



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Aldersdiskriminering, oppsigelse, utvelgelse – Rt. 2011 s. 609

I slutten av september 2008 gikk SAS Scandinavian Airlines Norge AS til oppsigelse av ti piloter. Alle de oppsagte hadde på oppsigelsestidspunktet fylt 60 år, som var pensjonsalder etter tariffavtalene. Etter sertifikatreglene kunne pilotene fly inntil fylte 65 år, og selskapet hadde siden 2005 tillatt piloter å fortsette i tjenesten etter fylte 60 år. Oppsigelsene var ledd i en nedbemanning der SAS og de ulike fagforeningene for piloter ble enige om å fravike tariffavtalenes ansiennitetsbestemmelser, og om at piloter som hadde nådd pensjonsalder i henhold til tariffavtalene, skulle sies opp før øvrige piloter.

Høyesterett anså hovedspørsmålet i saken å være hvorvidt oppsigelsene av de ti pilotene var «ugyldige som følge av ulovlig aldersdiskriminering»

Innhold nr. 3

Arbeidsrett.....	1
Arverett.....	6
Erstatningsrett.....	6
Familierett.....	10
Fast eiendom.....	12
Forsikringsrett.....	13
Immaterialrett.....	14
Internasjonal privatrett.....	17
Konkurranserett.....	20
Kontraktsrett.....	23
Obligasjonsrett.....	26
Tvisteløsning.....	26
Skriftserien.....	28

(avsnitt 56). Dette nærmet retten seg ved først å vurdere om oppsigelsene var *usaklige* etter arbeidsmiljølovens alminnelige regler. Det springende punkt var da *utvelgelseskriteriene*. Her kom Høyesterett, ganske kursorisk, til at utvelgelsen var basert på saklige hensyn etter aml. § 15-7 ved at SAS hadde lagt avgjørende vekt på at de pilotene som ble sagt opp, var berettiget til å motta alderspensjon (avsnitt 62–65).

I samme åndedrag fremholdt førstvoterende at utvelgelsen «vil likevel være usaklig dersom den innebærer ulovlig aldersdiskriminering av de oppsagte pilotene». Dette ble da en ny, annen del av drøftelsen av hovedspørsmålet, og her tok førstvoterende utgangspunkt i diskrimineringsforbudet i aml. § 13-1 og unntaksbestemmelsen i § 13-3 annet ledd. Det var unntaksbestemmelsen som dannet basis for den videre drøftelsen (avsnitt 66–67).

Problemstillingen for den videre vurderingen fremtrer i førstvoterendes resonnement som et spørsmål om «lovligheten av et utvelgelseskriterium ved nedbemanning». Den var dermed forskjellig fra – «ikke uten videre sammenlignbar med» – tilfeller av oppsigelser på grunn av oppnådd aldersgrense, som er det Høyesteretts dom i *Kystlink* (Rt. 2010 s. 202, kommentert i *Nytt i privatretten* 2010 nr. 2, s. 2–3) og rettspraksis fra EU-domstolen gjelder, slik Høyesterett så det (avsnitt 73). Dette ledet over til et utgangspunkt for den videre drøftelsen. Førstvoterende fremholdt at «[d]et utvelgelseskriteriet som ble benyttet hadde – slik jeg ser det – et annet formål enn å forskjellsbehandle på grunn av alder». Det var likevel så nært knyttet til alder at Høyesterett ikke anså det tvilsomt at det innebar aldersdiskriminering (avsnitt 75). Men retten tok *ikke* stilling til om det var tale om direkte diskriminering eller indirekte diskriminering. Man så det slik at formålet med avtalen om å fravike den ellers tariffestede ansiennitetsordningen og å si opp de over 60 først «var å finne frem til hvilke arbeidstakere som en oppsigelse ville virke minst inngripende overfor» (avsnitt 85). Dette anså Høyesterett som et legitimt «sosialpolitisk» hensyn, og under hensyn til at diskriminering

var tariffavtalt og til konsekvensene for de oppsagte i forhold til yngre piloter ble virkemiddelet ikke ansett som uproporsjonalt.

Dommen er problematisk på flere plan. Det er påfallende at Høyesterett unnlot å ta stilling til om det var tale om direkte eller indirekte diskriminering. Det står i skarp kontrast til Københavns Byret i en helt parallell SAS-piloter sak (dom 4. april 2011, sak nr. BS 32C-1356/2010; dommen er anket), og likeledes med den svenske Arbetsdomstolens dom 2011:37 (4. mai 2011) om kabinpersonale i SAS, men ellers med helt parallelle problemstillinger. Hvordan diskriminering kategoriseres har betydning for spørsmålene om rettfærdiggjørelse – om hva som kan regnes som legitime formål og om hva som er egnet, nødvendig og proporsjonalt. Det er kan hende symptomatisk at både Arbetsdomstolen og Københavns Byret kom til motsatte konklusjoner fra Høyesteretts aksept av diskrimineringen. Høyesteretts behandling av det rent stillingsvernsrettslige er knapp, tildels svært knapp. Drøftelsen av de EU/EØS-rettslige spørsmålene trekker inn noe av EU-domstolens rettspraksis på området, men analysen er grunn. Både formålsdiskusjonen og proporsjonalitetsvurderingen i vid forstand (egnet, nødvendig, forholdsmessig) er ganske knappe både i form og i innhold. Konklusjonen kan ikke bli noen annen enn at dette er et felt hvor det fortsatt er meget igjen å dyrke.

Stein Evju

Aldersdiskriminering, bedriftsfastsatt aldersgrense – Høyesteretts dom 29. juni 2011 (HR-2011-01291-A)

Også *Gjensidige-saken* gjelder aldersdiskriminering, men problemstillingen var en annen enn i saken om SAS-pilotene. Teknisk sett gjaldt *Gjensidige-saken* en enkelt arbeidstager, A. Hun var fast ansatt i *Gjensidige* fra 1. januar 1982 og arbeidet i selskapet frem til hun fylte 67 år 7. oktober 2009. Dommen i saken gjelder As arbeidsforhold. Samtidig behandlet Høyesterett (samme avdeling) en anke om rett til å fortsette i stilling for en annen ansatt, B, som hadde nådd aldersgrensen på 67 år i september 2010 (kjennelse 29. juni 2011, HR-2011-01294-A). I begge sakene er det imidlertid det generelle perspektivet som er det egentlige temaet. Det er ikke de individuelle arbeidstagerens forhold, men den interne generelle aldersgrensen som her står i forgrunnen. Aldersgrensen var ikke fastsatt i tariffavtale eller konkret i den enkeltes arbeidsavtale, men var en ensidig *bedriftsfastsatt* fratredelsesalder. Det går frem av begge avgjørelsene at ordningen ble praktisert slik at den ansatte fikk et skriftlig varsel 4–6 måneder før sin 67 års dag.

Det var knyttet en pensjonsordning til aldersgrensen, en ydelsesbasert tjenestepensjon (ihvertfall for As del). Det var uomtvistet at aldersgrenseordningen hadde vært kjent blandt de ansatte, blandt annet ved at det var gitt informasjon om den i selskapets

personalhåndbok, og likeledes at *Gjensidige* hadde praktisert aldersgrensen konsekvent (dommen, avsnitt 3 og 34). Praksis var at den ansattes arbeidsforhold opphørte og at vedkommende fikk pensjon fra 67 års dagen.

I dette tilfellet tok Høyesterett stilling til diskrimineringens karakter; aldersgrensen ble sett som en form for *direkte* diskriminering. Et videre utgangspunkt var at ordninger med bedriftsinterne aldersgrenser på 67 år er «relativt utbredt» og har «tradisjonelt vært ansett som gyldige i norsk rett», gitt visse forutsetninger – forutsetninger som det var uomtvistet at var oppfylt i dette tilfellet. Spørsmålet var så først om aldersgrenseordningen kunne sies å forfølge et legitimt formål (et «saklig formål» ifølge den norske lovteksten). Med referanse til praksis fra EU-domstolen var det da spørsmål om formålet var av «sosialpolitisk karakter». Det besvarte Høyesterett med ja, ut fra en drøftelse av lovforarbeider som uttrykk for at slike ordninger er akseptert, ut fra et syn om at slike ordninger er det «i det vesentlige konsensus om ... mellom partene i arbeidslivet», og med referanse til EU-domstolens avgjørelse i *Rosenbladt* (kommentert i *Nytt i privatretten* 2010 nr. 4, s. 2–4).

Det neste ledd i resonnementet knyttet seg til kravet om at et tiltak «er nødvendig for å oppnå et saklig formål», som det litt avkortet heter i arbeidsmiljølovens § 13-3 annet ledd. I direktivets artikkel 6 nr. 1 er kravene litt annerledes formulert. Førstvoterende tok utgangspunkt i direktivteksten og trakk igjen veksler på dommen i *Rosenbladt*, for så å gå direkte derfra til å uttale at «[e]tter min mening må vår sak bedømmes på samme måte». Han føyet til at han «heller ikke i denne sammenheng» anså det avgjørende «at EU-domstolens uttalelse gjaldt en lov som godtok en aldersgrense som var fastsatt i kollektive eller individuelle arbeidsavtaler, mens vår sak gjelder en bedriftsintern ordning», og viste til «det jeg har sagt tidligere om dette» (avsnitt 66). Det denne henvisningen gjelder, er bemerkninger fra førstvoterendes side om det forelå et legitimt formål. Han viste til at i *Rosenbladt* var temaet en tysk lovregel som tillot avtaler om en aldersgrense på 65 år. I sammenheng med dette uttalte førstvoterende at han vurderte det slik at den bedriftsinterne aldersgrensen ikke kunne bedømmes annerledes enn aldersgrenser etter individuelle eller kollektive avtaler, slik han anså at det var tale om i *Rosenbladt*. Han føyet til at han også hadde «lagt betydelig vekt på at aldersgrensen er kombinert med en meget god tjenestepensjon, og at en aldersgrense på 67 år er relativt høy i europeisk sammenheng». Høyesteretts enstemmige konklusjon ble etter dette at den aldersgrensen *Gjensidige* praktiserer, er forenlig med unntaksreglene i EF-direktivets artikkel 6 nr. 1 «og derved også med [aml.] § 13-3 annet ledd» (avsnitt 67–68).

Også denne dommen er problematisk i flere henseender. Noen konkrete elementer i argumentasjonen springer i øynene. Det er oppsiktsvekkende når

førstvoterende påberoper en konsensus – om enn i det vesentlige – mellom «partene i arbeidslivet» og «beleger» dette med en henvisning til høringsuttalelser fra LO og Unio. Disse to arbeidstagerorganisasjonene er langt fra å utgjøre «partene i arbeidslivet» i vanlig forstand. Førstvoterendes argument er dessuten uholdbart ikke bare i omfang, men også i sak. Ser man på høringsuttalelsene til den aktuelle høringssaken (Arbeids- og inkluderingsdepartementet 30.10.2008, ref. 200804809, Høring om endring i arbeidsmiljøloven), går det klart frem at det store flertall av arbeidstagerorganisasjoner var mot ordninger som Gjensidiges; arbeidsgiverorganisasjonene var i stor grad for. Om prosedyren var for svak på dette punktet – hvilket vi ikke har noen opplysninger om – kan ikke det frita Høyesterett for å sette seg inn i rettsfakta. Førstvoterendes omtale av *Rosenblatt* faller i samme kategori når han uttaler at

«Jeg viser videre til at Rosenblatt-saken gjaldt en tariffavtale som var gjort gjeldende også overfor arbeidstakere som ikke var medlemmer av den fagorganisasjon som hadde inngått avtalen, jfr. dommens avsnitt 79 og 80. Jeg kan da ikke se annet enn at EU-domstolens vurdering av den tyske ordning må ha betydelig overføringsverdi» (avsnitt 63).

Dette tyder på at Høyesterett ikke har forstått hva det tyske rettsinstituttet *Allgemeinverbindlichkeitsserklärung* går ut på. Det er et hav av forskjell fra det til den faktiske og rettslige situasjon som forelå i Gjensidige-saken. Selv om man tenkte seg en «allmenngjøring» etter almengjøringsloven av 1993, ville det vært tale om ganske grunnleggende ulike rettsituasjoner.

Gjensidige-saken skiller seg også ellers fra såvel *Rosenblatt* som EU-domstolens tidligere avgjørelse i *Palacios de la Villa* (kommentert i *Nytt i privatretten* 2007 nr. 4, s. 2–3). Fordi Høyesterett ikke (klarer å) identifiserer slike ulikheter, blir drøftelsene av både formålets legitimitet og proporsjonalitetsproblemer for snevre. Retten kunne kanskje lent seg direkte på at lovgiveren har sett for seg at slike ordninger skal være tillatelige, og dermed er saken avgjort i forhold til aml. § 13-3 og EF-direktivet. Reelt sett er det ikke langt fra at det er realiteten i dommen, men det ville stemme dårlig med Høyesteretts tidligere uttalelser om det rettskildemessige forholdet mellom direktivet i norsk rett, i *Kystlink* og *SAS-pilotene*, å anlegge en slik synsvinkel. Tvert imot viste førstvoterende uttrykkelig (i avsnitt 44, jfr. avsnitt 37–46) til de sentrale uttalelsene i *Kystlink*. Forsåvidt står de prinsipielle utgangspunktene fast. Anvendelsen av rettsnormene er derimot et tema for fortsatt diskusjon.

Stein Evju

Fagforeningsbegrep i endring? – Arbeidsrettens dom 21. juni 2011 (Inr. 24/2011)

I HR-2011-623-U nektet Høyesteretts ankeutvalg en sak fremmet med en bemerkning om at ved en dom av Arbeidsretten «vil det bli bindende avgjort hvorvidt

det er inngått tariffavtale om bonus». Avgjørelsen er kommentert i *Nytt i privatretten* nr. 2, 2011. Da Ankeutvalget traff sin avgjørelse 24. mars, var det allerede tatt ut stevning for Arbeidsretten, av «Ansattforeningen» ved den aktuelle bedriften. Temaet var hvorvidt en inngått avtale om bonus for de ansatte var en tariffavtale. Arbeidsretten avgjorde dette spørsmålet ved dommen av 21. juni. Retten kom enstemmig til at bonusavtalen *ikke* var en tariffavtale.

I drøftelsen av spørsmålet gikk Arbeidsretten igjen inn på arbeidstvistlovens fagforeningsbegrep, tilsvarende som i dommen av 10. desember 2010 (Inr. 41; kort omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 1, 2011). Det er denne del av dommen som gjør krav på størst oppmerksomhet. Arbeidsretten ser ut til å ville fastholde en slik forståelse av fagforeningsbegrepet som ble skissert i dommen fra desember i fjor. Det vil bety et nytt og begrensende element i en ellers etablert forståelse av begrepets rekkevidde.

Det springende punkt ligger først og fremst i følgende formulering i Arbeidsrettens premisser: «Selv om loven omfatter «enhver sammenslutning», gjelder det *visse krav* til sammenslutningens *struktur og stabilitet* for å kunne legge til grunn at det blir en «sammenslutning» som «har det formål å vareta arbeidernes interesser overfor deres arbeidsgivere»» (avsnitt 55; mine kursiveringer). Hva som ligger i kravene til «struktur og stabilitet», er helt åpent. Muligens er det sammenheng, muligens er det samme sak, når retten uttaler at «det må oppstilles visse minstekrav til *organisering*» (avsnitt 56; min kursivering). Men hva som ligger i dette, er like lite avklart. Arbeidsretten bemerket forut for dette at «det vil være en grense for hvor løst organisert en sammenslutning kan være for at den skal kunne anses som en fagforening i lovens forstand» (avsnitt 55). Men det er bare egnet til å forvirre når retten i tilslutning til denne bemerkningen viser til ARD 1985.50, hvor Arbeidsretten uttalte at en bedriftsklubb (lokal fagforening) «var meget løst organisert» (60). Der var det overhodet ikke tale om at bedriftsklubben ikke skulle anses som en fagforening i arbeidstvistlovens forstand. Hvis utsagnet om løs organisering knyttes til eksistensproblemet – *om* en sammenslutning *er* en fagforening – er det en regelrett misforståelse av dommen i ARD 1985.50. At det ikke har vært stillet krav om «struktur, stabilitet og organisering», illustreres også godt av kjennelsen i ARD 1962.58. En avtale ble inngått i 1948 mellom arbeidsgiver og de ansatte, ved en representant. Det var ikke formelt dannet noen forening. Avtalen ble aldri sagt opp, men ble revidert noen ganger i årene frem til 1961. Det var fellesskapet av ansatte, som rimeligvis varierte over tid, som var «fagforeningen». Da Handel og Kontor ville si opp tariffavtalen, var det ingen tvil om at det forelå en tariffavtale – men HK var ikke part i den og kunne derfor ikke si den opp. Dommen i ARD 1988.151 kan også nevnes her.

En annen fasett av dommen fra 21. juni er at Arbeidsretten kan se ut til å ville etablere et *relativt* fagforeningsbegrep. I fortsettelsen av uttalelsen om struktur og stabilitet (i avsnitt 55) fremholder retten at «[h]vilke krav som stilles på dette punkt vil kunne variere blant annet etter de spørsmål tvisten gjelder, og da slik at det vil være en grense for hvor løst organisert en sammenslutning kan være for at den skal kunne anses som en fagforening i lovens forstand». Så kommer henvisningen til ARD 1985.50, og i neste avsnitt (56), etter bemerkningen om «visse minstekrav», heter det at «[v]urderingen av om sammenslutningen har en viss struktur henger sammen med kravet om at sammenslutningen har den nødvendige uavhengighet i forhold til arbeidsgiversiden». Dette sammenhengssynspunktet er helt tilsvarende som i dommen av 10. desember 2010 (avsnitt 47). Som der viser Arbeidsretten i direkte forlengelse av dette til, og gjengir fra, dommen i ARD 1978.98. Der var det, ganske riktig, et spørsmål om uavhengighet – som Arbeidsretten ikke tok «avgjørende standpunkt» til. Men det finnes ingen holdepunkter for en relativisering av fagforeningsbegrepet ut fra hva slags temaer den skal forholde seg til eller hva slags rettsvirkninger en tariffavtale vil ha. Det er mulig Arbeidsretten har tolket dommen i ARD 1985.50 i en slik retning. Det er i så fall en klar misforståelse. Der var spørsmålet om en lokal fagforening kunne tre inn som tariffpart i en organisasjonsmessig tariffavtale når «moderorganisasjonen» var falt bort. Det er noe ganske annet enn om den lokale foreningen kunne inngå tariffavtale i eget navn.

De signalene Arbeidsretten har gitt, med dommen av 10. desember 2010 og nå med dommen av 21. juni, er mest egnet til å skape uklarhet. Kravene i seg selv er nye, men retten gir ingen holdepunkter for hvor terskelen ligger for hva som er «visse krav» til struktur og stabilitet, eller for hvor grensen for løs organisering går. Både fra en rettskildemessig og fra en retsteknisk og praktisk synsvinkel er Arbeidsrettens premisser i de to dommene høyst utilfredsstillende. Spørsmålet er hvor meget vekt man skal legge på dem. Heller ikke i dommen av 21. juni var denne diskusjonen av fagforeningsbegrepet avgjørende for resultatet. Retten avgjorde saken på at Ansatteforeningen manglet den nødvendige uavhengighet – med en tilleggsbemerkning om at partene ikke kunne anses å ha «ment å forplikte seg tariffrettslig» (avsnitt 60, 61). På den annen side har Arbeidsretten nå gjentatt og poengtert det samme resonnementsmønsteret som i dommen av 10. desember 2010. I mellomtiden har retten hatt anledning til å gjøre seg kjent med den kritiske analysen i litteraturen av den dommen. Når Arbeidsretten fastholder samme linje, ligger det nær å se det som uttrykk for at retten uansett vil anlegge en ny og snevrere tilnærming til fagforeningsbegrepet. Det vil kreves grundig forarbeid for å gå til felts mot dette.

Stein Evju

Høyesteretts dom og kjennelse av 6. juni 2011 (HR-2011-01178-A) – arbeidsgivers styringsrett og rettslig interesse

I den grad man kan snakke om trender i juss, må arbeidsgivers styringsrett kunne sies å være et av Høyesteretts arbeidsrettslige «it»-temaer på begynnelsen av 2000-tallet. Dommen av 6. juni i år er den foreløpig siste i rekken.

Etter årelange samarbeidsproblemer ved X skole besluttet Oslo kommune å omplassere tre av de ansatte i ledelsen til tilsvarende stillinger ved andre skoler i kommunen. Den ene av de tre, undervisningsinspektøren, mente at hun selv var uten skyld i konflikten og ikke kunne omplasseres. Spørsmålet i saken var om kommunen i kraft av sin styringsrett kunne bestemme at A skulle omplasseres til en ny skole og en ny og noe endret stilling.

