



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Etter lek med ild og vann, nå lek med luften – Aldersdiskriminering, aldersgrense, tvungen pensjonering av piloter – EU-domstolens dom (storkammer) 13. september 2011, sak C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lam-bach mot Deutsche Lufthansa AG

Dommen i Prigge har vært sett frem til med forventning. Det gjelder også på hjemlig grunn, ikke minst fordi en sak for Høyesterett om tariffestet aldersgrense for helikopterpiloter har vært stilt i bero i påvente nettopp av EU-domstolens dom i denne saken; jfr. Rt. 2010 s. 944 (HR-2010-1398-F) (omtalt i *Nytt i privatretten* 2011, nr. 1). Saken for EU-domstolen gjaldt en tvist mellom tre piloter og arbeidsgiveren Deutsche Lufthansa AG. Tvisten gjaldt en tariffestet aldersgrense som innebar automatisk opphør av arbeidsavtalene ved fylte 60 år. Tariffavtalens

bestemmelse er av eldre dato. De internasjonale sertifikatreglene, de såkalte Joint Aviation Requirements (JAR-FCL 1), ble endret i 2001. Det ble da åpnet for at piloter kan fly frem til fylte 65 år forutsatt at han er én av en besetning med flere piloter, og at de andre pilotene ennå ikke har fylt 60 år. De tyske offentligrettslige reglene var endret i samsvar med dette.

Saken ble forelagt EU-domstolen av den tyske Bundesarbeitsgericht (BAG). BAG reiste spørsmål om den tariffestede aldersgrensen på 60 år var forenlig med rammedirektivet om ikke-diskriminering i sysselsetting og yrke, Direktiv 2000/78/EF (som er gjennomført i norsk rett særlig i arbeidsmiljølovens kapittel 13). Den tariffmessige aldersgrensen var innført av hensyn til luft sikkerheten; dette var grunnlaget for spørsmålsstillingene. Spørsmålene fra BAG var om aldersgrensen kunne anses rettmessig etter direktivets artikkel 2 nr. 5 «og/eller» artikkel 6 nr. 1, «og/eller» om det alminnelige fellesskapsrettslige prinsipp om forbud av aldersdiskriminering kunne forstås dithen at det er til hinder for en slik aldersgrense.

EU-domstolen drøftet såvel disse grunnlagene som direktivets artikkel 4 nr. 1. Den kom til at ingen av dem kunne begrunne en slik aldersgrense. Domstolen tok først for seg direktivets artikkel 2 nr. 5. Etter denne bestemmelsen er direktivet ikke til hinder for tiltak som er fastsatt i nasjonal rett og som bl.a. er nødvendige av hensyn til den offentlige sikkerhet og for å beskytte befolkningens helse («measures laid down by national law which, in a democratic society, are necessary for public security, for the maintenance of public order and the prevention of criminal offences, for the protection of health and for the protection of the rights and freedoms of others»). Domstolen bemerket at under visse forutsetninger kan også arbeidslivets parter fastsette slike bestemmelser. Men fordi både internasjonale og nasjonale offentligrettslige bestemmelser fastsatte en aldersgrense på 65 år, kunne den tariffbestemte 60-års grensen ikke anses nødvendig av hensyn til den offentlige sikkerhet eller for å beskytte helsen (avsnitt 64, 83, 84).

Innhold nr. 4

Arbeidsrett	1
Barnerett	5
Erstatningsrett.....	7
Familierett.....	10
Fast eiendom	14
Forsikringsrett.....	17
Immaterialrett	19
Internasjonal privatrett	25
Kontraktsrett	27
Obligasjonsrett.....	27
Selskapsrett.....	27

Likeledes kom domstolen til at aldersgrensen ikke kunne opprettholdes med hjemmel i direktivets artikkel 4 nr. 1. Denne bestemmelsen fastsetter at forskjellsbehandling ikke er diskriminering i direktivets forstand hvis forskjellsbehandlingen er begrunnet i den spesielle aktivitetens (yrkesutøvelsens) karakter eller den sammenheng aktiviteten utøves i, hvis det eller de aktuelle krav er et genuint og avgjørende kvalifikasjonskrav og bygger på et legitimt formål og er proporsjonalt («shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate»). Domstolen fremholdt at heller ikke her kunne en 60-års aldersgrense anses som nødvendig, gitt de internasjonale og nasjonale offentligrettslige bestemmelser på området (avsnitt 76, 83, 84).

Det som da sto igjen, var spørsmålet om den tariffestede aldersgrensebestemmelsen kunne anses rettmessig etter direktivets artikkel 6 nr. 1. Bestemmelsen, som avspeiles i en noe tillempet språkdrakt i arbeidsmiljølovens § 13-3 første og annet ledd, gir dels anvisning på en proporsjonalitetsvurdering, men før man kommer så langt, må det etableres at en forskjellsbehandling har et legitimt formål. I arbeidsmiljølovens formulering heter det at det må være forskjellsbehandling som er «nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende». I direktivteksten er formuleringen mer utførlig, der heter det «hvis [forskjellsbehandlingen] er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål innenfor rammene av nasjonal rett, bl.a. legitime sysselsettingspolitiske, arbeidsmarkedsmessige og yrkesutdanningsformål». Domstolen pekte på, slik den har gjort i flere tidligere avgjørelser at denne oppregningen, etter «bl.a.», ikke er uttømmende. Men domstolen understreket samtidig at det bare er sosialpolitiske formål som kan komme i betraktning som legitime etter artikkel 6 nr. 1. Hensynet til luft sikkerheten er ikke et slikt formål, og aldersgrensen kunne derfor ikke forsvares etter artikkel 6 nr. 1 (avsnitt 82, 83).

Slik generaladvokaten særlig pekte på, er Prigge sentral for å videreutvikle rettspraksis i forhold til den tidligere avgjørelsen i Rosenbladt (sak C-45/09, 2010 EFD I-00000). Fellesnevneren er aldersgrenser forankret i en tariffavtale. En slik avtaleforankring gir i prinsippet aldersgrensen en økt legitimitet (jfr. innstillingen i Prigge, avsnitt 82). Generaladvokaten gikk videre og drøftet hvorvidt «tariffautonomien» – hensynet til retten til kollektive forhandlinger og avtaleregulering – kunne utgjøre et legitimt formål etter direktivets artikkel 6 nr. 1. Han fremholdt imidlertid spesielt at forbudet mot alderdiskriminering er grunnfestet i EU-retten, og at forbudet har større

vekt i proporsjonalitetsavveiningen enn hensynet til arbeidslivspartenes tariffautonomi (avsnitt 92). Både generaladvokatens innstilling og EU-domstolens avgjørelse illustrerer dermed også avveiningen mellom to grunnleggende rettigheter etter EUs Charter om grunnleggende rettigheter – arbeidstakernes rett til ikke å bli diskriminert på grunn av alder (artikkel 21 EUCFR) mot arbeidslivets parters interesse til å opprettholde autonomien av kollektivforhandling (artikkel 28).

Avgjørelsen i Prigge kan anses som en liten «revolusjon» sammenlignet med tidligere avgjørelser og er i likhet med dommene i Mangold (C-144/04, 2005 EFD I-9981; omtalt i *Nytt i privatretten* 2006, nr. 1) og Küçükdeveci (C-555/07, 2010 EFD I-365; kort omtalt i *Nytt i privatretten* 2010, nr. 1) et tegn på at EU-domstolen kan foreta en både grundig og streng analyse. Saken gir også et tydelig signal om at domstolen i stigende grad tar hensyn til EUs Charter om grunnleggende rettigheter. Det kan etter hvert føre til viktige endringer i domstolens tilnærming og rettslige vurderinger.

Fra norsk perspektiv har dommen i Prigge stor betydning. Som nevnt er en lignende sak for Høyesterett stanset i påvente av dommen. I kjennelsen om stansning uttalte forberedende dommer bl.a. at «det prinsipielle spørsmålet om sakligheten av hensynet til flysikkerheten ... ville kunne ha sentral betydning for avgjørelsen» i høyesterettssaken, og at det derfor forelå «tungtveiende grunner» for å stanse saken (avsnitt 11). Likesom Høyesterett i Kystlink-dommen saken (Rt. 2010 s. 202, avsnitt 56; omtalt i *Nytt i privatretten* 2010, nr. 1) og dommen om SAS-pilotene (Rt. 2011 s. 609, avsnitt 72; omtalt i *Nytt i privatretten* 2011, nr. 3), gir forberedende dommer med dette et klart signal om at det 'norske' aldersdiskrimineringsforbudet skal tolkes i lys av europeisk rett (jfr. også kjennelsens avsnitt 9). Det gjenstår å se om Høyesterett vil holde fast ved dette og følge de klare signaler fra EU-domstolen i Prigge. Høyesterettssaken er berammet til 17.–19. januar 2012. Det er grunn til å avvente utfallet med betydelig interesse.

Melanie R. Hack

Sympatisttreik, materiell skranke i hovedavtalen LO – NHO (arbeidere) – Arbeidsrettens dom 13. oktober 2011 (Inr. 30)

I februar 2008 satte LO og Fagforbundet i verk streik ved Sentrum Røntgeninstitutt AS, etter at forhandlinger og megling ikke hadde ført til enighet om inngåelse av tariffavtale. I mars varslet LO og Fagforbundet sympatiaksjoner, blandt annet ved en bedrift tilsluttet NHO. Sympatiaksjonen ble ikke iverksatt, idet Sentrum Røntgeninstitutt AS meldte seg inn i Spekter med virkning fra 25. mars 2008. NHO hadde imidlertid gjort gjeldende at sympatisttreiken som

var varslet mot dens medlemsbedrift, var tariffstridig. Saken for Arbeidsretten gjaldt dette spørsmålet.

Ved siden av forhandlingsbestemmelser m.v. har hovedavtalen LO – NHO en materiell begrensingsregel i § 3-6 nr. 4, hvor det heter: «Den adgang LO har til å erklære sympatistreik ved bedrifter tilsluttet NHO til støtte for krav overfor uorganiserte bedrifter, er avhengig av at kravene ikke går videre enn NHOs tariffavtaler for tilsvarende bedrifter.» Bestemmelsen forutsetter forsåvidt at det finnes en eller flere tariffavtaler mellom LO og NHO for «tilsvarende bedrifter», og at det er mulig å sammenligne disse med de tariffkravene som fremmes overfor en uorganisert bedrift. Det siste kan vise seg så vanskelig at det er ugjørlig, jfr. ARD 1976.104 *Kryssset*, som forøvrig ble kommentert *obiter dictum* i denne dommen. I saken her var det første, som involverer en annen type sammenligning, hovedproblemet.

Arbeidsrettens flertall (fem dommere) kom til at Pleie- og omsorgsoverenskomsten ikke kunne anses som tilsvarende, og stod da igjen med to funksjonsoverenskomster som eventuelle alternativer. Disse overenskomstene ville etter sine personelle omfangsbestemmelser ikke dekke «de sentrale funksjoner i bedriften eller det vesentlige av det arbeid som utføres av Fagforbundets medlemmer» (avsnitt 82). Mindretallet (to dommere) fremholdt særlig at det ved avgjørelsen av om det foreligger tariffavtale for «tilsvarende bedrifter», må kunne sees hen til flere tariffavtaler på områder der partene ikke fra før har «vertikale» tariffavtaler, idet effekten av § 3-6 nr. 4 ellers ville bli utilsiktet redusert som følge av avtaleutviklingen siden bestemmelsen ble vedtatt i 1947 (avsnitt 86).

Stein Evju

Tap av sertifikat, piloter, omfang av tariffestet «loss of licence»-forsikring – Arbeidsrettens dom 28. september 2011 (Inr. 27)

Tariffavtalene for piloter i SAS har bestemmelser om «loss of licence»-forsikring. I avtalen for tidligere Braathens-ansatte piloter (Scannor-avtalen) heter det at:

- «For opptak i forsikringen gjelder at vedkommende:
- har ansettelse i SAS Braathens AS som flykaptein eller flystyrmann
- ikke tidligere har mottatt engangserstatning fra denne «loss of licence»-forsikring.»

I den tilsvarende tariffavtalen for SAS Flygerforening heter det «en» i stedet for «denne» i siste strekpunkt. Spørsmålet i saken var om piloter som hadde mottatt engangserstatning fra Braathens ASA, omfattes av Scannor-avtalens «loss of licence»-forsikring.

Ordlydsargumentet, «denne» ctr. «en», var det sentrale utgangspunktet for fortolkningen, men diskusjonen stoppet ikke der. I harmoni med alminnelig fortolkningspraksis gikk Arbeidsretten videre

til konteksten – i dette tilfelle avtalebakgrunnen og avtaleutviklingen. Ordlyden talte umiddelbart mot at en som hadde fått utbetaling, skulle omfattes; det samme gjorde det at det var en intensjon med avtalereguleringen å skape like vilkår for pilotene uavhengig av om de var SAS- eller tidligere Braathens-ansatte. Tross dette kom rettens flertall (fem dommere) til at også piloter som tidligere hadde fått utbetaling, måtte omfattes, og bygget sitt standpunkt særlig på avtalebakgrunnen, forhandlinger og utforming. To dommere dissenterte; de ville ikke tillegge den «marginale forskjellen i ordlyden» avgjørende betydning og fremhevet likhetsintensjonen (avsnitt 50).

Stein Evju

Overdragelse av virksomhet, overdragelsesbegrep og identitetsvilkår, offentlig virksomhet – EU-domstolens dom 6. september 2011, sak C-108/10 Ivana Scattolon v Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Rivera

Dommen er et nytt bidrag til en omfattende rettspraksis om hva som skal til for at det skal foreligge en «virksomhet eller del av virksomhet», som det heter i arbeidsmiljølovens § 16-1. Dette «identitetsvilkåret» dukker stadig opp i nye tapninger og byr ofte på vanskelige grensedragninger. Dommen i Rt. 2006.71 *SAS/Braathens* er et talende eksempel på hjemlig grunn. Saken her knytter seg til Italia. Scattolon var ansatt som renholder i kommunen Scorzè og arbeidet med renhold i statlige skoler. Med virkning fra 1. januar 2000 ble hun, sammen med flere andre i samme arbeidssituasjon, overført til status som statlig ansatt. Hun ble da lønnplassert i henhold til et ministerialdekret på et lønnstrinn som svarte til ni års tjenestetid. På overføringstidspunktet hadde Scattolon 20 års ansiennitet i kommunen. Da hun ikke fikk uttelling for hele tjenestetiden, reiste hun sak for Tribunale di Venezia, som valgte å forelegge spørsmål for EU-domstolen.

Det første spørsmålet i saken var om det at én offentlig myndighet overtar ansatte fra en annen offentlig myndighet, kan sies å utgjøre overtagelse av en «virksomhet» i direktivets forstand (Direktiv 2001/23/EF). Innledningsvis viste domstolen utførlig til sin egen rettspraksis om virksomhetsbegrepet og hva som kan utgjøre en «economic entity», en «økonomisk enhet», et begrep som ikke figurerer i regelverksteksten, men er utviklet i EU-domstolens praksis. Dernest pekte domstolen på at aktivitet som innebærer utøvelse av offentlig myndighet, faller utenfor denne rammen. I dette tilfellet var det ikke tale om noen slik myndighetsutøvelse, men om en støttefunksjon i statlige skoler. Dette var aktivitet av økonomisk natur som etter sin art omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse. Spørsmålet var så om det kunne utelukke en bedømmelse som

«økonomisk enhet» at det ikke ble overført noen former for aktiva. Det besvarte domstolen med nei. Den viste til tidligere avgjørelser, spesielt *Hernández Vidal* (1998 EFD I-8179), *Hidalgo* (1998 EFD I-8237) og CLECE (2011 EFD I-00000; kort omtalt i *Nytt i privatretten* 2011, nr. 1). Ut fra denne rettspraksisen fremholdt domstolen at det at en aktivitet ikke omfatter aktiva av betydning ut over personale, ikke er til hinder for at det foreligger en «økonomisk enhet» i tilfeller der den aktiviteten arbeidstagerne utfører, ikke krever aktiva av betydning (avsnitt 50).

Dernest var spørsmålet om en gruppe arbeidstagere som det var tale om i dette tilfellet, kunne anses å være tilstrekkelig selvstendig (eller uavhengig, «independent»). Dette er et kriterium som knytter seg til ledelsen av en gruppe og dens frihet til å organisere og instruere arbeidstagerne. Kravene her er ikke så store. Domstolen gikk ikke nærmere inn på grensedragningen, men uttalte at ut fra de opplysningene som forelå, var den gruppen arbeidstagere som ble overført, tilstrekkelig selvstendig.

Det tredje og siste spørsmålet gjaldt betydningen av at de overførte arbeidstagerne var integrert i den offentlige administrasjon («the public administration»). Domstolen poengterte at det i seg selv ikke betyr at aktiviteten (enheten) faller utenfor direktivets anvendelsesområde, og den understreket at den tidligere avgjørelsen i *Collino e Chiappero* (2000 EFD I-6659) ikke kan tas til inntekt for et annet syn. I sammenheng med dette viste domstolen også til *Henke* (1996 EFD I-4989), som gjelder overføringer i kommunal sektor. Domstolen fremhevet at det ikke er noe som tilsier at offentlig ansatte som har status som arbeidstagere i nasjonal rett, skulle falle utenfor direktivets rekkevidde bare fordi overføringen av dem skjer som ledd i en omorganisering av den offentlige administrasjon (avsnitt 57). Noen annet ville, etter domstolens syn, åpne for omgåelser og undergravning av arbeidstagerens posisjon.

Det andre hovedspørsmålet med hensyn til om det forelå en relevant overdragelse, var om overføringen av de ansatte i dette tilfelle kunne sies å være en «overdragelse» i direktivets forstand – mer presist om det forelå et «transfer» som var «result of a legal transfer or merger». Her er det avgjørende, etter en omfattende rettspraksis, hvorvidt den enheten som overføres, beholder sin «identitet». Utgangspunktet er at der enheten ikke opererer med aktiva av betydning, vil identitetsspørsmålet heller ikke avhenge av om det er overført aktiva. Det som da er relevant, er om den aktuelle gruppen av arbeidstagere beholder sin identitet i den aktivitet som erververen driver, og erververen overtar en «major» (større, eller betydelig) del av de berørte arbeidstagerne med hensyn til antall og kvalifikasjoner. Med referanser til rettspraksis og den aktuelle italienske lovgivningen konkluderte EU-domstolen med at «transaksjonen» i dette tilfellet falt inn under direktivets regler.

Dermed fulgte det greit av direktivet og tidligere rettspraksis at erververen er forpliktet til å ta hensyn til all tjenestetid hos overdrageren når det gjelder å fastsette grunnlaget for økonomiske ydelser (jfr. direktivets artikkel 3(2) og aml. § 16-2 første ledd).

Dommen i Scattolon bygger i stor grad på tidligere praksis, men er viktig fordi den poengterer og presiserer vurderingskriterier som hyppig er gjenstand for tvil og diskusjon. Dommen tydeliggjør bedømmelsen av overføringer mellom enheter eller organer i offentlig sektor. Samtidig bidrar den til ytterligere avklaring av det problematiske skjønnsstemaet «en økonomisk enhet som bevarer sin identitet». Dommen viser hvordan dette er et relativt kriterium som gir anvisning på en åpen, helhetlig vurdering hvor betydningen av hvorvidt det er overført aktiva, eller graden av slik overføring, er situasjonsbetinget. Det er ikke dermed sagt at det er utvilsomt hvor grensen går i ethvert tilfelle; problemstillingen kommer ganske sikkert til å by på tvilstilfeller fortsatt. Men på et problemfelt som dette må ethvert bidrag til videre avklaring sees på som positivt.

Stein Evju

Midlertidig ansettelse i offentlig tjeneste, medregning av tjenestetid som midlertidig når fast ansatt – EU-domstolens dom 8. september 2011, sak C-177/10 Francisco Javier Rosado Santana v Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía

Denne dommen gjelder Direktiv 1999/70/EF som gjennomfører rammeavtalen mellom de europeiske arbeidstager- og arbeidsgiverorganisasjonene ETUC (EuroLO), UNICE (nå BUSINESSEUROPE) og CEEP om tidsbegrenset ansettelse. Den kanskje mest sentrale bestemmelsen i direktivet er artikkel 4 som oppstiller et forbud mot diskriminering av midlertidig ansatte i forhold til sammenlignbare fast ansatte. Diskrimineringsforbudet er gjennomført i norsk rett med bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 13-1 tredje ledd.

