



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARVERETT

Erstatning fra staten for sakskostnader i arvesak. Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse – Rt. 2012 s. 1338

Denne saken føyer seg inn i en rekke av saker som har kommet i kjølvannet av Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2010 s. 1361 hvor det ble lagt til grunn at gjellevende ektefelle måtte saksøkes i omstøtelsessaker etter arveloven § 19. Saken gjelder krav om erstatning fra staten for sakskostnader etter tvisteloven § 20-12 første ledd bokstav b. Som grunnlag for kravet ble det i hovedsak anført at domstolene ikke i tilstrekkelig grad hadde veiledet partene om hvem som skulle saksøkes i tvist om gaveoverføringer fra et uskiftet bo, og at det ikke var gitt adgang til å rette partsangivelsen.

Sakens faktum

C, som satt i uskiftet bo overførte i juni 2007 vederlagsfritt 51 % av aksjene i familieselskapet til sønnen

B. I januar 2010 sendte datteren A prosessvarsel til moren og broren om krav etter arveloven §§ 19 og § 21 og om skifte av uskifteboet. Kravet ble ikke imøtekommet, og A stevnet B for tingretten. De sentrale spørsmål for tingretten var om aksjene hadde en verdi som sto «i mishøve til formuen i buet», jf. arveloven § 19 første ledd, og om en båt og en andel av fritidseiendom tilhørte uskifteboet eller B. Tingretten kom til at gaven ikke stod i misforhold til formuen i boet, og at den omtvistede båt og andel av fritidseiendom tilhørte B. Spørsmålet om hvem som var rette saksøkt var ikke fremme i tingrettens behandling av saken.

A anket til lagmannsretten. I anketilsvaret anførte B under henvisning til Rt. 2010 s. 1361 at giveren, C, skulle vært gjort til part i saken. Lagmannsretten kom under dissens til at også C skulle ha vært saksøkt. Tingrettens dom ble på dette grunnlag opphevet, og saken avvist fra tingretten. Lagmannsretten tillot ikke retting av partsangivelsen.

A påanket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Saken ble overført til avdeling og i kjennelse inntatt i Rt. 2011 s. 1502 (omtalt i NiP 2012 nr. 1) kom Høyesterett enstemmig til at det ikke bare ved gave salg, men også ved rene gaveoverføringer må kreves at omstøtelsessøksmål rettes mot både giver og gagemottaker. Høyesterett fant imidlertid at rettstilstanden ikke hadde vært så klar at retting var utelukket. Spørsmålet om retting skulle tillates, ble overlatt til tingretten. Tingretten tillot retting, og etter rettsmekling inngikk partene rettsforlik.

Etter rettsforliket fremsatte A krav om erstatning fra staten for påførte sakskostnader etter tvisteloven § 20-12 første ledd bokstav b. Kravet ble fremsatt for Høyesterett, som traff avgjørelsen i siste instans i saken, jf. tvisteloven § 20-12.

Høyesteretts ankeutvalgs bemerkninger

Ankeutvalget bestående av Skoghøy, Tønder og Noer, kom til at erstatningskravet ikke kunne tas til følge. Det tas utgangspunkt i ordlyden i tvisteloven § 20-12 første ledd bokstav b hvorefter en part som er påført sakskostnader på grunn av feil ved rettens

Innhold nr. 4

Arverett.....	1
Erstatningsrett	2
Immaterialrett.....	5
Internasjonal privatrett.....	10
Konkurranserett	12
Kontraktsrett.....	17
Selskapsrett	20
Tvisteløsning.....	23

behandling av saken, kan kreve tapet erstattet av staten dersom feilen «skyldes at retten er vesentlig å bebreide». Ankeutvalget viser i avsnitt 17 til Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 452 hvor det heter at terskelen for ansvar etter denne bestemmelsen er satt «relativt høyt, idet kriteriet ‘vesentlig å bebreide’ krever at det foreligger en kvalifisert feil fra rettens side» og at feilen må ha karakter av en «grovere feil» for at staten skal komme i ansvar. Det vises videre til at det er naturlig å se hen til vurderingstemaet som skadeserstatningsloven § 2–1 nr. 1 første punktum angir – «om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt». Dette vurderingstemaet relativiserer ansvarsnormens innhold avhengig av hvilken form for feil det er tale om. Det fremheves under henvisning til Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 452, at det «som hovedregel ikke vil utløse ansvar for staten at retten har tatt feil av tvingende vilkår for å fremme saken, men at det «kan tenkes unntakstilfelle hvor retten også i slike tilfeller er ‘vesentlig å bebreide’».

Når det gjelder de angivelige feil begått i denne saken, vises det i avsnitt 18 til at spørsmålet om tvungent prosessfellesskap i «trepartsforhold» av den karakter vi her står overfor, ikke er lovregulert, og at det har vært omdiskutert i rettsteorien. Reglene er utviklet i rettspraksis og spørsmålet om giveren måtte saksøkes i saker om omstøtelse av rene gaver etter al. § 19 ble først avklart i Rt. 2011 s. 1502. Ankeutvalget fant det av den grunn klart at tingretten ikke var vesentlig å bebreide for at den ikke veiledet om hvem som måtte saksøkes, og ikke gav anledning til retting. Ankeutvalget kunne heller ikke se at lagmannsrettens nektelse av retting kunne anses erstatningsbetingende: «Lagmannsretten har ved avgjørelsen av om retting skal tillates, stilt strenge krav, men – særlig hensett til avgjørelsen i Rt. 2010 s. 1361 – ligger skjønnet likevel klart innenfor det forsvarlige. Staten kan da heller ikke gjøres erstatningsansvarlig for måten lagmannsretten har behandlet saken på.» (avsnitt 19).

Vurderinger

Resultatet i saken er ikke overraskende. Terskelen for å ilegge domstolene erstatningsansvar for noe som senere viser seg å ha vært uriktig rettsanvendelse, bør være høy. Lagmannsrettens avvisning av retting var i lys av dommen i Rt. 2010 s. 1361 en naturlig – om enn urimelig – konklusjon. I dommen i Rt. 2010 s. 1361 skjøt Høyesterett fra hoften med hagle. Det prosessuelle spørsmålet om tvungent prosessfellesskap var ikke prosedert verken for Høyesterett eller i underinstansene. Selv om Høyesterett kanskje traff blink med hofteskuddet vedrørende spørsmålet om at giveren bør saksøkes, traff nok også noen av haglene litt til side for målskiven. I lys av at praksis inntil da hadde vært at man ikke måtte saksøke gjenlevende ektefelle i omstøtelsessøksmål, var det nok vel strengt ikke å godta retting. Retting ble da også godtatt ved

neste korsvei i Rt. 2011 s. 1502, riktignok uten at Høyesterett direkte ville fravike Rt. 2010 s. 1361. Det er da naturlig at Høyesterett heller ikke kan rette vesentlige bebreidelser mot domstoler som lojalt har forsøkt å innrette seg etter Høyesteretts avgjørelse.

John Asland

ERSTATNINGSRETT

Arbeidsgiveransvar. Rt. 2012 s. 1420

Et stadig aktuelt spørsmål i erstatningsretten har vært hvor langt arbeidsgiver kan holdes ansvarlig på objektivt grunnlag for arbeidsgivers skadeforvoldelse i tilfeller hvor arbeidstakeren volder skaden med vilje. Det foreligger allerede nokså mye rettspraksis på området, og Høyesterett har nå 14. september 2012 avsagt en ny dom som belyser grensene for arbeidsgiveransvaret ytterligere.

Faktum var at en stasjonsleder i et bilutleiefirma lurte en kunde til å betale 130.000,- kroner for kjøp av en av leiebilene. Pengene gikk tapt, og kunden krevde erstatning fra leiebilfirmaet på grunnlag av arbeidsgiveransvaret, jf. skadeserstatningsloven § 2-1.

Kunden fikk medhold i tingretten, og firmaets anke til lagmannsretten førte bare delvis frem i form av at kundens krav ble redusert på grunn av medvirkning. Firmaets anke til Høyesterett førte derimot enstemmig til frifinnelse. Utleiefirmaet fikk også erstattet rimelege og nødvendige sakskostnader for alle instanser.

I Høyesterett tok førstvoterende utgangspunkt i at også forsettlig skadeforvoldelse i vinnings hensikt i strid med arbeidsgivers interesser etter omstendighetene kan omfattes av skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd første punktum, men at det rettspolitisk står svakere enn ansvar for skader som springer ut av de risikoer den aktuelle arbeidsgivervirksomheten mer generelt bringer med seg. Dette utgangspunktet skulle ikke være særlig kontroversielt.

Videre ble det tatt utgangspunkt i skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd annet punktum, som avgrenser arbeidsgivers ansvar mot de tilfeller hvor arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med. I denne forbindelse gikk førstvoterende langt i å se § 2-1 som en helhet, idet det blant annet ble fremhevet at det har vært vanlig å se bestemmelsens første ledd annet punktum i sammenheng med første punktums passus om at man skal ta hensyn til «de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten». Imidlertid er det vel primært første punktums vilkår om at skaden må være voldt «under utføring av arbeid» som det har vært naturlig, etter omstendighetene, å se i sammenheng med avgrensningen i annet punktum. Det har vært vanlig å beskrive dette vilkåret i første punktum som et krav om en saklig sammenheng og rimelig nærhet mellom den skadeforvoldende handling og arbeidstakerens funksjoner, og å anta at grensene for yrkesskadedekning

som er trukket opp i yrkesskadeforsikringsloven § 10 og folketrygdloven § 13-6 ikke vil sammenfalle med grensene etter skadeserstatningsloven § 2-1. Det er nok riktig. En skade vil likevel som utgangspunkt være voldt «under utføring av arbeid» hvis den forårsakes på arbeidsstedet, i arbeidstiden og i tilknytning til at arbeidstakeren utfører arbeidsoppgaver. I noen tilfeller kan det imidlertid være diskutabelt om det skal sies at arbeidstakeren i tilknytning til at han utfører arbeidsoppgaver volder skade, eller om hans handlinger overhodet ikke kan sies å være noe som gjøres i tilknytning til utføring av arbeidsoppgaver. Annet punktum klargjør da at ansvaret uansett ikke omfatter tilfeller hvor arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med, uavhengig av hvordan man ser på dette med om det er en tilknytning til arbeidsoppgaver eller ei. Passusen om at det skal «tas hensyn til de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten» i § 2-1 første ledd første punktum, har derimot på sin side hovedsakelig vært forstått som en henvisning til at man må avklare skadelidtes erstatningsrettslige vern, for eksempel i tilfeller med svikt i offentlige kontroll- og tilsynsvirksomheter m.v., herunder eventuelt avklare hva slags typer av svikt og feil som kan betinge ansvar. Slik sett synes det som om det er en noe annen tilnærming i denne dommen enn i tidligere praksis hvor det vises til sammenhengen mellom § 2-1 første ledd første og annet punktum, så som Rt. 1982 side 1349 og Rt. 1996 side 385.

Førstvoterende summerte deretter opp rettstilstanden som en matrise hvor graden av tilknytning til arbeidstakerens arbeidsoppgaver utgjør den ene aksene, mens skadelidtes egne (versus arbeidsgiverens) muligheter og oppfordring til å gardere seg utgjør den annen. Dette virker isolert sett som et ganske trefende bilde av den foreliggende rettspraksis.

Ved subsumsjonen ble det i hovedtrekk pekt på følgende: Det var intet ved virksomheten eller dens markedsføring som pekte i retning av salg av biler. Videre var det intet i arbeidstakerens stillingsinstruks som vedrørte salg – salg ville forøvrig heller være teknisk umulig idet utleiefirmaet ikke eide bilene. Dertil lå salg langt unna hans arbeidsoppgaver, selv om det var stillingen som gav ham tilgang til bilene. Ytterligere kunne utleiefirmaet vanskelig ha avverget forholdet. Samtidig måtte det hele ha fremstått som «temmelig ekstraordinært» for kunden, som ble tilbudt å kjøpe en utleiebil som senere ble taksert til 290.000,- kroner for 130.000,- kroner kontant.

Rettskildemessig blir jo hovedspørsmålet hvordan denne dommen kan plasseres i forhold til de andre dommene om arbeidsgiveransvar hvor arbeidstakerne forsettlig volder skader. Førstvoterendes utlegninger av sammenhengen mellom de forskjellige vilkårene og passusene i skadeserstatningsloven § 2-1 første ledd avviker tilsynelatende noe fra de utlegningene som er gitt i den praksis det ble vist til.

Konsekvensen blir at det i liten grad skilles mellom spørsmålene om henholdsvis hvilke plikter arbeidsgiverselskapet har overfor kravstilleren og om en arbeidstaker skal identifiseres med arbeidsgiverselskapet eller ei. Kanskje så Høyesterett dette som hensiktsmessig fordi det ville tydeliggjøre nødvendigheten av å vurdere skadelidtes egne muligheter og oppfordring til å reagere og gardere seg. I lys av den generelle oppsummeringen av tolkningen som gis i dommen, virker det likevel ikke som om det egentlig er meningen å utlede noe helt nytt fra bestemmelsen. Samlet sett: Selv om det fortsatt kan være vanskelig å si helt sikkert akkurat hvor grensene skal trekkes opp når arbeidstakerne har opptrådt helt i egen interesse og forøvrig hvor de går helt utover sine fullmakter, fremstår Høyesteretts praksis alt i alt rimelig konsistent hva gjelder resultatene.

Noe på siden av ovennevnte, er dommen også en viss dom over kontanternes rolle i (legitim) næringsvirksomhet. Det har nå etterhvert blitt et visst fokus på muligheten for å fase ut kontantene for å fjerne en anført sentral forutsetning for en svart økonomi, og for eksempel har man i skatteloven § 6-51 nå en bestemmelse om «[b]etaling via bank som vilkår for fradragsrett» ved beløp over kroner 10.000,-, jf. også merverdiavgiftsloven § 8-8. Slik sett var det kanskje tidstypisk at førstvoterende fremholdt: «Utviklingen når det gjelder betalingsformidling tilsier etter mitt syn at det gjennomgående er grunn til å være på vakt dersom en næringsdrivende ber om at større beløp gjøres opp i kontante penger, ikke via bank.» Foruten at denne utviklingen sikkert vil fortsette for fullt, kan vel dette utsagnet nærmest få en selvforsterkende effekt: Etter denne dommen er det neppe mindre grunn til å være på vakt.

Bjarte Thorson

Full erstatning for tap i fremtidig erverv utelukker senere dødsfallserstatning. Høyesterettsdom 10. oktober 2012 (HR 2012-1926-A)

Høyesterett avsa 10. oktober 2012 en dom om erstatning til etterlatte ved yrkessykdom.

Saken gjaldt en person som våren 2005 fikk påvist lungekreft på grunn av asbesteksponering på 1960- og 70-tallet. Han meldte sykdommen som yrkessykdom i april 2005, og forsikringsselskapet utbetalte i henhold til forskriften om standardisert erstatning ved yrkesskade (standardiseringsforskriften) 100 % menerstatning og 100 % erstatning for tap i fremtidig erverv i mai 2005. I desember 2005 døde han av sykdommen.

I 2009 fremsatte enken krav om erstatning til etterlatte under henvisning til standardiseringsforskriften § 6-1. Forsikringsselskapet avsto kravet under henvisning til at det alt hadde betalt menerstatning og erstatning for tap i fremtidig erverv. Etter noe forhandlinger dekket selskapet likevel begravelsekostnadene.

Saken ble bragt inn for Forsikringsklagenemnda, som under dissens 3-2 mente at selskapet var forpliktet til å betale enken etterlatteerstatning. Forsikrings-selskapet aksepterte ikke uttalelsen. Saken ble derfor bragt inn for tingretten, hvor selskapet tapte, men det anket til lagmannsretten, hvor det vant. Enken anket til Høyesterett, hvor hun til sist, av en enstemmig Høyesterett, ikke fikk medhold.

Spørsmålet for Høyesterett var altså: Kunne enken kreve forsørgertapserstatning selv om arbeidstakeren hadde fått utbetalt full erstatning for tap i fremtidig erverv før han døde?

Høyesteretts dom

Høyesteretts førstvoterende viste innledningsvis til yrkesskadeforsikringsloven §§ 12 og 13, og til at disse bestemmelsene i utgangspunktet viser til alminnelige erstatningsrettslige utmålingsregler. Selv om det var gitt standardiserte regler i forskriften, måtte de standardiserte reglene dermed likefullt anses å bygge på den alminnelige erstatningsrett. Man kunne derfor angripe spørsmålet ved først å gå gjennom hva som ville følge av alminnelige utmålingsprinsipper, for så å se om det var holdepunkter for en annen løsning ved utmåling etter standardiseringsforskriften.

På denne bakgrunn gikk Høyesterett først gjennom alminnelig erstatningsrett. I denne forbindelse ble det særlig vist til juridisk litteratur og etterarbeider (NOU 2011:16), hvor oppfatningen hadde vært at man ikke kunne være forpliktet til å betale etterlatteerstatning i tilfeller hvor man allerede hadde betalt ut erstatning mens forsørgeren ennå levde. Det ville i realiteten være en dobbel kompensasjon, og slik sett stride mot grunnleggende erstatningsrettslige prinsipper. Hvis skadevolder imidlertid bare hadde betalt ut for eksempel erstatning for en delvis ervervsmessig uførhet, ville det kunne være udekkede tap hos etterlatte dersom en senere forsørgertapserstatning ble helt utelukket. Da måtte det være rom for å tilkjenne en viss forsørgertapserstatning i tillegg.