Høyesterett fant at omplasseringen var innenfor arbeidsgivers styringsrett. Vurderingen er treleddet. Førstvoterende, dommer Noer, tok utgangspunkt i beskrivelsen av arbeidsgivers styringsrett i Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk). Det heter her at:

«Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.»

Høyesterett kom til at det av arbeidsavtalen og personalreglementet fremgikk at kommunen, som utgangspunkt, hadde rett til å omplassere A til en annen tilsvarende stilling med samme lønn innenfor kommunens område. Deretter så Høyesterett på om endringene i dette tilfellet likevel var større enn at de kunne sies å ligge innenfor styringsretten. Det dreide seg særlig om endringer i reisevei og i arbeids- og ansvarsområder. Men Høyesterett kom til at endringene, selv om A opplevet overgangen som stor, ikke var større enn at en arbeidstaker må finne seg i det.

Til slutt vurderte Høyesterett om styringsretten var utøvet innenfor den allmenne ulovfestede saklighetsnormen. Førstvoterende viste til saklighetskravet slik det ble formulert i Rt. 2001 s. 418 (Kårstø):

«Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.»

Førstvoterende vurderte bakgrunnen for overflyttingen og arbeidsgivers håndtering av konflikten ved X skole. Hun kom til at beordringen var forenelig med det allmenne saklighetskravet. Et poeng som ble vektlagt, var at det ved sammensatte og langvarige samarbeidskonflikter kan være vanskelig og konfliktforsterkende om arbeidsgiver kartlegger og fordeler skyld. Når en arbeidsplass i lang tid har blitt preget av

en konflikt, vil det beste ofte kunne være å få inn en ny ledelse og sette strek over tidligere forhold.

Som nevnt inngår dommen i en rekke av styringsrettsdommer fra 2000-tallet. Sentrale avgjørelser er Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk), Rt. 2001 s. 418 (Kårstø), Rt. 2002 s. 1576 (Hakon), Rt. 2008 s. 856 (Theatercaféen), Rt. 2008 s. 1246 (Statoil), Rt. 2009 s. 179 (Seinvakt) og Rt. 2010 s. 412 (Fokus Bank). Mens Kårstø-, Nøkk- og Seinvaktdommene og den nyeste dommen knytter seg til arbeidsforpliktelsen, gjelder Hakon-, Theatercafé-, Statoil- og Fokus Bank-dommene endringer i arbeidstakers økonomiske rettigheter. Arbeidstaker vant bare fram i en av alle disse sakene, nemlig Seinvaktdommen.

Det sentrale spørsmålet i dommene er styringsrettens omfang – dvs. hvilke endringer i arbeidsforholdet arbeidsgiver ensidig kan gjøre. I dommene kan det synes som om Høyesterett har bygget på to ulike rettsgrunnlag for å fastlegge grensene for styringsretten. Utgangspunktet i alle dommene er at styringsretten er begrenset av lov, tariffavtale og individuell avtale. Men deretter deler avgjørelsene seg i en ren kontraktsrettslig og en forvaltningsrettslig retning.

I den rene kontraktsrettslige innfallsvinkelen bestemmes styringsrettens omfang på grunnlag av en tolkning og utfylling av arbeidsavtalen. Dette finner man i Nøkk- og Seinvaktdommene, så vel som i de dommene som gjelder pensjonsordninger (Hakon, Statoil og Fokus Bank). Man må da ta i betraktning alle de elementer som domstolene benytter ved tolkning og utfylling av kontrakter. Sentrale spørsmål vil være om arbeidsgiver har gitt avkall på styringsretten og om det er foretatt en vesentlig endring av arbeidsforholdet.

En forvaltningsrettslig innfallsvinkel ved fastleggelsen av styringsrettens omfang finner man derimot i Kårstø-dommen, i den nyeste avgjørelsen og til dels også i Theatercafé-dommen. I disse dommene så Høyesterett også først på om arbeidsgiver har begrenset styringsretten gjennom lov eller avtale. Men i Kårstø-dommen og i dommen av 6. juni i år, la Høyesterett så til at styringsretten er begrenset av mer allmenne saklighetsnormer. Det sentrale poenget i denne sammenhengen er at domstolen dermed begrenser sin prøvelsesrett. I den nyeste dommen er følgende understreket: «Domstolene skal ikke foreta noen generell overprøving av om arbeidsgivers beslutninger innenfor rammene av styringsretten er påkrevde eller optimale. Spørsmålet er om det foreligger misbruk av styringsretten» (avsnitt 58). Vurderingen av om det er foretatt en vesentlig endring av arbeidsforholdet slik man finner i Seinvaktdommen, er byttet ut med vurdering av om det foreligger et misbruk.

På denne bakgrunn er det naturlig å stille spørsmål om den nyeste dommen sett i sammenheng med Kårstø-dommen har skapt ny rett. Siden de to innfallsvinklene er utviklet av Høyesterett parallelt, tror jeg ikke dommen av 6. juni i år er et uttrykk for gjeldende

rett fordi den er avsagt sist. Flertallet av dommene følger den rene kontraktsrettslige linjen. Det er etter min mening også gode grunner for ikke å begrense domstolenes prøvelsesrett på dette området.

For det første, dersom man legger til grunn en begrenset prøvelsesrett og at det er misbruk av styringsretten som er spørsmålet, vil det være lite rom for lojalitets- og rimelighetsvurderinger. Men det må legges til grunn at det gjelder en gjensidig lojalitetsplikt ved arbeidsavtalen som ved andre kontrakts typer. Ved inngåelsen av en arbeidsavtale overlater begge parter ivaretagelsen av egne og vesentlige interesser til den andre parten. Domstolen må dermed kunne prøve om arbeidsgiver har oppfylt sine lojalitetsforpliktelser ved utøvelsen av styringsretten.

Paal Berg la allerede i 1930 til grunn at rimelighet og billighet kunne ha betydning ved avgrensningen av styringsretten. Synspunktet er minst like viktig i dag. Det er i flere sammenhenger påpekt at virksomheter møter krav til omstilling som innebærer at arbeidsgiver har behov for å foreta endringer i de inngåtte arbeidsforhold – i større grad nå enn tidligere. Jo større endringer arbeidsgiver skal kunne gjøre i et arbeidsforhold, jo viktigere er det at domstolene skal kunne etterprøve at beslutningen både er i tråd med et prosessuelt og et materielt lojalitetskrav.

I Nøkk-dommen la for øvrig Høyesterett vekt på rimelighetsmomenter, riktignok til fordel for arbeidsgiver. Der fremgår det at man ved tolkning og utfylling av avtalen må legge vekt på hva som «finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen», og at arbeidsforpliktelsen på denne måten kan bli utvidet i forhold til avtalens ordlyd. I den nyeste dommen er dette sitatet gjengitt.

For det andre kan man reise spørsmål om Høyesterett i den aktuelle dommen holder det den lover. Selv om Høyesterett tar utgangspunkt i spørsmålet om det foreligger misbruk av styringsretten, går retten forholdsvis langt i å etterprøve kommunens beslutning. Også dette kan tale for at man ikke skal anse prøvelsesretten som begrenset.

For det tredje er det grunn til å legge vekt på at ved utøvelse av styringsrett i form av oppsigelse av arbeidsavtalen, har Høyesterett slått fast at det ved vurderingen av om det foreligger saklig grunn ikke skal gjelde noen begrensning i prøvelsesretten, jfr. Rt. 1984 s. 1058 (Nationalteatret). Det er vanskelig å se noen begrunnelse for å skille mellom et lovfestet og et ulovfestet saklighetsprinsipp med hensyn til prøvelsesrett.

Kjennelse om rettslig interesse

Selv om Høyesterett kom til at Oslo kommune hadde endringskompetanse, gikk Høyesterett av hensynet til rettsavklaring likevel inn på spørsmålet om A hadde rettslig interesse i å få dom for at en eventuell oppsigelse var ugyldig når hun bare hadde saksøkt kommunen, jfr. tvistl. § 1-3. Bakgrunnen for problemstillingen

var at dersom Oslo kommune hadde blitt ansett for å handle i strid med styringsretten, ville omplasseringen måtte anses som en oppsigelse. I denne saken hadde ikke A gjort den personen som hadde fått hennes tidligere stilling, til part i saken.

Høyesterett tok utgangspunkt i at en oppsagt arbeidstaker kan ha rettslig interesse i å få dom for at en oppsigelse er *urettmessig*, jfr. Rt. 2006 s. 106. Etter en kort drøftelse kom Høyesterett til at en oppsagt arbeidstaker også har rettslig interesse i å få dom for at en eventuell oppsigelse er *ugyldig*, selv om hun bare saksøker arbeidsgiver.

Terese Smith Ulseth

Ytterligere to dommer om arbeidsrett er kommentert under Internasjonal privatrett.

ARVERETT

Ny arvelov – forberedelse

Vår første arvelov var fra 1854. Tre år tidligere, i 1851, hadde vi fått en egen lov om uskifte. En ny lov om uskifte fikk vi så i 1927. Vår eksisterende arvelov er datert 3. mars 1972. Et utvalg ble oppnevnt så tidlig som i 1954 og hadde sitt utkast ferdig først i 1962. Det gikk så nesten 10 år til før vi fikk en ny lov. 15. april 2011 ble det ved kongelig resolusjon oppnevnt et utvalg for å revidere arveloven. Utvalget skal foreta en vurdering av arveloven med sikte på å lage en ny arvelov. Formann i utvalget er professor dr. jur. Torstein Frantzen ved Universitetet i Bergen. Utvalget skal være ferdig med sitt arbeid innen juni 2013. I Danmark fikk man en ny arvelov i 2007.

I mandatet for utvalget nevnes en del problemstillinger som utvalget særlig skal vurdere. Blant disse kan nevnes:

- Forholdet mellom gjenlevende ektefelle og avdødes øvrige arvinger med sikte på om ektefellens arverett bør utvides. Det presiseres at det også er grunn til å se nærmere på ektefellens arverett der arvelateren har livsarvinger. Det er langt oftere at avdøde etterlater særkullsbarn idag enn for 40 år siden.
- Uskiftereguleringene skal gjennomgås med sikte på en forenkling.
- Pliktbudsreglene skal vurderes, herunder om det er tilstrekkelig at pliktbudsreglene verner en verdemessig rett eller om de fortsatt også skal være en kvalitativ rett. Utvalget skal også vurdere om beløpsbegrensningen skal avvikes eller endres.
- Reglene om testamenter skal gjennomgås for å undersøke mulighetene for en forenkling.
- Det skal vurderes om det er mulig å lage en hensiktsmessig regulering av grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner.
- Utvalget skal også foreslå hensiktsmessige internasjonalt-privatrettslige regler på arverettens

område. Dette er et område hvor regler vil ha en langt større praktisk betydning enn da vi fikk eksisterende arvelov.

Det presiseres i mandatet at det er viktig «at en revidert arvelov så langt som mulig er tilpasset lekfolks egen bruk av reglene... Lovforslaget bør videre ha en god systematikk og et enkelt og klart språk». Dette siste er det lett å gi sin fulle tilslutning til.

Peter Hambro

ERSTATNINGSRETT

«Sikkerhetsventilen» i yrkesskadeforsikringsloven § 11 første ledd bokstav c. Rt. 2011 s. 368

Innledning

Høyesterett avsa 16. mars 2011 dom om ansvarsgrunnlag etter yrkesskadeforsikringsloven 16. juni 1989 nr. 65 § 11. Bestemmelsens første ledd lyder:

Yrkesskadeforsikringen skal dekke

- skade og sykdom forårsaket av arbeidsulykke (yrkesskade),
- skade og sykdom som i medhold av folketrygdloven § 13-4 er likestilt med yrkesskade.
- annen skade og sykdom, dersom denne skyldes påvirkning fra skadelige stoffer eller arbeidsprosesser.

Saken gjaldt spørsmålet om en kuldeskade som en befalsskoleelev hadde pådratt seg under en øvelse, var å anse som en «annen skade og sykdom» som skyldes «påvirkning fra skadelige stoffer eller arbeidsprosesser», jf. yrkesskadeforsikringsloven § 11 første ledd bokstav c.

Høyesterett om «sikkerhetsventilen»

Ved tolkningen tar Høyesterett utgangspunkt i lovforarbeidene. I proposisjonen er det, både i de alminnelige og de spesielle motivene, uttrykt at bokstav c i første rekke er ment å inneholde en regel som skulle kunne fange opp konkrete tilfeller hvor man står overfor en sykdom som i medhold av det som nå er folketrygdloven 28. februar 1997 § 13-4 burde vært likestilt med yrkesskade, men ennå ikke er det. I spesialmotivene heter det samtidig at bestemmelsen åpner for at «andre skader enn de som er nevnt i bokstav a og b kan gi rett til dekning under yrkesskadeforsikringen».

I Høyesteretts egen praksis er bokstav c behandlet i Blodproppdommen, Rt. 2004 s. 261, og Bolteløftdommen, Rt. 2008 s. 1646. I Blodproppdommen hadde Høyesteretts flertall gitt uttrykk for at ikke bare sykdommer som «etter sin art» tilsvarte listesykdommene etter bokstav b, kan falle inn under bokstav c. Også andre sykdommer ville omfattes dersom det foreligger forhold som gjør det naturlig å likestille dem med listesykdommene hensett til «lovens formål og system». Flertallet fant derfor at det forelå ansvarsgrunnlag etter bokstav c i et tilfelle hvor en sveiser hadde fått blodpropp under arbeidet.

I Bolteløftdommen fant en enstemmig Høyesterett at et avrevet leddbånd i skulderen ved et tungt løft, var en skade som oppfylte vilkårene i bokstav c.

Forarbeidsuttalelsene og de to dommene leder førstvoterende til å slutte at bokstav c ikke er ment å ha et vidt anvendelsesområde, men at bestemmelsen «skal fungere som en sikkerhetsventil for tilfelle som ligger nær opp til hva som dekkes etter bokstav a eller b» (avsnitt 45).

Likevel presiserer førstvoterende at bestemmelsen ikke er mer snever enn at både rent manuelle arbeidsoppgaver kan utgjøre en arbeidsprosess i lovens forstand, og det kan også foreligge en arbeidsprosess i lovens forstand selv om arbeidstakeren har en viss valgmulighet med hensyn til utførelsen (avsnitt 46). Det er altså ikke slik at det i begrepet «arbeidsprosesser» ligger en avgrensning til tekniske, kjemiske eller mekaniske arbeidsoppgaver som utføres etter en forhåndsbestemt og klart definert fremgangsmåte, og der den enkelte arbeidstaker har liten eller ingen innflytelse over hvordan utførelsen skal skje.

Samtidig ligger det ut fra både ordlyd, forarbeider og de to nevnte høyesterettsdommene en avgrensning i uttrykket «skadelige stoffer eller arbeidsprosesser». Den generelle grensedragningen fant imidlertid Høyesterett ikke at saken foranlediget å trekke opp. Det konkrete tilfelle representerte uansett ikke noen skadelig arbeidsprosess i lovens forstand.

Dommens rekkevidde

Dommen gir en viss veiledning om tolkningen av en bestemmelse det har vært nokså mye uklarhet omkring.

Dommen har et utgangspunkt om at bokstav c skal dekke tilfeller som ligger «nær opp til» bokstav a og b. Det kan for så vidt være hensiktsmessig hva gjelder bokstav b, ettersom det etter bokstav b er formelt avgjørende at en sykdom faktisk er oppført på listen. Det er da hensiktsmessig å ha en «sikkerhetsventil» for å avbøte urimelige utfall hvis det dukker opp tilfeller som klart burde være på listen. Det er ikke gitt at det er like god lovteknikk å supplere en generell bestemmelse om arbeidsulykker med en «sikkerhetsventil» som er formulert ut fra helt andre kriterier enn at det har likhetstrekk med arbeidsulykker. Hertil kommer at selve arbeidsulykkebegrepet har blitt utvidet de siste årene gjennom utviklingen av det såkalte «avdempede» ulykkesbegrepet.

Det var ikke lett å utlede noen kriterier for anvendelsen av bokstav c fra Bolteløftdommen. Den angjeldende dommen – *Kuldeskadedommen* – gir noen få retningslinjer, men ingen god veiledning om hvilke begrensninger som ligger i bokstav c.

Yrkesskaderetten går etter hvert i noe ulike retninger. Infeksjoner grunnet myggstikk er ingen arbeidsulykke (Rt. 2009 s. 1619), infeksjon fra mat kan imidlertid være en yrkessykdom (Rt. 2009 s. 1485). Trygderetten må eventuelt henføre forstreknings

osv. under tunge løft, til arbeidsulykke (for eksempel TRR-2007-1436). Høyesterett kan imidlertid legge til grunn at de er utslag av skadelige arbeidsprosesser (Rt. 2008 s. 1646). Den økte oppmerksomheten rundt yrkesskadeforsikringsloven § 11 første ledd bokstav c som supplement også til bokstav a, kan kanskje skape noen utfordringer for et eventuelt hensyn til å ha et sammenfallende innhold i yrkesskadeforsikringslovens og folketrygdlovens begreper om arbeidsulykke.

Kombinasjonen mellom objektivt ansvarsgrunnlag, lovpliktig ansvarsforsikring og korresponderende fritak for arbeidsgivers personlige ansvar, gir yrkesskadeforsikringsloven karakter av en type velferdslovgivning. Noe av bakgrunnen for utviklingen i retning av et bredere dekningsområde kan likevel synes å ha en mulig sammenheng med at Høyesterett etter hvert har begynt å legge *mer* i yrkesskadeforsikringsloven som «rettighetslovgivning». Så lenge man er enig i at tolkningen av yrkesskadeforsikringsloven § 11 bør være liberal i skadelidtes favør, kan det kanskje hevdes at det rent rettspolitisk ikke er så sentralt om noe rubriseres som «markert arbeidsulykke», «avdempet arbeidsulykke» eller «annen skade», og at det derfor ikke er så viktig å trekke opp skarpe grenser mellom disse begrepene. Selv om det er litt ulike undervilkår, kan det hele – i hvert fall i en del saker – få et visst preg av å være tale om en glidning mellom kjerne og randsone i et videre begrep om «arbeidsskade». Inntoget av vurderinger som er til dels betydelig mer skjønnsmessige enn det klassiske arbeidsulykkebegrepet, kan imidlertid også reise noen spørsmål av mer rettspolitisk karakter. For eksempel har det etter hvert utviklet seg en praksis hvor det er lettere å få aksept for yrkesskade dersom man i utgangspunktet har eller gjør et farlig arbeid, jf. Rt. 2005 s. 1757 sammenlignet med Rt. 2009 s. 1626. Men alle vil kanskje ikke være enige i at det er riktig å kreve *større* avvik fra det normale i tilfeller hvor skadelidte nettopp har valgt et yrke som ikke skal være risikabelt.

Bjarte Thorson

Oppreisning – vilkår og utmåling. Årsakssammenheng og unnlatelser. Høyesteretts dom av 24. mai 2011 (HR-2011-1048-A)

1. Innledning

Høyesterett avsa 24. mai 2011 dom som gjelder både vilkårene for oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5, og den konkrete utmålingen av oppreisningens størrelse. Dommen kan bli et sentralt prejudikat for spørsmål om de rettslige krav til *årsakssammenheng* i erstatningsretten.

Faktum var at en far hadde mistet sin knapt fem måneder gamle sønn fra cirka én meters høyde og ned på et betonggulv. Gutten hadde landet med hodet først, og ble påført en alvorlig hjerneskade. Det er antatt at han vil bli 100 % varig medisinsk invalid.

Faren opplyste ikke til hverken samboeren – guttens mor – eller helsepersonell om fallet, og ble tiltalt for brudd på hjelpeplikten i straffeloven §§ 242 jf. 243. I straffesaken ble det også på vegne av gutten krevd oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5 og standardisert barneerstatning etter samme lov § 3-2a. Tingretten idømte straff av fengsel i tre år og ni måneder, barneerstatning og oppreisning stor kr. 250.000,-. Domfelte anket over bevisvurderingen under skyldspørsmålet så vel som over de borgerlige rettskravene. Han ble idømt en kortere fengselsstraff i lagmannsretten, og han ble idømt barneerstatning. Han ble imidlertid frifunnet for oppreisningsansvaret med følgende begrunnelse: «Lagmannsretten syner til skadebotlova § 3-5, jf. § 3-3 som ikkje heimlar oppreisning i samband med brot på straffelova § 242 andre ledd, jf. § 243, og den tiltalte vert difor frifunnen på dette punktet.» Påtalemyndigheten anket over straffutmålingen, men anken ble silt. Guttens sivile anke over frifinnelsen for oppreisningskravet ble derimot fremmet for Høyesterett.