Saken for EU-domstolen gjaldt en arbeidstager som arbeidet i den offentlige administrasjon i Andalucía som midlertidig ansatt fra 1989 til han fikk fast ansettelse i 2005. Den faste ansettelsen ble oppnådd etter en utvelgelsesprosedyre med prøver, hvilket er vanlig i bl.a. Spania. Arbeidstageren ble som fast ansatt plassert i en stillingskategori basert på at han ikke hadde de ti års ansiennitet som fast ansatt som skulle til for å bli plassert i en høyere kategori.

Det er vel etablert i EU-domstolens rettspraksis at ansiennitet som vilkår for lønsplassering er et «arbeidsvilkår» i direktivets forstand. Det korresponderer med rettpraksis på andre diskrimineringsrettsområder. Det er likeledes vel etablert at direktivet og den bakenforliggende rammeavtalen gjelder også for arbeidsforhold i offentlig forvaltning og

andre offentlige enheter. Domstolen pekte på dette og poengterte at dersom en nasjonal domstol, eventuelt en forfatningsdomstol, skulle treffe en avgjørelse med motsatt utfall, ville det være i strid med de EU-rettslige regler (avsnitt 61).

Det neste spørsmålet var om tjenestetiden som midlertidig ansatt kunne medregnes ved den faste ansettelsen. Domstolen henviste vurderingen av om det var tale om et arbeide som var sammenlignbart med det som ble utført av fast ansatte tjenestemenn med minst ti års ansiennitet, til den foreleggende rett. Det vesentlige for saken i EU-domstolen var at domstolen slo klart fast at hvis det var tale om sammenlignbart arbeid, måtte tjenestetiden som midlertidig ansatt regnes med. Dette utgangspunktet ville bare kunne fravikes dersom det er berettiget på objektive grunnglag (rammeavtalens artikkel 4 siste ledd, «unless different treatment is justified on objective grounds»). Domstolen bemerket at statene har en vid skjønnsmargin med hensyn til hvordan de vil innrette sin offentlige forvaltning og sine ordninger for ansettelse av tjenestemenn. Men en generell regel om at det bare skal tas hensyn til ansiennitet som fast ansatt tjenestemann, uten hensyn til arten av den tjeneste en arbeidstager har hatt som midlertidig ansatt, er ikke forenlig med direktivet/rammeavtalens artikkel 4.

Saken aktualiserte også spørsmål om «effektiv håndhevelse» («effective enforcement») av EU-rettslige regler i lys av nasjonale spanske prosessregler. Denne siden av saken er mindre interessant her. Men den klare poengteringen av direktivets og rammeavtalens anvendelse for og rekkevidde for offentlige ansettelsesforhold er viktige generelt sett såvel som en konkretisering til den alment utformede bestemmelsen i aml. § 13-1 tredje ledd.

Stein Evju

Litteratur

Nicolay Skarning, Sykefravær : Nye arbeidsoppgaver, omplassering eller oppsigelse. Universitetsforlaget, Oslo 2011. 289 s.

Bokens hovedtema er hvordan sykefravær kan håndteres og hvordan det skal følges opp fra virksomhetens side overfor sykmeldte arbeidstagere. Fremstillingen strekker opp et bredt lerret, med avtalen om inkluderende arbeidsliv som ett utgangspunkt og rettsreglene om omplassering og oppsigelse som et annet tyngdepunkt. Folketrygdlovens regler om oppfølging av sykmeldte og samspillet med lege, bedriftshelsetjeneste og NAV ligger imellom. Disposisjonen kan ved første øyekast virke springende. IA-avtalen behandles i kapittel 2, men er også tema i kapittel 13. Forholdet er imidlertid at kapittel 2 er diskuterende, mens kapittel 13 inneholder avtaleteksten

både på den gjeldende IA-avtalen (2010–2013) og på eldre avtaler. Det er i det hele karakteristisk at boken i mange deler inneholder andre dokumenter i fulltekst eller i kondensert form. Det gjelder såvel utredninger og evalueringer som utvalgte avgjørelser fra rettspraksis. Det står åpent hvilket slutningsgrunnlag disse utvalgene gir. Samlet utgjør dokumentene omkring 145 av bokens 289 sider. Boken har doms- og stikkordregistre som dekker tekstdelen på en tilfredsstillende måte.

Stein Evju

BARNERETT

Forholdet mellom Haagkonvensjonen om barne bortføring, EMK og FNs barnekonvensjon – In the matter of E (Children) [2011]UKSC 84

The Supreme Court of UK avsa i juni 2011 en dom i en sak om barne bortføring. Foruten å avgjøre den konkrete saken, tar dommen opp forholdet mellom Haagkonvensjonen om barne bortføring, EMK og FNs barnekonvensjon på generell basis. Den er derfor av interesse for alle stater som har ratifisert disse konvensjonene.

Begrunnelsen for at The Supreme Court var villig til å prøve denne saken, var bekymring for virkningen av avgjørelsen fra Storkammeret i EMD i *Neulinger and Shuruk v Switzerland* fra 2010. The Supreme Court starter med å fremheve at denne dommen var blitt møtt med uro, «nay, even consternation in some quarters» på grunn av dommens mulige innflytelse på anvendelsen av Haagkonvensjonen. En sveitsisk appelldomstol hadde i *Neulinger* avvist en mors påstand om at det var alvorlig risiko for at en tilbakeføring av datteren til Israel ville føre til psykisk eller fysisk skade eller på annen måte sette barnet i en situasjon som ikke kan godtas. Storkammeret i EMK kom imidlertid til at det ville være en rettsstridig innblanding i retten til privatliv for mor og datter etter EMK artikkel 8 om barnet ble tilbakeført til Israel i medhold av Haagkonvensjonens artikkel 12.

The Supreme Court fremhevet at forholdet mellom EMK og Haagkonvensjonen, som nå begge var «translated into the law of the United Kingdom» før eller senere måtte bli klarlagt. Dette gjaldt også forholdet til Barnekonvensjonens artikkel 3.1 om barnets beste, som hadde spilt en stor rolle i *Neulinger*. Selv om barnekonvensjonen ennå ikke var inkorporert, var det mange nasjonale lover som inneholdt krav om at barnets beste skulle være rettens «paramount» eller «first» hensyn.

Det er disse spørsmål retten behandler i den første delen av dommen, og som jeg i første rekke vil trekke fram.

Retten starter med forholdet til barnets beste-prinsippet i Barnekonvensjonens artikkel 3.1, og

fremhever at selv om Haagkonvensjonen ikke inneholder en uttrykkelig regel om barnets beste, betyr ikke det at prinsippet ikke er «in the forefront of the whole exercise». Og etter en bred gjennomgåelse av prinsippet konkluderer retten med at Haagkonvensjonen «have been devised with the best interests of children generally, and of the individual children involved in such proceedings as a primary consideration.»

The Supreme Court drøfter deretter utviklingen i EMDs praksis angående saker om barne bortføring. Inntil nylig har det oftest vært den forelder som er blitt forlatt, som har klaget til Strasbourg over at det ikke har lyktes å bringe barnet tilbake. EMD har da fremholdt at det innebærer et brudd på artikkel 8 hvis det ikke skjer en tilbakeføring av barnet, og det vises her til flere saker. I saken *Maumousseau and Washington v. France*, derimot, var det den personen som hadde bortført barnet, som klaget til EMD over en rettslig avgjørelse om at barnet skulle tilbakeføres. Hun fikk ikke medhold. EMD bygget på det samme syn som etter rettens mening lå til grunn for Haagkonvensjonen, nemlig at det er i overensstemmelse med barnets beste at et barn ikke ble ensidig flyttet fra sitt «habitual residence.» I den konkrete saken var det foretatt en inngående undersøkelse av hele familiesituasjonen, og det var intet som tilsa at barnet ville bli utsatt for fysisk eller psykisk skade ved en tilbakeføring. Følgelig forelå det ikke noe brudd på EMK artikkel 8 «considered in the light of article 13b... and article 3, 1 of UNCRC...»

The Supreme Court går så over til å drøfte *Neulinger*, hvor klagen igjen gjaldt spørsmålet om en tilbakeføring av barnet ville være i strid med EMK artikkel 8. Denne gangen kom saken opp i Storkammeret. For å få fram argumentasjonen til The Supreme Court er det nødvendig å gå nærmere inn på rettens gjengivelse av Storkammerets avgjørelse i *Neulinger*.

The Supreme Court fremhevet først at Storkammeret i *Neulinger* gjentok meget av det som var sagt i *Maumousseau*. «The obligations of article 8 had to be interpreted taking into account of the Hague Convention (para 132).» Men Storkammeret hadde likevel kompetanse til å vurdere om den lokale domstolen hadde handlet i samsvar med EMK, og spesielt artikkel 8. «The decisive issue was whether a fair balance had been struck between the competing interests of the child, the parents and of public order, bearing in mind that the child's best interests must be the primary consideration (para 134).» Også i *Neulinger* fremheves at barnets beste er et underliggende prinsipp for Haagkonvensjonen. Men så siterer The Supreme Court de to avsnittene fra *Neulinger* som har skapt så stor bekymring. Det siste avsnittet (nr. 39) er det mest sentrale:

«39. In addition the Court must ensure that the decision-making process leading to the adoption of

the impugned measures by the domestic court was fair and allowed those concerned to present their cases fully... To that end the court must ascertain whether the domestic courts conducted an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what the best solution would be for the abducted child in the context of an application for his return to his country of origin. (See *Maumousseau and Washington*, para 74)».

The Supreme Court hevder at det Storkammeret her tilsynelatende gjør, er å snu «the swift, summary decision-making which is envisaged by the Hague Convention into the full-blown examination of the child's future in the requested state which it was the very object of the Hague Convention to avoid.» The Supreme Court nevner så tre senere saker hvor det var klaget over en avgjørelse om tilbakeføring, hvor EMD fant at det ikke forelå noen krenkelse av EMK artikkel 8 og at klagen var «inadmissible». Av særlig interesse er at retten trekker fram en uttalelse fra presidenten i EMD i et skriftlig innlegg til et seminar i mai 2011 hvor han hevder at «the logic of the Hague Convention is that a child who has been abducted should be returned to the jurisdiction best-placed to protect his interests and welfare, and it is only there that his situation should be reviewed in full.»

Han skriver videre at *Neulinger* «does not therefore signal a change of direction at Strasbourg in the area of Child abduction.»

Det er et viktig moment i *Neulinger* at Storkammeret traff sin avgjørelse først 5 år etter barnet ble bortført fra Israel. Det er da etter mitt syn ikke forbausende at retten kom til at det ikke ville være i barnets beste å returnere til Israel, og at moren ville oppleve det som en «disproportionate interference with her right to respect for her family life» hvis hun ble tvunget til å følge med barnet. Som The Supreme Court uttaler: «The violation in *Neulinger* arose, not from the proper application of the Hague Convention, but from the effects of the subsequent delay.»

Konklusjonen til The Supreme Court så langt er at både *Maumousseau* og *Neulinger* legger til grunn at rettigheter etter artikkel 8 må bli tolket og anvendt i lys både av Haagkonvensjonen og Barnekonvensjonen; at alle disse er utformet med barnets beste som «a primary consideration»; at nasjonale domstoler i bortføringssaker etter Haagkonvensjonen ikke kan tilbakeføre barnet automatisk og mekanisk, men må undersøke de særlige forhold rundt det enkelte barn i hver enkelt sak; men at dette er ikke det samme som en «full blown» vurdering av barnets fremtid. Hvis disse retningslinjer følges, er det meget lite sannsynlig at resultatet vil være i strid med artikkel 8. Retten slutter dette avsnittet med å fastslå at praksis fra

Strasbourg viser at i så godt som alle saker marsjerer EMK artikkel 8 og Haagkonvensjonen hånd i hånd.

The Supreme Court foretar deretter en inngående og interessant tolkning av Haagkonvensjonens artikkel 13b. Et viktig poeng er at det etter rettens syn ikke er grunn til å tolke artikkel 13b i Haagkonvensjonen innskrenkende, slik det ofte blir hevdet, fordi disse unntakene fra hovedregelen om tilbakeføring i seg selv er begrenset i sitt anvendelsesområde.

Så går retten over til å anvende tolkningsprinsippene på den konkrete saken. Den gjaldt to småjenter, 4 og 7 år gamle, med engelsk mor og norsk far. Foreldrene giftet seg etter at eldste datter ble født. Barna var født i Norge og de bodde der inntil deres mor i 2010 tok dem med til England i den hensikt å bosette seg der. Faren var ikke spurt og hadde ikke gitt samtykke til flyttingen fra Norge. Moren hadde en eldre datter på 17 år som hadde bodd sammen med familien i Norge, men som hadde dratt til England litt før moren.

Faren søkte sentralmyndigheten i Norge (jfr. Haagkonvensjonens artikkel 6) om at barna skulle returneres til Norge etter Haagkonvensjonens artikkel 12. Moren anførte at unntaksbestemmelsen i artikkel 13b måtte komme til anvendelse, og at en tilbakeføring av barna ville medføre en alvorlig risiko for at barna ville bli satt i en situasjon som ikke kan godtas. Det følger av artikkel 13b at forpliktelsen til å returnere barnet ikke gjelder dersom «det er alvorlig risiko for at tilbakeføring vil påføre barnet fysisk eller psykisk skade, eller på annen måte setter barnet i en situasjon som ikke kan godtas.» Moren kom med alvorlige beskyldninger mot faren, blant annet om fysisk vold mot andre mennesker, og mishandling av familiens kjeledyr. Han var dominerende, kontrollerende og både hun og barna var redd for ham. Selv led hun av en «mental disorder» som ville forverres dersom hun måtte returnere med barna til Norge. Hun hadde alltid vært den som tok seg mest av barna.

Faren benektet morens anførsler, men aksepterte at han kan bli sint, og at han hadde drept familiens katt fordi den var blitt farlig, og stedatterens kanin, fordi moren hadde bedt ham om det. Han hadde gjort forskjellige arrangementer for å berolige moren hvis hun kom til Norge, blant annet ville han flytte fra huset under barnefordelingssaken og ikke komme nærmere enn 500 meter, han ville betale for morens og barnas opphold og deponere penger for dette hos sin advokat, og han ville ikke prøve å ta barna fra morens omsorg. Underretten hadde kommet til at morens behov for medisinsk hjelp, underhold og trygghet ville bli møtt ved en retur til Norge, at de rettslige garantier for å beskytte barna var tilstrekkelige, og at det derfor var «overwhelmingly in the children's best interest» at de ble returnert til Norge slik at deres fremtid kunne bli avgjort der. Appellinstansene bygget i stor utstrekning på underret-

tens argumenter, og morens anke ble avvist både i appelldomstolen og i The Supreme Court.

The Supreme Court konkluderer i to meget leseverdige punkter. En viktig setning er denne: «Neulinger does not require a departure from the normal summary process, provided that the decision is not arbitrary or mechanical.» Videre fremheves at fysisk og psykisk vold mellom foreldre kan innebære en alvorlig risiko for barna. Men når det dreier seg om alvorlige beskyldninger som ikke er mulig å verifisere, må hovedfokus for vurderingen måtte bli om det er mulig å få på plass tilstrekkelige midler til å redusere risikoen. Jo sterkere behov for beskyttelse, jo mer effektive tiltak vil det være behov for. Det siste punktet inneholder en oppfordring både til foreldrene og til rettssystemet i Norge til å finne fram til en løsning som er til det beste for hele familien.

In the matter of E (Children) er et strålende eksempel på engelske dommer på sitt beste, og den anbefales varmt til førjulslesning.

Lucy Smith

ERSTATNINGSRETT

Erstatningsutmåling ved ansvar for advokat i egenskap av bostyrer i dødsbo. Høyesteretts dom 1. september 2011 (HR-2011-1644-A)

Innledning

Høyesterett avsa 1. september 2011 en dom om erstatningsutmåling.

I et dødsbo under offentlig skifte inngikk det et småbruk. Da skiftet ble åpnet i 2004 var bruket forsikret med fullverdidekning for blant annet våningshuset. Forsikringsdekningen var det arvelaterenes sønn A som hadde tatt hånd om. Boet fortsatte forsikringsavtalen i 2005. I 2006 sa imidlertid sønnen A opp forsikringsdekningen uten at bostyrer ble varslet om det. Senere samme år brant våningshuset ned til grunnen.

Av fire livsarvinger var en løst ut. De tre gjenværende, herunder A, fremsatte erstatningskrav mot advokaten som styrte boet, under henvisning til at det var uaktsomt å ikke påse at bruket fortsatt var forsikret. Advokaten fremsatte motkrav mot A, sva- rende til det beløp han selv eventuelt måtte bli idømt. Motkravet var begrunnet med at A handlet uaktsomt ved ikke å orientere advokaten om oppsigelsen av forsikringen.

Tingretten frifant advokaten. Lagmannsretten idømte advokaten ansvar på culpagrunnlag, og erstatningen ble utmålt ut fra eiendommens antatte omsetningsverdi. A måtte tåle medvirkningsreduksjon på 1/3. Arvingene anket til Høyesterett over rettsanvendelsen ved erstatningsutmålingen, og advokaten innga avledet anke for så vidt gjaldt

ansvarsgrunnlag, erstatningsutmåling, lemping og medvirkning samt motkravet mot A. Mens anken ble tillatt fremmet, ble den avledede anken nektet fremmet hva gjaldt ansvarsgrunnlag og motkravet mot A. For øvrig ble også den avledede anken henvist.

Utmålingsspørsmålet – hvilken type forsikring skulle ha vært tegnet?

Hovedspørsmålet var om det ved erstatningsutmålingen skulle tas utgangspunkt i eiendommens antatte omsetningsverdi, eller i stipulerte utgifter til gjenoppføring. Ettersom eiendommen var konsesjonspliktig og lå i et område med begrenset etterspørsel, ville den antatte omsetningsverdi være nokså lav. Dersom advokaten som bostyrer bare hadde tegnet en førsterisikoforsikring, ville forsikringsoppgjøret tatt utgangspunkt i omsetningsverdien. Dersom advokaten derimot hadde besørget en fullverdiforsikring ville det gitt boet dekning for kostnadene til gjenoppføring.

Høyesterett tar utgangspunkt i at utmålingen bygger på en differansebetraktning mellom hhv. erstatningsbetingende og ikke-erstatningsbetingende adferd fra bostyrerens side. I et tilfelle som det foreliggende blir imidlertid ansvars- og utmålingsspørsmålene vanskelig å holde klart fra hverandre. Lagmannsretten hadde stort sett uttrykt det «negative» at bostyreren opptrådte uaktsomt ved ikke å besørge forsikringsdekning, men ikke det «positive» om hva han nærmere skulle ha gjort, dvs. hvilken forsikring han skulle ha tegnet. Slik sett fortsatte på sett og vis Høyesterett lagmannsrettens culpa-drøftelse ved en nærmere konkret vurdering av om bostyreren også ville være å bebreide dersom han bare hadde tegnet en førsterisikoforsikring. Ut fra de konkrete omstendighetene ble det – tilsynelatende under en viss tvil – besvart positivt. I denne vurderingen ble det blant annet vektlagt hvor store ulikheter det ville bli i forsikringsutbetalingene mellom de to forsikringstypene på grunn av konsesjonsplikten og den noe tunge omsetteligheten av eiendommen.

Dekningen ved en fullverdiforsikring

Høyesterett var imidlertid ikke enig med kravstiller i at «fullverdiforsikringsalternativet» tilsa at erstatningen skulle utmåles ut fra gjenoppføringskostnadene, og uten hensyn til eiendommens slit og elde m.v. Høyesterett viste til vilkårene i den forsikringen som var tegnet for eiendommen inntil sønnen sa den opp. Disse vilkårene ble antatt å være gjengs på tidspunktet. Betingelsene for å kunne kreve forsikringsoppgjøret kalkulert ut fra gjenoppføringskostnader var blant annet at «eier, ektefelle/samboer eller livsarving» gjenoppfører bygningen innen fem år «på samme grunnmur eller tun» og «til samme formål». Dersom disse vilkårene ikke var innfridde, ville dekningen være begrenset til «bygningens omsetningsverdi før skaden», men «likevel ikke

lavere enn 20 % av gjenoppføringsprisen». Høyesterett fant at dette siste utgangspunktet måtte legges til grunn for oppgjøret, blant annet da det var uavklart hvordan arvingene ville forholdt seg til en eventuell gjenoppføring av bygget gitt at det hadde foreligget forsikringsdekning. Partene var enige om størrelsen på forsikringssummen for så vidt dette alternativet ble lagt til grunn (kr. 680.000,-).

