



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Fusjon, diskontinuitet for tariffavtale. Reservasjon før overdragelse, aml. § 16-2 – Arbeidsrettens dom 20. oktober 2008 (Inr. 24/2008)

Tariffavtalens stilling ved fusjon etter aksjeselskapslovgivningen er en klassisk problemstilling. Synspunktene i litteraturen har vært ulike, og rettspraksis har heller ikke gitt klare svar. Arbeidsrettens dom av 20. oktober 2008 gir nå en viktig avklaring.

Utgangspunktet var en fusjonsprosess som pågikk, men ennå ikke var fullført. Generalforsamlingen ble holdt 16. mai 2008, men den formelle gjennomføring

av fusjonen ville først skje senere, i oktober-november 2008. Det var tale om en fusjon ved overtagelse; D&F Group AS (D&F) skulle innfusjonere søsterselskapet D&F Group Stavanger AS (D&F Stavanger). D&F Stavanger var bundet av verkstedsoverenskomsten YS/Parat og SAFE – NHO/Norsk Industri. Den 21. april 2008 meddelte D&F i henhold til aml. § 16-2 annet ledd at selskapet ikke ønsket å bli bundet av denne tariffavtalen med tilhørende særavtaler.

Et første hovedspørsmål (det andre i rettens tilnærming) var da nettopp tariffavtalens stilling ved fusjon. I lovforarbeidene er det forutsatt at retten etter aml. § 16-2 annet ledd til å reservere seg mot å overta tariffbundethet, ikke har virkning dersom erververen uansett vil være bundet på et *annet* grunnlag enn at det foreligger en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand; jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 271. Men dette løste ikke spørsmålet om virkningen av fusjon.

Mot denne bakgrunn blir Arbeidsrettens premisser en smule gåtefulle. Retten formulerer *én* alminnelig norm om at selskapslovgivningens kontinuitetsprinsipp ikke slår igjennom i fusjonstilfeller som *ikke* bare har «karakter av å innebære faktisk og rettslig omorganisering innen et konsern». Den ganske kursoriske begrunnelsen som gis, er at retten «antar ... at det må legges vekt på hensynet til at bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 16-2 (2) bør virke nøytralt i forhold til hvilken form for overdragelse som velges av aktørene på arbeidsgiversiden. Dette tilsier at § 16-2 (2) må forstås slik at den nye arbeidsgivers adgang til å erklære seg frigjort fra den tidligere arbeidsgivers tariffavtale, gjelder uavhengig av om virksomhetsoverdragelsen skjer på grunnlag av avtale, fusjonsvedtak etter aksjelovens kapittel 13 eller på annen måte» (avsnitt 96). Det er vanskelig å forstå dette annerledes enn at Arbeidsretten bruker § 16-2 annet ledd som middel til å løse et problem lovgiveren ganske utvetydig bygget på at bestemmelsen ikke skulle løse.

Den kursoriske begrunnelsen her står i skarp kontrast til den langt mer utførlige – om enn dels utydelige, dels unødige – drøftelsen i «Hakon-dommen» i ARD 2001 s. 1. I dommen av 20. oktober 2008 fremhever Arbeidsretten forskjellen mellom saksforholdet i denne saken og i «Hakon-dommen». Retten understreket også at «Hakon-dommen etter sitt innhold ikke kan tas til inn-

Innhold nr. 4/2008:

Arbeidsrett	1
Arverett	3
Børs- og verdipapirrett	4
Eiendomsmegling	4
Erstatningsrett	5
Forsikringsrett	9
Internasjonal privatrett	10
Konkurranserett	11
Opphavsrett	13
Selskapsrett	15
Tingsrett	19
Vergemålsrett	22

tekt for at det gjelder et *absolutt* prinsipp om at det overtakende selskap ved fusjon etter aksjelovens kapittel 13 blir bundet av tariffavtale som det overdragende selskap var bundet av» (avsnitt 89). Men samtidig fastholder og tydeliggjør Arbeidsretten standpunktet fra 2001 så langt retten nu anser at det rekker. Dette får uttrykk i den *andre* alminnelige normen som formuleres i 2008-dommen. Den gjelder for fusjoner etter aksjelovens kapittel 13 mellom mor- og datterselskaper eller mellom søsterselskaper m.v., «som kun har karakter av å innebære faktisk og rettslig omorganisering *innen* et konsern». For slike tilfeller «antar» Arbeidsretten at «de beste grunner taler for at aksjelovens kontinuitetsprinsipp i alminnelighet har gjennomslag i forhold til bestemmelsene i arbeidsmiljølovens § 16-2 (2)» (avsnitt 96).

Retten anså i dette tilfellet fusjonen som *bona fide* etter den første normen og likeledes i forhold til alminnelige tariffrettslige «gjennomskjæringsregler». Det andre hovedspørsmålet i saken (det første i rettens tilnærming) var da hvorvidt den «reservasjonsklæringen» D&F hadde avgitt 21. april 2008, hadde virkning.

Her var et første problem *når* en virksomhetsoverdragelse i aml. § 16-2s forstand eventuelt kunne anses å ha funnet sted. På dette punktet førte retten videre standpunktet fra «ALT-dommen» av 18. august 2008 (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 3/2008). Det er tidspunktet for den *faktiske* gjennomføringen av overføringen av virksomhet som er det relevante overdragelsestidspunktet etter lovens regel. Dette tydeliggjøres gjennom begrunnelsen som legger vekt på overtagelse av disposisjonsrett til aktiva uavhengig av eiendomsrett, på overtagelse av ansatte og aktiviteter, og på disse overføringenes «bestandighet» (avsnitt 76–77). Retten kom til at 16. mai 2008 måtte anses som overtagelsestidspunkt i dette tilfellet.

Det neste problemet var da om en «reservasjonsklæring» som er avgitt *før* overdragelsestidspunktet, kan tillegges virkning. Arbeidsretten la kort og direkte til grunn at dette må besvares med «ja». På veien måtte retten imidlertid korrigere en av sine egne uttalelser i «ALT-dommen», om at det ikke er treffende å karakterisere en erverver som «ny arbeidsgiver», som er den som har kompetansen til å avgi erklæring om «reservasjon», før overdragelsestidspunktet har inntrådt. Begrunnelsen er ikke tydelig formulert, men konklusjonen er klar nok. Retten presiserte i tillegg det som uansett måtte være utvilsomt: En erklæring som er avgitt før overdragelsestidspunktet, kan først få virkning «fra det tidspunktet som regnes som ”overdragelsestidspunktet” i det enkelte tilfelle» (avsnitt 79–82).