Så ble spørsmålet om standardiseringsforskriften bygget på en avvikende løsning. Førstvoterende avviste i denne forbindelse først at ulike formuleringmåter i yrkesskadeforsikringsloven, standardiseringsforskriften og skadeserstatningsloven hadde noen avgjørende betydning. Deretter avviste han at de særlige hensynene bak yrkesskadeforsikringsordningen og standardiseringsforskriften – grunnleggende rettferdshensyn, behov for forebygging av konflikter og hensyn til effektivitet, raskere oppgjør, forutberegnelighet og reduserte kostnader – kunne utgjøre noe argument i den ene eller annen retning i et tilfelle som det foreliggende. Viktigheten av å ikke fravike de standardiserte reglene, selv om det vil føre til over- eller underkompensasjon, fremgår rett nok av Rt. 2004 side 8 og Rt. 2007 side 1415. Dette var imidlertid saker som, ifølge førstvoterende, reiste helt andre spørsmål, og synspunktene hadde ifølge

førstvoterende ikke betydning når det, som i denne saken, var spørsmål om to erstatningsposter skulle kunne kombineres i strid med det som gjelder i alminnelig erstatningsrett, et spørsmål som forskriften ikke hadde tatt sikte på å løse. Det var videre, i motsetning til tilfeller hvor det ble tale om en viss overkompensasjon, tale om en løsning som ville innebære en «systematisk dobbeltkompensasjon».

Anken måtte etter dette forkastes, men førstvoterende benyttet anledningen til å bemerke at også etter yrkesskadeforsikringsloven og standardiseringsforskriften må det være slik at om det bare er utbetalt en delvis erstatning for tap i fremtidig erverv, må etterlatte kunne kreve forholdsmessig erstatning for forsørgertap ved senere dødsfall. Ei heller kan utbetalt menerstatning stenge for senere etterlatteerstatning.

Kommentar

De avsluttende «obiter dicta» gav dommen en ekstra verdi som rettskilde, og i dommen ble det også gitt til kjenne synspunkter på alminnelig erstatningsrett, slik at den har interesse også utenfor yrkesskadeområdet. Dommen vil antagelig også bli lest med en viss interesse i tilknytning til forsikringsprodukter som «personalforsikringer», som inneholder ulike dekninger ved både uførhet og dødsfall, selv om andre hensyn og rettskilder da vil komme inn. Det samme gjelder ved dekning for yrkesskader etter tariffavtaler.

Det kan avslutningsvis nevnes at den oppgjørspraksisen som Høyesterett nå sluttet seg til, hadde også Forsikringsklagenemnda tidligere gitt uttrykk for at måtte være riktig (se uttalelsene nummer 3746 og 5663). Den ble også blant annet prøvd i 2003 i Ryfylke tingrett, som i dom 5. mars s.å. heller ikke hadde noen innvendinger. Man kunne selvsagt i prinsippet tenke seg at alminnelig erstatningsrett ble ansett å hjemle en annen løsning, så som at forsørgertapserstatning kunne tilkjennes, men i praksis ville reduseres fordi den etterlattes selvforsørgelsesevne måtte fastsettes under hensyn til en eventuell arv (av inntektstapserstatningen). I annen retning kunne man i teorien spørre om det avgjørende burde være «fullt og endelig oppgjør» for skaden eller «erstatning for 100 % ervervsuførhet», noe som nødvendigvis ikke behøver å være det samme. Det var slik sett uansett hensiktsmessig å få en del avklaringer gjennom Høyesteretts nokså utfyllende premisser.

Bjarte Thorson

Tilbakebetaling av trygdeytelser – foreldelse og renter. Rt. 2012 s. 1444

Høyesteretts enstemmige dom i Rt. 2012 s. 1444 gjelder foreldelse av krav på tilbakebetaling av trygdeytelser samt forsinkelsesrenter på kravet. Hovedspørsmålet i saken er om erstatningsgrunnlag for kravet kan benyttes som alternativ til regelen om tilbakebetaling i folketrygd. § 22-15, med den

konsekvens at kravet ikke er foreldet så lenge fristen i foreldesl. § 9 om foreldelse av erstatningskrav ikke er ute. Det mest bemerkelsesverdige ved dommen er nok likevel at Høyesterett frifant tilbakebetalingsdebitor for et rentekrav som var klart hjemlet i forsinkelsesrenteloven, med den begrunnelse at rentekravet medførte en forvaltningsrettslig uakseptabel forskjellbehandling fra trygdens side.

Det følger av folketrygd. § 22-15 at urettmessig mottatt trygd kan kreves tilbake. Bestemmelsen stiller i første ledd opp visse vilkår for dette, bl. a. subjektiv skyld hos trygdemottakeren. Ifølge annet ledd kan det også i andre tilfeller være grunnlag for tilbakebetaling, uten at denne bestemmelsen var tema i saken. I den aktuelle saken var vilkårene i § 22-15 første ledd oppfylt. Den trygdede hadde urettmessig mottatt trygdeytelser i perioden 2000–2004. Trygdemyndighetene ble kjent med dette 16. juni 2006, da de mottok informasjon fra skattemyndighetene. Krav om tilbakebetaling ble varslet i brev 1. november 2006 til trygdemottakeren. Varslet ble ikke fulgt opp med vedtak og krav før foreldelse inntraff etter foreldesl. §§ 2, 3 nr 1 og 10. Etter disse bestemmelsene inntreer foreldelse i utgangspunktet tre år etter at de uriktige utbetalingene fant sted. Når kreditor (trygden) mangler kunnskap om kravet, inntreer foreldelse ifølge § 10 tidligst ett år etter at kreditor fikk eller burde ha skaffet seg nødvendig kunnskap. Foreldelse inntraff derfor 16. juni 2007. I forliksklage 1. november 2008 ble det i stedet krevd tilbakebetaling etter erstatningsrettens alminnelige regel om skyldansvar, idet trygdemottakeren hadde utvist tilstrekkelig skyld i forbindelse med mottak av trygdeytelsene. Krav på erstatning utenfor kontraktsforhold foreldes etter foreldesl. § 9 tre år etter at skadelidte (trygden) fikk eller burde ha fått kunnskap om kravet. Erstatningskravet var dermed ikke foreldet da fristavbrytende forliksklage ble tatt ut. Spørsmålet var etter dette om alminnelig erstatningsrett kunne anvendes som alternativ til folketrygd. § 22-15, med den virkning at kravet ble reddet fra foreldelse.

Førstvoterende tar (i avsnitt 28) utgangspunkt i et prinsipp om at krav som kan baseres på flere rettsgrunnlag, ikke er foreldet før foreldelse er inntrådt etter samtlige grunnlag. Dette prinsippet har nok sin største betydning når erstatning kan kreves både etter reglene om erstatning i kontraktsforhold og etter reglene om erstatning utenfor kontraktsforhold. Det vil som regel være slik at erstatning i kontrakt foreldes først, og kreditor vil derfor kunne ha fordel av i stedet å påberope erstatning utenfor kontrakt. I denne saken var det altså tale om å supplere regler om tilbakebetaling med alminnelige erstatningsregler. Utenfor de lovregulerte tilfeller av tilbakebetaling ville dette være et spørsmål om alminnelig erstatningsrett som alternativ til prinsippene om *condictio indebiti*. Siden tilbakebetaling av trygdeytelser er lovregulert i folketrygd. § 22-15, er spørsmålet

om alternativ anvendelse av alminnelig erstatningsrett avhengig av en tolking av denne bestemmelsen, med sikte på å finne ut om lovens regel stenger for anvendelse av andre rettsgrunnlag. Svaret på dette var etter førstvoterendes syn «nei» (avsnitt 43), og tilbakebetaling etter erstatningsrettens regler kunne derfor kreves. Kravet var ikke foreldet.

Trygdemyndighetene krevde også forsinkelsesrenter på kravet. Førstvoterende startet også her (i avsnitt 45) med et alminnelig akseptert utgangspunkt, nemlig at krav om tilbakebetaling er formuerettslig selv om det opprinnelige kravet er offentligrettslig. Forsinkelsesrenteloven, som ifølge § 1 gjelder på formuerettens område, kommer derfor til anvendelse. Det er heller ingen tvil om at erstatningskrav forrentes etter forsinkelsesrenteloven. For rentekravet gjelder påkravsregelen i lovens § 2 første ledd, slik at renter begynner å løpe når det er gått 30 dager fra avsendelse av påkrav. Det var likevel ingen praksis for at trygdemyndighetene krever renter på tilbakebetalingskrav etter folketrygd. § 22-15, og heller ikke når krav fremmes som erstatningskrav i forbindelse med straffesak (avsnitt 56). Førstvoterende fant i lys av dette at rentekravet innebar en forvaltningsrettslig forskjellsbehandling som medførte at kravet ikke kunne tas til følge (avsnitt 57). Denne delen av dommen reiser interessante spørsmål knyttet til det offentlige som part i pengekrav på kreditor- eller debitorsiden. Det kan bl. a. gjelde spørsmål knyttet til foreldelse. I Rt. 2009 s. 1356 avsnitt 40 legges det likevel til grunn at en «langvarig og konsekvent praksis om frafall av foreldelsesinnsigelse», som ga den private parten en «forventning om å bli behandlet likt med andre», ikke innebar en sperre mot å legge om praksis. Det kan også gjelde slikt som regresskrav fra det offentlige og motregning foretatt av det offentlige. Det ligger i dommen at forvaltningsrettslige regler kan avskjære det offentlige fra å gjøre gjeldende formuerettslige rettigheter eller innsigelser som kreditor eller debitor etter vanlige pengekrav.

Trygve Bergsåker

IMMATERIALRETT

Originalitetskriteriet i EU-retten - ny kurs?

De siste årene har EU-domstolen befattet seg med grunnkravene for opphavsrett. Siden 2009 har EU-domstolen avsagt seks dommer som bl.a. behandler spørsmålet om originalitet, og hva som skal til for å få beskyttelse for opphavsrett etter EU-retten. De seks dommene er: Infopaq (C-5/08), BSA (C-393/09), Football Assosiation Premier League (heretter omtalt som FAPL C-403/08 og C-429/08), Painer Standard (C-145/10), Football Dataco (C-604/10) og SAS-dommen (C-406/10).

De opphavsrettslige problemstillingene oppsto i tilknytning til saker vedrørende fastleggelse av

andres rett til å bruke et materiale; til å trykke et portrett fotografi, til å bearbeide avisartikler, hente ut og bearbeide informasjon om fotballkamper fra en database, til å forvalte en brukergrenseflate og til å fremføre tv-programmer ved hjelp av dekodere og utstyr ment for andre geografiske områder. Materialet ble hevdet å være beskyttet av opphavsrett.

Grunnkravet for at noe er beskyttet av opphavsrett er at det er *originalt*. En originalitetsvurdering er – grovt sagt – å ta stilling til når et åndsverk har tilstrekkelig skaperkraft og personlig preg til at retten finner det beskyttelsesverdig som opphavsrett. I Norge er spørsmålet om originalitet ofte omtalt som et krav til verkshøyde; prestasjonen må være på et visst nivå for å kvalifisere for opphavsrett. Den som har opphavsrett får *enerett* til to hovedhandlinger – retten til å lagre og kopiere materialet (eksemplarframstillingsretten) og retten til å forvalte det som er skapt offentlig (tilgjengeliggjøringsretten). Til sammen utgjør dette en tilnærmet *enerett til kommersiell utnyttelse* av frembringelsen, i stor grad kun avgrenset av de såkalte låne-reglene i kap. 2 i åndsverkloven / unntakene i Opphavsdirektivets (2001/29/EF) art. 5.

Avgjørelsene fra EU-domstolen er interessante på flere måter. I sakene avgis uttalelser om opphavsrettens innhold og originalitetsbegrepets rammer og vilkår. Det gis bl.a. svar på om det er rom for et «nasjonalt opphavsrettslig vern» – med «eget» verkshøydekrav som avviker fra det i EU-retten – som igjen avstedkommer spørsmål som: Dersom det ikke er rom for en «nasjonal opphavsrett»; er norsk rett i samsvar med EU-retten når det gjelder kriteriene og beskyttelsesnivået på opphavsretten? Problemstillingene ser jeg nærmere på i en artikkel som kommer i NIR (Nordisk Immaterial Rättsskydd) neste måned.

Nedenfor presenterer jeg kort dommene og de opphavsrettslige spørsmål de reiser.

I. Om de seks dommene

Infopaq-dommen er avsagt 16. juli 2009 (C-05/408). I saken skulle domstolen bl.a. ta stilling til skillet mellom «eksemplarframstilling» i Opphavsrettsdirektivets (art. 2, litra a) forstand, og vederlagsfri «midlertidig eksemplarframstilling» etter unntaket til retten, angitt i direktivets artikkel 5.

Man kan stille spørsmål ved hva slags tilknytning eksemplarframstillingsbegrepet har til originalitetskriteriet; altså hvorfor *omfanget av opphavsretten* har noen betydning for *rettens gjenstand*?

Opphavsrettens enerettshandlinger er nøye sammenbundet med beskyttelsesobjektet, som originalitetskriteriet avgrenser. Opphavsrett gir ikke bare rett til eksakte kopier av den opprinnelige frembringelsen, men også til avarter av den (se åvl § 2). Man «beskriver» således beskyttelsesobjektet (det immaterielle åndsverket), gjennom å ta stilling til når det skjer vederlagspliktige eksemplarframstillinger av det i ulike medier og materialer. I Football Dataco-avgjørelsen

for eksempel (vil bli omtalt senere), tar EU-domstolen stilling til hvorvidt den handling som brukeren har foretatt (midlertidig eksemplarframstillinger av fragmenter av verket i en dekode), er en «eksemplarframstilling». Ved å uttrykke at den ikke er det (slik Domstolen kom til), uttrykker Domstolen samtidig at omfanget av verket ikke omfatter det å lagre verket midlertidig i en dekode. Den konstaterer at dette *ikke* er et *avtrykk av verket*, og uttaler seg derfor også om verkets omfang. Vurderingen stiller både krav til at verksdelene er representert i stort nok *omfang*, og til *kvaliteten* av verksdelene som er representert. De må være bærere av det opprinnelige verkets originalitet. Det er således korrelasjon mellom når en enerettshandling foretas, og når verket uttrykkes. Samtidig fremgår det av enerettsbestemmelsen at selv om man har konstatert ett avtrykk av opphavsmannens frembringelse, betyr det ikke at det ikke finnes andre avtrykk som også er eksemplarer av verket og derfor også bidrar til å konkretisere omfanget av verket. Eneretten omfatter manifestasjoner «i opprinnelig eller endret skikkelse... i annen litteratur eller kunst- art eller i annen teknikk» (åvl. § 2).

Å fastlegge omfanget av eneretten – og derved verket ved bruk av ny teknologi – var også hovedformålet med EUs Opphavsrettsdirektiv som ble vedtatt i 2001, og som de ovennevnte EU-dommene i stort mon bygger på.

I Infopaq-saken vurderte EU-domstolen om visse behandlingsprosesser av avisartikler var vederlagspliktige eksemplarframstillinger. Samtidig avgå den derfor også uttalelser relevante for fastleggelse av omfanget av rettens gjenstand, hvor kravet til originalitet altså er utslagsgivende for at vern oppstår.

Saken gjaldt en medieovervåkingstjeneste (Infopaq International AS, heretter Infopaq) som uten å innhente tillatelse fra rettighetshaverne, foretok forskjellige behandlingsprosesser av avisartikler; herunder scanning, omgjøring til digitale, søkbare filer, framstilling av utdrag inneholdende et hovedord samt fem etterfølgende og fem foranstående ord, i tillegg til å printe utdraget.

Infopaq hevdet at handlingene ikke krevde samtykke fra avisene, mens Danske Dagbladers Forening (heretter DDF), som representerte avisene i saken, hevdet at handlingene var eksemplarframstillinger i Opphavsrettsdirektivets forstand og derfor var ulovlige uten samtykke fra rettighetshaverne.

For å ta stilling til om avisene kunne kreve opphavsrett, tok EU-domstolen først stilling til om man hadde å gjøre med et åndsverk.

Domstolen kom til at de handlinger som Infopaq hadde foretatt, som omfattet utdrag av 11 ord fra en avisartikkel, kunne innfri kravet til originalitet (premiss 72).

Den neste avgjørelsen er **BSA- dommen** (C-393/09), avsagt 22. desember 2010. Den tsjekkiske republikk anmodet EU-domstolen om en prejudisiell

avgjørelse i en sak mellom foreningen for beskyttelse av datamaskinprogrammer (kalt BSA) og kulturministeriet i Tsjekkia. Tvistens kjerne var om opphavsrettslig vern av edb-programmer også omfattet den grafiske brukergrenseflaten til edb-programmet.

