



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Virksomhetsoverdragelse, ansatt i bemanningsbyrå, midlertidig ansettelse – EU-domstolens begrunnede kjennelse 15. september 2010, sak C-386/09 Jhony Briot v Randstad Interim, Sodexo SA, Council of the European Union
Rådet i EU inngikk i 1998 en avtale med Randstad om at Randstad skulle leie ut arbeidstagere for drift av Rådets restaurant. Med virkning fra 1. januar 2003 besluttet Rådet å drive restauranten på en annen måte og overlot driften til Sodexo. Briot var ansatt i Randstad og arbeidet i restauranten som kokk. Han hadde en midlertidig arbeidsavtale som utløp 20. desember 2002. Etter dette fikk han ikke tilbud om ny ansettelse i Randstad. Spørsmålene for EU-domstolen var om det forelå en virksomhetsoverdragelse etter direktiv 2001/23/EF, og om stillingen for en arbeidstager i et arbeidsforhold som det

Briot hadde, hvis det var tale om en overdragelse av virksomhet.

Svaret på det siste var ikke tvilsomt, og domstolen avgjorde saken i medhold av prosessreglementets artikkel 104(3) ved den enklere formen «begrunnet kjennelse» («reasoned order»). Det enkle utgangspunktet er at ved en midlertidig ansettelse har arbeidstageren i prinsippet ikke noe krav på forlengelse eller ny ansettelse når den midlertidige ansettelsen utløper. Etter direktivets artikkel 3(1) er det bare arbeidsforhold som foreligger på overføringstidspunktet, som omfattes av retten til å gå over til erververen. En midlertidig ansettelse som er lovlig opphørt før tidspunktet for overdragelse, har dermed ikke vern etter direktivets regler (avsnitt 32–35).

Stein Evju

Innhold nr. 2

Arbeidsrett	1
Arverett	7
Avtalerett	10
Barnerett	13
Familierett	14
Fast eiendom	16
Immaterialrett	22
Obligasjonsrett	23
Personvern	25
Selskapsrett	25
Institutt for privatrett	28
Skriftserien	28

Arbeidstid, tvist, endring i arbeidsforhold – EU-domstolens dom 14. oktober 2010, sak C-24309, Günter Fuß v Stadt Halle (Saale)

Fuß arbeidet i brannvesenet i Halle og var i operativ tjeneste med en turnus på gjennomsnittlig 54 timer pr. uke. Han reiste innvendinger mot arbeidstidsordningen og bad om at den ukentlige arbeidstiden for fremtiden ikke skulle overstige 48 timer i gjennomsnitt, som er maksimum etter arbeidstidsdirektivet, 2003/88/EF. Kort tid etter ble Fuß mot sin vilje overført fra operativ tjeneste til kontrollrommet for en tre måneders periode. Lønnen var som før; arbeidstiden var 40 timer pr. uke. Arbeidsgiveren hevdet at overføringen var nødvendig for virksomhetens drift. Den foreleggende rett, Verwaltungsgericht Halle, fremholdt at overføring var fullt lovlig etter nasjonal rett, isolert sett. Spørsmålet var om overføringen kunne være i strid med direktivets artikkel 22(1)(b). Der heter det at ingen arbeidstager skal utsettes for noen skade eller noe tap fra arbeidsgiverens side dersom vedkommende ikke er villig til å samtykke til lengre ukentlig arbeidstid enn 48 timer i gjennomsnitt.

Efter et lengre resonnement reformulerte EU-domstolen spørsmålet fra den foreleggende rett og besvarte det bekreftende. Som del av begrunnelsen drøftet domstolen rekkevidden av 48-timersregelen i artikkel 6(b) og direktivets unntaksregler. Den fastslo at artikkel 6(b) har direkte effekt og derved er bindende ikke bare for nasjonale domstoler, men også for forvaltningsorganer, også «desentraliserte» forvaltningsorganer som bl.a. de tyske delstater, *Länder*. Derefter fremholdt domstolen at en tvungen overføring til annet arbeid slik Fuß var blitt til del, ville gjøre retten til en maksimal arbeidstid helt innholdsløs og ødelegge den nytteverdi bestemmelsen i artikkel 6(b) skal ha for arbeidstagerne. Dette ble ytterligere forsterket ved at domstolen understreket at den grunnleggende rett til effektiv rettslig beskyttelse som er fastsatt i artikkel 47 i EUs Charter of Fundamental Rights, ville bli vesentlig svekket hvis en arbeidsgiver skulle kunne gå til det skritt å påby en slik overføring som det var tale om i saken, som reaksjon mot en klage eller et søksmål.

Avgjørelsen er interessant både ut fra dette perspektivet og som et klart eksempel på at en endring som i og for seg ville kunne pålegges ensidig, likevel kan være urettmessig på grunnlag av motiv og konsekvenshensyn knyttet til en gitt situasjon.

Stein Evju

Varetektsfengsling, oppsigelse i prøvetid – Rt. 2011 s. 74

A tiltrådte en 80 % stilling som miljøarbeider 23. juni 2008 med en prøvetid på seks måneder. Han ble pågrepet 5. november 2008 og fremstilt for varetektsfengsling dagen etter. Ved Hålogaland lagmannsretts kjennelse 7. november ble han fengslet for fire uker. Han var siktet for trusler ved bruk av «torpedoer». A ble løslatt 2. desember; samme dag ble det holdt drøftelsesmøte, og han ble så sagt opp ved kommunens vedtak 12. desember 2008.

A reiste søksmål om oppsigelsen i april 2009. Han vant ikke frem i tingretten og anket til lagmannsrett. I mellomtiden var det avsagt dom i tingretten i straffesaken mot A, som ble frifunnet. I stillingsvernsaken fant lagmannsretten at oppsigelsen var ugyldig, og kommunen fikk ikke medhold i sin begjæring om at As arbeidsforhold skulle opphøre. Kommunens anke til Høyesterett ble ikke tillatt fremmet for spørsmålet om opphør hvis oppsigelsen var urettmessig. Anken forøvrig førte ikke frem, annet enn delvis med hensyn til erstatning.

Høyesterett (enstemmig; dommer *Tønder* førstvoterende) gikk forholdsvis bredt til verks i en drøftelse av terskelen for oppsigelse i prøvetid generelt og av betydningen av fravær på grunn av soning og varetektsfengsling. Førstvoterende poengterte forskjellen idet han fremholdt at «I vår sak står vi

overfor en varetektsfengsling på grunnlag av et forhold som endte med frifinnelse. Situasjonen er således en annen enn ved fravær på grunn av soning ved at fraværet ikke skyldtes straffbare forhold arbeidstakeren var skyldig i. Som det uttales [Rt. 1992.1482, 1487], vil det da ikke uten videre være like naturlig å legge all risiko for fraværet på arbeidstakeren, slik som ved soning. Selv om det vanlige vil være at en som på grunn av skjellig grunn til mistanke blir varetektsfengslet, også senere blir domfelt, må muligheten for at saken blir henlagt eller ender med frifinnelse, alltid holdes åpen. Også uskyldpresumsjonen som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 2, tilsier varsomhet med å trekke for raske slutninger av en varetektsfengsling, ...» (avsnitt 39). Fraværet førte i dette tilfellet til «reduksjon i den tiden som står til arbeidsgivers disposisjon for å teste ut arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, vedkommendes faglige dyktighet og pålitelighet. I en slik situasjon kan det ikke være riktig uten videre å la arbeidsgiver alene bære risikoen for fraværet. Dersom fraværet er av en slik lengde at arbeidsgiver ikke har fått et tilstrekkelig grunnlag til å vurdere arbeidstakerens skikkethet for stillingen før denne blir fast tilsatt, kan det tale for at oppsigelse må kunne skje. Men i disse tilfellene bør det som alternativ til oppsigelse vurderes forlengelse av prøvetiden» (avsnitt 40). I dette tilfellet anså Høyesterett at reduksjonen i prøvetidens lengde ikke kunne gi tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse.

Kommunen hadde videre anført at det forhold A var siktet for, var uforenlig med stillingen som miljøarbeider. Det førte ikke frem; «en slik henvisning til siktelsen alene [er] uholdbar som oppsigelsesgrunn i denne saken» (avsnitt 45). Og når kommunen hadde valgt å gå til oppsigelse på basis av den handling A var siktet for, men straffesaken endte med frifinnelse, innebar det at grunnlaget for oppsigelsen sviktet (avsnitt 47).

Dommen er interessant og nyttig ved at den bygger på og bygger videre på dommen i Rt. 1992.1482. Tilfeller av varetektsfengsling er mer spesielle, stillingsvernrettslig sett, enn ved fravær på grunn av soning. Da er de faktiske forholdene stort sett på det rene. Ved varetekt er de det tvert imot ikke, og fravær vil typisk sett ha kortere varighet. Grunnlaget for en eventuell oppsigelse er derved vesentlig mer usikkert. Det er dessuten viktig, og en nyttig påpekning, at når det er tale om et mulig straffbart forhold, må uskyldpresumsjonen i EMK artikkel 6(2) ha «over-slag» til den sivilrettslige vurderingen.

Dommen er også av betydning ved at Høyesterett tar et tydelig standpunkt til domstolenes prøvelsesrett ved oppsigelser i prøvetid. Førstvoterende pekte på avgjørelsene i Rt. 2003.1071 og Rt. 2008.135, som peker på visse begrensninger, og bemerket så at ut over disse «vil det imidlertid ikke kunne oppstilles

spesielle begrensninger i prøvingsintensiteten ved oppsigelse i prøvetid» (avsnitt 34).

Stein Evju

Uklar eller forvirret? Forholdet mellom alminnelige domstoler og Arbeidsretten – Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse og beslutning 24. mars 2011 (HR-2011-623-U)

Saken gjaldt i utgangspunktet krav om bonus for 2008 fra syv montører i et lite elektroinstallasjonsfirma. De syv vant frem i tingretten, men tapte i lagmannsretten. De anket så til Høyesterett ved ankeerklæring av 17. januar 2011. Der ble det anført at den omtvistede bonusavtalen er en tariffavtale, og at det ble tatt skritt til å bringe dette spørsmålet inn for Arbeidsretten.

Stevning til Arbeidsretten ble tatt ut 28. januar 2011. I ankeerklæringen til Høyesterett bad de ankende parter om at Ankeutvalget skulle vente med å treffe beslutning om å fremme anken eller ikke til det forelå en avgjørelse av Arbeidsretten. Det gjorde Ankeutvalget ikke. Utvalget bemerket:

«Retten kan etter tvisteloven § 16-18 første, jf. tredje ledd på begjæring ved kjennelse stanse en sak dersom utfallet helt eller delvis avhenger av et rettsforhold som vil bli bindende avgjort i en annen sak. Ved dom av Arbeidsretten vil det bli bindende avgjort hvorvidt det er inngått tariffavtale om bonus. Dette gir imidlertid etter ankeutvalgets syn ikke tilstrekkelig grunn til å stanse behandlingen av ankesaken for Høyesterett. Hvis Arbeidsretten kommer til at det foreligger tariffavtale, vil de ankende parter kunne fremsette krav på dette grunnlag, selv om de andre ikke har fått medhold i ankesaken for Høyesterett» (avsnitt 6).

Det som fremkaller undring, er den siste perioden i avsnittet, «Hvis Arbeidsretten kommer til at det foreligger tariffavtale, vil de ankende parter kunne fremsette krav på dette grunnlag, selv om de andre ikke har fått medhold i ankesaken for Høyesterett».

Det ene, som ihvertfall er uklart, er uttalelsen om at «de andre ikke har fått medhold». Det forblir i det dulgte hvem «de andre» er. Det var ingen andre, hverken faktiske eller potensielle, ankende parter i tvisteforholdet. Kanskje er meningen at «de andre» skal være andre rettslige grunnlag enn «dette grunnlag» at det eventuelt foreligger en tariffavtale. Men det er vel ikke vanlig å si eller skrive at «et grunnlag får medhold». En part kan få medhold, et grunnlag kan føre frem. Hvis Ankeutvalget har valgt en annen sprogforståelse, er den ikke klargjørende.

Det andre, som ikke er mindre komplekst, er uttalelsen om at dersom Arbeidsretten kommer til at bonusavtalen er en tariffavtale, kan «de ankende parter ... fremsette krav på dette grunnlag». Det enkle utgangspunktet er at hvis det foreligger en

tariffavtale, kan de ankende parter for Høyesterett ikke reise søksmål eller fremme krav på grunnlag av tariffavtalen. Det er det bare den *fagforeningen* som er part i tariffavtalen, som kan gjøre. Fagforeningen kan imidlertid fremme krav om betaling til sine medlemmer, i form av etterbetalingskrav eller som erstatningskrav. Dette er grunnleggende arbeidstvistprosess. Det er det også at i slike tilfeller er det ikke avgjørende for Arbeidsretten hva andre domstoler måtte ha kommet til når det gjelder forståelsen av avtalen eller underliggende forhold. Hvis Ankeutvalget derimot har ment å gi uttrykk for at de ankende parter selv kan reise søksmål, forflytter vi oss tilbake til de alminnelige domstoler. Det er like grunnleggende arbeidsrett at en enkelt arbeidstager kan reise søksmål om egne, individuelle krav med referanse til en tariffavtale. Men da er rettsgrunnlaget *arbeidsavtalen*, ikke tariffavtalen, ved at tariffavtalens (normative) bestemmelser inngår i og dermed blir en del av arbeidsavtalen. Det sentrale poenget, som typisk ligger til grunn for en stansningsbegjæring, og som kanskje er det Ankeutvalget har hatt i tankene, er at for slike tvister har Arbeidsrettens avgjørelser *generell rettskraft*. «Har Arbeidsretten i sin domsslutning fastslått en viss forståelse av en tariffavtale, gjelder denne forståelse også for enhver arbeidsavtale, som er bygget på tariffavtalen» (arbeidstvistlovens § 9 annet ledd). Det betyr at dersom en tingrett, en lagmannsrett eller Høyesterett har bygget på at det ikke foreligger et avtalegrunnlag for et individuelt krav, blir det uten betydning dersom Arbeidsretten kommer til at det foreligger en tariffavtale med bestemmelser som leder til en annen konklusjon. Sivilprosessuelt blir spørsmålet da om rettskraftsreglene er fleksible nok til å muliggjøre et nytt søksmål på grunnlag av arbeidsavtalen forstått i lys av tariffavtalen og under hensyn til arbeidstvistlovens § 9 annet ledd, der kravet om betaling på grunnlag av arbeidsavtalen er avgjort i en tidligere prosess, uansett på hvilket nivå. Det må formodentlig bli et spørsmål om «særlige forhold» etter tvistelovens § 19-15 tredje ledd.

Stein Evju

Kommunal pensjon, tariffbrudd, etterbetaling – Arbeidsrettens dom 24. mars 2011 (sak nr. 34/2009)

Ved Arbeidsrettens dom i ARD 2003.181 ble det avgjort at det gjennom hovedtariffavtalen for kommuner var tariffestet en plikt til at kommunene skulle ha en pensjonsordning, før 1. januar 1997; Arbeidsretten bygget på at en slik plikt forelå ihvertfall fra hovedtariffavtalen for 1976–78. Kommunen i denne saken hadde etablert en pensjonsordning ved tilslutning til Felles kommunal pensjonsordning (FKP) fra 1. januar 1977. Kommunen tillot imidlertid ansatte å reservere seg mot å være omfattet, og tvisten gjaldt

tre arbeidstagere som hadde reservert seg. Spørsmålet var om de var bundet av reservasjonserklæringene, der de også fraskrev seg ethvert krav på pensjon.

Arbeidsretten (5–2) poengterte at når det å ha en pensjonsordning var tariffestet, var det tariffstridig å legge til rette for at arbeidstagere kunne reservere seg (avsnitt 63). FKP-ordningens vedtekter hadde ingen regler om reservasjonsadgang. Det hadde heller ikke tariffavtalen, og når ordningen var tariffavtalt, kunne den enkelte arbeidstager da ikke rettsgyldig reservere seg (avsnitt 65). De tre berørte arbeidstagerne hadde da krav – og kommunen ble dømt til å foreta etterbetaling til dem.

Med et komplekst faktum som bakteppe er dommen en illustrasjon av en enkel og grunnleggende rettsnorm i arbeidsretten. Partene i et arbeidsavtaleforhold der begge er bundet av en tariffavtale, kan ikke rettsgyldig avtale noe som er i strid med tariffavtalen. Hvis en individuell avtalebestemmelse strider mot tariffavtalen, er bestemmelsen ugyldig, og tariffavtalens regel gjelder i stedet, den er en del av avtalevilkårene i det individuelle arbeidsforholdet. Denne preseptoriske virkningen – ufravikelighetsvirkningen – av en tariffavtale er forankret i arbeidstvistlovens § 3 nr. 3.

Stein Evju

Lovvalg i arbeidsretten, tolkning av Romakonvensjonen – EU-domstolens dom 15. mars 2011, sak C-29/10 Heiko Koelzsch mot État du Grand-Duché de Luxembourg

I denne prejudisielle avgjørelsen tolker EU-domstolen artikkel 6 om individuelle arbeidsavtaler i Romakonvensjonen av 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område. Saken er domstolens andre om Romakonvensjonen og den første som behandler artikkel 6. I artikkel 6(1) gjøres det en betydelig begrensning i konvensjonens utgangspunkt om partsautonomi. Begrensningen innebærer at arbeidstakeren uansett lovvalg vil beholde den beskyttelse han har etter preseptoriske regler i den lov som ville blitt lagt til grunn dersom partene ikke hadde foretatt et lovvalg. Hvilket lands rett som skal legges til grunn dersom partene ikke har foretatt et lovvalg, bestemmes av tilknytningskriteriene i artikkel 6(2) som enten er (a) landet der hvor arbeidstakeren vanligvis utfører sitt arbeid, eller, i mangel av et slikt sted, (b) landet der det forretningssted ligger hvor ansettelsen ble foretatt. Tilknytningskriteriene skal ikke legges til grunn dersom det av omstendighetene som helhet fremgår at avtalen har nærmere tilknytning til et annet land – i så fall vil loven i dette landet komme til anvendelse. Selv om Norge ikke er part i Romakonvensjonen, har dommen interesse også fra en norsk synsvinkel. Det følger av alminnelig oppfatning at både konvensjo-

nen og domstolens praksis knyttet til den er sentral i norsk internasjonal privatrett.

Problemstillingene i saken gjelder tolkningen av artikkel 6(2) (a) og spesielt tilknytningskriteriet om landet der arbeidstaker vanligvis utfører sitt arbeid. Heiko Koelzsch arbeidet som lastebilsjåfør og var bosatt i Tyskland. Hans arbeidsgiver, Gasa Spedition Luxembourg, var datterselskap til et dansk selskap og drev med transport av blomster fra Danmark til forskjellige destinasjoner i Tyskland og også andre europeiske land. Gasa hadde verken filial eller kontor i Tyskland. Lastebilene som ble brukt til å frakte blomstene i var registrert i Luxembourg og stasjonert i Tyskland. Sjåførene ble dekket gjennom trygdesystemet i Luxembourg.

I forbindelse med en omorganisering av Gasa og en reduksjon i selskapets transportaktiviteter fra Tyskland dannet de ansatte i virksomheten et bedriftsråd («Betriebsrat») der Koelzsch ble valgt som vara. En uke senere ble han sagt opp fra stillingen i Gasa.