Et siste problem var betydningen av at D&F ikke sendte sin erklæring til den overordnede tariffparten, YS, men derimot til medlemsforbundene Parat og SAFE. Hvem som er rett adressat, er et spørsmål som ikke er klart løst gjennom lovtekst og forarbeider. Arbeidsretten valgte å tolke forarbeidene slik at det «ikke er de formelle partsforhold på arbeidstakersiden,

men de reelle forhold i tilknytning til utøvelsen av ulike sider ved rådigheten over tariffavtalen i forhandlinger og annen kontakt med arbeidsgiversiden, som er avgjørende for hvem som er rette adressat for den aktuelle typen erklæringer» (avsnitt 85). Forutsetningsvis ville Parat og SAFE som tariffbundne medlemmer i YS kunne være rette adressater. Standpunktet er forbauende, både ut fra rettens eget resonnement om arbeidstvistslovens § 8 og i forhold til grunnleggende tariffrettslige normer. Det ble imidlertid ikke avgjørende for konklusjonen. Det var ikke blitt reist innsigelser om at YS skulle være rette adressat, før ved hovedforhandlingen i saken, 19. september 2008. Retten fant at det derved var utvist passivitet som måtte «binde arbeidstakersiden» (avsnitt 86).

Dommen er til dels nyskapende og gir viktige avklaringer, selv om den er uklar på flere punkter. Den knappe begrunnelsen om kontinuitetsprinsippets manglende gjennomslag vil neppe helt blegge diskusjonen om tariffavtalers stilling ved fusjon. Dessuten vil både «Hakon-dommen» og grensedragningen mellom situasjonstypene være et fortsatt diskusjonstema. Her gir dommene relativt begrenset veiledning. Rettens behandling av aml. § 16-2 annet ledd etterlater færre spørsmål, men adressatsspørsmålet illustrerer at det fortsatt er problemer også her.

Stein Evju

**Aldersgrense, aldersdiskriminering –
EF-domstolens sak C-388/07 The Incorporated
Trustees of the National Council on Ageing
(Age Concern England) v Secretary of State for
Business, Enterprise and Regulatory Reform;
generaladvokat Mazáks uttalelse
23. september 2008**

Aldersdiskriminering er et av de mest sentrale nye temafeltene i ikke-diskrimineringsretten etter EFs rammedirektiv 2000/78/EF, som også ligger under bestemmelsene i arbeidsmiljølovens § 13. Helt vesentlige grensedragnings spørsmål venter på avklaring, og stadig flere saker bringes frem både for nasjonale domstoler og for EF-domstolen.

Denne engelske saken har som utgangspunkt en unntaksbestemmelse i den engelske gjennomføringsloven. Bestemmelsen innebærer at det vern mot opphør av arbeidsforhold («stillingsvern») som ellers gjelder, ikke lenger har anvendelse fra fylte 65 år når grunnen for oppsigelse er «retirement». Det innebærer reelt sett en slags aldersgrense; arbeidsgiver kan ensidig påby arbeidstager å fratruke.

GA Mazák foreslår ikke å underkjenne en slik regulering uten videre. Men den kan heller ikke godtas uten reservasjoner. To elementer er sentrale i begrunnelsen, som er knyttet til direktivets artikkel 6 (som aml. § 13-3 bygger på). En slik regel må være objektivt og rimelig begrunnet i arbeidsmarkeds- og sysselsettingspolitiske hensyn. Og det er den generelle regelen som må ha et slikt legitimt grunnlag; det er ikke den enkelte arbeids-

givers beslutninger som skal være vurderingstema i denne relasjonen.

Det er grunn til å vente med interesse på EF-domstolens avgjørelse i saken. Problemstillingen er levende aktuell – også hos oss – hvilket illustreres i den verserende hørings-saken om endringer i arbeidsmiljøloven.

Stein Evju

Litteratur

Tron Dalheim, Tonje Urdal Sand, Anders Østre: *Sjømannsrett*. Universitetsforlaget, Oslo 2008. 379 sider

Boken gir en systematisk behandling av sjømannsarbeidsretten. Den dekker både individuelle og kollektivrettslige emner. I tillegg behandles juridiksjon og rettsvalg, trykderettslige og skatterettslige spørsmål. Fremstillingen er oversiktlig, har jevnt over poengterte referanser, er gjennomgående velskrevet, og den har gode doms- og stikkordsregistre. Boken fyller en plass i det som lenge har vært et tomrom i arbeidsrettens spesielle del.

Stein Evju

Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 3 (2008)

Bind 3 av Norsk Arbeidsrettslig Forenings skriftserie byr på et variert spekter av bidrag. I hefte 1 behandler Victoria van der Lagen «Rusmiddeltesting i arbeidsforhold – arbeidsgivers adgang og skranker» (s. 1–59), med hovedvekt på reglene i arbeidsmiljølovens kap. 9. I tillegg har heftet en artikkel av Sølvi Veen om «Illojal rekruttering» (s. 60–88). I hefte 2 er hovedbidraget Cecilie Carlstedts arbeid «Fleksibilitet i arbeidsforhold: Arbeidsgivers instruksjons- og endringsadgang i etablerte arbeidsforhold» (s. 89–231). Avhandlingen gir en omfattende og inngående praksisnær behandling av ulike typer endringssituasjoner og den rettslige vurderingen av slike. Fremstillingen er solid dokumentert med et meget omfattende rettspraksismateriale. Hefte 2 har dessuten en kommentar av Stein Owe til kjennelsen i Rt. 2007 s. 1390 om frist for å fremme krav etter aml. § 15-11 (3) om å fortsette i stilling ved midlertidig ansettelse. Forfatteren gir en godt begrunnet kritikk av Kjæremålsutvalgets tolkning av lovforarbeidene, som han mener er uriktig. Det siste heftet i Bind 3, hefte 3, har en større artikkel av Martin Engen om «Arbeidsavtalens stilling i offentlig gjeldsforhandling og konkurs» (s. 241–302). Hovedvekten ligger på en grundig behandling av de mange og kompliserte spørsmål som kan gjøre seg gjeldende ved konkurs.

Stein Evju

Lovgivning

Endringer i arbeidsmiljøloven – Høring

Arbeids- og inkluderingsdepartementet sendte 30. oktober ut en omfattende «pakke» med høringsforslag til endringer i arbeidsmiljøloven. Pakken har flere deler. Utredningen om skift- og turnusarbeid (NOU 2008: 17) er en av delene; en utredning av AID om «70-årsregelen» i aml. § 15-7 (4) en annen. Drøftelsen av «70-årsregelen» går spesielt inn på spørsmålet om aldersgrenser og fjerning av stillingsvern kan anses tilstrekkelig begrunnet til at den kan forsvares i forhold til den bakenforliggende EØS-retten med EF-direktiv 2000/78/EF. Videre er det med en utredning (fra Hjort DA, for AID) om konkurranseklausuler m.v., og hørings-saken omfatter dessuten visse spørsmål om midlertidig ansettelse, drøftelsesplikten etter aml. § 15-1, lønnstrekk, fortrinnsrettsregler, HMS, m.m. Høringsfristen er 30. januar 2009. Hørings-saken med de tre utredningene finnes på www.regjeringen.no.

Stein Evju

ARVERETT

Litteratur

John Asland: *Uskifte*. Gyldendal, Oslo 2008.

613 sider, inkl. registre

Uskifte er forfatterens avhandling for PhD-graden, som i kvalitet skal tilsvare dr. juris.- graden, som man ikke lenger har adgang til å tildele de juridiske doktorander.