Kulturministeriet i Tsjekkia hevdet at en fremvisning av dataprogrammet på skjerm (brukergrenseflaten) ikke var «uttrykk for verket», og derfor ikke hadde opphavsrettslig vern. Ministeriet ville derfor ikke gi BSA tillatelse til å forvalte opphavsretten til edb-programmene. BSA var uenig i fortolkningen av opphavsretten, og klaget saken inn for domstolen i Tsjekkia, som deretter forela spørsmålet om opphavsrett for EU-domstolen. Det opphavsrettslige spørsmålet var således om brukergrenseflaten til et edb-program var en eksemplarframstilling av edb-programmet, som er opphavsrettslig beskyttet gjennom edb-direktivet. Det opphavsrettslige spørsmål var således om brukergrenseflaten var et *uttrykk for opphavsmannens egen frembringelse*, og derved kunne beskyttes som opphavsrett.

Domstolen kom i denne saken til at brukergrenseflaten for et datamaskinprogram ikke var *uttrykk for verket*, fordi det ikke var resultat av opphavsmannens «egne intellektuelle frembringelse». Resultatet var snarere styrt av en målsetting om å skape funksjonalitet mellom programmet og brukeren, da blir ikke prosessen kreativ men styrt. Kravet til originalitet var derfor ikke oppfylt (premiss 51). Domstolen uttrykte også at en brukergrenseflate i andre sammenhenger kunne innfri kravet til verkshøyde, så sant brukergrenseflaten var et resultat av «egen intellektuell frembringelse».

I **Painer-dommen** (C-145/10 (Painer Standard)) av 1. desember 2011 konkretiseres originalitetsvilkåret nærmere av EU-retten. Saken gjaldt bruken av et portrettfotografi av Natasha K., jenta som ble holdt i fangenskap i åtte år. Fotografen Eva-Maria Painer hadde tatt et skoleportrettfotografi av jenta da hun var ti år gammel. Dette ble publisert i ulike aviser da Natasha K. hadde klart å rømme fra bortføreren. Bildet ble i tillegg publisert i en såkalt fantomutgave (computerfremstilt versjon). Painer påførte alltid fotografiene navnetrekkene sine ved overdragelse, disse var heller ikke gjengitt ved publiseringene. I tillegg skjedde bruken uten hennes samtykke.

Partene i saken var Eva-Marie Painer (heretter Painer) mot Standard Verlags GmbH, m. flere (heretter kalt avisforlagene).

Spørsmålet fra domstolen i Østerrike (Handelsrecht Wien) var om EU-regelverket om opphavsrett kunne tolkes slik at fotografiske verk og/eller fotografier, herunder portrettfotografier, hadde et svakere vern, eller ikke et bearbeidelsesvern overhode, grunnet portrettfotograferings realistiske formål med få utformingsmuligheter. Den opphavsrettslige problemstillingen var om den nedre terskel for opphavsrett kunne overskrides ved portrettfotografering, og

om åndsverkets originalitet hadde noe å si for omfanget av vernet.

Oberster Gerichtshof (høyeste rettsinstans i Østerrike) hadde fastslått at fordi portrettfotografen hadde hatt få valgmuligheter med hensyn til utformingen, hadde Painer svakere eller intet vern for fotografiet, og avisene kunne fremstille fantombilder uten hennes samtykke. Fremstillingen av et fantombilde ville, dersom Painer var berettiget «vanlig» opphavsrett, være en bearbeidelse som ligger innenfor opphavsmannens enerett, der samtykke måtte ha vært innhentet før publisering.

Domstolen kom til at også ved portrettfotograferingen foreligger det valg på utforming av fotografiet (lys, utsnitt, fremkallingsmåte), slik at kravet til «egen intellektuell frembringelse» og originalitet kan være oppfylt (premiss 93). Den uttrykte også at omfanget av det opphavsrettslige vernet ikke var dynamisk i forhold til opphavsmannens utformingsmuligheter. Også verk med liten originalitet har krav på det samme, vide beskyttelsesomfanget (premiss 98).

Avgjørelsen i **Football Assosiation Premier League** (FAPL) ble avsagt den 4. oktober 2011 og gjaldt to saker som var forent til behandling, C-403/08 og C-429/08. Høyesterett i England og Wales (High Court of Justice) ba om en prejudisiell avgjørelse i spørsmål som vedrørte hvorvidt det var tillatt etter EU-retten, å selge satellittlisenser og utstyr *ment for andre geografiske områder* innen fellesmarkedet, som muliggjorde mottak av radio- og tv-programmer tiltenkt disse områdene. Programmene med Premier Leagues fotballkamper var de samme uansett destinasjon, bare ev. tilpasset med kommentarer og reklame for mottakerlandet de var ment for.

Det andre spørsmålet vedrørte hvorvidt det var forbudt for pubeiere å vise («fremføre» i opphavsrettslig term) programmer ment for et annet geografisk område ved hjelp av slikt utstyr. Forbudet mot salg av utstyr utenfor angitt geografisk område var beskyttet i britisk lovgivning.

FAPL anførte at tidligere EU-avgjørelser hadde tillatt restriksjoner i nasjonal lovgivning til fordel for markedsaktører av filmverk (C- 62/79 (Cotidel)), og at et slikt unntak også måtte kunne komme til anvendelse til fordel for rettighetshaverne til Premier League-kampene. Tanken fra FAPL side var at dersom fotballkamper var beskyttet som opphavsrett, kunne lovgivningen i britisk rett, som beskyttet de geografiske avgrensningene av utsendelses-lisensene, likevel være tillatt.

EU-domstolen vurderte prinsipielt hvorvidt programmet med Premier League-kampene hadde opphavsrettslig vern etter EU-retten, før den tok stilling til hvorvidt nasjonale bestemmelser om geografiske restriksjoner på dekodeutstyr var i strid med konkurranseretten (FAPL premiss 95). Spørsmålet om opphavsrett kom således opp i to sammenhenger; dels gjennom vurderingen av *om fotballkamper* – og dermed utnyttelsen av dem – *kunne beskyttes som*

opphavsrett, og dels om lagringer av fjernsynsprogrammene i en dekodeur var å anse som eksemplarframstillinger i EU-rettslig forstand.

I tilknytning til det andre spørsmålet hevdet FAPL at bevillingshavere krenket deres opphavsrettigheter, gjennom at det ble gjort framstillinger av «verkene» i satellittdekodernes interne funksjoner (FAPL premiss 45). Spørsmålet som sto for EU-domstolen, var om fortløpende fragmenter av en film, et musikalsk verk, lydopptak eller digitale bilde- og lydrammer som var skapt i en dekodeurs hukommelse eller på en TV-skjerm, utgjorde en hel eller delvis vederlagspliktig eksemplarframstilling av verket. (FAPL premiss 54, spørsmål 4). Dersom fragmentene av verkene tilfredsstilte kravet til midlertidig eller permanent eksemplar jf. art. 2 i direktivet, var originalitetsvilkåret oppfylt. Var fragmentet bare å anse som en flyktig, «midlertidig eksemplarframstilling» uten selvstendig økonomisk verdi, var den omfattet av unntaket til eneretten i Opphavsrettsdirektivets artikkel 5, 1 b). QC Leisure ble i den sammenheng påstått å krenke opphavsretten ved sitt salg av dekodeurstyr, som muliggjorde «tilgang til» den påstått ulovlige bruken av opphavsrettslig vernet innhold (FAPL premiss 47). Mens pubeieren Karen Murphy krenket en ev. opphavsrett ved å fremføre sendingene offentlig ved hjelp av slikt utstyr.

Domstolen fant at innholdet i et TV-program med fotballkamper ikke kunne beskyttes som opphavsrett under EU-retten, da uttrykket (spillet) ikke var styrt av opphavsmannens egne intellektuelle frembringelse, men av spillets regler (premiss 98). Domstolen hevdet likevel at kampene hadde en originalitet som kunne beskyttes i nasjonal rett (premiss 103), men at slik lovgivning måtte innfri kravet til proporsjonalitet i EU-retten. Dette var i forelagte lovgivning ikke oppfylt, da formålet med lovgivningen som beskyttet geografiske avgrensninger av lisenser, var å sikre et høyest mulig vederlag for rettighetshaverne til fotballkampene. Dette medførte at lovgivningen gikk for langt i å beskytte rettighetshavernes interesser ifølge Domstolen, kravet til proporsjonalitet var ikke oppfylt (premiss 116 og 117).

Football Dataco-dommen (C-145/10) er avsagt 1. mars 2012. Saken vedrørte retten til bruk av kampprogrammer til skotske og engelske fotballmesterskap, som Yahoo hadde gjort bruk av uten forutgående samtykke fra Football Dataco. Reglene og prosedyren for utarbeidelse av kampprogrammer er de samme i England og Skottland, de såkalte «gyldne regler», som er nøye beskrevet i premissene (Football Dataco premiss 13).

De rettsspørsmål som Domstolen ble bedt om å ta stilling til var hvorvidt *det intellektuelle arbeidet fotballorganisasjonene utførte* ved utarbeidelse av kampprogrammer, kunne kvalifisere for databasevern og opphavsrettslig beskyttelse etter EU-retten.

Fotballorganisasjonene hadde fått medhold i første instans i at de hadde opphavsrett til databasen, og ved anken forela ankedomstolen (Court of Appeal) spørsmål til EU-domstolen om hvordan det opphavsrettslige vernet etter databasedirektivet (databasedirektivet 96/9/EF) skulle forstås. Man kan få opphavsrett for en database dersom *utvelgelsen av materialet* til databasen og/ eller *sammenstillingen* av det, er original (se Rognstad *Opphavsrett*, s. 305).

Dernest ville den foreleggende domstolen ha svar på om den intellektuelle «bestrebelse og kunnen» med hensyn til å skape data, var relevant ved vurdering av opphavsrett, og hvis ikke, hvilke ytterligere krav som oppstilles.

Dernest ble det stilt spørsmål om direktivet utelukket opphavsrettslig beskyttelse av databaser på *annet grunnlag* enn dem som var fastsatt i direktivet (Football Dataco premiss 25).

Domstolen konstaterte at den intellektuelle innsats ved å frembringe data, ikke var relevant for opphavsrettslig databasevern etter EU-retten (premiss 36). Det er *utvelgelse* og *strukturering* som skal være vurderingstemaet for originalitet ved spørsmålet om grunnkravet for opphavsrett er oppfylt (premiss 38). Det er, ifølge Domstolen, heller ikke adgang for nasjonalstatene å vedta lovgivning om opphavsrett som tillegger andre kriterier enn «egen intellektuell frembringelse» som grunnvilkår for vern (premiss 42).

Man kan derfor stille spørsmål ved om britisk retts skjæringspunkt for opphavsrett på grunnlag av «sweat on the brow»- doktrinen, har fått seg et skudd for baugen.

SAS-avgjørelsen (C-406/10) er avsagt 2. mai 2012 og er den foreløpig siste i rekken av avgjørelser fra EU-domstolen om opphavsrett. Saken vedrørte en tvist om en lisenstakers rett til bruk av SAS Institutes' (heretter SAS) dataprogrammer. Lisenstakeren World Programming Ltd (heretter WPL) hadde benyttet deler av SAS' brukerprogram som de hadde fått tilgang til gjennom sin lisensavtale, til å utvikle et program som var kompatibelt med SAS-programmet, og som medførte at dataene i SAS-programmet også kunne brukes i WPL-programmet.

EU-domstolen ble av foreleggende rett (High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division) bedt om å ta stilling til hvorvidt WPLs utnyttelse krenket SAS' opphavsrett til dataprogrammet. Det var godt gjort at WPL ikke hadde benyttet SAS kilde- eller objektkode for å utvikle samvirket mellom programmene.

Domstolen fant at «hverken et edb-programs funksjonalitet eller det programmeringssprog og det datafilformat, der anvendes i et edb-program til at udnytte visse af dets funktioner, udgør en form, edb-programmet udtrykkes» (dommens pkt. 1), og derved at WPLs utnyttelse ikke krenket SAS' opphavsrett til dataprogrammet. Den fant

imidlertid at WPLs utnyttelse av brukermanualen til programmet, kunne krenke opphavsretten til brukermanualen (premiss 70).

II. Vurderingen av rekkevidden av dommene i NIR 4/2012

Materialet i foreliggende skriv, er hentet fra en artikkel som kommer i NIR (Nordisk Immaterial Rättskydd 4/2012) neste måned. I artikkelen tar jeg for meg spørsmålet om EU-dommenes forhold til norsk rett, samt gir noen innspill på hvordan jeg ser på rekkevidden av dommene.

Jeg fremholder bl.a. en tese om at avgjørelsene kan tyde på at man i EU-retten anretter en «ny kurs», i det man ved vurderingen av originalitet/verkhøyde ser hen til «skapelsesøyeblikket»/frembringelsesprosessen av åndsverket, i større grad enn ved å vurdere spørsmålet om originalitet i selve frembringelsen (filmen, fotoet, artikkelen e.l). Dersom det foreligger *valgmuligheter* på utformingen (Football Dataco premiss 44, FAPL premiss 98) og valgene er *frie og kreative* (FAPL premiss 98, Painer premiss 89) fastslår domstolen at originalitet foreligger.

Denne *proffessorienterte vurderingsmåte* kan i så fall bli retningsgivende for hvordan man skal vurdere spørsmålet om verkhøyde for fremtiden, også etter norsk rett.

Irina Eidsvold Tøien

Opphavsrett

Stedet for opphavsrettslige handlinger ved internasjonale transaksjoner. Lovvalg. EU-domstolens dommer i sak C-5/11 (Donner) og sak C-173/11 (Football Dataco II)

EU-domstolen har i løpet av de siste månedene avsagt to dommer som avklarer det praktiske spørsmålet om hvor en opphavsrettslig handling må sies å foregå ved grenseoverskridende transaksjoner. Spørsmålet har en side til internasjonal privatrett, ettersom det grunnleggende problemet er hvilke lands opphavsrettsregler som får anvendelse når en vare eller tjeneste ytes over landegrensene. Grunnregelen i opphavsrettslige tvister er at loven i landet som rettsbeskyttelsen gjøres gjeldende for, skal anvendes (*lex loci protectionis*), jf. Romaforordningen II (for. 864/2007) art. 8. I inngrepssaker vil det i praksis si handlingsstedets rett (*lex loci commissi*). Problemet ved grenseoverskridende handlinger er å avgjøre hvor dette er. Det får ikke minst betydning der rettsbeskyttelsen er ulik.

Donner-saken, sak C-5/11, gjaldt salg av møbler fra Italia til Tyskland uten rettighetshavernes samtykke i en situasjon der møblene ikke hadde opphavsrettsbeskyttelse i Italia, men derimot i Tyskland. Møblene var annonsert på tyske nettsider, men ble ikke sendt til kunder i Tyskland. Selgeren ga imidlertid kundene

valget mellom å hente møblene i Italia, eller å få en speditør til å levere dem, samtidig som en spesiell speditør ble anbefalt. Valget av spedisjonsløsningen innebar også en bestemt betalingsordning. Da sak ble anlagt i Tyskland mot speditøren for medvirkning til opphavsrettsinngrep, oppsto spørsmål om hvor spredningen av møblene fant sted i henhold til regelen om opphavsmannens spredningsrett i opphavsrettsdirektivet (dir. 2001/29/EF) art. 4. I foreleggelsesdommen av 21. juni 2012 fastslo EU-domstolen at spredning til allmennheten er karakterisert av en rekke handlinger som i det minste omfatter inngåelse av en salgsavtale, og at en næringsdrivende er ansvarlig for enhver handling som foranlediger spredning til allmennheten. I sakens situasjon, der leveringen ikke var skjedd av selgeren selv, eller på dennes vegne, måtte det legges vekt på omstendigheter som at det fantes en tyskspråklig hjemmeside der varene ble tilbudt og at selgeren hadde tilrettelagt for levering gjennom spedisjonsfirmaet. Følgelig fant EU-domstolen at «en erhvervsdrivende, der retter sin reklamerings mod de medlemmer af almenheden, som er bosat i en anden medlemsstat, og skaber eller stiller en særlig leveringsordning og betalingsmetode til rådighed for dem, eller tillader tredjemand at gøre dette ... foretager en «spredning til almenheden» ... i den medlemsstat, hvor leveringen finder sted».

Dommen gir en viktig avklaring på et omdiskutert spørsmål, og må antas å få betydning også for norsk rett. Hos oss har nok oppfatningen på den ene siden vært at selve spredningen skjer i det land leveringen skjer fra. På den annen side står det i åndsverkloven at spredning skjer når eksemplar frembys for salg her i riket (§ 2 tredje ledd, bokstav b), og det kan hevdes at eksemplarene frembys for salg i Norge når det annonseres for dem på en måte som gjør at salget kan sies å være rettet (også) mot det norske markedet. Donner-saken gir støtte for dette synspunktet, og medfører at møbelhandel over Internett fra andre (EØS-)land kan være ulovlig, selv om møblene er lovlig produsert i det land de importeres fra. En konsekvens av dette er at det i prinsippet kan gis dom for inndragning overfor forbrukerkjøpere som ikke er i god tro, jf. åndsverkloven § 56.