2. Dommens spørsmål

2.1. Kan man volde en skade ved en unnlatelse?

Begrepet «voldt»

Det første spørsmålet Høyesterett tok opp, var om skadeserstatningsloven § 3-5 første ledd bokstav a gir hjemmel for oppreisningserstatning hvor «ansvaret i tilfelle må bygge på en unnlatelse». Dette var altså et spørsmål om tolkningen av begrepet «voldt» skade. Førstvoterende peker på at ordlyden «i første omgang» leder tanken i retning av en aktiv handling. Samtidig fremholdes det å være språklig synonymt med å «være årsak til» eller «forårsake», og det fører til at det må tolkes som en henvisning til «det alminnelige erstatningsrettslige årsakskravet».

Førstvoterende knytter dermed an til de rettslige utgangspunktene i P-pilledom II, Rt. 1992 s. 64. I P-pilledom II ble det uttrykt at de rettslige kravene til den faktiske årsakssammenhengen *vanligvis* vil være innfridde dersom man står overfor en såkalt «nødvendig betingelse». Det vil si at skaden ikke ville ha skjedd dersom den ansvarsbetingende handling eller unnlatelse tenkes borte. Førstvoterende presiserer at ved unnlatelser, så vil dette spørsmålet være om den påstått ansvarlige hadde *mulighet til å avverge* skaden. I P-pilledom II ble det også lagt den reservasjon i begrepet «nødvendig betingelse» at den ansvarsbetingende handling eller unnlatelse er så vidt fremtredende i årsaksbildet at det er rimelig å knytte ansvar til den. Førstvoterende fremholder at ved unnlatelser, så blir dette først aktuelt dersom den påstått ansvarlige hadde en *særskilt oppfordring til å handle*.

I den foreliggende saken var det på det rene at skadevolder hadde mulighet til å avverge helt eller i hvert fall sterkt å begrense skaden – han kunne sagt fra om fallet, og en umiddelbar behandling av helsepersonell

kunne helt ha avverget varige følger. Høyesterett fant også at han hadde en usedvanlig sterk oppfordring til å gjøre dette, noe som gjenspeilte seg i at han var straffedømt for å la være.

2.2. Hva bør være oppreisningens nivå?

Straff vs. kompensasjon

Neste spørsmål ble da oppreisningens størrelse. Høyesterett skjelte her først hen til de veiledende normer som er utviklet på andre områder. De er for etterlatte etter drap på kr. 200.000,-, og for voldtekt til samleie kr. 150.000,-. Videre ble det sett hen til at nivået er økt noe de senere år, noe som henger sammen med at det har vært en glidning i synet på oppreisningens formål og funksjon. Mens det tidligere har vært det pønale elementet som har stått i fokus, har etter hvert offerets behov for kompensasjon i økende grad blitt løftet frem som begrunnelse for oppreisningsansvar.

I den konkrete saken var det tale om en grov omsorgssvikt, som hadde ført til svært omfattende, livsvarige medisinske lidelser for skadelidte. I tillegg ble det påpekt at barn bør ha et særlig vern mot vanskjøtsel og forsømmelig behandling. Oppreisningen ble derfor satt til kr. 300.000,-.

3. Kommentar

3.1. En «leading case» om normativ årsakssammenheng ved «unnlatelser»

Det ville være høyst påfallende om Høyesterett skulle ha kommet til at det ikke var grunnlag for oppreisningsansvar fordi en «unnlatelse» ikke kan ha «voldt» skade.

Dikotomien «handling» og «unnlatelse» viser til en normativ sontring. Den som står på bryggekannten og ser en person drukne kan rent deskriptivt like så godt sies å «unnlate» å redde den druknende, som å «handle» ved å stå på bryggekannten og se på. Det beror på ut fra hvilket perspektiv man beskriver det samme faktum. Tilsvarende kunne man si at skadevolder i denne saken «unnlot» å fortelle om fallet, eller «handlet» i form av å skjule opplysningen om hva som hadde funnet sted. Det finnes jo ingen «ikke-handlinger» i den forstand at person ikke gjør noe som helst, og betegnelsen «unnlatelse» er slik sett et begrep som betegner nettopp at man handler på en *annen* måte enn det man normativt – for eksempel i følge en lovforskrift, en domstol, eller en skadelidtes syn – skal eller bør gjøre. Det samme vil jo en konstatering av en – i følge for eksempel culpa-normen – *ansvarsbetingende* «handling» være.

Med dette som bakgrunn, kan man nok stusse noe over at Høyesterett i denne saken ved en forutgående kjennelse hadde avgjort at skadelidte ikke kunne prosedere på at skaden var voldt ved en «handling». Men dommens håndtering av spørsmålet om årsakssammenheng fanger dette isolert sett opp på en adekvat måte. Dommen bygger på at *i alle tilfeller*

hvor det har forekommet en skade som noen kunne ha avverget, så er alle disses adferd en nødvendig betingelse for skaden. Det er et godt utgangspunkt, fordi det harmonerer godt med hvordan «årsakssammenheng» alminneligvis forstås i verden. Men det gir ingen rimelige avgrensninger av erstatningsansvaret. Derfor ligger det sentrale i de rettslige kravene til faktisk årsakssammenheng i disse tilfeller i kravet om *vesentlighet*. De rettslige kravene til faktisk årsakssammenheng vil bare være innfridde dersom skadevolder hadde en plikt – eller en «særlig oppfordring» – til å opptre annerledes for å avverge skaden. Når det – som i saken – foreligger brudd på en straffesanksjonert plikt til å hjelpe, så er det rimelig å se det slik at dette vesentlighetskravet normalt vil være innfridd.

Høyesteretts utlegninger om de rettslige kravene til den faktiske årsakssammenhengen i P-pilledom II, har vist seg å danne gode utgangspunkter for ettertiden. Blant annet var det positivt at Høyesterett den gang *ikke* uttalte at de rettslige kravene (vanligvis) *ikke* vil være innfridde dersom man ikke har å gjøre med en nødvendig betingelse. P-pilledom II skaper dermed ikke «problemer» i forhold til klassiske problemstillinger som den «negative» betingelsesteorien skaper. De gamle eksemplene av den sort James A. McLaughlin tegnet opp i Harv. L. Rev 39 (1925–26) s. 155 note 25 om – la oss si – Peder Ås som er på ørkenvandring og som har to fiender, hvorav Lars Holm om natten heller gift på Peders vannflaske, uvitende om at Marte Kirkerud deretter – og uten kjennskap til Lars' handlinger – heller ut vannet, skaper slik sett ikke problemer i forhold til P-pilledom II. Senere dommer, f.eks. Rt. 2010 s. 1547, hvor Høyesterett uttrykker at en handling «må ha vært» en nødvendig betingelse for at den skal være ansvarsbetingende, er derimot mer problematiske, og hvordan vi vurderer de rettslige kravene til den faktiske årsakssammenheng i tilfeller hvor betingelsesteoriens krav ikke er innfridde, kunne fortjene undersøkelser i norsk rett. Høyesteretts dom av 24. mai 2011 er derimot hensiktsmessig på dette punkt, ved at den holder fast ved det som faktisk ble uttrykt i P-pilledom II. Dommen er også forbillidlig ved at den omtaler dette som «[å]rsakskravet» – altså det *rettslige* kravet om årsakssammenheng – og dermed ikke bidrar til å forvikle spørsmål om *faktisk* årsakssammenheng og rettsreglene om årsakssammenheng. Ettersom den uttrykkelig omhandler «unnlater», er den å anse som en av de mest grunnleggende dommer om de rettslige kravene til den faktiske årsakssammenheng som Høyesterett har avsagt, og den har interesse for erstatningsretten generelt.

3.2. En rettighetsorientert dom om oppreisning

Også når det gjelder utmålingen av oppreisningen, er dommen viktig. Økonomisk utmåling av såkalte «ikke-økonomiske tap» reiser en del særlige spørsmål, hvor det kan være fruktbart å både se hen til rettsøkonomisk teori og rettferdighetsfilosofi. Begge

disipliner vil ha sine innspill til hva som egentlig er *referansepunktet* for utmålingen ved ikke-økonomiske skader – eller for så vidt om det overhodet finnes noe fornuftig referansepunkt.

Sammenlignet med andre land har Norge relativt lave oppreisningsnivåer. Det har lang tradisjon, og kan spores tilbake i hvert fall til Fredrik Stangs «Erstatningsansvar» i 1927 (se s. 368). Det gir imidlertid også i økende grad grobunn for debatt. Dommen i Rt. 2008 s. 65 tilkjente for eksempel kr. 200.000,- i oppreisning for en brutal og langvarig gruppevoldtekt, noe som fremkalte ganske kraftige reaksjoner i mediene. I skrivende stund foreligger en mye mediaomtalt ny, og dermed ikke-rettskraftig, tingrettsdom (sak nr. 10-122687TVI-OTIR/01) hvor en ambulansesjåfør ble tilkjent kr. 1.000.000,- som oppreisning for ærekrenkende beskyldninger om rasisme. En og annen vil nok spørre seg om det er «riktig» at *ære* verdsettes på et så vidt annerledes nivå enn en sådan krenkelse av den personlige integritet som en slik voldtekt er, og tiden vil vise om høyere instanser vurderer vernet om æren på samme måte – forutsatt at det finnes ansvarsgrunnlag. Hvordan sistnevnte sak blir håndtert i rettsystemet videre, vil tiden vise. Men de to sakene i sammenheng leder på sitt vis tankene i retning av de spørsmål vår tidligste Høyesterett strevde med om hvordan voldtekt skulle håndteres strafferettslig – var det angrep på æren eller «bare» ren vold? (Jf. Nils Rune Langeland, Siste ord, *Høyesterett i norsk historie 1814–1905* (Cappelen 2005) s. 104–107.)

Angjeldende høyesterettsdom fanger både opp skadevolders klanderverdighet og de omfattende følgene for den skadelidte gutten. Det kan vanskelig betegnes som annet enn positivt at Høyesterett tilkjenner et lite barn en oppreisning som ligger i det høyere sjiktet av oppreisning forøvrig, når det er tale om å bli påført så omfattende skader som i den foreliggende saken. Ved å vektlegge følgene fremfor klanderverdigheten, har kanskje norsk rett på dette punktet nærmet seg *svensk* rett noe, jf. Bjarte Askeland, *Punitive Damages in Scandinavia*, i: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Koziol/Wilcox: Tort and Insurance Law 45, Springer–Wien–New York 2009) s. 122.

Samtidig er det i tråd med norsk tradisjon at Høyesterett holder fast ved at oppreisningen ikke har noen egentlig, faktisk, målestokk, slik at nivået ikke blir mer «galt» fordi det ligger på kr. 300.000,- sammenlignet med eksempelvis et beløp man kan forestille seg at en skadelidt *ville ha betalt* for å ikke bli påført en slik skade. Det er videre i tråd med norsk tradisjon – selv om det pønale elementet har vært fremtredende – at det ikke gjøres nærmere vurderinger av hvor stort et oppreisningsbeløp faktisk må være for eventuelt å «avskrekke» fra å gjøre tilsvarende handlinger eller unnlater.

Det siste kan nok være diskutabelt i forbindelse med eksempelvis krenkelser av «åndsrettighetene»

og for eksempel effektiv privatrettslig håndhevelse av EU-rettigheter, men i forhold til en sak som den foreliggende, stiller dette seg i et noe annet lys. Uansett er det å merke seg at Høyesterett i tilknytning til utmålingsspørsmålet knytter an til barns rettigheter etter FNs barnekonvensjon. Med dette signaliserer Høyesterett en erstatningsrett som kanskje, skrittvis, hensyntar utviklingen mot en mer konsistent *rettighetsorientert* erstatningsrett og privatrett ellers. Dermed føyer kanskje Høyesterett seg inn i en utvikling som også europeisk erstatningsrett forøvrig viser, blant annet på grunn av EU-domstolens fokus på spørsmål om «rights» i erstatningssaker, og de stadige spørsmål om erstatningsansvar på grunn av krenkelser av menneskerettigheter; ikke bare fra staters – men også fra for eksempel kommuners, og etter hvert fra private rettssubjekters side.

Bjarte Thorson

Erstatningsansvar for styreleder i stiftelse.

Rt. 2011 s. 562

(1) Saken gjelder krav om erstatning rettet mot styrelederen i en stiftelse på det grunnlag at en innskuddsordning i stiftelsen ble opprettholdt etter at økonomien i stiftelsen var sterkt svekket. Høyesterett idømte enstemmig erstatningsansvar basert på den ulovfestede culperegelen. Sakens resultat fremstår som rimelig opplagt og saken har ikke den største prinsipielle interesse fra et juridisk ståsted. Imidlertid er det likevel sjeldent forekommende at Høyesterett idømmer erstatningsansvar for tillitsvalgte i stiftelser. Saker av denne typen har vi som kjent atskillig flere av i selskapsretten. Ettersom dommens prinsipielle betydning er begrenset, skal jeg nøye meg med en ganske så kort omtale.

(2) Den næringsdrivende stiftelsen Helios Jordbruks- og naturprodukter ble opprettet i 1995. Stiftelsen drev import og engrossalg av økologisk dyrkede matvarer, naturkosmetikk og annet. Den virksomhet stiftelsen videreførte, var tidligere drevet av et samvirkelag. I 2004 ble engrosvirksomheten overført fra stiftelsen til det heleide datterselskapet Helios Distribusjon AS. Stiftelsen hadde også andre heleide datterselskaper, og var aksjonær i flere selskaper med virksomhet innen området helsekost.

(3) I den perioden virksomheten ble drevet som et samvirkelag, ble det opprettet et sparefond for medlemmene i laget, jf. forretningsbankloven § 1 tredje ledd. Innskuddsordningen ble videreført av stiftelsen gjennom Helios Investeringsfond. Fondet mottok innskudd fra leverandører, kunder og forbrukere. Innskudd i fondet beløp seg i juni 2005 til ca. 5,2 millioner kroner. De innbetalte midler ble disponert av stiftelsen, og inngikk som en del av finansieringen av stiftelsens virksomhet. Det ble ikke stillet noen form for sikkerhet for innskuddene.

(4) I 2005 ble Kredittilsynet oppmerksom på den etablerte spareordningen. En innskyter, som etter oppsigelse av et større innskudd ikke hadde fått oppgjør, henvendte seg da til tilsynet. Kredittilsynet traff den 15. august 2005 vedtak om at innskuddsordningen var i strid med bankmonopolet, og at ordningen måtte avvikles.

(5) I april 2008 begjærte stiftelsens styre oppbud, og konkurs ble åpnet den 25. april 2008. Stiftelsen hadde da hatt betydelige tap i flere år. Saken for Høyesterett gjelder som påpekt erstatningsansvar for styrelederen.

(6) Stiftelsesloven har regler om erstatningsansvar i § 56, men disse lovfestede reglene gjelder kun krav fra stiftelsen mot styremedlem, daglig leder, revisor mv. I den aktuelle saken var kravet altså fremmet av tredjepersoner som var tapslidende som følge av styreleders unnlater, og ansvaret måtte derfor bli å bedømme etter den ulovfestede culperegelen.

(7) Høyesterett kom til at det var uaktsomt og ansvarsbetingende av styrets formann ikke å forhindre at stiftelsen mottok ytterligere innskudd etter at Kredittilsynet hadde fattet vedtak om at innskuddsordningen var i strid med banklovene og måtte avvikles. Høyesterett peker på at styreformannen hadde et selvstendig ansvar for å sørge for at saken ble styrebehandlet, jfr. stiftelsesloven § 31 første ledd første punktum. Imidlertid la retten til grunn at også om man så bort fra at stiftelsens spareordning var i strid med bankmonopolet, var det klart at stiftelsens økonomiske stilling var blitt slik at styrets leder ikke uten å komme i erstatningsansvar kunne tillate at stiftelsen mottok nye innskudd.

(8) Styrelederen hadde til sitt forsvar anført at han ikke har de samme forutsetninger som et erfarent styremedlem, og at hans deltakelse i styret skyldtes vedtektenes krav om at det blant styremedlemmene skulle være tre ansatte. Høyesterett viste ikke overraskende til at denne typen omstendigheter ikke kan tillegges noen vekt ved vurderingen av ansvarsspørsmålet.

Geir Woxholth

FAMILIERETT

Skjevdeling og eierforhold – Borgarting lagmannsretts dom av 2. mai 2011 (LB-2010-77913)

Saken gjaldt spørsmålet om hustruen kunne holde utenfor delingen gavedelen av en bolig samt et egenkapitalinnskudd, med hjemmel i ekteskapsloven § 59 første ledd (skjevdelingsregelen). Etter denne bestemmelsen kan verdier som klart kan føres tilbake til midler en ektefelle hadde før ekteskapet eller senere har ervervet ved arv eller gave holdes utenfor delingen av felleseie ved skilsmisse.

Helt i starten av ekteskapet kjøpte ektefellene en bolig av hustruens foreldre for 1 mill. kr pluss omkostninger. Boligen var den gang – i 1988 – verdt kr. 2.1 mill. og transaksjonen inneholdt et betydelig gaveelement. Lagmannsretten fant at gaven var gitt til hustruen alene. Retten viser til at det er en presumsjon om at gaver av betydelig verdi anses gitt den ektefellen som står nærmest giveren, og at det heller ikke var noe i saken som tydet på at foreldrene hadde ment å tilgodese svigersønnen ved gavesalget. Hustruen fikk derfor rett til å holde 52 % av boligens verdi på skiftetidspunktet utenfor delingen.

Hustruen krevde også skjevdeling på grunnlag av sitt egenkapitalinnskudd i boligen, men fikk ikke medhold på dette punktet. For å dekke kjøpesummen på kr. 1 mill. hadde ektefellene sammen tatt opp et boliglån på kr. 500 000. I løpet av høsten 1988 betalte de også inn rundt kr. 500.000 i egenkapital som var tilveiebrakt gjennom salg av ektefellenes respektive boliger fra før ekteskapet. Det forelå sparsom dokumentasjon for innbetalingene, men lagmannsretten la til grunn som ubestridt mellom partene at mannen hadde innbetalt kr. 146.000 i september 1988, og kvinnen kr 334.000 i desember samme år. Uenigheten gjaldt hvem som hadde innbetalt ytterligere 50.000 i september, og hvorvidt mannen i realiteten kunne tilskrives noe av hustruens innbetaling i desember.

Mannen hevdet at ektefellenes forutsetning var at de skulle bidra med like deler hver til kjøpesummen på 1 mill. kr. Han anførte videre at selv om hustruen rent faktisk betalte inn mer enn ham på boligen, hadde han dekket andre utgifter, slik at de i realiteten sto igjen med bidrag på ca. kr. 250.000 hver pluss låneopptaket på kr. 500.000. Lagmannsretten sa seg enig i dette, og fremførte en rekke argumenter for sitt syn. Retten viste blant annet til at selv om hustruen betalte inn mer i egenkapital i boligen sent i desember da hun fikk solgt sin leilighet, hadde han i perioden forut dekket andre større utgiftsposter, bla. i forbindelse med bryllupet, og at det synes tilfeldig hvem som betalte hvilke utgifter. Det heter videre: «Det er således en presumsjon for at det forholder seg slik B [mannen] anfører, nemlig at selv om A [kvinnen] rent faktisk betalte inn en større andel enn ham ved boligkjøpet, ble dette kompensert ved utgifter han løpende betalte.»

Dommen belyser godt den flytende overgangen det kan være mellom de to stiftelsesgrunnlagene *avtale* og *partenes ervervsbidrag*. Partenes bidrag er et deklarasjonsgrunnlag, og viker for avtale om eierforholdet. I denne saken var det imidlertid ikke inngått noen uttrykkelig avtale om eierandelen, det var snakk om mer uuttalte forutsetninger fra partenes side. Da supplerer de to stiftelsesgrunnlagene hverandre: Dess større forskjell det er mellom det eierforholdet som ville følge av partenes bidrag til ervervet, og det som ville følge av den påståtte avtalen, dess større krav må stilles til bevisene for at en

slik avtale er inngått, jf. blant annet Rt. 1982 s. 666. I vår sak fant lagmannsretten et visst belegg for en forutsetning om like innskudd til kjøpesummen, og fant også at en slik forutsetning ikke avvek så mye fra de bidragene som reelt sett ble ytt av partene.