Uskifte er den første juridiske doktoravhandlingen siden Carl Jacob Arnholm disputerte på «Testamenters gyldighet» for 80 år siden. Arverettens betydning, og ikke minst uskifteinstituttet, settes på langt større prøve enn tidligere. Langt flere etterlater seg midler, og skilsmisse og omgifte, samboerforhold og flere barnekull er stikkord som viser dette.

Boken er etter sitt opplegg en systematisk fremstilling av uskiftereglene i arvelovens kap. III. Selv om dette betyr at vi møter på noe kjent stoff, er det en nyttig innføring i de enkelte problemstillinger som tas opp i en bredde som gir boken ikke bare originalitet, men også reiser spørsmål som ikke tidligere har vært drøftet i norsk rettslitteratur. Han trekker frem en rekke utrykte underrettsdommer, særlig fra lagmannsrettene, som belyser hvordan en rekke av de mer skjønnsbetonte regler er tolket i praksis. Innledningsvis gis det en leserverdig fremstilling av hvordan gjenlevendes stilling har vært i norsk rett siden middelalderen.

Av særlig interesse, ikke minst for de juridiske praktikere, er fremstillingen av de skranker for gjenlevendes rådighet som stilles opp i lovens §§ 19, 21 og 24. Gavebegrepet gis en bred drøftelse, og det materialet som presenteres omkring § 24 viser at denne bestem-

melsen har vært noe for stemoderlig behandlet i annen arverettslig litteratur fra de senere årene. Nyhetens interesse har også fremstillingen av de avtaler som ofte inngås i forbindelse med uskifte, både det samtykket særkullsbarn (som forfatteren vil betegne særlivsarranger) kan gi stefar eller stemor når det gjelder rett til uskifte, og vilkårene som kan settes her, og fellesbarns samtykke når det gjelder uskifte med særreie.

At jeg ikke alltid kan slutte meg til forfatterens konklusjoner, er selvsagt ikke uttrykk for noen negativ holdning til avhandlingen, snarere tvert om. Asland argumenterer godt for sine standpunkter, og gir enhver som kommer i kontakt med arvelovens kapittel 3 en fremragende veiledning i alle dets problemer, som ikke alltid er av de enkleste; ikke minst gjelder dette tolkingen av arvelovens § 26 om delingen ved lengstlevendes død.

Sammenfatningsvis kan det sies at vi her står overfor et grundig og imponerende arbeid. At dette vil bli standardverket i mange år fremover når det gjelder gjenvende ektefelles stilling ved førstavedes død, er lite tvilsomt.

Peter Lødrup

Ulf Bergquist: Nordisk internasjonell privaträtt. En kommentar med tillägg til Internationell arvs- och bodelningsrätt. Norstedts gula bibliotek, Stockholm 2008. 138 sider

Ulf Bergquist, som er advokat i Stockholm og medlem av EU-kommisjonens ekspertgruppe som arbeider med forslag til forordninger på det internasjonale arve- og skifterettsområdet, har tidligere utgitt boken *Internationell arvs- och bodelningsrätt*. Den boken tar ikke opp det som er emnet for denne boken, nemlig det nordiske regelverket slik dette kommer til uttrykk i svensk rett.

Etter å ha gjengitt den nordiske konvensjonen mellom Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige av 19. november 1934 med senere endringer, følger kommentarer til den svenske lovgivningen om disse spørsmål. Til kommentarene er det knyttet en rekke eksempler. Denne fremstillingen har også interesse for de som i Norge er opptatt av disse problemstillingene.

Peter Lødrup

BØRS- OG VERDIPAPIRRETT

Litteratur

Odd-Harald B. Wasenden: EU Market Abuse Regulation in Energy Markets. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2008. 244 sider inkl. registre

Denne fremstillingen av EFs markedsmissbruksdirektiv (Direktiv 2003/6) representerer en videreutvikling av forfatterens doktoravhandling (utgitt 2007 under titte-

len *Energimarkedsrett – Om informasjonsplikt og markedsatferd i det finansielle kraftmarkedet*).

Den engelske utgaven rendyrker en analyse av direktivet innenfor energimarkeder, og henvender seg til et internasjonalt publikum. Utover innledning og avslutning, har boken to hoveddeler. I del 2 *The Prohibition of Insider Trading and the Relation to Transparency Requirements* gjennomføres en analyse av direktivets regler om innsidehandel anvendt i energimarkeder. Fremstillingen er grundig og vel strukturert, og bør være av interesse også utover den spesielle energimarkeds-konteksten. Del 3 *Prohibition of Market Manipulation* inneholder en omfattende analyse av bestemmelsen om markedsmanipulasjon i direktivets art 1 (2). Også denne fremstillingen er meget leseverdig, og har stor verdi utover den spesifikke energimarkeds-konteksten.

Wasenden har levert en verdifull og inspirerende fremstilling. Selv om boken er skrevet for et internasjonalt publikum, er den viktig også for norske lesere. Det er også positivt at norsk juridisk forskning gjøres tilgjengelig for et større internasjonalt publikum. Ikke minst gjelder dette på et område som energiretten, hvor Norge tradisjonelt har ligget langt fremme.

Erling Hjelmeng

EIENDOMSMEGLING

Litteratur

Karl Rosén og Dag Henden Torsteinsen:

Eiendomsmegling – rettslige spørsmål. 2. utgave.

Gyldendal Akademisk, Oslo 2008. 627 sider. Kr 720,-
Første utgave av boken kom i 2005. Den nye utgaven er betydelig utvidet i forhold til den første. Boken inneholder omfattende og grundige redegjørelser for og analyser av så vel offentligrettslige som privatrettslige spørsmål knyttet til eiendomsmegling. Blant de emnene som behandles, er reglene om krav til tillatelse (konsesjon) for å drive eiendomsmegling og de kvalifikasjonskrav som gjelder for medarbeidere i eiendomsmeglingsforetak. Videre behandles bl.a. reglene om eiendomsmeglingsoppdraget, herunder reglene om meglerens vederlag, samt reglene om meglerens plikter ved gjennomføring av megleroppdrag. Prosjektmegling av bolig og næringsmegling er behandlet i egne avsnitt. Boken inneholder også nyttige vedlegg (lov, forskrift, etiske regler m.v.) og gode registre.

Forfatterne har gjort et omfattende og godt arbeid med sin fremstilling av eiendomsmeglerretten. Boken vil være meget nyttig for alle som arbeider med dette rettsområdet, og også for de som kommer borti rettsområdet uten å være opptatt av det til daglig.

Trygve Bergsåker

Utstrekningen av arbeidsgiveransvaret ved straffbar skadeforvoldelse – Høyesteretts dom 28. mai 2008 (HR-2008-00937-A)

Arbeidsgiveransvaret har undergått en betydelig utvikling i det siste århundre, og det må kunne sies at det undertiden har vært lagt på strekk. I de senere år har spørsmålet om rekkevidden av arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1 særlig kommet på spissen ved skadeforvoldelse pga. straffbare forhold, ofte omfattende sterkt uhederlige handlinger, se Rt. 1996 s. 385, Rt. 2000 s. 211 og Rt. 2007 s. 1665. Disse avgjørelsene må nok sies å etterlate et noe uryddig bilde. Den nå avsatte dom har ført til en rettsavklaring på en del punkter, samtidig som den reiser nye spørsmål.