Football Dataco II-saken gjelder den ikke mindre omdiskuterte situasjonen der rettsbeskyttet materiale leveres over landegrensene på Internett. Her hadde det tyske spillleselskapet Sportradar GmbH hentet data fra den engelske databasen «Football Live», som drives av de foretakene som er ansvarlige for organiseringen av engelske og skotske fotballigaer. Sportradar tilbyr sine spilltjenester via sin nettside, og spørsmålet er om Sportradar med dette har foretatt ulovlig «gjenbruk» av originaldatabasen etter databasedirektivet (dir. 96/9/EF) art. 7. Det spørsmål EU-domstolen tok stilling til i denne saken var hvor gjenbruken var skjedd – i «land A» (Tyskland), i «land B» (Storbritannia) eller i begge. EU-domstolen henviste her til

det den hadde sagt i Donner-saken, men presiserte samtidig at tilgjengeliggjøring over nett prinsipielt sett skiller seg fra tradisjonelle former for spredning, ettersom innholdet på et nettsted er «allestedsværende» og kan nås av et ubestemt antall internettbrukere over hele verden. Det forhold at innholdet fra en nettside er tilgjengelig innenfor et bestemt nasjonalt område, er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig til at nettsiden kan sies å foreta «gjenbruk» der. Det avgjørende, ifølge EU-domstolen, er om det foreligger omstendigheter som gjør det mulig å anta at gjenbruken avspeiler rettighetshaverens ønske om å henvende seg til personer som befinner seg innenfor dette området (dommens avsnitt 39). I saken kunne en slik omstendighet bestå i at dataene på Sportradars server inneholdt opplysninger om den engelske fotballigaen, hvilket kan indikere et ønske om å fange engelske kunders oppmerksomhet. Ytterligere omstendigheter var at Sportradar hadde inngått kontrakter med engelske spillere og at nettsidene var på engelsk – ikke tysk. Derimot fant EU-domstolen det ikke avgjørende hvor webserveren som dataene ble sendt fra var plassert. En slik løsning ville redusere den effektive virkningen av det nasjonale databasevernet (se avsnitt 45 og 46). Konklusjonen var at «gjenbruken» skulle anses for å være foretatt i «land B» (Storbritannia), «såfremt der foreligger indier, der kan begrunde en konklusjon, hvorefter ophavsmandens hensigt med en sådan handling var at nå dele af almenheden i sidstnevnte medlemsstat ...». Dette tilkom det den foreleggende rett å ta stilling til.

Ettersom uttrykket «gjenbruk» i databasedirektivet bygger på begrepet «tilgjengeliggjøring for allmennheten», må dommen antas å ha betydning langt ut over databasevernet, og dens premisser anvendelse også ved tilgjengeliggjøring av åndsverk over nett. Dommen stadfester slik sett at det avgjørende for hvor tilgjengeliggjøringen må anses å skje, er nettsidens «destinasjonssted» og ikke tilbyderens forretningssted eller stedet for plassering av den server materialet måtte være lagret på. I dagens teknologiske virkelighet er i hvert fall det siste fornuftig, selv om løsningen åpner opp for at krenkelser på Internett vil kunne skje i svært mange land.

Ole-Andreas Rognstad

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Lovvalg i arbeidsretten – tolkning av Romakonvensjonen – EU-domstolens dom 15. desember 2011, sak C-384/10 Jan Voogsgeerd mot Navimer SA

Saken gjelder tolkningen av artikkel 6 om individuelle arbeidsavtaler i Romakonvensjonen av 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område. Dommen kom

mindre enn ett år etter at EU-domstolen tok stilling til bestemmelsen for første gang, og EU-domstolen støtter seg i stor grad på sin tidligere avgjørelse, se C-29/10 *Koelzsch* (kommentert i *Nytt i privatretten* 2011, nr. 2).

Som for andre avtaler er utgangspunktet for arbeidsavtaler at partene selv kan velge hvilket lands rett som skal regulere avtalen, jf. Romakonvensjonen artikkel 3. Spesialbestemmelsen om arbeidsavtaler i artikkel 6 gjør imidlertid betydelige begrensninger i dette utgangspunktet: Uansett lovvalg vil arbeidstakeren beholde den beskyttelse han har etter preseptoriske regler i det lands rett som ville blitt lagt til grunn dersom partene ikke hadde foretatt et lovvalg, jf. artikkel 6 (1). Hvilket lands rett som skal legges til grunn dersom partene ikke har foretatt et lovvalg – bakgrunnsretten – avhenger av hvorvidt arbeidstakeren vanligvis arbeider i et bestemt land eller ikke. I det første tilfellet, er det retten i det land hvor arbeidstakeren vanligvis utfører arbeidet som legges til grunn, jf. artikkel 6 (2) (a). I det andre tilfellet, er det retten i det land der forretningsstedet hvor ansettelsen ble foretatt ligger, jf. artikkel 6 (2) (b). Begge disse objektive tilknytningskriteriene kan fravikes dersom det fremgår av omstendighetene som helhet at avtalen har nærmere tilknytning til et annet lands rett – i så fall vil dette lands rett legges til grunn, jf. artikkel 6 (3). Norge er ikke part i Romakonvensjonen, men avgjørelsen har likevel interesse også fra en norsk synsvinkel. Etter alminnelig oppfatning er både konvensjonen og domstolens praksis knyttet til denne av betydning i norsk internasjonal privatrett.

Problemstillingene i saken gjelder tolkningen av tilknytningskriteriene i artikkel 6 (2) (a) og (b), og forholdet mellom disse. Saken har sitt utspring i en tvist mellom Jan Voogsgeerd, bosatt i Nederland, og selskapene Navimer SA og Naviglobe NV med sete i henholdsvis Luxembourg og Belgia. Voogsgeerd ble i 2001 ansatt i Navimer som maskinmester på to av selskapets skip. Arbeidsavtalen ble inngått på Naviglobes kontorer i Belgia og det ble bestemt at den skulle reguleres av luxembourgsk rett. I april 2002 ble Voogsgeerd oppsagt av Navimer. På bakgrunn av dette anla han sak mot Naviglobe og Navimer i Belgia med påstand om at selskapene var solidarisk ansvarlige for å betale erstatning i forbindelse med oppsigelsen. Det var ikke omtvistet at luxembourgsk rett var *lex contractus*, men partene var uenige om hvorvidt artikkel 6 (2) pekte ut luxembourgsk rett eller belgisk rett som bakgrunnsrett. Etter luxembourgs rett var kravet foreldet, mens dette ikke var tilfellet etter ufravelige regler i belgisk rett. Hensett til uenigheten om tolkningen av artikkel 6 (2) besluttet kassasjonsdomstolen i Belgia å forelegge spørsmål om tolkningen for EU-domstolen. Anken til kassasjonsdomstolen og følgelig også anmodningen om prejudisiell avgjørelse for EU-domstolen er knyttet til saken mot Navimer.

Spørsmålene som ble forelagt EU-domstolen gjelder tilknytningskriteriet om forretningsstedet hvor ansettelsen ble foretatt i artikkel 6 (2) (b). Domstolen indikerer relativt tydelig at saken heller synes å høre inn under kriteriet om arbeidsavtalens tilknytning til stedet hvor arbeidstakeren vanligvis arbeider, jf. artikkel 6 (2) (a). Det ble påpekt at artikkel 6 (2) er bygget opp slik at kriteriet i (a) først skal tas i betraktning, og at en eventuell anvendelse av dette kriteriet utelukker anvendelsen av kriteriet i (b). Som allerede fastslått i *Koelzsch* hindret ikke det faktum at arbeidstaker hadde utført sin virksomhet i to eller flere medlemsstater at artikkel 6 (2) (a) kom til anvendelse: Kriteriet skulle forstås slik at det henviste til «det sted, hvor eller hvorfra arbeidstageren faktisk udøver sin virksomhed, og, i mangel af et primært sted, det sted, hvor arbeidstageren udfører størstedelen af sin virksomhed». Domstolen knyttet også enkelte bemerkninger til karakteren av arbeidet på sjøfartsområdet. Det skulle tas hensyn til samtlige forhold som karakteriserte arbeidstakerens virksomhet. Retten skulle «fastlægge, i hvilken stat det sted, hvorfra arbeidstageren udfører sine transportopgaver, modtager instruktioner vedrørende sine opgaver og organiserer sit arbejde, er beliggende, samt det sted, hvor arbejdsredskaberne befinder sig». Dersom det sted hvor arbeidstakeren utførte transportoppgavene og mottok instruksjoner alltid var det samme, skulle dette være stedet hvor vedkommende vanligvis utførte sitt arbeide (avsnitt 31–41).

For det tilfellet at kassasjonsdomstolen i Belgia skulle komme til at artikkel 6 (2) (a) ikke kom til anvendelse, ble det også gitt en gjennomgang av de innsendte spørsmålene om tolkningen av artikkel 6 (2) (b). De to første spørsmålene ble behandlet samlet: Skulle tilknytningskriteriet i artikkel 6 (2) (b) forstås slik at det henviste til det forretningssted som hadde inngått arbeidsavtalen eller det av virksomhetens forretningssteder som arbeidstakeren var knyttet til ved arbeidets faktiske utøvelse? Dersom uttrykket skulle forstås på sistnevnte måte: Kunne denne tilknytningen følge av den omstendighet at arbeidstakeren regelmessig skulle møte opp og motta instruksjoner hos virksomheten? Domstolen hadde allerede under drøftelsen vedrørende artikkel 6 (2) (a) konstatert at dersom arbeidstaker alltid skulle møte opp på samme sted hvor vedkommende også mottok instruksjoner skulle det antas at arbeidstakeren vanligvis utførte arbeidet sitt der, jf. artikkel 6 (2) (a). Disse forholdene kunne derfor ikke samtidig ha betydning for anvendelsen av tilknytningskriteriet i artikkel 6 (2) (b). Ved anvendelsen av det subsidiære tilknytningskriteriet skulle det utelukkende tas hensyn til de forhold som vedrørte prosedyren for inngåelsen av avtalen. Andre elementer i arbeidsforholdet kunne tas i betraktning dersom en vurdering av tilknytningskriteriene i artikkel 6 (2) viste at avtalen hadde en nærmere

tilknytning til et annet land, jf. unntaksklausulen i artikkel 6 (3) (avsnitt 43–52).

Det tredje spørsmålet dreide seg om hvorvidt forretningsstedet måtte oppfylle formelle krav som for eksempel besittelse av rettsevne. Domstolen la til grunn at dette ikke var noe krav etter artikkel 6 (2) (b). Det sentrale var at forretningsstedet utviste stabilitet og at det utgjorde en integrert del av strukturen til den virksomheten som ansatte arbeidstakeren (avsnitt 53–58).

Det fjerde spørsmålet tok opp problematikken rundt arbeidsforhold med flere arbeidsgivere. Voogsgeerd hadde gjort gjeldende at han alltid mottok instruksjoner fra Naviglobe og at Naviglobe og Navimer hadde hatt samme direktør i den aktuelle perioden. Kunne disse omstendighetene medføre at Naviglobe skulle anses som arbeidsgiver for Voogsgeerd? Det forhold at Voogsgeerd alltid mottok instruksjoner fra Naviglobe var som domstolen tidligere hadde vært inne på relevant i forhold til fastleggelsen av det sted hvor arbeidet vanligvis ble utført, jf. artikkel 6 (2) (a). Når det gjaldt påstanden om at selskapene hadde hatt samme direktør, var dette noe den foreleggende rett måtte ta stilling til. Kassasjonsdomstolen skulle «tage hensyn til samtlige objektive omstændigheder, som gør det muligt at fastslå, at der foreligger en faktisk situation, der er forskellig fra den situation, som fremgår af aftalens ordlyd», jf. C-341/04 *Eurofood IFSC*. Overdragelse av instruksjonsmyndighet var et av de forhold som skulle tas i betraktning, men omstendigheten var ikke i seg selv et avgjørende moment (avsnitt 59–65).

EU-domstolen viderefører i avgjørelsen linjene som ble trukket opp i *Koelzsch* og fremhever stedet der arbeidstaker vanligvis utfører arbeidet som det overordnede tilknytningskriterium. Den vide tolkningen av kriteriet som domstolen legger til grunn harmonerer godt med artikkel 8 i Romakonvensjonens etterfølger – Roma I-forordningen – som henviser til det sted «hvor eller hvorfra» arbeidstaker vanligvis arbeider. En snever tolkning av kriteriet i konvensjonens artikkel 6 (2) (a) kunne ført til et skille mellom arbeidsavtaler inngått før og etter 17. desember 2009, som er forordningens ikrafttredelsesdato.

Med tanke på sammenhengen mellom tilknytningskriteriene i artikkel 6 (2), tilsier en vid tolkning av kriteriet i (a) en snever tolkning av tilknytningskriteriet i (b). Dette stemmer overens med EU-domstolens vurderinger i saken: Samtidig som kriteriet om stedet der arbeidstaker vanligvis utfører arbeidet fremheves, understrekes den subsidiære, nærmest marginale, betydningen av tilknytningskriteriet om forretningsstedet som har ansatt arbeidstakeren. Det kan her understrekes at artikkel 6 (2) (b) har flere svakheter som tilknytningskriterium: Arbeidsforholdets tilknytning til forretningsstedet som foretar ansettelsen vil kunne være svak og helt tilfeldig. Videre åpner kriteriet for at arbeidsgiver ensidig

påvirker lovvalget ved å foreta ansettelser i land hvor lovgivningen er mindre arbeidstakervennlig. Den helhetlige tolkning av artikkel 6 (2) som domstolen foretar synes derfor på en god måte å ivareta formålet bak artikkel 6 om beskyttelse av arbeidstakeren.

Når det gjelder den nærmere tolkningen av det subsidiære tilknytningskriteriet er domstolens vurderinger bare delvis oppklarende. I avsnitt 57 presiserer domstolen at forretningsstedet, jf. artikkel 6 (2) (b), skal utgjøre en integrert del av den virksomhet som ansetter arbeidstakeren. Presiseringen synes å utelukke at for eksempel det faktum at et rekrutteringsfirma deltar i ansettelsesprosessen skal kunne påvirke lovvalget. Domstolens uttalelser i avsnitt 64 synes imidlertid å så tvil om dette: Domstolen bekrefter at der et selskap har handlet for et annet selskaps regning kan det første selskaps forretningssted anses for å tilhøre det andre. Det er etter dette vanskelig å vite hvorvidt forretningsstedet til et tredjepartsselskap som deltar i ansettelsesprosessen, men som ikke fremstår som arbeidsgiver, vil kunne anses som det forretningssted som ansatte arbeidstakeren. Hensett til formålet bak artikkel 6 om arbeidstakerbeskyttelse hadde et klart negativt svar på dette spørsmålet vært å foretrekke.

Marie Nesvik

KONKURRANSERETT

Informasjonsdeling ved anbudskonkurranse – Høyesterettsdom av 11. oktober 2012 (HR-2012-1942-A Staten v/Konkurransetilsynet v Gran & Ekran AS)

11. oktober avsa Høyesterett dom i Gran & Ekran-saken, også kalt «Broene i Steinkjer». Saken gjaldt utveksling av informasjon mellom tilbydere i sammenheng med en anbudskonkurranse om diverse reparasjonsarbeider. Saksforholdet var i korte trekk som følger:

Steinkjer kommune utlyste i juni 2007 en anbudskonkurranse om reparasjonsarbeid på fem kommunale broer. Syv firmaer mottok anbudsdokumenter som interessenter, men bare Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS leverte inn anbud. Disse lå drøyt tre ganger over den prisen som kommunens konsulent hadde estimert (hhv. 10 og 11 mill NOK versus 3 mill estimert). Det fremgår at anbudene også lå relativt likt. På bakgrunn av råd fra konsultentselskapet, som ikke anbefalte kommunen å vedta noen av budene, ga kommunen i oktober samme år melding til Konkurransetilsynet om mistanke om ulovlig prissamarbeid.

Tilsynets etterforskning avdekket at det hadde vært kontakt mellom de to foretakene i forkant av anbudsinngivelse. Den kontakt som ble funnet bevist, og som er gjengitt i dommen, utgjorde en telefonsamtale der en representant for Gran & Ekran opplyste om kalkulerte betongpriser for to av broene.

Grunnarbeids representant kalkulerte de øvrige arbeidene og oversendte disse prisene til Gran & Ekran.

Gran & Ekran's anbud var basert på de kalkulerte betongprisene, og Grunnarbeids priser med et 10 % påslag på resten. Grunnarbeids anbud var basert på de priser som var oversendt til Gran & Ekran. Partene skulle helt eller delvis være hverandres underleverandører.

De aktuelle arbeidene ble til slutt utført av andre selskaper, da med en total pris på knapt 4 mill. NOK.

Konkurransetilsynet ila 13. juli 2009 Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS overtredelsesgebyr på hhv. 2 og 5 mill NOK. (Vedtak 2009/17, tilgjengelig på <http://www.kt.no> under Vedtak og uttalelser). Konkurransetilsynet la til grunn:

«Samarbeidet har ledet til en felles forståelse mellom partene om hvem som skulle fremstå med det beste tilbudet overfor kommunen, herunder at Gran & Ekran innga sitt tilbud uten å ha til hensikt å vinne anbudskonkurransen. Det ble således skapt et inntrykk overfor oppdragsgiver av at Grunnarbeid og Gran & Ekran innga to uavhengige og konkurrerende tilbud. Konkurransetilsynet legger til grunn at partene gjorde dette for at Grunnarbeids tilbud, som var relativt høyt priset, skulle fremstå som rimelig og konkurransedyktig.» (Vedtaket, avsnitt 3).