Det er ikke noe å si på dette resultatet, men enkelte av lagmannsrettens argumenter kan diskuteres. Retten uttaler innledningsvis i sin drøftelse at den «finner at et utgangspunkt om like bidrag som anført fra [mannens] side, harmonerer med tanken bak hovedregelen om formuesordningen mellom ektefeller. Partene opprettet ikke ektepakt, og formuesordningen dem imellom har vært felleseie.» Dette argumentet er etter mitt syn lite overbevisende. Felleseieordningen innebærer at ektefellenes nettoformuer som hovedregel skal deles likt ved opphør, ordningen har intet med eierforholdene å gjøre. Det kan derfor vanskelig trekkes noen slutning om partenes forutsetninger om eierforholdet ut fra det faktum at partene ikke har inngått særskiltepakt. En mer nærliggende parallell ville vært å vise til presumsjonen om like eierandeler når det «ikkje er grunnlag for anna» i sameieloven § 2.

Retten uttaler videre at det var momenter i saken som tilsa at «meningen var å gå inn med like mye hver: Ektefellene tok opp et lån på kr. 500.000 i fellesskap. De hadde begge muligheten til å finansiere kjøpet med midler fra egne boligsalg.» Det faktum at de var sammen om låneopptaket taler etter mitt syn ikke for at meningen også var å skyte inn like mye i egenkapital. Her er det snakk om helt forskjellige formuesposter som må bedømmes uavhengig av hverandre. Men jeg er enig i at det faktum at begge solgte tidligere boliger og hadde tilgjengelige midler å skyte inn har relevans for partenes forutsetninger. Argumentet svekkes imidlertid noe ved at mannens netto salgsprosenty synes å være en del lavere enn kvinnens.

Tone Sverdrup

Litteratur

Ny dansk familierettsbok

I. Lund-Andersen: *Familieøkonomien, samlevenes retsforhold, ægtefællers retsforhold, retspolitik*. Jurist- og økonomforbundets forlag, København 2011 (644 sider inkl. registre).

Den danske universitetsjuristen Ingrid Lund-Andersen har nylig utgitt et verk som handler om den rettslige reguleringen av økonomiske forhold mellom samboere og mellom ektefeller. Boken er hennes doktorgradsavhandling, som hun forsvarte for den juridiske doktorgrad ved Det juridiske fakultet, Københavns Universitet i 2011.

Kjernen i boken er spørsmålet om samboerforhold bør lovreguleres etter dansk rett og i tilfelle hvordan, men Lund-Andersen trekker hele veien parallell til rettsstillingen i ekteskapet. Hun gjør dessuten grundig rede for rettsstillingen i de øvrige nordiske

landene, særlig svensk og norsk rett, og gir i den forbindelse også en oversikt over rettsutviklingen i bokens kapittel 3. Det nordiske domsmaterialet analyseres til dels inngående, og kunnskapen benyttes på instruktive måter gjennom boken, blant annet i kapittel 13, der hun undersøker hvordan saksutfallet hadde blitt i tre sentrale danske høyesterettsdommer om kompensasjon i samboerforhold dersom sakene hadde blitt reist i Sverige og Norge. Hun gir også en omfattende oversikt over rettsutviklingen i en rekke andre land, i bokens kapittel 4.

De fleste sentrale rettsspørsmålene i dansk familieformuerett berøres, og mange av dem belyses både fra en rettsdogmatisk og en rettspolitisk synsvinkel. Innledningsvis slås tonen an med en redegjørelse for en rekke hensyn, som så drøftes videre gjennom samlivsforholdets mange stadier, for til sist å munne ut i en konklusjon hvor hun stiller opp konkrete forslag til ny lovregulering på kort, mellomlang og lengre sikt.

Med en slik bred innfallsvinkel får Lund-Andersen frem et unikt helhetsbilde av familieformueretten. De fleste av de mange rettsspørsmålene som behandles ledsages av balanserte rettspolitiske drøftelser. Samtidig er fremstillingen preget av engasjement; drøftelsene inspirerer og inviterer til debatt. I sum utgjør Lund-Andersens bok et imponerende stykke arbeid, og den vil være et meget nyttig oppslagsverk for rettsvitenskapen i Norden i mange år fremover.

Tone Sverdrup

FAST EIENDOM

Rt. 2011 s. 509 U. Utlegg i festerett omfattar hus som seinare festar fører opp

Høgsteretts ankeutval fastslo i denne saka at eit utlegg i ein festerett omfattar hus som ein seinare festar fører opp på tomta. Løysinga følgjer direkte av pantelova og skulle slik sett ikkje by på tvil.

I 2008 vart det teke utlegg i ein festerett som tilhørde A. Da var det ikkje bygt på tomta. I 2009 vart festeretten seld til B. Etter at B hadde fått ført opp hytte og anneks på eigedommen, kravde utleggshavar S tvangssal av festeretten med bygningar. (S hadde som kausjonist teke over utlegget frå opphavleg kreditor og utleggstakar, men det har ikkje noko å seie for spørsmålet her). B motsette seg at tvangssalet skulle omfatte bygningane, men vann ikkje fram.

Ankeutvalet peikte på at ei *pantsetjing* av festerett omfattar «hus og andre byggverk og anlegg på grunnen som pantsetteren eier eller som han eller senere festar lar oppføre der» (pantel. § 2-3). Denne føresegna gjeld tilsvarande for utleggspant (pantel. § 5-2 andre ledd). I dette tilfellet var B ein seinare festar som hadde fått ført opp hus på grunnen, og dermed var svaret gjeve.

Ein kan innvende at utleggstakaren får ein tilfeldig fordel i ein slik situasjon. Det synspunktet var framme

da pantelova vart førebudd, men det vart peikt på at eit nytt bygg gjerne kjem i staden for eit eldre (det var ikkje tilfellet her), og at ein ville få vanskelege situasjonar dersom festeretten skulle seljast utan bygget (Ot. prp. nr. 39 (1977–78) s. 103). Andre løysingar kunne nok tenkjast, som til dømes ei fordeling av utbytet frå tvangssalet ut frå verdien av tomta (som ubygd) og verdien av bygget, men den lovfesta løysinga er altså at panteretten blir utvida til å omfatte bygget.

Når spørsmålet i det heile kunne koma på spissen, var det fordi nokon ikkje hadde passa på ved salet av festeretten til B. Andre med pant i festeretten, også med betre prioritet enn S, hadde fråfalle sine panterettar i samband med salet, men det ville ikkje S, og utlegget vart ståande. Det er her den tilfeldige vinsten kjem inn. Ankeutvalet peikte på at S ikkje hadde noka plikt til å slette utlegget utan mot oppgjør (Rt. 2004 s. 782). Det er så, men da burde heller ikkje salet ha vore gjennomført. Hadde utlegget vorte ståande att som usletta, og dermed på god prioritet, ved eit reint mistak, kunne ein kanskje diskutere kva stilling S ville ha hatt (Rt. 1930 s. 1120, som galdt konkurs; generelt om spørsmålet, Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utg., Oslo 2007, s. 701), men spørsmålet kom ikkje opp i saka her.

Kåre Lilleholt

Eiendomsretten i naboforhold

Den nye vindmøllesaken, Høyesteretts dom 27. mai 2011 (HR-2011-01071-A)

Saken gjaldt om seks vindmøller var plassert så nærme naboens eiendom – med de ulemper det medførte – at naboen kunne kreve at tiltakshaver ble beordret av retten til å plassere vindmøllene anderledes, selv om dette medførte redusert lønnsomhet i prosjektet. Naboen, som drev landbruksvirksomhet, påberopte seg de alminnelige norske rettsreglene om eiendomsretten i naboforhold. Det prinsipielle spørsmålet som Høyesterett diskuterte, var om det ved siden av vanlige og kjente naborettslige og offentligrettslige regler om eiendomsretten i naboforhold, som selvsagt også gjelder ved utnyttelse av vindkraft, også skal gjelde særlige regler for vindkraft – på liknende måte som i vassdragsretten, og da fordi man intuitivt finner at vind og vann er så likt at reglene for vann også bør legges til grunn for vind.

Konklusjonen i saken ble at nei, det kunne ikke oppstilles spesialregler, og nei, de seks vindmøllene var ikke i strid med eiendomsretten i naboforhold. Høyesterett hadde med andre ord ikke noe imot at de seks vindmøllene ble montert på de fundamentene som allerede var anlagt. Juridisk betyr dette business as usual, dvs. at naboer må sette seg godt inn i grannelova § 2 før de evt. reiser sak. Gjennom eiendomsretten kan man som utgangspunkt utnytte vinden over egen eiendom, men på de tre ulike grunnlag som man finner i grannelova § 2, kan dette utgangspunktet bli modifisert/fraveket.

Endre Stavang

FAL § 8-5 Meldeplikt. Identifikasjon. Høyesteretts dom av 6. mai 2011 (HR 2011-927-A)

Revisjonsselskapet Deloitte AS (heretter Deloitte) hadde i 1997 gitt en klient et dårlig råd i forbindelse med en fisjon, med den følge at klienten ble varslet om etterligning for kr. 53 mill. i mars 2000. Ligningsnemnda kom i august 2001 til samme resultat. Klienten ba på denne bakgrunn i november 2001 Deloitte v/HL om en bekrefteelse på at Deloitte påtok seg fullt ansvar for eventuelt tap som følge av skattesaken. HL var partner i Deloitte og leder av selskapets Trondheimskontor. Han hadde overtatt som klientansvarlig revisor i juni 2001, men ikke hatt noe med fisjonsplanen å gjøre. Overligningsnemnda opprettholdt ligningen i juni 2002, og klienten anla sak i desember 2002 for å få ligningen opphevet. I første kvartal 2003 tok klienten kontakt med TN, ansvarlig partner for ansvarsspørsmål i Deloitte, angående forlengelse av foreldelsesfristen for klientens krav mot Deloitte. Dette var første gang TN og ledelsen i Deloitte ble klar over ligningssaken til klienten. Foreldelse ble innrømmet, og i mai 2003 varslet Deloitte sitt ansvarsforsikringselskap Zürich om at skattesaken kunne lede til krav mot Deloitte. Saken ble forlikt i august 2003, hvorefter klienten måtte betale ca. kr. 24 mill. Ved rettskraftig lagmannsrettsdom ble Deloitte i oktober 2007 pålagt å betale klienten ca. kr. 27 mill.

Deloitte krevde erstatningsbeløpet, med fradrag av egenandel og tillegg av utgifter til juridisk bistand, dekket av Zürich. Både tingretten og lagmannsretten frifant Zürich med den begrunnelse at meldefristen i FAL § 8-5 var oversittet. Høyesterett kom enstemmig til samme resultat.

Førstvoterende formulerte problemstillingen slik: Skal Deloitte anses å ha fått kunnskap om de forhold som begrunnet kravet mot Zürich på det tidspunkt HL fikk slik kunnskap, dvs. i november 2001? Hun fastslo først at selskapsrettslige representasjonsregler ikke kunne medføre at HLs kunnskap kunne anses som Deloitte's kunnskap. HL var ikke styremedlem eller daglig leder i Deloitte, og hadde heller ikke fått særskilte fullmakter som leder av Trondheimskontoret.

Førstvoterende undersøkte deretter hva som kunne finnes i FALs forarbeider og forsikringsrettslig teori, og pekte på at for begge gjaldt at de hadde konsentrert seg om fremkallelse av forsikringstilfellet og brudd på sikkerhetsforskrifter når det gjaldt identifikasjon mellom sikrede og medhjelpere. Noe fantes likevel. Forarbeidene anga at det i en ny forsikringsavtalelov hverken var mulig eller ønskelig å gi en uttømmende regulering av identifikasjonsproblemet, og at det måtte finne sin løsning i retts- og nemndspraksis. Selmer hadde i *Forsikringsrett*, annen utgave et eget avsnitt om «Identifikasjon med hjelpere som skjøtter kontakten med selskapet». Forholdet han omtalte var riktignok ikke helt parallelt med den foreliggende saken, men førstvoterende fant

likevel av interesse Selmers betraktninger om at svikt på sikredes side i kontakten med selskapet lå utenfor det selskapet normalt måtte ta på sin kappe.

Førstvoterende pekte deretter på tre avgjørelser fra Forsikringsskadenemnda fra henholdsvis 1995, 1998 og 2010. I de to første hadde nemnda lagt til grunn at fristen i FAL § 8-5 begynte å løpe når sikredes advokat fikk kunnskap om de forhold som begrunnet erstatningskravet. I den siste fant flertallet i nemnda at det ikke var grunnlag for identifikasjon mellom sikrede og hans advokat knyttet til selskapets brudd på sin opplysningsplikt om meldefristen i FAL § 8-5. Hun viste også til at det i teorien var forutsatt at foreldelse etter foreldelsesloven § 10 begynner å løpe når fordringshavers advokat får den relevante kunnskapen.

Oppsummeringsvis understreket førstvoterende at kildematerialet ikke inneholdt noen direkte uttalelser om identifikasjonsspørsmålet, «men at det er klart at hjelpere som skal ivareta sikredes interesser overfor forsikringselskapet, skal identifiseres med sikrede. Identifikasjon utover dette er imidlertid ikke utelukket når det gjelder oppfølging av alminnelige kontraktsrettslige forpliktelser overfor forsikringselskapet, selv om det også her må gjelde begrensninger».

Med dette som bakteppe vurderte førstvoterende deretter konkret betydningen av at det var HL som fikk kunnskapen. Sentralt i denne vurderingen sto de grunnleggende bestemmelsene i revisorloven §§ 2-2 annet ledd og 8-1 om revisjon som utføres av revisjonsselskap, som fastslår at når revisjon foretas av et revisjonsselskap, skal dette utpeke én ansvarlig revisor for hvert oppdrag til å håndtere forholdet til klienten. Som oftest vil denne oppdragsansvarlige revisoren være den som først blir oppmerksom på at en klient mener å ha et erstatningskrav. Siden revisor etter revisorloven § 8-1 skal erstatte skade som er voldt forsettlig eller uaktsomt, og revisjonsselskapet er solidarisk ansvarlig med den revisor som har utført oppdraget på selskapets vegne, vil det klart ligge innenfor den oppdragsansvarliges tjenesteplikt å bringe kunnskap om et eventuelt ansvar for revisjonsselskapet og dets revisorer videre til revisjonsselskapets ledelse. Han har da også de beste forutsetninger for å oppfatte behovet for at dette gjøres. Dette systemet talte etter førstvoterendes oppfatning for at den oppdragsansvarlige revisoren ble identifisert med revisjonsselskapet ved anvendelsen av FAL § 8-5.

Deloitte hadde også påberopt seg reelle hensyn, herunder den tilfeldige fordel forsikringselskapet ville få dersom det ble fritatt for ansvar som det etter politen var pålagt. Førstvoterende hadde liten sans for dette syn. «Slike argumenter kan anføres overfor reklamasjons- og foreldelsesregler generelt». Og selv om FAL § 8-5 var omstridt under lovforberedelsen, «kom den inn i loven». At selskapet hadde behov for kunnskap om krav tidlig, var heller ikke vanskelig å se.

For min del har jeg ikke problemer med det resultat Høyesterett her kom til. Men det irriterer meg at

jeg overså problemstillingen i min *Forsikringsrett* fra 2008, og det er liten trost at forfatterne av kommentarutgaven til FAL også gjorde det.

Det kan umiddelbart synes overraskende at et stort revisjonsselskap ikke hadde bedre rutiner for sin kravshandling enn det som viste seg her, men kanskje er ikke situasjonen særlig bedre i for eksempel (store) advokatfirmaer?

Slik Høyesterett har valgt å legge opp sin begrunnelse, med sterk vekt på særbestemmelsene i revisorloven, kan det spørres hvor stor veiledning dommen gir for andre foretak. Det gjelder også fordi Høyesteretts oppsummering av det øvrige foreliggende kildemateriale ikke fremstår som påfallende klar. I den første setningen fastslås det uten forbehold at det «er klart» at hjelpere som skal ivareta sikredes interesser overfor selskapet, «skal identifiseres» med sikrede, mens det i andre setning tilsynelatende introduseres mulighet for begrensninger i bruk av identifikasjon i slike tilfelle, gjennom ordene «også her». For å slippe usikkerhet er det kanskje en god ide både for foretak og for forsikringselskaper å avklare omfanget av identifikasjon etter FAL § 8-5 gjennom en uttrykkelig avtale, etter mønster av reglene i FAL § 4-11 annet ledd.

Jeg har tidligere kritisert regelen i FAL § 8-5 som unødvendig og uheldig. I den forbindelse er det interessant å merke seg at reglene om meldefrist nylig er behandlet i en svensk utredning om foreldelsesregler i forsikring (Ds 2011:10). Utredningsmannen (professor og tidligere dommer i Högsta Domstolen Bertil Bengtsson) avviser uten videre å endre dagens løsning i forbrukerforsikring, der svensk rett ikke har noen bestemmelse tilsvarende vår FAL § 8-5. Samtidig fastholder han meldepliktsregelen i foretaksforsikring, med en omfattende begrunnelse. Kanskje kan en slik mellomløsning også være en modell hos oss?

Hans Jacob Bull

IMMATERIALRETT

Industrielle rettigheter

Høringsnotat om styrking av håndheving av industrielle rettigheter

Justisdepartementet har i høringsnotat av april 2011 lagt frem forslag til styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter mv. Dette innebærer forslag til endringer i patentloven, varemerkeloven, foretaksnavneloven, designloven, lov om vern om kretsmønstre for integrerte kretser, planteforedlingsloven og markedsføringsloven.

Høringsutkastet inneholder for det første forslag til regler om forbud mot fortsatt rettighetsinngrep. I dag har man en uttrykkelig regel i varemerkeloven som gir rettighetshaveren adgang til å få nedlagt forbuds-

dom. Forslaget innebærer at det tas inn tilsvarende regler i de andre lovene om industrielle rettigheter.

For det andre legges det frem forslag til nye regler om vederlag og erstatning for rettighetsinngrep. Temaet ble omtalt i *Nytt i privatretten* 1/2011 s. 19, der det ble fremholdt at EU-direktivet om håndheving av immaterialrettigheter trolig gjør større inngrep i tradisjonelle erstatningsregler enn det som vanligvis har blitt lagt til grunn på nasjonalt lovgiverhold. Direktivet er ikke inntatt i EØS-avtalen, og Norge er derfor ikke forpliktet til å gjennomføre det, men Justisdepartementet legger til grunn at rammevilkårene for håndheving av industrielle rettigheter i Norge skal være minst like gode som i EU. Departementet inntar imidlertid den samme holdningen til direktivreglene som i mange EU-land – at nasjonale erstatningsregler allerede i dag overoppfyller direktivets krav, idet norske regler om økonomisk kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser ligger på et høyere nivå enn direktivets «minstekrav». Denne premissen er trolig uriktig (jf. *Nytt i privatretten* 1/2011 s. 19–20). Høringsforslaget innebærer imidlertid flere forslag til endringer som rent faktisk kan bringe norsk rett i bedre samsvar med direktivets standard enn hva som må antas å være tilfellet i dag. Fire alternative kompensasjonsløsninger foreslås: (1) Vederlag svarende til en rimelig lisensavgift, eventuelt kombinert med erstatning for økonomisk tap utover dette; (2) Erstatning for økonomisk tap; (3) Vederlag svarende til inngriperens fortjeneste (fraleggelse av berikelse); (4) Vederlag svarende til dobbel lisensavgift. Mens de tre førstnevnte omfatter forsettlige eller uaktsomme krenkelser, skal det fjerde alternativet bare gjelde ved forsett eller *grov* uaktsomhet. Det vil slik sett ha et klart pønalt preg, og innebærer en åpenbar nyvinning i norsk immaterialrett. Nytt er det også at fraleggelse av berikelse inntas som alternativ til erstatning for økonomisk tap – hittil har en slik regel bare vært lovfestet for opphavsrettskrenkelser (jf. åndsverkloven § 55 annet ledd), mens situasjonen for de industrielle rettighetene i beste fall har vært uavklart. For øvrig skal det bemerkes at forslagens skjematiske tilnærming avviker fra direktivets, som legger opp til større grad av helhetsvurdering. Dette kan tenkes å ha materielle konsekvenser, også i den forstand at kompensasjonen kan bli lavere enn dersom direktivreglene følges. I nær sammenheng med dette, foreslår departementet ikke å lovfeste at det skal tas hensyn til ikke-økonomisk tap, slik direktivet uttrykkelig foreskriver. Begrunnelsen er at man «har vanskelig for å se for seg situasjoner hvor det vil være behov for å tilkjenne kompensasjon for ikke-økonomisk skade ved inngrep i industrielle rettigheter» (høringsutkastet s. 23). Som normalbetragtning kan nok dette være treffende, men å utelukke det helt kan være for kategorisk. Til dette kommer at det i praksis kan være vanskelig å fastlegge omfanget for omdømmeskader ved immaterialrettskrenkelser. En hjemmel for å tilkjenne erstatning

for ikke-økonomisk skade vil kunne avhjelpe bevisproblemene i så henseende.

