



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Rt.S.20081705 – Rabattdommen

Twisten

Høsten 2003 inviterte Statens vegvesen til to anbudskonkurranser angående drift og vedlikehold av E 18. Den ene veistrekingen gikk gjennom Telemark (0804-kontrakten, men i det følgende bare betegnet for Telemarkskontrakten), den andre gjennom Vestfold (0702-kontrakten, men heretter betegnet Vestfoldkontrakten). Det var angitt samme frist for innlevering og åpning av tilbudene i de to konkurransene. Også tildelingskriteriene var de samme.

NCC Roads AS innga tilbud i begge konkurransene. Firmaet var billigst når det gjaldt Vestfoldkontrakten,

men var ca 880 000 kroner dyrere enn Trafikk & Anlegg AS for så vidt gjaldt Telemarkskontrakten. I sistnevnte konkurranse hadde imidlertid NCC Roads AS tatt inn følgende i tilbudsbrevet:

«Dersom både 0804 E18-kontrakten og kontrakt 0702 Vestfold Syd tildeles NCC vil vi innrømme 5 % rabatt på kontraktsummen til 0804 E-18-kontrakten.»

Statens vegvesen avgjorde først Vestfoldkontrakten. Dermed ble rabatten på 5 % i Telemarkstilbudet utløst (som beløp seg til ca 3,6 millioner kroner) og NCC Roads AS ble ansett som vinner av konkurransen.

Entreprenøren Trafikk & Anlegg AS, som ble forbigått som følge av at vegvesenet tok hensyn til rabatttilbudet hos NCC Roads AS, begjærte midlertidig forføyning for å få stoppet anbudsprosessen før kontrakt ble skrevet, men begjæringen ble ikke tatt til følge. Saken ble også klaget inn til KOFA, men heller ikke her fikk man medhold. Deretter ble det tatt ut stevning for Oslo tingrett. Tingretten ga entreprenøren medhold i at det ikke skulle vært tatt hensyn til rabatten, men fant ikke at feilen var vesentlig. Lagmannsretten antok derimot at vegvesenet ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser og frifant vegvesenet på dette grunnlaget. Anken til Høyesterett gjelder både bevisbedømmelsen og lovanvendelsen.

Rabatttilbudet – Innledning

Det grunnleggende spørsmålet i tvisten var om vegvesenet hadde lovlig adgang til å legge vekt på den tilbudte rabatten ved valg av entreprenør.

Om dette spørsmålet delte Høyesterett seg i et flertall på fire som konkluderte med at vegvesenet hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser, og et mindretall på én som ikke antok at det forelå noen saksbehandlingsfeil.

Innhold nr. 4/2009:

Rabattdommen	1
Arbeidsrett	4
Arverett	7
Erstatningsrett	8
Internasjonal privatrett	12
Markedsrett	13
Selskapsrett	13
Disputas	16
Institutt for privatretts Skriftserie	16

Flertallets synspunkter

Førstvoterende, som talsmann for flertallet på fire dommere, foretar enkelte presiseringer innledningsvis. Hun tar utgangspunkt i at «det er adgang til å tilby rabatt i forbindelse med anbud», se avsnitt 34. Spørsmålet er imidlertid hvorledes dette lovlig kan gjøres. Senere i avsnitt 43, poengterer førstvoterende at det synes å være alminnelig enighet om at «dersom kontrakten var blitt utlyst samlet, kunne det vært tatt hensyn til rabatt-tilbud». I foreliggende sak dreide det seg imidlertid om to atskilte konkurranser, og det var heller ikke sagt noe i konkurransegrunnlaget om adgangen til å gi rabatttilbud.

Under tvil kommer førstvoterende fram til at de strenge kravene til likebehandling og forutberegnelighet tilsier at det ikke er adgang til å legge vekt på et rabatttilbud i den foreliggende anskaffelsen, se avsnitt 42. Hovedsynspunktet er at det skal være gjort klart for deltakerne i konkurransen om momenter utenfor konkurransen, så som hvem som vinner en annen konkurranse, vil bli vektlagt ved tildelingen av kontrakten. Ikke minst ville dette forholdet kunne være av betydning for små og mellomstore bedrifter. Konkret bedømmer førstvoterende situasjonen slik at «Med den fremgangsmåten og det konkurransegrunnlaget som ble valgt, står det for meg som rimelig å oppfatte det slik at rabatt som den NCC tilbød, ikke var forutsatt», se avsnitt 43.

Førstvoterende berører også enkelte andre hensyn som taler mot å godta rabatttilbud. Særlig trekkes fram den uheldige virkningen en rabatt kan tenkes å få på avgjørelse av den andre konkurransen, der hvor rabatttilbudet ikke er gitt. Som framholdt av førstvoterende, kan det oppstå en risiko for at «oppdragsgiver bevisst eller ubevisst lar seg påvirke av et ønske om hvem som bør vinne konkurransen, slik at en oppnår lavest mulig pris», se avsnitt 45. Det framgår imidlertid klart av avsnitt 46 at påvirkningssynspunktet ikke var avgjørende for førstvoterende.

På bakgrunn av kravet til klarhet, konkluderer førstvoterende som følgende:

«Min konklusjon er derfor at kravene til likebehandling og forutberegnelighet i regelverket for offentlige anskaffelser krever at det må fremgå av konkurransegrunnlaget dersom det skal være adgang til å ta hensyn til rabatt-tilbud betinget av at anbyderen vinner en annen konkurranse utbudt av samme oppdragsgiver.»

Mindretallets synspunkter

I motsetning til flertallet fant mindretallet på én dommer at det ikke var begått noen saksbehandlingsfeil og slutter seg i det vesentlige til lagmannsrettens begrunnelse.

Særlig framhever andre voterende, at det ikke er «upåregnelig at anbydere kan komme til å legge inn bud på flere konkurranser», se avsnitt 64. Det er en

økonomisk realitet at dersom en og samme entreprenøren vinner flere konkurranser, vil arbeidene gjerne kunne utføres billigere enn om han bare tildeles en av kontraktene.

Til forskjell fra førstvoterende fant mindretallet støtte for sitt syn i litteraturen, se Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo, 1997, side 634–35.

Enkelte bemerkninger

Når dommen skal vurderes, er det viktig å ta utgangspunkt i at betingede tilbud om rabatt er forankret i bedriftsøkonomiske realiteter. Å utføre flere parallelle oppdrag, vil utvilsomt kunne utløse synergieffekter slik at produksjonen blir billigere enn når man bare tildeles én kontrakt. Et rabatttilbud er derfor ikke et forsøk på å manipulere konkurransen, men uttrykk for at under bestemte forutsetninger kan entreprenøren gjennomføre en mer effektiv produksjonsprosess.

Som gjengivelsen ovenfor viser, støtter førstvoterende seg både på et generelt påregnelighets-synspunkt som munner ut i et strengt klarhetskrav, og en konkret vurdering av hvorledes det var naturlig å tolke det aktuelle konkurransegrunnlaget. For så vidt gjelder den konkrete begrunnelsen, er jeg enig i andrevoterendes bedømmelse av situasjonen. Det er vanskelig å se at et rabatttilbud i den aktuelle konkurransen kan ha kommet som noen overraskelse på saksøker. Min erfaring er at det foreligger en ganske lang praksis med å vurdere betingede rabatter uten at det har vært angitt noe i konkurransegrunnlaget om adgangen til å gi slike tilbud. En taushet om forholdet vil derfor realistisk sett ikke kunne tolkes som at rabatttilbud ikke vil bli godtatt av oppdragsgiver.

Den bærende begrunnelsen for konklusjonen til førstvoterende og flertallet, må derfor være det strenge klarhetskravet som generelt gjelder ved anbudskonkurranser. For at det aldri skal være noen tvil om bedømmelsesgrunnlaget, må det framgå av konkurransegrunnlaget hvis det skal være anledning til å legge vekt på betingede tilbud om rabatt. Den mest praktiske måten å oppfylle vilkåret på, er trolig å opplyse om adgangen til å legge vekt på denne type tilbud under tildelingskriteriet «pris».

Konklusjonen til flertallet er derimot i dårlig samklang med de supplerende synspunkter som ble anført om uheldig påvirkning av den konkurransen hvor rabatttilbudet ikke ble gitt. Logikken i dette argumentet leder til et generelt forbud mot å godta rabatttilbud med mindre det dreier seg om én konkurranse med deltilbud. (I slike konkurranser er poenget at oppdragsgiver kan vurdere de ulike sammensetninger av deltilbud.) At man opplyser om rabattadgangen i den ene konkurransen, avhjelper jo ikke den ulovlige påvirkningsmuligheten i den andre konkurransen. Når flertallet ikke har latt nevnte realsynspunkt slå igjennom, kan det spørres hva man egentlig har oppnådd ved at oppdragsgivere for

framtiden tar inn – kanskje rent rutinemessig – en passus om rabatttilbud under tildelingskriteriene. Det er for øvrig interessant å merke seg – som også anført av entreprenøren – at realargumentet om muligheten for uheldig påvirkning bare gjelder i de tilfellene hvor det er samme oppdragsgiver som utlyser begge konkurransene, se avsnitt 17.

Erstatning av den positive kontraktsinteressen – Innledning

Neste spørsmål i saken var så om entreprenøren Trafikk & Anlegg AS kunne kreve erstatning av den positive kontraktsinteressen som følge av saksbehandlingsfeilen til vegvesenet. Det var ikke fremmet krav om erstatning av den negative kontraktsinteressen.

Formelt er kravet om erstatning hjemlet i loa § 10 som gir «saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet [på regelverket]». Reelt er vilkårene for erstatning uttømmet i rettspraksis. Når det gjelder erstatning av den positive kontraktsinteressen, finner vi den grunnleggende avgjørelsen i Rt-2001-1062 Nucleusdommen, senere fulgt opp i Rt-2007-983.

Årsaksspørsmålet

Et krav om erstatning av fortjenestetapet forutsetter at entreprenøren ville ha fått kontrakten dersom regelverket var blitt fulgt – den såkalte hypotetiske vurderingen. Nucleusdommen stiller opp strenge krav med hensyn til beviskravet for en slik årsakssammenheng. I domspremissene slås det fast at «Det må krevjast at anbydar med klar sannsynlegsovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar», se side 1079.

I den foreliggende sak var imidlertid partene enige om at Trafikk & Anlegg AS ville ha vunnet Telemarkskontrakten dersom vegvesenet ikke hadde tatt hensyn til rabatten.

Ansvarsgrunnlaget – ansvarsbefriende rettsvillfarelse

Spørsmålet som derimot var omtvistet, var om vegvesenets rettsvillfarelse om lovligheten av å legge vekt på et betinget rabatttilbud kunne anses ansvarsbefriende. Det er ansvarsgrunnlaget ved erstatning av fortjenestetapet som dermed tas opp.

Når det gjelder villfarelse som unnskyldningsgrunn, heter det følgende i Nucleusdommen, se side 1079:

«Det må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbud, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege

feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.»