Medvirkning

A aksepterte å ha medvirket på en slik måte at det burde føre til reduksjon, og anførte at erstatningen hans burde reduseres med en tredjedel. Høyesterett fant ham imidlertid så vidt vesentlig å klandre at erstatningen ble redusert til det halve.

Lemping

I tilknytning til spørsmålet om lemping av advokatens ansvar, ble det kort påpekt at det var tale om et profesjonsansvar, og at han hadde stilt sikkerhet på kr. 600.000,-, mens det totale erstatningsansvaret ble stipulert til kr. 567.500,-.

Kommentar

Dommen er ikke særlig prinsipiell, og ville for så vidt blitt et mer sentralt prejudikat dersom Høyesterett hadde hatt til behandling spørsmålet om rekkevidden av advokatansvaret i tilfeller hvor skaden har oppstått mens advokaten har vært i rollen som bostyrer. Antagelig ble ansvarsspørsmålet i saken vurdert å bero for mye på konkrete spørsmål om hva som var avtalt og sagt mellom partene, til at det egnet seg til høyesterettsbehandling.

Dommen gir således neppe mye nytt med hensyn til prinsippene for erstatningsutmåling. Den er likevel noe interessant som illustrasjon av hvordan ansvars- og utmålingsspørsmål i en del tilfeller vanskelig kan holdes fra hverandre. Også spørsmålet om medvirkning er så konkret og knapt begrunnet at dommen byr på lite prinsipielt i denne forbindelse. Spørsmålet om lemping synes ei heller å ha bydd Høyesterett på særlig tvil.

Bjarte Thorson

Erstatningsmessigheten av tap for etterlatte av (sparing til) fremtidig forsørgelse etter skadeserstatningsloven § 3-4. Høyesteretts dom 27. september 2011 (HR-2011-1805-A)

Høyesterett avsa 27. september 2011 en dom om utmålingen av erstatning for tap av forsørger etter skadeserstatningsloven 13. juni 1969 nr. 26 § 3-4. Spørsmålet var om sparing til forsørgelse i pensjonsalderen kunne anses som forsørgelse i bestemmelsens forstand. En enstemmig Høyesterett fant at spørsmålet måtte besvares benektende, men én dommer hadde en avvikende begrunnelse for resultatet.

Rettslige utgangspunkter

Forsørgertapsperstatning etter skadeserstatningsloven § 3-4 bygger på at det kun er tapet av midler som ville blitt brukt til forsørgelse av den etterlatte erstatningssøkeren som kan kreves erstattet. Det gjelder grovt sagt de midlene som ville bli brukt for å opprettholde en alminnelig tilv ant levestandard for vedkommende, så langt denne er resultat av avdødes forsørgelse. Sparing inngår ikke i forsørgelsesbegrepet, jf. blant annet NOU 1994:20 side 55 og Rt. 1976 side 1302 (på side 1307); sparing er en avsetning av de midlene som overstiger det som går med til forbruk i form av enten forsørgelse eller «ren luksus».

Lovens § 3-4 fastsetter også at det skal tas hensyn til etterlattes muligheter for å forsørge seg selv. I dette er det forstått å ligge en «omstillingsplikt», dvs. at etterlatte ikke kan kreve erstattet tap av forsørgelse i den grad han eller hun selv har muligheter til å bidra til sin forsørgelse. Den perioden frem til denne «plikten» tar helt over og tilsier at det ikke lenger er grunnlag for å anse noe økonomisk tap av bortfalt forsørgelse å foreligge, kan betegnes som «tapsperioden».

I Bastrup-dommen, Rt. 1998 side 639, ble det likevel lagt til grunn at nedbetaling av boliglån inngår i forsørgelsesbegrepet. Begrunnelsen var at det er nødvendig at dette – til tross for at det er en type av kapitaloppbygning – er erstatningsmessig for at erstatningen skal kunne bidra til at etterlatte kan opprettholde en tilv ant levestandard.

Med reservasjon for rent «luksusforbruk» er det altså nettopp forbruk til fordel for etterlatte som er erstatningsmessig. Spørsmålet i angjeldende dom var om sparing til senere slikt forbruk, kunne inngå i erstatningen.

Faktum

Etter at A hadde omkommet i en drukningsulykke i 2004, ble det avdekket at det hadde foreligget svikt hos AMK-tjenesten. Norsk pasientskadeerstatning fattet derfor 27. januar 2006 vedtak om ansvar, og vedtak om utmålingen ble fattet 14. januar 2008. I vedtaket ble det lagt til grunn at forsørgertapet til ektefellen måtte fastsettes ut fra et særforbruk på 65 % hos avdøde, slik at enken ble tilkjent 35 %. Bakgrunnen var at avdøde hadde spart et nokså betydelig beløp årlig som ble lagt til hans særforbruk. Tapsperioden ble satt til fem og et halvt år.

Enkens klage til Pasientskadenemnda førte ikke frem, og nemnda ble frifunnet både i ting- og lagmannsretten. Til Høyesterett ble det ikke anket over tapsperiodens lengde, kun over fordelingen av særforbruk. Hun anførte for Høyesterett at sparing med sikte på senere forbruk («pensjonssparing») ikke kunne betraktes som en formuesoppbygning, men måtte vurderes på linje med andre utgifter som er nødvendige for å opprettholde den tilvante levestandard.

Høyesteretts vurdering og konklusjon

Høyesterett presiserte innledningsvis at tapet av økonomisk forsørgelse, ikke behøver å være like stort som det økonomiske tapet. Videre ble det lagt til grunn at Bastrup-dommen representerer et unntak fra hovedregelen om at kapitaloppbygning ikke er erstatningsmessig. Sparing til fremtidig forsørgelse vil likevel kunne være dekningsmessig dersom den fremtidige forsørgelsen vil finne sted i tapsperioden. I så fall må man imidlertid neddiskontere det fremtidige forsørgelsestapet på vanlig måte, og det har slik sett ikke betydning at man får en form for «indirekte» erstatning for sparing. Når det i saken var tale om sparing til fremtidig forbruk etter tapsperiodens utløp, kunne dette derimot ikke være erstatningsmessig. Det ville innebære at etterlatte fikk erstatning for tap utenfor tapsperioden.

Mindretallet på én dommer fant ikke å kunne legge avgjørende vekt på at det forsørgertapet som ble gjort gjeldende, ville oppleves etter tapsperioden. Han mente at sparing uansett lå utenfor forsørgertapet.

Kommentar

Dommen slår fast utgangspunktet om at kapitaloppbygning ikke er forsørgelse i henhold til skadeserstatningsloven § 3-4. Det innebærer at Bastrup-dommen må forstås som å inneholde en særregel. I Bastrup-dommen ble det lagt til grunn at nedbetaling (og renter) av boliggjeld inngikk i forsørgelse. Begrunnelsen var imidlertid at dette var nødvendig for at de etterlatte kunne opprettholde en tilv ant levestandard. Dommen er altså ikke et prejudikat for at kapitaloppbygning forøvrig kan inngå i forsørgelse, og angjeldende dom slår fast at Bastrup-dommen ikke gir rom for noen generell utglidning av begrepet «forsørgelse». Den angir kun et noe pragmatisk begrunnet unntak av hensyn til at formålet med § 3-4 forøvrig kan realiseres.

Rettspolitisk er det etter mitt syn ikke noe generelt å utsette på den foreliggende dommen. Oppspart kapital går i arv, og det er liten grunn til at skadevolder skal pålegges å bidra til kapitaloppbygning hos etterlatte som ikke arver hele eller deler av det oppsparte. Annenvoterende går noe lenger enn flertallet. Annenvoterende har et poeng hvis man legger avgjørende vekt på synspunktet om «tilv ant levestandard». Selv om det er tale om sparing som skulle brukes til forbruk innenfor tapsperioden, så vil det kunne ligge i dette at det er tale om midler som skulle bidra til høyere levestandard senere og som følgelig ikke er «tilv ant» Hvis midlene hadde vært nødvendig for forsørgelse, så ville de presumptivt ha blitt forbrukt. Førstvoterende for flertallet peker imidlertid på at dette beror på en konkret vurdering, og det synes hensiktsmessig å holde åpent for eksempelvis tilfeller hvor et eldre par legger til side midler for å sikre en viss levestandard hvor de løpende inntektene påregnes å gå ned, selv om sparingen som sådan

i en forstand nødvendigvis innebærer et overskudd i forhold til den forsørgelse som har funnet sted.

Bastrup-dommen har vært noe omdiskutert i juridisk teori. Det overordnede spørsmålet er for så vidt om det er rimelig at skadevolder må bidra til å bygge opp kapital hos etterlatte, og interessante rettspolitiske betraktninger finnes for eksempel hos Aslak Syse: Tap av forsørger – økonomisk gevinst? *Lov og rett* 1999 side 47 flg. Samme dag som angjeldende dom ble avsagt, la det såkalte Personskadeutvalget frem sin NOU 2011:16 om standardisering av personskadeerstatning. Utvalget, ledet av professor Bjarte Askeland, har vært sammensatt av advokater fra både «skadevoldersiden» og «skadelidtesiden», så vel som representanter fra Forbrukerrådet, FFO, LO og NHO. Det generelle synet kommer blant annet til uttrykk hvor utvalget uttaler:

«Etter Utvalgets skjønn kan ikke en standardisert erstatning med åpne øyne legge opp til at de etterlatte skal få bygget opp formue på skadevolders bekostning. Etter omfattende drøftelser har Utvalget derfor endt opp med løsninger som avviker noe fra rettspraksis på dette punktet. Dette er begrunnet i normative, skjønsmessige vurderinger foretatt for å kunne lage en helhetlig, standardisert erstatningsordning.»

Bjarte Thorson

En Høyesterettsdom om Lovvalg, erstatning for straffbare handlinger begått av utlending i utlandet er behandlet under Internasjonal privatrett.

FAMILIERETT

Lemping og vederlagskrav i samboerforhold. Høyesteretts dom av 19. september 2011 (HR-2011-1739-A)

Høyesterett har nylig avsagt to dommer om oppgjøret i samboerforhold. Sakene ble tatt under felles behandling, og den første dommen – HR-2011-1739-A – er den prinsipielt viktige. Hovedinntrykket er at både terskelen for lemping og for tilkjenning av vederlag ligger høyt, og at kriteriene for utmåling er strammet inn.

Saken gjaldt et samboerpar hvor ingen av partene hadde nettoformue ved samlivsstart i 1991, men hvor mannen eide en bolig som var henimot fullt lånefinansiert. De første fem årene av samlivet tok kvinnen seg av parets to felles barn, og gikk deretter tilbake til inntektsgivende arbeid. I de neste seks-syv årene tjente hun nesten dobbelt så mye som mannen – han var da engasjert i å bygge opp egen næringsvirksomhet. De siste fire-fem årene av samlivet var hennes inntekt betydelig lavere enn hans. I denne perioden hadde hun ene-ansvaret for barna i lengre tidsrom mens mannen bygget opp næringsvirksomheten i utlandet. Hennes inntekt under samlivet gikk til dekning av familiens forbruksutgifter. Etter seksten års

samliv sto hun igjen ubemidlet, mens mannen eide en nedbetalt bolig og et firma, hvilket utgjorde en nettoverdi på til sammen rundt fem millioner kr.

Lemping av avtalen

Kvinnen hadde etter bruddet i 2007 inngått en oppgjørsavtale med mannen hvor han etterga et lån på ca. 112 800 kr. Han ga henne også et usikret topp-lån på 200 000 kr med åpning for ettergivelse på noe uklare vilkår. Til sist i avtalen het det at dette «avslutter alle krav mellom partene ifm. samlivsbruddet. Det er intet mer å kreve mellom partene.» Et par år senere angret kvinnen og mente at avtalen måtte lempes etter avtaleloven § 36. Hun viste blant annet til at hun ikke var klar over mannens gode økonomiske stilling da avtalen ble inngått. Lagmannsretten kom til at avtalen måtte settes til side så langt den utelukket ytterligere vederlagskrav, og fant at vederlag på 500 000 kr var passende i saken, slik at dommen lød på utbetaling av rundt 387 000 kr.

I Høyesterett fikk kvinnen ikke medhold i kravet om lemping. Førstvoterende påpeker innledningsvis at det etter hans syn ikke var noe ved avtaleinngåelsen «som i seg selv og alene» (18) tilsa tilsidesettelse. Skulle avtalen underkjennes, måtte det derfor være fordi den har fått et urimelig innhold. Retten viser til at listen for lemping etter avtaleloven § 36 ligger høyt. Blant annet under henvisning til at utgangspunktet for rimelighetssensuren er et annet i ekteskap enn i samboerforhold, hvor det er alminnelige formuerettslige regler som får anvendelse, uttaler han at «selv om ekteskapsloven § 65 er utformet etter mønster fra avtaleloven § 36, bør det etter mitt syn kreves noe større grad av urimelighet for at en oppgjørsavtale mellom tidligere samboere skal settes til side som stridende mot avtaleloven § 36, enn tilfellet er for lemping av skifteavtaler mellom ektefeller etter ekteskapsloven § 65.» (avsnitt 19). I denne saken kom førstvoterende til at hun maksimalt ville hatt krav på 200 000 kr i vederlag (se nedenfor). Han fant det da klart at avtalen ikke kunne lempes, og la til at resultatet etter hans syn ville blitt det samme om vederlagskravet hadde vært på 500 000 kr. I den konkrete begrunnelsen for ikke å lempe vises det til at kvinnen hadde fått et usikret topplån på 200 000 kroner som gjorde det mulig for henne «å etablere seg i egen bolig etter samlivsbruddet» (43). Det er naturlig å forstå uttalelsen slik at retten fant at kvinnens mest akutte økonomiske behov dermed var tilgodesett.

Vederlagskravet – utgangspunkter

Som ledd i spørsmålet om avtalen kunne lempes, vurderte Høyesterett om kvinnen ville hatt krav på vederlag dersom hun ikke hadde inngått noen avtale som avskar ytterligere krav. Førstvoterende slår fast at grunnvilkåret for tilkjenning av vederlag er at samboeren har tilført den andre «en betydelig

økonomisk fordel i form av berikelse eller besparelse» og at fordelene vil være bestemmende for det maksimale omfang av vederlagskravet. (29). Vederlag tilkjennes bare «dersom – og så langt – rimelighetshensyn samlet sett krever at det skjer en korreksjon i form av vederlag». (32). Dette er de samme to hovedvilkårene for tilståelse av vederlagskrav som Høyesterett la til grunn i Rt. 2000 s. 1089 (Stell- og pleiedommen). Det kan reises spørsmål om det har skjedd en innstramning ved bruken av ordet «betydelig» (synonymt «vesentlig»). I Rt. 2000 s. 1089 (på s. 1095) het det nemlig at normalt vil et vederlag bare kunne tilkjennes i de tilfellene der den økonomiske fordel «ikke er uvesentlig». Når den uttalelsen ikke kommenteres, men det tvert om sies at kravet om «betydelig fordel» er i tråd med tidligere praksis fra Høyesterett, oppstår en viss tvil på dette punkt. Selv om ordbruken kan signalisere en innstramning, tror jeg ikke man skal legge for mye i dette. I praksis har nok minstegrensen i samboerforhold også tidligere vært oppfattet dithen at det kreves en betydelig fordel, jf. også minstekravet om «vesentlig» medvirkning i særeieforhold etter ekteskapsloven § 73. I den konkrete vurderingen konstaterer førstvoterende for øvrig at en økonomisk fordel på 500 000 kroner «uten videre» (39) er en betydelig økonomisk fordel.

Når det gjelder beregningen av den økonomiske fordelene, siterer Høyesterett fra lagmannsrettens dom, hvor det vises til at kvinnen hadde hovedansvaret for hus og barn, og at hun hadde brukt det alt vesentlige av sin inntekt på familiens forbruk. Hun frigjorde tid og kapital for mannen til å investere i bolig og næringsvirksomhet (avsnitt 34).

Førstvoterende presiserer at det ikke er anket over bevisbedømmelsen, og at lagmannsrettens redegjørelse her angår det faktiske grunnlaget. Førstvoterende gir imidlertid sin tilslutning til hovedtrekkene i den rettslige vurderingsmåten når han uttaler: «Jeg forstår lagmannsretten slik at den først og fremst knytter As [kvinnens] bidrag til det forhold at B har kunnet disponere sin inntekt slik at han fikk betale renter og avdrag på boliglånet, og at hun dessuten gjorde det mulig for ham å bruke tid på å bygge opp egen næringsvirksomhet.» (35)

Derimot tar Høyesterett ikke standpunkt til detaljene i lagmannsrettens fastsetting av fordelens størrelse som skjedde med utgangspunkt i «mer sjablonmessige beregningsmåter». Førstvoterende gikk ut fra at lagmannsretten hadde verdsatt kvinnens samlede bidrag til om lag 500 000 kr, og presiserte at dette i første rekke skjedde ut fra en konkret bevisbedømmelse som han ikke hadde noen foranledning til å fravike, jf. avsnitt 36.

Evne- og halvpartsprinsipp

Men på ett punkt går Høyesterett dypere inn i vurderingen. Retten reiser spørsmål om utgiftene skal belastes etter evne, dvs. prosentvis i forhold til

inntekten, eller med en halvpart på hver, ved beregningen av hvilken økonomisk fordel som er tilført. Førstvoterende uttaler at et evneprinsipp «kunne, etter mitt syn, kanskje være aktuell for ektefeller, som har en gjensidig underholdsplikt blant annet ut fra økonomisk evne. En slik underholdsplikt foreligger derimot ikke for samboere, og jeg viker for min del tilbake for å bygge på et evneprinsipp for samboere ut fra rene rimelighetsbetraktninger. Det er tvert imot naturlig å ta utgangspunkt i at familiens felles forbrukskostnader deles likt mellom samboerne, slik at det først blir aktuelt å snakke om en økonomisk fordel for den ene dersom den andre betaler mer enn sin halvdel.» (30). I denne drøftelsen viser førstvoterende til artikkelen Vederlagskrav i samboerforhold i *FAB (Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål)* 2003 s. 249 flg., hvor jeg tar til orde for et evneprinsipp fremfor et halvpartsprinsipp. Det kan nå konstateres at evneprinsippet ettertrykkelig er avvist – i alle fall som fordelingsprinsipp i samboerforhold.

Det kan imidlertid se ut til at Høyesterett i realiteten legger et tredje prinsipp til grunn, et prinsipp hvor bokostnader, dvs. boliglånsrenter, vedlikehold mv., ikke er medregnet i «familiens felles forbrukskostnader». Det kan man slutte av at Høyesterett i rimelighetsvurderingen av om vederlag skal tilstås, uttaler at det må tas hensyn til... «verdien det hadde for A å kunne bo i B's hus i 16 år uten å ha egne kostnader knyttet til selve eiendommen». (40) I denne saken var boligen henimot fullt ut lånefinansiert ved samlivets start, og dersom kvinnen allerede er belastet halvparten av samtlige forbruksutgifter (inkludert boligrenter, vedlikehold mv.) i beregningen av den økonomiske fordel, har hun jo nettopp ikke bodd vederlagsfritt, men har allerede dekket halvparten av utgiftene. (I den grad boligen hadde vært nedbetalt ved samlivsstart, ville det stilt seg annerledes). Boligrenter, alminnelig vedlikehold mv. er i utgangspunktet en del av familiens forbruk, i motsetning til låneavdrag, som utgjør investeringen, se Sverdrup, *FAB* 2003 s. 276. Men Høyesterett ser altså ut til å holde boligrenter utenfor «familiens felles forbrukskostnader» som skal belastes med en halvpart ved beregningen av den økonomiske fordelene. Hvorvidt det samme skal gjelde for husleie – som også kan omfatte betydelige renteutgifter – er uklart.