For det tredje foreslås visse tiltak for å forebygge nye rettighetsinngrep, blant annet tilbakekalling fra handelen, definitiv fjerning fra handelen, ødeleggelse og utlevering til rettighetshaver. I dag finnes bare regler om forebyggende tiltak i patent- og designlovene. Forslaget innebærer at likelydende regler om nevnte tiltak inntas i alle lover om industrielle rettigheter.

For det fjerde skjerpes reglene om straff i alle lovene. Mens dagens skyldkrav stort sett er forsett, foreslås det at grov uaktsomhet innføres som skyldgrad i samtlige lover. Videre foreslås det at den alminnelige strafferammen utvides til bøter og fengsel inntil ett år samt fengsel inntil tre år for inngrep under særlige skjerpene omstendigheter.

For det femte foreslås det, som ledd i bevissikring, å innføre et eget kapittel i tvisteloven om rett til å innhente informasjon ved immaterialrettskrenkelser (kapittel 28A). Dette forslaget er ment å skulle omfatte immaterialrettskrenkelser generelt – ikke bare inngrep i industrielle rettigheter. Rettighetshavernes behov for å få tilgang til identiteter bak nettadresser ved opphavsrettskrenkelser på Internett, imøtekommes imidlertid ikke av forslaget, idet departementet viser til at dagens regler i tvisteloven (om bevissikring utenfor rettssak, jf. tvisteloven kapittel 28) regulerer dette. Som det vil fremgå nedenfor, har Kulturdepartementet senere lagt frem forslag til egne regler i åndsverkloven om dette. Retten til informasjon gjelder etter Justisdepartementets forslag både i forbindelse med en inngrepssak og før det er reist sak. Plikten til å gi informasjon vil omfatte både medvirkere og andre personer som på en eller annen måte er involvert i produksjons- eller distribusjonsprosesser. Informasjonspålegg vil etter forslaget være underlagt et forholdsmessighetsprinsipp, slik at pålegg bare kan gis når opplysningene kan antas å lette håndhevingen av en immaterialrettighet, og rettighetshavers interesse i få opplysningene veier tyngre enn ulempene for den som pålegget retter seg mot og andre motstående interesser.

Endelig fremlegges forslag til endringer i reglene om verneting i inngrepssaker. Etter dagens regler er Oslo tingrett tvungent verneting i saker om ugyldighet av registrerte rettigheter, mens verneting i inngrepssaker bestemmes av alminnelige vernetingsregler. Det innebærer ulike verneting avhengig av hva sakene dreier seg om. Departementets forslag innebærer at Oslo tingrett blir tvungent verneting også i inngrepssaker og slik sett i alle saker om registrerte immaterialrettigheter. Derimot foreslås ingen endringer i saker om midlertidige forføyninger. Dermed kan det tenkes at forføyningssaken må reises ved saksøktes hjemting, mens hovedsaken må gå for Oslo tingrett. Det kan stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av en slik ordning.

Ole-Andreas Rognstad

Opphavsrett

Høringsutkast om tiltak mot ulovlig fildeling og andre krenkelser av opphavsrett mm. på Internett

Det andre høringsutkastet om håndheving av immaterialrettigheter kom i mai med høringsfrist 30. september 2011. Som overskriften indikerer, gjelder dette forslaget tiltak mot opphavsrettskrenkelser på Internett og forslaget er lagt frem av Kulturdepartementet. Forslaget har en langt smalere rekkevidde enn Justisdepartementets forslag til endringer i reglene for industrielle rettigheter, idet det bare gjelder bevissikring samt pålegg om hindring av tilgang til ulovlig materiale ved bruk av elektroniske kommunikasjons-tjenester. Eventuelle forslag om endringer i sanksjonsregler samt håndheving i en analog kontekst må vente til neste høringsutkast om forslag til ny åndsverklov. Kulturdepartementet har valgt å dele høring om endringer i opphavsrettslovgivningen i to – først det foreliggende vedrørende særskilte tiltak mot fildeling og andre opphavsrettskrenkelser på Internett, og så et langt mer omfattende generelt revisjonsforslag av opphavsrettslovgivningen. Det sistnevnte *kan* komme i løpet av neste år, men erfaringen viser at man neppe bør bli overrasket om det tar enda lengre tid.

Høringsutkastet om tiltak mot ulovlig fildeling mv. har to hovedelementer: For det første fremlegges forslag til særskilte regler i åndsverkloven om adgangen til å få utlevert opplysninger om identiteten bak IP-adresser ved opphavsrettskrenkelser. For det andre foreslår departementet at det gis regler som gir rettighetshavere adgang til å kreve at internettilbydere pålegges å hindre tilgang til materiale som krenker opphavsrettigheter og nærstående rettigheter.

Forslaget om adgang til å få utlevert opplysninger om nettadresser er ment som en spesialregulering av forhold som dekkes av tvistelovens regler om bevissikring utenfor rettssak (tvisteloven kapittel 28). I Max Manus-kjennelsen, Rt. 2010 s. 774 (referert i *Nytt i privatretten* 3/2010 s. 11), påla Høyesterett med hjemmel i de nevnte reglene teleselskapet Altibox å utlevere opplysninger om identiteten bak en nettadresse. Etter departementets oppfatning er det like fullt behov for at det gis egne regler i åndsverkloven som regulerer spørsmålet om utlevering av identiteten bak en IP-adresse. At det fastsettes regler som er særskilt rettet mot dette, i stedet for at kravet skal bygges på generelle bevissikringsregler, vil ifølge departementet «gi en ordning som er klarere, lettere tilgjengelig og enklere å praktisere». Departementets forslag innebærer for det første at rettighetshaveres behandling av sensitive personopplysninger som gjelder krenkelse av opphavsrettigheter mv., unntas fra konsesjonsplikten etter personopplysningsloven når behandlingen er nødvendig for å forfølge rettskrav. For det andre kan retten pålegge internettleverandøren å utlevere opplysninger som identifiserer abonnenten uten hinder av taushetsplikten leverandøren har etter

ekomloven § 2-9. Og for det tredje skal en slik avgjørelse forutsette at hensynene som taler for utlevering veier tyngre enn hensynet til taushetsplikten. Med andre ord må det foretas en avveining av rettighetsinteressene mot personvernet. Ifølge forslaget skal retten ved vurderingen «avveie hensynet til abonnenten mot rettighetshaverens interesse i å få tilgang til opplysningene, sett hen til krenkelsens grovhet, omfang og skadevirkninger. Etter en slik avveining kan retten ved kjennelse bestemme at opplysningene skal utleveres selv om samtykke er nektet, eller at opplysningene ikke skal utleveres selv om samtykke er gitt.»

Det andre elementet er et forslag om, på nærmere bestemte vilkår, å gi hjemmel for å pålegge internettleverandøren å blokkere eller stenge nettstedet der det foregår opphavsrettskrenkelser. Også dette spørsmålet har vært kontroversielt. I en kjennelse av 10. februar 2010 fant Borgarting lagmannsrett at Telenor ikke kunne pålegges å blokkere brukernes adgang til nettstedet Pirate Bay på grunnlag av at Telenor medvirket til opphavsrettsbrudd ved å gi slik tilgang. Etter departementets forslag kan internettleverandøren pålegges å hindre tilgang til nettsteder uten at det er nødvendig å etablere noe medvirkningsansvar. Betingelsen vil være at det er tale om «nettsted der det i stort omfang gjøres tilgjengelig materiale som åpenbart krenker opphavsrett eller andre rettigheter etter denne lov». Forslaget inneholder to alternative løsninger hva kompetent beslutningsorgan angår. Etter det første alternativet vil kompetansen til å gi pålegg tilligge Medietilsynet, mens det andre alternativet innebærer at det må foreligge rettslig kjennelse. Det må understrekes at forslaget kun innebærer at abonnentenes tilgang til bestemte nettsteder blokkeres. Det legges ikke opp til at enkelte abonnenter skal nektes internettilgang som sådan, slik løsningen har vært i enkelte andre land.

Samlet sett må departementets forslag sies å være rimelig balansert i forholdet mellom å ivareta rettighetshaverinteresser mot brukerinteresser og personvern hensyn. Om forslagene vil ha nevneverdig praktisk betydning, hvis de blir gjennomført, gjenstår å se.

Ole-Andreas Rognstad

Avvisningsbeslutninger på området for videresending av kringkastingssendinger, Oslo tingretts kjennelse av 14. juni 2011 og Kabeltvistnemndas vedtak av 28. juni 2011

Rett før sommeren avsa så vel Oslo tingrett som Kabeltvistnemnda avgjørelser som kan få dramatiske konsekvenser for forvaltningsorganisasjonen Norwaco. I bunnen av begge sakene gjelder en tvist mellom Norwaco og TV-distributører om hvorvidt distributørene har plikt til å betale vederlag for TV-sendinger. Distributørenes påstand er at de ikke bedriver «videresending», og at Norwaco av den grunn ikke har krav på vederlag. Saken for tingretten gjaldt slik sett et søksmål fra RiksTV AS mot Norwaco med påstand om at selskapet har rett til å sende

nærmere bestemte TV-kanaler, med et motsøksmål fra Norwaco med krav om erstatning for ulovlig videresending. Spørsmålet om hvilket vederlag som eventuelt skal betales for videresendingen er samtidig oppe til avgjørelse i Kabeltvistnemnda. Den saken omfatter foruten RiksTV AS også diverse kabel- og bredbåndsselskaper, bl.a. Canal Digital Kabel TV AS og Get AS. Det oppsiktsvekkende i begge sakene er at så vel tingretten, i motsøksmålet, som Kabeltvistnemnda har avvist saksanlegget under henvisning til at Norwaco mangler kompetanse til å reise sak. Bakgrunnen må forklares kort.

Etter åndsverkloven § 34 kan verk som inngår i kringkastingssending ved samtidig og uendret videresending gjøres tilgjengelig for allmennheten når den som videresender oppfyller betingelsene for såkalt avtalelisens etter § 36. Avtalelisens betyr at når det er inngått avtale mellom brukeren av åndsverk og en representativ rettighetshaverorganisasjon, kan også verk av rettighetshavere som ikke er representert av organisasjonen benyttes. Etter åndsverkloven § 38a, slik den lyder etter lovendring i 2005, er representativitetskravet oppfylt når avtale er inngått «av organisasjon som på området representerer en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge». I tillegg må organisasjonen være godkjent av Kulturdepartementet. Før 2005 var det, foruten kravet om godkjenning, krav om at organisasjonen representerte en vesentlig del av norske opphavsmenn på området. Årsaken til lovendringen var at det gamle representativitetskravet sto i fare for å bli rammet av EØS-avtalens forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Frem til 2005 var Norwaco godkjent avtalelisensorganisasjon på videresendingsområdet. I forarbeidene til lovendringen uttalte departementet at det endrede representativitetskravet innebar at organisasjonene måtte søke om godkjenning på nytt (Ot.prp. nr. 46 (2004–2005) s. 152). Det gjorde ikke Norwaco før 1. april 2011. Tingretten kom derfor til at Norwaco ikke var søksmålsberettiget for krav som refererte seg til den perioden organisasjonen ikke hadde godkjenning. Kabeltvistnemnda konstaterte i tillegg at det endrede representativitetskravet etter åndsverkloven § 38a ikke var oppfylt, idet man ikke anså at Norwaco – som er en paraplyorganisasjon bestående av 34 norske rettighetsorganisasjoner – representerte en vesentlig del av opphavsmennene til verk som brukes i Norge. Dermed, mente man, manglet organisasjonen kompetanse til å bringe sak om vederlagsfastsettelse inn for nemnda.

Avgjørelsene er som sagt oppsiktsvekkende. Selv om det ikke er vanskelig å forstå de formelle avvisningsgrunnlagene, kan flere av aspektene ved avgjørelsene diskuteres. Et viktig aspekt synes verken å være berørt av tingretten eller nemnda: Forholdet til EUs satellitt- og kabeldirektiv art. 9, som bestemmer at det *skal* være *tvungen* kollektiv rettighetsforvaltning på området for videresending (jf. også EU-domstolens

dom i sak C-169/05, *Uradex*). Konsekvensen av at Norwaco ikke anses som kompetent avtalelisensorganisasjon etter åndsverkloven § 38a på videresendingsområdet, vil – så vidt skjønnes – være at direktivforpliktelsen er brutt. Det oppstår med andre ord en konflikt mellom § 38a, slik den tolkes og anvendes av tingretten og nemnda, og Norges folkerettslige forpliktelser. Det bør forventes at dette aspektet tas i betraktning når sakene eventuelt går videre.

Ole-Andreas Rognstad

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Vernetings – erstatning i ansettelsesforhold – Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse 30. juni 2011 (HR-2011-1332-U)

Saken gjaldt spørsmål om rett vernetings i en internasjonal tvist om erstatning i ansettelsesforhold og reiser spørsmål om tolkning av Luganokonvensjonen. En dansk statsborger (A), som var bosatt i Danmark, hadde tidligere vært ansatt som pilot i TUI Fly Nordic. Selskapet er svensk, men har en filial på Gardermoen der A var stasjonert. På grunn av ryggproblemer fikk A i 2005 inndratt sitt operative og medisinske flysertifikat, og han ble som en følge av dette sagt opp fra sin stilling. A fremsatte krav om erstatning i tilknytning til en forsikring mot tap av flysertifikat som arbeidsgiveren i samsvar med tariffavtale hadde tegnet for sine piloter. I sitt tilsvarende til tingretten nedla TUI Fly Nordic påstand om avvisning grunnet feil vernetings. Begjæringen ble ikke tatt til følge i tingretten og heller ikke i ankene til lagmannsretten og Høyesteretts ankeutvalg.

Problemstillingen i saken gjaldt tolkningen av Luganokonvensjonens artikkel 19 (2) (a).

Luganokonvensjonen av 30. oktober 2007, som saken her dreier seg om, erstatter Luganokonvensjonen av 16. september 1988. 2007-konvensjonen er gjennomført i norsk rett ved tvistloven § 4-8 og trådte i kraft 1. januar 2010. Formålet med konvensjonen er å gjennomføre EU-statenes regler om vernetings og anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker slik de er fastsatt i Brussel I-forordningen (forordning nr. 44/2001). Brussel I-forordningen erstatter igjen Brusselkonvensjonen av 27. september 1968.

Når Luganokonvensjonen skal tolkes, vil rettspraksis i forbindelse med Luganokonvensjonen 1988, Brusselkonvensjonen og Brussel I-forordningen være relevant, jf. konvensjonens protokoll 2 om ensartet tolkning. Ved anvendelse av Luganokonvensjonen skal retten ta hensyn til rettspraksis både fra EU-domstolen og fra domstolene i andre konvensjonsstater, jf. protokoll 2 artikkel 1.

Luganokonvensjonens artikkel 19 oppstiller regler for hvor arbeidsgiver med bosted i en konvensjonsstat kan saksøkes. I tråd med konvensjonens hovedregel, kan arbeidsgiver saksøkes i bostedsstaten, jf. artikkel 19 (1). Arbeidsgiver kan også saksøkes i det

land der arbeidstakeren til vanlig utfører sitt arbeid, eventuelt det siste sted han gjorde det, jf. artikkel 19 (2) (a). Dersom arbeidstakeren til vanlig ikke utfører eller har utført arbeid i et bestemt land, kan arbeidsgiver saksøkes der hvor virksomheten som ansatte arbeidstakeren, ligger eller har ligget, jf. artikkel 19 (2) (b). Spørsmålet retten skulle ta stilling til ble da hvorvidt Gardermoen kunne anses som det sted der A til vanlig hadde utført sitt arbeid. Dersom retten svarte bekræftende på dette spørsmålet, ville Luganokonvensjonens artikkel 19 (2) (a) komme til anvendelse, med den følge at saken kunne reises i Norge.

Ved vurderingen av spørsmålet om hvor A vanligvis hadde utført sitt arbeid, støttet Ankeutvalget seg til lagmannsrettens lovforståelse. Bortsett fra uttalelser om relevansen av en ny avgjørelse fra EU-domstolen om lovvalg, er kjennelsen en gjengivelse av lagmannsrettens vurderinger.

Lagmannsretten har i sin kjennelse vist til to avgjørelser fra EU-domstolen, sakene C-37/00 *Weber* og C-383/95 *Rutten*. Begge sakene gjaldt tolkningen av Brusselkonvensjonens artikkel 5 (1) (som tilsvarende Luganokonvensjonens artikkel 19 (2)) i situasjoner der arbeidet for arbeidsgiver ble utført i flere land. EU-domstolen la til grunn at «det sted hvor arbeidstakeren til vanlig utfører sitt arbeid», skulle forstås som det sted hvor arbeidstakeren har etablert det faktiske midtpunkt for sin ervervsutøvelse, og hvor eller hvorfra han i hovedsak oppfyller sine forpliktelser overfor arbeidsgiver, jf. *Rutten* avsnitt 23. Mer konkret veiledning for saken fant lagmannsretten i Hertz' danske kommentarutgave til Brussel I-forordningen og en dom av 21. mars 2005 fra arbeidsrettsdomstolen («Tribunal du Travail») i Charleroi i Belgia. Som et eksempel på hva som kan anses for midtpunktet for ervervsutøvelsen, nevner Hertz en pilot som er fast tilknyttet en bestemt flyplass ved at vedkommende vanligvis vender tilbake dit etter hver tur. I en slik situasjon mener han at vernetingset må følge flyplassens plassering. Dommen fra Belgia gir også konkret støtte for at en pilot må kunne reise sak på stasjoningsstedet. I den saken ble stasjoningsstedet ansett som midtpunktet for arbeidsaktivitetene for flypersonell.

I lagmannsrettens konkrete vurdering av As arbeidssituasjon ble det pekt på at følgende forhold talte for at Gardermoen skulle anses som det sted der han til vanlig hadde utført sitt arbeid: A hadde ID-kort på Gardermoen hvor han sjekket inn og ut, han utførte nødvendig arbeid der som å skrive ut flyplaner, sjekke væropplysninger og ta nødvendige telefoner i forbindelse med jobben, crewrommet på Gardermoen var det sted han vendte tilbake til, diettene hans ble beregnet med Gardermoen som utgangspunkt, og arbeidsgiver sørget for transport ved turer som startet fra andre flyplasser. Lagmannsretten konkluderte med at Gardermoen måtte anses som det sted der A til vanlig hadde arbeidet.

Samtidig ble det vist til en rekke forhold som ikke var blitt tillagt avgjørende vekt: Ansettelseskontrakten var regulert av svensk rett, TUI kunne omgjort stasjoneringen, A hadde gjennomført de fleste kurs i Sverige, flyene han fløy var ikke norskregistrert, lønn ble utbetalt i svenske kroner, A måtte som flyver på utenlandske destinasjoner ha tilbrakt mesteparten av arbeidstiden utenfor Norge, og det ville være like rimelig, enkelt og billig for ham å reise sak i Sverige (som ville vært alternativet dersom artikkel 19 (2) (a) ikke kom til anvendelse). Det ble heller ikke lagt vekt på en dansk avvisningsavgjørelse i saken, hvor det hadde blitt uttalt at saken måtte anlegges på TUIs hjemting (Sverige) idet A fløy internasjonale flygninger. At arbeidsforholdet for lengst var avsluttet, var uten betydning for anvendelsen av artikkel 19 (2) (a).

Til støtte for lagmannsrettens lovforståelse kom Ankeutvalget med enkelte tilleggsbemerkinger om en ny storkammeravgjørelse fra EU-domstolen, se sak C-29/10 *Koelzsch* (kommentert i *Nytt i privatretten* 2011, nr. 2). Avgjørelsen gjelder tolkningen av artikkel 6 om individuelle arbeidsavtaler i Romakonvensjonen om lovvalg, men bygger mye av sin argumentasjon på de tilsvarende reglene om jurisdiksjon i Brusselkonvensjonen. I forhold til kriteriet om hvor arbeidstaker til vanlig utfører sitt arbeid, jf. Romakonvensjonens artikkel 6 (2) (a), ble det uttalt at dette måtte gis en bred fortolkning. Uttrykket måtte forstås som *stedet der eller hvorfra* arbeidstakeren arbeidet. Videre kom EU-domstolen med enkelte uttalelser om momenter som skulle vektlegges i vurderingen ved arbeid innenfor transportsektoren. Ankeutvalget la til grunn at *Koelzsch* var av betydning i den foreliggende sak og mente at lagmannsrettens lovforståelse harmonerte godt med de bærende rettslige synspunktene i avgjørelsen.