Saken gjaldt spørsmålet om en kommune har arbeidsgiveransvar for tap påført en bruker av kommunens hjemmetjeneste ved at hjemmehjelpen stjal brukerens kontantkort og misbrakte det til uttak og varekjøp. Høyesterett påla enstemmig kommunen arbeidsgiveransvar.

Skadelidte var født i 1913. Etter at hun var blitt enke i 2004, bodde hun alene i en leilighet i Trondheim sentrum. Hun satt etter hvert i rullestol, og var noe preget av alderen. Fra Trondheim kommune var hun innvilget tre daglige besøk av hjemmehjelp, primært til bistand med matlaging og renhold. Tjenesten var organisert i en turnusordning, slik at flere ansatte betjente samme bruker.

I januar 2006 kontaktet skadelidtes bankforbindelse en av hennes sønner, fordi det hadde vært et påfallende stort antall belastninger på hennes konto. Det ble da avdekket at en av kommunens hjemmehjelpere hadde stjålet skadelidtes minibankkort med kode, og foretatt kontantuttak og varekjøp med til sammen NOK 310.799 i perioden 20. september 2005 til 26. januar 2006.

Høyesterett la bevismessig til grunn som ”klart mest sannsynlig” at kort og koden ble fravendt skadelidte mens hjemmehjelpen utførte oppdrag for kommunen (avsnitt 35).

Spørsmålet i saken var hvorvidt tyveriet og det etterfølgende misbruket gikk ”utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet”, jfr. skadeserstatningsloven § 2-1 nr. 1 annet punktum.

Innledningsvis foretok Høyesterett en betimelig justering i forhold til uttalelser i forarbeidene til skadeserstatningsloven. I Innstilling II fra komiteen til å utrede spørsmålet om barns og foreldres og arbeidsgivers erstatningsansvar m.m., Oslo 1964, s. 45 heter det ”at dersom arbeidstakeren volder skaden ved forsett, vil dette gjennomgående innebære at han har forholdt seg slik at arbeidsgiveren ikke blir ansvarlig”. Høyesterett uttalte om dette: ”Det finnes uttalelser i forarbeidene til bestemmelsen ... som kan tyde på at man mente å avgrense mot forsettlige handlinger i atskillig utstrek-

ning ... Det dreier seg imidlertid om en løselig angitt hovedretningslinje, jf. uttrykksmåten at dette ”gjennomgående” vil innebære at arbeidstakeren da har forholdt seg slik at arbeidsgiveren ikke blir ansvarlig. Jeg tilføyer at det allerede av ordlyden av § 2-1 nr. 1 fremgår at både forsettlig og uaktsom skadeforvoldelse omfattes” (avsnitt 37). Etter å ha foretatt denne elegante manøveren, ga Høyesterett en karakteristikk av arbeidsgiveransvarets hovednedslagsfelt: ”Det avgjørende var, ifølge den samme innstillingen side 20, at man mente å avgrense mot slik ekstraordinær adferd som ikke kan sies å være utslag av den normale risiko for skader på grunn av menneskelige feil i et arbeidsforhold. Skaden kunne da sies mer å være en realisering av den særegne risiko som følger med den bestemte arbeidstaker, enn av en risiko som følger av selve arbeidsforholdet” (avsnitt 38).

Etter dette gikk Høyesterett løs på de senere års rettspraksis. Det er vanskelig å finne en klar linje i denne, formodentlig fordi de nokså klare uttalelsene i forarbeidene om forsettlig skadeforvoldelse har skapt problemer.

Rt. 1982 s. 1349 rengjøringsbyrådommen må sies å bygge på et restriktivt syn. Byrået ble her ikke funnet ansvarlig for tyverier renholderne hadde foretatt i arbeidstiden i oppdragsgiverens lokaler. I den nye dommen foretar Høyesterett en forsiktig bortfortolkning: ”Det avgjørende for Høyesterett var med andre ord ikke komiteens uttalelser alene, men en konkret vurdering av hvem av partene som formelt og praktisk hadde best mulighet til kontroll og forebygging” (avsnitt 41). For egen del har jeg også argumentert for å begrense rekkevidden av dommen: ”Av saksforholdet fremgår det ... at det dreide seg om organisert forbrytersk virksomhet med omsetning av varene via helere. Selv om uttalelsene i premissene kan virke noe snevre, synes saksforholdet ikke å tale imot at det ellers kan trekkes relativt romslige grenser. Dreier det seg ikke om mer organisert kriminell virksomhet, og står de skadegjørende handlinger i en viss sammenheng med arbeidsoppgavene til den uhederlige tjener, bør derfor [arbeidsgiveren] hefte. Se i denne retning dommen i NJA 1960 s. 644. Et transportbyrå brakte papir fra et avisforlags lager og til dets trykkeri. Ved ulike tilfelle stjal et par av de ansatte papir fra lageret eller under transporten. Transportbyrået ble pålagt ansvar for handlingene. En utrykt dom av Agder lagmannsrett av 19. november 1984 (200/1983) trekker også ganske vide grenser for ansvaret. En bestyrerinne ved somatisk avdeling på en helseinstitusjon underslo betydelige midler en eldre pasient hadde betrodd henne. Fylkeskommunen ble kjent ansvarlig for tapet” (Viggo Hagstrøm: *Offentligrettslig erstatningsansvar*, Oslo 1987, s. 455 f.).

En problematisk avgjørelse – men ikke for foreliggende sak – er Rt. 2000 s. 211 ”bankdommen”, der Høyesterett påla arbeidsgiveransvar for et kriminelt komplott en av bankens ansatte hadde medvirket til. Banken var ved hjelp av en falsk bankgiro forledet til å

overføre NOK 17,2 millioner fra en kundes konto til uvedkommende. Høyesterett slo fast at det forelå ”betydelig nærhet og sammenheng mellom Bs arbeidsfunksjoner og de handlingene som førte til at 17,2 millioner kroner uberettiget ble uttatt fra DnB. Som kunderådgiver for særlig velstående kunder fremstår det som meget naturlig at B aktivt bidro til åpning av en ny konto for en av sine klienter. Rett nok skjedde det hele i bedragerisk hensikt og med forfalsket signaturkort, men både innad i banken og utad var B den serviceyende kunderådgiver. På samme måte fremstår det som normalt at kunderådgiveren opptrer aktivt og med tett oppfølging når en kunde som rådgiveren har ansvar for, skal ha ut en kontantsum av størrelse som i vår sak” (s. 217). Det er vanskelig å gi en annen karakteristikk enn at saken omhandlet organisert kriminell virksomhet involverende betydelige beløp. Ansvar kunne og burde ha vært bygget på kontraktshjelperansvaret, ikke på arbeidsgiveransvaret. Men for den aktuelle saken var i hvert fall Rt. 2000 s. 211 ikke noen hindring.