Verdistigning

I denne saken hadde boligen steget i verdi til det tredobbelte under samlivet som følge av prisstigningen. Høyesterett slår fast at verdistigning som skyldes alminnelig markeds- og prisutvikling på boligen etter 1992 ikke skal tas med ved beregningen av den økonomiske fordelene, jf. avsnitt 37 og avsnitt 40. Ved forøkelse av den andres særeie har Høyesterett derimot i flere saker kommet til at markedsstigningen skal medtas i denne ytre rammen, jf. el. § 73.

Førstvoterende begrunner forskjellen blant annet med at særreie tilfellene må ses i lys av hovedregelen om likedeling av felleseiemidler i ekteskapet.

I denne saken, hvor boligen ble anskaffet før samlivet, kan resultatet sies å være i tråd med alminnelige utmålingsprinsipper for en økonomisk fordel. Verdistigningen ville blitt like stor om kvinnen ikke hadde bidratt til nedbetalingen av lånet. Men i dommens avsnitt 38 stilles en slik nominell verdi også opp som en generell ytre ramme ved fordelsberegningen. Førstvoterende synes å mene at dette følger av at det dreier seg om et restitusjonskrav på ulovfestet grunnlag og uttaler at restitusjonskravet da ikke «kan overstige det som er tilført den ene samboeren fra den andre.» Selv om en verdistigning godt kan være «tilført fra den andre», fremgår det av sammenhengen at førstvoterende med denne formuleringen mener å avskjære verdistigning fra fordelsberegningen. Denne begrunnelsen er overraskende, for i berikelses- og restitusjonstilfellene beregnes den økonomiske fordelingen med utgangspunkt i den berikedes økonomiske stilling, og ofte ut fra en skjønnsmessig vurdering hvor den berikede skal bli stilt i samme økonomiske situasjon som om verdioverføringen ikke hadde funnet sted. (Se Hellner: *Obehørig vinst* s. 159–164, Vinding Kruse: *Restitutioner* s. 163–169, Krokeide i *TfR* 1982 s. 437–438, Monsen *JV* 2005 s. 163).

I Danmark, hvor det i rettspraksis er utviklet lignende kompensasjonsregler i samboerforhold basert på berikelsessynspunkter, medtas verdistigning i fordelsberegningen, jf. blant annet U 1980.480 HD. Det er her bare snakk om den ytre rammen for fordelingen, i begge land tilstås vederlagskrav bare unntaksvis og med reduserte beløp.

Førstvoterende lar det «stå åpent om det kan tenkes unntak» (38). Når boligen anskaffes under samlivet, kan man i en del tilfeller gå ut fra at eiersamboeren ville ha kjøpt en noe mindre bolig, og dermed fått mindre verdistigning hvis han ikke hadde hatt kapital fra den andre tilgjengelig, eller ikke kunne basere seg på den andres bidrag ved tilbakebetalingen av lånet. Samboere utgjør i denne sammenheng en investeringsenhet, de må bo i den samme boligen og normalt nøye seg med én bolig. Den som bidrar til den andres boliganskaffelse er derfor ofte avskåret fra selv å ta del i prisstigningen i boligmarkedet, og har derved også lidd et tap av verdistigning. Men det er nok neppe slike, mer utbredte, tilfeller førstvoterende har hatt i tankene med sin reservasjon. Jeg oppfatter det som en snever unntaksmulighet.

Rimelighetsvurderingen

Førstvoterende konkluderer som nevnt med at det ikke var foranledning til å fravike lagmannsrettens fastsettelse av den økonomiske fordelingen til 500 000 kr. Når det gjelder terskelen for vederlag påpeker førstvoterende innledningsvis: «At den ene samboeren har fått en betydelig berikelse eller

besparelse som følge av bidrag fra den andre, er ikke tilstrekkelig til å begrunne et restitusjonskrav. Tvert imot vil man - i mangel på avtale - måtte bygge på at samboere yter til livsfellesskapet uten at det blir spørsmål om å jevne ut eventuelle mellomværende når samboerskapet en gang tar slutt, ved samlivsbrudd eller ved død.» (31)

Det vises deretter til at vederlag bare skal tilkjennes unntaksvis.

Når det gjelder momentene, peker retten på flere forhold som vil være av betydning ved rimelighetsvurderingen, «blant annet partenes forutsetninger, bidragets art og omfang, samlivets varighet og partenes økonomiske stilling.» (32)

I den konkrete begrunnelsen viser førstvoterende til at samlivet varte i 16 år. Det vises videre til at kvinnen «gjennom disse årene investerte det meste av sin tid og økonomi på familien. Hun bidro derved til oppbygging av Bs formue, mens hun selv ble stående tilbake uten nevneverdige midler da samlivet opphørte i 2007. Det må samtidig tas hensyn til verdien det hadde for A å kunne bo i Bs hus i 16 år uten å ha egne kostnader knyttet til selve eiendommen.» (40). Fordi boligen var henimot fullt ut belånt da samlivet startet, forutsetter dette siste momentet som nevnt at kvinnen ikke allerede er belastet halvparten av boutgiftene ved beregningen av den økonomiske fordelingen.

Høyesterett legger til grunn at kvinnen ved samlivets opphør hadde kunnet gjøre gjeldende et vederlagskrav mot mannen. Førstvoterende tok ikke stilling til den nøyaktige summen, men antok at «kravet i hvert fall ikke hadde oversteg 200 000 kroner.» (41)

Henvisningen til at kvinnen bodde vederlagsfritt, er det eneste argumentet som nevnes i kvinnens disfavør, men det kan ikke forstås slik at forskjellen mellom 500 000 kr og 200 000 kr, skyldes dette momentet. Vederlag skal som nevnt bare tilkjennes unntaksvis, det er derfor tilståelsen av vederlag som må begrunnes, ikke unnlåtelsen av å tilkjenne vederlag. I selve lempings spørsmålet legger for øvrig førstvoterende vekt på at kvinnen hadde etablert seg i egen bolig, jf. foran. I en ren vederlagssak ville det vært naturlig å tillegge dette momentet vekt i rimelighetsvurderingen av om vederlag skal tilkjennes.

Vederlagskrav i samboerforhold. Høyesterettsdom av 19. september 2011 (HR-2011-1740-A)

I denne saken hadde samboerne bodd sammen i syv år og de hadde ikke barn sammen. Mannen eide en bolig som var lånefinansiert ved forholdets begynnelse, men til forskjell fra den første saken var bare deler av boliglånet nedbetalt da samlivet var over. På samme måte som i den første saken gikk kvinnens inntekter til familiens forbruk, og hun sto derfor uten midler ved samlivets opphør. Men i denne saken hadde hun hatt en langt lavere inntekt enn mannen,

antakelig hadde hun maksimalt stått for en fjerdedel av parets samlede inntekter under samlivet.

Retten viser innledningsvis til HR-2011-739-A, og gjentar de prinsipielle utgangspunktene fra denne dommen. I den forbindelse uttaler førstvoterende blant annet at det «ved vurderingen av om en av partene har krav på vederlag fra den annen, er det – i mangel av avtale om noe annet – naturlig å ta utgangspunkt i at samboere svarer for halvparten av deres felles forbrukskostnader. Det kan derfor bare være tale om en berikelse for A dersom B har dekket mer enn sin halvdel av deres felles forbruk.» (21)

Retten kom til at kvinnen ikke hadde tilført mannen noen økonomisk fordel. Det vises til at kvinnen [B] hadde bidratt med i overkant av 10 000 kr per måned til partenes samlede kostnader, og at det var enighet mellom partene om at mannen hadde betalt vesentlig mer. Dette skulle egentlig vært tilstrekkelig til å avvise kravet ut fra halvpartsprinsippet, men førstvoterende begrunner det videre: «Bs betaling på 10 000 kroner skulle dekke alle utgifter til hennes livsopphold; herunder blant annet tilgang til bolig, bil, mat og hundehold. Beløpet overstiger ikke det som var nødvendig for å dekke hennes eget forbruk. Jeg finner det derfor klart at B ikke har tilført A en økonomisk fordel. Det er da ikke grunnlag for noe restitusjonskrav.» (24)

Tatt i betraktning kvinnens lave inntekt og at hun heller ikke hadde hjemmearbeid av betydning å vise til, er resultatet ikke overraskende.

Sluttkommentar – de to dommene

Tilkjenning av vederlag i samboerforhold er avhengig av konkrete vurderinger med stort rom for skjønn, dermed fremmer reglene konflikter og vanskeliggjør et godt samarbeid mellom samboerne etter bruddet. Særlig der det er barn i forholdet, er dette uheldig. Det kan også lett bli et misforhold mellom saksomkostningene og det beløpet partene kan regne med å få tilkjent. I dette perspektivet må man hilse velkommen de nye høyesterettsdommene som legger listen for tilkjenning av vederlagskrav høyt. I de senere år har det kommet et stadig økende antall saker for domstolene, og Høyesterett har nå gitt et sterkt signal om at det er små muligheter for å nå frem med et krav. Samtidig har det blitt vanskelig for indirekte bidragsyttere å forhandle «in the shadow of the law».

I samboerforhold er det tunge mekanismer som – kombinert med gjeldende regler – lett kan lede til et økonomisk uføre for den som yter de indirekte bidragene. I den første dommen kunne kvinnen vise til en betydelig innsats hjemme og ute i løpet av det seksten år lange samlivet. Vederlagskravet som Høyesterett maksimalt ville ha tilkjent henne, var på fire prosent av mannens formuesoppbygging under samlivet. Til sammenligning tilkjennes det i Danmark normalt 10–25 % av formueoppbyggingen i saker med indirekte bidrag (Lund-Andersen, *Familieøkonomien*

2011 s. 409). Høyesterett har med disse dommene ført oss fra tet-plass til jumboplass i Norden når det gjelder vederlagskrav til samboere. Det gir etter mitt syn et kraftig signal til lovgiver om at oppgjøret i samboerforhold bør lovreguleres.

Tone Sverdrup

Litteratur

Peter Lødrup og Tone Sverdrup, *Familieretten*, 7. utg. 2011. 443 sider.

Siste utgave kom i 2009. Boken er ajourført med rettspraksis frem til 2010. Lovendringer som er behandlet i boken ligger i det alt vesentlige innenfor emnet barn og foreldre.

Peter Hambro

Borgarting lagmannsretts dom 27. september 2011 (LB-2010-1077921)

Ektepakt med «avtrappingsklausul» samt el § 46 annet ledd om lempning eventuelt vederlag.

Fakta

A og B traff hverandre i 1984, flyttet sammen i 1993 og giftet seg i 1997. I 1995 startet de næringsvirksomhet sammen innen import og engroshandel med vin og brennevin. Kort tid før de giftet seg i 1997 opprettet de en ektepakt hvor det var bestemt at det hver eide ved inngåelsen av ekteskapet skulle være særeie og at «firmaene» skulle være Bs (mannen) særeie. Her var også avtalt at ved oppløsning av ekteskapet skulle hun – A – få angitte prosentandeler av firmaet avhengig av ekteskapets varighet. Disse var angitt som 5 % etter 1 år, 10 % etter 5 år, 15 % etter 10 år og 25 % etter 20 år. I ektepakten het det at hun skulle «motta følgende prosentvis andel av aksjene,». Firmaet gikk tydeligvis meget bra og det ble i årenes løp tatt ut betydelige midler som utbytte som ble investert i andre aktiva. I 1997 hadde firmaet en egenkapital på 6.5 mill svenske kroner. Da de ble separert i 2007 hadde firmaet en verdi på mellom 30–60 mill. Investeringene som var blitt foretatt var avkastning og ombytting og derfor Bs særeie. A hevdet at en slik klausul om nedtrapping er i strid med el. § 42 annet ledd og at hele ektepakten da måtte bli ugyldig.

Resultatet

Avtrappingsklausulen ble godkjent av både tingretten og lagmannsretten. Lagmannsretten viste først til NOU 1987:30 s. 115 om behovet for å tidsbegrense en avtale om særeie. Videre ble nevnt to avgjørelser fra Hålogaland – LH-1994-389 og LH-1999-83 hvor det var lagt til grunn at trinnvis nedtrapping av særeie ikke kan godtas. Begge sakene gjaldt kjæremål over tinglysingsnektelse besluttet av Ektepaktregisteret.

I Lødrup/Holmøy kommentarutgaven til ekteskapsloven (2001) s. 283 heter det imidlertid at «en nedtrapping av særålet etter ekteskapets lengde kan være velmotivert, og en slik løsning strider heller ikke mot ordlyden i § 42.» Det nevnes der også at det ikke er noen reelle hensyn som taler mot en slik ordning og ektefellene kan allikevel på en mer komplisert måte komme til samme resultat. Videre aksepteres slike klausuler i dansk rett. Lagmannsretten oppsummerte slik: «Avtaler om avtrapping av særålet etter ekteskapets lengde kan ha gode grunner for seg. Den omstendighet at det i det foreliggende tilfellet er avtalt en avtrappingsklausul i flere trinn, gjør ikke formuesordningen spesielt komplisert, og selve avtrappingsklausulen byr heller ikke på spesielle tolkingsvanskeligheter.» I Lødrup/Sverdrup *Familieretten* heter det på side 183 at slike klausuler innholdsmessige er kvalitativt positive. Det vises der også til en uttalelse fra NOU 1987:30 om at en slik trapp neppe bør godtas, men de tilføyer at dette er «en uttalelse vi ikke finner avgjørende når andre argumenter trekker i motsatt retning.»

Subsidiært hadde A påstått at ektepakten var urimelig overfor henne og at den måtte lempes etter el. § 46 annet ledd eller at hun ble tilkjent et vederlag. Når det gjaldt forståelsen av el. § 46 annet ledd ble det vist til NOU 1987:30 s. 146, Lødrup/Holmøy 2. utg. 2001 s. 307 og Rt. 1999 s. 718. Ut fra disse rettskildene er det klart at lempningsbestemmelsen i § 46 annet ledd bør anvendes med forsiktighet. I Rt. 2006 s. 833 ble det videre nevnt at tilkjennelse av et vederlagskrav kunne være et mindre inngrep i ektepakten enn hel eller delvis tilsidesettelse. I den konkrete vurdering ble det lagt vekt på ekteskapets varighet samt varigheten av det tidligere samboerforholdet. Et viktig moment var at inngåelsen av ektepakten innebar en betydelig formuesoverføring fra A til B. Uten ektepakten hadde A vært sameier i alt som var anskaffet under ekteskapet ved ombytting og avkastning. Det siste viktige moment var at den økonomiske skjevfordelingen i den foreliggende sak var meget betydelig. Retten fant imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag for helt eller delvis å sette ektepakten ut av kraft, men valgte å gi A et vederlagskrav. Om utmålingen ble det vist til en uttalelse i NOU 1987:30 og dansk praksis. Sluttresultatet ble at A fikk 500 000 i vederlag.

Kommentar

Retten har vist til juridisk teori om nedtrappingsklausuler – såkalte trapp bestemmelser. Det man her har tenkt på er bestemmelser om at en viss andel av særålet etter bestemte antall år går over til å bli felles-eie. Videre gjelder slik bestemmelser generelt under ekteskapet. Det spesielle i denne saken er at av/nedtrappingsbestemmelsen bare gjaldt ved oppløsning av ekteskapet. Videre het at hun skulle «motta følgende prosentvis andel». Motta betyr språklig å

overta fullt ut. Ved oppløsning av ekteskapet skulle hun altså være eier av et visst antall aksjer avhengig av ekteskapets varighet. Dette er vel i realiteten en forhåndsavtale om det økonomiske oppgjør ved oppløsningen av et ekteskap. Disse aspektene ved ektepakten er ikke behandlet i dommen. Som hovedregel er slike forhåndsavtaler som ikke gjelder selve formuesordningen ugyldige.

At man skal være forsiktig med å anvende § 46 annet ledd er også klart. Derimot har jeg problemer med å forstå hvorfor man ikke kunne sette ektepakten delvis ut av kraft. Kommentarene i forarbeidene om størrelsen på et vederlagskrav ble skrevet for 24 år siden. Gitt størrelsen på Bs formue er 500 000 en ganske bagatellmessig sum. På den annen side fikk hun i kraft av avtalen 15 % av aksjene i Bs firma. Henvisningen til dansk praksis virker på meg noe forhistorisk. Man bør jo også ta hensyn til hva ektefellen hadde endt opp med uten ektepakten og hva den andre sitter igjen med. 500 000 utgjorde mindre enn 2 % av Bs formue. Den betydelige økonomiske skjevheten i oppgjøret var et avgjørende argument for vederlag. Skjevheten ble ikke særlig mindre etter 500 000 i vederlag.

Peter Hambro

FAST EIENDOM

Innløsningspris på festetomter og kapitaliseringsrente. Høyesteretts dom av 30. september 2011 (HR 2011-1844-A)

I dom av 30. september drøfter Høyesterett Grunnlovens minimumspris ved innløsning av festetomter og fastholder sine synspunkter om 5 % rente som «vanlig» rettslig kapitaliseringsrente i mange forhold.

Selve saken gjaldt prinsippene for fastsettelse av innløsningssum – herunder valg av kapitaliseringsrentesats – etter tomtefesteloven § 37 første ledd slik bestemmelsen lød før lovendringen 19. juni 2009, og med utgangspunkt i plenumsdommen i Rt. 2007 side 1308 Sørheimdommen. Høyesteretts dom opphevet overskjønnet fordi den hadde brukt kapitaliseringsfaktoren som et individuelt tilpasset verktøy for å komme nærmest mulig det de mener utgjør full erstatning, nemlig råtomtverdien. Det korrekte var imidlertid at det tapet bortfesteren skulle ha erstatning for, var bortfallet av fremtidig festeavgift. Og Høyesterett mente Sørheimdommen måtte anvendes slik at årlig festeavgift på innløsningstidspunktet måtte ganges med 20, dvs. at det er den «vanlige» kapitaliseringsrente på 5 % som skal anvendes. Dette i kontrast til den fireprosentrenten som ble innført ved lovendring 19. juni 2009, se tomtefesteloven § 37 første ledd slik den lyder nå (med en «25 ganger festeavgiften»-regel).

Som kjent vil kapitalisering si at fremtidige beløp «oversettes til» beløp i dag. En kapitaliseringsrente på 4 % innebærer at nåverdien av summen av en uendelig rekke årlige beløp er lik 25 ganger det årlige beløpet, mens en rente på 5 % innebærer at det årlige beløpet ganges med 20. Den erstatningsberettigede er altså interessert i en lav rente, og den erstatningspliktige vil være interessert i en høy rente, hva enten erstatningen gjelder skadeerstatning, ekspropriasjon eller innløsning av festetomter.

Spørsmålet om kapitaliseringsrente har generell rekkevidde, og er kommentert slik i dommen, med henblikk på selve saken: «Det er fast høyesterettspraksis for at det i saker om erstatning ved ekspropriasjon eller fredning av fast eiendom, personskadesaker og andre saker der det må foretas en neddiskontering av et fremtidstap, som hovedregel anvendes en kapitaliseringsrente på fem prosent, jf. senest Rt–2008–195 avsnitt 93. Skal skjønnsretten benytte en annen faktor, må det foreligge særlige forhold, og det må redegjøres både for faktiske forhold og metodevalg i skjønnsgrunnene, jf. Rt–2007–1354.»

Dette er tankevekkende. Hvis målet er å gjøre skadelidte hel økonomisk sett (med andre ord kompensere det økonomiske tap fullt ut), må fremtidige tap neddiskonteres. Og hvis renten over tid inneholder en inflasjonskomponent, er det viktig at kapitaliseringsrenten ikke inneholder denne komponenten, gitt at de årlige beløp som summeres, ikke verdivjusteres utover i inntektsstrømmens «hypotetiske liv». I så fall vil det beløpet skadelidte starter med på domstidspunktet være så lite at det blir umulig å skaffe seg en inntektsstrøm som svarer til som skal erstattes. Siden 1970-tallet har Høyesterett nedjustert kapitaliseringsrenten i samsvar med denne innsikten, men som Erling Eide sannsynliggjør, har rettens aktører misforstått resonnementene, se Erling Eide, Kapitaliseringsrenten og Høyesteretts misforståelse, *Tidsskrift for Erstatningsrett*, nr. 3 2011 s. 125-162. Resultatet er en såkalt prejudikatrente på 5 %. Dette er klart for høyt hvis målet er økonomisk gjenoppbygging, og alt tyder på at dette høye rentenivået til ugunst for skadelidte skyldes en unødig misforståelse. I tillegg er det all grunn til å frykte at prevensjonen påvirkes i samfunnsskadelig retning.