Den ankende part reiser imidlertid spørsmålet om det er forenlig med kravet til effektive sanksjonssystemer innen EØS-retten at man legger vekt på rettsvillfarelse hos oppdragsgiver. Førstvoterende viser innledningsvis til Nucleusdommens uttalelser på side 1076 hvor det påpekes at EØS-reglene overlater til nasjonal rett å utforme erstatningsreglene. Deretter ses det nærmere på hvilke grunnleggende krav til utformingen av den nasjonale erstatningsretten som i tilfelle kan utledes av effektivitetskravet. Dette gjøres primært gjennom en henvisning til premisene i de forenede sakene C-46/93 og C-48/93 *Braserie du pêcheur og Factortame mot Tyskland*. Førstvoterende konkluderer deretter på følgende måte, se avsnitt 56:

«Jeg kan ikke se at en av EU-retten, herunder det generelle kravet til effektiv gjennomføring, kan utlede at det må gjelde et strengere ansvar for vegvesenets brudd på anskaffelsesloven i denne saken enn det som følger av Nucleusdommen, og jeg legger dette til grunn.»

Når det gjaldt den konkrete ansvarsvurderingen basert på de nasjonale kriteriene fastlagt i Nucleusdommen, framholder førstvoterende følgende i avsnitt 57:

«Spørsmålet om lovligheten av å ta hensyn til rabatten må anses tvilsomt – løsningen er ikke opplagt, og en befinner seg ikke i kjerneområdet for kravet om forutberegnelighet. Vegvesenet kan ikke klandres for sin avgjørelse, som ikke ble tatt før TA hadde fått prøvd sitt krav om midlertidig forføyning. Uansett hvordan rabatten ble håndtert, risikerte vegvesenet søksmål.»

Det presiseres for øvrig i domspremissene at det ikke kunne være avgjørende at vegvesenet er en stor aktør på området, og heller ikke at feilen som ble gjort, i og for seg gjaldt et grunnleggende prinsipp innen anbudsretten.

På dette grunnlaget fant førstvoterende at «rettsvillfarelsen [må] anses unnskyldelig og frita for det erstatningskravet som er fremmet», se avsnitt 57. Det lar seg hevde at Høyesterett på denne måten, ved å konstatere rettsbrudd uten erstatningsrettslige følger, har foretatt en kursjustering av gjeldende praksis, men uten å gi justeringen tilbakevirkende kraft. Den fleksible utformingen av ansvarsgrunnlaget i norsk rett gir nettopp rom for denne type normkorrigeringer.

Lasse Simonsen

Rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden – kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg 2. oktober 2009 (HR-2009-1883-U)

Høyesteretts ankeutvalg avsa 2. oktober 2009 en kjennelse om retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden for en såkalt investeringsrådgiver. Det er en kort avgjørelse, men den reiser flere interessante problemstillinger som får problematiske løsninger.

Ankeutvalget har i kjennelsen lagt følgende faktum til grunn: A var ansatt som investeringsrådgiver i X. Ved ansettelsen kjøpte han 20 % av aksjene i X gjennom sitt heleide selskap, og ble en av fem partnere med like stor eierandel. Funksjonen som daglig leder («managing partner») i X var forutsatt å skulle bli utført på omgang mellom partnerne, men siden 2004 er det partner B som har hatt denne funksjonen. A hadde en arbeidsavtale hvor det blant annet var en klausul om at arbeidsgiver hadde rett til å pålegge arbeidstakeren å fratre med umiddelbar virkning ved oppsigelse. I mars 2009 ble A sagt opp og pålagt å fratre, men med rett til lønn og andre ytelser i oppsigelsestiden.

Man må imidlertid lese lagmannsrettens og tingrettens kjennelser for å få en tilstrekkelig bred beskrivelse av faktum.

Selskapet X er et «private equity»-selskap. Virksomheten består i kapitalforvaltning for profesjonelle og institusjonelle aktører. Partnerne i X henter inn kapital til fond som skal investere i ulike bedrifter. Hovedoppgaven til X er å identifisere og anbefale hvor midlene skal investeres, bistå med gjennomføringen og den løpende oppfølgingen av investeringene, samt planlegge og gjennomføre salg av investeringene. Formålet er å gi investorene i fondene høy avkastning. Det er etablert to fond på Guernsey, og A hadde gjennom sitt heleide selskap en eierandel på omtrent 16 % i hvert av fondene. I tillegg til en ansettelsesavtale mellom A og X var A avtalepart i en aksjeeieravtale mellom partnerne i X og i eieravtaler i fondene. I alle tre avtalene var det en forutsetning for eierskapet til A at han samtidig arbeidet for X.

Det ble tvist om A hadde krav på å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Han tapte både i tingretten, lagmannsretten og Høyesteretts ankeutvalg. Jeg vil knytte tre kommentarer til Ankeutvalgets bemerkninger og en kommentar til et spørsmål som *ikke* er reist.

For det første slår Ankeutvalget fast hva som er det rettslige utgangspunktet i saken (paragraf 27). Hovedregelen er at en oppsagt arbeidstaker innenfor oppsigelsestiden ikke kan fratras retten til lønn. Ankeutvalget oppstiller deretter en generell unntaksregel: «Selv om arbeidsmiljøloven ikke inneholder noen regler om det, må det imidlertid unntaksvis – også innenfor oppsigelsestiden – være adgang til å frata en oppsagt arbeidstaker arbeidsoppgavene, jf. RG 1996.202.» De skriver videre at vurderingstemaet

i utgangspunktet må være det samme som etter aml. § 15-11 annet ledd om rett til å fortsette i stillingen etter oppsigelsesfristens utløp, men slik at det må kreves særlige tungtveiende grunner.

Ankeutvalget synes her ikke å skille mellom situasjonen før og etter oppsigelsesfristens utløp. Før kontraktsforholdet er avsluttet bør spørsmålet løses med utgangspunkt i en tolkning av avtalen. Momenter vil blant annet kunne være avtalens ordlyd, arbeidets art, arbeidstakers renommé, arbeidstakers berettede forventning om å avslutte arbeidsoppgaver, bonus, oppsigelsestidens lengde og omstendighetene rundt oppsigelsen. Om arbeidstaker har en arbeidsrett og ikke bare en arbeidsplikt, er for øvrig et klassisk arbeidsrettslig spørsmål, se blant annet Paal Berg: *Arbeidsrett*, Oslo 1930, kapittel 14, og Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, Oslo 2003, s. 617.

Den andre kommentaren knytter seg til Ankeutvalgets bemerkning om at lagmannsretten har vurdert de relevante momentene (paragraf 28). Ankeutvalget peker på at det avgjørende momentet var at partnerne og selskapets investorer hadde mistet tilliten til A. Lagmannsretten hadde derfor funnet det «uholdbart» å la ham fortsette sitt arbeid, «med den risiko dette ville medføre for betydelige skadevirkninger for X, som opererer i en bransje hvor tillit er en avgjørende faktor».

Manglende tillit kan ikke være et tilstrekkelig moment for å frata en arbeidstaker rettigheter. Tillit eller mistillit bygges på vurderinger av arbeidstakeren, og bak formuleringen manglende tillit kan det skjule seg svært ulike begrunnelser. Domstolene bør derfor også se på om begrunnelsen for den manglende tilliten er legitim. I tingrettens avgjørelse går det fram at utviklingen i bedriftene som A fulgte, ikke var som forventet, men dårlig. Uten nærmere kjennskap til saken er det naturlig å stille spørsmål om det dårlige resultatet skyldtes As innsats eller faktorer utenfor hans kontroll.

For det tredje har dommer Skoghøy en særmerknad om forståelsen av aml. § 15-16 annet ledd som gjelder adgangen for øverste ledere til på forhånd å frasi seg stillingsvernet. Dommer Skoghøy gir uttrykk for at siden partnerne i X er likeverdige og forutsettes å tjenestegjøre som daglig leder på omgang, må alle partnerne anses som «virksomhetens øverste leder» i forhold til denne bestemmelsen. Denne forståelsen av aml. § 15-16 annet ledd vil innebære at i mange små selskaper, målt i antall arbeidstakere, vil en stor andel eller et flertall av de ansatte kunne avtale seg bort fra stillingsvernet. Man kan reise spørsmål om det vil være i tråd med bestemmelsens ordlyd og lovgivers intensjoner.

Til slutt er det grunn til å peke på den problemstillingen som *ikke* er berørt i kjennelsen. Det er et spørsmål om dette er en tvist som er egnet til å løses innenfor rammene av stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven. A var ikke bare ansatt i X, men en eier i både X og fondene. Hans interesse var ikke bare knyttet

til den løpende lønnen, men til avkastningen på de investeringene som ble foretatt gjennom fondene. Ved at adgangen til å inneha eierandeler var knyttet til arbeidsforholdet, ble en uenighet mellom investorer til en ren arbeidsrettslig tvist. Men en arbeidstaker som samtidig er eier, er en atypisk figur i arbeidsretten. Dette reiser et tosidig spørsmål. For det første om en eier i en slik situasjon får vurdert sine kontraktsrettslige interesser i tilstrekkelig grad. For det andre om arbeidsmiljøloven blir underkastet en tolkning til skade for alle andre arbeidstakere uten eierinteresser.

Terese Smith Ulseth

Rettspraksisnotiser

Anke [fra den ene av arbeidstagerne] over Agder lagmannsretts dom 24. juni 2009 i sak nr. 08-196596ASD-ALAG mot Nye Kystlink AS er tillatt fremmet for Høyesterett, ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 20. oktober 2009 (HR-2009-2008-U). Saken gjelder aldersdiskriminering og lovligheten av aldersgrenser etter sjømannsloven.

Ankeutvalget har derimot nektet fremme av anken over Eidsivating lagmannsretts dom 24. mars 2009 (08-076592ASD-ELAG/) og i tillegg avslått stansning av saken i påvente av dom av Arbeidsretten i tvist om den bakenforliggende tariffavtalen; se Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 8. juli 2009 (HR-2009-1438-U). Lagmannsrettsdommen er omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2/2009.

Ankeutvalget har likeledes nektet fremme av anken over Borgarting lagmannsrett dom 8. juni 2009 (LB-2008-142425; 08-142425ASD-BORG/03), se Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse og beslutning 2. september 2009 (HR-2009-1742-U). Utvalget fant enstemmig at «verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold tilsier at saken blir fremmet for Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-4». Saken gjaldt spørsmål om stillingsvern m.v. ved «hjemkallelse» av en katolsk pater i en norsk menighet til hans orden i Polen. Ankeutvalgets kjennelse som (under dissens) avslø rett til å fortsette i stillingen under saken, Rt. 2008.1529, er omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2/2009.

Stein Evju

Masseoppsigelser; konsernforhold, informasjon og drøftelser – EF-domstolens dom 10. september 2009, sak C-44/08, Akavan EK ry m.fl. – Fujitsu Siemens Computers OY

Dommen er vesentlig; den knytter frister m.v. for informasjon og drøftelser til morselskapets beslutninger der disse har virkning for et datterselskaps disposisjoner.

Fujitsu Siemens Computers OY (FSC Finland) var et datterselskap av det nederlandske registrerte morselskapet Fujitsu Siemens Computers (Holding) BV. Den 7. desember 1999 vedtok morselskapets «executive council» (styrets medlemmer fra administrasjonen)

å foreslå for styret å nedlegge det finske datterselskapet. Styret gav støtte til forslaget 14. desember, men uten å treffe noe vedtak. Likeledes den 14. desember foreslo FSC Finland drøftelser med representanter for de ansatte. Slike drøftelser ble ført fra 20. desember til 31. januar 2000. Den 1. februar vedtok FSC Finlands styre (ledet av morselskapsstyrets viseformann) å nedlegge selskapet, og det startet å gi oppsigelser fra 8. februar.

