravet i gjeldsordningsperioden. Eventuell over-skytande del av kravet fell bort når gjeldsordnings-perioden er ute og gjeldsordninga oppfylt.

Skyldnar A var saman med sambuaren solidarisk ansvarleg for eit krav frå kommunen på kr 955 765.

Kravet var sikra med pant i ein bustad som paret åtte saman med ein halvpart kvar, og som var verdsett til kr 1 365 000. Lagmannsretten godtok at skyldnaren skulle betale rente i gjeldsordningsperioden på eit krav på kr 750 750, som var halvparten av omsetningsverdien av bustaden, med tillegg av ti prosent. Tanken var at kravet mot A var sikra med pant i hans ideelle halvpart av retten til bustaden. Halvparten av kommunens *krav* var derimot kr 477 838, som ein ser. Ein usikra kreditor meinte at det berre var denne sistnemnde summen skyldnaren skulle betale renter på i gjeldsordningsperioden. Grunnlaget var prinsippalt ei tolking av «fordring» i § 4-8 første ledd bokstav a, subsidiært at gjeldsordninga elles ville verke støytande (§ 5-4 første ledd bokstav a).

Ankeutvalet meinte det ikkje var grunnlag for å dele kravet i to: Solidarskyld inneber at kvar skyldnar heftar for heile kravet, utan omsyn til innbyrdes ansvarsdeling mellom skyldnarane. At dette òg gjeld ved tolkinga av gol. § 4-8 første ledd bokstav a, vart stadfesta alt i Rt. 2009 s. 735 U. I det sistnemnde tilfellet var skyldnaren eieeigar av bustaden, og spørsmålet om kor mykje som kunne reknast som pantesikra, kom ikkje opp.

I vår sak ville utvalet halde det ope korleis uttrykket «pant i boligen innenfor boligens omsetningsverdi» skulle tolkast:

«Spørsmålet er der om «bolig» berre relaterer seg til eigarparten eller til den bustaden som det er gitt pant i. Tolkinga av dette omgrepet er ikkje teke opp i anken, og utvalet går derfor ikkje nærare inn på det» (avsnitt 19).

Lagmannsrettens avgjerd vart dermed ståande, altså slik at det privilegerte kravet utgjorde kr 750 750. Det innebar at skyldnar A gjennom gjeldsordningsperioden skulle betale renter på ein større del av kravet enn han etter det innbyrdes forholdet med sambuaren hadde plikt til, og at han etter at gjeldsordningsperioden var ute, hadde personleg ansvar for kr 750 750 overfor kommunen, ikkje berre kr 477 388.

Lagmannsretten (og partane) hadde som nemnt lagt til grunn at kravet mot skyldnar A var pantesikra med verdien av As ideelle halvpart av eigeomsretten til bustaden. Det passar ikkje godt med ordlyden i lova. Kravet var sikra med pant i heile bustaden, og panthavaren kan i ein slik situasjon krevje heile bustaden realisert utan omsyn til det innbyrdes forholdet mellom sambuarane. Skal ein leggje til grunn at «sikret ved pant i boligen» tyder pant berre i skyldnaren ideelle part, er det i tilfelle ei tolking som må forsvarast ut frå føremålet med privilegiet og samanhengen med resten av gjeldsordningslova.

Den alternative tolkinga synest vera den ordlydsnære, nemleg at heile kravet (her kr 955 675) er privilegert, så sant det fell innafør 110 prosent av omsetningsverdien, noko det gjorde i vårt tilfelle.

Dersom det skulle vise seg at skyldnar A betaler rente på heile lånet gjennom gjeldsordningsperioden, sit han i prinsippet att med eit regresskrav mot

sambuaren på halvparten av desse utgiftene, om vi legg til grunn at dei to svarar for ein halvpart kvar etter det innbyrdes forholdet. Etter omstenda kan nok eit slikt regresskrav til og med vera pantsikra etter vanlege subrogasjonsreglar. Spørsmålet blir da om kreditorane kan få glede av det aktivumet dette regresskravet utgjør.