Rettspraksis omkring den «vanlige» kapitaliseringsrenten er så vidt bemerkelsesverdig at jeg vil si det samme en gang til på en litt annen måte. Slik jeg forstår spørsmålet om valg av kapitaliseringsrente – som er utslag av regler dommere selv må finne – er det, skjematisk, to alternative metoder som begge er holdbare:

1. Legg sammen alle fremtidige festeavgiftsinnbetalinger under den hypotetiske forutsetning at de ville blitt oppjustert etter konsumprisindeksen og neddiskonter deretter med en rente som korresponderer nokså direkte med rentene i markedet, dvs. renter med en innebygget inflasjonskompensasjon.

2. Legg sammen alle fremtidige festeavgiftsinnbetalinger verdsatt lik verdien på innløsningstidspunktet og neddiskonter deretter med en rente som ikke har innebygget noen form for inflasjonskompensasjon.

Høyesterett har nå i en snau mannsalder blandet sammen disse to metodene ved at man i samsvar med modell nummer to har valgt å summere basert på verdien av de årlige beløpene uten noen hypotetisk oppjustering for fremtiden (kfr. modell nummer en), men samtidig sett hen til observerbare renter med innebygget inflasjonskompensasjon (kfr. modell nummer to). Konsekvensen er at ekspropriasjoner og skadegjørende handlinger i en del tilfeller skjer til unødig lave «priser» med de mulige samfunnsskadelige virkninger det kan ha, og at den erstatningsberettigede avspises med et vesentlig lavere beløp enn erstatningsrettslige prinsipper og alminnelige aksepterte formål med erstatningsretten tilsier. Dette gjør at den «vanlige» renten på 5 % hviler på et skjørt grunnlag. Det må understrekes at verken Sørheimdommen eller saken her var prosedert på en slik måte at Høyesterett i nettopp disse to sakene hadde noen direkte oppfordring til selvansakelse.

Det kan neppe være tvil om at rettstilstanden er uheldig så vel lovgivningspolitisk som domspolitisk. Og for en som har fulgt denne fremveksten av rettspraksis litt på avstand siden 1986 (plenumsdommen om kapitaliseringsrenten) og 1993 (Ølbergdommen), er det sant å si rart å tenke på at ordlyden i disse dommene skulle kunne gi grunnlag for å holde fast på 5 %. For hva er det i dem som taler for en rente på 5 % nå når Norges Bank forventer at styringsrenten vil ligge godt under 3 % i lang tid, samtidig som dens oppgave er å stabilisere prisstigningen omkring 2,5 % – rettspraksis om disse spørsmål opp til i dag kan vel ikke hvis rett skal være rett forsvares ved å vise til vår vanlige prejudikatlære?

Alt i alt vil jeg tro at hvis Høyesterett hadde funnet rett kapitaliseringsrente, ville innløsningssummen i saken her blitt minst 25 ganger festeavgiften, kanskje 30.

Gjort er vel gjort, men for fremtiden håper jeg man vil opplyse dette sakskomplekset bedre gjennom et fagkyndig lovutvalg og/eller tverrfaglige arbeidsgrupper i forvaltning og rettspleie, slik at en lite rasjonell tilstand kan korrigeres.

Endre Stavang

Krav om overtagelse av siidaandel, reinflokk og reinmerke ved skifte av dødsbo. Høyesteretts dom av 20. september 2011 (HR-2011-1743-A).

Den 20. september i år avsa Høyesteretts dom av 20. september 2011 en dom om reindrift og dødsboskifte. Det er særlig to spørsmål som jeg vil trekke frem som er særlig interessante. Det første spørsmålet er om det ved generasjonsskifte i reindriften foreligger

særlige sedvaner som etter ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater artikkel 8 må legges til grunn ved dødsboskiftet. Det andre spørsmålet er om en siidaandel er å anse som en «eiendel» i henhold til skifteloven § 61.

Ektefellene A og B var reindriftsutøvere i Finnmark. Mannen B døde i 2001 og gjenlevende ektefelle A overtok boet i uskifte og i den sammenheng det formelle ansvaret for reindriften. Dette ansvaret var den gang i reindriftsloven av 1978 knyttet til det som het driftsenhet. Gjenlevende ektefelle A døde i 2006 og offentlig skifte ble åpnet i 2008.

Ved reindriftsloven av 15. juni 2007 nr. 40 skjedde det flere endringer vedrørende den interne styringen av reindriften, blant annet ble siidaen løftet frem. En siida er først og fremst et arbeidsfellesskap, men siidaen er i tillegg bærer av rettigheter til bruken av reinbeiteområder. Loven av 2007 innførte begrepet siidaandel og definerer dette som en familiegruppe eller enkeltperson som er del av en siida, og som driver reindrift under ledelse av en person eller ektefeller eller samboere i fellesskap, jfr. reindriftsloven § 10 første ledd. Selv om det bare er én person – eventuelt to ektefeller eller samboere – som kan være leder av en siidaandel, vil normalt flere eie rein innenfor denne siidaandelen, gjerne nære slektninger. Ordningen med siidaandeler innenfor siidaen er begrunnet i behovet for å kunne forankre driftsansvaret hos en ansvarlig leder, Ot.prp. nr. 25 (2006-2007) s. 38. Ansvarlig leder representerer siidaandelen overfor myndighetene og overfor andre siidaandeler i siidaen. Det er også lederen av siidaandelen som gjennom ulike tilskuddsordninger er berettiget til tilskudd.

De som tidligere hadde hatt en driftsenhet ble ved 2007-lovens ikrafttrede, gitt en siidaandel. Da offentlig skifte i dødsboet etter A og B ble åpnet i 2008, var driftsenheten som A hadde, blitt omdannet til en siidaandel.

A og B hadde ni barn. På dødsboskiftet fremsatte noen av loddeierne tilbud om å overta siidaandelen og reinflokken i dødsboet mot betaling. C som var sjetten barn i søskenflokket gjorde imidlertid krav på å få utlagt andelen til seg, men hun fikk ikke medhold verken i tingretten eller i lagmannsretten og anket til Høyesterett. C anførte at hun hadde rett til å overta som leder av siidaandelen i henhold til reindriftsloven § 15 fjerde ledd fordi hun er den eneste som fylte kvalifikasjonskravene i denne bestemmelsen. Men selv om også andre søsken skulle anses kvalifisert, mente C at hun i henhold til samisk sedvane hadde rett til å overta driften. Hun hadde flyttet hjem til foreldrene i 1989, og hadde siden bistått dem i reindriften og under deres alderdom. Ifølge samisk sedvane var hun derfor den som var best prioritert. C mente endelig at skifteloven § 61 uansett ikke kunne få anvendelse fordi siidaandel ikke var en «eiendel» i lovens forstand. Men skulle § 61 få anvendelse,

mente C at hun etter § 61 annet ledd måtte få siidaandelen utlagt til seg pga. sin tilknytning til reinflokken og morens reinmerke.

I tillegg til krav om overtagelse av lederansvaret i siidaandelen, krevde hun også å overta foreldrenes reinflokk og morens reinmerke.

En enstemmig Høyesterett kom til at C ikke hadde krav på å overta siidaandelen i dødsboet og heller ikke reinflokken eller morens reinmerke. Reindriftsloven § 15 fjerde ledd stiller krav til dem som skal overta en siidaandel i et dødsbo, men gir ingen anvisning på hvem som kan overta siidaandelen hvis flere av loddeierne er kvalifiserte, og Høyesterett fant at flere av søsknene var kvalifiserte. Det heter i forarbeidene at forholdet mellom flere kvalifiserte arvinger må løses etter alminnelige regler i skifteloven og arveloven. Lovgiver ville ikke legge føringer på hvem som ved uenighet skulle overta en siidaandel, fordi det ville kunne komme i konflikt med tradisjonene innen reindriften. Den reservasjon som her gjøres i forarbeidene, pekte ifølge Høyesterett på at eventuelle sedvaner innenfor samisk reindrift, kan ha betydning for et generasjonsskifte. Når det gjelder betydningen av samiske sedvaner viser Høyesterett til Grunnloven § 110a og ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater artikkel 8.

For tingretten var det lagt frem en sakkyndig utredning om sedvaner knyttet til generasjonsskifte i reindriften. Her het det at det var sedvane for at det barn som ble boende i samme hushold som foreldrene, hadde rett til å overta foreldrenes rein, reinmerke og produksjonsutstyr og i tillegg rett til å overta reindriften innenfor den siida foreldrene tilhørte. Tingretten mente at en slik sedvane måtte gå foran bestemmelsen i skifteloven § 61. Tingretten kom imidlertid til at C ikke kunne påberope seg denne sedvanen fordi hennes tilknytning til den daglige reindriften var for svak.

Lagmannsretten mente at det ikke var tilstrekkelig godtgjort at det forelå en slik sedvane som beskrevet i den sakkyndige utredningen. Den tradisjon som var beskrevet hadde ifølge lagmannsretten ikke den tilstrekkelige fasthet og klarhet til å kunne gå foran regelen i skifteloven § 61.

For Høyesterett hadde den tidligere reindriftsjefen, Jon Meløy, i bevisopptak støttet utredningen fremlagt for tingretten. Høyesterett fant ikke å kunne endre lagmannsrettens vurdering når det gjaldt tradisjonen knyttet til generasjonsskifte. Men førstvoterende påpekte at det ikke var nødvendig å ta endelig standpunkt til spørsmålet om det forelå en sedvane knyttet til generasjonsskifte. Et eventuelt sedvanerettslig fortrinn for hjemmeboende barn ville først og fremst være aktuelt så sant dette barn inngikk i et arbeidsfellesskap med foreldrene i den daglige reindriften, og hvor de andre barn allerede hadde fått med seg verdier ved etablering av egne hushold. Den tradisjon det var snakk om tok

sikte på å sikre foreldrene, og også å sikre det barn som ble boende sammen med foreldrene. Datteren C var 35 år da hun flyttet hjem til foreldrene i 1989 og bodde der frem til begge var døde 17 år senere. Men hun hadde i alle disse årene vært i full stilling i reindriftsforvaltningen. Det var 15 mil mellom hennes arbeidsplass og der reinen befant seg, noe som ga begrenset mulighet til å delta i den daglige reindrift. Høyesterett viste til tingrettens uttalelse om at hun ikke hadde utført mer praktisk arbeid enn andre personer som hadde rein i foreldrenes siidaandel.

Det neste spørsmål var om skifteloven § 61 fikk anvendelse på skiftet av det lederansvar som en siidaandel innebærer. C hadde som nevnt anført at dette lederansvaret ikke var en «eiendel» i skiftelovens forstand, men fikk ikke medhold i Høyesterett. Ifølge Høyesterett var «eiendel» i skifteloven § 61 et vidt begrep, og måtte omfatte alle aktivaposter i dødsboet. Selv om ansvaret som leder av en siidaandel hadde et uensartet innhold, representerte de fullmakter lederen hadde – blant annet muligheten til å søke om tilskudd – et aktivum og en verdi, og var dermed en eiendel i lovens forstand.

Førstvoterende pekte videre på at man i forarbeidene til reindriftsloven hadde forutsatt at skiftelovens regler skulle få anvendelse når flere søsken fylte kvalifikasjonene for å overta en siidaandel i henhold til reindriftsloven § 15 fjerde ledd, og førstvoterende uttalte videre: «Under enhver omstendighet må forarbeidsuttalelsen forstås slik at lovgivers mening i det minste har vært at skiftelovens regler skal komme tilsvarende til anvendelse. I et slikt lys blir spørsmålet om siidaandelen utgjør en «eiendel» ikke avgjørende for resultatet.»

Siden skifteloven § 61 fikk anvendelse ble det neste spørsmålet om datteren C kunne få siidaandelen utlagt til seg i henhold til § 61 annet ledd annet punktum. Ifølge denne bestemmelsen kan en loddeier få bestemte eiendeler utlagt til seg så sant det «ikke er noen rimelig grunn for de andre loddeiere til å sette seg mot det». Bestemmelsen er en snever unntaksregel, se Rt. 2009 s. 1512. Siden C ikke hadde sterkere daglig tilknytning til reindriften enn det som er beskrevet overfor, fylte hun ifølge Høyesterett ikke vilkårene for å overta siidaandelen etter unntaksregelen i skifteloven § 61. De øvrige loddeierne hadde også tilknytning til reindriften, og flere av dem hadde barn og barnebarn som kunne bli godkjent som ledere av siidaandelen. De andre loddeierne hadde derfor rimelig grunn til å motsette seg Cs krav om naturalutlegg. C fikk heller ikke medhold i kravet om å få foreldrenes reinflokk utlagt til seg og heller ikke i kravet om å overta morens reinmerke.

Kirsti Strøm Bull

Litteratur

Ola Rygg, Oluf Skarpnes og Thor Falkanger: *Odelsloven, Kommentartutgave, 5. utgave. Universitetsforlaget, Oslo 2011. 380 sider.*

4. utgave av denne boken utkom i 2002. En grunn til at det har vært behov for en ny utgave er de omfattende endringer som ble gjort i odelsloven ved lov 19. juni 2009 nr. 98. Videre er det kommet et betydelig antall nye dommer – i alt 13 høyesterettsdommer og 30 lagmannsrettsdommer siden 2002. Revisjonsarbeidet har vært utført av Ola Rygg og Thor Falkanger. Teksten er nå supplert med margnoter. Et meget omfattende sakregister (stikkordregister) gjør det enkelt å finne frem til det man er interessert i.

Peter Hambro

FORSIKRINGSRETT

Forsikring. Opplysningsplikt. Identifikasjon. Fristberegning. Høyesteretts dom av 22. september 2011 (HR- 2011-1772-A)

1. Store deler av Dombås Hotell (DH) med driftsmidler mv. ble 19. mai 2007 totalskadet ved brann. Hotellet var på det tidspunkt fullverdiforsikret med såkalt nyverditillegg i et engelsk forsikringsselskap, IGI. Forsikringen var tegnet gjennom megler-selskapet QB. IGI avlo å utbetale full erstatning, men vant ikke frem verken i tingrett, lagmannsrett eller Høyesterett.

DH hadde frem til 2003 sine forsikringer i det norske markedet. Fra mars 2003 tegnet DH forsikring i utenlandske selskaper gjennom QB. QB hadde en rekke norske hoteller i sin portefølje, og inngikk ved årsfornyelse en samlet avtale for alle hotellene med forsikringsselskapene. Våren 2005 utarbeidet QB et formelt presentasjonsdokument, kalt Project Viking, til bruk mot det engelske forsikringsmarkedet. Dokumentet beskrev bl.a. de prosedyrer for premiefastsettelse, kravshåndtering og erstatningsoppgjør QB ønsket å anvende. For 2005-2006 var forsikringen tegnet hos T, men før fornyelse i 2006 ble det klart at T manglet konsesjon. QB tok da kontakt med IGI, som overtok forsikringen av QBs forsikringsportefølje med virkning fra 1. juli 2006, herunder forsikringen for DH.

2. For Høyesterett hevdet ICI at DH hadde brutt opplysningsplikten ved at arealet på hotellet var angitt vesentlig for lavt i papirer IGI hadde mottatt fra QB. Partene var enige om at QB hadde gitt uriktige opplysninger til IGI om størrelsen på DHs areal, og at premien for forsikringen dermed var blitt 31 % for lav. QB hadde selv beregnet arealets størrelse i 2003 uten å konferere med DH.

Sentralt ved avgjørelsen var om QB opptrådte som megler for DH eller som agent for IGI da IGI ble spurt

om å overta forsikringen. Høyesterett tok utgangspunkt i forsikringsformidlingslovens definisjoner av henholdsvis forsikringsmegling og forsikringsagentvirksomhet. QB hadde både i forsikringsdokumenter og i annonser omtalt seg selv som forsikringsmegler. Forsikringsforholdene til DH og de andre hotellene i QBs portefølje underbygget også at QB var i markedet for å kjøpe forsikring på vegne av bl.a. DH. På den annen side var det ikke påvist at QB var avtalemessig bundet til å selge forsikringsprodukter for IGI, og følgelig opptrådte som agent for IGI. Høyesterett fant det på denne bakgrunn klart at QB, frem til IGI ble bedt om å overta forsikringene, opptrådte som megler for DH, og ikke som agent for IGI.

Etter Høyesteretts syn endret imidlertid situasjonen seg på vesentlige punkter etter forespørselen fra QB til IGI. QB oversendte nemlig en rekke dokumenter til IGI før forsikringsavtalen ble inngått, blant annet Project Viking-presentasjonen, samlepolisen og matriser som viste premieberegningen for hotellene. IGI ba ikke om ytterligere informasjon, og premiegrunnlag og forsikringsvilkår ble godkjent slik QB hadde foreslått. QB utstedte forsikringsdokumenter og fakturerte premie på vegne av IGI, og skulle også være ansvarlig for fornyelse og generell administrasjon av forsikringen. Høyesterett understreket at QB «utførte på denne måten alt det forsikringstekniske arbeidet som i utgangspunktet er forsikringsgiverens oppgave og ansvar. Dette er ikke ulovlig, men er etter det som er opplyst, uvanlig» (pkt. 61). Arbeidet var omfattende, og QBs høye provisjon – 17,5 % – lå da også mer på agentnivå enn på meglernivå.

Høyesterett fant at QB på denne bakgrunnen hadde en dobbeltrolle – selskapet var ikke bare representant for DH, men påtok seg også omfattende oppgaver for IGI. De uriktige opplysningene om arealet, som QB selv var kilde til, brukte QB ved utarbeidelsen av premiegrunnlaget for IGI. Kvalitetssikring av premiegrunnlaget var etter Høyesteretts oppfatning en viktig del av et forsikringsselskaps oppgaver. Når IGI fullt ut overlot dette arbeidet til QB, som selv hadde fremskaffet opplysningene på vegne av forsikringskundene, var det «naturlig og rimelig at IGI selv må ta risikoen for at premiegrunnlaget ble feil» (pkt. 63). Konklusjonen ble følgelig at DH ikke kunne identifiseres med QB på dette punktet.

3. Det neste spørsmålet var dermed om DH selv hadde brutt opplysningsplikten, og da først og fremst korrigeringsplikten i FAL § 4-1 annet ledd. DH hadde nemlig i 2003 mottatt forsikringspapirer hvor det uriktige arealet var angitt uten at DH korrigerende opplysningene. Høyesterett fant ikke dette forholdet avgjørende. Det var ikke godtgjort at representantene for DH hadde merket seg de uriktige opplysningene. Og når DH ikke skulle identifiseres med QB, var forholdet dessuten ikke omfattet av ordlyden i FAL § 4-1 annet ledd: ordlyden dekket ikke en situasjon

hvor forsikringstageren «burde vært klar over at andre enn ham selv har gitt feilaktige opplysninger» (pkt. 65). Om korrigeringsplikten kunne utvides til også å omfatte en slik situasjon, fant ikke Høyesterett det nødvendig å gå inn på. Det ville nemlig uansett være vanskelig ut fra de foreliggende forholdene å konkludere med at det skulle skje avkorting.

Høyesteretts konklusjon var dermed at det ikke forelå «brudd på opplysningsplikt som gir grunnlag for avkorting i erstatningen for bygningsmassen» (pkt. 68).