Koelzsch saksøkte først sin arbeidsgiver i Tyskland, der saken ble avvist på grunn av manglende jurisdiksjon. Han anla så sak i Luxembourg hvor han ikke fikk medhold i at de tyske reglene som beskytter ansatterepresentanter mot oppsigelse, skulle komme til anvendelse. Anmodningen om prejudisiell avgjørelse er knyttet til erstatningssaken Koelzsch i etterkant av dette anla mot Luxembourg for tilsidesettelse av Romakonvensjonen artikkel 6. Hensett til uenighet om tolkningen av bestemmelsen besluttet appelldomstolen i Luxembourg å utsette saken og å forelegge spørsmål om tolkningen for EU-domstolen.

Spørsmålet appelldomstolen ønsket at EU-domstolen skulle ta stilling til, var som følger: Må artikkel 6(2)(a) forstås slik at dersom en arbeidstaker arbeider i mer enn ett land, men returnerer kontinuerlig til ett av dem, så vil dette landet anses som landet der han vanligvis utfører sitt arbeid? Domstolen fremhevet først at tilknytningskriteriet i artikkel 6(2)(a) måtte tolkes autonomt. Videre måtte det ved tolkningen ikke ses bort fra det sammenlignbare kriteriet i Brusselkonvensjonen om valg av verneeting og anerkjennelse av dommer artikkel 5(1) som bestemmer jurisdiksjon i arbeidstvister. Domstolen viste i den sammenheng til Romakonvensjonens fortale der det går frem at den ble inngått for å fortsette lovharmoniseringsarbeidet som ble satt i gang med Brusselkonvensjonen, og at domstolen også vektla dette i sin første avgjørelse om Romakonvensjonen, sak C-133/08 *ICF* (avsnitt 32-33, kommentert i *Nytt i privatretten* nr. 4/2009).

I den konkrete tolkningen av artikkel 6 la EU-domstolen betydelig vekt på hensynet til beskyttelsen av arbeidstakeren som den svake kontraktpart. Domstolen viste i den sammenheng til Giuliano/Lagarde-rapporten som var et grunnleggende forarbeid til Romakonvensjonen. I rapporten går det frem at formålet med artikkel 6 var å skape mer hensiktsmessige

regler på et område hvor kontraktspartenes interesser ikke var sammenfallende og å gi tilstrekkelig beskyttelse av den part som fra en sosial og økonomisk synsvinkel ble sett på som den svake kontraktspart. De samme prinsippene hadde EU-domstolen vektlagt ved tolkningen av artikkel 5(1) i Brusselkonvensjonen. I saker som den foreliggende, hvor arbeidstakeren arbeidet i mer enn en konvensjonsstat, hadde domstolen tatt behørig hensyn til behovet for å garantere tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakeren, jf. C-383/95 *Rutten* og C-437/00 *Pugliese*. Hensett til formålet med Romakonvensjonen artikkel 6, skulle bestemmelsen forstås slik at den sikret at det primært var loven i det land hvor arbeidstakeren utførte arbeidet og ikke loven i det land hvor arbeidsgiveren holdt til som skulle legges til grunn. Det ble fremhevet at det var i den førstnevnte stat at arbeidstakeren utførte sine økonomiske og sosiale forpliktelser og hvor forretningsklima og politisk klima påvirket utførelsen av arbeidet (avsnitt 40–42).

Tilknytningskriteriet i artikkel 6(2)(a) måtte etter dette gis en vid tolkning, mens tilknytningskriteriet i artikkel 6(2)(b) skulle komme til anvendelse der domstolen som behandlet saken ikke ville være i stand til å finne frem til landet hvor arbeidstakeren vanligvis utførte sitt arbeid. Artikkel 6(2)(a) kunne derfor komme til anvendelse også i saker som den foreliggende hvor arbeidstakeren arbeidet i flere land. I tråd med EU-domstolens praksis i tilknytning til Brusselkonvensjonen artikkel 5(1), samt ordlyden i artikkel 8 i Roma I-forordningen som (delvis) erstattet Romakonvensjonen fra 17. desember 2009, la EU-domstolen til grunn at tilknytningskriteriet i artikkel 6(2)(a) skulle henvise til *stedet hvor eller fra hvor* arbeidstakeren faktisk arbeidet (avsnitt 43–47).

I den forelagte saken skulle derfor appelldomstolen i Luxembourg gjennom en vid tolkning av tilknytningskriteriet i artikkel 6(2)(a) forsøke å fastsette om Koelzsch vanligvis hadde utført sitt arbeid i en av medlemsstatene og i så fall i hvilken stat. Ved fastleggelsen av hvor Koelzsch vanligvis utførte sitt arbeid, skulle det tas hensyn til samtlige av de faktorer som karakteriserte hans virksomhet, som i hvilken stat han utførte sine transportoppgaver, mottok instruksjoner vedrørende dette og organiserte sitt arbeid, hvor arbeidsredskapene befant seg og hvor transporten hovedsakelig ble gjennomført, de steder der varene ble avlesset og det sted der arbeidstakeren vendte tilbake etter å ha utført disse oppgavene (avsnitt 47–49).

EU-domstolens avgjørelse er oppklarende ved at den gir tydelige retningslinjer for tolkningen av artikkel 6(2)(a). Dette gjelder særlig idet tolkningen som legges til grunn ikke kan leses direkte ut fra ordlyden.

Domstolen kommer også med avklaringer med hensyn til kildebruk ved at den støtter seg på kilder som ikke uten videre kan legges til grunn. For det

første gjelder dette Brusselkonvensjonen artikkel 5(1) og domstolens praksis knyttet til denne. Det er ingen automatikk i at alle identiske eller liknende begreper i Roma- og Brusselkonvensjonen skal tolkes på samme måte. Som generaladvokat Trestenjak påpeker i sin uttalelse til saken har regelsettene forskjellige formål – å bestemme henholdsvis hvilket lands rett som skal legges til grunn og hvilken domstol som er kompetent til å behandle saken. Videre viser praksis fra EU-domstolen at den ikke alltid tolker sammenlignbare begreper på samme måte. Et eksempel er sak C-435/06 der domstolen la til grunn at begrepet «sivilrettslig område» i Brussel II (forordning 2201/2003) skulle tolkes autonomt og ikke basere seg på tolkningen av det samme begrepet i Brusselkonvensjonen/Brussel I (forordning 44/2001).

For det andre viser EU-domstolen, i motsetning til i ICF-saken, til Roma I-forordningen og støtter seg på den i sin argumentasjon. På denne måten sikres kontinuitet i rettstilstanden på området, og sakens relevans vil være nærliggende også i forhold til senere saker der Roma I-forordningen kommer til anvendelse.

For det tredje viser EU-domstolen, som i ICF-saken, til Giuliano/Lagarde-rapporten og benytter seg av den på en mer direkte og inngående måte enn det som er vanlig med hensyn til forarbeider i domstolens praksis ellers. Domstolen befester dermed rapportens betydning som rettskilde ved tolkning av Romakonvensjonen.

Marie Nesvik

Gamle professorer, bedriftsfastsatte aldersgrenser og eldrebølgen – Om EU-domstolens dom 18. november 2010, forenede saker C-250/09 og C-268/09 Vasil Ivanov Georgiev mot Technical University of Sofia, filial Plovdiv; og Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 13. desember 2010 i Gjensidige-saken (LB-2010-99479 - LB-2010-99486)

I *Georgiev* var temaet en aldersgrense for universitetsprofessorer. Grunnlaget for saken var at arbeidskontrakten mellom Georgiev og Technical University of Sofia opphørte da han nådde aldersgrensen for professorer, som i Bulgaria er 65 år. Georgiev fikk muligheten til videre ansettelse gjennom en tidsbegrenset kontrakt som innebar en maksimal forlengelse i til sammen tre år, frem til han automatisk ble pensjonert ved fylte 68 år. Georgiev gikk til sak mot universitetet vedrørende både den tidsbegrensede ansettelsen og det automatiske opphør av arbeidsforholdet ved 68 år. For EU-domstolen gjaldt saken i det vesentlige to sentrale spørsmål: For det første om en bestemmelse som ikke tillater en tidsbegrenset ansettelseskontrakt med professorer som har fylt 65 år, er i samsvar med Dir. 2000/78/EF. For det andre om

direktivet er til hinder for en bestemmelse som fastsetter at professorer pensjoneres automatisk ved 68 år. Kjernespørsmålet var altså hvorvidt disse bestemmelsene er i samsvar med unntaksbestemmelsen i Art. 6 nr. 1 i Dir. 2000/78/EF.

Begge bestemmelsene utgjør ifølge EU-domstolen *direkte* diskriminering på grunn av alder. Spørsmålet var dermed hvorvidt denne diskrimineringen lar seg rettferdiggjøre, hvilket må avgjøres ut fra direktivets Art. 6 nr. 1. Det innebærer for det første å identifisere det eller de formål som kan ligge bak bestemmelsen, og hvorvidt disse er legitime. Når det gjelder aldersgrensen, fremhever domstolen at hensyn til en bedre fordeling av stillinger mellom generasjoner og til sikring av kvalitet i forskning og undervisning gjennom samarbeid mellom de forskjellige generasjonene kunne gjøre seg gjeldende (se avsnitt 45, 46). Det er grunn til å merke seg at formuleringen er bevisst skrevet i konjunktiv, nettopp fordi – slik domstolen eksplisitt bemerket i avsnitt 47 – det er tvilsomt om slike formål, som spesielt var påberopt av intervererende stater, faktisk forfølges av den bulgarske lovbestemmelsen sett i lys av de nasjonale forhold. Men det var det opp til de nasjonale domstoler å vurdere, fremholdt EU-domstolen, både når det gjelder aldersgrensen og med hensyn til ordningen med tidsbegrenset forlengelse. Det innebærer at spørsmålene om det foreligger et legitimt formål, om de nasjonale tiltakene er egnet og nødvendige for å nå formålet, og om kravet om proporsjonalitet i snever forstand ivaretas, må dermed besvares i de nasjonale domstolene. Likesom i *Age Concern* (C-388/07, omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2/2009) spiller EU-domstolen her bevisst ballen tilbake til de nasjonale domstolene for å kartlegge de legitime formålene og hvorvidt de øvrige kriteriene er oppfylt i lys av de nasjonale forhold. Men EU-domstolen gir ikke dermed noen blankosjekk til medlemsstatene med hensyn til å fastsette aldersgrenser eller bruk av tidsbegrensede avtaler for professorer; det gjøres klart spesielt i avsnitt 56 og 67.

Som EU-domstolen fremhevet flere ganger i *Georgiev*, er det opp til de nasjonale domstolene å foreta en konkret vurdering i lys av den nasjonale konteksten om forutsetningene for unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering er oppfylt. Det var nettopp en slik oppgave Borgarting lagmannsrett stod overfor i den såkalte *Gjensidige-saken*. Saken gjaldt her spørsmålet hvorvidt en bedriftsfastsatt aldersgrense på 67 år er i samsvar med aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljølovens § 13-1 Etter aml. § 15-13a første ledd annet punktum kan det fastsettes lavere aldersgrenser enn 70-årsgrensen, forutsatt at disse er i samsvar med aml. § 13-3 annet ledd. Lagmannsretten pekte helt korrekt på at det da «må vurderes om forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og om den er uforholdsmessig inngripende.» Lagmannsrettens gjennomføring av denne

vurderingen er imidlertid snau og overfladisk og munner ut i følgende konklusjon:

«Etter lagmannsrettens syn er ordningen med den bedriftsfastsatte aldersgrensen på 67 år i Gjensidige objektivt og saklig begrunnet, og den tjener et legitime formål.»

Det er ikke godt å finne ut av hva dette legitime formål er. Lagmannsretten foretar ingen konkret vurdering i lys av den nasjonale konteksten, hverken her eller i sin videre analyse. En konkret vurdering av de nasjonale forholdene burde ha ført til et annet resultat. Det illustreres av tingrettens dom i saken. Tingretten gikk grundig inn i vurderingen og kom, ikke overraskende, til at den bedriftsfastsatte aldersgrensen var i strid med aldersdiskrimineringsforbudet fordi det ikke kunne ansees å foreligge noe legitimt formål. Dessuten tar lagmannsretten ikke i det hele tatt stilling til nødvendighetskravet. Selv om man ville anse at det foreligger et legitimt formål, er det svært tvilsomt om aldersgrensen ville passere nødvendighetskravet. Spørsmålet som stilles her er om det finnes mindre inngripende og like effektive tiltak enn en absolutt aldersgrense for å nå det legitime formålet. Det må besvares ganske enkelt med «ja». Det finnes alternative, mer fleksible løsninger enn en absolutt virkende alminnelig aldersgrense. Det er dessuten i samfunnets interesse at de som er villige og i stand til å jobbe lengre, skal få muligheten til det. Hvorfor var ellers det erklærte formålet av pensjonsreformen at alle skulle stå lengst mulig i arbeid?

Lagmannsrettens dom er påanket til Høyesterett, og anken er tillatt fremmet til behandling, se HR-2011-521-U.

Melanie Hack

Litteratur

Bjørn Eriksen: *Saksbehandlingsregler ved oppsigelse og avskjed*. Gyldendal Akademisk, Oslo 2011. 280 sider

Boken er en omarbeidet og utvidet utgave av forfatterens ph.d.-avhandling (Handelhøjskolen i København 2007). Den overgripende problemstillingen for avhandlingen er om saksbehandlingsreglene for oppsigelses- og avskjedssaker, først og fremst arbeidsmiljølovens regler, er gode nok og fungerer godt nok. Forfatteren gir en bred behandling av relevante regler, både av reglens utvikling og av status presens, med utblikk til internasjonale reguleringer og annen nordisk rett. Et sentralt ledd i undersøkelsene har vært studiet av en rekke konkrete saker. Forfatteren fremholder at når lovgiver har drøftet saksbehandlingsregler, har lovgiveren lagt visse faktiske forutsetninger til grunn. Gjennom empiriske undersøkelser har

forfatteren søkt å «kartlegge om disse forutsetningene virkelig er korrekte» (s. 33). Dette er gjort ved å gjennomgå saker fra noen utvalgte domstoler (Oslo, Asker og Bærum) i noen utvalgte perioder. Funnene fra disse studiene er utnyttet i deler av de videre drøftelsene. Forfatteren konkluderer blandt annet med at hans undersøkelser viser at saksbehandlingsreglene ikke fungerer i samsvar med lovgivers forutsetninger innenfor privat sektor (i motsetning til statlig sektor) (s. 232–33). En mer spesiell konklusjon er at det ikke «foreligger noen legislativ begrunnelse fra lovgiver» for at saksbehandlingsreglene er forskjellige i privat og i statlig sektor» (s. 232). Det er vanskelig å se at det standpunktet er underbygget i bokens kapittel 7 om «saksbehandlingsreglene for statsansatte», annet enn ved forfatterens eget rettspolitiske standpunkt om at det ikke er noen grunn til at saksbehandlingen i stillingsvernsaker «innenfor offentlig sektor er annerledes enn i privat sektor» (s. 148). Men det er en styrke ved boken at den gir stoff til ettertanke og kan stimulere til diskusjon om viktige problemstillinger på den arbeidsrettslige arena.

Stein Evju

ARVERETT

Bortfall av testament – al. § 57 annet ledd annet punktum. Borgarting lagmannsretts dom 7. januar 2011 (LB-2010-79362)

Etter al. § 57 annet ledd annet punktum kan en bestemmelse i et testament bortfalle når det på grunn «av tilhøve som seinere er komne til, er tvillaust at han ikkje skal gjelde.» Bestemmelsen har hovedsakelig praktisk betydning når testator til sin død ikke kjenner til de endrede forhold. Har testator visst om de nye forhold, har han mulighet til selv å tilbakekalle sitt testament ved skriftlig dokument etter første ledd eller ødelegging etter annet ledd. Både i rettspraksis og juridisk teori har man antatt at det skal svært mye til for å oppfylle kravet om «tvillaust» når testator kjenner til de endrede forhold, jf. Rt. 1987 s. 1434 (s. 1439) og Peter Lødrup *Arverett*, 5. utg. 2008 s. 215–216. I dommen fra Borgarting hadde testator i minst seks måneder kjent til endringen uten selv å tilbakekalle testamentet. Allikevel kom lagmannsretten til at testamentet var bortfalt.

Fakta

I, kvinnen, og J, mannen var samboere fra 1975. De hadde ingen livsarvinger. I 2000 opprettet de et gjensidig testament hvoretter restboet ved lengstlevendes død skulle tilfalle Den norske Kreftforening. Sommeren 2007 flyttet I ut og rev dette testament i stykker. I desember 2007 flyttet de sammen igjen og i mai 2008 opprettet de et nytt «testament». Innholdet i dette testamentet var svært uklart idet det egentlig

ikke inneholdt noen primærdisposisjon. Iallfall het det at restboet nå skulle tilfalle Frelsesarmeen. I juni 2008 ble I svært syk og 20. juni 2008 opprettet hun på sykehus et nytt testament. Her het det at avtalen (testamentet?) mellom I og J var å anse som ugyldig og alt I etterlot skulle tilfalle hennes søsken ved hennes død. I døde tre dager senere. Etter Is død ble det strid mellom J og Is søsken om gyldigheten av dokumentet fra 20. juni idet J anførte at han ikke var blitt kjent med testamentet før Is død. Denne konflikten varte til 21. januar 2009 da det ble inngått en avtale om at J skulle arve $\frac{1}{4}$ og Is søsken resten. J døde 3. februar 2009 og hadde aldri tilbakekalt avtalen/testamentet fra mai 2008 for sin del. Frelsesarmeen gjorde krav på arve alt J etterlot mens hans slektninger mente mai-testamentet i sin helhet var bortfalt etter at I i sitt testament fra juni 2008 hadde erklært det for dødt og maktesløst. Frelsesarmeen fikk medhold i tingretten mens lagmannsretten kom til at Js del av testamentet var bortfalt etter § 57 annet ledd annet punktum.

Begrunnelsen

Lagmannsretten nevnte først at Is testament av juni 2008 endret situasjonen vesentlig. Etter dette nye testament var det ikke noe igjen av gjensidigheten i disposisjonen eller avtalen om at de begge skulle etterlate arv til Frelsesarmeen. Et viktig forhold i saken var partsforklaringer og en vitneerklæring fra en eiendomsmekler. Retten fant det «utvilsomt at J var av den oppfatning at maitestamentet var falt bort i sin helhet som følge av at I i sitt juintestament erklærte avtalen som død og maktesløs... J måtte videre oppfatte tvisten med Is arvinger som en bekreftelse på at maitestamentet ikke lenger gjaldt. Deres krav var rettet mot Is opprinnelige eierdel. Lagmannsretten finner det godtgjort at J og de han snakket med fant det så åpenbart at maitestamentet var falt bort i sin helhet at J av den grunn ikke hadde noen foranledning til å tilbakekalle maitestamentet formelt eller rive det i stykker. Lagmannsretten finner det således etter en samlet vurdering utvilsomt at testasjonen til fordel for Frelsesarmeen i testamentet av 14. mai 2008 ikke lenger skal gjelde som følge av endrede forhold.»

Kommentar

I boken *Tilbakekall av testamenter* fra 2010 har jeg skrevet at når testator kjenner til de endrede forhold, vil bortfall allikevel kunne tenkes hvis a) testator har mistet testasjonshabiliteten, eller b) har gjort et mislykket forsøk på tilbakekall eller c) endringen er av en slik art at de fleste mennesker ikke ser noe behov for formell tilbakekall. I denne siste kategorien kan som eksempler tre tilfeller nevnes: For det første at ektefeller blir separert eller skilt etter opprettelsen av et testament, for det andre at ektefeller eller samboere flytter fra hverandre og for det tredje at barnløse ektefeller eller samboere etter opprettelsen

av testamentet får barn. Denne saken faller innenfor kategorien lite behov for tilbakekall.