Rt. 2007 s. 1665 gjaldt et vakselskaps ansvar for en vekters forsettlig ildspåsettelse. Handlingen var motivert ut fra at ”han ønsket seg anerkjennelse” (s. 1671, avsnitt 38). På denne bakgrunn konkluderte Høyesterett med at i motsetning til Rt. 2000 s. 211 ”bankdommen” måtte det sies at ”Den skadevoldende handling i vår sak fremstår som klart mer fjern og ekstraordinær” (s. 1671, avsnitt 38). Under henvisning til skadeserstatningslovens forarbeider s. 20 der det som nevnt skilles mellom ”den normale risiko for skader p.g.a. menneskelige feil i det arbeidsforhold det gjelder” og ”en realisering av en særegen risiko som følger med den bestemte arbeidstaker” ble det fremholdt at ”skadeforvoldelsen i dette tilfelle nettopp er utslag av en slik særegen risiko” (s. 1672, avsnitt 40). På dette saksforholdet kan det neppe være tvilsomt at forarbeidenes karakteristikk passet godt.

I den nå avsagte dom foretok Høyesterett denne oppsummering av rettstilstanden: ”Ut fra høyesterettspraksis er det altså intet hinder for at også tyverier og andre forsettlige skadegjørende handlinger foretatt i strid med arbeidsgiverens interesser kan føre til ansvar for arbeidsgiveren, forutsatt at det foreligger tilstrekkelig nærhet mellom arbeidsoppgavene og handlingen. Et viktig moment synes å være om skaden mer skyldes den særegne risikoen ved den enkelte ansatte, enn risikoen for at handlingen kan skje. Det må særlig legges vekt på skadelidtes mulighet til kontroll, og til hvem som er nærmest til å bære risikoen for at skade oppstår” (avsnitt 45).

Det er ikke sikkert at disse retningslinjene gir tilstrekkelig manøvreringsmuligheter. Særlig gjelder dette formuleringen om ”den særegne risikoen ved den enkelte ansatte”. Den angir et greit skille ved slike abnorme handlinger som i Rt. 2007 s. 1665. Men den er ytterst problematisk der det gjelder alvorlige vinningsforbrytelser.

Det er ikke innlysende at Høyesterett kunne konkludere

med ansvar for kommunen etter de retningslinjer som var trukket opp i dommen.

Om arbeidsoppgavene til hjemmehjelpen ble det lagt til grunn at ”de var rengjøring, rydding og tilrettelegging av mat. Det var ikke meningen at hjelpen skulle håndtere penger – det er opplyst at matinnkjøp skulle ordnes ved at forretningen sendte regning til brukeren ... På den annen side er det en direkte konsekvens av oppdraget at hjelpen kan komme over, og fysisk håndtere, penger og andre verdisaker, herunder bankkort og bankopplysninger” (avsnitt 47). At arbeidet muliggjør skadeforvoldelsen kan neppe anses tilstrekkelig for at det skal være arbeidsgiveransvar.

Høyesterett fremholdt videre at ”brukeren i svært mange tilfeller har små muligheter til å gardere seg mot” den risiko som slo ut. ”Brukeren bestemmer ikke hvilken hjelper som kommer, og blir heller ikke orientert på forhånd. Hjelperen har nøkkel ... Brukerne vil ut fra høy alder og ulike svekkelser, kunne ha sviktende oversikt over egen økonomi” (avsnitt 48).

Det ble videre uttalt: ”At også kommunens mulighet for kontroll er begrenset, finner jeg ikke avgjørende. Det er på det rene at tyveri fra brukerne er et ikke sjeldent forekommende problem ... Det er ikke mulig på forhånd å skille ut de personer som kan falle for fristelsen fra brukerne” (avsnitt 49). Fortsettelsen er imidlertid ikke enkel å følge: ”Det er ikke den særegne risikoen ved den enkelte ansatte, men ved selve situasjonen, som er problemet.” At hjemmehjelpordningen nærmest innbyr til tyveri og underslag kan ikke være riktig. Det er nettopp ”en realisering av en særegen risiko som følger med den bestemte arbeidstaker” som var årsaken til de oppståtte skadene.

Høyesterett viste videre at ”Tjenesten er rettet mot personer som ikke kan dra omsorg for seg selv, eller som kan være helt avhengige av praktisk eller personlig hjelp for å greie dagliglivets gjøremål” (avsnitt 50), og at det ”i praksis ikke er mulig for privatpersoner å forsikre seg mot tyveri fra personer med lovlig tilgang til boligen” (avsnitt 51).

Det er som nevnt ikke helt enkelt å forene det resultat Høyesterett kom til med de retningslinjer dommen trekker opp: Det er vanskelig å si at det i saken forelå tilstrekkelig nærhet mellom arbeidsoppgavene og handlingen; hjemmehjelpen skulle ikke håndtere pengemidler. Og misbruket av klientens bankkort skyldtes den særegne risikoen ved den enkelte ansatte, ikke den normale risiko ved hjemmehjelpere.

Etter min mening er de kriterier rettspraksis har utviklet preget av et rettskildemateriale som er delvis foreldet. Innstilling II fra Erstatningslovkomiteen er på dette punkt farget av NL 3-21-2. Det er bra at Høyesterett ved sin elegante manøvrering avdempet uttalelsene om forsett fra Innstillingen, som må sies å ha lagt et lokk på rettsutviklingen. Men det er grunn til å gå noen skritt videre.

Når Høyesterett både i denne saken og i Rt. 2000 s. 211 statuerte arbeidsgiveransvar, var det nok fordi skadelidte måtte ha en berettiget forventning om at

slike skader i tilfelle ville bli dekket. Bankkunder vil vente at banken rydder opp etter økonomisk kriminalitet fra bankansatte, likesom klienter vil vente at kommunen inntar for at hjemmehjelpapparatet har den nødvendige sikkerhet. Men disse forventningene skyldes at skadene som kan oppstå i disse relasjonene er annerledes enn i den alminnelige deliktserstatningsrett, som er hovedområde for skadeserstatningsloven § 2-1. Jeg har tidligere fremholdt at ”Det offentliges arbeidsgiveransvar for virksomhet som ikke er rent privatrettslig, bør utformes mer etter modell av det såkalte kontraktshjelperansvar enn det såkalte husbondsansvar. I kontraktserstatningsretten svarer medkontrahenten i vid utstrekning for selvstendige oppdragstakere (Rt. 1982 s. 1357) fordi det ikke er adgang til å delegere bort kontraktsforpliktelser, og etter en friere risikovurdering også for hjelperens helt irregulære handlinger (Rt. 1959 s. 849, skadene på bilen). Det offentlige står ofte i et slikt forhold til skadelidte at analogier fra kontraktsforhold er mer nærliggende enn sammenstilling med vanlige utenomobligatoriske skader” (Offentligrettslig erstatningsansvar s. 459). Ser man på forholdet mellom kommunen og den enkelte som mottar hjemmehjelp, har det mange likhetspunkter med et kontraktsforhold. Mange av klientene vil ha krav på hjelp, jfr. sosialtjenesteloven § 4-3. Hvilke ytelser den enkelte skal få er i vid utstrekning fastlagt på forhånd, ofte ved ”avtale”. Klientene vil etter omstendighetene måtte betale en egenandel for hjemmehjelp. Erkjennes det først at det offentliges virksomhet i mange tilfelle ligger i et grenseområde mellom privatrett og offentligrett, burde det være nærliggende å bygge på kontraktsrettslige ansvarsregler i en sak som den foreliggende. Det ville også løse den floke som vil oppstå dersom kommunene helt eller delvis velger å ”outsourc” hjemmehjelpsordningen.