4. Et siste spørsmål i saken var om selskapet pliktet å erstatte utgiftene til gjenoppbygging av hotellet og gjenanskaffelse av driftsmidler mv. etter reglene om nyverdi. Problemet her var at forsikringsvilkårene fastsatte at gjenoppbygging og gjenanskaffelse i så fall måtte skje innen fem, henholdsvis tre, år fra skadedagen. Høyesterett tok utgangspunkt i at det både i praksis og teori var lagt til grunn at tidsfristene ikke var absolutte, men at de på nærmere vilkår kunne forlenges. Finansieringsproblemer hadde imidlertid ikke vært ansett som et relevant forhold ved spørsmålet om forlengelse. Høyesterett pekte på at en forsikringstager gjennomgående ville være avhengig av mellomfinansiering ved en gjenoppbygging/gjenanskaffelse, og at slik finansiering kunne være meget vanskelig å få dersom selskapet av slo forsikringsdekning. Her hadde IGI fra dag én motsatt seg DHs krav, opprinnelig med en hovedinnsigelse som lagmannsretten forkastet og som IGI, «[v]ed ikke å påanke denne delen av lagmannsrettens dom, må ... nå anses for å ha godtatt at det ikke var grunnlag for...» (pkt. 77). IGI hadde dessuten fra behandlingen av saken i lagmannsretten hevdet at fristene i forsikringsvilkårene måtte forstås på en måte som gjorde det umulig i praksis å gjenoppbygge bygningene og gjenanskaffe driftsmidler innen fristene. Under disse omstendigheter var det «uholdbart om ikke fristene skulle utsettes til erstatningsspørsmålet er avklart» (pkt. 78). En slik løsning ville samsvare godt med det som ellers var lagt til grunn i forsikringspraksis og teori om utsettelse av fristene. Betingelsen måtte likevel være at DH ikke kunne bebreides for at det hadde tatt tid å få avklart erstatningsspørsmålet, noe Høyesterett påviste ikke var tilfellet i denne saken: DH hadde fremmet krav samme dag som hotellet brant, tatt ut stevning to måneder etter at kravene ble avslått og for alle praktiske formål vunnet frem med sitt erstatningskrav. Fristene for gjenoppbygging/gjenanskaffelse måtte derfor utsettes og først begynne å løpe når dom i saken var rettskraftig.

5. Dommen kaller på enkelte korte kommentarer. Selv om Høyesterett ved drøftelsen av spørsmålet om QB er å anse som forsikringsmegler eller forsikringsagent tar utgangspunkt i definisjonene av disse begrepene i forsikringsformidlingsloven, spiller de en beskjeden rolle i den videre drøftelse. Dette virker også fornuftig – tilsynsreglene som sonderer skarpt

mellom de to kategoriene, kan vanskelig få avgjørende betydning i en privatrettslig tvist hvor «megleren» med selskapets vitende og samtykke blander rollene. IGI's synspunkt – at QB hadde meglerhatten på frem til forsikringsavtale var inngått og først deretter eventuelt opptrådte som agent for IGI – gir ikke god mening ut fra faktum slik det er gjengitt i dommen. IGI hadde allerede før avtaleinngåelsen involvert seg så meget med QB at det er naturlig at IGI selv måtte ta risikoen for at premiegrunnlaget ble riktig.

Når det gjelder DHs egen opplysnings- og korrigeringsplikt, er Høyesteretts resultat greit nok, men det er ikke helt lett å se av begrunnelsen hvordan og på hvilket tidspunkt Høyesterett har tenkt seg at disse pliktene er virksomme.

For så vidt angår det siste spørsmålet, gir de skarpe tidsfristreglene i forsikringsvilkårene god mening der selskapet har innrømmet ansvar. Når selskapet, som her, bestrider ansvar, vil det gi et dårlig resultat om selskapet kan påføre sikrede den økonomiske risikoen som ligger i å foreta omfattende investeringer uten sikkerhet for at de vil dekkes gjennom forsikringsutbetalinger. Når selskapskollektivet selv har tolket inn betydelige unntak i forsikringsvilkårenes regelverk på dette punkt, må det derfor være fullt forsvarlig for domstolene å gå videre på denne vei, der en bokstavtro tolkning vil føre til et urimelig og uheldig resultat.

Hans Jacob Bull

IMMATERIALRETT

En forkastet Google-avtale, et upopulært EU-direktiv, en nordisk løsning – samt noen opphavsrettslige utfordringer på EUs digitale agenda

Bakgrunn: Om Google-avtalen og hitteverk

I 2004 offentliggjorde Google sin plan om å digitalisere mest mulig av verdens litteratur. I Europa inngikk Google avtale med en del større universitetsbibliotek om digitalisering av litteratur som var falt i det fri – i USA ble avtaler inngått om å digitalisere også litteratur som hadde opphavsrettslig vern. Siden søkene i Googles bok-søk kun resulterte i små tekstutsnitt – «snippets» - mente Google at den digitale kopieringen måtte være tillatt under «fair use»-unntaket i amerikansk rett.

Googles initiativ utløste reaksjoner: På amerikansk side protesterte forfattere og forleggere, som gikk til sak mot Google i et gruppe-søksmål (class action). Høsten 2008 ble det inngått et forlik – den såkalte Google-avtalen. Etter kraftig kritikk ble den revidert, og en mindre omfattende avtale ble presentert november 2009. Den 22. mars i år ble avtalen forkastet av dommer Jeddy Chin i US District Court, Southern District of New York.

På europeisk side var det aldri tvil om at en digital kopiering krevde tillatelse enten fra rettighetshaverne, eller ved direkte unntak i loven, og at tilgjengeliggjøring krever avtale. Men Google-prosjektet imøtekom også et utstrakt ønske om å gjøre tilgjengelig kulturarven i digital form. EU-kommisjonen ga tidlig uttrykk for at en også på europeisk side burde få et tilsvarende prosjekt opp å stå – ikke minst for å kunne tilby attraktivt innhold i den utbygging av internett som var ønsket. «Europeana», en portal for europeisk kulturarvsmateriale i arkiv, museer og særlig bibliotek, ble svaret, og en rekke utredninger ble igangsatt.

En generell utfordring når det gjelder avtaler om digitalisering, er de såkalte «hitteverk» eller foreldreløse verk, hvor rettighetshaveren ikke er kjent eller ikke kan nåes. Søking etter rettighetshavere er administrativt og økonomisk krevende.

Google-avtalen løste dette med et svepende grep, ved å forutsette at dommer Chin godkjente at avtalen også ble gjort gjeldende for ikke-representerte rettighetshavere med mindre de – når det gjaldt bøker som ikke lenger var i handelen – aktivt meldte seg ut av avtalen.

I EU har spørsmålet om rettighetsklarering, og særlig hitteverk, blitt diskutert i flere år. EU-kommisjonens forslag til løsning ble lagt fram 24. mai 2011 – uten å ha vekket registrerbar begeistring så langt.

I de nordiske land er det unødvendig med en egen løsning for hitteverk på områder hvor loven tillater såkalt avtalelisens; at en avtale om bruk av verk av en viss kategori inngått med en representativ organisasjon i kraft av lovbestemmelsen utstrekkes til også å gjelde verk av samme kategori av ikke-representerte rettighetshavere. Det blir da opp til organisasjonen å finne fram til den eller dem som skal ha del i vederlaget, og noe forhåndssøk er ikke nødvendig. I slike avtaler kan det tas inn bestemmelser om rett til å melde seg ut av avtalen. I Norge er det inngått en avtale mellom Kopinor og Nasjonalbiblioteket om pilotprosjektet «Bokhylla.no», hvor 50 000 beskyttede bøker utgitt i bl.a. perioden 1990-1999 gjøres tilgjengelig over nett for lesing. Avtalen går ut 31. desember 2011 og evalueres nå.

Google-avtalens skjebne

Hitteverk-problematikken og spørsmålet om avtalens utstrekning til også å omfatte alle som ikke hadde meldt seg ut, sto sentralt i avgjørelsen til dommer Chin. Den opprinnelige avtalen omfattet alle litterære verk i bøker (men ikke illustrasjoner) som fantes i magasinene til de samarbeidende bibliotekene. Dette omfattet ikke bare bøker utgitt i USA, men også en stor del europeisk litteratur! Google skulle betale 125 mill. US dollar, og honorar pr scannet bok var satt til 60 dollars. 34 mill. dollars skulle gå til etablering av et bokregister – reelt sett en forvaltningsorganisasjon – som skulle kunne inngå avtaler om

videre utnyttelse av det digitaliserte materialet. Forleggere og forfattere var jevnt representert. Google fikk rett til å selge lisenser, og 63 % av fortjenesten skulle tilfalle rettighetshaverne. For bøker som ikke lenger var i salg, måtte opphavsmannen aktivt melde seg ut for ikke å være omfattet. For bøker i salg måtte opphavsmannen bekrefte sin medvirkning.

Protestene fra Europa var massive med påstander om at avtalen var i strid med internasjonale forpliktelser. Avtalen ville også gi Google et de facto-monopol, ble det hevdet. Avtalen ville også gi Google en løsning på spørsmålet om hvem som egentlig hadde de digitale rettigheter til en bokutgivelse – noe andre aktører ikke ville kunne oppnå. Det amerikanske justisdepartement fremholdt også med styrke at avtalen ikke ble dekket av bestemmelsen om godkjenning av minnelige løsninger i gruppesøksmål (den føderale sivilprosesslovens regel 23).

I den reviderte avtalen av 2009 var avtalen redusert til å omfatte bøker registrert i USA, eller utgitt der, i Storbritannia, Canada eller Australia. Det var også lagt opp til fondsavsetninger for vederlag til hitteverk, og utenlandske rettighetshavere skulle være representert i bokregistrets styre.

I perioden fram til dommer Chin offentliggjorde sin beslutning, kom det fortsatt mange innsigelser. For at avtalen skulle kunne gå inn under regel 23, måtte avtalen bedømmes som «rettfærdig, adekvat og rimelig» (fair, adequate and reasonable). Det fant dommer Chin at den av flere grunner ikke var. Et hovedankepunkt var at avtalen omfattet tillatelse til tilgjengeliggjøring og salg av de digitaliserte verkene – en bruk som lå langt fra det den opprinnelige rettssaken gjaldt, nemlig den første digitale kopiering. Det var urimelig å la den gjelde også for alle som ikke aktivt meldte seg ut. Her var dommeren enig med de amerikanske myndigheter; dersom avtalen skulle kunne utstrekkes på denne måten, var det en sak for lovgivende myndigheter. Dommeren noterte også påstandene om brudd på internasjonale avtaler – igjen et tema som passet bedre for Kongressen å ta stilling til, enn for en dommer. Det faktum at Google, ved å ta seg til rette, gjennom avtalen ville sikre seg en de facto-monopolsituasjon når det gjaldt bruk av hitteverk, talte også imot å godkjenne avtalen. Han la til at han ville sett langt mer positivt på avtalen hvis den hadde vært basert på at man «meldte seg inn» (opt-in) heller enn å måtte melde seg ut (opt-out).

Hva nå? Det er uklart i skrivende stund, men mye tyder på at det kan gå mot rettssak. Dommer Chin (som underveis er forfremmet til en føderal appelldomstol, men likevel beordret å slutføre saken i distriktsdomstolen) ga først partene frist til 1. juni 2011, senere 17. juli, til å finne en løsning – men noen ny avtale er ennå ikke inngått. Det har vært et status-møte 15. september, og dommer Chin traff der beslutning om en tidsplan fram til beslutning.

Planen forutsetter at partenes forslag til ny avtale er klar innen utløpet av mai, og at alle innsigelser og tilsvær er lagt fram innen 31. juli 2012. Et krav om å «melde seg inn» vil utvilsomt gjøre færre verk disponible, og Google har uttrykt negativ holdning til dette alternativet. Rapportene etter møtet tyder på at forlegger-siden er mer positive til å finne en løsning med Google enn forfatterne. Dette kan resultere i at forfatterne går videre mot en rettssak. Illustratører og fotografer har tatt ut stevning mot Google og vurderer å kjøre en parallell rettssak. Disse gruppene var utelukket fra den opprinnelige avtalen siden illustrasjoner ikke skulle inngå i forliket. Også australsk forfatterforening og forfatterforeningen i Quebec har gått til søksmål. I mellomtiden fortsetter Google sin digitalisering, og har så vidt det fremgår av dommen av mars i år nådd opp i ca. 12 millioner digitaliserte bøker!

Så kan man spørre: er det ikke sterke likheter mellom Google-avtalen og de nordiske lands avtalelisensløsninger? Jo – for så vidt som man i begge tilfelle lar en avtale mellom bruker og rettighetshaverorganisasjoner utvides til også å gjelde verk av ikke-representerte rettighetshavere. Men på to avgjørende punkter er det forskjell; den ene er at lovgiver har tatt stilling til når og under hvilke forutsetninger en avtale om bruk av verker kan utløse avtalelisensvirkning. Den andre er at lisensvirkningen kun blir aktuell dersom det foreligger en frivillig fremforhandlet avtale mellom brukeren og rettighetshaverne.

De nordiske avtalelisensløsningene er i utgangspunktet nasjonale. Spørsmålet er hvordan rettighetsklarering også av hitteverk kan gjøres grenseoverskridende. Nasjonalbibliotekar Vigdis Moe Skarstein har foreslått at de nordiske land avtaler å godkjenne hverandres avtalelisensordninger. Kulturminister Anniken Huitfeldt har tatt opp spørsmålet i Nordisk ministerråd, og saken utredes nå der.

EU-direktiv om hitteverk

Det er spørsmålet om grenseoverskridende virkning EU-kommisjonen tar sikte på å løse i det direktivforslag den la fram 24. mai 2011 (COM(2011) 289). Forslaget er en del av den digitale agenda, og inngår i en plan om å styrke det indre marked – ikke minst å utvikle ett, digitalt indre marked.

Etter forslaget får museer, arkiv og bibliotek adgang til å gjøre tilgjengelig hitteverk i trykte skrifter som bøker, aviser, tidsskrifter m.v. som de har i sine samlinger, inklusive illustrasjoner som inngår, dersom de har gjennomført et grundig (diligent) søk etter opphavsmannen. Den samme rett har allmennkringkastere med hensyn til sine arkiv (for produksjoner laget før 31.12.2001), og nasjonale filmarkiv. Om de ikke finner rettighetshaveren, skal verket og søket registreres i offentlig søkbare registre. Det er opp til medlemslandene å fastsette krav til søk, men direktivet gir visse minimumsbestemmelser. Søket

skal foretas i første utgivelsesland. Verk som etter dette er erklært som hitteverk gis tilsvarende status i hele EU-/EØS-området. En opphavsmann kan til enhver tid melde seg og dermed oppheve verkets status som hitteverk.

For den bruk som gjøres innenfor disse institusjonenes allmenne formål, skal det ikke betales vederlag. Bestemmelsene blir m.a.o. en bestemmelse om unntak fra opphavsmannens enerett. Dersom det gjøres bruk av verket på annen måte (f.eks. i kommersiell sammenheng) skal det betales vederlag. Direktivet gir anvisning på anvendelsesformål for midler som ikke kan utbetales.

I punkt 20 i fortalet heter det at direktivet ikke skal ha innvirkning på «eksisterende» ordninger for forvaltning av rettigheter i medlemslandene, så som avtalelisenser. Det er uklart hva dette innebærer – om det både gjelder enkelte avtaler, eller bare muligheten til å innføre nye lisensordninger. Det er med andre ord konflikt mellom direktivet og de nordiske lands ordninger og deres ønske om å stå fritt i intern lovgivning.

Når kommisjonen avviser den nordiske modell som en løsning, er det fordi den ikke krever forutgående søk.

De reaksjoner jeg har registrert til nå er – ut over negative reaksjoner i nordiske land på fortalets punkt 20 – ikke positive: Fra bibliotekshold blir det påpekt at direktivet kan komme til å medføre unødvendig byråkrati. Hitteverks-problemet er viktig nok, men deres hovedanliggende er å få avtaler om digitalisering og tilgjengeliggjøring av vernet litteratur som ikke lenger er i handelen.

Rettighetshaverne reagerer særlig på at det ikke skal betales vederlag, og ønsker å erstatte unntaksbestemmelsen med krav om avtale med relevant rettighetshaverorganisasjon.

Flere stiller av denne grunn spørsmål ved om direktivet kan være i samsvar med medlemslandenes forpliktelser etter Bern-konvensjonen og TRIPS-avtalen og viser til den såkalte tretrinns-testen. Den forbyr å innføre bestemmelser om unntak fra eneretten med mindre det gjelder særskilte tilfelle som ikke strider mot den vanlige bruk av verket, og som ikke på urimelig måte strider mot rettighetshaverens legitime interesser.

Som bibliotekene påpeker, løser med andre ord direktivet ikke deres hovedutfordring. Når det gjelder bøker som ikke lenger er i handelen, er det oppnådd en forståelse mellom partene – forfattere, forlag, rettighetshaverorganisasjoner og Kommisjonen – om en intensjonsavtale (Memorandum of Understanding) om tilgjengeliggjøring. Her har man lagt til grunn at en rettighetshaverorganisasjon på visse vilkår kan presumeres å representere også ikke-medlemmer, noe som krever nasjonal lovgivning. Etter min oppfatning vil det, for å oppnå grenseoverskridende effekt av en avtale, kreves EU-lovgivning, noe som

indirekte fremgår av memorandumet. Normalt burde dette dokumentet få konsekvenser for forhandlingene som nå pågår om direktiv-forslaget, og resultere enten i en utvidelse av direktivets virkeområde eller et ytterligere forslag. Imidlertid kan det synes som det polske formannskap setter alt inn på å få en avgjørelse om direktivet innen årets utgang – noe som forutsetter at innsigelsene ikke blir for store. Mange bedømmer denne tidsplanen som urealistisk.

IP-strategi i EU

Forslaget om hitteverk er en del av den digitale agenda, som Kommisjonen la fram i fjor. Det inngår også i en plan for opprustning av digitale indre marked.

Med sikte på dette la Kommisjonen fram en strategi for hele immaterialrettsområdet den samme dag som hitteverk-direktivet ble lagt fram (COM(2011) 287).

Blant de tanker jeg har notert meg, er at man på sikt ser for seg en felles europeisk opphavsrettslov. En begynnelse ligger naturlig nok i kodifisering av de gjeldende direktivene. Kommisjonen mener det kan være fornuftig å begynne en slik prosess i 2012 ved å se på unntakene fra eneretten, og stille spørsmål ved om det er ønskelig med ytterligere harmonisering. En bakgrunn for dette er at en gjennomgang av hvordan medlemslandene har gjennomført det såkalte Informasjonssamfunnsdirektivet fra 2001 (direktiv 2001/29/EF), viser at harmoniseringen i stor grad gjelder rettighetene – og i svært liten grad unntakene. Dette har igjen skapt problemer i digitaliseringsarbeidet.

Kommisjonen tenker seg også muligheten av at man kan få en lov om opphavsrett som gjelder for hele EØS-området.

Disse tankene følges opp i Kommisjonens seneste utspill fra 17. juli 2011 (COM(2011) 427), som kom i form av en grønnbok om online distribusjon av audiovisuelle verker, hvor man ønsker debatt om disse spørsmålene, med frist for å komme med innspill 18. november 2011. Man vil gjerne identifisere hindringer for det indre digitale marked, og gir – igjen – uttrykk for sin bekymring over hvor vanskelig det er å få klarert rettigheter for hele eller større deler av det europeiske territorium. Kommisjonen reiser spørsmål om det bør innføres en ordning når det gjelder online distribusjon av audiovisuelle verker basert på løsningen i direktivet om satellitt- og kabelsendinger, nemlig at avtale inngås i senderlandet, og at man der tar hensyn til spredningen i andre land. Kommisjonen reiser også spørsmål om det bør bli mulig å erverve en (frivillig) europeisk opphavsrett parallelt med nasjonal rett, og om hvordan dette i så fall kan gjøres. Dokumentet stiller også spørsmål om behov for harmoniserte unntak til fordel for funksjonshemmede og til fordel for nasjonale filmarkiver. Jeg kommer tilbake med informasjon om utviklingen i EU i senere nummer.