Når det gjelder lagmannsrettens konkrete vurdering av hvorvidt A til vanlig hadde utført sitt arbeid på Gardermoen, synes kriteriene som vektlegges å stemme godt overens med de kriteriene som EU-domstolen har lagt til grunn i sin praksis. Det kan imidlertid spørres om lagmannsretten går noe lengre i å tolke artikkel 19 (2) (a) utvidende enn den praksis retten viser til. I *Rutten* uttalte for eksempel EU-domstolen at det var relevant at arbeidstaker utførte nesten to tredjedeler av arbeidet i Nederland, samtidig som han også hadde et kontor hvor han organiserte arbeidet og som han vendte tilbake til etter hver forretningsreise til utlandet, jf. avsnitt 25 i avgjørelsen. Det er klart at arbeidstaker i den saken som omtales her, utførte en langt mindre del av sitt arbeid i Norge. Også i den belgiske saken lagmannsretten viste til synes tilknytningen til stasjonsringsstedet å være noe sterkere enn i den foreliggende sak, jf. avsnitt 14 i Ankeutvalgets kjennelse. Samtidig vil lagmannsrettens utvidende tolkning kunne forsvares ved at saken dreier seg om en arbeidstaker innenfor en spesiell sektor – transportsektoren. For slike arbeidstakere vil det kunne være spesielt vanskelig å

fastsette det sted arbeidstaker vanligvis arbeider. Her kan nevnes at Kommisjonen i desember 2010 kom med et forslag til endring av Brussel I-forordningen, herunder bestemmelsen om at arbeidsgiver kan saksøkes der hvor arbeidstaker til vanlig utfører sitt arbeid, jf. KOM(2010) 748 endelig. Bestemmelsen er foreslått endret i tråd med domstolens praksis til «det sted hvor *eller hvorfra* arbeidstakeren til vanlig utfører sitt arbeid». Det fremheves at denne endringen for eksempel åpner for å anvende bestemmelsen på personer «der arbejder om bord på fly, hvis der findes en fast base, fra hvilken arbejdet tilrettelægges, og hvor disse ansatte udfører andre opgaver for arbejdsgiveren (check-in, sikkerhedskontroll)», jf. s. 7.

Når det gjelder Ankeutvalgets uttalelser om *Koelzsch* og dens relevans i saken, er uttalelsene interessante ved at de sier noe om overføringsverdien mellom reglene om lovvalg og jurisdiksjon innenfor EU/EØS. Det er for så vidt ikke uvanlig å tolke lovvalgsregler og jurisdiksjonsregler i lys av hverandre. Hele den internasjonale privatrett bør tolkes på en helhetlig måte. Riktignok kun der dette er mulig: For eksempel vil det i en rekke situasjoner være hensiktsmessig at jurisdiksjonsreglene utpeker alternative verneting, mens lovvalgsreglene generelt sett ikke bør utpeke flere bakgrunnsretter. På andre områder derimot, som for eksempel ved definering av rettsområder og saksforhold, vil det være lite betenkelig å harmonisere tolkningen.

At Brusselkonvensjonens artikkel 5 (1) er av betydning ved tolkningen av Romakonvensjonens artikkel 6 (2) (a), er allerede slått fast av EU-domstolen i *Koelzsch*. Dette er også i samsvar med betraktning 7 i fortalen til Roma I-forordningen, som erstatter Romakonvensjonen for kontrakter inngått etter 17. desember 2009. Ankeutvalget la til grunn at denne overføringsverdien også går den andre veien: Ved tolkningen av jurisdiksjonsregelen i Lukanokonvensjonens artikkel 19 (2) (a) vil den tilsvarende regelen om lovvalg i Romakonvensjonen, og EU-domstolens praksis knyttet til denne, være relevant. I og med at EU-domstolen i *Koelzsch* tolker Romakonvensjonens artikkel 6 (2) (a) i lys av egen praksis vedrørende Brusselkonvensjonens artikkel 5 (1), jf. *Rutten*, *Weber* og C-125/92 *Mulox*, kunne Ankeutvalget på enkelte punkter like gjerne vist direkte til disse avgjørelsene, se *Koelzsch* avsnitt 45 gjengitt i kjennelsen avsnitt 16. Henvisningen til *Koelzsch* er likevel ikke overflødig: Saken gjaldt arbeid innenfor transportsektoren, og de konkrete vurderingene som er gjort rundt dette, har derfor betydelig interesse for saken som omtales her, se *Koelzsch* avsnitt 48 og 49 gjengitt i kjennelsen avsnitt 17.

Marie Nesvik

Lovvalg i arbeidsretten – Borgarting lagmannsretts kjennelse 23. mai 2011 (LB-2011-23834)

Saken gjaldt krav om gjeninntreden i stilling. En norsk mann (A), bosatt i Spania, var etter ansettelseskontrakt av 1. januar 2010 ansatt i seismikkelskapet

RXT (BVI) Inc. Selskapet er registrert på British Virgin Islands og er datterselskap av norske RXT ASA. A var opprinnelig en av gründerne av RXT ASA og hadde hatt en rekke forskjellige funksjoner og stillinger i konsernet. Siden 2004 hadde han vært øverste leder for selskapets seismiske mannskap på fartøy. Funksjonen innebar arbeid både på land og på fartøy i ulike deler av verden.

A ble sagt opp fra RXT (BVI) Inc. 5. juni 2010 i forbindelse med nedbemanninger på grunn av dårlig økonomi i konsernet. I november 2010 fremsatte A begjæring overfor RXT ASA om gjeninntreden etter arbeidsmiljøloven § 15-11 annet ledd første punktum. Tingretten ga A medhold. RXT ASA anket saken til Borgarting lagmannsrett. Lagmannsrettsavgjørelsen er ikke anket til Høyesterett og er dermed rettskraftig.

I ankesaken ble to problemstillinger trukket frem. Lagmannsretten behandlet først spørsmålet om hvem som skulle anses som arbeidsgiver (arbeidsgiver-spørsmålet), og så spørsmålet om hvilket lands rett som skulle regulere forholdet (lovvalgsspørsmålet). Begge problemstillingene var nært knyttet opp mot As krav om gjeninntreden: Arbeidsgiver-spørsmålet ved at dersom retten kom til at RXT BVI var As rette arbeidsgiver, ville RXT ASA ikke være rett saksøkt. Lovvalgsspørsmålet ved at det kun var etter norske regler at A kunne ha krav på å gjeninntre i sin stilling. I det følgende vil jeg først og fremst behandle lovvalgsspørsmålet.

Ved vurderingen av hvilket lands rett som skulle legges til grunn, pekte lagmannsretten på at arbeidsavtalen ifølge en lovvalgs klausul skulle reguleres av engelsk og walisisk rett. Det ble vist til utgangspunktet om partsautonomi som også gjelder for arbeidsavtaler, og til begrensninger som gjelder for dette utgangspunktet. Lagmannsretten fremhevet at arbeidsavtalen var av utpreget internasjonal karakter, og at det etter norske lovvalgsregler da ikke ville være grunnlag for å sette til side lovvalgs klausulen.

Et første problem med kjennelsen er rekkefølgen i behandlingen av problemstillingene. Lagmannsretten gikk som nevnt først inn på vurderingen av spørsmålet om hvem som var rett arbeidsgiver. Dette ble gjort uten at det ble reflektert over hvilket lands rett som skulle legges til grunn ved vurderingen av arbeidsgiver-spørsmålet. På den annen side, når retten i behandlingen av arbeidsgiver-spørsmålet konkluderte med at RXT ASA ikke var As arbeidsgiver, kan det virke noe overflødig at lovvalgsspørsmålet ble behandlet i etterkant.

Et annet problem med kjennelsen er selve behandlingen av lovvalgsspørsmålet. Lagmannsretten burde hatt en mer solid rettslig forankring og en klarere metode for løsningen av spørsmålet. Det er riktig, som lagmannsretten påpekte, at utgangspunktet om at partene står fritt til å foreta lovvalg, også gjelder for arbeidsavtaler, og at det foreligger begrensninger i dette utgangspunktet. Lagmannsretten formulerte

dette slik at det i norsk rett er «antatt å foreligge visse begrensninger i avtalefriheten ved at arbeidstaker ikke kan fraskrive seg lovbestemte rettigheter som ville komme til anvendelse uten en særskilt lovvalgsavtale». Det fremstår som noe uklart hva lagmannsretten mener med uttrykket «lovbestemte rettigheter», og jeg kan heller ikke se at uttrykket er brukt av Fougner/Holo (2006) s. 82 som lagmannsretten viser til. *Preseptoriske regler* ville vært et mer egnet og presist uttrykk i denne sammenheng.

Det at lovvalgs klausulen ikke ble satt til side, ble begrunnet i arbeidsavtalens utpreget internasjonale karakter. Dette er heller ikke heldig: Alle avtaler der det er aktuelt med lovvalgsspørsmål, vil være av internasjonal karakter. Når lagmannsretten gir uttrykk for at det følger av norsk rett at avtalens internasjonale karakter innebærer at lovvalgs klausulen ikke kan settes til side, er det vanskelig å forstå hvilken lovvalgsregel det vises til.

En bedre måte å løse lovvalgsspørsmålet på ville være å vise til Roma I-forordningen og benytte seg av den metode forordningen gir uttrykk for. Forordningen erstatter Romakonvensjonen og gjelder for avtaler inngått fra 17. desember 2009. I forordningens artikkel 8, som retter seg mot individuelle arbeidsavtaler, er utgangspunktet om partsautonomi slått fast i første ledd. Et lovvalg skal imidlertid ikke kunne frata arbeidstakeren den beskyttelse han har etter preseptoriske regler i det lands rett som ville blitt lagt til grunn, dersom partene ikke hadde foretatt et lovvalg. Hvilket lands rett som skal legges til grunn dersom partene ikke har foretatt et lovvalg, bestemmes av tilknytningskriterier. Det er i første rekke det landet der arbeidstakeren vanligvis arbeider, eventuelt arbeider fra, jf. annet ledd. Mangler et slikt arbeidssted, er det landet der det forretningssted hvor ansettelsen ble foretatt ligger, jf. tredje ledd. Tilknytningskriteriene i annet og tredje ledd skal likevel ikke legges til grunn dersom det av omstendighetene som helhet fremgår at avtalen har nærmere tilknytning til et annet land – i så fall vil loven i dette landet komme til anvendelse, jf. fjerde ledd. Selv om Norge ikke er bundet av forordningen følger det av alminnelig oppfatning at den er sentral i norsk internasjonal privatrett. Bl.a. har Høyesterett fremhevet betydningen av EUs lovvalgsregler i Bokhandleren i Kabul-saken (Rt. 2009 s. 1537) der det ble uttalt at: «I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler ... hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmålet legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt» (avsnitt 34) (avgjørelsen er kommentert i *Nytt i privatretten* 2010, nr. 1). Uttalelsen i saken knyttet seg til Roma II-forordningen om lovvalg utenfor kontrakt, men de samme hensyn gjør seg gjeldende i forhold til Roma I-forordningen.

Marie Nesvik

TINE SA mot Staten ved Konkurransetilsynet. Høyesterettsdom av 22. juni 2011 (HR-2011-01251-A)

Den 22. juni avgjorde Høyesterett med stemmetallet 3-2 den såkalte TINE-saken, der saksforholdet skriver seg tilbake til høsten 2004 og TINEs påståtte forsøk på å få kastet Synnøve Finden (heretter Synnøve) ut fra butikkhyllene til Rema 1000 (Rema). Som kjent førte saken – som opprinnelig sprakk da det ble hevdet at TINE forsøkte samme metode overfor ICA – til et massivt press mot TINE, og tilløp til forbrukerboikott.

Etter å ha blitt kastet ut av Rema fikk Synnøve nyss om at TINE hadde fremlagt et notat overfor ICA der Tine hadde beregnet hva det ville være verdt for dem å bli eneleverandør innenfor enkelte produktområder. Den 14. desember 2004 sendte Synnøve ut en pressemelding der det bl.a. ble sagt at Tine hadde brukt «et betydelig millionbeløp for å sikre seg total dominans på ost i Rema 1000», og at Konkurransetilsynet kanskje burde se nærmere på dette. Dermed innledet Konkurransetilsynet etterforskning. TINEs konsernsjef gikk av som følge av saken. Alt var mao. duket for en av norgeshistoriens største konkurransesaker.

Etter at støvet har lagt seg, og Høyesterett har sagt sitt, må man vel si at det meste har kokt bort. Saken vil imidlertid sette spor etter seg i norsk konkurranserett, ikke minst fordi den belyser grensene for lovlig forretningspraksis, men også fordi den avklarer visse prosessuelle spørsmål og fordi saken representerer en svært viktig markering av hvordan konkurransemyndighetenes vedtak står seg i møte med domstolene. For TINE er frifinnelsen en magrere trøst – omdømmeskaden og omsetningstapet bedriften led vinteren 2005 lar seg vanskelig gjenopprette med en høyesterettsdom.

Konkurransetilsynet fattet vedtak i saken i 2007 (vedtak 2/2007, tilgjengelig på Konkurransetilsynets hjemmeside www.kt.no). I vedtaket fant tilsynet at TINE hadde overtrådt konkurranseloven (krll.) § 10 og § 11. (Paragraf 10 forbyr konkurransebegrensende avtaler og samarbeid mellom foretak, mens § 11 forbyr misbruk av dominerende markedsstilling). Iht. vedtaket hadde TINE inngått avtale med Rema om å være eneleverandør av ost. Slike avtaler er etter sikker rett forbudt å inngå for dominerende foretak. Samtidig fant tilsynet at Tine hadde fremsatt et tilbud som innebar eksklusivitet overfor ICA. For disse forholdene ila tilsynet et overtredelsesgebyr på NOK 45 mill. I vedtaket anfører tilsynet at både § 10 og § 11 er overtrådt, uten at det skilles særlig klart mellom disse grunnlagene. Slik vi kommer til nedenfor, kan denne manglende bevisstheten langt på vei forklare hvorfor saken også endte med frifinnelse.

Tingretten plukket vedtaket temmelig ettertrykkelig fra hverandre, og frifant TINE. Lagmannsretten ga imidlertid Konkurransetilsynet delvis medhold,

ved at gebyret ble satt til 30 mill. Retten fant at krll. var overtrådt i forhold til Rema, mens TINE ble frifunnet for forholdet overfor ICA. Lagmannsretten bygget sin fellelse i forholdet til Rema utelukkende på § 11 og TINEs ensidige adferd, og frifant TINE for brudd på § 10 idet det ikke ble funnet å foreligge en avtale om eksklusivitet. Både TINE og Staten ved Konkurransetilsynet anket dommen. Tilsynets avledede anke, som gjaldt forholdet til ICA, ble imidlertid ikke tillatt fremmet.

For Høyesterett var saken begrenset til spørsmålet om overtredelse av § 11 om misbruk av dominerende stilling. Konkurransetilsynet hadde bedt om samtykke etter tvisteloven § 30-7 første ledd til å endre påstanden slik at den også omfattet overtredelse av § 10, men dette ble avvist av Ankeutvalget.

I det følgende vil jeg først si noe om de prosessuelle spørsmålene, dvs. prøvingsgrunnlag og beviskrav, før vi skal se nærmere på spørsmålet under § 11. Avslutningsvis gis en egen vurdering av saksforholdet ut fra det som ble funnet bevist.

På det prosessuelle plan var for det første beviskravet et tema. I norsk konkurranserett har dette lenge vært et omtvistet punkt. Bakgrunnen er at konkurranselovutvalget i NOU 2003:12 hadde foreslått et krav om «klar» sannsynlighetsovervekt. Departementet la imidlertid til grunn at simpel sannsynlighetsovervekt skulle være tilstrekkelig, se Ot.prp. nr. 6 (2003–04), s. 117. Dette synspunktet ble akseptert av stortingskomitéen, men beviskravet er ikke eksplisitt nedfelt i loven. Simpel sannsynlighetsovervekt som standard har vært omstridt, først og fremst pga. at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven må anses som straff etter EMK, samtidig som praksis fra Høyesterett i andre saker om forvaltningssanksjoner har lagt en høyere standard til grunn. Høyesterett uttalte seg om spørsmålet ved vurderingen av om det faktum lagmannsretten hadde funnet bevist kunne legges til grunn. Lagmannsretten hadde formulert en kvalitativ bevisstandard etter modell av EU-retten, nemlig om det forelå en samling «tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis». Førstvoterende uttalte at dette måtte oppfattes som et krav om «klar» sannsynlighetsovervekt, på linje med storkammeravgjørelsen i Rt. 2008 s. 1409 om tilleggsskatt. Retten kunne dermed legge faktumet til grunn. Selv om Høyesterett her ikke direkte sier at simpel sannsynlighetsovervekt ikke kan legges til grunn, er det naturlig ut fra bruken av klar sannsynlighetsovervekt og henvisningen til praksis om tilleggsskatt å anse at beviskravet må være «klar sannsynlighetsovervekt» også i saker om overtredelsesgebyr etter krll. § 29.

For det andre uttalte Høyesterett seg om domstolenes prøvelsesrett. I saken var dette omstridt fordi Konkurransetilsynet i sitt vedtak hadde lagt til grunn at både § 10 og § 11 var overtrådt fordi det var inngått en avtale om eksklusivitet. Lagmannsretten bygget imidlertid som nevnt sin avgjørelse utelukkende på

TINEs ensidige adferd i forhandlingene. TINE hadde anført at lagmannsretten på denne bakgrunn la et nytt faktum til grunn, og at dette var utenfor lagmannsrettens kompetanse til å «prøve alle sider av saken», jf. krrl. § 29 fjerde ledd. Høyesterett tok utgangspunkt i uttalelsene i Ot.prp. nr. 6 der det heter at «Retten kompetanse tilsvarende departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker» (s. 241). Deretter ble det vist til forvaltningsloven § 34 om klageorganers kompetanse, før Høyesterett foretok en vurdering av om lagmannsretten hadde holdt seg «innenfor saken». Høyesterett fant dels at tilsynets vedtak ikke kunne sies å være avgrenset til påvisning av en avtale, tvert i mot ble det påvist at tilsynet i vedtaket hadde gitt uttrykk for at TINEs ensidige adferd i seg selv var i strid med § 11 (premiss 54). Høyesterett la, under henvisning til Rt. 1997 s. 343 og Rt. 2010 s. 999, imidlertid til grunn at selv med en snever forståelse av vedtaket kunne lagmannsretten ikke sies å ha gått utenfor saken (premiss 55-58).

Vedrørende realiteten i saken, er det hensiktsmessig kort å gjengi hva som ble funnet bevist. Høyesterett la til grunn at:

«I det første forhandlingsmøtet 3. september 2004 opplyste Remas administrerende direktør at Rema ville fokusere på leverandørkonsentrasjon, og at det var aktuelt å satse på Tine som eneste leverandør dersom ytelsene ble økt tilstrekkelig. Rema gikk frem på samme måte også i forhold til andre store leverandører.

Tines forhandlingsleder ga på møtet uttrykk for Tines ønske om vekst, at Tine ville ha mer transparente ytelser og motytelser, at de var villige til å øke sine ytelser, samt at det var behov for ryddighet i forhold til lover og regler. Han ga også uttrykk for at Tine ikke ville kjøpe seg ut av konkurransen.» (Premiss 10-11)

Deretter sies det:

«Samme dag oversendte Tine et tilbud til Rema der avtalebeløpet var på 31,321 millioner kroner. Dette var en økning fra 2004 på 7,771 millioner kroner. Til grunn for tilbudet lå en forutsetning om at avtalen skulle være to-årig, og justeres høsten 2005 i henhold til volumutviklingen.»

Partene kom etter hvert frem til enighet om en avtale som beskrives som følger:

«Den formelle samarbeidsavtalen og leverandøravtalen ble undertegnet 15. november 2004. I vedlegg til avtalene fordeles den totale godtgjørelsen til Rema slik: Innovasjonsgodtgjørelse for de nye produktene som skulle inn i Remas grunnsortiment 3 millioner kroner, godtgjørelse for planogrammer 2,3 millioner kroner, 13 fire-ukerskampanjer 18 millioner kroner inkludert selektive rabatter på 5 millioner kroner, og besparelse ved store leveranser til den enkelte butikk – «dropsize» – 13,3 millioner kroner.» (Premiss 18).

I løpet av forhandlingene hadde Rema også bedt TINE om å utarbeide et planogram (oversikt over plassfordelingen i butikkhyllene) uten varer fra Synnøve. TINE besvarte denne henvendelsen og

oversendte planogrammer (premiss 13). Videre hadde TINE på forespørsel oversendt Rema et notat (Geniusnotatet) som beskrev lønnsomheten i å velge én fremfor to leverandører. I oversendelsesbrevet skrev TINE at «tallenes tale er entydige» (premiss 8). Endelig tilbød TINE en EMV-ost (Egen Merkevarer/private label) som skulle være en «pris-fighter». Det rimeligste alternativet i Remas sortiment hadde tidligere blitt produsert av Synnøve (premiss 15).