For gjeldsordningsskyldnaren *kausjonsansvar* er det ei ordning med avsetjing (gol. § 4-10): Kausjonskravet blir rekna inn som anna gjeld, men viser det seg at kausjonisten slepp å betale noko i gjeldsordningsperioden, blir midlar som er sette av til dette kravet, fordelte høvesvis mellom dei andre kreditorane. Det ansvaret ein solidarskyldnar har for å betale delar av kravet som etter det innbyrdes forholdet skulle falle på medskyldnaren, liknar mykje på eit kausjonsansvar. Reelt bør ein derfor ha eit etteroppgjer også der skyldnaren betaler meir enn han skal i eit solidarskyldforhold. Om gol. § 4-10 er tilstrekkelig klårt grunnlag for eit slikt etteroppgjer, kan vera usikkert, og noko svar gav altså ikkje saka vi ser på her. Ei anna tenkjeleg løysing kan vera eit etteroppgjer etter gol. § 6-2 (omgjering av gjeldsordning).

Allereie løysinga frå lagmannsretten, med føresetnad om betaling av renter på kr 750 750 i staden for på kr 477 838, kallar på ei avsetningsordning eller ei anna form for etteroppgjer dersom medskyldnaren viser seg å betale sin del i gjeldsordningsperioden. Med den alternative tolkinga, der det er lagt inn at skyldnaren dekkjer renter av heile kravet, blir spørsmålet enda meir presserande. Ei lita presisering i gol. § 4-10 ville vera til god hjelp.

Kåre Lilleholt

Betaling frå tredjeperson kan etter omstenda omstøytast – Rt. 2012 s. 468 A.

Omstøyting etter dekningslova § 5-5 kan skje enda betalinga formelt kjem frå ein tredjeperson, dersom det reelt er betalt med den seinare konkursdebitors midlar. Om betalinga innebar ei vesentleg svekking av betalingsevna, vart ikkje avgjort av Høgsterett.

Saka galdt omstøyting etter dekningslova § 5-5 av betaling av gjeld seinare enn tre månader før fristdagen på det grunnlaget at betalinga vesentleg svekte skyldnaren betalingsevne. Eit advokatfirma hadde krav mot Centrum Eiendomsmegling AS på betaling for advokattenester. Kravet vart innfridd av Centrum Eiendom AS, som straks avrekna betalinga i eit krav som Centrum Eiendomsmegling AS hadde mot Centrum Eiendom AS. Centrum Eiendomsmegling AS var eit dotterselskap av Centrum Eiendom AS. Konkurs vart opna i Centrum Eiendomsmegling AS før det vart gått tre månader frå betalinga, og buet kravde omstøyting.

Dekningslova § 5-5 gjeld etter sin ordlyd «betaling som skyldneren har foretatt». Spørsmålet var derfor om betalinga frå morselskapet i det heile kunne omstøytast etter denne føresegna. Reelt synest det ikkje ha vore tvilsamt at betalinga skjedde med

dotterselskapets midlar; betalinga reduserte straks dotterselskapets krav mot morselskapet.

Partane synest ha vore samde om at § 5-5 ville omfatte eit tilfelle der dotterselskapet *overdrog* til advokatfirmaet sitt krav mot morselskapet. At føresegna også ville omfatte situasjonen der pengane først vart overførte til dotterselskapet (som nedbetaling av morselskapets gjeld) og deretter overførte til advokatfirmaet frå dotterselskapet, er ikkje tvilsamt; det ville følgje direkte av ordlyden.

Pengar er anten kontopengar eller myntar og setlar. Kontopengar er krav mot banken. Betaling skjer normalt ved at banken blir instruert om å overføre pengar til mottakaren mot at betalarens tilgodehavande mot banken blir redusert. At ein slik transaksjon er betaling frå skyldnaren i høve til dekningslova § 5-5, er klårt nok. Når vi ser på krav mot banken som «pengar» og overføring frå banken mot reduksjon av tilgodehavande som «betaling», har det samanheng med at bankane går inn i eit betalingsystem, og også med den spesielle stillinga bankane har som relativt sikre kreditorar. Det hender likevel at nærstående, som til dømes selskap i eit konsern, har mellomrekningsordningar som kan minne mykje om forholdet mellom bank og innskytar. I dette tilfellet var det tydeleg slik at inntekter i dotterselskapet vart innbetalte til morselskapet, som så betalte løpande utgifter for dotterselskapet. Det var den same personen som styrte med økonomien i begge selskapa.