Ut fra denne beskrivelsen er det på det rene at det foreligger et klart og grovt tilfelle av anbudssamarbeid i strid med konkurranseloven § 10, som forbyr samarbeid med konkurransebegrensende formål eller virkning. Også utvekslingen av informasjon om priser vil imidlertid i seg selv kunne representere en overtredelse, jf. nedenfor.

Foretakene brakte vedtaket inn for domstolene, men tapte i tingretten. I Frostating lagmannsrett ble overtredelsesgebyrene redusert til 1/10. Lagmannsretten la til grunn at overtredelsen bare var uaktsom, og kom med ganske oppsiktsvekkende uttalelser om rettsvillfarelse som en formildende omstendighet. Grunnarbeid AS gikk konkurs etter lagmannsrettens dom, slik at det bare var Gran & Ekran som var part i saken for Høyesterett.

I saken for Høyesterett var det følgende tema som ble behandlet:

- 1) Beviskravet for å ilegge overtredelsesgebyr.
- 2) Skyldkravet.
- 3) Utmåling av overtredelsesgebyr.

I det følgende kommenteres først diskusjonen av beviskravet. Deretter vurderes det materielle spørsmålet om det forelå et konkurransestridig samarbeid, samt vurderingen av skyld. Endelig kommenteres utmålingen.

Siden vedtagelsen av konkurranseloven 2004 har spørsmålet om beviskrav vært omstridt. Graverutvalget (NOU 2003:12) hadde opprinnelig foreslått et krav om «klar» sannsynlighetsovervekt, bl.a. under henvisning til Rt. 1999 s. 14. Departementet

ønsket dette imidlertid annerledes, og sammenfattet sine synspunkter som følger:

«I saker om overtredelse av konkurranseloven vil samfunnets og forbrukernes interesse i riktig pris, stå mot foretakenes interesse i ikke å bli bøtelagt for noe de ikke har gjort. Etter departementets vurdering bør ikke denne avveiningen vektet skjevt, med mindre vekt på hensyn til samfunnet og forbrukerne.» (Ot. prp. nr. 6 (2003–04), s. 117).

Familie-, kultur- og administrasjonskomiteen viste til at «i likhet med andre gebyrlignende saker er beviskravet at det er en sannsynlighetsovervekt for at det er foregått et lovbrudd. Utmåling er harmonisert med EUs regelverk, og vedtakene fattes av Konkurransetilsynet. I den grad at foretakene er uenige med tilsynet og ikke aksepterer gebyret, er det de som har bevisbyrden og dette vil da gå etter sivilrettslige prosessregler.» Alle i komiteen bortsett fra Arbeiderpartiets medlemmer mente at det ikke var grunn til å avvike fra de alminnelige bevisregler i sivile saker, og viste til departementets begrunnelse for dette.

I litteraturen har den fremherskende oppfatningen vært at beviskravet må være høyere enn simpel sannsynlighetsovervekt, dvs. et krav om klar sannsynlighetsovervekt. (Se Graver/Hjelmeng: *Norsk konkurranserett* Bind 2, s. 149–157, Roscher i Evensen/Sæveraas (red.): *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, s. 755–757, og drøftelsen i NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov, avsnitt 6.5).

Førstvoterende gjennomgår først forarbeidsuttalelsene, og kommer til at disse isolert sett tilsier et krav om simpel sannsynlighetsovervekt. Dette utgangspunktet må likevel justeres ut fra internasjonale kilder og nyere rettspraksis. Det uttales:

«Nyere høyesterettspraksis gir imidlertid – slik jeg ser det – ikke rom for å nøye seg med alminnelig sannsynlighetsovervekt ved fastsettelse av administrative sanksjoner som har karakter av straff etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6. Denne praksis er etter mitt syn avgjørende for at det ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven – som utvilsomt må regnes som straff etter denne artikkelen – må kreves klar sannsynlighetsovervekt, og jeg går over til å se nærmere på de sentrale dommene på området.» (Prem. 38).

Deretter vises det til Rt. 2007 s. 1217 (Ospa) og storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1409 (tilleggs-skatt). I likhet med flertallet i sistnevnte sak, anser førstvoterende at beviskravet ved administrative sanksjoner som anses som straff i EMK art. 6' forstand generelt vil være minst «klar» sannsynlighetsovervekt. Førstvoterende oppsummerer:

«Etter mitt syn har Høyesterett i storkammer avgjort at det helt generelt følger av EMK artikkel 6 at det for administrative sanksjoner som etter artikkelen har karakter av straff, må oppstilles et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det følger riktignok av flertallets begrunnelse

i storkammerdommen at hvor strengt beviskravet er, må vurderes konkret for hvert enkelt rettsområde og sanksjon. Men det fremgår av dommen at kravet til bevis ikke kan være lavere enn klar sannsynlighetsovervekt.

Med en slik forståelse av EMK, er det etter mitt syn klart at tidligere forarbeidsuttalelser i motsatt retning – eller særlige omstendigheter for øvrig – innenfor et enkelt rettsområde ikke kan få gjennomslagskraft. Jeg viser her til det jeg tidligere har referert fra storkammerdommen om menneskerettighetenes stilling i norsk rett.» (Prem. 50 og 51).

Den tvil som har vært om beviskravet ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 er dermed brakt til opphør.

Mindretallet forstod derimot Rt. 2008 s. 1409 om tilleggs-skatt slik at det ikke var mulig å utlede et *generelt* beviskrav, men at spørsmålet måtte avgjøres konkret for hvert enkelt område. Mindretallets syn ble formulert av dommer Endresen, som også dissenterte i Rt. 2008 s. 1409.

Vedrørende spørsmålet om overtredelse av § 10 var det i saken på det rene at det hadde vært kontakt mellom partene forut for anbudskonkurransen, og at denne kontakten hadde innebåret oversendelse av kalkulasjoner av pris.

Deling av fremtidig prisinformasjon representerer en konkurranserettslig kardinalsynd. Selve informasjonsdelingen vil i slike tilfeller være tilstrekkelig til å etablere en «avtale eller samordnet praksis» i § 10's betydning. Dette ble slått fast av EU-domstolen i Suiker Unie saken, der følgende sentrale uttalelse fremkommer:

«The criteria of coordination and cooperation laid down by the case-law of the Court, which in no way require the working out of an actual plan, must be understood in the light of the concept inherent in the provisions of the Treaty relating to competition that each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market including the choice of the persons and undertakings to which he makes offers or sells.

Although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market.» (Forente saker 40 etc./73 Suiker Unie [1975] ECR 1663, prem. 173–74)

Førstvoterende beskriver delingen av informasjon i saken som følger:

«Det følger av ... lagmannsrettens dom at partene samarbeidet og drev utstrakt informasjonsutveksling

forut for at tilbudene ble inngitt til kommunen. Tingretten konstaterte at selskapenes tilbud var resultat av en 'nærmest fullstendig pris-koordinering', at det var tale om en 'nærmest total gjensidig blottlegging av egne priser', og at selskapene 'etter å ha utvekslet helt sentrale konkurranseparametre, deretter [har] inngitt tilbud som nettopp baserer seg på priser mottatt fra den annen'. Lagmannsretten har sluttet seg til dette, som også er dekkende for min vurdering.» (Prem. 83).

Det er på det rene at allerede utvekslingen av informasjon representerer en alvorlig overtredelse av § 10. I tråd med EU-domstolens uttalelse fra Suiker Unie, vil forbudet også være overtrådt i og med informasjonsdeling.

For Konkurransetilsynet var det gjort gjeldende at partene måtte kunne stå fritt til å samarbeide, siden de ikke var i stand til å gjennomføre entreprisen hver for seg, og det således ikke hadde vært i strid med konkurranseloven å inngi ett felles anbud. Denne anførselen er imidlertid klart feilaktig. Poenget er at anbudsinnbyder villedes til å tro at det hersker konkurranse, mens det i realiteten bare er én budgivende konstellasjon i markedet. I denne saken blir dette tydelig fordi om det hadde vært levert ett felles bud på la oss si 11 mill., ville anbudsinnbyder lett kunnet innse at dette representerte en monopolpris, mens når det ble levert inn konkurrerende bud basert på underleveranser fra den andre på hhv. 10 og 11 mill. ga dette inntrykk av at det var konkurranse i markedet.

Høyesteretts avgjørelse gjør det klart at foretak ikke kan utveksle sensitiv prisinformasjon. Dette gjelder ikke bare i en anbudskontekst, men generelt mellom konkurrenter. (Se nærmere Erling Hjelmeng: *Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen*, TfR 2003 s. 648).

I saken ble det riktignok påstått at utvekslingen hadde funnet sted som ledd i sonderinger rundt underleveranser. Saken etterlater derfor en usikkerhet; vil foretak i samme marked være forhindret fra å innhente anbud fra andre foretak på underleveranser? Svaret på dette spørsmålet må være et klart nei. Derimot er det på det rene at den informasjon som deles i slike tilfeller må være begrenset til det som er strengt nødvendig for å realisere underleveransen. Det vil være foretakene som har risikoen for at det ikke vokser frem ulovlig informasjonsutveksling eller enighet om budgivning i ly av sonderinger om underleveranser. Avgjørende her er Grunnarbeids oversendelse av prisene for hele entreprisen, som går langt utover det som er nødvendig for å etablere en underleveranse på en del av prosjektet.

Dermed bør det utvises forsiktighet i kontakt med konkurrerende foretak – helt uavhengig av om man antar at foretaket selv vil by på samme prosjekt. Er partene ikke i stand til å løfte prosjektet på egen hånd vil det tryggeste være å legge inn et felles anbud. For anbudsinnbydere vil separate bud som bygger på underleveranser representere en «smoking gun», som

kan gi grunnlag for nærmere undersøkelser eller en henvendelse til Konkurransetilsynet. Tilsynet har for øvrig publisert et utkast til veiledning om prosjektsamarbeid, som etter min oppfatning går vel langt i å kategorisere slikt samarbeid som konkurransebegrensende etter sitt formål. Veilederen, som i skrivende stund ikke er endelig, er tilgjengelig på <http://www.konkurransetilsynet.no/no/aktuelt/nyheter/ny-veiledning-for-prosjektsamarbeid/?hl=prosjektsamarbeid>.

Skyldkravet er i loven fastsatt til forsett eller uakt-somhet. Det var gjort gjeldende at siden saken ble vurdert under alternativet konkurransebegrensende «formål» iht. krrl. § 10 første ledd, måtte det kreves at partene hadde hatt til hensikt å begrense konkurransen for å kunne felle for forsettlig overtredelse. (Siden det var på det rene at det minst forelå uaktsom overtredelse, ville graden av skyld bare ha betydning ved utmålingen, jf. nedenfor). Anførselen ble imidlertid avvist, under henvisning til at «hvorvidt det foreligger et konkurransebegrensende formål skal avgjøres ut fra hvilket formål samarbeidet rent objektivt fremmer. Partenes subjektive oppfatning er ikke avgjørende.» (Prem. 64). Videre ble det uttalt at

«Når det i en lov som gir hjemmel for ileggelse av administrativ sanksjon, fastsettes forsett som en av skyldformene, kreves sterke holdepunkter for å forstå uttrykket på annen måte enn i strafferetten, hvor denne skyldformen er hentet fra. Alminnelig forsett, herunder sannsynlighetsforsett, vil derfor i slike tilfeller gjennomgående være tilstrekkelig.» (Prem. 63).

Det ble lagt til grunn at ved overtredelser etter formålsalternativet, er det tilstrekkelig at adferden er «egnet til» å begrense konkurransen. Dette er i tråd med praksis i EU. Poenget er at «certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition.» (Sak C-8/08 T-Mobile, [2009] ECR I-4529, prem. 29). Der et konkurransebegrensende formål er etablert etter en konkret vurdering av «the precise purpose of the agreement» (jf. sak 56/65 STM [1966] ECR 235, s. 249), må dette imidlertid holdes opp mot den økonomiske konteksten, dvs. at samarbeidet må være egnet til å begrense konkurransen. I T-Mobile sier Domstolen således om slike tilfeller at «in order for a concerted practice to be regarded as having an anti-competitive object, it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition. In other words, the concerted practice must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market.» (Prem. 31).

Siden avgjørelsen refererer seg til en formålsovertredelse, formulerer Høyesterett dermed skyldkravet som følger:

«Det er ingen holdepunkter for at ikke skylden – her som ellers – må dekke alle vilkårene i sanksjonsbestemmelsen. I vår sak kan således forsettskravet etter konkurranseloven § 29, jf. § 10 for praktiske formål formuleres slik at Gran & Ekran må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet med Grunnarbeid på en måte som var egnet til merkbart å begrense konkurransen.» (Prem. 66).

Endelig vurderte Høyesterett utmålingen av overtredelsesgebyr. Som nevnt var dette for Gran & Ekran fastsatt til 2 mill. NOK. Utmålingen av overtredelsesgebyr for konkurranseovertridelser er harmonisert med de tilsvarende EU- og EØS-regler fastsatt i forordning 1/2003. Det følger av krrl. § 29 andre ledd at de sentrale momentene er foretakets omsetning og overtredelsens grovhet og varighet. Utmålingsprinsippene er regulert i forskrift nr. 909 av 22. august 2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr, som sist ble endret med virkning fra 1. januar 2012 for å gjenspeile endringer i EU-kommisjonens retningslinjer for bøteutmåling. Gran & Ekran-saken ble avgjort etter de gamle reglene.

Høyesterett viste først til bestemmelsen om 10 % av foretakets omsetning, som utgjør den øvre grensen for gebyret. Det ble deretter vist til at gebyret i saken utgjorde 3,47 % av omsetningen, og at det således lå i nedre sjikt av denne rammen. Deretter konstateres det at overtredelsen er grov, og at det foreligger forsett. Vurderingen avsluttes med en prinsipiell uttalelse om gebyrets preventive virkning:

«Skal overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven ha den ønskede preventive effekt, må reaksjonene være markerte og følbare. Jeg har ikke innvendinger mot Konkurransetilsynets fastsettelse av gebyret til to millioner kroner.» (Prem. 88).

Saken bærer bud om en skjerpet kartellhåndhevelse i Norge, og et sanksjonsnivå som beveger seg i retning av EU-retten. Samtidig representerer den et varsko til alle foretak som fra tid til annen er involvert i ulike samarbeidsformer med konkurrenter om enkeltprosjekter. Utvexling av informasjon i forbindelse med underleveranser bør begrenses til et minimum. Samtidig vil man være på den trygge siden dersom det inngis felles bud på prosjekter partene ikke har kapasitet til å gjennomføre på egenhånd.

Erling Hjelmeng

Hurtigrute-saken – dom i EFTA-domstolen

EFTA-domstolen avsa 8. oktober dom i den såkalte Hurtigrute-saken (forente saker E-10 og 11/11 Hurtigruten ASA og Norge v EFTAs overvåkningsorgan (ESA)). Saken gjaldt tilskuddene Hurtigruten ble tildelt i 2008 som svar på økte kostnader og selskapets svake finansielle situasjon. Hurtigruten opererte på det tidspunktet under en avtale fra 2004 om ytelse av maritime transportytelser på strekningen Bergen

– Kirkenes (Hurtigruteavtalen) i perioden 2005 – 2012. Avtalen ble endret etter reforhandling i 2008. Denne endringsavtalen medførte at Hurtigruten fikk øket sin kompensasjon, oppnådde delvis fritak for NO_x-avgifter i tillegg til at rutetilbudet ble innskrenket med ett skip i vintersesongen.

I 2011 fattet ESA vedtak om at det forelå statsstøtte, og at denne skulle tilbakeføres (vedtak 205/11/COL av 29. juni 2011). Både Hurtigruten og Norge brakte vedtaket inn for EFTA-domstolen, med påstand om at vedtaket skulle kjennes ugyldig. Saken reiser prinsipielt interessante spørsmål om kompensasjon for offentlige tjenesteytelser og risikofordeling/senere endringer i kontraktsforholdet. Dermed illustrerer den grenseflaten mellom kontraktsrettslige prinsipper og regulering av endrede faktiske forhold på den ene siden, og statsstøtterettslig regulering (der det offentlige er kontraktspart) på den andre.

Utgangspunktet etter EØS art. 61 er at all offentlig støtte er i strid med EØS-avtalen. Det kan imidlertid dispenseres for støtteordninger etter art 61(3). ESA har gitt ut omfattende retningslinjer om unntakshjemmelen. Nye støtteordninger eller utvidelse av eksisterende vil ikke kunne iverksettes før de er meldt til ESA og godkjent, jf. ODA (Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol) protokoll 3. Støtte som utbetales i strid med dette iverksettelsesforbudet skal tilbakeføres. Dette iverksettelsesforbudet er gjennomført ved offentlig støtteloven med forskrifter.

For såkalte tjenester av allmenn økonomisk betydning gjelder at en rimelig kompensasjon for merutgifter ikke anses som statsstøtte. Dette ble fastlagt – etter lang tids usikkerhet og motstridende avgjørelser – av EU-domstolen i den såkalte Altmark-saken (sak C-280/00 Altmark Trans [2003] ECR I-7747), der Domstolen oppstilte fire vilkår som må være oppfylt for at en kompensasjon *ikke* skal anses som støtte (prem. 88-95). Stikkordet her er at det ikke må forekomme overkompensasjon. Noe forenklet kan vilkårene fremstilles som følger:

- 1) Foretaket må være gitt i oppdrag å utføre offentlige tjenester, og disse må være klart definert
- 2) Grunnlaget for kompensasjon må være fastsatt på forhånd, på en åpen og objektiv måte
- 3) Kompensasjonen kan ikke overstige det som er nødvendig for å dekke kostnadene ved tjenesteforpliktelsen, samt en rimelig fortjeneste
- 4) Hvis oppdraget ikke er tildelt etter en anbuds-konkurranse, må kompensasjonen «benchmarkes» mot kostnadene hos et typisk vel-drevet foretak.