At en av partene i et gjensidig testament tilbakekaller primærbestemmelsen, medfører ikke nødvendigvis at vedkommendes – eller den andres – sekundærbestemmelse bortfaller. I denne saken hadde dog I tilbakekalt hele testamentet og innsatt sin slekt i det nye testament. Det var da overmåte lite sannsynlig at J ville opprettholde sin del av testamentet. At en testator på grunn av endrede forhold forandrer mening, er ikke tilstrekkelig til at et testament bortfaller. Ut fra vitneforklaringer var det i dette tilfelle helt klart at J anså det som selvsagt at mai-testamentet var bortfalt også for hans del og de fleste mennesker ville antakelig ansett det – som han – helt unødig å benytte seg av formell tilbakekall under disse forhold. J hadde altså av naturlige grunner ingen foranledning å opprette et dokument om tilbakekall i testamentsformer.

Peter Hambro

Al. § 49 – formkravene for testamenter. Borgarting lagmannsretts dom 4. februar 2011 (LB-2010-55667) og Eidsivating lagmannsrett 16. desember 2010 (LB-2010-72632)

Al. § 49 første ledd om formkravene for testamenter er i rettspraksis fortolket meget strengt. Ett av formkravene er at testator skal undertegne testamentet mens to vitner er tilstede. I juridisk teori er det antatt at underskrift med «påholden penn» er tilstrekkelig, jf. Peter Lødrup, *Arverett* 5. utg. 2008 s. 84 og Peter Hambro, *Arveloven kommentarutgave*, 4. utg. 2007 s. 347. Se også Ot. prp. nr. 14 (1937) s. 4. Vi har nå to lagmannsrettsdommer om undertegning med signaturstempel – dommen fra Borgarting og Eidsivating 16. desember 2010. I dommen fra Borgarting hadde testator undertegnet ved hjelp av et signaturstempel og lagmannsretten kom til at formkravene var oppfylt.

Fakta

Testator C hadde to barn, B og D. Hun opprettet først et testament i 2006 hvorefter den frie tredjedel skulle deles mellom Bs barn A og As sønn F. D døde så i 2008. C ble rammet av hjerneslag 20. januar 2009. Etter hjerneslaget led hun av afasi og delvise lamelser og hadde sterkt redusert bevegelse i høyre hånd. 9. mars 2009 opprettet hun et nytt testament og en avtale om overføring av sin borettslagsandel til B. Ifølge testamentet skulle B arve den frie tredjedel. Testamentet ble ikke underskrevet på vanlig måte. I nærvær av to vitner ble det stemplet med et navnestempel som ga et avtrykk av Cs underskrift. B hadde fått laget dette stempel på et trykkeri etter anbefaling fra advokaten som opprettet testamentet. Samtidig ble en avtale om vederlagsfri overføring av Cs leilighet til B inngått. Også denne avtalen ble

stemplet med signaturstempel og undertegnet av begge vitner. C døde 14. april 2009. A bestred gyldigheten av testamentet av 2009. Tingretten kom til at testamentet var gyldig og lagmannsretten til samme resultat.

Begrunnelse

Retten viste først til juridisk litteratur. I Hambros kommentarutgave heter det på s. 346 at et navnestempel ikke er tilstrekkelig. Retten påpeker med rette at det ikke fremgår om det her siktes til et rent navnestempel eller et stempel med testators signatur. I Unnebergs bok *Arveretten med dødsboskifte* står det på s. 117 at et signaturstempel ikke kan være nok. Videre ble det vist til en dom av Eidsivating lagmannsrett av 16. desember 2010. I denne dommen godtok retten bruk av navnestempel for å undertegne et testament. Dommen refereres nedenfor. Retten uttalte at det «er vanskelig å se reelle hensyn som taler for å skille mellom bruk av påholden penn og påføring av signatur ved hjelp av et stempel. I begge tilfeller hjelper en testator som ikke er fysisk i stand til å skrive selv til å få satt en underskrift på papiret.» Retten nevnte videre at det ikke var noen større fare for at det skal bli opprettet forfalskede testamenter av andre dersom bruk av signaturstempel godtas. Kravet om vitner vil bidra til å sikre at signaturen blir påført etter testators ønske. Hensynet til sikkerhet for at testator er seg bevisst viktigheten av disposisjonen oppfylles like godt ved bruk av signaturstempel som ved bruk av påholden penn. Hva angår testators fysiske tilstand, mente retten ut fra bevisførselen i saken at testator ikke var i stand til å skrive selv. Dermed konkluderte retten med at testamentet var gyldig.

Al. § 49. Eidsivating lagmannsretts dom 16. desember 2010 (LE-2010-72632)

Fakta

Ektemannen A var født i 1952 og døde i 2009. Hans ektefelle døde i 1991 og han ble sittende i uskifte med deres felles barn. På midten av 1990-tallet fikk han multippel sklerose. Fra år 2000 hadde han betydelige helseplager og fikk etter hvert behov for heldøgnspleie. I år 2000 arvet A en gård og sommeren 2005 flyttet han sammen med sin kommende nye ektefelle til denne gården. A og B giftet seg i juli 2006. Sommeren 2006 ønsket A å skifte uskifteboet med barna. Skiftet trakk ut og det ble inngått et forlik i 2007. 13. mars 2006 hadde A opprettet et testament der B ble innsatt som arving til den frie tredjedel. A signerte testamentet med et signaturstempel og det ble påført «pp» (påholden penn) etter signaturstempelet. 2. oktober 2006 opprettet A en ektepakt hvorefter alt han eide ble overført til B som hennes særøie. Samme dag opprettet han igjen testament til fordel for B for den frie tredjedel og signerte også denne gangen med

signaturstempel. I et brev fra et sykehus fremgikk det at A på denne tiden hadde meget nedsatt bevegelighet i armer og ben. Både tingretten og lagmannsretten kom til at formkravene i al. § 49 var oppfylt.

Begrunnelse

Også i denne dommen ble det vist til Hambro kommentarutgaven og presisert at et signaturstempel er noe annet enn et vanlig navnestempel. Allerede i 2001 hadde A ordnet med å få et signaturstempel. Retten la videre til grunn at det ikke er tvilsomt at testators underskrift med påholden penn oppfyller vilkåret om underskrift. Det ble nevnt at i Rundskriv for tinglysning, punkt 3.5 aksepterer tinglysningsmyndighetene bruk av signaturstempel sammen med legeattest. Retten uttalte så at man «kan vanskelig se at det er noen gode grunner til at bruk av signaturstempel ikke bør likestilles med underskrift med påholden penn. I motsatt fall vil dette vanskeliggjøre at personer med spesielle problemer eller handicap, som for eksempel personer med fremskreden MS eller fremskreden cerebrol parese, kan opprette gyldig testament.» Det heter videre i dommen: «Slik lagmannsretten ser det, er bruk av signaturstempel en form for personlig måte å skrive navnet sitt på, og fremtrer som testators 'merke' på dokumentet.» Advokaten som hadde opprettet testamentet var også ett av testamentsvitnene og forklarte at han la testamentet på As fang og spurte om han ville underskrive på testamentet. A samtykket og advokaten la deretter As hånd på signaturstempelet og hjalp han med å trykke stempelet ned. Lagmannsretten nevnte til slutt at det bør fremgå av testamentet at signaturstempel er benyttet, men at dette ikke er et absolutt vilkår for at bruk av signaturstempel skal godtas som testators egen underskrift.

Kommentar

Når man godtar underskrift med påholden penn er jeg enig i at underskrift med signaturstempel også bør godtas som gyldig underskrift. I begge disse sakene var det på det rene at det var umulig eller overmåte vanskelig for testator å underskrive selv. Man får en glidende overgang til bruk av § 51 første ledd om muntlig nødtestament. Vi får da tre tilfeller: a) den vanlige situasjon som er at når testator kan undertegne på egen hånd må han gjøre det, b) tilfeller hvor testator av helsemessige årsaker ikke kan undertegne selv uten at det foreligger en nødssituasjon og c) tilfeller hvor det foreligger en nødssituasjon og testator ikke kan skrive og undertegne sitt testament. I saken fra Borgarting virker det på meg som om man var svært nær et nødstilfelle som falt inn under § 51. Det gjenstår å se om man i rettspraksis vil godta også underskrift med et rent navnestempel. Notoritets- og solennitetshensynet oppfylles like godt om et stempel er laget på den ene eller andre måten.

Peter Hambro

Grensen livs- dødsdisposisjon. Opprettelse av ektepakt om særøie og overføringer som gave til ektefellen. Ektepakten ansett som en dødsdisposisjon. Samme dom som ovenfor av Eidsivating lagmannsrett.

Fakta

I dommen ovenfor fra Eidsivating fra 16. desember 2010 flyttet A og B sammen i 2005 og bodde på gården A hadde arvet. A og B var begge 54 år gamle. De giftet seg 28. juli 2006 og opprettet ektepakt om fullstendig særøie 2. oktober 2006. Ved ektepakten overførte A gården, to bankkonti, to biler og diverse aksjer til B. Han overførte dermed alt han eide til henne. B opprettet testament til fordel for A og han skulle kunne sitte i uskifte med hennes særøie. As helsetilstand på det tidspunktet var slik at han hadde en forventet levealder på to-tre år. Ektepakten ble tinglyst 6. oktober 2006. Skjøte på gården i Bs navn ble først tinglyst 26. oktober 2007. I desember 2006 ble B oppnevnt som hjelpeverge for A. Bankkonti forble stående i As navn og oppført i hans selvangivelse. Heller ikke bilene ble omregistrert i Bs navn. Mesteparten av aksjene sto ved As død fortsatt i hans navn. En aksjepost var solgt og salgssummen satt inn på Bs konto. På gavetidspunktet hadde A ingen gjeld.

Både tingretten og lagmannsretten kom til at overføringen i ektepakten var en dødsdisposisjon.

Begrunnelse

Lagmannsretten presiserte først at disposisjonene i ektepakten måtte ses på som en samlet gave. Det ble så vist til de to siste høyesterettsdommer om grensen livs- dødsdisposisjoner – Rt. 2008 s. 1589 og Rt. 2007 s. 776 og nevnt at vurderingstemaet var om gavedisposisjonen kunne anses som oppfylt. Retten nevnte As helsetilstand som et moment av betydning. A var klar over prognosen og visste at døden kunne være nært forestående. A ønsket å flytte til den arvede gården og dette kunne han ikke uten Bs innsats siden A ikke kunne foreta noen praktiske gjøremål. Han var avhengig av Bs bistand i form av pleie, stell og forvaltning av formuen. As pensjon gikk inn på hans bankkonto og alle utgifter til driften av gården ble betalt fra denne kontoen. På gavetidspunktet var A gjeldfri. Både gården og alle andre aktiva som A eide ble nevnt som hans aktiva i en begjæring om offentlig skifte av uskifteboet (med hans barn av første ekteskap) i 2007. I dommen heter det så: «Ektepakten, herunder overføringen av eiendommen, medførte ingen økonomiske forandringer i forholdet mellom ektefellene. Lagmannsretten er selvsagt klar over at det ikke kan kreves at ektefellene skal flytte fra hverandre for å markere faktisk og økonomisk forandring. Imidlertid vil lagmannsretten påpeke at ektepakten ble opprettet på et tidspunkt da den hensett til (As) helsetilstand, ektefellens økonomiske situasjon og det gode forholdet mellom ektefellene, ikke

innebar noen risiko for (A). Det at giveren ikke vil merke noen virkninger av gaven, er et typisk trekk for såkalte døds-gaver.» Dette er ganske likt det som står i dommen i Rt. 1979 s. 1200 – s. 1208.

Som relevante momenter nevnte retten videre at tinglysing av eiendomsoverdragelsen fant sted over ett år etter ektepaktens inngåelse. Bilene til A ble ikke omregistrert og bankkontoer ble ikke overført til B. Gavetransaksjonen innebar ikke en reell risiko for A ved en eventuell skilsmisse. Det må ha fremstått som svært lite sannsynlig for A at B ville forlate han. Om motiv ble følgende skrevet: «Lagmannsretten er enig med tingretten i at rettspraksis viser at en klar døds-motivering i seg selv ikke er nok til å anse en disposisjon som en dødsdisposisjon. Lagmannsretten kan i det alt vesentligste tiltre tingrettens vurdering om at A ved gavedisposisjonen hadde et fremtredende formål om å opprette en ordning som var ment å få realitet etter hans død. A visste at konsekvensen av ektepakten var at barna i realiteten ble gjort arveløse.» Til slutt ble det nevnt at A forsøkte å holde disposisjonen i ektepakten skjult i lang tid etter opprettelsen og at han samme dag som ektepakten ble opprettet laget et testament hvor B ble innsatt til den frie tredjedel. «Hensett til at lagmannsretten mener at gavedisposisjonen ikke hadde noen realitet av betydning for verken giver eller mottaker, er As motiv et klart moment som tilsier at disposisjonen må betraktes som en dødsdisposisjon.»

Kommentar

I årene 1961–1979 har vi 5 høyesterettsdommer om gaveoverføringer til hustruens særeie. I tre av disse dommene ble konklusjonen dødsdisposisjon. Videre har vi i perioden 1996–2006 fire lagmannsrettsdommer om samme type overføringer hvor konklusjonen i tre av dommene ble dødsdisposisjon. Denne saken er på flere punkter annerledes: Ektefellene var 54 år gamle, jevnaldrende og ektepakten ble opprettet bare to måneder etter ekteskapets inngåelse. På den annen side var mannen svært syk og hadde bare noen få års forventet restlevetid og overføringen hadde ingen økonomisk realitet for ham. Sammenlignet med disse andre dommene, virker det på meg som retten stiller strenge krav for å godta gaver til ektefellens særeie som en livsdisposisjon.

Peter Hambro

AVTALERETT

Høyesteretts dom 17. mai 2011 (HR-2011-581-A) «Optimogården». Kombinasjonsfullmakt.

1. Saken gjelder spørsmål om det er inngått bindende avtale om leie av forretningslokaler. Saken er av en viss prinsipiell interesse, fordi det vel er første gang at Høyesterett kommer til at avtale

anses å ha kommet i stand med grunnlag i såkalt kombinasjonsfullmakt.

2. Optimogården AS (Optimogården) eier forretnings-eiendommen Strandgaten 3–5 i Mo i Rana. Selskapet vurderte vinteren 2007–2008 å bygge en ny tredje etasje for utleie. Cani Eiendomsforvaltning AS ved daglig leder Stig Roger Nilsen hadde i oppdrag å finne leietakere til den nye etasjen.

Nilsen tok 14. februar 2008 kontakt med Ernst & Young AS (Ernst & Young) i Mo i Rana ved daglig leder Geir Arne Solbakk og spurte om de var interessert i å leie i Optimogården «med bakgrunn i at det vurderes bygget en 3. etg.». Solbakk svarte på e-post dagen etter at de var «meget interessert».

Partene innledet deretter forhandlinger. Utkast til leieavtale ble utarbeidet og revidert, og Nilsen og Solbakk ble etter hvert enige om en avtaletext. Avtalen ble sendt til Ernst & Young sentralt for signering tidlig i september 2008. Ledelsen i selskapet konkluderte i november med at de ikke ønsket å leie lokalene. Det oppsto deretter tvist mellom partene.

3. Høyesteretts flertall (4) kom til at Solbakk var legitimert til å inngå leieavtalen på vegne av Ernst & Young, og at bindende leieavtale i det konkrete tilfellet var inngått mellom Ernst & Young og Optimogården.

Mindretallet (1) kom til at Solbakk ikke var legitimert som fullmektig, med den følge at avtale ikke kunne anses inngått. Mindretallet måtte med denne konklusjon behandle et subsidiært krav mot Solbakk med grunnlag i avtaleloven § 25, der spørsmålet var om han som fullmektig kom i erstatningsansvar for manglende fullmakt. Mindretallet kom til at også Solbakk måtte bli å frifinne.

4. Saken reiser to hovedspørsmål. For det første om Solbakk, daglig leder for Ernst & Youngs lokalavdeling i Mo i Rana, kunne inngå avtale på vegne av selskapet (fullmaktsspørsmålet). For det andre om det er kommet i stand avtale mellom Optimogården og Ernst & Young, til tross for at det ikke er undertegnet noen skriftlig kontrakt (bindingsspørsmålet).

5. Jeg tar først for meg flertallets votum vedrørende spørsmålet om fullmakt forelå. Flertallet starter med å vurdere om Solbakk kunne inngå leieavtale med Optimogården. Dette forutsetter at han hadde fullmakt eller var legitimert til å binde Ernst & Young. Flertallet påpeker først at det er på det rene at Solbakk ikke hadde myndighet til å binde selskapet etter aksjeloven §§ 6-30 til 6-32, og at han heller ikke var delegert slik kompetanse. Deretter uttales det at aksjeloven må suppleres med avtalelovens fullmaksregler.

Det var uomtvistet at Solbakk ikke hadde fått uttrykkelig fullmakt fra Ernst & Young til å inngå avtale, og det var ikke anført at han hadde stillingsfullmakt til å inngå leieavtalen. Det måtte derfor legges til grunn at Solbakk internt ikke hadde myndighet til å binde selskapet. Flertallet påpeker at spørsmålet om

han kunne inngå bindende avtale derfor avhenger av om han var *legitimert* til dette (33).

Flertallet viser så (34) til juridisk teori og fremhever at det er antatt at en representant kan være legitimert på vegne av prinsipalen på ulovfestet grunnlag. Flertallet uttaler i den forbindelse at dette i teorien kalles «blant annet kombinasjonsfullmakt eller toleransefullmakt» og er beskrevet slik av Birger Stuevold Lassen, *Kontraksrettslig representasjon*, 1992, side 36:

«Uttrykket kombinasjonsfullmakt er brukt som betegnelse på forhold der det etter de vanlige fullmactsregler vanskelig kan sies å foreligge fullmakt, men der rettsreglene beskytter forventningene hos en tredjemann som ut fra *forskjellige omstendigheter i samvirke* har hatt grunn til å tro at han handlet med en representant som kunne binde en oppdragsgiver.»

Her er flertallet noe uklart, ettersom man først sier at fullmakt på ulovfestet grunnlag kalles «blant annet kombinasjonsfullmakt *eller* (uthevet av meg) toleransefullmakt», som om dette skulle være samme sak. Uklarheten kommer enda klarere frem når man sammenligner med sitatet fra Lassen som kun refererer til kombinasjonsfullmakt. Høyesterett kunne nok her fått klarere frem at kombinasjonsfullmakt og toleransefullmakt er to forskjellige (ulovfestede) fullmaktstyper, og i den forbindelse presisert at denne saken gjelder en mulig kombinasjonsfullmakt.

Det sentrale ved kombinasjonsfullmakten er, som sitatet fra Lassen nettopp viser, at det er «forskjellige omstendigheter i samvirke» som kan sies å beskytte forventningene til godtroende tredjemann om at det foreligger et fullmactsforhold. Flertallet legger som relevante omstendigheter blant annet vekt på stillingsbetegnelsen (partner i Ernst & Young og daglig leder for kontoret i Mo i Rana) og at Optimogårdens forhandler fikk videresendt en e-post fra Solbakk som viste at assistant director/innkjøpsjef ved Ernst & Youngs hovedkontor i Oslo hadde sett på et av avtaleutkastene. Flertallet mente at dette ga Optimogården forventninger om at Solbakk kunne inngå avtalen. På denne bakgrunn kom flertallet til at Solbakk måtte anses legitimert til å inngå leieavtalen (44).