Arbeidstagersiden gjorde gjeldende at den reelle beslutningen om nedleggelse ble truffet 14. desember 1999. Dette var nøkkelspørsmålet i saken. Det hadde betydning både for når plikten til å innlede drøftelser inntre og for når en prosess er avsluttet på en slik måte at det er tillatelig å gi oppsigelser.

EF-domstolen startet med å understreke at plikten til informasjon og drøftelser etter «masseoppsigelsesdirektivet» 98/59/EF (jfr. arbeidsmiljølovens § 15-2) inntre før arbeidsgiveren er kommet så langt som til å beslutte seg for å ville gi oppsigelser. Etter en studie av ulike sprogversjoner av direktivet konkluderte domstolen med at plikten inntre så snart arbeidsgiveren har en *intensjon* om *eventuelt* å gå til masseoppsigelser (avsn. 38–39). Videre, fremholdt domstolen, inntre denne plikten også der hvor muligheten av masseoppsigelser ikke er et eget eller direkte valg av vedkommende arbeidsgiver. Det følger således av direktivets artikkel 2 nr. 4 at plikten til informasjon og drøftelser påhviler arbeidsgiveren «uten hensyn til om avgjørelsen om masseoppsigelser er tatt av arbeidsgiveren eller av et foretak som kontrollerer arbeidsgiveren». Det kan så være at det ikke vil være mulig å gjennomføre reelle drøftelser hvis plikten skal inntre før de faktorer som har betydning for eventuelle masseoppsigelser, er fastlagt. På den annen side fremholdt domstolen at det vil gjøre forpliktelsene ineffektive dersom de først skal inntre etter at beslutninger om *at* masseoppsigelser må foretas, er truffet. Etter dette konkluderte EF-domstolen med at en arbeidsgiver må starte informasjons- og drøftelsesprosedyren straks det er truffet en strategisk eller kommersiell beslutning som tvinger arbeidsgiveren til å overveie eller planlegge masseoppsigelser (avsn. 48, jfr. 40–47).

Et neste spørsmål var når informasjon må legges frem. Domstolen fremhevet at det følger av direktivets artikkel 2 nr. 3 at det ikke er nødvendig at all informasjon foreligger når drøftelser startes. Derfor er heller ikke tidspunktet for når plikten til å innlede drøftelser inntre, avhengig av at all relevant informasjon er tilgjengelig (avsn. 50–55).

Videre er det bare den juridiske person som et arbeidsavtaleforhold er knyttet til, som er arbeidsgiver i direktivets forstand, og som plikten til å informere og drøfte påhviler. Dette gjelder uavhengig av om arbeidsgiveren er kontrollert av et annet foretak; det følger også av direktivets artikkel 2 nr. 4. I konsernforhold påhviler forpliktelsene etter direktivet

derfor det datterselskap som er arbeidsgiver for de berørte arbeidstagerne. I sammenheng med dette understreket domstolen at arbeidsgiveren *ikke* kan avvente en endelig beslutning høyere opp i konsernstrukturen. Hvis et morselskap treffer en beslutning som kan ha virkninger for sysselsettingen i konsernet, må et datterselskap som *kan* bli berørt av masseoppsigelser i den forbindelse, innlede drøftelser med sine arbeidstagerne med det samme (avsn. 56–63 jfr. 67–68).

Til sist understreket EF-domstolen at beslutninger om å gi oppsigelser ikke kan tas med rettslig virkning før informasjons- og drøftelsesprosedyren er avsluttet (jfr. dommen i *Junk*, omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 3/2005). Av dette følger det at beslutninger om oppsigelser bare kan tas av arbeidsgiveren etter at arbeidsgiveren har *fullført* informasjons- og drøftelsesprosedyren med sine ansatte. Morselskapet (eller andre) vil ikke kunne instruere et datterselskap om å gå til oppsigelser på et tidligere tidspunkt.

Dommen har særlig krav på interesse ved at den, i tilslutning til tidligere rettspraksis, klargjør arbeidsgiverbegrepet (i norsk sammenheng «virksomhetsbegrepet») i masseoppsigelsesreglenes forstand. Det gjelder både nedad (mot avdeling eller «establishment») og oppad, i konsern- eller gruppeforhold. Dommen er også den første som tydeliggjør forståelsen og rekkevidden av direktivets artikkel 2 nr. 4. Dernest er domstolens anvendelse av denne bestemmelsen for betydningen av arbeidsgivers forpliktelser av vesentlig betydning. Tilnærmingen gjelder like meget ved rent innenlandske konserner eller grupper som der konsernstrukturen er grenseoverskridende. Direktivets anvendelsesområde er ikke betinget av noe grenseoverskridende element. Domstolens skarpe poengtering av at standpunktet fra *Junk* gjelder fortsatt, er dessuten verdt å notere. Det er vesentlig for gjennomføring av nedbemanningsprosesser som favnes av masseoppsigelsesreglene.

Stein Evju

Aldersdiskriminering; utelukkelse av tjenestetid før fylte 18 fra å bli tatt i betraktning ved lønnsfastsettelse – EF-domstolens dom 18. juni 2009 – sak C-88/08 David Hütter mot Technische Universität Graz

Efter Østerrikes *Universitätsgesetz* 2002 (BGBl. I, 120/2002) ble tjenesteansiennitet fra før fylte 18 år utelukket fra å telle med som lønnsansiennitet. Formålet var å likebehandle ansatte med yrkesfaglig utdanning og de med videregående utdanning. De første kan bli ansatt fra 15 års alder, de siste vil normalt ikke bli ansatt før etter fylte 18 år. EF-domstolen anså det ikke tvilsomt at slike bestemmelser faller inn under rammedirektivet 2000/78/EF, etter dets artikkel 3 nr. 1 bokstav a og c. Den nasjonale regelen innebar *direkte* diskriminering i direktivets forstand av personer med tjenesteansiennitet av

samme lengde, der enkelte hadde opptjent hele eller en del av sin ansiennitet før fylte 18 år, andre ikke. Domstolen anså at det formålet som skulle ivaretas, i og for seg var et legitimt formål etter direktivets regler (avsn. 39–41). Det springende punkt var da om den nasjonale regulering var «egnet og nødvendig», med andre ord proporsjonal. Her er det grunn til å notere at EF-domstolen i den forbindelse fremholdt at som alminnelig regel er det å gi uttelling for erfaring (i form av tjenestetid), et legitimt formål (avsn. 47). Domstolen viste til dommen i *Cadman* (sak C 17/05, [2006] EFD I-9583, avsn. 35 og 36), der EF-domstolen poengterte at hovedregelen er at det ikke kreves noen særskilt begrunnelse for å benytte ansiennitet som kriterium i lønssystemer, selv om det kan føre til dårligere behandling av kvinner enn av menn. Den nasjonale regelen utelukket ansiennitet før fylte 18 år både for yrkesfaglig utdannede og for de med videregående utdanning. Derved, fremholdt EF-domstolen, ble det trukket et skille uavhengig av utdanning og utelukkende på grunn av alder. Regelen kunne da ikke anses «egnet» i direktivets forstand og var således i strid med rammedirektivets forbud mot aldersdiskriminering.

Dommen er den første om «nedre aldersgrenser» etter direktiv 2000/78/EF. Den har interesse både derfor og med sine drøftelser av legitime formål, aksepten av ansiennitet og proporsjonalitetsvurderingen. En rekke saker om lignende og andre aldersdiskrimineringsspørsmål verserer for EF-domstolen pr. 1. november i år.

Stein Evju

Ny litteratur

Bråthen, Tore: *Styremedlem og aksjonær*. 2. utg. Bergen: Fagbokforlaget, 2009. ISBN 978-82-450-0802-9. 295 s. Kr. 378,-.

Dege, Jan Tormod: *Den individuelle arbeidsrett*. Del I, Del II. Oslo: Minerva AS, 2009. ISBN 978-8291531-07-6. LX+XXIV + 1467 s. Kr. 1 450,-.

Engelsrud, Gerd: *Styring og vern : Arbeidsrett i kommuner og fylkeskommuner*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2009. ISBN 978-82-02-27748-2. Kr. 525,-.

Skarning, Nicolay: *Permitteringer og nedbemanning i praksis*. Oslo: Hegnar Media, 2009. ISBN 978-82-7146-223-9. 298 s. Kr. 389,-.

Stein Evju

Lovgivningsnotiser

Lovproposisjoner fremmet for det nye Stortinget Prop. 5 L (2009–2010) – ny fremsettelse av Ot.prp. nr. 102 (2008–2009) Om lov om endringer i domstoloven mv. (godkjenning av sidegjere mål for dommarer mv.)

Prop. 13 L (2009–2010) – ny fremsettelse av Ot.prp. nr. 103 (2008–2009) *Om lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen*.

Proposisjonen foreslår en lov som regulerer de obligatoriske sosiale tjenestene i NAV-kontorene. Et siktemål er å tydeliggjøre sammenhengen mellom de sosialpolitiske og arbeidsmarkedspolitiske virkemidler og legge til rette for nye satsninger. Det vurderes som hensiktsmessig at de av kommunens tjenester som skal inngå i NAV-kontoret etter arbeids- og velferdsforvaltningslovens § 13, blir forankret i en egen lov.

Prop. 16 L (2009–2010) – ny fremsettelse, med mindre endringer, av Ot.prp. nr. 79 (2008–2009) *Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.)*.

I proposisjonen foreslås det at det særlige unntaket for trossamfunn til å forskjellsbehandle homofile søkere ved ansettelser ikke bør videreføres. Departementet foreslår derfor i likhet med utredningsutvalget å oppheve trossamfunnenes særlige adgang etter arbeidsmiljølovens § 13-3 tredje ledd til å forskjellsbehandle på bakgrunn av homofil samlivsform. Hensynet til trosfriheten tilsier samtidig at det fortsatt skal være en viss unntaksadgang for trossamfunn til å forskjellsbehandle på grunn av seksuell orientering eller kjønn. Proposisjonen følger opp NOU 2008:1 *Kvinner og homofile i trossamfunn*, men følger ikke utredningens forslag på alle punkter.

Stein Evju

ARVERETT

Arveloven § 61 – Eidsivating lagmannsretts dom 23. september 2009 (LE-2009-35784)

Arveloven § 61 er et av de emner i arveretten det finnes mye rettpraksis om, men få høyesterettsdommer. Spørsmålet i de fleste dommer er om et av vitnene har en tilknytning til den begunstigede som dekkes av § 61 annet ledd. I denne saken kom retten til at vitnene hadde en funksjon som styremedlem eller liknende i offentlig institusjon. Retten kom under tvil til at unntaket om fjern tilknytning måtte anvende slik at testamentet ble gyldig.