Problematikken har også en side til EØS art. 59(2) ledd og den generelle regelen om unntak fra reglene om fri bevegelighet, konkurranse og statsstøtte for tjenester av allmenn økonomisk betydning. For så

vidt gjelder kompensasjon for slike tjenester, synes de ulike vurderingene imidlertid å ha konvergere rundt de fire Altmark-kriteriene, slik at det ikke er rom for ytterligere 59(2) unntak der Altmark-kriteriene ikke er oppfylt. (Se nærmere om tjenester av allmenn økonomisk betydning under statsstøtteregele Alterskjær, Hjelmeng, Lund og Nordby: *Statsstøtte*, Bergen 2008, kap. 11, og Kommisjonens lovgivningspakke om tjenester av allmenn økonomisk betydning fra 20. desember 2011, tilgjengelig på http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html).

I Hurtigrute-saken gjorde Norge og Hurtigruten gjeldende at det ikke forelå statsstøtte iht. EØS art. 61(1), at støtten uansett var berettiget til unntak etter art 61(3), at vedtaket ikke var tilstrekkelig begrunnet og bygget på mangelfull informasjonsinnhenting, samt at ESA ikke hadde kalkulert et spesifikt beløp som skulle tilbakeføres førte til at vedtaket var i strid med prinsippet om forutberegnelighet («legal certainty»). Ingen av anførselene førte frem, og vedtaket ble stående.

Spørsmålet var først om de fordelene Hurtigruten ble innrømmet ved endringsavtalen representerte statsstøtte. Dette ble avgjort etter Altmark-kriteriene, jf. EFTA-domstolens gjengivelse av kriteriene i prem. 90-94.

Domstolen vurderte først det andre og fjerde kriteriet. Hovedpoenget for EFTA-domstolen her var at kriteriene for kompensasjon må være fastsatt på forhånd, og på en transparent og objektiv måte. Domstolen la til grunn at «Amending the compensation during the period of validity of the contract, in the absence of express authority to do so under the terms of the initial contract, might well infringe the principle of transparency» (prem. 123). I saken ble det lagt til grunn at Hurtigruteavtalens reforhandlingsklausul ikke inneholdt noe «parameter whatsoever» som bestemte mulig tilleggskompensasjon (prem. 125 og 126). Denne mangelen på åpenhet om fastsettelsen av tilleggskompensasjonen var i strid med det andre og det fjerde Altmark-kriteriet (prem. 130). Domstolen påpekte eksplisitt at bestemmelser om endring av kompensasjonen som følge av uforutsette omstendigheter kunne vært inntatt i den opprinnelige anbudsinnbydelsen fra 2004-kontrakten.

Staten og Hurtigruten hadde på dette punktet gjort gjeldende at en anvendelse av statsstøtteregele ville være i konflikt med kontraktsrettslige prinsipper, herunder UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, art. 6.2.2 og 6.2.3, samt avtalel. § 36. Anførselen om UNIDROIT ble avvist som for sent fremsatt. Vedrørende avtalel. § 36 avviste EFTA-domstolen argumentet under henvisning til at det ville være i strid med «the structure and the purpose of the State aid rules» og gjøre kontrollmekanismene etablert i EØS-avtalen «ineffective» (prem. 119).

I lys av uttalelsene som er gjengitt ovenfor, vil en justering av vederlaget i en langsiktig kontrakt om offentlige tjenesteytelser således kreve en tydelig hjemmel i selve kontrakten. Mer generelt gjelder imidlertid at en anvendelse av generelle regler i nasjonal rett, enten det er kontraktsrett eller erstatningsrett, neppe vil være å anse som et selektivt tiltak og heller ikke kunne defineres som en «fordel» for foretaket. I den konkrete saken fremstår anførselen om avtl. § 36 imidlertid som noe kunstig. For det første er det på det rene at terskelen for å anvende denne bestemmelsen i kommersielle forhold mellom profesjonelle parter i utgangspunktet må betraktes som høy. For det andre er poenget etter støtteregele nettopp at partene hadde mulighet til å velge en transparent løsning i utgangspunktet, og at dette ville eliminert problemet. Synspunktet er på sett og vis at det ikke kan anses som urimelig at en part *ikke* kan motta ulovlig statsstøtte.

Videre var det gjort gjeldende at ESAs beslutning var i strid med EØS-statenes frihet til å definere tjenester av allmenn økonomisk betydning og å yte kompensasjon for slike, jf. EØS art. 59(2). Domstolens utgangspunkt her er at

«Normally, EEA States enjoy a discretion in defining a service of general economic interest mission and the conditions of its implementation, including the assessment of the additional costs incurred in discharging the mission, which depends on complex economic facts. The scope of the control which ESA is entitled to exercise in that regard is limited to one of manifest error.» (prem. 150)

Mht. Domstolens prøving av ESAs vurdering sies det i samme premiss at

«[T]he Court's review of ESA's assessment in that regard must observe the same limit and that, accordingly, its review must be confined to ascertaining whether ESA properly found or rejected the existence of a manifest error by the EEA State.»

Domstolen legger avgjørende vekt på at Hurtigruten i sine regnskaper ikke skilte klart mellom de offentlige tjenestene og den kommersielle driften. Dermed var det heller ingen «complete, transparent and objective information available as to the costs and revenues of the public service operations» (prem. 152). Dette fant Domstolen at var i strid med «the purpose and the spirit of the third *Altmark* criterion.» På grunn av denne manglende gjennomsiktigheten måtte ESA derfor kunne gjennomføre sin egen vurdering av om det forelå en overkompensasjon. Dette oppsummeres av Domstolen som følger, etter en lengre drøftelse:

«The measures adopted by the Norwegian authorities in the present case did not fulfil the transparency criterion of *Altmark*. As a result, the margin of appreciation available to ESA in assessing the calculation of the compensation for a public service cannot be limited to a manifest error of assessment as it would

have been had the State complied with the transparency requirement.» (prem. 192)

Domstolen slår fast at dersom det foreligger overkompensasjon, vil tiltaket ikke kunne rettferdiggjøres etter unntaket i art. 59(2). (prem. 202). Dermed kunne staten heller ikke påberope art. 59(2) unntaket for å skjerme overføringen. Altmark-kriteriene ble således avgjørende for vurderingen under art. 59(2) også, og igjen var det mangelen på åpenhet og objektivitet som ble utslagsgivende.

Under unntaksvurderingen etter art. 61(3) viste Domstolen til at det ikke bare gjelder en *notifikasjonsplikt* for nye støttetiltak (eller utvidelse av bestående), men også et *iverksettelsesforbud*. (prem. 220). En eventuell etterfølgende dispensasjon vil ikke reparere et brudd på dette forbudet. Vedrørende kriteriene for dispensasjon avviste Domstolen argumentet om at ESA hadde begått feil i anvendelsen av retningslinjene for restrukturerings- og krisestøtte, idet ESA hadde støttet seg på det relevante faktum som forelå da støtten ble utbetalt. At det senere var utarbeidet en restruktureringsplan (slik retningslinjene krever) førte således ikke til at ESA hadde begått feil. ESA var således i sin rett til å avslå og innvilge dispensasjon.

Heller ikke anførselene om manglende informasjonsinnhentning og mangelfull begrunnelse førte frem. Detaljene på dette punkt omtales ikke nærmere her. Mer interessant er anførselen om manglende klarhet i vedtaket mht. hvilket støttebeløp som skulle kreves tilbakeført. På dette punkt ga Domstolen følgende prinsipielle uttalelse, som er helt på linje med rettsstillingen i EU:

«No provision of EEA law requires ESA, when ordering the recovery of aid declared incompatible with the functioning of the EEA Agreement, to fix the exact amount of the aid to be recovered. It is sufficient for ESA's decision to include information enabling the addressee of the decision to work out itself, without overmuch difficulty, that amount» (Prem. 282).

Derimot sier Domstolen at dersom ESA først velger å pålegge tilbakeføring av et spesifikt beløp, vil dette måtte kalkuleres nøyaktig. I saken finner Domstolen at ESA hadde beregnet størrelsen på støtte utbetalt frem til utbetalingene ble suspendert som følge av ESAs innledning av saken, og at dette således utgjorde et minimum av hva som måtte kreves tilbake.

Saken sier intet om den videre gjennomføringen av tilbakeføringskravet i norsk rett. EØS-retten stiller riktignok krav om at dette skal skje uten opphold, og at det skal svares renter. For øvrig må tilbakeføringen hjemles i intern norsk rett, med utgangspunkt i offentlig støtteloven § 5 som sier at ulovlig støtte kan «kreves tilbakeført».

Det er på det rene at problemene med statsstøtteregele kunne vært unngått om man hadde foretatt en tilpasning til regelverket fra dag 1, dvs. allerede i 2004 lagt inn åpne og objektive bestemmelser om

justering av kompensasjonen ved uforutsette kostnadsøkninger. At man prinsipielt kunne kompensert Hurtigruten for i alle fall deler av kostnadsøkningen dersom dette hadde blitt klart forutsatt, fører likevel ikke til at foretaket kan beholde den delen av støtten som da hypotetisk kunne vært gitt. Tilbakeføringen må således omfatte den fullstendige fordelen vunnet ved reforhandlingsavtalen fra 2008. Om saken hadde blitt avgjort utelukkende etter en vurdering av det tredje Altmark-kriteriet, kunne dette muligens stilt seg annerledes.

Erling Hjelmeng

KONTRAKTSRETT

Leigeavtale utan tidsavgrensing og med varig låg leige vart ikkje lempa. Høyesterettsdom av 11. oktober 2012 (HR-2012-1938-A)

Ein overdrageleg leigerett til eit lokale, knytt til ein panterett i eigedommen, var utan tidsavgrensing, og leiga kunne berre aukast med endringa i driftsutgiftene for eigedommen. Høgsterett kom til at leigeretten kunne gå i arv, og at det ikkje gav grunnlag for lemping etter avtalelova § 36 at leigaren hadde gode inntekter av avtalen.

I 1959 vart det stifta eit selskap som hadde til føremål å skaffe nærbutikk og rimelege utleigebustader i området ved Makrellbekken i Oslo. Om lag tretti prosent av kostnadene med bygget vart dekte ved innskot frå leigarane. Butikken i første etasje med tilleggsrom vart leigd ut til ein personleg leigar. Selskapet kunne ikkje seie opp leigeavtalen så lenge leigaren oppfylte sine plikter, og leiga kunne aukast berre med endringa i driftsutgiftene. Leigeretten kunne overdragast til andre mot godkjenning frå selskapet, ei godkjenning som ikkje kunne nektast utan «fullgyldig grunn». Leigetakarinnskotet (obligasjonen) kunne ikkje seiast opp av leigaren, men gav renteavkastning etter dei første ti åra.

Leigeretten vart overdregen frå personleg leigar 1 til personleg leigar 2 i 1969. Leigar 2 døyde i 2009, og attlevande ektemake tok over leigeretten ved skiftet. Selskapet meinte at leigeretten var personleg og fall bort ved leigarens død. Vidare vart det gjort gjeldande at avtalen måtte lempast etter avtalelova § 36 som urimeleg. Det siste hadde sin bakgrunn i at leigar 2 hadde framleigt lokalet først til eit aksjeselskap der han sjølv åtte alle aksjane, og seinare til ein kjedebutikk. Selskapet hadde gjeve sitt samtykke til framleiga, og framleigetakaren hadde rett til å leige utan tidsavgrensing. Omsetningsbasert leige i framleigeforholdet gav hovudleigaren gode inntekter.

Høgsterett kom til at leigeretten kunne gå i arv. Føresegnene i husleigelova om at leigeretten kan seiast opp ved leigarens død, vik for avtale. Slik var det òg før 1969, da husleigelova fekk ei presisering av at overdragelege leigerettar ikkje utan vidare kan

seiest opp ved dødsfall. Høgsterett meinte det kravde klare haldepunkt dersom leigeretten skulle kunne seiast opp på grunn av dødsfall i dette tilfellet, der leigeretten var overdrageleg og dessutan knytt til eit opphavleg nokså høgt innskot. Det synspunktet er det lett å slutte seg til. Ein overdrageleg rett har nettopp ikkje det personlege preget som retten til oppseiing ved dødsfall føreset.

I drøftinga av lempingsspørsmålet tok Høgsterett som utgangspunkt at terskelen for lemping er høg. Leigeavtalen var i si tid sett opp av selskapets forretningsfører, som var advokat. Avtalen var rimeleg balansert ut frå tilhøva den gongen, og selskapet hadde gjennom alle år gått med overskot. At leiga etter kvart kunne bli låg på grunn av inflasjon og endra marknadstilhøve, kom neppe av ei forgøyning, meinte retten. Høgsterett meinte at selskapet fekk ta følgjene av samtykket til framleige, ei framleige som gav leigaren ei god økonomisk posisjon.

Det er lite å innvende mot Høgsteretts resonnement. Ordninga med innskot og varige leigerettar mot dekning av driftskostnader hadde nærast eit kooperativt preg. Ingen ville ha sagt noko på at ein andelseigar i eit samvirkeleg fekk nyte godt av verdien av ein varig bruksrett til låg leige. Her var det tydeleg ikkje skipa ei kooperativ samanslutning (det er ikkje gjeve opplysningar om aksjonærene), men avtaleverket gav mykje av same effekten. Om ein vil, kan ein òg seie at delar av eigarinteressa var ført over til leigaren. Ei slik deling av eigarinteressene er det ikkje noko i veien for å avtala.

Selskapet hadde nekta overdraging av leigeretten til eit aksjeselskap i 1969, og det vart den gongen vist til at overføring til ein kjedebutikk kunne føre til at bygget skifta karakter. Da leigaren seinare ville framleige til nettopp ein kjedebutikk, samtykte selskapet likevel til dette. Dermed var det heller ikkje lett for selskapet å vise til at bruken hadde endra karakter. Verdien av ein varig leigerett med låg leige ville leigaren ha hatt med eller utan framleige.

Kåre Lilleholt

Avtaletolkning. Obligasjonsrett. Saken gjelder spørsmålet om en avgitt garanti er en påkravsgaranti eller en selvskyldnergaranti.

Rt. 2012 s. 1267

(1) Problemstilling. De faktiske forhold

Thule Drilling ASA var et norskregistrert selskap som drev virksomhet innenfor oljeriggsektoren. Norsk Tillitsmann ASA eies av en rekke banker og andre finansinstitusjoner. Selskapet ivaretar kreditorrettighetene - er tillitsmann - ved et større antall obligasjonslån og sertifikatlån. På vegne av en rekke obligasjonseiere inngikk Norsk Tillitsmann ASA i 2006 og 2007 tre avtaler om obligasjonslån til Thule Drilling ASA for til sammen 179 millioner US dollar.

Lånene skulle finansiere bygging og oppgradering av borerigger som Thule Drilling ASA eide gjennom heleide datterselskaper registrert på Kypros.

Alle tre lån ble misligholdt vinteren 2008, og det ble innledet forhandlinger mellom Thule Drilling ASA og Norsk Tillitsmann ASA. Dette ledet til at Thule Drilling ASA skulle reise kapital til innfrielse av låneforpliktelser gjennom emisjon dersom selskapet ikke greide å skaffe kapital gjennom salg av riggen Thule Power.

Den 12. juni 2008 ble det inngått en avtale om tegningsgaranti mellom Thule Drilling ASA og en rekke av selskapets aksjonærer, som alle var hjemmehørende i Norge. Aksjonærene forpliktet seg til å tegne seg for til sammen 43 millioner US dollar ved emisjonen. Silvercoin Industries AS, som var en av aksjonærene, forpliktet seg til å tegne seg for 1 million US dollar.

Den 12. juni 2008 undertegnet garantistene i tegningsgarantien også en garanti overfor Norsk Tillitsmann ASA om betaling av 43 millioner US dollar, alternativt 32 millioner, ved et eventuelt nytt mislighold av låneavtalene fra Thule Drilling ASAs side eller senest 15. november 2008 dersom selskapet da ikke hadde nedbetalt lånene i sin helhet. Beløpet på 43 millioner US dollar skulle bare gjelde dersom salget av Thule Power var gjennomført.

Ved avtale 4. august 2008 mellom Thule Drilling ASA og Norsk Tillitsmann ASA ble det fastsatt at de tre obligasjonslånene i sin helhet skulle forfalle ved salg av Thule Power, men senest 15. november 2008 dersom salget ikke var gjennomført til da. Den 15. november 2008 var Thule Power ikke solgt, emisjonen var ikke foretatt, og obligasjonslånene var ikke tilbakebetalt.

Norsk Tillitsmann ASA sendte 12. desember 2008 påkrav under garantien med tilbud om forlengelse til 22. desember 2008. Silvercoin Industries AS bestred kravet, mens de øvrige garantistene inngikk avtale om forlengelse.