Høgsterett kom altså til at omstøyting kunne skje sjølv om betalinga formelt kom frå morselskapet. Tilsvarende løysing har vore lagd til grunn i dansk og svensk rett (der føresegnene er noko opnare formulert). I juridisk litteratur fann løysinga stønad i Kristian Huser, *Omstøtelse* (Bergen 1992) s. 258–259; i litteraturen elles ser spørsmålet ikkje ut til å ha vore drøfta. Liknande spørsmål har vore framme i andre samanhengar, som når ein tredjeperson kausjonerer for skyldnarens gjeld og får pant for regresskravet: Er det pantsetjing for eldre gjeld etter dekningslova § 5-7? Meiningane varierer (sjå Mads Henry Andenæs, *Konkurs* (3. utg. Oslo 2009) s. 343–344 med vidare tilvisingar). Forfattaren av desse linene er mellom dei som meiner at ein bør leggje realiteten til grunn der mottakaren kjenner tilhøva rundt disposisjonen.

Dersom mottakaren ikkje kjenner eller bør kjenne til at betalinga reelt kjem frå den seinare konkursskyldnaren, kan det synast urimeleg om han må finne seg i omstøyting. Høgsterett er inne på dette når det blir sagt at mottakaren får «et varsel om at alt kanskje ikke er som det skal være, når en fordring blir betalt av tredjemann» (avsnitt 40). Har mottakaren likevel ut frå dei konkrete omstenda grunn til å tru at det er betaling med «friske midlar», kan det hevdast at omstøyting ikkje bør kunne skje. Eit slikt vilkår om kjennskap til den reelle karakteren av disposisjonen bør høyre heime også i dei objektive omstøytingsreglane. Den svenske avgjerda

det er vist til i dommen (NJA 1996 s. 333), synest på den andre sida å byggje på at omstøyting kan skje også overfor ein mottakar i god tru.

Lagmannsrettsavgjerda i vår sak, som stadfesta førsteinstansens avgjerd om omstøyting, vart oppheva på eit anna grunnlag: Høgsterett var ikkje samd i lagmannsrettens tolking av vilkåret i dekningslova § 5-5 om vesentleg svekking av betalingsevna (Høgsterett kunne ikkje prøve subsumsjonen, tvistelova § 30-6). Dei tidlegare instansane meinte at dotterselskapets krav mot morselskapet ikkje kunne reknast som «frie eller tilgjengelige dekningsmidler» i dotterselskapet (sitat i avsnitt 4-6). Det var mellom anna usikkert kva krav morselskapet ville velje å betale for dotterselskapet. Dette var ikkje nok til å sjå bort frå kravet når ein skulle fastleggje betalingsevna til skyldnaren, meinte Høgsterett:

«... Det sentrale må være om fordringen rent faktisk fungerer som et betalingsmiddel for datterselskapet, ikke om den usikkerhet som eksisterer om hvilke gjeldsposter som vil bli betalt ved – i realiteten – å trekke på fordringen, er knyttet til datterselskapets eller morselskapets interesser» (avsnitt 5-2).

Dette er det ikkje vanskeleg å slutte seg til. Før betalinga skjedde, var dotterselskapets krav mot mor på kr 847 422, og betalinga var på kr 90 219,49. I ei sak som dette ville det gje dårleg samanheng om ein såg bort frå nettopp den aktivaposten som vart redusert ved betalinga. Var ikkje kravet mot morselskapet tilgjengelege dekningsmidlar, kunne ein heller ikkje godt seie at dekningsmidlane vart reduserte ved betalinga. Om reduksjonen i dette tilfelle var tilstrekkeleg til at omstøyting kunne skje, fekk vi ikkje vita. Vi får setje pris på at Høgsterett nøyer seg med å avgjera det som må avgjerast.