Viggo Hagstrøm

Lempning, skadeserstatningsloven § 5-3, Nokas-ranet – Høyesteretts dom 21. oktober 2008 (HR-2008-1818-A)

En vekter var dømt til tre års fengsel, hvorav ett og et halvt år ble gjort betinget, for å ha gitt opplysninger til hovedmannen i ranet av Norsk Kontantservice AS i Stavanger som var av betydning for planleggingen av ranet. Det heter oppsummeringsvis i lagmannsrettens dom, gjengitt av førstvoterende i avsnitt 35, at ”... de blå skapene var hovedemne i samtaler mellom tiltalte og B. Han gav imidlertid også opplysninger om hvordan penger ble forflyttet inne i lokalene, og at det var meget store beløp som var i omløp i lokalene. Han gav også spesifikke opplysninger som var relatert til hvordan B kunne komme seg inn i bygget”. Lagmannsretten la videre til grunn at A deltok i møtene, dels for å oppfylle ønskene til en god venn C, men også fordi han regnet med en belønning dersom ranet ble vellykket.

Vekteren var i lagmannsretten også idømt solidaransvar med ranerne for det beløp som IF skadeforsikring hadde utbetalt NOKAS på kr. 51 465 574, egenandelen på kr. 50 000 til Nokas samt oppreisning til hver av fire ansatte med kr. 80 000.

Vekteren anket til Høyesterett over erstatningsbeløpene som han mente burde vært lempet etter skl. § 5-2, som gir mulighet for dette når retten ”under hensyn til skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers finner at ansvaret virker urimelig tyngende for den ansvarlige”. Det var liten tvil om at de momenter som trekkes frem her var til stede. Avgjørende ble derfor skadevolderens skyld og om det tyngende ansvar måtte anses for *urimelig* tyngende, noe som en enstemmig Høyesterett fant ikke var tilfelle, jf. avsnitt 52.

Når det gjaldt skylden, lå forsettet i det nedre sjikt, ”grensende til den grove uaktsomhet” (avsnitt 39). Dette ble imidlertid ansett å ha mindre betydning idet vekteren var klar over at ”Bs formål med opplysningene var å bortta penger fra NOKAS” og at ”dette skjedde ved et grovt ran” (avsnitt 40). Det ble også vist til at ransutbyttets omfang var noe som han måtte forvente, dersom ranet ble ”vellykket”. Hertil kom at dersom lempningen skulle ha reell betydning for ham, dvs. stå i forhold til hans økonomiske evne, ville lempningen måtte lede til et ansvar på ca. 1,5 millioner, noe som også sannsynligvis ville være for høyt.

Dommens konklusjon ligger på den linje Høyesterett la seg på i Rt 2005 s. 901, ”Bombedommen”, jf. også Rt. 2003 s. 1358, ”Psykologdommen”. Ved slike grove skyldforhold kommer hensynet til skadevolderens økonomiske skjebne i bakgrunnen; det gjelder også hans muligheter for rehabilitering etter endt soning. Kontrasten er klar mot de to dommene fra Høyesterett hvor lempning ble resultatet, nemlig Rt. 1997 s. 883, ”Nessedommen”, og Rt. 2004 s. 165, ”Brannstifterdommen”. I den førstnevnte dommen var skadelidtes forhold et vesentlig moment, mens Brannstifterdommens gjerningsmann handlet, i et øyeblikks innskyttelse, i en noe sinnsforvirret tilstand. Dette førte til at ansvaret på 1,5 millioner ble lempet til 750 000 kroner.

Sett i sammenheng gir disse fire dommene holdpunkter for å si at lempning er en mulighet i de tilfeller man fjerner seg fra de typiske forsettlige skadeforvoldelser og hvor skadevolderens handlemåte har vært i høy grad klanderverdig. I sistnevnte tilfelle vil lempning bare kunne tenkes i sjeldne unntakstilfelle. At denne dommen og også Bombedommen i det vesentlige gjaldt forsikringsselskapets regress, spilte således liten eller ingen rolle.

Peter Lødrup

Skjæringstidspunktet for standardisert barneerstatning etter skadeserstatningslovens § 3-2a. Pasientskadeerstatning – Høyesteretts dom 15. oktober 2008 (HR-2008-1795-A)

Sakens bakgrunn

Saken gjaldt pasientskade, og det relevante faktum var at den ansvarsbetingende skadehendelsen skjedde i 1987, da et sykehus gjorde mangelfull diagnostisering i forbindelse med (ny) svulstdannelse (etter tidligere fjernet hjernesvulst), som derfor ikke ble oppdaget før i 1991. Norsk Pasientskadeerstatning (NPE) vedtok erstatningsutbetaling i saken på begynnelsen av 2000-tallet. Skadelidte var 14 år i 1987, 18 år i 1991, og godt voksen da erstatningen ble vedtatt i 2002. Tvisten oppstod fordi skadelidte anførte at utmålingen skulle skje etter de alminnelige regler i skl. § 3-1, mens NPE hadde utmålt standardisert barneerstatning etter skl. § 3-2a.

SkI. § 3-2a første ledd lyder: ”Har skadelidte på skadetiden ikke fylt 16 år, ytes erstatning for tap i framtidig erverv og menerstatning etter bestemmelsene i paragrafen her.” Det avgjørende for om utmålingen skulle finne sted etter de alminnelige regler i skl. § 3-1 eller den standardiserte regelen i § 3-2a, var altså en tolkning av ”på skadetiden”.

Tolkning av ”på skadetiden” i skadeserstatningslovens § 3-2a

Høyesterett tok som utgangspunkt at det kunne tenkes to mulige tolkningsalternativer; ”tidspunktet da den skadegjørende handling eller begivenhet fant sted” eller ”tidspunktet da skadevirkningen viste seg” (avsnitt 39).

Ordlyden gav ingen løsning (avsnitt 40), og at samme uttrykk brukes i skl. § 5-1 nr. 1 annet punktum om skadelidte barns medvirkning/selvskyldsevne – og der betyr ”tidspunktet for den skadevoldende handling eller kanskje mer presist tidspunktet for den relevante medvirkning” –, kunne heller ikke være avgjørende (avsnitt 41).

Derimot gav forarbeidene veiledning: I NOU 1987: 4 ble fremholdt at ”[s]kadedetidspunktet er det tidspunkt den skadevoldende handling inntreffer”, og at ”skadehandling” som inntreffer på 16-årsdagen reguleres av de alminnelige bestemmelser i § 3-1. I Ot.prp. nr. 81 (1986–87) s. 45, ble tilsvarende fremholdt at ”[s]kadediden er det tidspunkt den skadevoldende begivenhet inntreffer” (avsnitt 42–44).