Helge M. Sønneland

EU-domstolen, forente saker C-403/08 og C-429/08 (Premier League), dom 4. oktober 2011

Det var knyttet mye spenning til utfallet av disse sakene anlagt av Football Association Premier League mot henholdsvis engelske firmaer som solgte greske dekoderanretninger og greske dekoderkort i Storbritannia for mottak av greske satellittsendinger av Premier League, og mot engelske puber som kjøpte utstyret og viste sendingene for sine gjester. Rettighetene til slike sendinger har vært territorielt oppdelt, og i Storbritannia har det vært forbudt med kjøp og salg av dekoderutstyr over landegrensene. Spørsmålet i saken var om en slik rettstilstand er i samsvar med diverse EU-regler. Dette spørsmålet reiser en rekke interessante underspørsmål som EU-domstolen i tur og orden har tatt stilling til. Hovedkonklusjonen er at så vel lovbestemmelser som avtaler som deler opp markedet for satellittsendinger, er i strid med henholdsvis reglene om frie varebevegelser og konkurransereglene. Selve visningen i pubene av sendingene faller imidlertid under rettighetshavernes enerett til offentlig overføring («communication to the public») som må klareres. Resultatet er oppsiktsvekkende fordi det bryter med det bestående systemet for håndtering av rettighetene til sportssendinger i Europa. Fra et rettslig synspunkt er hver enkelt av EU-domstolens drøftelser interessant, fordi de bringer klarhet i en rekke omtvistede spørsmål. Her skal det kun gis en kort redegjørelse for hver av dem.

(1) Det første spørsmålet EU-domstolen tar stilling til, er forholdet mellom salg av dekoderutstyr for satellittsendinger og EU-direktivet om rettslig vern av tilgangskontrollerte tjenester (Rdir. 98/84-EF). Direktivet art. 2, bokstav e) krever forbud mot distribusjon av ulovlig utstyr. EU-domstolen konstaterer at det i saken ikke er tale om omsetning av ulovlig dekoderutstyr, men utstyr som lovlig er brakt på markedet i en annen medlemsstat. Av den grunn pålegger ikke direktivet statene noen plikt til å forby salg av slike dekoderinnretninger. På den annen side fastslår EU-domstolen at direktivet (art. 3(2)) ikke er til hinder for nasjonale forbud mot omsetning av slikt utstyr under falskt navn mv. I Storbritannia finnes det et slikt forbud, og konsekvensen av EU-domstolens tolkning av tilgangskontrolldirektivet, er at slike regler ikke er i strid med direktivet.

(2) Det neste spørsmålet EU-domstolen tar stilling til, er om et forbud mot salg av dekoderinnretninger fra andre medlemsstater er i strid med reglene om de fire friheter. Domstolen drøfter først spørsmålet om hvilken «frihet» som får anvendelse her, og kommer til at forholdet reguleres av bestemmelsene om frie tjenesteytelser (jf. Traktaten om den Europiske Unions funksjon (TEUF) art. 56 flg., som tilsvarende EØS-avtalen art. 28 flg.). Kort fortalt mener EU-domstolen at forbud mot salg av dekoderutstyr fra andre medlemsland er i strid med disse reglene.

Domstolen går i den forbindelse bl.a. inn på spørsmålet om betaling av vederlag i Hellas gir tilstrekkelig kompensasjon for tjenestene. Det understrekes at man ved vederlagsberegningen kan ta hensyn til at det reelle og potensielle seerantallet omfatter hele EU/EØS, og at man slik sett kan beregne det samlede antall TV-seere nokså nøyaktig. Derimot mener Domstolen at en tilleggsbetaling for eksklusive territoriale rettigheter bidrar til å skape kunstige prisforskjeller mellom markedene, og ikke i samsvar med hensynet til det indre marked. Heller ikke andre hensyn som å fremme publikums tilstedeværelse på stadion eller å motvirke oppgivelse av falsk identitet kan etter Domstolens oppfatning begrunne restriksjonene på den frie tjenestebevegelse.

(3) Domstolen går deretter inn og ser på forholdet mellom de kontraktmessige forbud mot salg av dekoderutstyr som følge av eksklusivitetsavtalene på området, og forbudet i TEUF art. 101 mot konkurransebegrensende samarbeid (tilsvarende EØS-avtalen art. 53). EU-domstolen konstaterer at slike forbud bidrar til å dele opp EU-markedet geografisk, og at slike avtaler – som gir TV-distributørene absolutt-områdebeskyttelse – har et konkurransebegrensende formål. Slik forbudet i TEUF art. 101(1) (jf. EØS art. 53(1)) er strukturert, innebærer standpunktet at det ikke er nødvendig å foreta noen vurdering av om avtalene har en konkurransebegrensende virkning (jf. uttrykket formål eller virkning i bestemmelsen). EU-domstolen konstaterer i den forbindelse at det ikke er noe i saken som taler mot at avtalene har et konkurransebegrensende formål. Av samme grunn anses det ikke for å foreligge grunnlag for å fritta avtalene etter TEUF art. 101(3) (jf. EØS art. 53(3)).

(4) EU-domstolen går etter dette inn i spørsmål om bruken av sendingene etter mottaket av dem er i strid med opphavsrettsdirektivet (dir. 2001/29 EF). Det legges til grunn at opphavsmennene kan støtte seg på rettighetene til den innledende videosekvensen, rettighetene til Premier League-hymnen, samt filmopptak med høydepunkter fra andre Premier League-kamper og diverse grafikk. Uttalelsen omfatter det som anses som «ubestridt», men kan ikke tolkes slik at det ikke er egentlige opphavsrettigheter knyttet til selve sendingen. Det beror på en originalitetsvurdering, og en slik går ikke EU-domstolen inn i.

(5) Det EU-domstolen tar stilling til er for det første om den midlertidige kopieringen av verkene som skjer i mottakerdekoderne er i strid med eksemplarframstillingsretten i opphavsrettsdirektivet art. 2. Domstolen konstaterer at frembringelsen av flyktige fragmenter i satellittdekoderens minne samt på TV-skjermen omfattes av art. 2 i den utstrekning de er uttrykk for opphavsmannens intellektuelle frembringelse («har verkshøyde» på norsk). Deretter går Domstolen inn på unntaket for midlertidig eksemplarframstilling i direktivet art. 5(1) (i norsk rett gjennomført ved åndsverkloven § 11a), og finner

at vilkårene er oppfylt. Det mest interessante her er EU-domstolens tolkning av kravet i art. 5(1) om at de midlertidige eksemplarene må muliggjøre lovlig bruk. EU-domstolen konstaterer at mottak av TV-sendinger innenfor det private området ikke er underlagt opphavsmannens enerett, og at de midlertidige eksemplarene som fremstilles i dekodere derfor har til formål å muliggjøre lovlig bruk. Dette resonnementet kan ha implikasjoner utover den konkrete saken, bl.a. ved spørsmålet om lovligheten av privat streaming av ulovlig tilgjengeliggjort materiale. I Premier League-saken var det imidlertid tale om lovlige sendinger, slik at spørsmålet om hvordan man håndterer mottak av ulovlig materiale ikke kom på spissen.

(6) Etter dette tar EU-domstolen stilling til om visningen av de greske fjernsynssendingene i engelske puber er omfattet av opphavsmannens enerett til overføring av verkene til allmennheten, jf. opphavsrettsdirektivet art. 3. EU-domstolen viser i denne forbindelse til sin tidligere avgjørelse i sak C-306/05 (Rafael Hoteles), der Domstolen hadde konstatert at tilrådighetsstillelse av TV-apparater på hotellrom måtte anses som overføring til allmennheten. Etter EU-domstolens oppfatning var de to situasjonene sammenliknbare, idet pubeieren som viser fjernsynssendinger for sine gjester gjør verkene tilgjengelige for et «nytt publikum», dvs. et publikum som opphavsmennene ikke har tatt i betraktning ved beregningen av vederlaget for fjernsynssendingene. Domstolen tok også stilling til forholdet til direktivets fortale pkt. 23 som sier at uttrykket «overføring til allmennheten» omfatter situasjoner der verket overføres til en allmennhet som ikke befinner seg på det stedet som overføringen skjer fra. Etter Domstolens oppfatning avgrenses det her mot situasjoner der det er fysisk og direkte kontakt mellom den som fremfører og det tilstedeværende publikum. Det er ikke tilfellet ved visning av fjernsynssendinger i en pub, ettersom pubgjestene da ikke befinner seg på samme sted som der selve overføringen, dvs. fjernsynssendingen, skjer fra. Med dette bekrefter Domstolen sin tilnærming til skillet mellom distanseoverføring, som dekkes av opphavsrettsdirektivet, og direkte fremføringer som ikke gjør det. En annen sak er at denne tilnærmingen er en annen enn den man f.eks. finner i de svenske og finske opphavsretslovene. I den norske åndsverkloven er det ikke oppstilt noe tilsvarende skille, så problemet med å tilpasse loven til EU-domstolens tolkning av direktivet blir ikke like fremtredende.

(7) Det siste spørsmålet Domstolen drøfter er om reglene i satellitt- og kabeldirektivet også omfatter de midlertidige eksemplarene som fremstilles i motakerdekodere. Dette spørsmålet besvares benektende, idet direktivet bare regulerer selve sendingen – ikke hva som skjer ved mottaket av den.

Dommen avklarer som sagt en rekke spørsmål, mens andre forblir ubesvarte. Sett fra én synsvinkel er det kanskje ikke så overraskende at Domstolen mener hensynet til integrering av det indre markedet taler mot den oppdeling av markedet for satellittsendinger som man hittil har hatt. På den annen side er det et faktum at markedsforholdene i Europa langt fra er homogene. Domstolens løsning kan derfor fort innebære et «race to the bottom» hva gjelder vederlagsnivået. Det kan hevdes at Domstolen ikke i tilstrekkelig grad analyserer konsekvensene av det, bl.a. når den konstaterer at eksklusivitetsavtalene har et konkurransebegrensende formål, uten å gå nærmere inn på virkningene i markedet av slike avtaler.

Ole-Andreas Rognstad

Nytt EU-direktiv om vernetid

Til manges overraskelse vedtok EUs ministerråd 27. september et endringsdirektiv til direktiv nr 2006/116/EC om vernetid. Direktivet forlenger vernetiden for fonogrammer fra 50 til 70 år og harmoniserer bestemmelsene om vernetid for musikkverk med tekst. Slike verk skal betraktes som fellesverk og vernetiden regnes fra utløpet av lengstlevende opphavsmanns dødsår.

Når vedtaket kom overraskende, var det fordi direktivforslaget inntil i sommer har hatt et blokkerende mindretall mot seg i ministerrådet. Danmark og Østerrike er blant de land som har endret oppfatning. EU-kommisjonen og EU-parlamentet har på sin side lenge vært enige om forlengelsen til 70 år. Kommisjonen foreslo opprinnelig (2008) 95 år.

Vernetidsforlengelsen begrunnes hovedsakelig med at utøverne – som ofte har fått sine prestasjoner publisert i ung alder – skal beholde sitt vern og nyte fruktene av det også på sine eldre dager, og ikke måtte se at de utnyttes fritt. Forslaget kom etter vellykket lobbyvirksomhet ikke minst fra produsentene.

Direktivet skal være gjennomført i EUs medlemsland innen 1. november 2013. Det er EØS-relevant, men er ennå ikke vedtatt inntatt i EØS-avtalen. Direktivet krever endring av åndsverkloven både m.h.t. vernetiden for utøvere og produsenter, og for musikkverk med tekst (dvs. verk som er skapt for bruk sammen). Etter norsk rett er dette i dag sammensatte verk, og vernetiden regnes for hvert av verkene fra utløpet av vedkommende opphavsmanns dødsår.

Den forlengede vernetiden vil sikre inntekter for både utøvere og produsenter gjennom bl.a. vederlag for kringkasting og for offentlig bruk.

Direktivet pålegger dessuten medlemslandene visse tilleggstiltak for å sikre at utøverne får valuta for den forlengede vernetiden. Utøvere som har mottatt engangsvederlag mot å overlate sine rettigheter til produsenten, skal sikres 20 % av den brutto fortjeneste produsenten årlig har av utnyttelsen av

fonogrammet ut over 50 år (ikke innregnet fra vederlag fra bl.a. bruk i kringkasting, som betales særskilt til hhv utøvere og produsenter). Disse midlene skal produsentene innbetale til et fond til fordel for musikere med slike kontrakter. De utøvere som har royalty-avtaler skal beholde disse, ubeskåret av fradrag som i sin tid måtte være avtalt. Størrelsen på royalty kan også avtales på ny til utøverens fordel, eventuelt etter mekling. Direktivet forutsetter at utøvernes forvaltningsorganisasjoner ivaretar innkreving og individuell fordeling av fondsmidlene, og at «mikroforetak» kan unntas fra kravene pga. de administrative byrdene direktivet vil medføre.

Dersom produsenten, når 50 år er gått etter første utgivelse eller offentliggjøring, ikke både gir det ut og gjør fonogrammet tilgjengelig online, kan utøveren varsle at han vil ta tilbake rettighetene. Produsenten har da ett år på seg til å sette i verk utgivelse og tilgjengeliggjøring for å unngå dette.

Direktivet forutsetter at Kommisjonen innen 1. januar 2012 kommer tilbake til spørsmålet om eventuell forlengelse av vernetiden også for utøvere og produsenter i audiovisuelle produksjoner.

Helge M. Sønneland

Er utøvende kunstners prestasjoner beskyttet som opphavsrett? Presentasjon av phd-prosjekt innen immaterialrett

Utvøvende kunstners prestasjoner vernes tradisjonelt gjennom åndsverklovens (åvl.) § 42, som en såkalt naborettighet til opphavsrettslig vernet prestasjoner, som beskyttes etter åvl. § 1. Mitt doktorgradsarbeid går ut på å undersøke hvorvidt utøverprestasjoner også parallelt vernes som opphavsrett? Grunnkravet for slik beskyttelse er – litt grovt sagt – at prestasjonen er kreativ og at den kan gis en ytre realitet. Etter min vurdering – og som også er oppgavens arbeidshypotese – innfrir de utøvende kunstnerne disse kravene.

Utøververn – tradisjonelt

Utvøvende kunstner defineres gjennom en henvisning i åvl. § 42 til fondsloven (LOV-1956-12-14-4) som lyder: «Med utøvende kunstnere menes her musikere, sangere, skuespillere, dansere, dirigenter, sceneinstruktører og andre som gjennom sin kunst framfører åndsverk.»

Det var således yrkesutøveren man ønsket å etablere et vern for på det tidspunktet rettighetene ble innført gjennom bestemmelser i åndsverkloven. Dette fremgår bla. av forarbeidene (Ot.prp. nr. 26 1959-60, s. 84 og Ot.prp. nr. 10 1956, s. 4). Utøvende kunstnere hadde fått konkurranse fra båndopptakere og film, som muliggjorde lagring av utøverprestasjonene. Dette fjernet behovet for prestasjonene deres, utover førstegangsfremføringen, da man i

stedet kunne bruke innspillingen. Gjennom opptaket kunne fremføringen gis «eget liv», uten at den utøvende lengre hadde kontroll over bruken. Dette fjernet i stor grad inntektsgrunnlaget for disse arbeidstakerne. Det ble således behov for et vern for å sikre den utøvende kontroll over bruken og vederlag for videreutnyttelsen av prestasjonen/den originale fremføringen. Bestemmelsen i § 42 tilsier at samtykke skal innhentes fra den utøvende kunstneren for at utnyttelse skal kunne skje, også ved første gangs opptak av fremføringen.

De utøvende kunstnerne lever av å fremføre andres åndsverk og i perioder har slike prestasjoner vært gjenstand for liten aktelse, i hvert fall i juridisk teori: «Ofte foregår opplevelsen også ved hjelp af en handling fra trediemands side, som sætter en mekanisk virkning eller lydbølger i funktion, en grammofonpasser, en filmoperatør, en skuespiller eller en optrædende musiker». Sitatet er hentet fra artikkelen «Om ophavsrettens grundbegreper» av Torben Lund i NIR i 1954, s. 140. Den opprinnelige legislative begrunnelsen for å skille utøverprestasjoner fra åndsverk, var at prestasjonene ikke var et resultat av en kreativ prosess og i tillegg hadde en flyktig, ikke-bestandig karakter. Dette fremgår av juridisk litteratur og forarbeider.

I andre historiske faser ble imidlertid prestasjonen, eksempel skuespillerkunsten, opphøyet, og ansett å være langt mer verdifull enn opphavsmannens hvis man skal se hen til det økonomiske utbyttet aktørene fikk på grunnlag av sine prestasjoner. I opplysningstiden, både i England, men særlig i Frankrike, hadde skuespilleren og de øvrige teateransatte, en langt større andel av inntektene fra forestillingene (8/9) enn dramatikerens. En liten brøkdel (1/9) tilkom denne. Dramatikerens er som kjent, opphavsmann (også jfr. reglene i dagens åndsverklov, se § 1 (3)).

Det er lite tvilsomt at synet på utøverprestasjoner i dag, og sannsynligvis også innholdet i § 42 tolket i lys av oppdaterte rettskilder, vil vise at vi står overfor prestasjoner som både er kreative, som utvilsomt kan gis en varig karakter (opptaket) og som også er gjenstand for stor beundring og aktelse i samfunnet.

I så fall, er det kanskje på tide å undersøke hvorvidt prestasjonene snarere kan få plass under opphavsrettsparasollen, enn i en særegen bestemmelse som plasserer dem i kategori med de tekniske og økonomiske bidragsyterne til innholdstjenesten – som en nabo til hovedbeskyttelsesobjektet i åndsverkloven? I kapittel 5, som bestemmelsen til beskyttelse av utøvende kunstners prestasjoner nå befinner seg i, er de «samboere» med bl.a. produsenter av ymse slag. Produsenter og teknikere kan medvirke til det endelige innholdsproduktet på en viktig og kvalitetsfremmende måte. Det er likevel etter min vurdering, lite tvilsomt at arten av utøverens innsats er mer av kunstnerisk slag enn av teknisk/økonomisk. Dersom innsatsens karakter skal være avgjørende

for kategoriseringen er det således snarere i kapittel 1 – sammen med de skapende – enn i kapittel 5 de utøvende «hører hjemme».

Det er dette doktorgradsarbeidet har til formål å foreta en rettslig vurdering av.

PhD-oppgaven

Utgangspunktet for arbeidet er således å undersøke, beskrive og vurdere utøverprestasjonene - med utgangspunkt i de forskjellige utøverkategorier – opp i mot vilkårene for opphavsrett. Hvorfor er det eksempelvis slik at filmregissørers innsats beskyttes som opphavsrett (åvl § 1(5)), mens teaterinstruktørers regiarbeid «kun» har vern som utøverprestasjon og derfor kan plagieres fritt? (utøvere har ikke plagiatvern). Er skapelsesprosessene for de to prestasjonene så ulike? Med dagens teknologi er det i alle fall lite tvilsomt at også teaterregi kan dokumenteres gjennom et opptak. Eller hvorfor beskyttes sangeres prestasjoner som åndsverk i USA, men som utøverprestasjon i Norge? Fremføringsprosessene som de utøvende foretar er jo i stor grad identiske, og begge land er tilknyttet internasjonale konvensjoner som Bern- og Roma- konvensjonen (bare Norge), som styrer landenes forpliktelser til utenlandske utøvere og opphavsmenn. Vil dette tilsi at sangeren ikke gis opphavsrettslig vern i Norge, men bare i USA? Eller er det slik at prestasjonen hennes faktisk også er beskyttet som opphavsrett i forhold til norsk rett?

Den potensielle gevinsten

Det man først og fremst vil vinne på en evt. omplasing av utøverprestasjonen, er at utøvende kunstners frembringelser får den beskrivelse og kategorisering de rettmessig og prinsipielt har krav på. I tillegg vil det kunne bidra til forenkling av strukturen i åndsverkloven ved at man får færre beskyttelseskategorier. Dessuten vil man muligens rent prosessøkonomisk kunne tjene på det, gjennom at man sparer de økonomiske kostnadene politiske dragkamper mellom rettighetshavergrupper medfører. I WIPO (World Intellectual Property Organization, et FN-organ for immaterialrett) har man eksempelvis for tiden en tvist gående mellom filmprodusenter og utøvende kunstnere om hvorvidt utøvende kunstnere skal tilkjennes audiovisuelle rettigheter eller ikke. Tvisten har vedvart i 17 år og medført at forslag til konvensjon (WAPT), som omhandler etablering av audiovisuelle rettigheter (filmrettigheter) for utøvende kunstnere (skuespillere), ennå ikke er vedtatt. Konflikten er illustrerende for spenningsfeltet («skvisen») mellom sterke rettighetshavergrupper utøvende kunstnere ofte befinner seg i, helt fra det ble tatt initiativ til etablering av et rettslig vern for disse rettighetshaverne.