Avtalen inneholdt ingen eksplisitt bestemmelse om eksklusivitet. Synnøve Finden ble imidlertid kastet som leverandør kort tid etter møtene.

Høyesterett la til grunn at TINE hadde en dominerende stilling, noe som heller ikke var omtvistet (premiss 65). I misbruksvurderingen tok Høyesterett utgangspunkt i den kjente Hoffmann-La Roche-dommen fra EU-domstolen, der misbruk defineres som følger:

«Misbrugsbegrepet er et objektivt begrep, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser.» (Sak 85/76, premiss 91).

I misbruksvurderingen fremhevet Høyesterett først at Tine var klar over at Rema vurderte bare å ha én leverandør av ost. Høyesterett mente imidlertid at det ville være å stille for strenge krav til Tine hvis man i denne situasjonen skulle anse Tines økning av sitt tilbud – og dermed et mulig bidrag til Remas valg av ikke å ha Synnøve som leverandør – som et misbruk. Selv om dominerende foretak har et særlig ansvar for ikke å skade effektiv konkurransen, fremholdt Høyesterett at misbruksforbudet ikke kunne forhindre TINE fra å konkurrere. (Premiss 75-76).

Deretter understrekes at det ikke var avtalt eksklusivitet, og at det heller ikke forelå faktiske bindinger på Rema. Det var heller ingen rabattmekanisme i avtalen som gjorde at Rema ville gå glipp av ytelser hvis man fortsatte med Synnøve. Spørsmålet var dermed om økningen i tilbudet – isolert sett – kunne anses som misbruk. Her uttaler Høyesterett at

«Et motiv om å vinne konkurransen kan imidlertid ikke være nok til å overtre § 11 – som nevnt har også dominerende selskaper rett til å konkurrere på ytelser. For at § 11 skal være overtrådt, må det være benyttet uakseptable konkurransemetoder.» (Premiss 79).

Høyesterett kom til at dette ikke var tilfelle. For det første hadde TINEs ytelser konkret forretningsmessige begrunnelser, bl.a. kompensasjon for mer omfattende markedsføringskampanjer. For det andre var praksisen med ytelser fra leverandørene et vanlig fenomen i bransjen. For det tredje vises det til at TINEs ytelser til

Rema i tidligere år hadde vært lavere enn overfor andre kjeder, og at en utjevning kunne anses som et forsøk på å tilpasse seg nettopp krrl. § 11 og forbudet mot å benytte ulike vilkår overfor handelspartnere. (Dette er for øvrig en forståelse av § 11 som neppe er riktig, det oppstilles intet krav om absolutt likebehandling, men et forbud mot konkurransebegrensende diskriminering). Endelig ble det påpekt at TINE to ganger hadde avslått å komme med tilbud om betaling for å oppnå eneleverandørstatus. Videre avviste Høyesterett at TINEs øvrige opptreden, bl.a. utformingen av planogrammet uten Synnøves varer, kunne føre til en annen konklusjon. På dette grunnlag ble tilsynets vedtak opphevet.

Ses det isolert på Høyesteretts argumentasjon, må konklusjonen være riktig. I en situasjon hvor man byr mot en annen og vet at den andre vil bli kastet ut såfremt man vinner (fordi kunden bare ønsker én leverandør), kan ikke det å sette ned prisen i seg selv være et misbruk. En slik regel ville i realiteten begrenset konkurransen. Derimot er det et spørsmål om ikke sammenhengen mellom Remas og Tines utspill i forhandlingene burde vært utforsket nærmere, jf. nærmere nedenfor.

Mindretallet, som ville stadfeste lagmannsrettens dom, tok i sin vurdering utgangspunkt i at priskonkurranse «etter omstendighetene kan være i strid med konkurranseloven» (premiss 92). Det vises her til forente saker C-395 og 396/96 P Compagnie Maritime Belge, som gjaldt selektive priskutt innenfor skipsfart. Dette representerer en form for misbruk der det ikke er tale om rovprising (priser under totale kostnader), men der det ytes selektive rabatter for å ramme konkurrenter – i saken slik at det ble tilbudt nedsatte priser på ruter hvor foretaket møtte konkurranse. Dette kan imidlertid neppe sammenlignes med en økning av ytelse overfor Rema slik TINE iverksatte, i alle fall ikke hvis disse ytelsene ses isolert.

Deretter vises det til at resultatet av avtalen var at TINE faktisk ble eneleverandør. Under henvisning til Hoffmann-La Roche (jf. ovenfor) vises det til at slike avtaler er ulovlige for dominerende foretak, og at det ikke har betydning at kunden ikke er formelt forpliktet til ikke å handle hos andre. Etter mitt syn er det siste lite treffende i vår sak, hvis man utelukkende ser på avtalen. Resultatet i saken – at Synnøve ble kastet – sier ikke i seg selv noe om lovligheten av avtalen. (Dette kan jo like gjerne være et resultat av ytelsesbasert konkurranse.) Mindretallet underbygger imidlertid sitt standpunkt med at TINE også agerte på måter som ikke var forenlig med ytelsesbasert konkurranse (competition on the merits), først og fremst ved oversendelsen av Geniusnotatet, at foretaket tilbød en EMV-ost (som ville erstatte det rimeligste alternativet som Synnøve tidligere hadde produsert), samt utarbeidelsen av planogrammene. På denne bakgrunn mente mindretallet at TINEs ensidige adferd i forhandlingene representerte et misbruk av dominerende stilling.

Ses det bort fra den etter min oppfatning mindre treffende vektleggingen av avtalen og at den hadde som virkning at Synnøve ble kastet ut, samt generaliseringen fra Compagnie Maritime Belge, kan mindretallets tilnærming imidlertid ha noe for seg. Det var klart nok elementer i TINEs adferd som indikerte at de ikke så negativt på eneleverandørstatus, og det må også være på det rene at TINEs utspill var egnet til å påvirke Remas valg av leverandør. Det er likevel neppe slik at denne adferden i seg selv bør karakteriseres som misbruk, rett og slett fordi den dels er forretningsmessig begrunnet (tilbudet om EMV-ost) og dels fremstår som en tjenesteytelse i forhold til et mulig (og lovlig) fremtidig scenario (utarbeidelse av planogrammer uten Synnøves varer). Geniusnotatet og oversendelsen går nok lenger i å oppfordre til eksklusivitet, men kan vanskelig være avgjørende i seg selv.

Ut fra det vurderingstemaet Høyesterett behandlet, synes således flertallets konklusjon å ha de beste grunner for seg. Som nevnt tok imidlertid Høyesterett bare stilling til om krrl. § 11 var overtrådt, mens § 10 ikke ble behandlet. Ses det nærmere på det faktum som ble lagt til grunn, er det grunn til å stille spørsmål om saken ikke burde vært avgjort nettopp etter denne bestemmelsen. Allerede i tilsynets vedtak var det først og fremst fokusert på avtalealternativet, noe både tingretten og lagmannsretten hadde avvist. Siden § 10-påstanden ble avvist, var fokuset til Høyesterett rettet mot TINEs ensidige adferd under § 11. Ved å lukke § 10-sporet utelukkes også alternativet «samordnet praksis», hvor det ikke stilles like strenge krav som ved avtalealternativet. Samtidig er det meget som taler for at utelukkelsen av avtalesporet også under § 11 fører til at fokus tas bort fra sammenhengen mellom Remas utspill i møtet og TINEs «svar» gjennom sin etterfølgende adferd. Høyesteretts fokus på TINEs ensidige adferd fører dermed til at både flertall og mindretall bare vurderer halve bildet. Handlingene må vurderes i sin kontekst, og det sentrale i denne konteksten er hvilke invittor som kom fra Rema forut for TINEs «svar», ikke hvilken betydning TINEs økning av sine ytelse isolert sett kunne ha for Remas valg av leverandør (slik flertallet fokuserer på for eksempel i premiss 75).

Som nevnt rammer § 10 ikke bare avtaler, men også samordnet praksis. Samordnet praksis defineres normalt som en kontakt mellom foretak, samt en felles forståelse mellom dem. I vertikale forhold er slik samordnet praksis for eksempel etablert når et initiativ fra én part i praksis følges opp av den andre (se for eksempel forente saker 100-103/80 Musique Diffusion Française, premiss 72 ff. og sak T-41/96 Bayer, premiss 71). Det er ikke krav om at noen form for rettslig bindende avtale skal være inngått. Også under § 11 må det være slik at et dominerende foretak som oppnår en uformell forståelse om eksklusivitet må anses å misbruke sin dominerende stilling. Poenget er da ikke om det foreligger en avtale som har eksklusivitet som virkning (slik mindretallet vurderer i premiss 93-94).

Iht. det som er bevist forelå det fra Remas side et eksplisitt forslag om eksklusivitet (møtet 6. juli 2004 der Rema opplyste at de var villige til å satse på én leverandør, og spurte hva TINE var villige til å betale for dette (premiss 7)). Dette ble gjentatt i forhandlingsmøtet 3. september. Videre hadde Rema oppfordret TINE til å oversende Geniusnotatet om lønnsomheten i én versus to leverandører. TINE avviste utspillet om eksklusivitet to ganger, men fulgte likevel opp ganske umiddelbart etter det siste utspillet med å heve sitt tilbud. Etter dette ble Synnøve kastet.

I utgangspunktet kan dette fra TINEs side anses som en konkludent adferd, dvs. at Remas tilbud aksepteres ved handling. I ord (jf. uttalelsen om ikke å kjøpe seg ut av konkurranse) foreligger det imidlertid et avslag. Remas etterfølgende adferd (å kaste ut Synnøve) forsterker imidlertid forståelsen, selv om de etterfølgende forhandlingene med Synnøve kan trekke i motsatt retning, jf. særlig premiss 77 der det legges til grunn at forhandlingene var reelle. Etter min oppfatning er det usikkert om det her foreligger en samordning i strid med § 10. Uklarheten da er at det er motstrid mellom ord og handling fra TINEs side; det sies at de ikke vil kjøpe seg ut av konkurranse, men de høyner likevel ytelsene som respons på og i tråd med Remas utspill. Samtidig er det et spørsmål om ikke økningen av ytelser kan forklares på andre måter, jf. det som er sagt ovenfor om likebehandling av kunder og at de i alle fall delvis kan anses som betaling for tjenester. Når de enkelte omstendighetene som her trekker i ulike retninger, fremstår det som tvilsomt om et krav om klar sannsynlighetsovervekt vil være tilfredsstillt.

Siden saken ble avgrenset til å gjelde § 11 og ensidig adferd, ble disse aspektene imidlertid ikke vurdert skikkelig. Er sammenhengen med Remas utspill sjaltet ut slik at man kun ser på TINEs adferd isolert, er det, jf. ovenfor, vanskelig å konstatere noe misbruk. Med det vurderingstemaet som forelå, er konklusjonen i dommen dermed ikke overraskende, og sannsynligvis også den riktige.

Erling Hjelmeng

KONTRAKTSRETT

Vage uttrykk om ferdigstillellesdato. To Høyesterettsdommer av 10. mai 2011 (HR-2011-951 Nye Major / HR-2011-952 Krusesgate)

1. *Twistene*

I mai i år avgjorde Høyesterett to saker om bygging av leiligheter hvor utbygger hadde benyttet vage uttrykk for angivelse av ferdigstillellesdato. Den ene saken gjaldt et nytt stort leilighetskompleks i Sørkedalsveien 9–13, kalt Nye Major. I den andre saken skulle eiendommen Krusesgate 3 rehabiliteres og ombygges. Siden eiendommen var registrert på Byantikvarens «gule liste», var den underlagt strenge bevaringsmessige krav

og begrensinger. I begge prosjektene ble utbyggingen vesentlig forsinket i forhold til planlagt framdrift. Flere av kjøperne av leiligheter i de to prosjektene gikk til sak mot utbyggerne med krav om dagmulkt.

Begge tvistene faller inn under lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova som forkortes buofl), se § 1. I loven er partene i avtalen betegnet som henholdsvis entreprenør og forbruker. Ved omsetning av leiligheter er det imidlertid vanlig å snakke om selger og kjøper, selv om boligene ikke er ferdig bygget på avtaletidspunktet.

Høyesterett har sett de to tvistene i sammenheng. De er avgjort samtidig og med samme dommersammensetning. Grunnen til dette er at tvistene reiser mange av de samme prinsipielle rettsspørsmålene. Faktum i sakene skiller seg likevel ganske mye fra hverandre når det gjelder årsaken til forsinkelsene. Begge dommene er enstemmige.

Nedenfor skal de problemstillingene som drøftes i dommene, kommenteres parallelt for begge dommene.

2. *Bustadoppføringslovas tvedeling av framdriftsforpliktelsene – Nye Major avsnittene 55 til 56*

Hovedproblemstillingen i de to tvistene var hva slags framdriftsforpliktelse som selger hadde påtatt seg. Bustadoppføringslova skiller mellom to typer av framdriftsforpliktelser, men begge vil kunne utløse dagmulkt etter buofl § 18 dersom normene ikke overholdes.

I buofl § 10 første ledd slås det fast at entreprenøren (selger) skal overholde frister som er «avtalte». Slike avtalte frister gir uttrykk for resultatforpliktelser hvor entreprenøren i utgangspunktet inntar at fristangivelsen vil bli overholdt. På grunn av systemet med fristforlengelse som man finner i buofl § 11, er likevel ikke fristene absolutte. Blir entreprenøren hindret i sin framdrift enten som følge av forhold forbrukeren (kjøperen) svarer for, eller som følge av hindringer utenfor hans kontroll, vil entreprenøren kunne kreve en tilleggsfrist. Siden en forsinkelse gir forbrukeren rett til dagmulkt, vil man noe forenklet kunne si at buofl § 10 første ledd gir anvisning på en kontrollansvarsforpliktelse.

Den andre typen framdriftsforpliktelse er beskrevet i buofl § 10 tredje ledd. Her heter det at dersom det ikke er avtalt noen frister, så skal arbeidet utføres «med rimeleg framdrift og utan unødige avbrot». I Nye Major drøftes hvorledes denne uttrykksmåten skal forstås. Ikke helt uventet kommer Høyesterett fram til at denne formuleringen ikke er forenlig med et kontrollansvar; noe som understøttes av uttalelser i forarbeidene til loven, se NOU 1992: 9 side 63. Førstvoterende framholder at det må «foretas en konkret vurdering av om fremdriften rent faktisk har vært urimelig treg, eller om det har vært unødige opphold». Vi står med andre ord overfor en innsatsforpliktelse i disse tilfellene. Uttrykksmåten «urimelig treg» er imidlertid et mindre heldig ordvalg.

Det framkommer klart av premissene i Krusesgate at Høyesterett foretar en uaktsomhetsvurdering, se avsnitt 44. Det stilles dermed krav om at entreprenøren har gått fram på en faglig forsvarlig måte. Oppstår det forsinkelser som følge av at denne faglige normen er brutt, inntreer et dagmulkt eller forsinkelsesansvar.

3. Spørsmålet om det var avtalt en bindende frist

3.1 Innledning

Den grunnleggende problemstillingen i de to sakene for Høyesterett er hva slag framdriftsforpliktelse selger har påtatt seg; en resultatforpliktelse bygget rundt kontrollansvarsmodellen eller en innsatsforpliktelse basert på en aktsomhetsnorm.

Spørsmålet må avgjøres ut fra en tolking av kontraktene. På tradisjonelt vis skal anvendes en objektiv tolkingsstandard dersom det ikke påvises en omforent forståelse av avtalen, se Nye Major avsnitt 37. Kjernen i denne standarden er «hva man kan utlede av en alminnelig språklig forståelse av ordlyden». Førstvoterende presiserer at man ved denne vurderingen «skal legge vekt på hvordan forbrukeren hadde grunn til å oppfatte det». Om han med dette har ment å gi forbrukere en noe større beskyttelse enn det som følger av de vanlige tolkningsreglene i norsk kontraktsrett, er likevel tvilsomt.

3.2 Nye Major – avsnittene 32 til 43

I salgene som knyttet seg til Nye Major, het det i den omstridte avtaleklausulen i punkt 8.1 at «Selgeren tar sikte på ferdigstilling av Boligen 2. halvår 2007.»

Høyesterett fant at formuleringen «tar sikte på» gir uttrykk for at selgeren er usikker og derfor ikke lover en ferdigstilling innenfor en bestemt frist. Heller ikke er det naturlig å forstå uttrykksmåten slik at det henvises til en bestemt periode. Denne forståelsen av ordlyden framstår i følge Høyesterett som så entydig at det ikke er plass for en supplerings med den såkalte ukklarhetsregelen i norsk tolkningslære. Førstvoterende finner likevel grunn til å presisere at formuleringen i avtaleklausulen ikke kan sidestilles med en framdriftsplan, se avsnitt 39. Det er nærliggende å forstå ham slik at dersom det var lagt ved en mer detaljert oversikt over når de enkelte faser i arbeidet var planlagt utført, ville vurderingen av klausulen kunne ha bydd på større problemer – «En slik oversikt kan nok en forbruker lettere oppfatte som bindende, slik forarbeidene antyder.»

Selv om tolkingen av ordlyden gir et klart resultat, angir Høyesterett enkelte tilleggsargumenter for ikke å betrakte formuleringen i kontrakten som angivelse av en bindende frist. For det første framheves at en utbygger vanskelig kan binde seg til noen fast overtakelsesfrist så tidlig i prosjektet, se avsnittene 33 og 34. For det andre pekes på at kontraktens punkt 8 lest i sammenheng også taler for denne løsningen, se avsnitt 42.

3.3 Krusesgate – avsnittene 34 til 37

Avtalen knyttet til Krusesgate inneholder samme

type formuleringer som i Nye Major. I kontraktens punkt 11.1 heter det at «Boligene er planlagt innflyttingsklare i løpet av 3. kvartal 2007 ...». Høyesterett anfører derfor samme tolkningsresonnement som i Nye Major-dommen. Det framholdes at formuleringen «planlagt innflyttingsklare» innebærer at man ikke er sikker på at tidsskjemaet vil holde.

Det pekes likevel på at standpunktet er enda klarere i denne saken enn i Nye Major. Bakgrunnen for dette argumentet er at kontraktens punkt 11.1 andre ledd inneholder en regel om at endelig overtakelsesdato vil bli meddelt kjøperne med seks ukers varsel.

Det er kanskje ikke helt innlysende hvorfor nevnte klausul forsterker tolkningsresultatet Høyesterett kom fram til. Siden den planlagte innflyttingsdatoen er angitt som en periode på tre måneder, var det åpenbart behov for på et senere tidspunkt å fastlegge en mer presis overtakelsesdato selv om angivelsen skulle anses bindende for selger.

3.4 Kommentarer – konsekvensene av Høyesteretts standpunkt

Høyesterett peker selv på ulempen ved det tolkningsresultat man har falt ned på, se avsnitt 43 i Nye Major hvor det heter: «Denne forståelsen gjør nok dagmulktbestemmelsen i loven mindre effektiv enn om kontrakten hadde fastsatt utløpet av 2007 som en bindende frist ...». Siden bustadoppføringslova ikke forplikter entreprenøren til overhodet å si noe om overtakelsestidspunktet, fant Høyesterett likevel ikke å kunne tillegge denne effekten vekt.

Problemet med de klausulene som er tolket av Høyesterett, er at de er eksempler på dobbelkommunikasjon. Selger gir såpass mye informasjon om planlagt ferdigstillingsdato at markedet handler i tillit til opplysningene, men samtidig er man ubundet av fristangivelsen. Det er grunn til å tro at de formuleringene som er benyttet i de to sakene for Høyesterett, vil danne mønster for fristangivelser i framtiden. Dermed vil det objektive dagmulktsvernet som bustadoppføringslova i sin tid skjenket forbrukerne, bli redusert til en beskyttelse mot «urimelig treg» framdrift og med en vanskelig bevissituasjon for forbrukerne.

Som en følge av Høyesteretts standpunkt i Nye Major og Krusesgate, kan lovgiver tenkes å iverksette tiltak for å styrke forbrukerens stilling når det gjelder fristangivelser. Det kan naturlig nok ikke pålegges entreprenøren å fastsette en bindende frist for sin produksjon. Derimot kan man – med noe ulike virkemidler – sørge for at forbrukeren får klar beskjed om hvorvidt det gjelder en bindende frist eller ikke, og betydningen av denne forskjellen. Lovgiver kan påby bruk av bestemte formularer ved avtaleinngåelsen, eller det kan vedtas nye bestemmelser i bustadoppføringslova med forbilde i reguleringen av prisoverslag, jfr. buofl § 41 ledd.