Norsk Tillitsmann ASA tok 13. mars 2009 ut stevning mot Silvercoin Industries AS ved Oslo tingrett med krav om betaling av 746 186 US dollar, som utgjorde selskapets andel innenfor ansvarsrammen på 32 millioner. Silvercoin Industries AS bestred kravet og anførte blant annet at långiver hadde opptrådt rettsstridig eller illojalt, slik at det hindret en løsning for låntaker. Til dette tok Norsk Tillitsmann ASA under saksforberedelsen opp at garantien var en påkravsgaranti, slik at garantistene ikke hadde rett til å gjøre gjeldende innsigelser fra det underliggende forholdet. Dette ble bestridt av Silvercoin Industries AS.

(2) Sakens resultat

Høyesterett kom enstemmig til at den aktuelle garantien er en selvskyldnergaranti (og ikke en påkravsgaranti).

(3) Rettens begrunnelse

Førstvoterende (dommer Øie) redegjør, etter å ha reist problemstillingen vedrørende tolkningsspørsmålet i saken – om garantien er en påkravsgaranti eller en selvskyldnergaranti – for forskjellen mellom de to garantiformene.

Det påpekes at en påkravsgaranti har en faktisk tilknytning til hovedfordringen, men er ellers uavhengig av den (36). Normalt er det ikke et vilkår for å gjøre en slik garanti gjeldende at den tilgodesette påviser mislighold hos hoveddebitor - garantien forfaller ved påkrav. Garantisten kan da ikke fremsette innsigelser fra det underliggende forholdet. Dette må eventuelt skje ved et senere søksmål om tilbakebetaling av hele eller deler av garantibeløpet. Likviditets- og søksmålsrisikoen påhviler følgelig garantisten (36).

En selvskyldnergaranti er en aksessorisk garanti og dermed knyttet til hovedfordringen. Den utløses ved mislighold i hovedforholdet. Den tilgodesette må gjøre krav gjeldende mot debitor og godtgjøre mislighold før han kan rette krav mot garantisten. Og når krav gjøres gjeldende etter garantien, kan garantisten fremsette alle innsigelser som hoveddebitor kan fremsette - dette må ikke skje i et etterfølgende søksmål (37).

Deretter fremholder førstvoterende at utgangspunktet etter norsk rett er at en garanti er aksessorisk, med mindre det er holdepunkter for noe annet (39).

I den følgende drøftelse bruker førstvoterende bred plass på å ta stilling til i hvilket omfang og på hvilke områder påkravsgarantier brukes idag. Poenget er åpenbart at dette har betydning for tolkningen. I merknad (41)-(44) vises det til norsk og utenlandsk juridisk teori nettopp med henblikk på om teorien kan gi noen holdepunkter for omfanget og områdene for bruken av påkravsgarantier. Førstvoterende delkonkluderer så etter denne drøftelsen med at det er uklart i hvilken utstrekning det er vanlig med påkravsgarantier i forhold av den type saken gjelder (44).

Deretter går førstvoterende over til en tolkning av den avgitte garantien (45). Hun fremholder det som er det klare utgangspunktet i norsk rett: Kontrakter i næring inngått mellom to profesjonelle parter skal som hovedregel tolkes objektivt med vesentlig vekt på ordlyden, jf. blant annet Rt-2002-1155 på side 1158. Det samme må gjelde når en garanti er stilt i næring av en profesjonell part til fordel for en annen profesjonell part, jf. også Rt-2011-1553 avsnitt 47 med videre henvisninger.

Førstvoterende tar så stilling til en del ord og uttrykk som er brukt i garantien. I den vurdering hun foretar på dette punkt vises det til norsk og internasjonal litteratur. Hun trekker den slutning at en gjennomgang av litteraturen viser at den aktuelle garantien bruker en rekke ord og uttrykk som er vanlige ved påkravsgarantier (54). Det betones at ved tolkning av den aktuelle garantien må det ha atskillig

betydning at det er brukt ord og uttrykk som i praksis er vanlige ved påkravsgarantier. Slik praksis vil ofte påvirke utformingen av de garantier som stilles (55).

Etter å ha fremkommet med dette mer generelle standpunktet, vender førstvoterende tilbake til det hun tidligere har vært opptatt av om hvor vanlig det er å bruke påkravsgarantier på det aktuelle området og hvor innarbeidet og kjent ordbruken på området er (56). Hun påpeker at de siterte uttalelsene fra teorien i det vesentlige refererer seg til bankpraksis og internasjonal forretningspraksis og presiserer at på disse områdene må ordvalget tillegges meget stor vekt (57). Bare dersom garantien på andre punkter gir klare holdepunkter for det, bør det da kunne legges til grunn at garantien likevel er aksessorisk.

Så påpekes det at den aktuelle garantien verken er avgitt av bank eller stilt i et utpreget internasjonalt forhold, og det er ikke lagt frem opplysninger for Høyesterett om hvor utbredt bruken av påkravsgarantier er på det aktuelle området eller hvor innarbeidet og kjent de aktuelle ord og uttrykk er på dette feltet (58).

Poenget er åpenbart å berede grunnen for det syn at ordlyden av de nevnte grunner *ikke* kan få utslagsgivende betydning slik saken ligger an. Dette fremgår tydelig når det i denne sammenheng uttales: «Jeg mener likevel man på generelt grunnlag også i slike tilfeller må kunne legge ikke ubetydelig vekt på ordbruken, men ikke i samme grad som på områder hvor det er godtgjort at ordbruken er godt innarbeidet» (58).

Med dette utgangspunktet går førstvoterende over til en bredere tolkning av garantien der hele garantien bedømmes i en *bredere kontekst* (59). Dette er godt i samsvar med alminnelige prinsipper for avtaletolkning. Etter å ha foretatt en grundig gjennomgang av alle relevante punkter i garantien, uttaler førstvoterende (66):

«Oppsummeringsvis konstaterer jeg at bruken av enkeltord og uttrykk isolert sett taler for at garantien er en påkravsgaranti, mens garantiens punkt 5 kan tilsi at den er en selvskyldnergaranti. De øvrige deler av garantien gir lite veiledning. Garantien er gitt på et område hvor det er uklart hvor stor vekt man kan legge på bruken av enkeltord og uttrykk som gjennom praksis er godt innarbeidet på andre områder, særlig i bankvirksomhet og internasjonal forretningsvirksomhet».

Det er på denne bakgrunn åpenbart at retten fortsatt er i tvil om hvordan tolkningsspørsmålet skal og bør løses. På dette punkt er det *to forhold* som trekkes inn i saken og som avgjør tolkningsspørsmålet i favør av at det er tale om en selvskyldnergaranti. *Det første forholdet* er anvendelsen av en *tolkningsregel* – uklarhetsregelen. Således heter det under merknad (67):

«Det må legges til grunn at det var representanter for Norsk Tillitsmann ASA som førte garantien i

pennen. Lagmannsretten fant dette bevist, og det er for Høyesterett ikke lagt frem dokumentasjon som tyder på noe annet. Uklarhet ved utformingen av kontrakten bør da gå ut over Norsk Tillitsmann ASA, som også var den av partene som var mest kyndig på det aktuelle området».

Førstvoterende er så kort innom formålet med kontrakten, uten å finne noen avgjørende holdepunkter for tolkningen der (68). Imidlertid går hun deretter raskt over til *det andre forholdet* som anses som avgjørende for det resultat den samlede Høyesterett kommer til – at garantien er å anse som en selvskyldnergaranti: Partenes *etterfølgende opptreden*. Det uttales følgende om de etterfølgende forhold (70):

«Derimot har partenes etterfølgende opptreden interesse. I stevningen til Oslo tingrett fra Norsk Tillitsmann ASA er garantien gjennomgående omtalt som en selvskyldnergaranti. Begrepet er brukt tolv ganger, og det kan dermed vanskelig legges til grunn at ordbruken skyldes en inkurie. Norsk Tillitsmann ASA brukte det samme advokatfirmaet ved utformingen av kontrakten som ved utarbeidelsen av stevningen. Jeg kan derfor vanskelig se det annerledes enn at Norsk Tillitsmann ASA og selskapets juridiske rådgivere opprinnelig må ha ansett garantien for å være en selvskyldnergaranti. Først da Silvercoin Industries AS ett år etter stevningen satte frem krav om dokumentfremleggelse, gjorde Norsk Tillitsmann ASA gjeldende at garantien var en påkravsgaranti. Med den klarhet som knytter seg til innholdet i garantien, finner jeg å måtte legge atskillig vekt på dette».

(4) Vurdering

Dommen er godt begrunnet og rettens anvendelse av tolkningsmomentene og tolkningsreglene (uklarhetsregelen) og den avveining som i den forbindelse foretas fremkommer tydelig.

I og med at det er ganske så selvsagt at utgangspunktet ved tolkningen av garantier av denne typen avgitt mellom profesjonelle næringsdrivende er en *objektiv* tolkning av ordlyden, blir utfordringen for retten å ta stilling til i hvilken grad dette kan opprettholdes, når ordlyden på det område saken gjelder ikke er så godt innarbeidet. Dette må igjen ses i sammenheng med hvilke *berettigede forventninger* partene med rimelighet kan ha til ordenes betydning i det aktuelle tilfellet. Førstvoterende fremhever ikke dette uttrykkelig, men det er åpenbart at det er dette som ligger under.

Dommen er også instruktiv når det gjelder forholdet mellom tolkningsmomentene og anvendelsen av tolkningsregler (uklarhetsregelen), i den forstand at tolkningsregler er subsidiære sammenlignet med tolkningsmomentene. Det er fordi førstvoterende fortsatt er i tvil om tolkningsresultatet, at uklarhetsregelen trekkes inn mot slutten av hennes resonnering (67).

Høyesteretts anvendelse av *etterfølgende forhold* som tolkningsmoment er også instruktiv. Uten at det sies direkte, er poenget her at de etterfølgende forhold ut fra *forventningsbaserte synspunkter* viser at partene har hatt *felles oppfatning* om tolkningsspørsmålet. Den etterfølgende opptreden gjennom ordbruken i stevningen der ordet selvskyldnergaranti er brukt tolv ganger, viser at ikke bare Silvercoin, men også Norsk Tillitsmann AS har oppfattet garantien som en selvskyldnergaranti og at det må ha vært tilfellet på *avtaleinngåelsestidspunktet*. Dette er isolert sett et helt avgjørende argument. Kan det legges til grunn en felles partsoppfatning, er det utslagsgivende ved avgjørelsen av tolkningsspørsmålet. Slik sett fremstår bruken av *uklarhetsregelen* egentlig bare som en støtte for det resultat retten kommer til gjennom en konkret tolkning. En slik anvendelse av uklarhetsregelen er ganske så elegant.

Geir Woxholth

SELSKAPSRETT

Stemmerettsbegrensninger i aksjeselskap. Identifikasjon av konsernselskaper. Vedteksttolkning. Omgåelse. Høyesteretts dom 26. oktober 2012 (HR-2012-2022-A)

Saken gjaldt gyldigheten av tre beslutninger fattet av generalforsamlingen i Nordavis AS. Høyesterett kom enstemmig til at seks selskaper i samme konsern, som alle var aksjonærer i Nordavis AS, måtte identifiseres med hverandre ved anvendelsen av en vedtektsfestet stemmerettsbegrensning.

Nordavis AS ble stiftet i 1969 med formål å utgi en politisk uavhengig avis. I selskapets vedtekter var det i § 9 inntatt en stemmerettsbegrensning, som etter senere endringer lød slik: «I generalforsamlingen har hver aksje en stemme. Ingen aksjeeier kan personlig eller ved fullmektig avgi stemme for mer enn 10 % av det samlede antall aksjer. Den som avgir stemmen behandles som om han eide samtlige aksjer vedkommende stemmer for, slik at ingen person kan avgi stemmer for mer enn 10 %.» Aksjelovens utgangspunkt er at hver aksje gir én stemme på generalforsamlingen, men det kan vedtektsfestes stemmerettsbegrensninger (aksjeloven § 5-4 første ledd).

Harstad Tidende Gruppen AS (HTG), et heleid datterselskap av Polaris Media ASA, foretok i 2008 og 2009 flere oppkjøp av aksjer i Nordavis AS. I 2009 solgte HTG en del av denne porteføljen til to datterselskaper. På generalforsamlingen i Nordavis AS i 2009 var HTG den eneste av aksjonærene fra Polaris konsernet som møtte. I tråd med vedtektenes § 9 var HTG kun representert med 686 aksjer, 10 % av det samlede antall aksjer i selskapet. Senere i 2009 og i 2010 kjøpte HTG flere aksjer i Nordavis AS, og fortsatte å videreselge aksjer til egne datterselskaper

og til døtre av andre datterselskaper i Polariskonsernet. På generalforsamlingen i Nordavis AS i 2010 var seks konsernselskaper representert med til sammen 4086 aksjer. Det ble vedtatt «å opprettholde praksis i Nordavis og ikke identifisere aksjonærene». Deretter vedtok generalforsamlingen med 4089 mot 809 stemmer å endre vedtektenes § 9 slik at den ble lydende: «I generalforsamlingen har hver aksje en stemme.» Videre ble vedtektenes § 5 endret slik at styret ble utvidet fra seks til sju medlemmer. Et nytt styremedlem ble valgt i samsvar med dette. To minoritetsaksjonærer tok ut stevning med påstand om at beslutningene var ugyldige. De anførte at konsernselskapene skulle ha vært identifisert med hverandre.

Førstvoterende, dommer Matheson, konstaterte innledningsvis at vedtektsbestemmelsen var helt taus om identifikasjonsspørsmålet. Han konstaterte videre – under henvisning til Rt. 1994 s. 581 (Scanvest) – at det ikke gjelder en alminnelig regel om identifikasjon av konsernselskaper. Etter hans syn kunne likevel ikke en vedtektsbestemmelse om stemmerettsbegrensninger som er taus om identifikasjonsspørsmål leses og forstås i et vakuum. Spørsmålet kunne ikke løses ut fra vedtektenes ordlyd alene, uten hensyn til formålet med stemmerettsbegrensningen. Førstvoterende fant støtte for en slik tilnærming i Rt. 1995 s. 46 (Nimbus), hvor en avtale mellom to investorer om at den ene skulle stemme etter instruks fra den andre av Høyesterett var blitt karakterisert som en rettsstridig omgåelse av en vedtektsfestet stemmerettsbegrensning. I Nimbus-dommen var omgåelsen skjult, men det kunne etter førstvoterendes syn ikke spille noen rolle for rettsstridsvurderingen at omgåelsen foregår åpent: «For å kunne gi en vedtektsbestemmelse rettsordenens beskyttelse, må også *formålet* med regelen tillegges vekt ved den nærmere fastlegging av dens innhold. En omgåelse av formålet bryter med dette, uavhengig av om omgåelsen foregår åpent eller i det skjulte.» (avsnitt 44, kursivert i original).

Førstvoterende viste også til en uttalelse i Rt. 1994 s. 581 (Scanvest) som en «spire til den omgåelsesdoktrine som er mer utviklet i den senere Nimbusdommen.» Etter førstvoterendes syn, pekte uttalelsen i Scanvest-dommen «i retning av en rettssetning om at man ved rene omgåelser må kunne se bort fra den løsning som ellers ville følge av alminnelig tolkning.» (avsnitt 45). Han oppsummerte slik i avsnitt 46: «På bakgrunn av uttalelsene i Nimbus-dommen - og delvis også i Scanvest-dommen - er min oppfatning at dersom en vedtektsfestet stemmerettsbegrensning har til formål å sikre mot at aksjonærinntilflytelse konsentreres på noen få hender, vil et spredningssalg til konsernselskaper utelukkende for å kunne stemme for aksjer som alle er kontrollert på én hånd, være en rettsstridig omgåelse av stemmerettsbegrensningen. Ved slikt spredningssalg vil formålet med begrensningen bare kunne gis rettsordenens beskyttelse

dersom man i generalforsamlingen bedømmer konsernselskapene som én aksjonær.»

Synspunktet fant førstvoterende støtte for «i en langvarig og samstemt juridisk teori», som han i lys av rettskildebildet fant grunn til å redegjøre nokså detaljert for (avsnitt 47-54). Denne gjennomgangen viste etter førstvoterendes oppfatning at identifikasjonsspørsmålet måtte bero på i) om formålet med stemmerettsbegrensningen var å hindre at en enkelt aksjonær fikk dominerende innflytelse i selskapet og ii) om det eneste siktemålet med spredningssalget hadde vært å omgå dette formålet. Begge spørsmålene ble besvart bekreftende. På denne bakgrunn var det i utgangspunktet grunnlag for identifikasjon.

Førstvoterende fant videre at selskapet ikke hadde hatt foranledning til å regulere identifikasjonsspørsmålet i vedtektene. Tidligere selskapspraksis, hvor en personlig aksjonær og selskaper kontrollert av ham til sammen hadde stemt for henholdsvis 10,2, 10,4 og 10,4 % av det samlede antall aksjer i Nordavis AS på generalforsamlingene i 2006, 2007 og 2008, kunne heller ikke kaste lys over hvordan vedtektene skulle forstås med tanke på identifikasjon. Under henvisning til Tore Bråthen, *Personklausuler i aksjeselskaper* (1996) s. 157 uttalte førstvoterende at en forutsetning for at selskapspraksis skal kunne tillegges betydning som tolkningsmoment, er at praktiseringen gir uttrykk for en oppfatning av hvordan vedtektene rent faktisk er å forstå, og ikke begrenser seg til en mer pragmatisk holdning til dem. Førstvoterende viste også til Bråthens syn samme sted om at praksis ikke kan tillegges avgjørende vekt hvis den ikke bygger på en bevisst stillingtagen til hvordan vedtektene er å forstå.