I tillegg vil man gjennom en inkludering av utøverprestasjoner innunder opphavsrettsbestemmelsen, få lik vernetid for utøvende kunstnere og opphavsmenn. I dag har utøvere 50 års vernetid, mens

opphavsmenn har 70 år. Riktignok ble noe av forskjellen innhentet gjennom EUs nylige vedtakelse om utvidet vernetid for rettighetshavere til fonogram (bl.a. sangere og musikere), men utvidelsen omfatter ikke skuespillere, dansere og andre med visuelle fremføringsrettigheter. Den ytterligere tilnærming i beskyttelsesnivå kan etter min vurdering også anføres som argument for at når vernet nå etter hvert er så likt, hvorfor da ikke innlemme rettighetshavergruppen i hovedbestemmelsen - da selvsagt under den forutsetning at de for øvrig innfrir vilkårene for slikt vern.

Likeledes vil en justering av vernet medføre at utøvende kunstnere får plagiatvern noe de i dag ikke har. For noen utøvergrupper – som teaterinstruktører – vil dette kunne være av stor betydning, i det de i dag ikke kan forhindre at andre vederlagsfritt kopierer deres regiprestasjoner.

Irina Eidsvold Tøien

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Lovvalg, erstatning for straffbare handlinger begått av utlending i utlandet. Rt. 2011 s. 531

Saken gjaldt spørsmål om lovvalg ved avgjørelsen av erstatningsansvar for straffbare handlinger begått av en utlending i utlandet. Handlingene ble begått under den væpnede konflikten i Bosnia-Hercegovina i 1992, og kunne straffeforfølges i Norge som følge av regelen om norsk universaljurisdiksjon i straffeloven § 12 (1) nr. 4 bokstav a, se straffedommen inntatt i Rt. 2011 s. 514. Etter bosnisk rett var erstatningskravene foreldet; det var de derimot ikke etter norsk rett.

I norsk internasjonal privatrett reguleres saker om erstatning utenfor kontrakt som hovedregel etter skadestedets rett (*lex loci delicti*). Den individualiserende metode (Irma Mignon-formelen), som tradisjonelt har vært det fremtredende rettslige grunnlaget i norsk rettspraksis, kommer ikke til anvendelse der slike faste lovvalgsregler har utviklet seg, jf. bl.a. Rt. 2009 s. 1537 Bokhandleren i Kabul (se kommentar i *Nytt i privatretten* 2010, nr. 1). Dersom skadestedets rett er utenlandsk rett, finnes visse (snevre) unntaksmekanismer som gjør at denne retten likevel ikke kommer til anvendelse. Dette gjelder bl.a. der det finnes norske regler som krever direkte anvendelse på forholdet (*internasjonalt preseptoriske regler*), eller der anvendelsen av utenlandsk rett vil føre til et resultat som strider sterkt mot vår rettsfølelse (*ordre public-forbeholdet*).

I dommen som omtales her, vurderte Høyesterett tre forskjellige rettslige grunnlag: *Lex loci delicti*, Irma Mignon-formelen og *ordre public-forbeholdet*.

Høyesterett drøftet først om den alminnelige lovvalgsregelen for erstatning burde legges til grunn. Det ble vist til at de mest fremtredende hensyn bak

regelen – hensynet til rimelighet og forutberegnelighet – og at disse best kunne oppnås ved en regel om skadestedets rett (avsnitt 30–31). Høyesterett kom imidlertid til at disse hensynene ikke hadde samme gjennomslagskraft der skadevolderen forsettlig hadde utsatt andre mennesker for mishandling og alvorlig skade (avsnitt 44). Det ble også pekt på en rekke forhold som gjorde regelen om skadestedets rett lite egnet i denne saken. Blant annet viste Høyesterett til det tette båndet mellom de sivile erstatningskravene og det straffbare forhold og straffesaken (avsnitt 32–34), at oppreisningsansvaret på viktige punkter skiller seg fra det tradisjonelle erstatningsansvaret (avsnitt 35–36), at oppreisningsansvar i tilknytning til straffesaker kun er forbeholdt de mer alvorlige handlinger, og at det er et politisk mål å styrke fornærmedes stilling gjennom erstatningsordninger (avsnitt 37). For å underbygge disse utsagnene ble det vist til utviklingen i norsk rett og til diverse internasjonale regelverk (avsnitt 37–43).

Spørsmålet kunne ikke komme i noen annen stilling ved at også Roma II-forordningen kodifiserte regelen om skadestedets rett. Det ble vist til at selv om forordningen ikke er direkte bindende for Norge, bør forordningens lovvalgsregel anvendes i norsk rett ut fra hensynet til behovet for rettsenhet med EU, jf. Høyesteretts uttalelse i Bokhandleren i Kabul-saken avsnitt 34. Det ble imidlertid pekt på at den tid som hadde gått siden de skadevoldende handlingene fant sted (rundt 17 år), utelukket en anvendelse av forordningen idet den kun kom til anvendelse på skadevoldende begivenheter som finner sted etter ikrafttreddelsen 11. januar 2009. Tidsmomentet gjorde det også vanskelig å anvende forordningens løsning som uttrykk for et alminnelig prinsipp (avsnitt 46). I tillegg stilte Høyesterett seg tvilende til om sivile krav som springer ut av straffbare forhold, i det hele tatt er omfattet av forordningen, jf. forordningens artikkel 1 og betraktning 6 i fortalet (avsnitt 47).

Høyesterett gikk så over til å vurdere lovvalgsspørsmålet ut fra hvor saken hadde sin sterkeste tilknytning (Irma Mignon-formelen). Det ble pekt på at de skadevoldende handlinger ble begått i Bosnia-Hercegovina, og at både skadevolder og de fornærmede var hjemmehørende der på handlingstidspunktet. Bedømt etter situasjonen på tidspunktet for de straffbare handlingene hadde saken dermed sin nærmeste tilknytning til Bosnia-Hercegovina (avsnitt 48–49).

Høyesterett kom på tross av dette til at norsk rett måtte legges til grunn. Det ble pekt på at den straffedømtes flukt til Norge og den senere straffefølgningen av ham her med utgangspunkt i reglene om universaljurisdiksjon flyttet tyngdepunktet i saken fra Bosnia-Hercegovina mot Norge. Det ble særlig lagt vekt på at universalprinsippet er begrunnet i en solidaritetstankegang om avstraffelsen av alvorlige handlinger (avsnitt 51).

Til sist knyttet Høyesterett enkelte bemerkninger til ordre public-forbeholdet. Dette ble gjort på tross av at retten hadde kommet frem til at norsk rett skulle legges til grunn i saken. Etter bosnisk lovgivning ville

forholdet, som tidligere nevnt, være foreldet. Den straffedømtes flukt til Norge hadde gjort ham utilgjengelig for straffefølgning og tilknyttede sivile krav i Bosnia-Hercegovina. Etter Høyesteretts oppfatning ville det da virke støtende om bosnisk rett skulle legges til grunn med den følge at de fornærmede ble stående uten erstatningsrettslig vern (avsnitt 52–55).

Det er flere av avsnittene i dommen som er lite presise og hvor det er vanskelig å forstå hva Høyesterett egentlig ønsker å formidle. Dette gjelder blant annet vurderingene rundt Roma II-forordningen (særlig avsnitt 45 og det som er skrevet om artikkel 31 i avsnitt 46) og utbroderingene rundt Irma Mignon-formelen som rettslig grunnlag (avsnitt 50). Likevel må dommen først og fremst sees som et positivt bidrag til utviklingen av den norske internasjonale privatretten. Særlig to forhold kan trekkes frem: For det første fremhever Høyesterett betydningen av EUs internasjonale privatrett. Under henvisning til bokhandlerdommen gir Høyesterett i avsnitt 46 uttrykk for at «forordningens lovvalgsregel bør anvendes i norsk internasjonal privatrett ut fra hensynet til behovet for rettsenhet med EU» (min uthevning). I bokhandlerdommen uttrykte Høyesterett seg imidlertid noe mer forsiktig, ved at det ble understreket at hensynet til rettsenhet taler for at vi «legger vekt på» EU-landenes løsning, jf. avsnitt 43. I saken som omtales her, forsterker, og ikke bare bekrefter, dermed Høyesterett sin tidligere uttalelse.

For det andre fremhever Høyesterett at ordre public-forbeholdet kun utløses der lovvalget peker på fremmed rett. Dette er egentlig selvsagt, men vi har flere eksempler på at domstolene går rett til de internasjonale privatrettslige unntaksmekanismene uten først å avgjøre lovvalget, se for eksempel Rt. 1977 s. 715, Rt. 1968 s. 368, Rt. 1953 s. 1132, Rt. 1934 s. 152 og lagmannsrettens avgjørelse i bokhandlersaken, LB-2009-2850 (kommentert i *Nytt i privatretten* 2009, nr. 3). Høyesteretts uttalelse i den foreliggende sak legger opp til en ordre public-forståelse i tråd med den alminnelig anerkjente internasjonale privatrettslige metode, som nedfelt blant annet i EUs lovvalgsforordninger og som vist til i Høyesteretts avgjørelse i bokhandlersaken, jf. avsnitt 37.

Det er imidlertid skuffende at Høyesterett velger å knytte sin løsning i saken til Irma Mignon-formelen. Det argumentet Høyesterett bruker for å anvende norsk rett, knytter seg til sakstypen mer enn til det konkrete saksforholdet: Straffefølgningen med utgangspunkt i reglene om universaljurisdiksjon gjør at tyngdepunktet i saken flyttes til Norge (dvs. straffefølgningslandet). Argumentet er derfor av en slik art at det er godt egnet som grunnlag for å oppstille en fast lovvalgsregel. Dersom Høyesterett hadde oppstilt en fast lovvalgsregel og brukt denne som rettslig grunnlag, ville resultatet i saken ha blitt det samme. Samtidig ville man for fremtidige sakers del i større grad ha sikret hensynet til forutberegnelighet, som er et helt sentralt element i den internasjonale privatrett.

Marie Nesvik

KONTRAKTSRETT

Kjøp av fast eiendom: Heving og erstatning pga. betalingsmislighold. Høyesteretts dom 18. oktober 2011 (HR-2011-1947-A)

Høyesterett avsa 18. oktober 2011 en enstemmig dom hvor selgeren ble gitt medhold i heving av salg av bolig pga. vesentlig betalingsmislighold fra kjøperens side og erstatning for prisdifferanse og kostnader ved dekningsalg. Slik Høyesterett løste saken, er dommen lite interessant juridisk sett. Det var klart at det forelå et vesentlig betalingsmislighold, som ga selgeren rett til heve etter avhl. § 5-3 første ledd og krav på erstatning for økonomisk tap ved dekningsalg etter § 5-4.

Bakgrunnen for saken er denne: Kjøperen hevdet før overtakelse av boligen at selgeren ikke hadde gitt fullstendige opplysninger om stråling fra en transformator i kjelleren i boligen. Det forelå derfor mangel ved boligen etter avhl. §§ 3-8 og § 3-9. Kjøperen nektet å overta boligen, og lot være å betale den gjenstående delen av kjøpesummen (10 % var betalt ved undertegning av kontrakt). Saken for Høyesterett var fra kjøperens side lagt opp som en sak om mangelsspørsmålet. Var muligheten for helseskadelig stråling en mangel etter avhendingsloven? Problemstillingen kunne ha gitt opphav til spennende og interessante betraktninger om mangelsspørsmål i tilfeller hvor usikkerhet om helseskadelig stråling kunne gå ut over kjøperens trivsel og ro i boligen. Kan slik usikkerhet med virkning for bokkvaliteten utgjøre mangel uavhengig av sikre holdepunkter for helseskader?

Dette spørsmålet fikk vi ikke svar på i dommen. Høyesterett pekte på at kjøperen ikke krevde heving av kjøpet pga. den påståtte mangelen. Kjøperen anførte at mangelen ga rett til prisavslag eller at mangelen måtte bli rettet av selgeren. Det er opplyst at transformatoren kunne flyttes ut av huset. Prisavslag kunne derfor utmåles ut fra kostnadene ved slik flytting, jfr. avhl. § 4-12 andre ledd, og retting kunne i tilfelle gjennomføres på samme måte.

Når kjøperen ikke krevde heving av kjøpet, kunne han heller ikke holde tilbake hele restkjøpesummen. Retten til å holde tilbake betaling er etter § 4-15 begrenset til et beløp som gir sikkerhet for prisavslag eller retting. Kjøperens tilbakehold av hele restkjøpesummen innebar et vesentlig betalingsmislighold, som ga selgeren rett til å heve kjøpet i medhold av § 5-3 første ledd og krav på erstatning for prisdifferanse og ekstra utgifter ved dekningsalg etter § 5-4. Dermed fikk vi ikke Høyesteretts syn på spørsmålet om usikkerhet om strålefare med uro og manglende trivsel som konsekvens kan utgjøre relevant mangel etter avhendingsloven.

Det synes å være et par små unøyaktigheter i dommen. Kjøper av brukt bolig kan ikke kreve at selgeren retter mangelen etter § 4-10, slik Høyesterett synes å legge til grunn i avsnitt 31. Videre synes Høyesterett i avsnitt 28 å legge til grunn at kjøpet ikke var et forbrukerkjøp i avhendingslovens forstand, og at terskelen for vesentlig betalingsmislighold derfor kunne reguleres og presiseres i kjøpekontrakten uten

hinder av lovens ufravikelighet i forbrukerforhold. Konklusjonen er korrekt, men begrunnelsen må være en annen. Kjøpet er forbrukerkjøp selv om selgeren er en privatperson, jfr. § 1-2 tredje ledd. Dette er likevel ikke til hinder for kontraktsregulering av virkninger av betalingsmislighold, idet reglene i lovens kapittel 5 om betalingsmislighold er ikke ufravikelige i forbrukerkjøp, se § 1-2 andre ledd.

Trygve Bergsåker

OBLIGASJONSRETT

Litteratur

Viggo Hagstrøm: *Obligasjonsrett*, 2. utg. Universitetsforlaget, Oslo 2011. 968 sider.

1. utgave utkom i 2003 og var skrevet av Viggo Hagstrøm og Magnus Aarbakke. Denne utgaven har Viggo Hagstrøm alene ansvaret for. Tiden som er gått siden 1. utgave har nødvendiggjort en grundig oppdatering av boken. Rettspraksis er tatt med frem til 2010.

Peter Hambro

SELSKAPSRETT

NOU 2011: 8 – Ny finanslovgivning

27. mai d.å. overleverte Banklovkommissjonen «NOU 2011:8 – Ny finanslovgivning», med utkast til lov om finansforetak og finanskonsern mv. (finansforetaksloven), til Finansdepartementet ved finansminister Sigbjørn Johnsen. Utredningen omfatter to bind på til sammen 1055 sider. Ifølge Banklovkommissjonen «fremstår lovutkastet som en modernisert og samordnet lovgivning for finansforetak og finanskonsern».

Bakgrunnen for Banklovkommissjonens utredning går langt tilbake i tid. Kommisjonen ble opprettet ved kongelig resolusjon 6. april 1990. Formålet med opprettelsen av Kommisjonen var å foreta en full gjennomgang av gjeldende finanslovgivning med sikte på en modernisering, samordning og revisjon av lovverket. På 90-tallet fremla Kommisjonen to utredninger vedrørende finanslovgivningen; NOU 1995:25 om sikringsordninger og offentlig administrasjon mv. av finansinstitusjoner, og NOU 1998:14 om utkast til konsolidert lov om finansforetak. I perioden mellom 1998 og 2008 stoppet Banklovkommissjonens arbeid med denne gjennomgangen av finanslovgivningen opp på grunn av andre prioriterte oppdrag fra Finansdepartementet. Etter 2008 har Kommisjonen fremlagt ytterligere to utredninger; NOU 2008:13 om eierkontroll i finansforetak, og NOU 2009:2 om kapital- og organisasjonsformer og strukturendringer innenfor sparebanksektoren. Disse utredningene ble utformet slik at de kunne tilpasses det utkast

som nå foreligger i NOU 2011:8. Denne utredningen tar sikte på å slutføre arbeidet med ny samlet lov om finansforetak og finanskonsern, som ble startet ved opprettelsen av Banklovkommisjonen i 1990.

Målsetningen med Banklovkommisjonens utkast til finansforetaksloven har vært å etablere «et robust og oversiktlig modernisert regelverk om finansforetakenes institusjonelle forhold i vid forstand». Et vesentlig poeng har vært å samle den tidligere fragmentariske reguleringen av ulike finansforetak i én lov. Banklovkommisjonen har blant annet fremmet forslag om å erstatte det tidligere begrepet «finansinstitusjon» med begrepet «finansforetak» som gjennomgående benyttes i utkastet. Begrepet finansforetak omfatter banker, kredittforetak, finansieringsforetak, forsikringsforetak, pensjonsforetak, holdingforetak, betalingsforetak og e-pengeforetak (se utkastet § 1-4).

Utkast til lov om finansforetak og finanskonsern mv. (finansforetaksloven) inneholder 289 paragrafer fordelt på 20 kapitler. Strukturen i utkastet fremgår av fem hoveddeler. Vi står således overfor et omfattende utkast til ny finanslovgivning. Del I (kaptel 2–6) regulerer konsesjonssystemet, del II (kapittel 7–12) regulerer finansforetakene, del III (kapittel 13–15) regulerer virksomheten, del IV (kapittel 16–18) gjelder sikringsordninger og soliditetssvikt, og del V (kapittel 19–20) inneholder avsluttende bestemmelser. Banklovkommisjonen har tatt høyde for fremtidige endringer i loven, slik at utkastet lovteknisk er utarbeidet med sikte på at fremtidige endringer enkelt kan innarbeides. En stor del av det materielle innholdet i utkastet til finansforetaksloven bygger på regelverk fra EU/EØS. Kommisjonen har derfor i sitt arbeid «lagt vesentlig vekt på sikre sam-

ordnet gjennomføring i norsk lovgivning av EU/EØS regelverket på finansområdet».

Konsolideringen av finanslovgivningen vil føre til opphevelse og endring av en rekke bestemmelser i gjeldende rett (se utkastet § 20-3) da et av hovedformålene med utkastet er å oppnå en samordning og forenkling av lovverket på finansområdet. Det skal imidlertid bemerkes at en opphevelse av den institusjonsrettede lovgivning ikke tar sikte på noe radikalt innholdsmessig brudd med gjeldende finanslovgivning. Utkast til ny finansforetakslov legger opp til at forretningsbankloven av 1961, sparebankloven av 1961, banksikringsloven av 1996, og e-pengeforetaksloven av 2002, oppheves i sin helhet. Videre legges det opp til at de institusjonelle delene av finansieringsvirksomhetsloven og kapitlene 1 til 6, 13 og 14 i forsikringsvirksomhetsloven blir opphevet. Det vil også gjøres enkelte endringer i disse to lovene. Til dette kommer at Kommisjonen foreslår å oppheve bestemmelsene om verdipapirisering av utlånsporteføljer i finansieringsvirksomhetsloven § 2-36 til 2-39. På dette punkt er det dog en uenighet i Kommisjonen (se nærmere om dette i merknadene til utkastets § 20-3 i NOU 2011: 8 på side 937).

Det fremgår av utkastets § 20-1 annet ledd at finansforetak som omfattes av loven, når den trer i kraft, må oppfylle lovens krav innen ett år etter tidspunktet for ikrafttredelsen. Ellers har Banklovkommisjonen ikke gått nærmere inn på behovet for overgangsregler, som etter Kommisjonens mening best kan vurderes av Finansdepartementet ved utforming av en proposisjon basert på lovutkastet. Høringsbrev ble sendt ut til aktuelle næringsinstanser 31. mai 2011, og høringsfristen gikk ut 30. september 2011.

Edvard Horn Welle-Strand

Nytt i privatretten

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

Redaktør: Peter Hambro
Redaksjonssekretær: Eva Dobos
Forlagsredaktør: Eirik Spillum
Foto/layout forside: Mona Ø. Ådum

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

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

Et årsabonnement (2012) på *Nytt i privatretten* koster kr 530,-. Studentabonnement koster kr 265,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2011

Neste utgave kommer februar 2012