4. Betydningen av meglers uttalelser – Nye Major avsnittene 44 og 45

I Nye Major anførte kjøperne at det forelå individuelle omstendigheter i saken som gjorde at selger uansett måtte anses bundet av fristangivelsen i kontrakten. I følge kjøperne hadde både visningsassistenter som ansvarlig hovedmegler uttalt at «leiligheten i verste fall ville være ferdigstilt ved utgangen av 2007».

Høyesterett finner det unødvendig å ta standpunkt til hvilke uttalelser meglerpersonale kom med under visningsrundene. Avgjørende for domstolen er eiendomsmeglingsloven § 6-6 hvor det heter at meglere ikke kan «binde oppdragsgiveren overfor en tredjeperson uten særskilt fullmakt». Førstvoterende finner det «klart at et eventuelt tilsagn fra meglere om overtakelse før utgangen av 2007 faller direkte inn under § 6-6».

Standpunktet som Høyesterett her inntar, står i sterk kontrast til bedømmelsen av meglers uttalelse når det gjelder selve kontraktsgjenstanden. En rekke lover inneholder bestemmelser hvor debitor blir identifisert med sine kontraktsmedhjelperes uttalelser om kontraktsgjenstanden, se eksempelvis kjl § 18 andre ledd, fkjl § 16 andre ledd, husll § 2-3, hvtjl § 18 første ledd, avhl § 3-8 andre ledd og buofl § 27. I forarbeidene til avhendingslova nevnes eiendomsmeglere eksplisitt som en gruppe som typisk handler på vegne av selger, og det tilføyes at identifikasjon vil finne sted «sjølv om meklere ikke har fullmakt til å inngå sjølv avhendingsavtale på seljers sine vegner», se Ot.prp. nr. 66 (1990–91) side 91 første spalte.

En vanlig oppfatning har nok vært at emgll § 6-6 ikke stenger for identifikasjonssynspunkter i norsk rett. De dispositive handlingene som skal til for å konstituere en avtale, kan ikke foretas av megler uten en særskilt fullmakt. Innholdet av en etablert avtale kan imidlertid suppleres gjennom uttalelser fra megler. Dersom Høyesterett skal tas på ordet, må det for framtiden gjøres et klart skille mellom uttalelser angående kontraktsgjenstandens egenskaper og framdriften. Det er imidlertid vanskelig å se at reelle hensyn skulle tilsi en slik differensiering.

På denne bakgrunnen framstår Høyesteretts enkle – og kategoriske – avvisning av identifikasjonssynspunkter i forbindelse med framdrift som utilfredsstillende. Det var å forvente at man i domspremissene hadde tatt opp forholdet til mangelspørsmålet og i tilfelle påviste hvorfor uttalelser om framdrift skal vurderes forskjellig fra utsagn om kontraktsgjenstandens egenskaper. En viss drøftelse av de rettspolitiske implikasjonene ved å unnlate å foreta identifikasjon i framdriftstilfellene, hadde også vært på sin plass.

5. Prognose – Nye Major avsnittene 46 til 48

Kjøperne i de to tvistene anførte videre at formuleringen «tar sikte på» alternativt måtte forstås som en prognose som binder selgeren til ferdigstilling innen rimelig tid etter utløpet av den angitte periode.

Høyesterett forkaster ganske kort denne betraktningmåten som anstrengt. I domspremissene til Krusesgate nøyer man seg med å vise til argumentasjonen i Nye Major.

6. Brudd på opplysningsplikten

6.1 Problemstillingen

I begge sakene som ble behandlet av Høyesterett, anførte kjøperne at selgers opplysninger om antatt ferdigstilling ble gitt mot bedre vitende. Det ble framholdt at selger forstod eller måtte ha forstått at fristangivelsen i kontraktene ikke var realistisk på avtaletidspunktene.

Høyesterett vurderer selgers subjektive forhold forskjellig i de to tvistene.

6.2 Nye Major avsnittene 49 til 54

I tvistene knyttet til Nye Major kommer Høyesterett fram til at det ikke foreligger noe mislighold av opplysningsplikten. Det sentrale spørsmålet i den aktuelle tidsperioden var om selger ville make å finne en utførende entreprenør i tide. Selv om entreprenørmarkedet var vanskelig på denne tiden, fant ikke Høyesterett at selger hadde opptrådt uaktsomt – for ikke å si grovt uaktsomt – ved i perioden mai til oktober 2005 å fastholde forventet ferdigstilling.

6.3 Krusesgate avsnittene 40 til 42

Når det gjaldt Krusesgate, var situasjonen en helt annen. Allerede i mars 2007 – da kjøper innga bud på leiligheten – var selger klar over at den planlagte ferdigstillesdatoen ikke ville kunne holdes. At tidsangivelsen ikke hadde blitt rettet ved utarbeidelse av det endelige prospektet og kontraktsformularet, skyldtes en feil.

Høyesterett fant heller ikke at kjøper kunne bebreides i den konkrete situasjonen. Man kunne ikke forlange at han skulle forstått at tidsangivelsen måtte være feil, og det var heller ikke å forvente at han skulle ta opp spørsmålet av eget tiltak.

På dette grunnlaget slår førstvoterende fast at det foreligger et mislighold av kontrakten fra selgers side.

6.4 Konsekvensene av brudd på opplysningsplikten

Utfallet i Krusesgate reiser det prinsipielt vanskelige – og spennende – spørsmålet om hva konsekvensen av en misligholdt opplysningsplikt er. Kjøperen anførte at elementet av reservasjon i tidsangivelsen – «planlagt» – måtte betraktes som et forbehold som falt bort på grunn av opplysningssvikten. Dermed var selger bundet av selve tidsangivelsen – «i løpet av 3. kvartal 2007».

Høyesterett fant ikke grunn til å gå nærmere inn på denne problemstillingen, se avsnitt 42 siste linje. Bakgrunnen var at selger uansett hadde brutt plikten til en forsvarlig framdrift, se punkt 7 nedenfor. Jeg skal likevel skissere visse synspunkter når det gjelder de avtalerettslige virkningene av en misligholdt opplysningsplikt.

Konsekvensene av brudd på opplysningsplikten må trolig fastlegges på grunnlag av én av to ulike betraktningmåter: Den ene er presentert av kjøper: Den forbeholdne tidsangivelsen konverteres til en bindende frist. Dette vil gi en klar og retts teknisk enkel regel å håndheve. Pliktbruddet vil dermed bli effektivt sanksjonert gjennom lovens dagmulktssatser. På den andre siden vil nevnte løsning kunne gi kjøper en overkompensasjon. Han har tross alt kjøpt en leilighet med usikker tidsangivelse.

Dette leder over til den andre betraktningmåten som nok baseres på et mer korrekt årsaksperspektiv: Man skal – så langt som mulig – sette kjøper i samme situasjon som han ville vært i dersom han hadde fått korrekt informasjon ved avtaleinngåelsen. Et slikt prinsipp gir uttrykk for et innvirkningsvilkår, noe som stiller rettsanvender overfor betydelige vurderingsmessige problemer. Yttertilfellene er enklest. I noen situasjoner er det usannsynlig at en korrekt informasjon ville ha påvirket handelen overhodet. I så fall får ikke opplysningssvikten noen følger for rettsforholdet, sammenlign den tilsvarende regel ved opplysningssvikt når det gjelder mangler. Motpolen representeres av tilfeller hvor tidsangivelsen har vært avgjørende for kjøpers beslutning om å inngå handelen. I så fall bør han gis rett til å heve kontrakten. Det er imidlertid den store gruppen av mellomtilfeller som representerer en utfordring for rettsanvender; kjøper ville sannsynligvis inngått en kontrakt, men til en lavere pris dersom han visste at tidsangivelsen ikke var realistisk. (Her ses det bort fra de tilfellene hvor utbygger ikke ville solgt til en lavere pris, et argument som det ikke er selvsagt kan benyttes når det foreligger brudd på opplysningsplikten.) Vanskeligheten består i å sette en prislapp på den tidsusikkerhet som kjøper ved korrekt informasjon hadde blitt stilt overfor. Det er grunn til å tro at domstolene vil søke å objektivisere en slik bedømmelse og spørre hvorledes markedet sannsynligvis ville ha reagert på usikkerheten, se til sammenligning Rt-2003-612 Arealsviktdommen. Det vil imidlertid føre for langt å gå nærmere inn på dette vurderingstemaet i denne sammenheng.

7. Forsvarlig framdrift

7.1 Innledning

Høyesteretts standpunkt i både Nye Major og Krusesgate var at selger ikke var bundet av en bestemt frist, men var underlagt kravene i buofl § 10 tredje ledd om forsvarlig framdrift. Den konkrete bedømmelsen av om selger hadde overholdt denne framdriftsnormen, falt derimot forskjellig ut i de to sakene.

7.2 Nye Major

Når det gjaldt kjøpene av leiligheter i Nye Major, ble det ikke anført at selger kunne klandres for at byggingen tok så lang tid, se avsnitt 55. Man hadde gått fram på vanlig og forsvarlig måte, og det var vanskelighetene i

entreprenørmarkedet på det aktuelle tidspunktet som forårsaket forsinkelsen. Etter at Høyesterett hadde konstatert at buofl § 10 tredje ledd bare ga uttrykk for en aktsomhetsnorm og ikke et «kontrollansvar», se ovenfor, ble det derfor konkludert med at kjøperne ikke fikk medhold i kravet om dagmulkt.

7.3 Krusesgate

For salget av leiligheten i Krusesgate stilte saken seg annerledes. Her hadde arkitektfirmaet som selger benyttet, glemt å ta med utskifting av vinduene i den opprinnelige søknaden – en feil som ble karakterisert som en «brøler». Dette var den direkte årsaken til at prosjektet ble vesentlig forsinket. Førstvoterende fant grunn til å presisere at selger måtte identifiseres med arkitektfirmaet som var blitt engasjert som ansvarlig søker. At selger manglet tilstrekkelig fagkunnskap til å kontrollere arkitektfirmaet, var i denne sammenheng irrelevant.

På dette grunnlaget ble kjøper tilkjent maksimal dagmulkt på 100 dager, til sammen 455 000 kroner.

Lasse Simonsen

OBLIGASJONSRETT

Marte Eidsand Kjørven, Herman Bruserud, Håvard H. Holdø, Jon Vegard Lervåg, Mona Nygård, Espen Nyland: *Foreldelse av fordringer*. Universitetsforlaget, Oslo 2011. 561 s.

Foreldelse er et komplisert og vanskelig rettsfelt. Det finnes to monografier om loven i tillegg til mer oversiktspregede fremstillinger i almene verk. For de riktige vanskelige spørsmål gjør man fortsatt klokt i å konsultere C. Stub Holmboes klassiske *Foreldelse av fordringer*, enda den er fra 1946, og knytter seg til den gamle loven. Det har derfor vært behov for mer juridisk teori på området.

Den foreliggende nye fremstilling er et verk med mange forfattere, men tilsynelatende med en enhetlig linje. Den omhandler de temaer man venter av en monografi, og behandler temaene i solid bredde. Forfatterne er en krets med utgangspunkt i advokatfirmaet Kluge, presumptivt skikket til oppgaven.

Viggo Hagstrøm

TVISTELØSNING

Hva kjennetegner dyktige forhandlere?

Hvis man observerer eller deltar i forhandlinger er det lett å få inntrykk av at noen personer er flinkere til å forhandle enn andre. Økonomiske resultater tyder også på at det er individuelle forskjeller når det gjelder evnen til å forhandle seg frem til gode avtaler. Noen virksomheter vokser og gir økonomisk gevinst til gründere, ledere og investorer, mens andre sliter eller går under. Det er fristende å forklare i hvert fall en del av denne variasjonen med hvor gode

avtaler virksomhetene inngår. Men hva er det nærmere bestemt som kjennetegner en god forhandler? Det spørsmålet har forskningen lenge slitt med å finne ut av. En rykende fersk studie bringer oss nærmere svaret.

I 1960 og -70 årene ble det gjort tallrike studier som undersøkte betydningen av individuelle forskjeller for variasjonen i forhandlingsresultater. Men forskerne fant bare små effekter. Verken demografiske kjennetegn (alder, kjønn, etc.) eller personlighet syntes å spille noen vesentlig rolle for resultatene. Og når slike faktorer hadde betydning, ble effektene lett overskygget av små endringer i trekk ved situasjonen. Mange forskere trakk derfor den konklusjonen at oppmerksomhet om individuelle forskjeller var til liten nytte. Forhandlerens personlige egenskaper ble sett som et blindspor for forskningen, som i stedet rettet oppmerksomheten mot trekk ved situasjonen (som representasjon, insentiver, makt, roller, tidsfrister, tilgang til tredjeparter, mv.) og fellesmenneskelige trekk når det gjelder evnen til å foreta riktige bedømmelser og beslutninger (der blant annet urealistisk optimisme, motvilje mot tap, antakelsen om nullsumspill, eskaleringseffekter og egosentrisme ble identifisert som viktige forklaringsfaktorer for resultater i forhandlinger).

Men etter en lang dvale har forskningen på personlighet og forhandlinger nå igjen våknet til live. Noen yngre amerikanske forskere har søkt å åpne «den svarte boksen» ved å studere personlighetens betydning for forhandlinger på en ny måte (Elfenbein, Curhan, Eisenkraft, Shirako, & Brown, 2010).

Et problem med den tidlige forskningen på personlighet og forhandlingsresultater var at man først og fremst så på betydningen av personlighetstrekk. Trekk er dimensjoner som skiller mellom individer på et relativt abstrakt og generelt plan. Den meste kjente trekkmodellen er den såkalte femfaktormodellen (også omtalt som «Big Five»), med NEO-PI-R som det sentrale testverktøyet. Femfaktormodellen kartlegger personligheten i fem hovedtrekk: utadvendthet, nevrotisme, åpenhet, vennlighet og samvittighetsfullhet. Kombinasjonen av verdiene på hver dimensjon utgjør den enkeltes personlighetsprofil. I en relativt ny studie fant psykologene Bruce Barry og Raymond Friedman (1998) visse effekter av personlighetstrekk på forhandlingsresultater, særlig i fordelingsforhandlinger (forhandlinger om fordelingen av en fast sum mellom to parter). Forhandlere som var tillitsfulle og vennlige gjorde det dårligere enn kompetitive og selvsikre parter. Men interessant nok forsvant denne effekten når de vennlige forhandlerne satte seg høye mål. Ambisjonsnivået betød mer enn personlighetstrekk.

Det Elfenbein og hennes kolleger gjorde var å gå mer konkret til verks og se på spesifikke adferder. Forskerne gjennomførte eksperimenter der deltakerne forhandlet en serie forhandlingsøvelser. Forhandlingene ble filmet og adferden kodet. Forskerne så spesielt på fem typer prosesser i forhandlingene: i) informasjonsdeling, ii) flyten av tilbud og reaksjoner på

tilbud, iii) oppfatning og tenkning om forhandlings-situasjonen, iv) dominans og v) tilknytningsadferd.

Forskerne fant at over halvparten av variasjonen i forhandlingsresultat kunne forklares med individuelle forskjeller. Enkelte forhandlere var konsistent dyktige gjennom alle forhandlingene. Suksesskriteriene var følgende:

- De dyktige delte og søkte mer informasjon, noe som hjalp dem både å skape og kreve verdi. Det var ikke alltid at informasjonen som de dyktige delte ga et riktig bilde av deres interesser og prioriteringer. Men det var ikke bare en ulempe. Bruk av misvisende informasjon førte til vesentlig bedre resultater i fordelingsforhandlingene, selv om det gikk på bekostning av verdiskapningen i integrasjonsforhandlingene.
- De dyktige kontrollerte utvekslingen av tilbud og forslag ved å fremme flere tilbud og gi mer respons på tilbud som kom fra den andre parten. De dyktige var rett og slett mer aktive i forsøket på å finne frem til elementer som kunne føre frem til en avtale.
- De dyktige var mer dominerende enn de mindre dyktige. De snakket mer, sa nei oftere, brukte færre fyllord («eh», «øh», etc) og snakket i det hele tatt mer selvsikkert.
- De dyktige viste færre tegn på tilknytningsadferd.
- De dyktige var vesentlig mer nøyaktige i forståelsen av den andre partens interesser og behov enn de mindre dyktige. De hadde mindre forvrengte forestillinger om den andre parten og var bedre i stand til å sette seg i dennes sted.

Selv om dette forskningsprosjektet nettopp er avsluttet (Elfenbein presenterte resultatene på en konferanse i Boston i 2010, og artikkelen ligger tilgjengelig på Social Science Research Network, men er ennå ikke utgitt) og selvsagt ikke alene løser alle mysterier, gir det grunnlag for interessante refleksjoner over hvilke personlige egenskaper som fremmer gode resultater i forhandlinger.

For det første gir suksesskriteriene ikke særlig støtte til myten om at tøffhet gir det beste utbytte i forhandlinger. Riktignok var det slik at misvisende informasjon kunne gi belønning. De dyktige var også mer dominerende og hadde større kontroll over kommunikasjonen. Men det som var viktigst var ikke bruk av tøffe taktikker (som det å skremme, true eller presse), men å se saken fra den andre partens sted, utveksle informasjon og komme med forslag.

For det andre vil suksesskriteriene være innenfor rekkevidde for de fleste. Det dreier seg om å snakke litt mer, stille litt flere spørsmål, produsere litt flere forslag. Forskjellene mellom dyktige og mindre dyktige forhandlere var heller ikke store. Bare et par spørsmål ekstra kunne være nok til å gjøre en forskjell. Dette gir grunnlag for optimisme når det gjelder muligheten for å utdanne og trene folk til å bli bedre i forhandlinger.

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Endelig peker resultatene på et viktig skille mellom empati og perspektivtaking. Mens empati kan være en hemsko i forhandlinger (selv om det selvsagt er svært verdifullt i mange andre sosiale sammenhenger), fremstår perspektivtaking som selve kongeveien til suksess. Tanken er ikke ny. Roger Fisher og William Ury hevdet i sin forhandlingsklassiker *Getting to Yes* (1981) at ingen egenskap er mer verdifull i forhandlinger enn evnen til å se saken fra den andres perspektiv. Militærhistorikeren Basil Liddell Hart satte som tittel på en av sine bøker om strategi: *Den andre siden av åsen* (1948), og siktet til betydningen av å sette seg inn i motpartens situasjon og tankesett. Elfenbein og kolleger har vist eksperimentelt hvor sant dette er.

Sverre Blandhol

Skriftserien

Skriftserie 187 - 2011

Lars Ole Sikkeland: *Material Adverse Change klausuler som suspensive betingelser – norsk rett i et komparativt perspektiv*

Material Adverse Change (MAC) clauses are used to allocate supervening and unknown risk between the parties to an agreement. It allows a contract party to exit the agreement upon the occurrence of certain defined events or situations. Due to its intended purpose, MAC clauses tend to aim wide, and this may result in uncertainty with regards to its application. This paper analyses the intended effects and actual application of MAC clauses under the US, English and Norwegian legal systems.

The paper is based on the work carried out as a research assistant at the Department of Private Law, University of Oslo, as part of the research project «Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law».

The paper is written in Norwegian and includes an extensive summary in English.

Skriftserie 188 - 2011

Christine Løvf: *Grensen mellom kontrakts- og deliktsansvaret – særlig om betydningen for ansvarsgrunnlagenes utstrekning og anvendelse*

Arbeidet er basert på studentavhandlingen med samme tittel som Løvf skrev under sitt opphold som vitenskapelig assistent ved Institutt for privatrett i 2010. Tema er grensen mellom kontrakts- og deliktsansvaret, og den særlige betydningen denne grensen har for ansvarsgrunnlagenes utstrekning og anvendelse. Det sentrale og overordnede siktemål er å belyse hvordan grensen mellom erstatning i og utenfor kontrakt trekkes, hvor den positivt går i norsk rett de lege lata, og hvilken betydning dette har for utstrekningen av ansvarsgrunnlagene etter norsk rett.

Serien kan bestilles via skriftseriens nettsider:

<http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/om/publikasjoner/skriftserien-ifp/>

eller kjøpes hos:

Akademika as Jus
St. Olavs plass 5
0165 Oslo
(tlf. 22 42 54 50)

Nytt i privatretten

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

Redaktør: Peter Hambro
Redaksjonsmedlem: Marianne Reusch
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 (2011) på *Nytt i privatretten* koster kr 490,-. Studentabonnement koster kr 250,-. 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 2011

Neste utgave kommer november 2011