Det avgjørende for binding på grunnlag av denne legitimasjonen er at medkontrahenten – Optimogården – kunne sies å ha vært i aktsom god tro om Solbakks fullmakt. Flertallet påpeker dette og uttaler i den forbindelse, «jf tilsvarende avtaleloven § 11 og aksjeloven § 6-33». Etter min mening burde man her ikke ha vist til avtaleloven § 11 som jo gjelder særspørsmålet om instruksoverskridelse, noe helt annet enn spørsmålet i denne saken. I forhold til andre fullmaktstyper enn de ulovfestede som begrunnelsesmessig bygger på legitimasjonssynspunkter er for øvrig god tro ikke noe vilkår for at en fullmakt skal

etablere et bindende avtaleforhold. Handler fullmektigen utenfor fullmaktens ramme, oppstår ikke noe avtaleforhold, selv om tredjemann aldri så mye er i god tro. Formuleringen «jf tilsvarende» er derfor høyst uklar, når § 11 nettopp ikke gjelder noe «tilsvarende», men noe helt annet, og når det ellers er slik at god tro ikke er noe vilkår for at en fullmakt skal binde fullmaktsgiveren.

Sistnevnte er kanskje noe som ligner på en petitesse, men det er etter min mening ikke det forhold at flertallet på samme sted (45) sier at flertallet her unnlater å ta stilling til om Optimogården var i aktsom god tro. Flertallet velger å se dette «sammen med spørsmålet om Nilsen var i aktsom god tro om at det var inngått avtale» og kommer derfor «tilbake til dette» (45).

I mine øyne er dette en uheldig måte å håndtere problemstillingen om god tro på. Det er nærmest et vilkår om god tro fra medkontrahenten (Optimogården) for at det skal kunne sies å foreligge et fullmactsforhold der fullmektigen er legitimert på grunnlag av ulovfestet kombinasjonsfullmakt. Men det er ikke et vilkår for at avtale har kommet i stand (mer i sin alminnelighet) at en medkontrahent er i aktsom god tro. Høyesteretts flertall synes nærmest å mene dette:

«En forutsetning for binding, er at Optimogården v/Nilsen var i aktsom god tro om Solbakks rett *og om at avtale var inngått.*» (71).

Her tenker nok flertallet på at det må foreligge berettigede forventninger fra Optimogårdens side om at avtale kan anses å ha kommet i stand – og i denne sammenheng inngår jo en bedømmelse av den gode tro sammen med andre forhold – men god tro er ikke noe vilkår for avtalebinding, slik det er for legitimasjonsserverv på grunnlag av en kombinasjonsfullmakt. En helt annen sak er at medkontrahentens gode tro kan være et moment i en helhetsvurdering under spørsmålet om avtalebinding, jf. sanksjonssynspunkter og lojalitetsbetraktninger.

Jeg hadde på denne bakgrunn gjerne sett at flertallet hadde drøftet godtrospørsmålet i relasjon til nettopp fullmakten der dette er naturlig – i sammenheng med om legitimasjonen og kombinasjonsfullmakt forelå. Jeg hadde også gjerne sett at flertallet hadde sondret klarere mellom berettigede forventninger som grunnlag for fullmakt og som grunnlag for avtalebinding og i den forbindelse også holdt klarere linjer i forhold til godtrospørsmålet. I votumet er det for meget som behandles implisitt og under ett uten klare sondringer.

6. Flertallet går så over til å drøfte spørsmålet om avtalen er kommet i stand (46). Det påpekes først at det må kreves enighet om vesentlige punkter i avtaleforholdet og at det avgjørende vil være en bedømmelse av om «den ene part har handlet slik at medkontrahenten har hatt rimelig grunn til å tro at avtale er inngått» (47). Dette er i og for seg greit

nok. Formuleringen er bare en annen måte å uttrykke at det avgjørende er om medkontrahenten kan sies å ha hatt berettigede forventninger om at avtale er kommet i stand. Det tilføyes at vurderingen må skje ut fra en forutsetning om lojalitet under forhandlingene (47).

Flertallets drøftelse av selve spørsmålet om avtale er kommet i stand er helt konkret og det er lite å kommentere ut over at flertallet kom til at det var oppnådd enighet om alle vesentlige punkter (68). Det anføres også et sanksjonssynspunkt knyttet til lojalitet i kontraktsforhold (70).

Ernst & Young hadde anført at Solberg hadde tatt signeringsforbehold. Flertallet kom til at dette ikke var kommet klart nok til uttrykk og anførselen førte ikke frem.

I (75) kommer flertallet så tilbake til spørsmålet om Optimogårdens gode tro, jf. foran. Drøftelsen på dette punkt er nokså knapp og det foretas ikke noen presisering om hva godtrospørsmålet omfatter rent tematisk. Dette er noe overraskende, ettersom flertallet jo foran har bebudet at man kommer tilbake til godtrospørsmålet om fullmakten i drøftelsen av om det foreligger god tro i forbindelse med selve spørsmålet om avtalebinding. Her bakes altså alt sammen i en og samme drøftelse av medkontrahentens gode tro. Og det skjer uten at det gjøres noe forsøk på å presisere at det egentlig er tale om to i utgangspunktet ulike problemstillinger.

Det flertallet sier i drøftelsen av den gode tro er at det ikke kan legges Optimogården ved forhandleren Nilsen til last at han stolte på Solbakk og trodde at avtale var kommet i stand (75). Dette begrunnes med at de to visste om hverandre fra før, at Solbakk hadde posisjon som en solid og pålitelig fagmann og hadde en ledende stilling i et stort og seriøst revisjonsfirma, og inngikk en avtale som det ikke var uvanlig at en mann i hans stilling kunne inngå (75).

Denne drøftelsen er helt relevant og fullstendig som en drøftelse av legitimasjonsspørsmålet vedrørende fullmakten. Så det hadde vært klarere om den hadde vært plassert foran i votumet der fullmakts-spørsmålet ble behandlet. Drøftelsen av godtrospørsmålet gir også et godt grunnlag for å si at Optimogården hadde berettigede forventninger om at avtale var kommet i stand. Slik drøftelsen fremstår – som en samledrøftelse av godtrospørsmålet – blir den likevel uklar, ikke minst fordi det som foran fremholdt ikke er noe alminnelig krav om god tro hos medkontrahenten for at avtale kan sies å ha kommet i stand. Her inngår godtrovurderingen som et element i bedømmelsen av spørsmålet om det kan sies å foreligge berettigede forventninger om at avtale er kommet i stand.

Flertallet burde ha foretatt en og bare en drøftelse av den gode tro, og da i relasjon til fullmakts-spørsmålet. Så burde man ha drøftet spørsmålet om berettigede forventninger forelå i bindingsspørsmålet, slik

at avtale i bekreftende tilfelle var kommet i stand, og i den forbindelse vist til drøftelsen av godtrospørsmålet foran, og så eventuelt kommet til at det forelå berettigede forventninger av stort sett samme grunner som tilsa god tro. Som sagt er det en annen fremgangsmåte som velges, ettersom alt slås sammen i en og samme drøftelse uten nødvendige sondringer og presiseringer.

Mine innvendinger mot flertallets argumentasjon er dels noe petitessepreget, men retter seg nok på enkelte punkter også mot substansen. Nå stiller det seg selvsagt likevel slik, at Høyesteretts vota ikke skrives med undervisningsformål for øyet. Heller ikke teoretiske sondringer behøver Høyesterett som kjent å begi seg inn på i særlig grad.

Etter å ha vært en smule kritisk til innfallsvinkelen i votumet, vil jeg gjerne tilføye at jeg ut fra det som fremkommer i votaene (flertallets og mindretallets) er enig i flertallets resultat både i spørsmålet om fullmakt foreligger og om avtale er kommet i stand. Det er resonnementet og veien frem til konklusjonen jeg har synspunkter på.

7. *Mindretallet* har ingen avvikende oppfatning når det gjelder det prinsipielle spørsmålet om avtale kan sies å ha kommet i stand på grunnlag av kombinasjonsfullmakt. Også mindretallet anerkjenner således kombinasjonsfullmakten som en fullmaktstype. Det sentrale punkt der det foreligger uenighet, er at mindretallet ikke mener at Ernst & Young har opptrådt på en måte som kan ha gitt Optimogården rimelig grunn til å tro at Solbakk hadde fullmakt til å inngå avtale om leie av nye kontorlokaler (86).

Mindretallet uttaler spesifikt at han ikke kan se at det foreligger «konkrete disposisjoner eller opptrøden» som med rimelighet kunne gi Optimogården grunn til å tro at Solbakk hadde fullmakt. Det mindretallet her påpeker er at han ikke kan se at det foreligger noen konkrete omstendigheter som «i kombinasjon» kan gi grunnlag for fullmaktsforholdet. Dermed kan det jo heller ikke sies å være skapt noen berettiget forventning om at det forelå (kombinasjons)fullmakt. Mindretallet bedømmer etter dette de konkrete omstendighetene i saken, herunder bevisene, annerledes enn flertallet. Slik sett er mindretallets votum helt klart og konsist. Mindretallet er snarere av den oppfatning at ett av de forhold flertallet mener kan tale for fullmakt, jf. foran om e-postens betydning, trekker i motsatt retning, altså i den retning at Solbakk ikke hadde fullmakt (88).

Mindretallet kommer så – subsidiært – etter en konkret bedømmelse til at vilkårene for at Solbakk var erstatningsansvarlig som fullmektig etter avtaleloven § 25 ikke var oppfylt.

8. *Sammenfatningsvis* kan det sies at dommen er prinsipiell, fordi Høyesterett anerkjenner det som hos oss i juridisk teori av Lassen, Giertsen og Woxholth er blitt betegnet som kombinasjonsfullmakt som en realitet i norsk avtalerett. (Hov/Høgberg er

kritiske til begrepet kombinasjonsfullmakt, men er enig i de realitetene som ligger bak og at disse rettsfakta kan stifte fullmakt på ulovfestet grunnlag, så uenigheten i teorien er på dette punkt mest av akademisk interesse).

Imidlertid er flertallets begrunnelse ikke helt overbevisende når det gjelder bedømmelsen av hvilke omstendigheter som virker sammen i kombinasjon, jf. mindretallets avvikende synspunkter som har atskillig for seg. Det må kunne sies også av en som er enig i flertallets konklusjon. Videre er flertallet etter min oppfatning ikke helt patent når det gjelder behandlingen av godtrospørsmålet. Men som sagt, alt dette er sett med en universitetsjurists øyne.

Det kan endelig sies at dommen føyer seg inn i en rekke dommer (jf. Rt. 1998 s. 946 og Rt. 2006 s. 1585), der Høyesterett kommer til at avtale er kommet i stand på grunnlag av forhandlinger, uten at det foreligger noe skriftlig, undertegnet avtaledokument. I den forbindelse er det å notere at Høyesterett, både flertallet og mindretallet, lar det avgjørende være om det kan sies å være etablert berettigede forventninger om at avtale er kommet i stand. Det er godt i samsvar med innfallsvinkelen i avtalerettslig teori.

Geir Woxholth

Avtaleloven § 36 – dansk høyesterettsdom

Det har vært atskillig diskusjon om hvor langt man kan gå i anvendelsen av avtaleloven § 36. U 2010 s. 1628 gjelder tilsidesettelse av en kausjon som foreldre stilte for sin sønn, og går langt. Sønnen var kommet i økonomiske vanskeligheter, og det ble stillet et lån fra sparekassen på 1,5 mill. kr. til akkordering av hans eksisterende gjeld, og en kassekreditt med kredittramme på 250.000 kr. til understøttelse av hans fortsatte landbruksdrift. Foreldrene stilte kausjon på 750.000 kr., hvorav 600.000 kr. med pantsikkerhet i egen bolig. Høyesteret la til grunn at foreldrene «havde et indgående kendskap til sønnens økonomi, forutsætningene for en fremtidig rentabel drift og usikkerheten forbundet hermed. Det må også legges til grunn, at sparekassen vejledte om risikoen for, at kautionen kunne blive gjort gældende, fordi sparekassen anså engagementet med sønnen for risikobetonet.» På tross av at risikomomentene hadde vært helt klarlagt fra sparekassens side ble kausjonen lempet av Høyesteret som viste til at det var et misforhold mellom «kautionsforpligtelsens omfang og kautionisternes beskedne økonomi ... Deres aktuelle og fremtidige økonomiske formåen indebar, at der ikke var nogen realistisk udsigt til, at de ville kunne komme i nærheden af at kunne opfylle en kautionsforpligtelse på 750.000.» Sagt på en annen måte var kausjonen over evne, og ansvaret ble nedsatt til 350.000 kr. At en kausjon foreldrene på denne måte var blitt advart mot, kunne lempes fordi kausjonsansvaret var over deres

økonomiske bæreevne, er ikke opplagt. (Se nærmere Lennart Lyngne Andersen og Nina Dietz Legind i *Juristen* 2010 s. 262 ff.)

Viggo Hagstrøm

BARNERETT

Straffutmåling. FNs barnekonvensjon. Generell kommentar nr. 10 fra FNs barnekomité. Rt. 2010 s. 1313

Det sentrale spørsmålet i dommen var hvilken betydning det skal ha at domfelte på gjerningstiden var under 18 år. De straffbare handlingene lå i grenselandet mot grovt ran, og var av en slik art at det normalt ikke ville vært aktuelt å bruke samfunnsstraff. Retten kom likevel enstemmig til at straffen skulle settes til samfunnsstraff. Dommen har generell barnerettslig interesse fordi retten trekker inn flere artikler i FNs barnekonvensjon og særlig Barnekomiteens *General Comment No. 10 (2007) Children's Rights in Juvenile Justice*, som tillegges stor vekt. I dommen er det tatt inn to lengre sitater fra kommentaren.

Førstvoterende, dommer Bårdsen, fremhever at utviklingen i norsk strafferett må sees i lys av FNs barnekonvensjon, og han trekker frem artikkel 3 om barnets beste, som også må gjelde i straffesaker. Det er derfor en plikt for dommeren i slike saker å avklare hva som er barnets interesser, hvordan disse kan ivaretas, og deretter å trekke resultatet av disse vurderingene sentralt inn i beslutningsgrunnlaget. Han fremhever videre at hva som best tjener barnets interesser ikke er det eneste, og heller ikke alltid det avgjørende hensyn, og fortsetter: «Men bestemmelsen forutsetter at det legges stor vekt på hva som best tjener barnet, ved avveiningen mot andre interesser.»

Dommer Bårdsen viser videre til Barnekomiteens *General Comment No. 10*, og har først et lengre sitat hvor det blant annet heter: «Children differ from adults in their physical and psychological development, and their emotional and educational needs. Such differences constitute the basis for lesser culpability of children in conflict with the law. These and other differences are the reasons for a separate juvenile justice system.» Han trekker også frem artikkel 37 bokstav b i Barnekonvensjonen, hvor det gis uttrykk for at frihetsberøvelse av mindreårige skal være en siste utvei, og artikkel 40 nr. 4 som forutsetter at det finnes reelle alternativer til ubetinget fengsel. I tilknytning til dette har dommen et mer omfattende sitat fra *General Comment No. 10*. Her uttales blant annet: «A strictly punitive approach is not in accordance with the leading principles for juvenile justice spelled out in Article 40 (1).» Dommen refererer videre fra *General Comment* at også ved alvorlige forbrytelser av barn må hensyn bli tatt til offeret og til grovheten av forbrytelsen, herunder behovet

for offentlig vern og sanksjoner. Men det tilføyes så: «In cases of severe offences by children, measures proportionate to the circumstances of the offender and to the gravity of the offence may be considered, including considerations of the need of public safety and sanctions. In the case of children, such considerations must always be outweighed by the need to safeguard the well-being and the best interests of the child and to promote his/her reintegration.»

Høyesterett har i flere andre dommer de senere årene drøftet betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer, og i Rt. 2009 s. 1261 (Ashøksaken) foretar retten en særlig grundig drøftelse av hvilken vekt retten skulle tillegge General Comment No. 6 om enslige mindreårige asylsøkere. Det uttales her at dette blant annet beror på hvor klar en uttalelse er, og at man dernest må vurdere om den er ment som en tolkingsuttalelse eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. I denne dommen fra 2009 har Bårdsen et særvotum hvor han går nærmere inn på barnets beste-vurderingen og den generelle kommentaren.

Det er alminnelig enighet om at generelle kommentarer fra FNs barnekomité ikke er rettslig bindende, men at de er verdifulle retningslinjer for tolkingen og anvendelsen av konvensjonen. «FNs barnekomité er det organ som er ekspert på barnekonvensjonen. Det bør derfor legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolking av og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis.» (Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 26.) Alle Barnekomiteens generelle kommentarer er nå oversatt til norsk, og finnes blant annet på Barne- og likestillingsdepartementets hjemmeside.

Lucy Smith

FAMILIERETT

Eierforhold og skjevdelingskrav – Agder lagmannsretts dom 3. januar 2011 (LA-2010-115371)

I en nylig avsagt dom fra Agder lagmannsrett gjaldt spørsmålet om hustruen kunne holde verdien av en gård og en aksjepost utenfor delingen ved felleseieskifte i medhold av skjevdelingsregelen i ekteskapsloven § 59 første og annet ledd.

Tidlig i ekteskapet fikk hustruen overskjøtet en gård på en øy på Sørlandet vederlagsfritt fra sin mor. Under ekteskapet, som varte i 33 år, ble hovedhuset revet og det ble bygget ny bolig med innsats fra begge ektefellenes side. Øvrige bygninger, garasje og sjøboder ble også opprustet. Gården besto av flere atskilte teiger og hadde på skiftetidspunktet en verdi på 6.5 millioner kroner.

Tingretten kom til at hustruen kunne holde 60 % av gårdens verdi utenfor delingen i medhold av

§ 59 første ledd. Dette var en andel som svarte til den antatte tomteverdien av gården. Mannen anket dommen inn for lagmannsretten og mente at gården utgjorde ett samlet formuesobjekt som var i sameie mellom dem, og at tingretten hadde satt prosenten som kunne skjevdeles for høyt. Når det gjaldt aksjeposten, ble det ikke bestridt at den var å anse som skjevdelingsmidler. Mannen mente imidlertid det ville føre til et «åpenbart urimelig» resultat dersom husturen ble gitt rett til fullt ut å skjevdele verdien av tomten og/eller hele aksjeverdien, jf. § 59 annet ledd.

Lagmannsretten slo fast at gården i sin tid var blitt gitt som gave til hustruen alene og det heller ikke senere var inngått noen avtale om at eiendommen skulle være hustruens bidrag til et fellesprosjekt. Retten fant derimot at bygningene var et fellesprosjekt hvor begge hadde bidratt. Retten viser til sameieloven § 2 om at det er presumsjon for like eierandeler og gjennomgår deretter partenes ulike bidrag i form av arbeid, rede penger, arv og gave mv. Lagmannsretten uttaler at «både på grunn av den lange tiden som har gått og fordi ervervsbidragene er vanskelig sammenlignbare former for innsats, byr det på problemer å kvantifisere størrelsen på de respektive bidragene, og dette trekker i retning av likedeling, jf. Rt. 1980 s. 1403». Bygningene ble altså ansett for å være i sameie med like deler.

Lagmannsretten fant det «åpenbart» at tomten og bygninger utgjorde to atskilte formuesobjekter, jf. Rt. 2004 s. 108, og uttalte at eiendommens verdi, tomtens beliggenhet og beskaffenhet samt foranledningen til at gaven ble gitt, klart tilsa dette. Som tingretten kom også lagmannsretten til at grunnen utgjorde 60 % av nåverdien av gården. Da tomten var gitt henne som gave, kunne hun i utgangspunktet skjevdele denne verdien etter § 59 første ledd.