Bakgrunn

To barnløse ektefeller hadde opprettet et gjensidig testament hvor det var bestemt at lengstlevende selv kunne bestemme hvordan boet skulle fordeles etter lengstlevendes død. Mannen døde i 1983 og i 1984 opprettet hustruen med bistand fra advokat et testament. Her bestemte hun at en fast eiendom med påstående bygninger i Skjåk kommune skulle tilfalle Skjåk kyrkjelyd v/soknerådet som arv etter henne. Det ene vitne var sokneprest i Skjåk og det andre vitne var

leder av menighetsrådet. Etter lengstlevendes død oppsto tvist mellom Skjåk sokn ved menighetsrådet og slektsarvingene til begge ektefeller om testamentets gyldighet. Retten måtte ta standpunkt til tre spørsmål. 1. Var vitnene i tjeneste hos den begunstigede. 2. Hadde de funksjon som styremedlem eller liknende i selskap, lag, stifting eller offentlig institusjon. 3. Dersom første eller andre setning kunne anvendes ble det da spørsmål om tilknytningen er fjern og ikke har hatt noe å si for innholdet i testamentet.

Rettens vurdering

Lagmannsretten foretok en meget grundig vurdering av alle disse spørsmål. Det enkleste spørsmål var om vilkåret «i teneste» var oppfylt. Soknepresten var ansatt i staten og lønnet som sokneprest av staten. Menighetsrådet hadde ingen instruksjonsmyndighet overfor presten og soknepresten var heller ikke bundet av noen arbeidstid eller arbeidssted i tilknytning til menighetsrådet. Det ble vist til juridisk teori om at «i teneste» normalt må bety et ansettelsesforhold og rettspraksis hvor det er fremhevet at klarhet og forutsigbarhet er viktig ved tolking av testamenter. Retten uttalte at sokneprestens arbeid i menighetsrådet er å anse som et verv som i kraft av lovgivningen følger prestens ansettelsesforhold som sokneprest. Retten fant ikke noe grunnlag for å tolke «i teneste» utvidende.

Spørsmålet ble så om menighetsrådet kunne anses som selskap, lag, stiftelse eller offentlig institusjon. Både i kirkeordningsloven som gjaldt frem til 1996 og kirkeloven av 1996 er det bestemt at det i hvert sokn skal være et menighetsråd og at menighetsrådet treffer avgjørelser og opptre på vegne av soknet. Videre kan menighetsrådene i visse sammenhenger opptre som en juridisk person. Justisdepartementet har lagt til grunn at menighetsråd har formell og reell disposisjonsrett over fast eiendom ervervet ved innsamlede midler. I visse utredninger har man bygget på en forutsetning om at menighetsråd er en offentlig institusjon. Retten kom til at det var utvilsomt at menighetsrådet var å anse som en offentlig institusjon. Neste spørsmål ble dermed om soknepresten og lederen av menighetsrådet hadde en funksjon som styremedlem eller liknende. Retten nevnte at den sentrale funksjon til et styremedlem er å ha et overordnet ansvar for den virksomhet man er styremedlem i. I kirkeordningsloven hadde man et kapittel om menighetsrådets oppgaver. Den arbeidsmåte som der var beskrevet for rådet tilsvarte i betydelig grad de regler som gjaldt for styrets oppgaver og arbeidsmåte etter aksjeloven av 1976. Soknet hadde for øvrig ingen andre organer enn menighetsrådet som hadde rett og plikt til å opptre på vegne av menigheten. Retten kom derfor etter en helhetsvurdering av oppgavene til medlemmene av menighetsrådet at de hadde en funksjon som kunne sammenliknes med et styremedlems oppgaver. Konklusjonen ble dermed

at både soknepresten og lederen i menighetsrådet var inhabile til å være vitner på testamentet etter § 61 annet ledd annet punktum.

Siste problem i saken ble så om unntaket i annet ledd tredje punktum kunne anvendes. Retten presiserte først at ordlyden i bestemmelsen kan tolkes slik at det er to kumulative vilkår, men at rettspraksis og teori viser at man foretar en skjønsmessig helhetsvurdering. Et viktig moment var at det var helt klart at testator hadde ønsket at eiendommen skulle tilfalle menigheten. I testamentet var det også bestemmelser om arv til slektsarvinger til avdøde ektefelle og i boet fantes betydelige beløp i kontanter midler som det ikke var disponert over. Testamentet var satt opp av advokat uten at vitnene var tilstede. Vitnene hadde heller ikke vært involvert i prosessen forut for opprettelsen av testamentet. Det var ingen opplysninger om at testator hadde noen spesiell tilknytning til vitnene eller at de hadde påvirket henne i noen som helst retning. På den annen side ble det fremhevet at vitnene i kraft av sine stillinger var sentrale medlemmer i menighetsrådet og at begge hadde særlig innflytelse på hvordan menighetsrådets midler skulle brukes. Retten nevnte at det ikke forelå opplysninger som tilsa at de hadde noen som helst personlig interesse eller fordel av arven.

Som et avsluttende moment ble det vist til arvelovens forarbeider hvor det heter at forslaget om unntaksbestemmelsen for generell inhabilitet for styremedlemmer og liknende bygger på en forutsetning om at lovens ugyldighetsregel i annet ledd annet punktum kan være for omfattende. Det ble i forarbeidene vist til at dette kan være tilfelle overfor foreninger med velgjørende formål. Retten mente menighetsarbeid langt på vei kan sammenliknes med arbeid for velgjørende formål.

Retten kom under tvil etter en samlet vurdering til at vitnene ikke var inhabile etter bestemmelsen i § 61 annet ledd tredje punktum. Det ble presisert at man var i betydelig tvil om konklusjonen og at tvilen knyttet seg til rettsanvendelsen i forhold til unntaksalternativet. Skjåk sokn (Menighetsrådet) ble derfor ikke tilkjent saksomkostninger.

Kommentar

Jeg er helt enig i at anvendelsen av unntaket i tredje punktum skapte betydelig tvil. Soknepresten og leder av menighetsrådet hadde ikke en fjern tilknytning til menighetsrådet. Et svært liknende tilfelle er dommen av Agder 5.1 2001. Testator hadde testamentert en del av sitt bo til Notodden menighet av Jehovas vitner. Ett av vitnene var forstander og medlem av eldsterådet i menigheten. Retten kom til at eldsterådet på mange måter hadde oppgaver som kunne sammenliknes med styret i et foretak. Tillitsvervene falt inn under alternativet «liknande». Retten mente tilknytningen ikke var fjern og anvendte derfor ikke unntaket i tredje punktum. I forarbeidene – Utk. s. 224

– står det imidlertid: «Dette kan være tilfellet bl.a. når det gjelder foreninger med velgjørende formål, hvor et medlem av foreningen vil testamentere til fordel for den, og herunder som vitne bruker et av foreningens styremedlemmer. Noen personlig interesse vil vitnet i slike tilfelle ikke ha av at foreningen blir begunstiget, og hans tilknytning til foreningen vil i det hele regelmessig være uten betydning for begunstigelsen.» Det avgjørende ved anvendelsen av tredje punktum synes derfor å være en vurdering av om vitnene har påvirket innholdet av testamentet og om de har noen personlig interesse av begunstigelsen. Dette betyr at man må foreta en konkret skjønsmessig vurdering hvilket var det man ønsket å gå bort fra da man i 1972 innførte en helt presis regel om inhabile vitner i motsetning til den helt generelle regel i den gamle arvelovs § 50.

Dommen er anket til Høyesterett.

Peter Hambro

ERSTATNINGSRETT

«Nordsjødykkerne» – Høyesteretts dom 8. oktober 2009 (HR 2009-1931-A)

Grunnrisset av saksforholdet er kjent for de fleste. I den såkalte «pionertiden» i oljeutvinningens første faser i Nordsjøen, tjenestegjorde en rekke dykkere under forhold som i ettertid neppe kan karakteriseres som forsvarlige. Dykkerne har i ettertid fått konstatert betydelige fysiske og psykiske skader. På en måte kan det sies at disse pionerene bidro til den velstand vi i dag alle har del i. Det har heller ikke manglet på sympati for Nordsjødykkerne; bl.a. har Stortinget opprettet en egen billighetserstatningsordning. Men for skadelidte som har ment at staten hadde ansvaret, må selvfølgelig slike ordninger fremstå som utilstrekkelige. Derfor søksmålet i saken her, der fire dykkere gikk i bresjen.

La det innledningsvis være sagt at dommen er svært grundig, og at denne kommentator kanskje kan gjøre leserne en tjeneste ved å ekstrahere en del hovedpunkter.

Det prinsipale grunnlag Høyesterett måtte ta stilling til, var det ulovfestede objektive ansvaret. Høyesterett konstaterte at «det må foretas en nærmere vurdering, hvor det bl.a. spørres om risikoen er stadig, typisk og ekstraordinær» (avsnitt 62). Dette er det ikke vanskelig å gi sin tilslutning til. Høyesterett avviste videre at arbeidstakerne skulle anses å ha akseptert risikoen (premiss 64), og viste her til Rt. 2001 s. 1646. Uansett hva man måtte mene om dette siste, er det vanskelig å se at skadene i saken kunne gis en slik karakteristik.

Tvilen i saken knyttet seg til om staten hadde en tilstrekkelig tilknytning til den skadegjørende virksomhet (avsnitt 66). I denne sammenheng ble det

bl.a. vist til undertegnede gamle «Offentligrettslig erstatningsansvar», som bl.a. inneholder omtale av Rt. 1981 s. 312 tannlegedommen, Rt. 1983 s. 758 granatdommen, og de mindre kjente avgjørelser Rt. 1962 s. 559, Rt. 1914 s. 612 og Rt. 1940 s. 503. I dommen nevnes videre Rt. 1910 s. 347 der Høyesterett fant at bortleie av en tomt ikke kunne medføre ansvar «når eieren ikke har hatt noen befatning med driften som førte til skaden». Videre drøftes Rt. 1983 s. 1052 Gol Bygg, der eier av en lagerbygning ble holdt ansvarlig for skade voldt ved sprengstoffeksplosjon i lageret, som ble disponert av forhandleren, leietakeren Gol Bygg. Høyesterett viste her til at eier – Dyno – hadde bygd lagerbygningen, og fått den godkjent til formålet av Sprengstoffinspeksjonen. Den ble stilt til disposisjon for Gol Bygg som ledd i distribusjonen av sprengstoffet Dyno produserte. Dyno bygde generelt sprengstofflager på steder det var behov for det, og stilte disse til disposisjon for forhandlere, som enten handlet i kommisjon eller som egenhandel. Som tegn på Dynos nære tilknytning ble det fremhevet at «Også når representanten har forhandlerstatus, selger og fakturerer Dyno selv det sprengstoff som leveres fra lageret til storkunder» (avsnitt 67). «Dommen fremholder at dette viser at det forelå en meget sterk tilknytning mellom eieren – Dyno Industrier AS – og den skadevoldende virksomhet» (avsnitt 68). I saken her tar Høyesterett utgangspunkt i dette (avsnitt 66 flg.) og drøfter så hvorvidt statens tilknytning til virksomheten, her dykkervirksomheten, har vært sterk nok. Det påpekes at selv om staten har jurisdiksjon over kontinentalsokkelen og eierskap til ressursene, har staten valgt å sette utvinningsvirksomheten over til andre, dvs. oljeselskapene. Riktignok har staten hatt en omfattende kontroll og tilsyn med oljeutvinningen, men det fremheves at et «kontrollargument» isolert sett kan føre til at staten var objektivt erstatningsansvarlig for alle skader i forbindelse med oljevirksomheten i Nordsjøen, noe det ikke er grunnlag for i rettspraksis (avsnitt 66). Skatte- og avgiftspolitikken kan heller ikke være argument for et ansvar; avgiftslovgivningen viser i forarbeidene «til statens eiendomsrett til ressursene», men ellers «Skiller statens skatte- og avgiftsmyndighet seg ikke prinsipielt fra andre samfunnsområder» (avsnitt 78). Fra dykkernes side var det også vist til kontroll og preventjonsynspunkter. Til dette sier premissene: «Ved kravet til tilknytning ved det objektive ansvar må det holdes fast ved at det å stille vilkår og føre kontroll er prinsipielt forskjellig fra å drive for egen regning og risiko. Det ville innebære en betydelig utvidelse av det ulovfestede objektive ansvar om de momenter som er anført av dykkerne, samlet sett utgjør tilstrekkelig tilknytning» (avsnitt 81). Avslutningsvis vises det til at dykkerne hadde valget mellom å saksøke dykkeselskapene eller oljeselskapene; – slik dette fremsto var det «en særlig erstatningsordning for å styrke skadelidtes stilling» (avsnitt 83).