Siden håndteringen av identifikasjonsspørsmålet i 2007, 2008 og 2009 kun var utslag av en pragmatisk holdning og ikke bygget på en bevisst stillingtagen til hvordan vedtektene var å forstå, var det for Høyesterett ikke nødvendig å ta stilling til om det i relasjon til identifikasjonsspørsmålet var grunn til å skille mellom på den ene siden personlig aksjonær og dennes heleide selskaper, og på den andre siden morselskap og dets heleide datterselskaper. Problemstillingen var tema i underinstansene. Tingretten fant at det måtte skilles mellom situasjonene. Lagmannsretten gav uttrykk for et annet syn, fordi den personlige aksjonæren «hadde posisjonen som eneeier med de muligheter dette gir for instruksjon og styring av selskapet gjennom generalforsamlingen». Lagmannsrettens syn har etter mitt skjønn mest for seg.

Førstvoterende konkluderte i avsnitt 73 med at selskapene i Polariskonsernet skulle ha vært identifisert i generalforsamlingen i 2010. Generalforsamlingsbeslutningene var dermed ugyldige. Ved identifikasjon ville de ikke oppnådd det nødvendige flertall.

Høyesterett behandlet saken som et spørsmål om vedteksttolkning. Omgåelsesbetraktninger står imidlertid sentralt i begrunnelsen. Dette reiser

spørsmål om forholdet mellom tolkning og anvendelse av en omgåelsesnorm. Problemstillingen er velkjent i skatteretten, som har en etter hvert godt utviklet omgåelsesnorm. Etter førstvoterendes formulering i Nordavis-dommen var spørsmålet om «det eneste siktemålet» med spredningssalgene var å omgå stemmerettsbegrensningens formål. Det kan diskuteres om det bør stilles et så strengt krav. Til sammenligning er det i skatteretten et grunnvilkår for gjennomskjæring at skattyterens *hovedsakelige* formål med en disposisjon har vært å spare skatt. Førstvoterendes formulering er antakelig farget av sakens faktum – det var helt på det rene at målsettingen med transaksjonene utelukkende var å komme utenom stemmerettsbegrensningen. Dommen kan neppe leses slik at omgåelsesbetraktninger skal være irrelevante ved vedteksttolkning hvis formålet med en disposisjon «bare» hovedsakelig har vært å omgå vedtektsfestede krav eller begrensninger. For øvrig presiserer avgjørelsen forutsetningen for at selskapspraksis skal kunne tillegges betydning som vedteksttolkningsmoment.

Christoffer Kjelsberg

Økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak – presentasjon av eit doktorgradsprosjekt

Innleiing

Temaet for avhandlinga er økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak, dvs. rett til etterbetaling og andre økonomiske fordelar som ein medlemskap i eit samvirkeforetak kan gi grunnlag for. Kjøpeutbytte i Coop er kanskje det flest kjenner til. Eit hovudsiktemål er å analysere alle slag utdelingar frå samvirkeforetak til medlem. Dette omfattar ikkje berre utdelingar under løpande drift, men også utdelingar i samband med opphøyr av medlemskap og oppløysing, fusjon og fisjon. Avhandlinga drøftar også retten til å omsetje med foretaket og retten til å selje eller pantsetje medlemskapen.

Formål

Eit sentralt formål med avhandlinga er å klargjere og forstå dei økonomiske medlemsrettane i samvirkeforetak i lys av den kooperative eigenarten, dvs. det som særpregar samvirke som organisasjonsform. Dei samvirkerettslege reglane blir ikkje berre analysert ut frå grunnleggjande prinsipp og verdiar i samvirkeretten, men også gjennom samanlikning med dei tilsvarande reglane for kapitalsekskap og omsyna bak desse. Tanken bak å drøfte spørsmåla frå to synsvinklar – den samvirkerettslege og den selskapsrettslege – er å få tydeleg fram det særmerkte ved dei samvirkerettslege reglane. Avhandlinga vil kunne vise at reglar om økonomiske medlemsrettar i samvirkeforetak som kan verke framande og ulogiske frå ein selskapsrettsleg synsstad, kan verke innlysande og logiske ut frå samvirkerettslege prinsipp og verdiar.

Som det går fram, har avhandlinga eit siktemål som går utover å gjere greie for gjeldande rett. Formålet er også å undersøkje *kvifor* reglane er som dei er.

Vidare tek avhandlinga sikte på å undersøkje den indre samanhengen i regelverket. Er reglane godt samstemte, eller har ein tilfelle av disharmoni og inkonsekvens? Denne målsetjinga med avhandlinga har verknader for inndelinga av stoffet. I staden for å drøfte dei einskilde medlemsrettane kvar for seg, blir det gjennomført ei tverrgående analyse basert på tre hovudspørsmål: Kva slag økonomiske rettatar har medlemmar i samvirkeforetak? Kor store utdelingar har dei krav på i ulike situasjonar? Korleis blir utdelingane fordelte mellom medlemmane?

Samvirkeforetaka og medlemmane deira kan ha behov for å få klarlagt 1) dei økonomiske rettane til medlemmane og 2) kva slag rettatar som kan fastsetjast innanfor ramma av lova, og kva omfang desse kan ha. Spørsmål 1 oppstår når ein skal klargjere innhaldet i rettane til medlemmane i eit eksisterande foretak (formålet er rettsavklaring). Spørsmål 2 oppstår når ein skal utforme vedtekter som varetek dei økonomiske interessene til medlemmane på ein best mogleg måte (formålet er tenleg vedtektsregulering). Avhandlinga tek sikte på å gi eit tilskot til drøfting og løysing av begge spørsmåla.

Kjelder og metode

Spørsmåla blir drøfta med utgangspunkt i lov 29. juni 2007 nr. 81 om samvirkeforetak (samvirkelova). Også utanlandsk og internasjonal samvirkerett blir trekt inn, særleg forordninga om europeisk samvirkeforetak (SCE-forordninga). Utanlandsk og internasjonalt rettsstoff kan medverke til å identifisere den kooperative eigenarten, gi eit tilskot til løysing av rettsspørsmål etter norsk rett, og tene som eit samanlikningsgrunnlag ved ei rettspolitisk vurdering av rettstilstanden i Noreg. I tillegg kan desse kjeldene tene som ein idébank for rettslege problemstillingar som fortener å bli drøfta også etter norsk rett.

Avhandlinga er primært rettsdogmatisk. I nokon mon blir det trekt vekslar på andre fagdisiplinar, særleg under framstillinga av den kooperative eigenarten. Gjennomgangen av delar av kjeldematerialet føreset dessutan bruk av samfunnsvitskapleg metode.

Nærmare om temaet

Avhandlinga gjer nærmare greie for kva som kjenneteiknar økonomiske medlemsrettar, og kva som skil slike rettatar frå andre rettatar overfor foretaket. Det blir m.a. reist spørsmål om andre enn medlemmane i særlege tilfelle kan ha slike rettatar, og om andre enn foretaket kan vere pliktsubjekt. Avhandlinga undersøker også om medlemmane kan tildelast andre rettatar enn dei som er lovregulerte.

Dei ulike typene av rettatar blir nærmare analysert. *Omsetningsretten* – retten til å handle med foretaket – er den grunnleggjande økonomiske retten

i samvirkeforetak liksom retten til utbytte er det i aksjeselskap. Det har sammenheng med at formålet med eit samvirkeforetak er å dekkje eit sams avsetnings- eller forsyningsbehov til best mogleg pris. Medlemskap i eit samvirkeforetak kan seiast å vere eit særleg grunnlag for kontraheringsplikt. Avhandlinga gjer greie for korleis den samvirkerettslege omsetningsretten stiller seg til kontraheringsplikta etter allmenne reglar. Omsetningsretten blir også drøfta i forhold til retten til medlemskap.

Ved drøftinga av *retten til utdelingar* blir det først gjort greie for utdelingsomgrepet i samvirke-lova § 31 samanlikna med utdelingsomgrepet i aksjelova § 3-6 andre ledd. Avhandlinga undersøker særleg kva som skal til før gunstige prisar blir rekna som utdeling. Retten til utdelingar blir delt inn i tre grupper basert på utdelingssituasjonen: utdelingar under løpande drift, ved opphøyr av medlemskapen og ved opphøyr og andre endringar i foretaksforholdet (oppløysing, fusjon og fisjon). Det blir m.a. gjort greie for kva rettar medlemmane har eller kan ha i desse situasjonane og kor omfattande rettane kan vere. Avhandlinga søkjer m.a. å finne ei forklaring på kvifor medlemmane kan ha ein vidtgåande tilgang på nettoformuen ved opphøyr av foretaket når dei elles har ein temmeleg avgrensa tilgang på foretakskapitalen. Utdelingar frå foretaket til medlemmane skal som utgangspunkt byggje på kor mykje kvar einskild medlem har handla med foretaket (patronasje). Det blir gjort nærmare greie for innhaldet i og grunnlaget for patronasjepriinsippet. Vidare tek avhandlinga opp spørsmålet om i kva mon samvirkeforma opnar for utdeling på grunnlag av kapitalinnhøvd. Kanskje blir det også ei drøfting av kva slags fordelingsnorm som er best eigna til å fremje samfunnsøkonomisk effektivitet.

Retten til å selje eller pantsetje medlemskapen spelar normalt ei lita rolle i samvirkeforetak. Særleg gjeld det dersom medlemskapen er knytt til person. Er medlemskapen knytt til ein fast eigedom e.l. (realmedlemskap), kan retten til å selje og pantsetje ha meir å seie.

Sjølv om samvirkemedlemmar til dels har dei same rettane som aksjeeigarar, vil avhandlinga vise at tyngdepunkta er forskjellige. Grovt og unyansert kan ein seie at dei rettane som har mest å seie i samvirkeforetak, har minst å seie i aksjeselskap, og omvendt.

Avhandlinga skal etter planen vere ferdig primo 2014.

Tore Fjørtoft

TVISTELØSNING

Roger Fisher (1922-2012)

Nekrologer er ikke vanlig stoff i disse spalter, og det kan sies å være synd å hedre folk først når de har gått bort, men i tilfellet Roger Fisher – medforfatter av en av tidenes mest solgte fagbøker,

forhandlingsklassikeren *Getting to Yes* og nøkkelperson ved Harvards senter for forhandlinger og tvisteløsning, Harvard Negotiation Project – så kan en kort omtale av hans liv og sentrale tanker være nyttig som påminnelse om sentrale ideer om tvisteløsning som også har hatt betydelig gjennomslag i norsk rett og rettsliv.

Fisher kom fra en familie med sterke juridiske tradisjoner. I morens familie var det slektninger som hadde drevet advokatpraksis sammen med Abraham Lincoln. Faren var advokat. Fisher valgte også jussen, og var i gang med studier ved Harvard under opptrappingen til den annen verdenskrig. Da USA kom med i krigen meldte han seg til tjeneste som pilot og drev værrekognosering i både Stillehavet og Nord-Atlanteren. Erfaringene fra krigen var viktige både tankemessig og yrkesmessig. Etter fullført juridisk utdannelse dro han i 1948 til Paris for å delta i administrasjonen av Marshall-planen. Senere arbeidet han som advokat i Washington og var også tilknyttet Jus-tisdepartementet samme sted, før han i 1958 vendte tilbake til Harvard University.

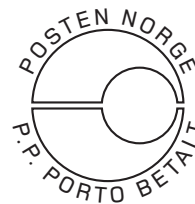
Fisher drev hele livet en utstrakt praktisk virksomhet som rådgiver i forhandlinger og mekling. Han ble særlig kjent for sine bidrag i en rekke vanskelige internasjonale konflikter, med konflikten i Midt-Østen som det fremste eksempel. Før forhandlingene mellom Israel og Egypt på Camp David i 1979, hadde Cyrus Vance (utenriksminister for president Jimmy Carter) forberedende møter med Roger Fisher, som blant annet foreslo å bruke en tekst som Carter utarbeidet og redigerte, som middel til å komme frem til et felles omforent avtaledokument. Fishers arbeid i forbindelse med fredsavtalen mellom Israel og Egypt ledet også til utgivelsen av et skrift – *International Mediation: A Working Guide: Ideas for the Practitioners*, som ble trykket i skriftserien til International Peace Academy i 1978, men som ble langt mer kjent i sin bearbejdede form som boken *Getting to Yes*.

Det er vanskelig å forutsi hvilke bøker som blir bestselgere, kanskje særlig når det gjelder fagbøker, men *Getting to Yes* – med undertittelen «Negotiating Agreement Without Giving In» - kan i ettertidens lys sies å ha hatt noen av de sentrale elementer som skal til: Et tema som dekket et sterkt behov i mange kretser – kunnskap om grunnleggende elementer og strategier i forhandlinger og mekling – aktualisert av internasjonale begivenheter med bred mediedekning, og en samfunnsutvikling der forhandlingskompetanse bare ble mer og mer etterspurt. Og, ikke minst, en besnærende klar og enkel fremstilling med gode eksempler og en fengende tittel. Fisher skrev boken sammen med William Ury, med bistand og innspill også fra Bruce Patton, som fikk bli med som medforfatter på annen utgave fra 1991, da boken allerede hadde solgt i millionopplag verden over.

Getting to Yes begynner med et problem og et klart råd: Ikke la forhandlinger bli en skyttergravskrig

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo

B



mellom posisjoner. Allerede her blir hele den tilvante forestillingsmåte og tilnærming for jurister snudd på hodet. I rettskonflikter sees oppgaven ofte som å formulere de krav det er dekning for i juss og faktum, og argumentere for dem. Men fremgang i forhandlinger nås ikke på den måten, hevder Fisher og medforfatterne. I stedet bør man rette oppmerksomheten mot partenes interesser og utvikle løsningsmuligheter som kan bidra til gjensidige gevinster, alt mens man søker objektive kriterier til å avgjøre uenighet der det er mulig, og håndterer de personlige og følelsesmessige aspekter av konflikten uten å la det gå utover problemløsningen.

Denne problemløsende eller interessebaserte tilnærmingen – noen ganger markedsført under slagordet Vinn-vinn – har gått sin seiersgang verden over. I norsk litteratur har stort sett alle som har skrevet om forhandlinger og meklung ut fra et juridisk perspektiv tatt denne læren som det grunnleggende utgangspunkt og omtalt den omtrent som den skulle vært «gjeldende rett». Men denne forhandlingsfilosofien – som altså hadde sitt utspring i meklingsarbeidet rundt konflikten mellom Israel og Egypt – har også trengt igjennom lovgivningsprosessen og satt klare spor i forarbeider og lovtekst til Tvisteloven fra 2005.

Det Ury, Patton og Fisher gjorde med *Getting to Yes* var imidlertid ikke så mye det å skape noe nytt som å gi tankene den form og bærekraft som skulle til for å sikre et slikt bredt gjennomslag i teori og praksis. Tanken om at man skal se på interesser fremfor posisjoner var formulert allerede av Mary Parker Follett tidlig på 1940-tallet, og det kjente appelsin-eksempelet (de to søsknene som slåss om en appelsin, som de ender opp med å dele, men dermed går glipp av halvparten av gevinsten, fordi deres interesser i appelsinen lot seg forene fullt ut – den ene

skulle bake kake, den andre bruke saften) stammer fra henne. Forskjellen på posisjonsforhandlinger og interessebaserte forhandlinger var gitt en autoritativ teoretisk formulering av blant andre Richard Walton og Robert McKersie (*A Behavioral Theory of Labor Negotiations*, 1965). Men det er *Getting to Yes* som er blitt stående som symbolet for disse tankene i dag. Og det er også den boken som faktisk blir lest. Boken er visstnok solgt i mer enn åtte millioner eksemplarer siden utgivelsen i 1981 og er oversatt til mer enn tredive språk.

Det er imidlertid ikke bare popularisering Fisher og de andre ved Harvard Negotiation Project drev med. Fisher var hele tiden i kontakt med forskningsfronten i forhandlings-, meklings- og konfliktfagene, og det var betegnende at han i 2005 var med som forfatter av boken *Beyond Reason – Using Emotions as You Negotiate*, som i tråd med oppsvinget i emosjonsforskningen i senere tid tok for seg praktiske strategier for å håndtere emosjoner i forhandlinger og konflikthåndtering. Og nok en gang ble et grunnleggende forskjellig perspektiv presentert: Du skal ikke forsøke å håndtere emosjonene direkte, men ta tak i behovene som ligger bak!

Roger Fisher kommer til å bli husket som en ledende teoretiker, formidler og praktisk engasjert rådgiver. Han var jurist, men gikk i sitt praktiske virke ut over jussen. Det ledet til perspektiver av blivende verdi, og til varige resultater i en rekke vanskelige internasjonale konflikter og i form av det som i dag fortsatt er det ledende senter internasjonalt for forhandlinger, meklung og konflikthåndtering – Harvard Negotiation Project ved Harvard Law School.

Sverre Blandhol

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 (2013) på *Nytt i privatretten* koster kr 550,-. Studentabonnement koster kr 275,-. 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

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer februar 2013