Disse uttalelsene i forarbeidene gav således klar støtte for at det var tidspunktet for den skadegjørende handling som var avgjørende. Det ble likevel reist spørsmål om forarbeidsuttalelsene på dette punkt hadde for øye situasjoner hvor det går lang tid mellom tidspunktet for den skadegjørende handling, og tidspunktet da skadevirkningen viser seg. Høyesterett viste imidlertid til at proposisjonen i dens merknader til overgangsbestemmelsene til endringsloven, uttalte at ”[e]ndringsloven foreslås gitt anvendelse på skader som ikke er konstatert før lovens ikrafttredelse. Det avgjørende er her om skadelidte har oppdaget skaden.” Dette viste at

lovgiver var oppmerksom på spørsmålene (avsnitt 46–47). Høyesterett dro hertil linjene tilbake til den rettspolitiske begrunnelse for den standardiserte erstatningen: ”Hovedbegrunnelsen for standardiserte erstatningsregler for barn er å unngå at erstatningsutmålingen skal være basert på usikre spekulasjoner om utviklingen i framtiden med og uten skaden. Bestemmelsen bygger på den formodning at det for skadelidte som ennå ikke har fylt 16 år, normalt ikke vil foreligge tilstrekkelig sikre holdepunkter om vedkommendes videre utdannings- og yrkesmessige utvikling til at det kan utmåles erstatning for tap i framtidig inntekt” (avsnitt 35). Når aldersgrensen knyttes til tidspunktet for den skadevoldende handling, så kan det tenkes at erstatningsutmålingen skjer langt senere, herunder kan det forekomme at ”skadelidte er kommet så langt i utdanning og arbeid at det kan foreligge tilstrekkelige sikre holdepunkter for å utmåle det reelle framtidstapet” (avsnitt 48). Dette gav likevel ikke grunnlag for å tilsidesette forarbeidenes klare uttalelser (avsnitt 48), og en viss vekt ble også tillagt de retts tekniske hensyn som begrunner standardiserte erstatningsutmålinger. At personer i konkrete tilfeller kan komme dårligere ut gjennom standardisert erstatning enn individuell utmåling, kan ikke begrunne unntak fra standardregelen (avsnitt 49).

Etter dette var det riktig å tolke ”på skadetiden” som tidspunktet for den skadevoldende begivenhet, og dermed også riktig å utmåle erstatningen etter skl. § 3-2a.

Standardiserte erstatningsutmålinger

Dommen illustrerer det nokså selvsagte i at en standardisert erstatning tidvis vil innebære underkompensasjon, tidvis overkompensasjon, sammenlignet med en individuell utmåling. Det er standardiseringens natur, og etablerer man konkrete unntak, så kan man samtidig bidra til å undergrave det positive ved standardiseringen. Dommen er et eksempel på at Høyesterett er villig til å legge til grunn standardiserte utmålingsregler, selv hvor den rettspolitiske begrunnelsen for standardisering i noen grad utfordres, slik at det kan reises spørsmål om hvor langt lovgiver har ment å la det aktuelle tilfelle favnes om av standardbestemmelser. Dissensavgjørelsen i Rt. 2004 s. 8, som omhandlet anvendelsen av forskriften om standardisert erstatning ved yrkesskade, er imidlertid nok et klarere eksempel på dette så langt.

Det er et visst fokus på spørsmål om standardiserte erstatningsutmålinger for tiden. Det kan vises til *Knut Riisa*, Lovgivers rolle ved utmåling av personskadeerstatning, *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2006 (nr. 3) s. 137–140, *Asbjørn Kjørstad*, Reform av barneerstatningen, *Tidsskrift for Erstatningsrett* 2008 (nr. 1–2) s. 1–4 og *ds.*, Standardisert utmåling av erstatning til barn som skades før fylte 16 år, *op.cit.* s. 5–61. Ordningen som i 1987 ble etablert for barn ved skl. § 3-2a, er lite finmasket. I juni i år ble det imidlertid oppnevnt et offentlig utvalg som har til mål å komme frem til en standardisering av erstatningsutmålinger, og som har frist til 2011.

Bjarte Thorson

Ansvarsforsikring. Luftfartøy. Direkte krav – Høyesteretts dom 19. september 2008 (HR 2008-1602-A)

A ble skadet da han var passasjer i et småfly som styrtet rett etter avgang. Flyet var eid av Olav Kjeserud, som hadde leid det ut til Follo flyklubb, som igjen lot flyklubbens medlemmer bruke det mot vederlag. Flyet var gjennom en norsk megler forsikret bl.a. mot passasjeransvar i et engelsk forsikringselskap, Cox Dedicated Corporate Members Ltd. (heretter Cox). A reiste krav om erstatning mot Cox, jfr. FAL § 7-6. Det var enighet om at flyklubben var sikret under forsikringen og at spørsmålet om Cox' ansvar skulle avgjøres etter norsk rett. Mens tingretten frifant Cox, fant lagmannsretten at A hadde rett til å gjøre direkte krav gjeldende mot selskapet. Høyesterett kom enstemmig til samme resultat som tingretten.

FAL § 7-6 om skadelidtes direkte krav mot skadevolderens ansvarsforsikringselskap kan som utgangspunkt ikke fravikes til skade for skadelidte, jfr. FAL § 1-3 første ledd. Dette gjelder likevel ikke "ved forsikring i tilknytning til næringsvirksomhet ... (d) når forsikringen knytter seg til luftfartøy", jfr. FAL § 1-3 annet ledd. I slike tilfelle har skadelidte bare den beskyttelsen som ligger i FAL § 7-8. Saken reiste dermed to hovedspørsmål: (1) om direktekravsregelen var fraveket i forsikringsavtalen, og (2) om forsikringen var skjedd i tilknytning til næringsvirksomhet.

Når det gjaldt det første hovedspørsmålet, fastslo politeteksten at Cox skulle "indemnify the Insured in respect of all sums which the Insured shall become legally liable to pay, and shall pay, as compensatory damages". Høyesterett fant at slik klausulen var formulert, trakk den "klart" i retning av at Cox bare hadde påtatt seg et ansvar overfor forsikringstageren Kjeserud. Det ble også vist til to engelske Court of Appeal-dommer, der forsikringsvilkårene inneholdt klausuler med tilnærmet samme innhold, og som fastslo at det åpenbart måtte være riktig "that payment by the assured shipowner is a condition precedent of the insurer's liability". Høyesterett tok avstand fra lagmannsrettens syn om at klausulen var for uklar til å få virkning. Den hadde et avklart og vel innarbeidet innhold etter engelsk rett. "Selv om forsikringsavtalen skal bedømmes etter norsk rett, er klausulen en integrert del av en forsikringsavtale inngått i en internasjonal sammenheng. Det ville være uheldig om det da skulle gjelde ytterligere krav til klarhet for å gi klausulen virkning." Høyesterett pekte også på at det i NOU 1987:24 var "klart forutsatt" at klausuler av denne typen ville stå seg.

Når det gjelder dette første hovedspørsmålet, er det grunn til å merke seg at dommen legger til grunn at en fravikelse fra lovens regler ikke behøver å skje uttrykkelig, men at det er tilstrekkelig at en klausul i forsikringsvilkårene – riktig fortolket – har et annet innhold enn lovens regel. Når dommen ikke stiller spesielt

strenge krav til klarhet i fravikelsen, skyldes det trolig at det var snakk om en velkjent klausul med et sikkert innhold i internasjonale (engelske) forsikringsvilkår. Løsningen ville neppe vært den samme med en mer ukjent og uetablert klausul i en ren norsk sammenheng.