Dommen avslutter denne del med den betraktning at «Det er nok så at staten har engasjert seg sterkt i petroleumsvirksomheten. Men det innebærer ingen prinsipiell forskjell sammenlignet med en rekke andre samfunnsområder. Hva særlig gjelder dykkevirksomheten, er statens engasjement begrenset til tilsyn og kontroll. Dette er ikke i seg selv noen nær tilknytning, og skiller seg ikke fra annen statlig tilsyns- og kontrollvirksomhet.» (avsnitt 85). Det er vanskelig ikke å si seg enig i dette.

Når det gjaldt arbeidsgiveransvar for denne type virksomhet, blir det straks spørsmål om anvendelse av standardregelen i § 2-1 som for visse virksomheter kan gi grunnlag for en mildere norm. Dette ble lagt til grunn allerede i Rt. 1970 s. 1154, og er senere uttalt i en rekke saker, eksempelvis den dyptpløyende Rt. 2000 s. 253. Flere dommer bygger på standardregelen, eksempelvis Rt. 1991 s. 954. Andre tar ikke avstand fra standardregelen, men anvender den ikke på skadetilfellet, eksempelvis Rt. 1992 s. 453 og Rt. 1999 s. 1517. Spørsmålet er således ikke om standardregelen gjelder, men om den kommer til anvendelse eller ikke, og i tilfelle med hvilken begrunnelse. Dommen er ikke forbilledlig klar på dette vanskelige punkt. Det heter: «I forarbeidene til skadeserstatningsloven og i rettspraksis er det forutsatt at det for visse former for offentlig kontroll-, bistands og servicevirksomhet skal anvendes en mildere aktsomhetsnorm enn den som følger av de alminnelige regler om arbeidsgiveransvar. Bl.a. i den nevnte dom inntatt i Rt. 1992-453 ble imidlertid en slik mildere norm ikke lagt til grunn. Som fremhevet i Rt 2000-253 og Rt. 2002-654, må det avgjøres konkret hvilke krav som med rimelighet kan stilles. Relevante momenter er betydningen av bl.a. den generelle skaderisiko på vedkommende område, hvilke økonomiske ressurser som står til myndighetenes rådighet, arten av de skadede interesser og hvilke muligheter skadelidte hadde til å forsikre seg mot skade. Det må dessuten sondres mellom unnlatelser og aktive handlinger fra det offentlige, jf. Rt. 2000-253» (avsnitt 89). Som generelle betraktninger er dette fullt ut tilfredsstillende. Men spranget over i resultatet, er alt annet enn innlysende, og er lite begrunnet i premissene. Høyesterett konstaterer bare at «På bakgrunn av de hensyn som er fremhevet i rettspraksis, er det etter mitt syn ikke grunnlag for å anvende en mild aktsomhetsnorm i forhold til Arbeidstilsynets og senere Oljedirektoratets tillatelser til å utføre dykking. Dykkeselskapene måtte etter forskriftene fremlegge en plan for dykkingen. Det var så det offentliges oppgave å ta standpunkt til om den kunne gjennomføres på forsvarlig vis, eller om det burde gis avslag eller eventuelt kreve endring. Myndighetene var aktivt inne i saksbehandlingen og kunne forhindre at den enkelte dykkeoperasjon fant sted» (avsnitt 90).

Jeg har ingen innvendinger mot resultatet. Men premissene gir ikke så mye veiledning om hvorfor resultatet ble som det ble. Utgangspunktet er det banale, at myndighetenes stilling her hadde karakter av kontrollvirksomhet. Det er imidlertid mulig at systemet med at selskapene måtte legge frem en plan, for samtlige dykkeoperasjoner som myndighetene deretter godkjente eller forkastet, er det som skiller fra annen ordinær kontrollvirksomhet. De tradisjonelle kontrolltilfelle slik de er omtalt i forarbeidene og omhandlet i rettspraksis, har mer karakter av stikkprøver. Det at det offentlige hadde total kontroll, kan være en forklaring på at standardregelen ikke kom til anvendelse. Men noen veiledning på dette punkt gir premissene egentlig ikke. Fortsettelsen om at vurderingen må skje i lys av den kunnskap man den gang hadde, (premiss 91) er ledd i en culpavurdering, som er et annet tema.

Dommen har rettsteoretisk interesse både fordi den drøfter tilknytningsmomentet som kreves for objektivt ansvar i større dybde og bredde enn noen tidligere avgjørelse, samtidig som unnlatsen av å bruke standardregelen er utfordrende.

Dommen har også en ganske inngående drøftelse av forholdet til EMK – men det faller utenfor rammene for denne kommentaren.

Viggo Hagstrøm

Tinnitus. Yrkesskadeforsikring. Yforsl. § 21. Konstaterting – Høyesteretts dom 13. november 2009 (HR-2009-2149-A)

Tinnitus – øresus – har i lang tid bydd på flere tvilsomme spørsmål for yrkesskadeforsikrings-selskapene. Ett av spørsmålene har vært om tinnitus er en egen, erstatningsmessig lidelse, eller om det rettslig sett alltid er å anse som en følgeskade til hørselstap. I forlengelsen av dette er det et annet spørsmål når en skade- eller sykdom som innebærer tinnitus eventuelt er å anse som konstatert etter yrkesskadeforsikringsloven (yforsl.) § 21, som angir at kun skader og sykdommer konstatert etter lovens ikrafttredelse (1. januar 1990) omfattes av loven. Er det i så fall hørselstapet eller tinnitusen som må være konstatert tidligst 1990?

Er tinnitus en selvstendig skade etter yforsl. § 11 første ledd bokstav c?

Yforsl. § 11 første ledd bokstav a gjelder arbeidsulykker, bokstav b gjelder yrkessykdommer som er angitt i forskrifter, og bokstav c inneholder den sk. «sikkerhetsventilen» som er *negativt* avgrenset mot bokstav a og b, ved at den i forhold til disse bestemmelsene fanger opp «annen skade og sykdom», og *positivt* angitt til å dekke slike andre skader og sykdommer som «skyldes påvirkning fra skadelige stoffer eller arbeidsprosesser». Høyesterett avgjør uttrykkelig ikke spørsmålet om tinnitus kan anses som en egen selvstendig skade eller sykdom etter denne

bestemmelsen (avsnitt 24), men fant det tilstrekkelig å avgjøre saken ut fra at tinnitus er en godkjent *følgeskade* til hørselstap etter yforsl. § 11 første ledd bokstav b, sammeholdt med folketrygdloven § 13-4 og yrkesskadeforskriften § 1 bokstav d (avsnitt 16). Samtidig synes Høyesterett å forutsette at tinnitus etter omstendighetene kan gå innunder bokstav c, jf. nedenfor.

Generelle betraktninger om «konstaterting» etter yforsl. § 21. Ordlyd, forarbeider og utviklingen i rettspraksis

Yrkesskadeforsikringsloven omfatter skader og sykdommer forårsaket før 1990, men de må være «konstatert» etter 1. januar 1990. Er de konstatert før dette tidspunkt, må krav i tilfelle rettes mot arbeidsgiver, eventuelt annen forsikringsdekning som måtte gjelde for det aktuelle tidsrom.

I lovforarbeidene ble konstatertings-spørsmålet ansett som et spørsmål om «om skadelidte har oppdaget skaden», jf. Ot.prp.nr.44 (1988-1989) side 91.

Spørsmål om konstaterting etter yforsl. § 21 har vært behandlet i to høyesterettsdommer fra 2000. I Iversen-dommen, Rt. 2000 s. 70, ble det lagt til grunn at en vanlig språklig forståelse av konstaterting, er at noe «er fastslått som en kjensgjerning». Denne dommen gjaldt et tildels ukarakteristisk symptombilde ved løsemiddelskade, og det ble lagt til grunn at de generelle hensynene bak den lovpliktige yrkesskadeforsikringen tilsier en liberal forståelse i skadelidtes favør. Dette synspunktet fikk tilslutning i Løvli-dommen, Rt. 2000 s. 1338, som også gjaldt løsemiddelskade med et tilsvarende noe ukarakteristisk symptombilde, og hvor Høyesterett fremholdt at løsemiddelskader dels bød på «symptomer som i dagliglivet oftest ikke forbindes med en skade eller sykdom av noen særlig varighet» (s. 1343).

Synspunktet om liberal forståelse i skadelidtes favør følges også opp i denne siste dommen fra 2009, hvor Høyesterett i denne sammenhengen viser «særlig til *rettferdssynspunkter* og hensynet til *risikoplassering* og *ansvarspulverisering* når en arbeidstaker påtar seg en særskilt og nødvendig risiko i arbeidsgivers og samfunnets interesse» (avsnitt 18, mine uth.). Dette suppleres med en henvisning til avsnitt 54 i Rt. 2004 s. 261, som gjaldt spørsmålet om blodpropp falt innunder yforsl. § 11 første ledd bokstav c.

Forholdet til andre regler

Konstatertings-spørsmålet har tenkelige koblinger til ulike tilstøtende eller beslektede regler, det gjelder bl.a. reglene om *skadetidspunkt* i folketrygdloven § 13-5, reglene om hvordan ansvaret for en yrkesskade eller -sykdom skal *plasseres* hos det ene eller andre forsikrings-selskapet i yforsl. § 5 (som også bruker et konstatertingsbegrep), og reglene om *foreldelse* i yforsl. § 15. I denne nye dommen sies det

at Iversen- og Løvli-dommene synes å forutsette at konstateringsspørsmålet etter yforsl. § 21 «i prinsippet må løses uavhengig» av alle disse øvrige reglene. Samtidig sies det at i hvilken grad det «likevel kan være en sammenheng», er et spørsmål det i denne saken ikke er foranledning til å gå inn på (avsnitt 18).