Lagmannsretten vurderte deretter om skjevdeling av gårdens grunnarealer og aksjeposten ville føre til et «åpenbart urimelig resultat» jf. § 59 annet ledd. Retten viste til at annet ledd er en snever unntaksregel og pekte på at boets bruttoverdier utgjorde 13 650 000 kroner, hvorav mannen ville få 2.4 millioner kroner. Han ville dessuten få en årlig pensjon på rundt 300 000 kroner mens hustruen verken vil ha arbeids- eller trygdeinntekter før hun nådde pensjonsalder, hvor hun vil bli minstepensjonist. Lagmannsretten fant på denne bakgrunn at det ikke ville føre til et åpenbart urimelig resultat å ta hustruens krav om skjevdeling til følge fullt ut, og forkastet dermed anken.

Kommentar

Det kan by på problemer å fastlegge eierforholdet til de enkelte eiendelene i et ekteskap, men som oftest er det heller ikke nødvendig å utrede de helt nøyaktige eierforholdene når ektefellene har felleseie. Felleseieordningen innebærer at verdiene som hovedregel skal deles likt uavhengig av hvem som

er eier. I vurderingen av om ektefellene har skjevelingsverdier kan eierforholdet til gjenstandene riktignok ha betydning, men i vurderingen av om verdier kan føres tilbake til arv og gave mottatt under ekteskapet, vil det som oftest ikke være nødvendig å fastlegge eierandelens størrelse. Det er tilstrekkelig å slå fast om ektefellen har eierinnskudd som stammer fra arv og gave i den gjenstanden arvemidlene er skutt inn i. Andre ervervsbidrag skal deles likt uansett hvem de stammer fra. I denne saken skulle det derfor ikke ha vært nødvendig for retten å fastlegge den nøyaktige eierandelen til bygningene på gården - det er verken nødvendig eller tilstrekkelig for å avgjøre skjevelingsretten etter § 59 første ledd. Partenes innsats under husbyggingen kan imidlertid ha betydning for urimelighetsvurderingen etter § 59 annet ledd.

Hvorvidt tomt og bygning utgjorde ett eller to formuesobjekter, og om hustruen var eneeier av grunnen har derimot betydning for skjevelingskravets størrelse i de tilfellene hvor det har vært en ulik verdiutvikling på tomt og bygninger. I denne saken fant som nevnt retten at tomten utgjorde et eget formuesobjekt, og fordi hustruen hadde fått grunnen i gave fikk hun holde nåverdien av grunnarealet utenfor delingen i medhold av § 59 første ledd.

At mannen ikke fikk medhold i sin anførsel om anvendelse av unntaksregelen i § 59 annet ledd, kan synes å være i tråd med Høyesteretts strenge linje – det er en snever unntaksregel. Mannen fikk beholde en del verdier og hadde også bedre økonomiske fremtidsutsikter. Men saken illustrerer ulempene ved skjevelingsregelen i ekteskap hvor den ene bringer boligverdier inn i ekteskapet. Det forhindrer ofte formuesoppbygging som kan være gjenstand for deling ved en senere skilsmisse. I denne saken hadde dessuten partene giftet seg og flyttet inn på gården lenge før skjevelingsregelen ble innført, og var slik sett innstilt på det gamle regimet hvor alt ble delt likt.

Tone Sverdrup

Vederlagskrav mellom samboere. Hålogaland lagmannsretts dom 1. februar 2011 (LH-2011-157967)

I hefte nr. 1 for 2011 refererte og kommenterte jeg to lagmannsrettsdommer om vederlagskrav etter endt samboerforhold – Agder lagmannsrett 28. oktober 2010 og Borgarting lagmannsrett 7. desember 2010. Dommen fra Borgarting er anket og anken fremmet til behandling i Høyesterett. Det samme gjelder en annen nyere dom – Eidsivating lagmannsrett 25. november 2010 (LE-2010-101989). Den nyeste dommen er fra Hålogaland lagmannsrett. Den kvinnelige samboer ble tilkjent kroner 500 000 i vederlag.

Fakta

A og hans far kjøpte en eiendom sammen i 1992 med en halvdel hver. I 1996 traff A C og C flyttet inn til ham det året. I 1998 opptok de et felles lån som dels ble brukt til å innfri en restgjeld og dels ble satt inn på en felles budsjettkonto. Senere opptok de flere lån. I 2007 flyttet C ut. Hun fikk ikke medhold i en påstand om at hun var blitt sameier i boligen, men ble tilkjent vederlag.

Begrunnelse

Da partene opptok lån sammen i 1998 var det helt avgjørende for å få lånet at C eller en annen sto som medlånetaker. A var student og hadde ikke fått lån alene. C sto også som ansvarlig lånetaker på de senere lånene. C hadde i samlivsperioden samlet hatt en høyere inntekt enn A og hadde både direkte og indirekte dekket utgifter av betydning på eiendommen. Cs bidrag hadde medvirket til at eiendommen hadde den verdi og standard den hadde ved samlivsbruddet. A hadde i samlivsperioden opparbeidet seg en formue som brutto i 2005 utgjorde kroner 1 220 000 mens C bare hadde en likningsmessig bruttoformue på ca. 31 000. Hennes inntekt må derfor i betydelig omfang ha gått med til utgifter på boligen. Retten oppsummerte slik: «Totalt sett finner lagmannsretten bevist at C gjennom bidrag ved låneopptak og risiko i den forbindelse, ved deltakelse i oppussing og økonomiske bidrag, i vesentlig grad har bidratt til As verdiøkning.»

Kommentar

Dommen er nok et eksempel på sammenhengen mellom en påstand om sameie og tilkjennelse av vederlag. Dette emnet er behandlet i Peter Lødrup og Tone Sverdrup, *Familieretten*, 6. utg. 2008 s. 348–349.

Peter Hambro

Litteratur

Äktenskapsbalken. En kommentar. Lars Tottie og Örjan Teleman. Andra upplagen, Norstedts blå bibliotek 2010, 536 sider

Äktenskapsbalken – den svenske ekteskapsloven – er fra 1987.

Første utgaven av denne boken om ekteskapsloven utkom i 1990 og var skrevet av daværende dommer Lars Tottie. I forordet takket Lars Tottie advokat Örjan Teleman «som delat med sig av sin rika kunskap och erfarenhet av bodelningsfrågor.» Det har derfor vært naturlig at Lars Tottie overlot til advokat Örjan Teleman arbeidet med å lage en ny utgave av boken. Gitt at det er gått 20 år fra første utgaven, har det vært betydelige lovendringer, nye lover og

rettspraksis som må behandles. Teleman har vært advokat siden 1975 med familierett som spesialfelt og skrevet bøkene *Äktenskapsförord* og *Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa*. Han har derfor omfattende praktisk erfaring som beriker boken.

Denne kommentarutgaven er det mest omfattende verk som er skrevet om den svenske ekteskapsloven. Boken er naturlig nok disponert etter lovens kapitler og paragrafer. Loven er delt opp i fire avdelinger - dvs. hoveddeler - og totalt 18 kapitler. Rettspraksis er tatt med frem til 2010. Ønsker man informasjon om den svenske ekteskapsloven, er dette definitivt oppslagsverket å bruke. Advokat Teleman har gjort et imponerende og verdifullt arbeide med å lage denne nye utgaven av boken.

Peter Hambro

FAST EIENDOM

Naturskadeerstatning – Rt. 2011 s. 105

Privatpersoner og andre som får sin eiendom ødelagt av naturskader, kan søke erstatning fra Statens naturskadefond. Fondet har som oppgave å yte erstatning for naturskader det ikke kan tegnes forsikring mot, se naturskadeloven § 1. De fleste forsikringsordninger har unntak for skader som følge av *force majeure*. Tap som skyldes naturhendelser som skred, storm eller flom er derved som regel ikke forsikringsdekket, men kan på bestemte vilkår kreves erstattet fra Statens naturskadefond.

Hovedregelen er at skaden erstattes med gjenopprettingskostnadene, men det er også hjemmel for å erstatte verdiforringelsen på eiendommen, se naturskadeloven § 10. Loven åpner i en viss utstrekning også for å dekke kostnader til skadeforebyggende tiltak.

I denne nye dommen presiserte Høyesterett lovforståelsen av retten til gjenopprettingserstatning. Høyesterett klargjorde også anvendelsesområdet for bruksverdiestatning i tilfeller der kostnadene til gjenoppretting er særlig høye. Saken gjaldt en landbruksseiendom i Lier kommune som ble skadet av flom i Lierelva. For en del av skadeområdet ble gjenopprettingskostnadene anslått til 1,6 millioner kroner, mens bruksverditapet ble taksert til noe i underkant av 100 000 kroner i det samme området. Høyesterett presiserte at retten til gjenopprettingserstatning i naturskadeloven § 10 første ledd inneholder en forholdsmessighetsbegrensning. Dette bygger på et synspunkt om at gjenoppretting ikke bare må være fysisk, men også økonomisk mulig. Høyesterett påpekte imidlertid (avsnitt 38) at saken ikke ga foranledning til å gi nærmere retningslinjer for grensen mellom valget av gjenopprettings- og bruksverdiestatning.

Om utmålingen av bruksverdiestatning uttalte Høyesterett at sikringstiltak – i dette tilfellet flomvern – ikke skulle inkluderes ved erstatningsutmåling etter § 10 tredje ledd. Høyesterett presiserte her at ansvaret for å sikre eiendommen som hovedregel hviler på grunneieren, men at det i henhold til forskrift om sikring mot naturskader § 3 kan gis et begrenset tilskudd til sikring. Høyesterett fremholdt også (avsnitt 48-49) at tapet i bruksverdi skal vurderes isolert for det skadede området, og at erstatningsutmålingen ikke skal ta hensyn til reduksjon i eiendommens salgsverdi.

Marianne Reusch

Høyesteretts dom 13. april 2011 (HR-2011-814-A). Eiendomsrett til sjøgrunn

Sjøbunnen kan i Norge, i motsetning til i mange andre land, være undergitt privat eiendomsrett. Spørsmålet om hvordan yttergrensene for eiendom som ligger ved sjøen skal trekkes, er ikke lovregulert. Gjennom mangeårig rettspraksis er det utviklet et prinsipp om at eiendoms grensen i sjø trekkes i overkant av marbakken, eller der marbakke ikke kan påvises, ved to meters dyp.

Spørsmålet om hvor eiendoms grensen skal trekkes der det er brådypt inne ved land, har vært regnet som et uavklart spørsmål. I NOU 1988:16 var det foreslått å lovfeste en regel om at eiendomsretten strekker seg 30 meter ut fra land, og minst ut til to meters dyp. Forslaget ble aldri fulgt opp med ny lovgivning. Flere juridiske forfattere har tatt til orde for at det vil være rimelig at strandeieren er eier av sjøgrunnen et visst stykke utover, også der det er brådypt inne ved land.

Ingunn Elise Myklebust har i sin doktoravhandling *Strandrett – og offentlig styring av arealbruk i sjø* (2010) redegjort for utviklingen av to metersregelen i høyesterettspraksis utover på 1900-tallet (s. 98 flg.). Hennes oppsummering er at det ikke har vært avklarende rettspraksis i tilfellene der det er brådypt inne ved land.

Slik avklaring har nå kommet med Høyesteretts dom fra 13. april i år. Høyesterett konkluderte med at det ikke foreligger en generell regel om eiendomsrett i sjøen ved brådypt, som supplerer reglene om marbakke og to meters dyp. Høyesterett understreket at det er en lovgiveroppgave å etablere en slik generell regel, og at det ikke var rettskildemessige holdpunkter for at det skulle eksistere en slik regel på ulovfestet grunnlag. Høyesterett la ikke avgjørende vekt på at flere juridiske forfattere har vært enige om at rimelighetshensyn taler for en slik regel om eiendomsrett til en del av sjøgrunnen også der det er brådypt ved land. Tvert imot fremhevet Høyesterett at de viktigste bruksrettighetene til det nære sjøområdet var sikret for grunneieren gjennom strandretten, og at hensynet til eiendomsretten for øvrig måtte

veies opp mot allmennhetens interesser og andre etablerte rettigheter.

I saken var det grunneiere på henholdsvis Brattøya og Flatøya i Kristiansund som anførte at sundet mellom øyene i sin helhet var undergitt privat eiendomsrett. Motpart var kommunen, som i samarbeid med en utbygger, la til rette for etablering av småbåthavn i sundet. De private grunneierne protesterte mot bygging av småbåthavnen. Høyesterett drøftet også om det i saken var etablert eiendomsrett til sjøgrunnen gjennom alders tids bruk eller lokal sedvanerett. Men Høyesterett kom til at den bruken som hadde vært av sjøgrunnen, blant annet som fortøyningsplass for skuter, ikke strakk seg utover det som følger av strandretten. En lokal oppfatning om at sundet var privateid var heller ikke tilstrekkelig til at det var etablert eiendomsrett for strandeierne.

Dommen innebærer en viktig prinsipiell avklaring på et hittil uløst tingsrettslig spørsmål.

Marianne Reusch

Spørsmål om kompensasjon for ikke-økonomisk skade ved brudd på strøkservitutt – Rt. 2011 s. 228

Eiendommen Ivar Aasens vei 2 i Oslo ble fradelte Vinderen gård i 1911. Ved fradelingen ble eiendommen påheftet en negativ servitutt der det blant annet het at bebyggelsen skulle være «villamæssig med vaaningshus paa høist 2 etager med kvist, og ikke mer end en leilighet i hver etage». Det var også tatt inn bestemmelser om høyde på bebyggelsen og hva slags virksomhet som var tillatt på eiendommen. Det skulle være adgang til å skille ut tomter fra Ivar Aasens vei 2, men de måtte være av en viss størrelse, også for disse tomtene gjaldt villaklausulen fra 1911.

Ivar Aasens vei 2 ble i 1998 kjøpt av AS Naturbetong som et utbyggingsprosjekt. Naturbetong utarbeidet forslag til reguleringsplan hvor det var forutsatt at trevillaen på eiendommen skulle rives, og eiendommen bebygges med fire leilighetsbygg. Naboene protesterte mot disse planene, men reguleringsplanen ble vedtatt av kommunen, og klage fra naboene til fylkesmannen ble ikke tatt til følge.

En av naboene, Odd Carling, som bodde i Ivar Aasens vei 4, en eiendom som i 1929 var skilt ut fra Ivar Aasens vei 2, forsøkte å stoppe utbyggingen gjennom begjæring om midlertidig forføyning, men lyktes ikke med det. Han anla da ordinær sak med krav om at utbyggingen skulle nektes fordi den var i strid med servitutten fra 1911. Tingretten kom til at leilighetskomplekset ikke stred mot villaklausulen. Carling anket avgjørelsen, men da saken kom opp for lagmannsretten var utbyggingen ferdig og de 23 leilighetene solgt. Han endret da kravet fra fullbyrdelsesdom for riving av bygningene til fastsettellesdom for at Naturbetong hadde bygd leilighetene

i strid med den tinglyste villaklausulen fra 1911. Lagmannsrettens flertall mente at leilighetskomplekset åpenbart ikke var av villamæssig karakter og i strid med servitutten. Servitutten besto fortsatt og var ikke bortfalt som følge av utviklingen i strøket og den samfunnsmessige utvikling og heller ikke på grunn av reguleringsplanen for Ivar Aasens vei 2. Naturbetong anket til Høyesterett, og her ble saken begrenset til å gjelde spørsmålet om servitutten var falt bort som følge av reguleringsplanen. Høyesteretts flertall kom til at servitutten ikke var falt bort, se Rt. 2008 s. 362.

På bakgrunn av høyesterettsdommen krevde Carling erstatning oppad begrenset til 20 millioner kroner. Også tre andre naboer sluttet seg til kravet. I tingretten ble Naturbetong dømt til å betale kr. 9,2 millioner kroner til de fire naboene, hvorav 4 millioner til Carling. Naturbetong og Carling anket dommen til lagmannsretten. Lagmannsretten kom til at Carling og to av de tre andre naboene ikke hadde dokumentert noe økonomisk tap, men hadde krav på erstatning for ikke-økonomisk tap. Carling ble tilkjent kr. 700.000. Den fjerde naboen ble av lagmannsretten ikke ansett å være omfattet av servitutten.

Carling anket til Høyesterett, og Naturbetong innga avledet anke. Carling anførte at hans hovedmål hadde vært å få stoppet byggingen, men dette krav ble frafalt da leilighetene ble overført til nye eiere. Da gjensto overfor Naturbetong å kreve kompensasjon etter § 17 i servituttloven av 29. november 1968, alternativt ut fra ulovfestet berikelsesregel. Det forelå fra Naturbetongs side en varig krenkelse av servitutten, jf. § 17 første ledd, noe som var å anse som «misbruk» etter annet ledd. Det kunne ikke slik Naturbetong hevdet være en forutsetning for anvendelse av § 17 annet ledd, at den negative servitutten var avskipt etter første ledd. Carling og naboene hadde jo et ønske om at den negative servitutten ble stående.

Ved utmåling av erstatningen for det ikke-økonomiske tapet mente Carling at fokus måtte rettes mot krenkeren, altså Naturbetong, og dennes berikelse. Ingen skal tjene på sin rettsstridige atferd. Ikke minst på bakgrunn av den preventive virkning måtte prosjektets økonomiske størrelse tillegges vekt ved utmålingen.

Naturbetong anførte som nevnt at kompensasjon etter § 17 annet ledd forutsatte at servitutten var avskipt. Etter høyesterettsdommen i Rt. 2008 s. 362, hadde selskapet sammen med eierne av boligsameiet i Ivar Aasens vei 2 krevet skjønn til omskipling/avskipping av servitutten i henhold til servituttloven § 6 og § 7. Skjønn var ennå ikke avholdt, men den anlagte sak ville gjelde det samme faktiske tema, nemlig krav om kompensasjon etter § 17 annet ledd. Utover servituttlovens regler var det ikke rom for vederlag ut fra ulovfestede berikelsesgrunnsetninger.

Naturbetong mente videre at særregelen i § 17 annet ledd om vederlag for ikke-økonomisk skade bare gjaldt for servitutter som hadde et ikke-økonomisk formål. Den foreliggende klausul hadde et økonomisk formål da den ble stiftet i 1911.

Høyesterett kom til at Carling hadde krav på erstatning etter servituttloven § 17 og fant at dette passende kunne settes til 1,5 millioner kroner. Men først uttalte førstvoterende med tilslutning av de øvrige dommerne at et vederlagskrav ikke kunne bygges på en ulovfestet regel om berikelse. Ved krenkelse av servitutter kunne erstatning for økonomisk skade kreves etter alminnelige regler om erstatning for uaktsom skadeforvoldelse. Men når det gjaldt erstatning for ikke-økonomisk skade fremgikk det av servituttlovens forarbeider at § 17 var ment å være uttømmende.

I den aktuelle sak hadde Høyesterett tidligere slått fast at leilighetskomplekset krenket servituten, og det var ifølge førstvoterende da ikke tvilsomt at denne krenkelsen var i strid med § 2. De ytterligere vilkår for å få erstatning etter § 17 var likeledes til stede. Krenkelsen var varig og hadde funnet sted tross advarsler fra Carlings side. Det kunne heller ikke slik Naturbetong hevde være noen forutsetning for erstatning etter § 17 at servituten var avskipt.