Kåre Lilleholt

SELSKAPSRETT

Litteratur

Geir Woxholth *Selskapsrett*, 4. utgave. Gyldendal Akademisk, Oslo 2012. 412 sider.

3. utg. av denne boken utkom i 2010. Denne nye utgaven har sin bakgrunn hovedsakelig i en ny fagbeskrivelse og nye læringskrav grunnet den nye studieordning ved Det juridiske fakultet i Oslo. Boken er oppdatert med rettpraksis frem til høst/vinter 2011. Forfatteren har rullet å få med forslaget om forenklinger av aksjeloven. I 4. utgave finnes en bredere behandling av EU-retten og dens betydning samt et nytt kapittel om selskapers økonomiske funksjon, teorier om selskapers formål og selskapers samfunnsmessige ansvar.

Peter Hambro

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo

B



Disputas: *Erstatningsbetingende medvirkning*

Birgitte Hagland vil den 8. juni forsvare sin avhandling *Erstatningsbetingende medvirkning for graden ph.d. Disputasen finner sted i Gamle Festsal kl. 1015–1400.*

Emnet for avhandlingen er erstatningsansvar for medvirkning til skadevoldelse. Med medvirkning siktes det til delaktighet i en annens skadevoldelse, i form av aktive eller passive bidrag til den umiddelbare skadevolders ansvarsbetingende forhold. I erstatningsretten kan det oppstilles et skille mellom tilfellene hvor erstatningsansvar er begrunnet i brudd på mer eller mindre klart definerte handlenormer handlenormer, og tilfellene hvor normdannelsen skjer i forbindelse med fastleggelsen av ansvarsgrunnlaget, basert på en forsvarlighetsvurdering. Dersom ansvarsfastsettelsen baseres på en generell forsvarlighetsvurdering, kan formentlig samtlige deltakere i en skadevoldende hendelse bedømmes på samme måte. Spørsmålet om den enkelte deltaker kan holdes erstatningsansvarlig, beror dermed på om de alminnelige vilkårene for erstatning er til stede. Betraktningsmåten ligger til grunn for den tradisjonelle tilnærmingen til skade voldt av flere.

Spørsmålet om erstatningsansvar *kan* forholde seg annerledes dersom primærskadevolders ansvar er begrunnet i brudd på en definert handlenorm, som medvirkningshandlingen (eller unnlåtelsen) ikke strider mot. Det kan da være problematisk å etablere et selvstendig ansvarsgrunnlag som omfatter medvirkers forhold. Dersom ikke ansvar for medvirker kan begrunnes i andre normer, synes det derfor å foreligge *en ansvarsmessig avhengighet*. Medvirkers

eventuelle ansvar må på en eller annen måte knyttes til (bruddet på) den definerte handlenormen som begrunner erstatningsansvaret, men som medvirkers forhold ikke kan subsumeres under. Spørsmålet om man kan stå overfor en erstatningsrettslig relevant medvirkningshandling i tilfeller hvor primærnormen pålegger *en annen*, og ikke medvirker, en handleplikt, er i beskjeden grad belyst. I avhandlingen undersøkes det *om det i norsk rett gjelder en alminnelig regel om medvirkningsansvar*, og hva *innholdet og rekkevidden* av et slikt ansvar er.

Birgitte Hagland

Skriftserien

Skriftserie 189 – 2012
ISBN 978-82-7236-217-0

Ole André Oftebro: *Avtaler om kosmetisk kirurgi*

Avtaler om kosmetisk kirurgi belyser det rettslige forholdet mellom pasient og kirurg/klinikk. Spesielt behandles obligasjons- og erstatningsrettslige spørsmål som kan dukke opp når pasienten er misfornøyd med behandlingen. Fremstillingen bygger på en spesialoppgave for graden cand. jur. som Oftebro skrev som vitenskapelig assistent ved Institutt for privatrett 2006–2007.

Serien kan kjøpes hos:
Akademika as Jus
St. Olavs plass 5
0165 Oslo
(tlf. 40 76 13 64)

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

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
<http://www.cda.no>

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2012

Neste utgave kommer september 2012