Særlige betraktninger knyttet til konstatering ved tinnitus. Forholdet til 2000-dommene

Høyesterett påpeker ulikheter mellom den foreliggende saken og Iversen- og Løvli-dommene ved å fremheve at begge disse sakene gjaldt tilfeller hvor det før 1990 antagelig faktisk forelå tilstander som objektivt ville gi grunnlag for trygde- og forsikringskrav. Viktig i disse avgjørelsene var derfor at dette ikke burde utelukke ansvar etter yrkesskadeforsikringsloven så lenge de skadelidte ikke var tilstrekkelig oppmerksomme på skaden eller sykdommen før 1990. Det var dermed viktig i seg selv at det forelå ukarakteristiske symptombilder, og særlig i Løvli-dommen fremheves at selv om det forelå klare sykdomssymptomer lenge før 1990, så var symptombildet i seg selv for uavklart til at skaden eller sykdommen kunne anses konstatert.

Den nye dommen gjaldt et annet tilfelle, fordi skadelidte før 1990 ikke hadde noen skade eller sykdom som kunne begrunnet trygde- eller forsikringskrav. Likevel fant Høyesterett at de overordnede synspunktene fra 2000-dommene, hadde overføringsverdi og «med tyngde» talte mot en tolkning av yforsl. § 21 som innebærer at konstateringstidspunktet settes til et tidspunkt da skadelidte ikke hadde grunnlag for å fremme krav. Det sies dertil at «reelle hensyn» også taler mot en slik tolkning (avsnitt 20).

Lovens system

Ettersom utgangspunktet ble tatt i at tinnitus er en følgeskade til hørselstap, hadde forsikringsselskapet anført at det måtte være tidspunktet for konstatering av hørselstapet som er relevant etter yforsl. § 21.

Høyesterett bemerket til dette innledningsvis at «man ikke på prinsipielt grunnlag kan utelukke tinnitus som dekningsmessig også utover de situasjoner som reguleres av § 11 første ledd bokstav b» (avsnitt 22). Muligvis er dette en henvisning til at tinnitus likevel kan falle innunder bokstav c.

Mer avgjørende er det førstvoterende betegner som et valg av *perspektiv*. Høyesterett tar utgangspunkt i at «den trygde- og forsikringsmessige dekningen ved uførhet grunnet larmskade ved hørselstap» rekker «vesentlig videre» enn bare til å dekke tap som skyldes tapet av hørsel i seg selv, dekningen fanger opp «både tinnitus og ledsagende psykiske lidelser». For de tilfeller hvor det er disse følgene som er det altoverskyggende i symptombildet, bør konstateringsspørsmålet da knyttes til disse følgene. Lagmannsretten hadde lagt til grunn «det snevrere perspektiv», at påvisning av hørselstap av det

avgjørende for konstateringsspørsmålet, men det var ut fra Høyesteretts videre perspektiv en uriktig tolkning (avsnitt 23). Konklusjonen ble etter dette at konstateringstidspunktet i saken var etter 1. januar 1990, slik at skadelidte var omfattet av yrkesskadeforsikringsloven.

Om dommen. Liberale tolkninger i skadelidtes favør
Dommen føyer seg inn i rekken av avgjørelser som hviler på tolkninger av yrkesskadeforsikringsloven som er liberale i skadelidtes favør. Høyesterett har nå i flere dommer understreket betydningen av den grunnleggende tanken bak yrkesskadeforsikringen – at arbeidstakerne underkaster seg særskilte risiki i arbeidsgivers og samfunnets interesse; de kan ofte selv bare i liten grad kontrollere risikoen, og de bør da holdes skadesløse hvor den slår ut i skade og sykdommer. Dette ble fremhevet som en av de bærende begrunnelser i lovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 44 (1988–1989) s. 1, og brukes aktivt i Høyesteretts argumentasjon.

Det er i seg selv et viktig utgangspunkt at bestemmelsen i yforsl. § 21 hviler på at loven *skal* gjelde også skader og sykdommer *forårsaket* før 1990. At de må være *konstatert* etter 1990, begrunnes i forarbeidene med at det da blir «best mulig samsvar mellom gjeldende forsikringsvilkår og loven», jf. Ot.prp. nr. 44 (1988–1989) s. 91. Det kan betegnes som et *skadevirkningsprinsipp*. Dommen er i god tråd med dette, ettersom tinnitus ble ansett som en aktuell og relevant skadevirkning.

Betydning for andre følgeskader enn tinnitus?

Dommen kan nok få betydning for andre følgeskader enn tinnitus.

Klart nok har «perspektivet» på følgeskader betydning for de tilfeller hvor psykiske lidelser oppstår som følge etter hørselstap. Disse tilfellene fremheves også i dommen.

Om, og i så fall i hvilken grad, perspektivet eventuelt kan rettes mot følgeskader i andre tilfeller, er mer usikkert. I denne avgjørelsen begrunnes i hvert fall perspektivvalget med at dekningen ved hørselstap spesielt favner vidt – videre enn til bare hørselstapet. I hvilken grad dette slår til for andre tilfeller, f.eks. hvis det er psykiske lidelser som oppstår som følge av en arbeidsulykke eller en listesykdom, er usikkert. Det vil derfor for andre tilfeller fortsatt være et uavklart spørsmål om den liberale forståelse av vilkårene for yrkesskadedekning ut fra rettferdighets- og risikoplasseringsbetraktninger, tilsier at lidelsene enten kan kvalifisere som dekningsmessige under yforsl. § 11 første ledd bokstav c, eller om de i seg selv er dekningsmessige som følgeskader, og om «perspektivet» ved konstateringsvurderingen da kan rettes mot følgeskadene.

Betydning for progredierende sykdommer?

Det er mulig dommen også vil påvirke vurderingen i andre tilfeller hvor det er tale om sykdommer som gradvis forverres, hvis det er slik at skadelidtes sykdomsutvikling har begynt før 1990, men før dette tidspunkt ikke fører til noen ervervsmessig uførhet eller andre forhold som gir grunnlag for trygde- eller forsikringskrav. Høyesteretts merknader om at overordnede betraktninger «med tyngde» taler mot en tolkning av yforsl. § 21 som innebærer at konstateringstidspunktet settes til et tidspunkt da skadelidte ikke hadde grunnlag for å fremme krav, og at dette støttes av «reelle hensyn», indikerer i hvert fall at man vil strekke seg langt for å plassere konstateringstidspunktet i slike tilfeller etter 1990, slik at skadelidte kommer innunder yrkesskadeordningen.

Overgangsregler til ny arbeidsskadeforsikringslov

Det kan til sist nevnes at i forslaget til ny arbeidsskadeforsikringslov, er bestemmelsene om virkeområde i tid utarbeidet på lignende måte som konstateringsbestemmelsen i nåværende yforsl. § 5, jf. NOU 2004:3 (Arbeidsskadeforsikring) s. 421-425, men slik at det i ulykkestilfellene knyttes til ulykkestidspunktet. Situasjonen skiller seg noe fra ved innførelsen av yforsl. § 21, ettersom det nå blir tale om å lage «overgangsregler», mens yrkesskadeforsikringsloven ikke avløste tidligere lovgivning om lovpliktig yrkesskadeforsikring for arbeidsgiver.

Bjarte Thorson

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Lovvalg i kontraktsretten – tolkning av Romakonvensjonen – EF-domstolens dom 6. oktober 2009, sak c-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) mot Balkenende Oosthuizen BV og MIC Operations BV

I denne prejudisielle avgjørelsen tolker EF-domstolen for første gang Romakonvensjonen av 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område. Saken gjelder tolkningen av konvensjonens artikkel 4 om lovvalg i mangel av lovvalgsavtale mellom partene. Det generelle utgangspunktet etter bestemmelsen er at retten i det land som avtalen har sin nærmeste tilknytning til, skal anvendes. Kriteriene for å fastsette den nærmeste tilknytningen spesifiseres ved forskjellige presumsjoner. En unntaksbestemmelse åpner for å se bort fra disse presumsjonene dersom det skulle vise seg at avtalen har nærmere tilknytning til et annet lands rett enn det presumsjonen utpeker. Norge er ikke part i Romakonvensjonen, men dommen har likevel interesse også fra en norsk synsvinkel. Etter alminnelig oppfatning er både konvensjonen og domstolens praksis knyttet til den viktige i norsk internasjonal privatrett.

Problemstillingene i saken gjelder den særskilte presumsjonsbestemmelsen om transportavtaler, unntaket som åpner for å se bort fra denne og adgangen til å underkaste en del av avtalen et annet lands rett enn resten av avtalen. Hovedsaken ble anlagt i Nederland av det belgiske selskapet ICF mot de nederlandske selskapene Balkenende og MIC. Selskapene hadde inngått et certeparti innenfor rammene av et jernbaneprosjekt vedrørende transport av gods mellom Nederland og Tyskland. Grunnlaget for selve rettstvisten var Balkenendes og MIC's manglende betaling av en faktura fra ICF. Etter nederlandsk rett var kravet på betaling av fakturaen foreldet, mens dette ikke var tilfellet etter belgisk rett. I og med at partene i saken ikke hadde inngått noen lovvalgsavtale, ble lovvalgsspørsmålet regulert av Romakonvensjonen art. 4. Hensett til uenighet om tolkningen av art. 4 besluttet Nederlands høyesterett å utsette saken og å forelegge spørsmål om tolkningen for EF-domstolen.

Før EF-domstolen tok stilling til disse spørsmålene, ga den enkelte bemerkninger om Romakonvensjonen. Domstolen pekte på at Romakonvensjonen ble inngått for å fortsette lovharmoniseringsarbeidet som ble satt i gang ved Brusselkonvensjonen om valg av verneting og anerkjennelse av dommer. Romakonvensjonen ble utarbeidet på bakgrunn av et ønske om å eliminere problemene som fulgte av forskjellige lovvalgregler på kontraktsrettsområdet. Man ønsket blant annet å fremme forutberegnelighet for partene med hensyn til hvilket lands rett som skal tjene som bakgrunnsrett for kontrakten. Dette ble søkt oppnådd ved å etablere uniforme regler som kommer til anvendelse uavhengig av hvilket EU-land saken blir anlagt i. Domstolen ga også et overblikk over hovedregelen om at partene står fritt til å velge hvilket lands rett som skal legges til grunn, jf. art. 3, og reglene om hvilket lands rett som skal legges til grunn der partene ikke har inngått lovvalgsavtale, jf. art. 4 (avsnitt 22–27).

Det første spørsmålet i saken gjaldt anvendelsen av Romakonvensjonen art. 4 fjerde ledd på certepartier. Presumsjonen som bestemmelsen oppstiller, er begrenset til å omfatte avtaler om transport av gods. I siste punktum går det imidlertid frem at også «certepartier for en enkelt reise og andre avtaler, som har transport av gods som hovedformål» skal anses for avtaler om transport av gods. Spørsmålet Nederlands høyesterett ønsket svar på var om Romakonvensjonen art. 4 fjerde ledd skal anvendes på andre certepartier enn certepartier for en enkelt reise. Domstolen tolket bestemmelsen slik at tilknytningsmomentet i art. 4 fjerde ledd annet punktum kan komme til anvendelse på slike andre certepartier. Kravet er at hovedformålet med avtalen ikke er bare å stille et transportmiddel til rådighet, men er den egentlige transport av godset (avsnitt 31–37).

Videre tok EF-domstolen stilling til under hvilke omstendigheter det er mulig å anvende forskjellige lands rettssystemer på samme avtaleforhold.