Høyesterett avviste anførselen fra Naturbetong om at erstatning for ikke-økonomisk skade etter § 17 annet ledd bare kunne ytes der servituten hadde et rent ikke-økonomisk formål. En slik forståelse kunne ikke forankres i bestemmelsens ordlyd eller forarbeider.

Det videre spørsmål ble hva som var «ei høveleg skadebot» etter § 17 annet ledd. De bærende hensyn ved utmålingen er reparasjons- og prevensjonshensynet. Førstvoterende pekte på at «Carling skal ha reparert krenkelsen av sine ideelle bointeresser – reduksjon av bokvalitet i form av forringet utsikt, dårligere solforhold og økt innsyn». Et visst hensyn måtte også tas til den belastning Carling hadde hatt med å føre kampen mot utbyggingen gjennom flere år. Erstatningen måtte i tillegg virke preventivt slik at tomteeier ikke fristes til å sette seg utover strøk-servitutter, men i stedet benytter den mulighet loven gir til å få servituttene moderert eller fjernet. Naturbetong hadde tatt bevisste sjanser, og erstatningen burde settes så høyt at det motvirker slik handlemåte. Naturbetong hadde hatt en gevinst på prosjektet på 20 millioner kroner.

Det var flere naboer som var krenket av servituten, men Høyesterett slår fast at Carling var den som i størst grad var berørt av inngrepet, og dette måtte få betydning for fastsettelsen av erstatningsbeløpet. Beløpet ble altså satt til 1,5 millioner kroner. Jeg er fristet til å stille spørsmålet om dette beløpet er høyt nok til å avskrekke en fremferd som den Naturbetong utviste. Carling ble tilkjent saksomkostninger for Høyesterett, men ikke for tingrett og lagmannsrett.

Kirsti Strøm Bull

Utløsning fra sameie ved misbruk – Rt. 2011 s. 153

Saken gjaldt om et krav om utløsning av sameier etter sameieloven § 13 ved misbruk, også kunne gjøres gjeldende overfor en nærstående erverver som misbrukeren hadde overført sameieandelen til.

Eiendommen i Movika nordøst i Tromsø og på omtrent 900 mål, var eid av fire søsken i sameie med en fjerdedel på hver. Etter en rekke uoverensstemmelser og advarsler, traff tre av sameierne beslutning om utløsning av den fjerde, og sendte et brev om dette, formet som et «prosessvarsel». Knappt en måned senere overførte den misbrukende sameieren sameieandelen til sin sønn. Flertalls-sameierne anla deretter søksmål mot sønnen, med krav om utløsning mot vederlag etter rettens skjønn.

Erververen (sønnen) fikk medhold i at utløsning ikke skulle skje, både i tingretten, lagmannsretten og – etter dissens (3-2) – i Høyesterett.

Misbruket som ble påberopt var både av fysisk, rettslig og forvaltningsmessig art, bl.a. ved ulovlig bygging, manglende vedlikehold, ulovlige rettslige disposisjoner og manglende informasjon. For Høyesterett ble det ikke gjort gjeldende at misbruk etter § 13 ikke forelå.

For lagmannsretten hevdet saksøkte forgeries at et tidligere *rettsforlik* mellom partene utgjorde et særlig rettsgrunnlag etter § 1 annet ledd som var til hinder for utløsning. Det var også spørsmål om om *når* overføringen skulle anses å ha skjedd, og om hvorvidt sønnen kunne *identifiseres* med faren, slik at dennes misbruk kunne gjøres gjeldende som sønns eget. Ingen av disse anførselene ble opprettholdt for Høyesterett.

For Høyesterett var saken etter dette begrenset til å gjelde spørsmålet om hvorvidt utløsningskravet fremsatt overfor faren som avhender før stevningen, etter § 13 kunne gjøres gjeldende ved søksmål mot erververen, når det var avhenderen som tidligere eier som var ansvarlig for misbruket, og når overføringen var skjedd etter misligholdet og erklæringen om utløsning, men før saksanlegget.

Flertallets standpunkt og begrunnelse

Høyesteretts flertall mente som sagt, i likhet med tingretten og lagmannsretten, at utløsningskravet *ikke* kunne gjøres gjeldende mot erververen (sønnen).

Begrunnelsen var sammensatt: Dels (avsnitt 30-32) tydet *lovens ordlyd* på at et utløsningskrav bare kunne gjøres gjeldende overfor en misbrukende sameier selv, ikke overfor rettsetterfølgere, og også på at retten til utløsning beror på en skjønnsmessig vurdering som retten skal foreta, ikke bare (av) om det foreligger slikt misbruk som § 13 omhandler, men også av om misbruket skal føre til utløsning. Utløsningskravet oppstår da først ved denne vurderingen, ikke ved misbruket og altså heller ikke hverken etter vedtak om utløsning eller etter varsel om

dette. Det forelå derved heller ingen rett til utløsning knyttet til sameieparten på overdragelsestidspunktet som rettighetshaver kunne gjøre gjeldende overfor ny eier. Flertallet fant støtte for denne tolkningen i lovens *forarbeider* (avsnitt 33-36), nærmere bestemt i uttalelser fra Sivillovbokutvalet (Rådsegn 4a) gjen-gitt i odelstingsproposisjonen, og også (avsnitt 37-38) i utløsningsrettens *formål*, som var å bli kvitt den misbrukende sameier, ikke å overta dennes sameiepart. *Reelle hensyn* kunne anføres i favør av begge løsninger (avsnitt 39-44). Et hovedspørsmål i denne forbindelse gjaldt samspillet med reglene om forkjøpsrett ved overdragelse av sameiepart, med unntak for overdragelse til sameiers nærstående, jf. løsningsrettsloven § 8, herunder den muligheten dette gav for at de uholdbare forhold kunne fortsette ved at den nye sameier fortsetter misbruket eller ved at misbrukeren gis adgang til sameiet. Førstvoterende mente likevel at dette ikke kunne være avgjørende; dels fordi det var problematisk å sette de nærståendes beskyttede posisjon til side i utløsningstilfelle, og dels fordi faren for omgåelse uansett ville kunne prøves av retten – som et spørsmål om hvorvidt det forelå proformaoverføring eller om identifisering av erververen med misbrukeren. Førstvoterende antok i denne forbindelse at dersom en ny eier «legger opp til kontinuitet i misbruket, kan det ikke stilles strenge krav før adgangen til utløsning vil være til stede.» Også mulige argumenter fra *annen lovgivning* ble trukket inn (avsnitt 45-50), men uten at dette ble funnet avgjørende; herunder en mulig analogi fra selskapsloven § 2-36 eller aksjeloven § 4-25 og argumenter fra servituttløven § 17 første ledd.

Mindretallets begrunnelse

Høyesteretts mindretall mente at anken måtte tas til følge, ved at kravet om utløsning også kunne gjøres gjeldende overfor erververen. Mindretallet mente (avsnitt 54-58) at løsningen ikke kunne bygges hverken på lovens ordlyd eller på forarbeidene, – herunder at loven ikke kunne forstås i retning av en diskresjonær skjønnskompetanse for domstolen ved krav om utløsning. Det utslagsgivende måtte ut fra dette dels (avsnitt 59) være den generelle regelen (prinsippet i gbl § 25) om at ingen kan overdra større rett enn man selv har; og dels (avsnitt 60-64) reelle hensyn – idet hensynet til de øvrige sameierne ikke alltid blir tilstrekkelig ivaretatt ved at de blir kvitt den brysomme sameieren selv. Det ble herunder særlig fremholdt at prinsippet i gbl § 25 også gjelder ved overdragelse av sameiepart – med henvisning til M.H. Andenæs: *Sameier og selskaper* 1977 s. 440. (Det kunne også vært vist til drøftelsen andre steder i samme verk, så som s. 516). Lovgrunnen bak unntaket fra løsningsretten ved overføring til nærstående sto forøvrig ikke like sterkt når avhenderen har misbrukt sin stilling i sameiet. I slike tilfeller risikerer man ifølge mindretallet at de uholdbare forholdene fortsetter, enten ved

at den nye sameieren fortsetter misbruket, eller ved at misbrukeren fortsatt gis adgang til sameiet. De beste grunner talte etter dette for å tillate utløsning også overfor nærstående kjøpere. Mindretallet fant også (avsnitt 65-68) støtte for sitt syn i andre lovregler om rettsfellesskap, selskapsl § 2-36 og aksjel § 4-25, som begge ivaretar ikke bare selskapets behov for å utelukke en deltaker som misligholder selskapsforholdet, men også behovet for kontroll med hvem som kommer inn, dersom andelen overdras til ny eier.

Noen bemerkninger

Hovedspørsmålet for både flertallet og mindretallet var *på hvilket tidspunkt en utløsningsrett for sameierne kunne anses etablert som rettskrav*. Mindretallet knyttet her an til alminnelige obligasjons- og selskapsrettslige prinsipper som innebar at det avgjørende var tidspunktet for (mottakelse av) et privat påbud om utløsning. Flertallet mente kravet først ville oppstå senere – enten med saksanlegget eller med en rettskraftig dom, og begrunnet det særlig med domstolens vurderingsfrihet ved avgjørelse av utløsningskravet – at kravet ikke uten videre må tas til følge, selv når vilkårene etter § 13 er oppfylt. Argumentet i seg selv er ikke helt overbevisende: Det går godt an å hevde at et krav, f.eks. om hevning, er oppstått selv om det gjenstår en skjønnspreget avgjørelse (en mer eller mindre bunden helhetsvurdering) for endelig å fastlegge kravet. Og den eneste trykte dommen på utløsning etter § 13 som finnes (Rt. 1980 s. 215) forutsatte tydelig at kravet var oppstått før dette, se nedenfor. Reelt sett kan standpunktet likevel ha noe for seg, særlig når det (i sameieforhold som her, såvel som ved avløsning av misbruker etter servituttløven § 17) handler om tap, ikke bare av personlige (obligatoriske), men av tinglige, besittelsesavhengige rettsposisjoner.

Flertallet sa ikke tydelig hvilket *nærmere skjæringspunkt* de tenkte seg som det rette. Om man først gir avkall på et entydig privatrettslig kriterium burde vel skjæringspunktet være tidspunktet for rettskraftig dom. Men det ble antydnet at søksmålstidspunktet kunne være avgjørende. Til støtte for dette siste alternativet kan vises til Rt. 1980 s. 215 som gjaldt en sak om utløsning (i et bruksdelt husromsameie), der utløsningskravet var blitt gjort gjeldende ved stevning overfor avhenderen før overdragelsen. Etter overdragelsen ble erververen trukket inn i saken i tillegg til avhenderen og saken ble fortsatt på samme måte – og med full virkning for erververen (med dom også mot denne), idet det tydelig ble forutsatt at rettskravet på utløsning allerede var etablert med stevningen, og som sådan også kunne gjøres gjeldende overfor erververen.

Det kan spørres hvordan dommen forholder seg til *prinsippet om at ingen kan overføre større rett enn vedkommende selv har* (jf. gbl § 25). I utgangspunktet anerkjente både flertallet og mindretallet

prinsippet – i det de forutsatte at det både er nødvendig og tilstrekkelig for å kunne gjøre et krav om utløsning gjeldende mot erververen, at kravet er etablert som et *rettskrav* mot avhenderen før overføringen. Uenigheten fremsto i tråd med dette som ovenfor angitt: dels som et spørsmål om hvorvidt misligholdet eller vedtaket/påbudet om utløsning i seg selv skapte rettskrav og derved en begrensning i avhenderens rett, og dels som et spørsmål om på hvilket *tidspunkt* utløsningsretten kunne anses stiftet som et rettskrav.

Flertallets motvilje mot anerkjennelse av utløsningspåbudet som rettsstiftende kan imidlertid også forstås mer positivt, som utslag av et motstående, selvstendig prinsipp om *erververbeskyttelse*, til vern også for andre enn godtroende erververe og kreditorer – i retning av en mulighet for erververen til å begynne med «blanke ark» når ikke både avhenderens mislighold og misligholdsvirkninger er blitt gjort gjeldende før overføringen; for så vidt i tråd med regelen i husleieloven § 8-5 tredje ledd. (Se til dette den prinsipielle drøftelsen i Lilleholt: *Personskifte i husleieforhold* 1986 s. 243–253.)

Bemerkelsesverdig er flertallets antydning om at et erververbeskyttelseshensyn nettopp, ja kanskje enn mer, også bør gjelde for *nærstående erververe*, i tråd med den beskyttede posisjonen disse er innrømmet i forhold til medsameiernes forkjøpsrett etter løsningsrettsloven § 8. Mindretallet mente at argumentet heller burde gå i motsatt retning: Siden nærstående har en privilegert stilling i forhold til sameiernes forkjøpsrett, var det større grunn til ikke samtidig å beskytte dem mot en påberopelse av avhenderens mislighold.

Et spørsmål for både flertallet og mindretallet var hvordan reglene burde være for å *sikre mot misbruk*. Mindretallet mente at faren for misbruk tilsa en viss begrensning i overføringsadgangen som nevnt. Flertallet fremhevet på sin side muligheten for å ramme misbruk ved gjennomskuing av *proforma*-overdragelser og ved *identifikasjon* mellom avhender og erverver. I tillegg ble det sagt at dersom en erverver legger opp til kontinuitet i misbruket, så *kan det ikke stilles strenge krav før adgangen til utløsning vil være til stede*. Det er ikke klart hvordan dette skal anvendes i praksis. Et spørsmål i forlengelse av dette, men som ikke ble nærmere behandlet i dommen, er *hvor fri domstolen er i sine vurderinger* av vilkårene for utløsning etter § 13. Det er mulig å se den nevnte setningen som et argument for større skjønnsfrihet, også med sikte på avbøting av mulig uheldige konsekvenser av flertallets hovedstandpunkt.

Det kan spørres om dommen bør gjelde tilsvarende for *andre misligholdsvirkninger* enn hevning (utløsning), så som ved krav om *retting*, f.eks. slik at krav om dette fremsatt overfor en avhender kan gjøres gjeldende overfor en erverver hvis og bare hvis kravet er fremsatt før overføringen. Men en slik konsekvens

kan etter min mening ikke trekkes: Hvis kravet om retting i et sameie gjelder et ulovlig tiltak på eiendommen, må det avgjørende være hvorvidt tiltaket fremdeles etter overføringen fremstår som ulovlig. Om det er det, må rettingskravet også kunne gjøres gjeldende mot erververen – eventuelt ved at det fremsettes et nytt krav om dette overfor denne. (Wyller hevder noe tilsvarende ved husleieloven § 8-5; se hans *Boligrett* 5. utgave 2009 s. 336 note 324.)

Til slutt noe om *rettskildebruken*: Hovedinntrykket er at hverken lovtekst, lovforarbeider eller lovformål i seg selv var avgjørende for utfallet, idet både flertallet og mindretallet mer bygget på reelle hensyn og underliggende prinsipper. Ett spørsmål om dette var hvilket utgangspunkt man skulle velge for supplerende *analogier*. Mindretallet tok som nevnt utgangspunkt i alminnelige obligasjonsrettslige og selskapsrettslige prinsipper. Flertallets standpunkt er mer ubestemt – men synes som antydning å gå i retning av et eget tingsrettssystematisk utgangspunkt. I tråd med det som er sagt ovenfor kunne kanskje også analogier vært trukket inn i større utstrekning fra forskjellige former for husromfelleskap, der lignende spørsmål lett kan oppstå etter mislighold fra en avhenders side. Jeg kjenner ingen avgjørelser som er helt parallelle og som derfor gir entydige argumenter for en bestemt løsning i inneværende sak, men det finnes flere som handler om omkringliggende spørsmål, så som om rettsstillingen for en erverver hvor en adkomstrett til husrom er overført etter salgspålegg, herunder etter tidligere borettslov (av 1960) § 37 første ledd.

Gert-Fredrik Malt

Festeavgiftsforhøyelse – enda en gang: Rt. 2011 s. 129

Vi har etter hvert fått en strøm av avgjørelser vedrørende festeavgiftsforhøyelse – med utgangspunkt i tomtfesteloven (lov 196/1996) § 15. Første ledds hovedregel er at ved feste av grunn for bolig eller fritidshus kan festeavgiften reguleres i samsvar med endringer i konsumsprisindeksen – med mindre partene «tvillaust» har avtalt at avgiften ikke skal endres. I annet ledd finner man imidlertid visse overgangsregler: Er festeavtalen inngått før 1. januar 2002 er det en særregel i annet ledd for den første regulering som skjer etter dette tidspunkt, jf. nr. 2 som sier:

«Bortfesteren kan krevje avgifta regulert i samsvar med det som tvillaust er avtalt.»

Bortfesteren kan altså i disse tilfelle holde seg til kontraktens reguleringsbestemmelse – hvis den er klar nok, jf. ordet «tvillaust» – ved første gangs regulering. Men når denne mulighet er utnyttet, vil senere reguleringer måtte skje i samsvar med hovedregelen i første ledd, dvs. i samsvar med konsumsprisendringene.

I Rt. 2011 s. 129 gjaldt det et festeforhold fra 1999 der festeavgiften kunne kreves «regulert i samsvar med endringene i tomteverdien og rentenivået». Tvistespørsmålet var om den første reguleringsmulighet allerede var oppbrukt idet bortfesteren krevt regulering i 2008 i henhold til de siterte ord. Festeren – et boligsameie – hevdet at sameiets fremstøt i 2005 for å få avgiften nedregulert, hvilket førte til avslag fra bortfesterens side, måtte forstås slik at dermed var festeavgiften blitt regulert, og at det derfor nå ikke kunne kreves mer enn regulering etter konsumprisindeksen.

Høyesterett fastslo at *enhver* avtalt endring av festeavgiften må ansees som en regulering i tomtefestelovens forstand, og at det kan foreligge regulering selv om festeavgiften ikke endres (avsnitt 24). Man fortsatte (avsnitt 25):

«Bedømmelsen i vår sak blir nødvendigvis konkret. Ser man brevet fra Sameiet 4. februar 2005 i sammenheng med svaret fra [bortfesteren] 27. april samme år - jeg har allerede gjengitt hovedinnholdet i begge - er inntrykket først og fremst at man sonderte muligheten for en regulering av festeavgiften. [Bortfesteren] benyttet i denne forbindelse rett nok tomteverdiklausulen som argument. Men hovedpoenget var at [bortfesteren] ikke ønsket en regulering. Korrespondansen bærer altså preg av at man klargjorde posisjonene, og det kan etter mitt syn ikke være tvil om at det var et stykke frem til en omforent løsning omkring en ny fastsettelse av festeavgiften. Det ble gjennom korrespondansen ikke oppnådd en slik grad av avklaring eller avtalerettslig binding at Sameiet ville være avskåret fra å kreve regulering ved skjønn, jf. tomtefesteloven § 15 fjerde ledd, sammenholdt med § 43.»

I det foreliggende tilfelle hadde altså forslaget fra festerne ikke ført til noen avtale, og bortfesteren ble gitt medhold – med tilkjennelse av saksomkostninger for alle tre instanser.

Thor Falkanger

Litteratur

Endre Stavang: *Opphør av servitutter*. Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2011. 210 sider

Temaet i boka er opphør av servitutter. Opplegget er å gå gjennom dei ulike opphørsgrunnane, med hovudvekt på spørsmåla rundt opphør som fylgje av reguleringsplan. Stavang har plassert opphørsgrunnane i fire kategoriar: Forhåndsbestemt eller avtalt opphør, ekstinksjon, ekspropriasjon og råderettsreguleringar.