Adgangen til å underkaste en del av avtalen et annet lands rett enn resten av avtalen reguleres av Roma-konvensjonen art. 4 første ledd annet punktum. Etter ordlyden skal dette kun skje «unntaksvis». Domstolen tolket bestemmelsen slik at for at en del av avtalen skal kunne underkastes et annet lands rett, må målet til denne delen fremstå som selvstendig. Dersom tilknytningsmomentet i art. 4 fjerde ledd kommer til anvendelse på et certeparti, skal dette tilknytningsmomentet derfor anvendes på hele avtalen med mindre den del av avtalen som omhandler transport fremstår som selvstendig i forhold til resten av avtalen (avsnitt 41–49).

Til slutt tok domstolen stilling til anvendelsen av unntaket i art. 4 femte ledd annet punktum. Ifølge bestemmelsen kan man se bort fra presumsjonene i annet til fjerde ledd dersom det går frem av omstendighetene som helhet at avtalen har nærmere tilknytning til et annet land. Nederlands høyesterett ønsket svar på hva som skal til for at unntaket kommer til anvendelse: Må det fremgå av omstendighetene som helhet at tilknytningsmomentene ikke har noen reell tilknytningsverdi, eller kreves det kun at det av omstendighetene fremgår at det foreligger nærmere tilknytning til et annet land? EF-domstolen konkluderte med at når det av omstendighetene som helhet tydelig fremgår at avtalen har nærmere tilknytning til et annet land enn det som fastlegges på grunnlag av annet til fjerde ledd, skal domstolen se bort fra disse presumsjonene og anvende loven i det land som avtalen har sin nærmeste tilknytning til (avsnitt 53–64).

Det har vært ulike oppfatninger om tolkningen av unntaket i femte ledd annet punktum. For eksempel har man i Tyskland og Nederland tolket unntaket som en helt eksepsjonell adgang til å se bort fra presumsjonene i annet til fjerde ledd, mens man i Danmark og England har tolket unntaket slik at det er tilstrekkelig å bevise en nærmere tilknytning til et annet land. Sett i lys av de ulike oppfatningene om tolkningen av Romakonvensjonen er det skuffende at EF-domstolen ikke gir et klarere svar. Særlig gjelder dette med henblikk på det forsøk på oppklaring som er gjort i den nye Roma I-forordningen som delvis vil erstatte Romakonvensjonen fra 17. desember i år. Formuleringen i bestemmelsen er revidert fra et krav om «nærmere tilknytning» til et annet lands rett som må fremgå «av omstendighetene som helhet», til et krav om «åpenbart nærmere tilknytning» som må fremgå «klart av alle sakens omstendigheter». Videre er presumsjonene i art. 4 byttet ut med faste kollisjonsregler, noe som i seg selv taler for å tolke unntaksbestemmelsen snevrere. Det synes underlig at EF-domstolen verken støtter seg til eller nevner Roma I-forordningen i sine drøftelser. Bortsett fra å presisere at tilknytningen til et annet land må fremgå *tydelig*, tilfører domstolens konklusjon lite ut over å gjenta ordlyden i konvensjonsteksten, og den fremstår som mindre oppklarende enn ordlyden i den

nye forordningen. Det kan derfor spørres om denne delen av dommen bør tillegges vekt ved tolkningen av art. 4 i den nye Roma I-forordningen.

Et interessant trekk ved dommen er EF-domstolens bruk av Giuliano/Lagarde-rapporten, som er et grunnleggende forarbeid til Romakonvensjonen. EF-domstolen støtter flere av sine konklusjoner i dommen på rapporten, og fremhever dermed dens betydning på området. Med dét benytter EF-domstolen seg av forarbeidet på en mer direkte og inngående måte enn det som er vanlig i domstolens praksis ellers.

Marie Nesvik

MARKEDSRETT

Litteratur

Erling Hjelmeng: *Offentlig regulering og konkurranseretten. En analyse av «state compulsion»-forsvaret*, Fagbokforlaget, Oslo 2009.

157 sider

Boken er en del av prosjektet «Markets and Competition in the Society of Knowledge» ved Institutt for privatrett. Den analyserer forholdet mellom offentlig og privat ansvar når markedet er kunstig begrenset og undersøker på basis av norsk rett, amerikansk rett og EF-rett betydningen av «state compulsion» – forsvaret for foretakenes konkurranserettslige ansvar. Problemet er altså hvorvidt det skal fritas foretak fra ansvar under konkurransereglene at foretaket er pålagt bestemte handlinger av offentlige myndigheter (s. 9). Boken drøfter også forholdet mellom EØS og øvrig norsk rett, særlig forrangsprinsippet og forvaltningens plikter etter EØS art. 3. Slik sett kan bokens tema kanskje også sees som en «case» i forbindelse med diskusjoner av vertikale konsistensproblemer ved flernivåstyring i flernasjonale og overnasjonale jurisdiksjoner. I tillegg til innledning og oppsummering har boken følgende kapitler: EF- og EØS-rettens anvendelse ved offentlig regulering (s. 11–65). Nærmere om autonomikriteriet (s. 66–90). «State action» i amerikansk rett (s. 90–103). Håndhevelse og opphør av tvang (s. 104–134). Offentlige pålegg og konkurranseloven (s. 135–144). Fremstillingen er utstyrt med 369 noter. Boken har også registre for litteratur og rettspraksis.

Endre Stavang

SELSKAPSRETT

Rt. 2009 s. 1032 Tidligere styremedlems erstatningsansvar

Saken gjaldt rekkevidden av tidligere styremedlems ansvar overfor selskapets konkursbo for manglende innbetaling av innmeldt aksjeinnskudd ved kapitalforhøyelse, jf. aksjeloven § 10–9 annet ledd jf. § 2–19.

Ved kapitalforhøyelse ved nytegning av aksjer utsteder selskapet nye aksjer mot å få tilført aksjeinnskudd, eller eventuelt bli kvitt gjeld. Kapitalforhøyelsen anses forhøyet med det beløp som er angitt i meldingen til Foretaksregisteret etter asl. § 10–9 når kapitalforhøyelsen er registrert i Foretaksregisteret, jf. asl. § 10–10 første ledd. Asl. § 10–9 annet punktum krever at aksjeinnskuddet skal være ytet fullt ut før kapitalforhøyelsen meldes til Foretaksregisteret. Asl. § 2–19, som gjelder tilsvarende ved kapitalforhøyelse, jf. asl. § 10–9 annet ledd fjerde punktum, sier at styrets medlemmer og revisor er solidarisk ansvarlige for «det som måtte mangle av den aksjekapital som i meldingen til Foretaksregisteret er oppgitt og bekreftet innbetalt eller gjort opp på annen måte». Asl. §§ 10–9 jf. 2–19 skal sikre at tegnet aksjekapital faktisk blir overført til selskapets rådighet. For tredjemann innebærer reglene at han skal kunne stole på at den registrerte aksjekapital virkelig er innbetalt til selskapet. De registrerte opplysninger gir imidlertid ikke informasjon om selskapets beføyelser over aksjeinnskuddet etter at det ble stilt til selskapets rådighet. Asl. § 10–13 annet ledd åpner dessuten for at generalforsamlingen kan beslutte at aksjeinnskudd skal betales direkte til selskapet, og at selskapet kan disponere over innskuddene før kapitalforhøyelsen er registrert.

I Rt. 2009 s. 1032 drøftes rekkevidden av erstatningsansvaret etter asl. §§ 10–9 annet ledd jf. 2–19 for manglende innbetaling av innmeldt aksjeinnskudd ved kapitalforhøyelse. Saksforholdet var i korte trekk:

Selskapet Finance Credit AS, senere Finance Credit Norge ASA (heretter FCN) ble stiftet i 1996. Selskapets formål var oppkjøp av fordringer til underkurs, for senere inndrivelse med fortjeneste. Flere selskaper med tilnærmet samme formål ble stiftet, blant annet Finance Credit AS (heretter FC), som var et heleid datterselskap under FCN. A ble medeier i FCN med en eierandel på 24,5 prosent sommeren 1998, og styremedlem i oktober samme år. Han trådte så ut av styret høsten 2000. A ble dessuten styremedlem i FC i 1999, og fratrådte der 17. august 2000. Foruten stifterne og A, bestod styret av ytterligere to medlemmer.

Aksjekapitalen i FC var opprinnelig på kr 50 000. På generalforsamling 20. desember 1999 ble den vedtatt utvidet til kr 5 000 000. FCN tegnet seg for samtlige aksjer. 17. januar 2000 ble det overført kr 4 950 000 fra FCNs konto til FCs kassakredittkonto. Samme dag overførte FC kr 4 500 000 fra kassakredittkontoen til en konto som tilhørte FCN. Melding om kapitalforhøyelse ble undertegnet av samtlige styremedlemmer i FC 18. februar 2000, bekreftet av revisor, og deretter registrert i Foretaksregisteret 12. mai 2000.

20. desember 2002 ble det åpnet konkurs i FC. 22. desember 2005 anla FC, dets konkursbo, søksmål ved Oslo tingrett mot A, samt to av de øvrige

styremedlemmene. Mellom de to sistnevnte og boet ble det inngått forlik. I tvisten mellom boet og A anførte boet for tingretten asl. § 17–1 som grunnlag for ansvar, men A ble frifunnet da tingretten fant at kravet var foreldet. For Borgarting lagmannsrett gjorde boet ansvar gjeldende også etter asl. § 10–9 annet ledd jf. § 2–19. Kravet ble avvist av lagmannsretten, med den begrunnelse at det dreide seg om et nytt krav i saken. Boet påkjærte avvisningskjennelsen, og i Rt. 2008 side 833 opphevet lagmannsrettens avvisningskjennelse, idet krav om erstatning etter asl. § 10–9 annet ledd jf. § 2–19 prosessuelt ble ansett å være det samme som krav om erstatning etter den alminnelige culpa-regelen i asl. § 17–1.

Borgarting lagmannsrett avsa deretter, den 29. januar 2009 dom, hvor A ble dømt til å betale til boet kr 4 500 000 i erstatning, jf. asl. § 10–9 annet ledd jf. § 2–19.

Det materielle spørsmålet for Høyesterett var i nærværende sak om overføringen av kr 4 950 000 fra FCN til FC og overføringen fra FC til FCN samme dag måtte sees i sammenheng, slik at kun kr 450 000 av aksjeinnskuddet kunne anses innbetalt til FC, med den følge at A som styremedlem var ansvarlig overfor konkursboet for det resterende beløpet etter asl. § 10–9 annet ledd, jf. § 2–19.

For Høyesterett anførte A som grunnlag for friinnelse i hovedtrekk at uttrykket «innbetalt» i asl. § 2–19 må forstås slik at det er avgjørende om beløpet er stilt til disposisjon på selskapets konto, eller at beløpet er godskrevet FCs bank, og at det ikke stilles krav om at innskuddet skal være i behold når kapitalforhøyelsen meldes til eller registreres i Foretaksregisteret. Boet anførte på sin side at asl. § 2–19 oppstiller et garantiansvar for styrets medlemmer hvor de er ansvarlig for at aksjeinnskuddet faktisk representerer en styrking av selskapets egenkapital slik den innmeldes til Foretaksregisteret.