Om metoden som er nytta har forfattaren i samandraget fremst i boka skrive at kvar av kategoriane er handsama «rettsdogmatisk ... kombinert med

rettsøkonomiske vurderingar (som i sum forhåpentligvis gir en bedre rettsvitenskapelig behandling)». I kapittel ein syner forfattaren oss koplinga mellom temaet opphør av servitutter, og det rettsøkonomiske perspektivet. For den interesserte lesaren er dette ein nyttig introduksjon til emnet med referansar til sentrale kjelder.

Forskingsspørsmålet til forfattaren er altså å undersøke korleis bortfallsgrunnane fungerer som del av samfunnskontrollen med servitutter, det vil seia som verkemiddel til å fremja samfunnsnyttige servitutter og motverka dei som ikkje er det.

Timinga for boka er god. Det er lenge sidan nokon har handsama temaet i samanheng, og emnet er i tillegg svært aktuelt. Dei ulike spørsmåla som fylgje av vedteken reguleringsplan er mest aktuelle, og i boka er det spegla i at fram til kapittel 7 om råderettsreguleringar har forfattaren prioritert ein effektiv og kortfatta skrivestil føre illustrerande eksempel og forklaringar. Omlag halve boka handlar om råderettsreguleringar.

Kapittel to i boka handlar om «Servitutter som funksjonell deling av eiendomsretten», og i kapittel tre har forfattaren skrive «Litt om gjeldende rett utenom opphørsspørsmålet».

Nærare om dei fire kategoriane

I kapittel fire blir temaet «Forhåndsbestemt eller frivillig opphør» gjennomgått. Som elles i boka er dei rettsdogmatiske vurderingane utfylt med tilvisingar til utanlandsk rett, og dei rettsøkonomiske vurderingane er separert frå den rettsdogmatiske framstillinga.

Tittelen på kapittel fem er «Ekstinksjon». Stavang tek her føre seg opphør som fylgje av alle former for ekstinksjon. Felles for tilfella er som Stavang skriv at opphør skjer utan at rettshavaren kan krevja økonomisk kompensasjon.

I kapittel seks tek forfattaren føre seg «Ekspropriasjon». Forfattaren presenterer oss for det tradisjonelle skiljet mellom ekspropriasjon og råderettsreguleringar. Systematikken er slik at i dette kapitlet vert kun dei sokalla sikre ekspropriasjonstilfella handsama. Med andre ord der vedtaket klart går ut på å overføra råderett. Denne inndelinga er bokstavleg slik at også til dømes overføring av rådvelde som fylgje av jordskifte vert handsama i denne delen. Ei slik samla framstilling er nyttig for oss lesarar. I dette kapitlet vert det også nytta innsamla materiale frå jordskifterettane. Kapitlet vert avslutta med ei interessant drøfting i avsnitt 6.6 der Stavang spør om servitutt-eksproprianten kan velja mellom dei ulike ekspropriasjonsgrunnlaga som er presentert.

Kapittel sju heiter kort og godt «Reguleringsplan». Spørsmåla som blir drøfta er kva konsekvensar reguleringsplanar får for servitutter. Først i kapitlet gir forfattaren ei lettfatteleg oversikt over plansystemet med vekt på kva oppgåver og innhald

reguleringsplanane har. Med denne praktisk orienterte gjennomgangen syner forfattaren at det kan sjå ut til at råka private interesser, til trass for formelle rettar, i mange tilfelle er i ein utsett posisjon (sjå særleg side 106–107). Avsnitt 7.2.3 er dessutan eit døme på korleis ei juridisk framstilling kan nytta aktuell og relevant samfunnsforskning til å få fram fakta kring spørsmålet som skal drøftast.

I kapittel sju tek forfattaren også føre seg korleis andre tredjemannsrettar kan bli råka av reguleringsplanen. Det er interessant å lesa om korleis tolegrensavurderinga i grannelova kan supplere offentleg styring av arealbruk.

Noko av det mest spennande med boka er drøftinga av kva erstatningsregel som skal leggjast til grunn i tilfelle der ein grunneigar tek seg til rette, og krenkar interessene til servitutthavarane. Då forfattaren skreiv boka, var ikkje «fasiten» frå Høgsterett i den sokalla Naturbetong II-saka komen. Det ser ut til at forfattaren kan vera nøgd med resultatet som kom den 16. februar 2011. Argumentasjonen til Høgsterett er ikkje ulik den forfattaren nyttar for å grunngi ein regel om erstatning utmålt som eit rimeleg vederlag, side 155–160.

Katrine Broch Hauge

IMMATERIALRETT

Litteratur

Inger Berg Ørstavik: *Innovasjonsspiralen. Patentretslige, kontraktsrettslige og konkurranserettslige spørsmål ved forbedring av patenterte oppfinnelser*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2011. 403 sider

Boken er en lett bearbeidelse av forfatterens doktoravhandling fra 2009. Som undertittelen viser, behandles de patentretslige, kontraktsrettslige og konkurranserettslige spørsmål som kan oppstå når patenterte oppfinnelser forbedres eller videreutvikles. Patentretsens oppfinningsbegrep og patenterbarhetsvilkårene gir rammene for avhandlingen. Når det gjelder forbedringene, er avhandlingen derimot ikke avgrenset til slike forbedringer som kan patenteres enten som selvstendig patent eller avhengighetspatent (patent hvor samtykke fra rettighetshaveren til det opprinnelige patentet er påkrevd for å utnytte forbedringen).

Søkelyset rettes særlig mot situasjoner hvor det foreligger lisensavtaler mellom innehaveren av det opprinnelige patentet og lisenstakere som utvikler forbedringer. Forfatteren drøfter patentretsens incentiv- og belønningssystemer i lys av slike avtaler. Hensynet til belønning av den første oppfinneren er et argument for at han skal gis rettigheter til

forbedringen (i form av overføring av patent eller returlisens). Incentivhensynet for lisenstakeren tilsier derimot at han bør beholde rettighetene til eventuelle forbedringer. Boken redegjør for forskjellige kontraktsmodeller som fordeler rettigheter, risikoer og plikter mellom lisensgiver og lisenstaker. Videre gis det en grundig behandling av hvordan slike avtaler står seg – og bør stå seg – i forhold til konkurranseregelverket i EU, EØS og Norge. De konkurranserettslige analysene ligger på et elevert plan og forutsetter betydelige forkunnskaper hos leseren. Boken gir gode tilskudd til verktøykassen for de som arbeider med spørsmål i skjæringsflaten mellom immaterialrett og konkurranseret.

John Asland

Litteratur

Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik: *Kjenne-tegnsrett*, 3. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2011. 532 sider

En klassiker i norsk rettslitteratur har nå kommet i ny utgave. Boken kan faktisk feire et slags femtiårsjubileum i år. Allerede kort tid etter at varemerkeloven av 1961 ble vedtatt, skrev Birger Stuevold Lassen et første manuskript til en «Oversikt over norsk varemerkerett». Av forskjellige grunner ble ikke manuskriptet gjort ferdig til utgivelse, men på midten av 1970-tallet kom deler av en «Innføring i kjennetegnsretten» ut i Institutt for privatretts stensilsérie. Dette verket skulle dekke behovet for lærebok i kjennetegnsdelen av valgfaget «Kjennetegnsrett og patentrett». Boken «Oversikt over norsk varemerkerett», som tidligere utgaver av «Kjennetegnsrett» er kjent som, kom i 1989 (1. utg.) og 1997 (2. utg.). En revidert 2. utgave kom ut i 2003 i Institutt for privatretts stensilsérie (nr. 163, 2003). Ved denne revisjonen, som kom ut for å dekke behovet for lærebok mens man ventet på ny varemerkelov, kom Are Stenvik inn som medforfatter.

Når vi omsider fikk ny varemerkelov (i kraft 1. juli 2010), kunne endelig en ny utgave av boken se dagens lys. Til tross for at varemerkelovgivningen er ny, er bokens opplegg fra tidligere utgaver i store trekk uendret. Dette kan forsvares, da lovendringene først og fremst var av lovteknisk art, slik at de grunnleggende trekkene i norsk varemerkerett er beholdt. Selv om lesere av tidligere utgaver vil kjenne seg igjen, er det gjort enkelte strukturelle endringer. Emnet er utvidet til i større grad enn tidligere også å favne andre kommersielle kjennetegn enn varemerkene. Foretaksnavn og sekundære forretningskjennetegn er viet stor plass, men også geografiske opprinnelsesbetegnelser, ansvarsmerker for gull-, sølv-, og platinavarer og reinmerker (!) behandles. Det bredere

emnet er reflektert i bokens tittel, som er endret fra «Oversikt over norsk varemerkerett» til «Kjenne-tegnsrett». I forordet erkjennes det at «boken har vokst seg så stor at kvalifikasjonen 'oversikt over' ikke lenger berettiger sin plass i tittelen». Videre har forfatterne sløyfet «norsk» i tittelen. Varemerkeretten er i høyeste grad internasjonal. Etter gjennomføringen av EUs varemerkedirektiv er vi del av en felleseuropeisk varemerkerett. Rettspraksis fra EUDomstolen er avgjørende for hvordan norsk varemerkerett utvikler seg og har utviklet seg i de siste 15–20 årene.

Boken kan anbefales. Den er uunnværlig i enhver immaterialrettsjurists bokhylle – eller helst på hans skrivebord. Den er «en klassiker til glede for nye lesere».

John Asland

OBLIGASJONSRETT

Manglende opplysning om tidligere drap i boligen ga kjøperen rett til heving – Borgarting lagmannsrett 28. februar 2011 (LB-2010-53470)

Borgarting lagmannsrett avsa 28. februar 2011 en dom om heving av kjøp av bolig som følge av at det før kjøpet ikke var gitt opplysning om at det vel to år tidligere hadde skjedd et trippeldrap i boligen. Tre søstre i alderen 13 – 27 år var blitt drept av sin egen bror inne i boligen. Boligen ble ca ett år etter drapene solgt til en familie på to voksne og tre barn. Ved dette salget ble det gitt fulle opplysninger om boligens dramatiske historie. Da boligen ble solgt nok en gang vel et år etter dette, ble det ikke gitt opplysninger om drapene. Kjøperne ble kjent med drapene få dager etter at budet var akseptert. De krevde heving av kjøpet, noe selgeren mente at det ikke var grunnlag for. Selgeren gjennomførte deknings salg, denne gang med fulle opplysninger om boligens historie. Salgssummen i deknings salget var kr 250.000 lavere enn i det omtvistede salget. Saken gjaldt selgerens krav på erstatning for denne differansen og for forskjellige utgifter som følge av kjøpernes angivelige kontraktsbrudd. Lagmannsretten kom som tingretten til at kjøpernes heving var berettiget, og at det derfor ikke var grunnlag for selgerens erstatningskrav.

Det avgjørende spørsmålet i saken var om det før salget skulle ha vært gitt opplysning om drapene i medhold av avhendingsl. § 3-7. Det følger av denne bestemmelsen at selgeren skal gi kjøperen opplysning om «omstende ved eigedomen» som selgeren kjente eller måtte kjenne til, og som kjøperen hadde grunn til å regne med å få. Hvis opplysning ikke er gitt, foreligger det mangel ved eiendommen, dersom man kan gå ut fra at manglende opplysning har virket inn på kjøpet.

Selgeren hevdet for det første at kjøperne før kjøpet var kjent med drapene i boligen, og at de derfor ikke kunne gjøre forholdet gjeldende som mangel, jf. kravet om innvirkning i § 3-7 samt § 3-10 om at en kjøper ikke kan gjøre gjeldende som mangel noe han kjente til før kjøpet. Dette var et bevisspørsmål. Lagmannsretten kunne ikke finne det bevist at kjøperne hadde kunnskap før kjøpet.

De juridiske hovedspørsmålene i saken var om historiske forhold som dette var «omstende ved eigedomen» i lovens forstand, og om kjøperen hadde grunn til å regne med å få opplysning om dette før kjøpet. Svaret var ja. Lagmannsretten pekte, under henvisning til lovens forarbeider, på at «omstende» omfatter mer enn fysiske forhold. Historiske opplysninger er ikke kommentert i forarbeidene. Juridisk litteratur er ikke entydig om spørsmålet. Vitneforklaringer om oppfatninger og praksis i meglerbransjen viser at det skal gis informasjon om alvorlige hendelser som drap i nyere tid. Dette begrunnes med negativ innvirkning på trivsel i boligen og med muligheten for lavere verdi ved senere salg. Den eiendomsmegleren som hadde salget, forklarte at de ikke kjente til drapene i boligen før salget, men at de ville ha gitt opplysning om dette før salget dersom de hadde kjent til forholdet.

Lagmannsretten konkluderte etter dette med at selgeren skulle ha opplyst om en så dramatisk hendelse som hadde funnet sted bare vel to år før salget. Retten uttalte at det vil ta «en god stund» før boligen ikke lenger forbindes med hendelsen, selv om minnet om hendelsen vil kunne blekne noe raskere når boligen i en mellomperiode har hatt en ny eier. En dramatisk hendelse som dette i nær fortid vil kunne ha betydning for kjøpernes mulighet for trivsel og ro på et følelsesmessig plan. Lagmannsretten fant det klart at opplysningen etter sin art er egnet til å virke inn på kjøpet, og at kjøpernes ønske om å gå fra kjøpet i denne saken skyldtes opplysningen som ble kjent for dem etter aksept av bud. Det forelå etter dette mangel i medhold av § 3-7.

Lagmannsretten fant videre at mangelen ga kjøperne rett til heving av kjøpet, jf. § 4-13. Prisavslag kunne bare avbøte en mulig verdireduksjon på boligen, ikke redusert trivsel og ro og andre følelsesmessige sider ved forholdet. Mangelen var vesentlig, og kjøperne hadde hevingsrett. Selgeren kunne etter dette ikke kreve erstatning for kontraktsbrudd.

Trygve Bergsåker

Er eiendomsmegleren ansvarlig for hevingsopp-gjør ved kjøp av bolig? Rt. 2011 s. 137

Høyesterett avsa 1. februar 2011 en dom om eiendomsmeglerens ansvar overfor kjøperen for hevingsopp-gjør etter heving av kjøpet med selgeren. Bakgrunnen for saken var at flere boliger i et borettslag

var solgt med uriktige opplysninger om blant annet fellesgjeldens størrelse. Det var for Høyesterett ikke bestridt at eiendomsmegleren hadde opptrådt erstatningsbetingende overfor kjøperne. Kjøperne hadde hevingsrett overfor selgeren av boligene. Da selgeren ikke var søkegod, rettet kjøperne subsidiære krav om hevingsoppgjør mot eiendomsmegleren, med påstand om at megleren hadde plikt til å betale kjøpesummen tilbake til kjøperne mot å få overført boligene til seg. Tingretten og lagmannsretten ga kjøperne medhold i at eiendomsmegleren var subsidiært ansvarlig for hevingsoppgjøret, mens Høyesterett kom til at det ikke var rettslig grunnlag for dette.

Førstvoterende peker (avsnitt 22–24) på at det ut fra premissene i lagmannsrettens dom er uklart om lagmannsretten har bygget sitt resultat på et erstatningsgrunnlag utenfor kontraktsforhold eller et subsidiært solidaransvar for megleren i forhold til det kontraktsrettslige restitusjonsoppgjøret ved heving. Førstvoterende mener at et slikt subsidiært restitusjonsansvar ikke kan bygges på eiendomsmeglerens profesjonsansvar. Megleren står utenfor kontraktsforholdet mellom kjøperen og selgeren (avsnitt 25). Megleren kan bli erstatningsansvarlig for opplysninger han gir eller unnlater å gi. Dette er et ansvar som bygger på meglerens egen uaktsomhet. Ansvar for hele kjøpesummen ved hevingsoppgjør kan ikke begrunnes med eiendomsmeglerens erstatningsansvar, idet kjøpernes tapsbegrensningsplikt innebærer at de må nyttiggjøre seg den verdien som ligger i boligen. Meglerens ansvar for egne feil er derfor begrenset til differansen mellom den kjøpesummen som er betalt for leiligheten og den verdien leiligheten har (avsnitt 29). Hele kjøpesummen kan bare anses tapt dersom boligen ikke har noen omsetningsverdi (avsnitt 30). Det var ikke tilfelle her.

Høyesterett kunne heller ikke gi kjøperne medhold på det grunnlag at eiendomsmegleren i dette tilfellet skulle være så sterkt involvert i prosjektet at han ut fra et gjennomskjæringssynspunkt måtte kunne identifiseres med selgeren.

Trygve Bergsåker

Litteratur

Anders B. Mikelsen: *Hindringsfritak. Det såkalte kontrollansvaret i kjøpsloven § 27*. Gyldendal Akademisk, Oslo 2011. 302 sider

Boken bygger på forfatterens doktoravhandling, og er den første monografi i Norge om det såkalte kontrollansvaret. Den bygger på et omfattende nordisk og internasjonalt materiale. Forfatteren skiller mellom den internasjonale regel, slik den følger av CISG art. 79 og den norske regel. Det skjer allerede i kapittel 3 som omhandler «Vilkårene for fritak etter

den internasjonale regel», mens de tilsvarende spørsmål etter kjøpsloven § 27 (1) behandles i kapittel 5 (og også kapittel 4). Selgers ansvar for leverandører og andre tredjemenn er temaet i kapittel 6 og 7. Deretter følger et kapittel 8 med utprøving av argumentasjonsmodellen i typetilfelle, både etter konvensjonen og kjøpsloven. I de avsluttende kapitler (9-12) drøftes bestemmelsens overføringsverdi på andre kontraktsrettsområder og betydning ved tolkning av force majeure-klausuler.

Avhandlingen er lærd samtidig som den er lettlest. Med sine analyser og den omfattende forankring i internasjonalt materiale vil den være et viktig referanseverk.

Viggo Hagstrøm

Litteratur

Tanja Jørgensen: *Forbrukerkredit – retligt og retspolitisk*. Thomson Reuters, København 2010
Boken er en ph.d.-avhandling, skrevet ved Center for kreditret og kapitalmarkedsret, Copenhagen Business School.

Boken omhandler europeisk og dansk forbrukerkredittrett som denne ser ut siden forbrukerkredittdirektivet 2008/48/EF. Forbrukerkredittdirektivet fra 2008 er et totalharmoniseringsdirektiv som forbyr at nasjonal rett på direktivets område avviker fra direktivet til ugunst, men også til gunst for forbrukerne. Derfor er ikke bare bokens deler angående EU-retten godt anvendelige i norsk sammenheng, men også delene om dansk rett har sin nytte, til tross for at dansk rett på området ellers går andre veier enn norsk rett.

Forfatteren undersøker og vurderer med utgangspunkt i noen utvalgte emner om dansk forbrukerkredittrett er egnet til å oppfylle sine to formål: å vareta forbrukernes interesser ang. forbrukerkredittavtaler, og å implementere det nye forbrukerkredittdirektivet i Danmark. Dette gjøres grundig. Innledningsvis forklares de viktigste avgrensninger, terminologien inkludert viktige grunnbegreper samt de relevante aktører på området. Kapittel 2 behandler de forskjellige hensyn som direktivet og dansk rett tjener til å fremme og som til dels ligger i motstrid til hverandre. Grunnleggende emner som det indre marked for forbrukerkreditt, forbrukerbeskyttelse og overgjeldssetningsproblemet behandles.

I kapittel 3 om «Den europeiske ramme» går forfatteren inn på europeisk regulering som samspiller med forbrukerkredittdirektivet og på initiativer på EU-plan som direktivet må sees i sammenheng med, f.eks. arbeidet for bedre lovgivning på EU-plan, for en felles europeisk avtalerett og for et horisontalt direktiv om forbrukerrettigheter. Av særlig praktisk

interesse, også utover selve forbrukerkredittretten, er den utførlige drøftelsen av hva totalharmoniseringsmetoden betyr for spillerommet for nasjonal regulering, samt hvor langt totalharmoniseringen rekker for forbrukerkredittrettens vedkommende. Kapittel 4 behandler dansk regulering som samspiller med den danske forbrukerkredittretten.

Del to behandler de utvalgte emner som for det meste har sitt motstykke i direktivet. Disse er «Informationspligt og finansiell dannelselse» (kap. 5), angre rett (kap. 6), ansvarlig kredittgivning (inkl. plikt til å foreta en kredittverdighetsvurdering, rådgivning i sammenheng med inngåelse av kredittavtaler og frarådningsplikt; kap. 7) og forbud som retter seg mot bestemte former for markedsatferd i sammenheng med markedsføring av kreditter, mot tilbud av lån ved salg av kapitalinnskudd og mot åger (kap. 8). Mens emnene i kap. 5-7 er sterkt preget av direktivet, gjelder kapittel 8 særlig dansk regulering. Boken slutter med en oppsummering og vurdering i henhold til avhandlingens emne.

Julia Pohl

PERSONVERN

Litteratur

Dag Wiese Schartum og Lee A. Bygrave: *Personvern i informasjonssamfunnet*, 2.utgave. Fagbokforlaget, Bergen 2011. 311 sider

Forsteutgaven av denne boken utgjorde en lenge etterspurt systematisk innføring i norsk personvernrett da den kom ut i 2004. Siden den tid har det skjedd betydelige endringer i lovgivning og rettspraksis om personvern som har nødvendiggjort en oppdatering. I tillegg til oppdateringen er fremstillingen av personvernopplysningsloven vesentlig utvidet, noe som er særlig nyttig for den som ikke er «insider», men likevel må beskjefte seg med denne kompliserte loven.

Som forfatterne selv påpeker, tar boken for seg et felt som er viktig, men uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig. De har ikke ambisjoner om å gi et detaljert bilde av gjeldende rett på området, men har i stedet lagt vekt på å vise sammenhengen mellom ulike personvernsproblemer. Forfatterne uttaler i et innledningskapittel at «personopplysningsvern» hadde vært et mer dekkende uttrykk for hva boken handler om. Dette er bakgrunnen for undertittelen av boken: *En innføring i vern av personopplysninger*. Med personopplysningsvern sikter forfatterne til en underkategori av personvern som omhandler normer for behandling av personopplysninger med sikte på å verne om personlig integritet, autonomi og privatlivets fred.

Etter innledningen følger et stort kapittel med overskriften «Personvernsteori», som handler om begrunnelsen for og tenkningen bak kravet om personvern. Dette vil være av betydning når man skal avveie hensynet til personvernet mot andre hensyn, typisk krav om konfidensialitet og privatliv. Internasjonaliseringen på personvernområdet får stadig større betydning, og i kapittel 3 redegjøres både for forskjellige internasjonale instrumenter av betydning for Norge, og for de grunnleggende prinsipper som kan utledes fra disse. Etter et langt kapittel om personopplysningsloven følger en gjennomgang av sentrale bestemmelser om folkeregistrering, behandling av helseopplysninger og politiets behandling av personopplysninger. Det gis også en oversikt over flere andre lovbestemmelser som beskytter privatliv, f.eks. regler om taushetsplikt og forbud mot brevbrydd og avlytting. Dernest følger et kapittel om det ulovfestede personvernet med de sentrale dommene. Boken avsluttes med et kort kapittel med overskriften «Bør vi frykte 'storebror'?»

Personopplysningsloven er under revisjon. Dette arbeidet startet allerede i 2006 og er ennå ikke avsluttet. Forfatterne selv har bidratt til revisjonsarbeidet med Rapport 2006, *Utredning av behov for endringer i personopplysningsloven*. Her legges fram to parallelle lovforslag, et ganske omfattende og et mer begrenset. Gode grunner taler for en relativt omfattende revisjon, og hvis dette blir resultatet av den pågående revisjonen, vil det igjen bli behov for en ny utgave. Forfatterne hevder imidlertid at det er en nærliggende mulighet for lengre tids handlingslamelse i påvente av nye bindende rammer for norsk lovgivning. Kanskje kan man se noe mer optimistisk på dette etter at EU-kommisjonen nå har lovet å legge fram et utkast til revisjon av personverndirektivet i juli i år. Uansett vil det antakelig ta lang tid før kommisjonens forslag er ferdigbehandlet og deretter gjennomført i Norge.

Lucy Smith

SELSKAPSRETT

Søksmålsfrist ved trekantfisjonar – Rt. 2011 s. 181

Spørsmålet i saka var om søksmålsfristen for å få kjent ugyldig eit fisjonsvedtak, jf. aksjelova § 14-10, jf. § 13-19, også gjeld for vedtak om kapitalauke og utferding av vederlagsaksjar ved trekantfisjon. Høgsterett kom til at fristen gjeld med den følgje at saka måtte avvistas fordi søksmål var reist for seint.

Trekantfisjonar skil seg frå andre fisjonar ved at det overtakande selskapet ikkje utferdar vederlagsaksjar til aksjeeigarane i det overdragande selskapet. Aksjane blir i staden utferda av morselskapet til det overtakande selskapet, eventuelt av eit anna

dotterselskap der morselskapet har meir enn 90 % av aksjane og røystene, jf. aksjelova § 14-2 tredje ledd.

Den allmenne søksmålsfristen i aksjelova § 5-23 er som hovudregel på tre månader. Det gjeld ein særskilt frist for søksmål med påstand om at eit vedtak om fusjon eller fisjon er ugyldig. Slike søksmål kan ikkje reisast etter at fusjonen eller fisjonen er registrert i Foretaksregisteret, jf. § 14-10, jf. § 13-19. I saka for Høgsterett hadde ein mindretalseigar i morselskapet reist søksmål etter registreringstidspunktet, men før utløpet av tremånadersfristen. For Høgsterett var spørsmålet dermed om den særlege søksmålsfristen for vedtak om fusjon og fisjon også gjeld for vedtaket i morselskapet om kapitalauke og utferding av vederlagsaksjar.

Førstvoterande, som dei andre dommarane slutta seg til, tok utgangspunkt i at ordlyden ikkje gir noko klart svar. Ut frå «[l]ovens ordning og system» meiner ho likevel at ordlyden taler for at vedtak om kapitalauke og utferding av aksjar er omfatta av den særlege fristregelen (avsnitt 60). Det blir også vist til at fristføresegna er utforma med tanke på ordinære fusjonar og fisjonar, og at lovgivaren uttrykkeleg har overlata til rettspraksis å tilpasse dei allmenne føresegnene til trekantfusjonar og fisjonar. Vidare blir det lagt vekt på formålet med fristreglane slik dette har kome til uttrykk i lovforarbeida: Å unngå å måtte reversere fusjonen eller fisjonen, dels fordi dette vil kunne vere umogleg eller svært komplisert og kostnads-krevjande, og dels av omsyn til tilsette, kreditorar, kontraktspartar og andre involverte. Dette omsynet gjer seg like sterkt gjeldande ved trekantfusjonar som ved ordinære fisjonar.

Omsynet til mindretalseigarane i morselskapet kan derimot «med styrke» tale for at fristspørsmålet blir regulert av den allmenne regelen i § 5-23 (avsnitt 67). Dersom ein utnyttar reglane i lova til fulle, kan det vere mogleg å sende melding om fisjon til Foretaksregisteret berre ei veke etter innkallinga til generalforsamling i morselskapet. Dermed vil eigarane i selskapet berre ha ei knapp veke på seg til å reise søksmål. Eit slikt resultat er vanskeleg å akseptere. Under tilvising til EMK artikkel 6 nr. 1 meiner Høgsterett at det må tolkast inn eit krav om at den faktiske fristen for å reise søksmål må vere så lang at parten har «reell mulighet til å gå til søksmål» (avsnitt 77). Det blir uttalt at ein frist på berre éi veke normalt vil medføre konvensjonsstrid. Ein frist på minst éin måned vil derimot ikkje vere konvensjonsstridig.

Resultatet i orskurden er etter mitt syn rimeleg. Rettskjeldemessig meiner eg Høgsterett tøyser ordlyden for langt når han blir tatt til inntekt for at den særlege fristregelen skal gjelde (avsnitt 60 og 71). Ei reint språkleg forståing av ordlyden taler isolert sett for at eit vedtak om kapitalauke og utferding av vederlagsaksjar er noko anna enn eit vedtak om fisjon. Ei anna sak er at systemet i lova og tungtvegande reelle omsyn med styrke taler for ei utvidande tolking.

I mine auge hadde argumentasjonen vore enda meir overtydande om Høgsterett ikkje gjekk så langt i å presse ordlyden for å «få han på si side».

Tore Fjørtoft

Skatterett: lovforslag om omorganisering, og stortingsmelding om evaluering av skatterefor-men 2004-06

Den 25. mars fremla regjeringen lovproposisjon om skatterettslige regler om omorganisering av foretaksform, Prop. 78 L (2010-20119). Et høringsnotat om saken ble sendt ut for over et år siden – 18. januar 2010 –, og man har ventet lenge på proposisjonen. Forslaget innebærer gjennomgående økte muligheter til å endre foretaksform med skatterettslig kontinuitet.

De viktigste forslagene gjelder utvilsomt grenseoverskridende fusjon og fisjon, og utflyttingsskatt for selskaper. Disse reglene var tema for ESAs reasoned opinion av 2. mars i år, der de norske reglene på området ble ansett i strid med EØS-avtalen. Etter gjeldende rett utløser utflytting av selskap kategorisk utflyttingsskatt (skatteloven § 10-71), og grenseoverskridende fusjon med norsk overdragende selskap innebærer som utgangspunkt realisasjon både på selskaps- og aksjonærnivå (skatteloven § 11-1, 2. ledd); men det kan søkes om samtykke til skattemessig kontinuitet, og det innvilges ofte ved grenseoverskridende fusjon.

Regjeringens reaksjon var rekordrask, for i proposisjonen foreslås lovfestet at utflyttingsskatt for selskaper ikke utløses for gjenstander som fortsatt befinner seg i norsk beskatningsområde ved utflytting til et annet EØS-land, og tilsvarende skal grenseoverskridende fusjon med overtakende selskap hjemmehørende i et annet EØS-land kunne gjennomføres med skattemessig kontinuitet for gjenstander som befinner seg i norsk beskatningsområde. Typisk er dette tilfelle når gjenstandene befinner seg ved en filial i Norge. Hvis slike gjenstander flyttes ut, ved fusjonen eller senere, vil utflyttingsskatt bli utløst etter skatteloven § 9-14 (som generelt hjemler utflyttingsskatt ved utflytting av eiendeler og forpliktelser fra norsk beskatningsområde). Det gis etter disse reglene utsettelse med skattebetalingen for fysiske og finansielle driftsmidler, men ikke for varer og immaterielle verdier.

Tilsvarende forslag gjelder også grenseoverskridende fusjon der et norsk selskap er overtakende. Problemstillinger blir da aktuelle hvis det overdragende utenlandske selskapet har norske aksjonærer eller filial i Norge.

Et interessant spørsmål er om forslaget fullt ut oppfyller de krav som ESA oppstilte i sin reasoned opinion. Denne kunne forstås slik at ESA krever skattemessig kontinuitet også for eiendeler som flyttes ut av Norge (en løsning som i så fall er strengere enn det som følger av EUs fusjonsskattedirektiv, som ikke gjelder for Norge).

ESAs opinion diskuterer ikke uttaksreglene i skatte- loven § 9-14 uttrykkelig. Det er særlig reglene for varer og immaterielle eiendeler – der det ikke åpnes for noen utsettelse med skatteplikten – som kan være tvilsom.

Etter forslaget skal endringen i reglene om utflyt- tingskatt tre i kraft straks og reglene om grenseover- skridende fusjoner med virkning fra 2011. Dette synes å innebære at reglene ikke skal anvendes på utflyttinger som har funnet sted tidligere. Som kjent er det tvister under oppseiling om slike. I denne sammenheng er det verd å merke at Finansdepartementet uttrykkelig legger til grunn at de gjeldende reglene om utflyttingsskatt er i overensstemmelse med EØS-avtalen – altså stikk i strid med ESAs syn – og at forslaget altså ikke er begrunnet i antatt EØS-strid, men i at det er hensiktsmessig å ha samme regler som for grenseoverskridende fusjoner. Vi må altså regne med at gamle tvister om dette går videre.

Proposisjonen inneholder også en rekke andre forslag:

Krav om at fusjon og fisjon må være selskapsretts- lig og regnskapsrettslig lovlig, foreslås opphevet. Dette er særlig viktig i forhold til regnskapsreglene, der galt valg av regnskapsprinsipp (transaksjon eller kontinu- tet) kunne bli skjebnesvangert. Det er fortsatt et vilkår at fusjon/fisjon er gjennomført etter reglene i asl./asal. Kap. 13 hhv. 14.

Anvendelsesområdet for reglene om omdannelse til aksjeselskap med skattemessig kontinuitet foreslås utvidet til å gjelde også omdannelse av samvirkefore- tak, statsforetak og interkommunale foretak til aksjesel- skap. Derimot foreslås det ikke regler om omdannelse fra aksjeselskap til samvirkeforetak, først og fremst fordi det ikke finnes privatrettslige regler om slik omdan- nelse. For slik og annen omdanning som ikke reguleres av de generelle reglene, skal man fortsatt kunne søke Finansdepartementet om samtykke til omdanning med skattemessig kontinuitet.

I høringsnotatet foreslo departementet å skjerpe den spesielle omgåelsesnormen i sktl. § 14-90. Forslaget opprettholdes ikke i proposisjonen. Men anvendelses- området foreslås utvidet til å gjelde også for omdan- nelser til aksjeselskap og dessuten til å gjelde også for deltakerlignede selskaper (dvs. ANS, KS osv.).

Stortingsmeldingen (Meld. St. 11 (2010-2011) inne- holder først og fremst en evaluering av skattereformen 2004-06. Regjeringen er gjennomgående svært for- nøyd, og bekrefter bl.a. at formuesskatten fortsatt skal være et viktig instrument i regjeringens skattepolitikk. Det stilles imidlertid også i utsikt noen interessante lovendringer. Den viktigste er nok opphevelsen av den såkalte korreksjonsskatten (sktl. § 10-5) som innebærer en fremskyndet tidfesting av skattlegging av aksjesel- skap hvis selskapet deler ut ubeskattet inntekt. Reglene er meget kompliserte, og en opphevelse vil innebære en vesentlig forenkling. Praktisk viktig er også bebudet opphevelse av den skatt av tre prosent av aksjeselska- pers aksjegevinster, som er en del av fritaksmetoden (sktl. § 2-38, 6. ledd).

Frederik Zimmer

Ny eierskapsmelding vedrørende statlig eierskap – instruks i enkeltsaker?

Den nye Eierskapsmeldingen, «Aktivt eierskap – norsk statlig eierskap i en global økonomi», ble lagt frem 1. april 2011. Meldingen er for øyeblikket til behandling i Stortingets Næringskomité.

Det har de siste par årene vært noe diskusjon rundt regjeringens utøvelse av statens eierskap i selskaper med forretningsmessige mål. Dette har blant annet gått på i hvilken grad staten skal fremme sine mål- setninger av ikke-økonomisk art gjennom sitt eier- skap, herunder gjennom instruks i enkeltsaker. På generalforsamling i norske selskaper med stat- lig eierskap vil staten ofte utgjøre et klart flertall, større enn den reelle eierandelen tilsier, på grunn av sin prosentvise høye eierandel kombinert med lav deltagelse fra øvrige eiere av betydning (om dette endres når elektronisk stemmegivning innføres, noe det er åpnet for, gjenstår å se). Spørsmålet reiser en hel rekke problemstillinger, både av juridisk og ikke- juridisk art. De juridiske problemstillingene berører spørsmål som kompetanse, fordeling av myndighet mellom selskapsorganene, likebehandling av aksjo- nærer og minoritetsbeskyttelse. Spørsmål utenfor det (selskaps-)juridiske området er blant andre hen- synet til forutsigbarhet i eierskapsutøvelsen, hensyn til de statlig eide selskaperenes konkurransedyktighet og i hvilken grad politiske og/eller ikke-økonomiske formål skal fremmes gjennom eierskapsutøvelsen i tillegg til eller i stedet for gjennom lovgivning eller andre virkemidler.

Den nye Eierskapsmeldingen inneholder da også en relativt utførlig gjennomgang av rammene for sta- tens eierskapsforvaltning, herunder også de juridiske.

Regjeringen legger gjennom den nye eierskaps- meldingen ikke opp til noen tydelig kursendring i utøvelsen av sitt eierskap. Hovedprinsippene fra den forrige eierskapsmeldingen (St.meld. nr. 13 (2006–2007)) videreføres. Det blir i meldingen listet opp en rekke «forventninger» regjeringen har til sel- skaperenes samfunnsansvar. Det gjøres samtidig klart at forventningene til samfunnsansvar ikke påvirker avkastningsmålene, som skal være det sentrale hensynet i eierskapsforvaltningen. Virkemidlene for oppfølging av målsetningene når det gjelder sam- funnsansvar skal først og fremst gjøres gjennom «eierdialogen» (kvartalsvise møter med de enkelte selskapene) og gjennom etablering av rutiner og prosedyrer for samfunnsansvar samt rapportering. Staten vil være varsom med å benytte eierstyringsvir- kemidler der den kan oppnå det samme ved hjelp av andre virkemidler; for eksempel lovgivning, avgifts- politikk eller konsesjoner. Sett under ett tyder den nye eierskapsmeldingen ikke på at regjeringen har til hensikt å benytte seg av instruks i enkeltsaker for å utøve eierstyring i større utstrekning eller i andre typer saker enn med den relative tilbakeholdenhet som har vært praktisert til nå. Etter undertegnede

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



mening er det gode argumenter til støtte for en slik holdning.

Meldingen kan leses i sin helhet ved å følge linken: Meld. St. 13 (2010–2011) – regjeringen.no. Spørsmål om statens juridiske kompetanse og mulighet til instruks i enkeltsaker blir for øvrig behandlet av vit.ass. Anders By Teigen i en masteroppgave som er planlagt avsluttet nå på forsommeren.

Cecilie Kjelland

INSTITUTT FOR PRIVATRETT

Skriftserien

Skriftserie 186 – 2011

Tage Henningsen: Grenseoverskridende kjennetegnskonflikter - Beskyttelse av utlendingers varemerker og foretaksnavn i norsk rett

Arbeidet er basert på studentavhandlingen med samme tittel som Henningsen skrev under sitt opphold som vitenskapelig assistent ved Institutt for privatrett. Tema er reguleringen av kjennetegnskonflikter som oppstår ved ekspansjon over landegrensene. Den økende internasjonale handelen og en stadig mer globalisert verden har ledet til en økt risiko for konflikter mellom kjennetegn som tidligere har eksistert parallelt i forskjellige land. Avhandlingens siktemål er å behandle de regler som har betydning for løsningsen av slike konflikter.

Serien kan bestilles fra IfPs nettside:
<http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/om/publikasjoner/skriftserien-ifp/>
eller kjøpes hos:
Akademika as Jus, St. Olavs plass 5
0165 Oslo (tlf. 22 42 54 50)

Nytt i privatretten

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

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

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

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

Et årsabonnement (2011) på *Nytt i privatretten* koster kr 490,-. Studentabonnementet koster kr 250,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2011

Neste utgave kommer oktober 2011