Førstvoterende, som representant for flertallet på tre dommere, som konkluderer med at A må frifinnes, foretar innledningsvis en generell behandling av ansvarsreglene i asl. §§ 10–9 og 2–19. Ved fortolkningen av bestemmelsene tar flertallet utgangspunkt i bestemmelsenes formål, og det understrekes at loven tillater at aksjeinnskudd betales direkte til selskapet, og at selskapet disponerer over innskuddet før kapitalforhøyelsen meldes og registreres i Foretaksregisteret. Lovhistorien tillegges også vekt. Bestemmelser om objektivt ansvar ble innført igjen i 1997-lovene, etter å ha vært utelatt fra aksjeloven av 1976 fordi de ble oppfattet som for strenge. Begrunnelsen for dette var lovgivers ønske om å øke beskyttelsen av aksjekapitalen. Det ble ikke ansett å foreligge risiko for at et objektivt ansvar ville bli for strengt, ettersom det ville være lett å forvise seg om at aksjeinnskuddet er mottatt av selskapet før dette bekreftes i meldingen, se NOU 1996:3 side 113. Etter flertallets mening innebærer lovgivers begrunnelse på dette punkt at ansvaret

ikke kan omfatte selskapets disponeringer av aksjekapitalen etter at den er innbetalt (avsnitt 37 og 51).

Det er ikke vanskelig å tenke seg situasjoner hvor ansvar for et styremedlem kan synes berettiget, men hvor dette ville være altfor strengt overfor revisor. Ved 1997-lovene ble ansvaret etter asl. § 2–19 utvidet til også å gjelde for selskapets revisor. Det forhold at asl. § 2–19 oppstiller et solidarisk ansvar for styrets medlemmer og revisor, har etter flertallets mening betydning ved fortolkningen av bestemmelsen ved at ansvar for styremedlem ikke kan rekke lengre enn ansvar for revisor (avsnitt 40). Av hensyn til revisor vil derfor erstatningsansvar for styrets medlemmer i slike tilfeller heller måtte ilegges etter den subjektive bestemmelsen i asl. § 17–1.

Sakens konkrete problemstilling løftes frem i avsnitt 43, og spørsmålet er altså om styremedlemmenes og revisors ansvar er begrenset til at aksjeinnskuddet «er gjort opp med frigjørende virkning overfor selskapet, eller om garantien også omfatter at innskuddet representerer en reell kapitalforhøyelse i tråd med meldingen og revisors erklæring.»

Førstvoterende tar utgangspunkt i ordlyden i asl. § 2–19 som sier at styremedlemmer og revisor er ansvarlig for den aksjekapital som er meldt og bekreftet «innbetalt». Det vises så til at det samme uttrykket benyttes i asl. § 10–13, hvoretter det så langt konkluderes med at uttrykket sikter til det rent oppgjørstekniske, med andre ord om det aktuelle pengebeløp er gjort opp med frigjørende virkning overfor selskapet.

Når det gjelder ordlyden i asl. § 10–9 annet ledd, som benytter uttrykket «ytet fullt ut» og «mottatt», påpeker førstvoterende at disse uttrykkene ut fra en ren ordlydsfortolkning kan synes som noe videre, og gi en viss åpning for at garantiansvaret også dekker de økonomiske realiteter bak innbetalingen. Dette argumentet tillegges imidlertid mindre vekt fordi begrunnelsen for å benytte disse uttrykkene var at de skulle fange opp situasjoner der kapitalforhøyelsen skjer mot tingsinnskudd. Videre ble uttrykket «ytet fullt ut» benyttet for å understreke aksjonærens plikt til å innbetale hele innskuddet til selskapet før registreringen, i motsetning til etter den eldre aksjeloven hvor man kunne vente med innbetaling av deler av aksjekapitalen. Uttrykksmåten i asl. § 10–9 annet ledd kunne på det grunnlag vanskelig sies å være ment som en utvidelse av ansvaret i forhold til det som følger av asl. § 2–19.

Ifølge førstvoterende er ikke uttrykk som at aksjeinnskudd «virkelig blir tilført selskapet», som benyttes i aksjelovens forarbeider, benyttet i forbindelse med en analyse av ansvarsregelen i asl. § 2–19, men for å angi «hvilke hensyn denne og en rekke andre regler – herunder culpa-regelen – skal ivareta». Uttalelser i forarbeidene tas til inntekt for at lovens krav er oppfylt så lenge kapitalen faktisk innbetales til selskapet. De uttalelser i høyesterettspraksis på

området som «isolert sett nok kan sies å rekke noe videre enn til å dekke den rene innbetaling» tar etter førstvoterendes mening ikke sikte på å løse det aktuelle spørsmål. Når retten i Rt. 2007 side 220 uttalte at det stilles krav om at kapitalen «virkelig blir overført til rådighet» er det etter hans mening et resultat av at lignende uttalelser er benyttet i tidligere praksis fra før aksjeloven av 1997 trådte i kraft, altså før man hadde en regel tilsvarende asl. § 2–19.

Førstvoterende gjentar at da garantiansvaret for styremedlemmer og revisor ble innført i 1997-loven, var det ment å omfatte faktiske forhold som det var lett å sjekke for styremedlemmer og revisor. Dette innebærer etter førstvoterendes mening at de ikke innestår for tegnerens innskuddsforpliktelse i sin helhet (avsnitt 51).

I Rt. 2008 side 833 kom Høyesterett til at selskapskreditorene ikke kan kreve erstatning etter den alminnelige culpa-regelen i asl. § 17–1, og på grunn av foreldelsesreglene vil garantiansvaret ofte være det eneste aktuelle alternativ for å ilegge ansvar. Sett hen til at asl. § 2–19 oppstiller et garantiansvar for innmeldt og bekreftet aksjeinnskudd og at det dreier seg om et strengt ansvar som etter forholdene også kan gjelde betydelige beløp vil en vid fortolkning av asl. § 2–19 kunne bli urimelig strengt for styremedlemmene, og også for revisor. Flertallet legger dessuten vekt på at dersom styremedlemmer og revisor skulle være erstatningsansvarlige i et tilfelle som dette, ville det oppstå en rekke grensespørsmål av faktisk og rettslig art. Blant annet ville det være uklart hvilket tidsperspektiv man skulle anlegge for hvilke mottransaksjoner det skulle være relevant å ta med i betraktning ved avgjørelsen av om aksjeinnskuddet skulle anses innbetalt.

Annenvoterende, som representant for mindretallet på to dommere, konstaterer innledningsvis i sin drøftelse at aksjetegnernes innskuddsforpliktelse innebærer at innskuddene skal overføres til rådighet for selskapet. Mindretallet legger til grunn at det forhold at man ikke har funnet ut hva utbetalingen fra FCN til FC skulle dekke, sammenholdt med den nære sammenhengen mellom innbetalingen av kr 4 950 000 og utbetalingen av kr 4 500 000, innebærer at det dreier seg om en pro forma innbetaling av aksjeinnskudd. Deretter drøftes spørsmålet om styremedlemmenes og revisors objektive ansvar etter asl. §§ 2–19 og 10–9 omfatter pro forma kapitalinnbetalinger.

I motsetning til flertallet, som la vekt på at erstatningsansvaret ville bli urimelig omfattende dersom revisor skulle være ansvarlig for disposisjoner som ble foretatt etter at innskuddet var bekreftet, legger mindretallet vekt på at dersom ansvaret ikke omfatter dette, ville det være tilstrekkelig å legge frem en innbetalingskvittering ved foretaksregistreringen, og således ikke nødvendig å kreve opplysninger fra styremedlemmene eller bekreftelse fra revisor. På

dette grunnlag slår mindretallet fast at styremedlemmer og revisor er garantister for at aksjetegnerenes innskuddsforpliktelser faktisk er oppfylt. Det understrekes at ansvaret ikke omfatter disposisjoner foretatt etter kapitalinnhenting, men «at aksjekapitalen på det tidspunkt foretaksregistermeldingen blir avgitt, faktisk er stilt til selskapets rådighet». Etter mindretallets syn innebærer det at styremedlemmer og revisor må undersøke om det på det tidspunkt foretaksregistermeldingen blir avgitt foreligger en gyldig kapitalinnhenting, slik at det må undersøkes om det er foretatt utbetalinger som i tid ligger nær innbetalingen og som må sees i sammenheng med denne. I tilfeller hvor generalforsamlingens beslutning uttrykkelig går ut på at aksjeinnskuddene skal betales direkte til selskapet, jf. asl. § 10–13 annet ledd, og ikke på særskilt konto etter hovedregelen i første ledd, har styremedlemmene og revisor etter mindretallets oppfatning en oppfordring til ytterligere undersøkelser.

Som nevnt innledningsvis gir ikke de registrerte opplysninger informasjon om selskapets beføyelser over aksjeinnskuddet etter at det ble stilt til selskapets rådighet (dette er fremhevet av flertallet, se avsnitt 34). Dersom revisor ved å bekrefte at aksjeinnskudd er ytt skulle være ansvarlig for hva selskapet senere benyttet aksjeinnskuddet til, ville ansvaret bli meget vidtrekkende og uoverskuelig for ham. Så lenge loven åpner for at selskapet kan disponere over aksjeinnskudd før kapitalforhøyelsen er registrert, jf. asl. § 10–13 annet ledd, må et selskap kunne gjøre dette uten at styremedlemmene eller revisor skal ilegges ansvar av den grunn.

Som fremhevet av mindretallet (avsnitt 63) har man ikke under konkursbehandlingen funnet ut hva utbetalingen på kr 4 500 000 fra FCN til FC skulle dekke. Med mindre utbetalingen av beløpet tilbake til FC hviler på en forsvarlig forretningsmessig begrunnelse, kan det stilles spørsmål ved om dette er en overføring som faller inn under utdelingsbegrepet i asl. § 3–6 annet ledd første punktum.

Gina Bråthen

Disputas

Cand.jur *Herman Bruserud*, Institutt for privatrett, forsvarte fredag 27. november sin avhandling «Hardshipklausuler» for graden Ph.d. Førsteopponent Professor Geir Woxholth, Universitetet i Oslo. Annenopponent Lena Sisula-Tulokas, Helsingfors universitet.

Litteratur

Institutt for privatretts Skriftserie

Skriftserie 178 – 2009

Jens Christian Westly: *No Oral Amendments-klausuler – Prosjekt publikasjon nr. 4, «Anglo-American Contract Models»*

Serien kan bestilles på **ny** side på nettet:
<http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/om/publikasjoner/skriftserien-ifp>
eller kjøpes direkte hos Akademika as Jus
St. Olavs plass 5, 0165 Oslo.

Nytt i privatretten

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

Hovedredaktør: Peter Lødrup
Redaksjonssekretær: Marianne Reusch
Forlagsredaktør: Eirik Spillum
Foto/layout forside: Mona Ø. Ådum

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:
www.cappelendamm.no

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

Et årsabonnement (2009) på *Nytt i privatretten* koster kr 440,-. Studentabonnement koster kr 220,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Akademisk Forlag
Cappelen Damm AS
0055 Oslo
E-post: jus@cappelendamm.no
<http://www.cappelendamm.no>

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2009

Neste utgave kommer februar 2010