Det andre hovedspørsmålet, om det var tale om en forsikring "i tilknytning til næringsvirksomhet", var vanskeligere. Høyesterett fastslo innledningsvis at det ikke var holdepunkter for at det ved forsikring av luftfartøyer var et krav om at det måtte dreie seg om en "større næringsvirksomhet", slik forholdet var etter bestemmelsen i FAL § 1-3 annet ledd bokstav (a). Høyesterett gjennomgikk deretter Kjeseruds virksomhet. Han hadde eid fly i mer enn tyve år og hadde nå en flypark med en verdi på rundt kr. 4 mill. Han leide ut flyene til flyklubben, der han selv var daglig leder, og flyklubbens utleie av flyene på timebasis til klubbmedlemmene innbrakte ham årlig en betydelig inntekt, i 2002 vel kr. 1,6 mill. Fordi utgiftene, inkludert renteutgifter, lå omtrent på samme beløp, ble resultatet av driften likevel temmelig ubetydelig. Utgiftene til forsikringspremier utgjorde årlig mellom kr. 200.000 og kr. 300.000.

Høyesterett pekte videre på at begrepet "næringsvirksomhet" var benyttet flere steder i lovgivningen, bl.a. i skatteretten, men at innholdet av begrepet i slike sammenhenger måtte være uten betydning i forhold til FAL § 1-3 annet ledd, ettersom formålet med bestemmelsen var et helt annet enn å trekke grensene for skatteplikt. Under henvisning til NOU 1987:24 s. 35 og s. 38 understreket Høyesterett at FALs grenser for avtalefrihet berodde på en avveining av flere forhold, blant annet om forsikringstageren selv normalt måtte antas å være i stand til å vurdere konsekvensene av å avtale en forsikringsdekning som stilte ham svakere enn det som fulgte av loven, og på hvor stort behovet for fravikelse egentlig var. Lovgiveren hadde også funnet det riktig å la reglene være deklarasjonsregler for de deler av forsikringsvirksomheten der norske selskaper i særlig grad konkurrerte på det internasjonale markedet. Behovet for beskyttelse av forbrukere som ellers begrunnet forbudet mot fravikelse av FALs regler, var således "ikke særlig fremtredende på dette området".

Ved den konkrete avveiningen av om det her dreide seg om en forsikring i tilknytning til næringsvirksomhet, la Høyesterett vekt på at Kjeserud i en årrekke hadde vært eier av et større antall småfly, som samlet hadde en stor verdi og der virksomheten hadde gjort det mulig å opparbeide en betydelig egenkapital. Årlige utgifter til forsikring var betydelige, forsikringen var tegnet i utlandet og det var benyttet profesjonell hjelp fra forsikringsmegler. Selv om virksomheten ikke hadde skaffet Kjeserud nevneverdige overskudd, fant Høyesterett "etter en samlet bedømmelse" at det var snakk om en forsikring i tilknytning til næringsvirksomhet.

Skadelidte hadde fremhevet den rollen flyklubben spilte, og at den ikke drev næringsvirksomhet. Høyesterett fant ikke å kunne tillegge dette betydning. Det var

Kjeserud som i egenskap av eier hadde tegnet og betalt den forsikringen som skulle vurderes opp mot FAL § 1-3 annet ledd. I tillegg kom sammenvevningen av Kjeseruds og flyklubbens virksomhet: Kjeserud som eier av flyene var også den sentrale personen hos flyklubben som leide flyene, og som videreførte det vederlaget medlemmene av klubben betalte til Kjeserud.

Høyesteretts resultat og begrunnelse når det gjelder dette andre hovedspørsmålet virker fornuftig og forsvarlig. At løsningen kan virke tøff for mindre næringsdrivende i luftfartsvirksomhet, skyldes lovgivers valg og ikke Høyesteretts fortolkning. Når det særskilt gjelder spørsmålet om flyklubbens rolle, må det også være riktig at i forhold til FAL § 1-3 annet ledd vil det normalt være avgjørende om forsikringstagerens (hovedsikredes) virksomhet utgjør næringsvirksomhet.

Subsidiært gjorde skadelidte gjeldende at direktekravsregelen i FAL § 7-6 likevel måtte få anvendelse fordi sikrede var insolvent, jfr. FAL § 7-8 annet ledd. Høyesterett avviste anførselen: Det var ikke opplysninger i saken som ga dekning for å gi bestemmelsen anvendelse, og flyklubbens og flyverens solvens kunne ikke ha interesse i denne sammenheng.

Høyesteretts begrunnelse til skadelidtes subsidiære anførsel er knapp og ikke helt klar. Den må trolig leses slik at det ikke var grunnlag for å anta at Kjeserud, som forsikringstager og (hoved)sikrede under forsikringen, var insolvent. Når Høyesterett imidlertid fastslo at flyklubbens solvens var uten interesse, er det likevel grunn til å stanse opp et øyeblikk. Det fremgår innledningsvis i rettens begrunnelse at flyklubben var medforsikret under forsikringen, hvilket må antas å innebære at flyklubbens eventuelle ansvar overfor skadelidte var dekket under forsikringen. Nå gir ikke dommen holdpunkter for å avgjøre om flyklubben faktisk var ansvarlig – alene eller sammen med Kjeserud. Men måtte flyklubben antas å være ansvarlig, er det vanskelig å skjønne at ikke dens solvens er av interesse, jfr. formuleringen i FAL § 7-8 annet ledd: ”Er sikrede insolvent, gjelder bestemmelsene i §§ 7-6 og 7-7, jfr. § 8-3 annet og tredje ledd”.

Hans Jacob Bull

Litteratur

Hans Jacob Bull: *Forsikringsrett*
Universitetsforlaget, Oslo 2008. 690 sider

Boken *Forsikringsrett* er en utvidet og ajourført utgave av *Innføring i forsikringsrett*, som de siste femten årene har kommet ut i ni foreløpige utgaver. Hovedtyngden av materialet knytter seg til forsikringsavtaleretten. Forsikringsavtaleloven av 1989 har en sentral rolle og suppleres av praksis på områder der loven ikke løser viktige forsikringsavtalerettslige spørsmål. Boken har også en del materiale om de offentligrettslige reglene knyttet til forsikringsvirksomhet.

Materialet er delt inn i åtte hoveddeler. Innledningsdelen gir en oversikt over ulike forsikringstyper, retts-

kildene i forsikringsavtaleretten og det offentlige rammeverket og tilsynet med forsikringsvirksomheten. Del II behandler temaer knyttet til selve forsikringsavtalen og inngåelsen av denne, blant annet selskapets informasjonsplikt, avtalens ulike elementer og tolking, utfylling og sensur av forsikringsavtaler. Forsikringsavtalens dekningsfelt behandles separat i del III. Her gis det en oversiktlig fremstilling av spørsmål vedrørende farefelt, tapsfelt, hva som i det enkelte tilfellet utgjør et ”forsikringstilfelle” og kravet om årsakssammenheng. Del IV gir en utførlig behandling av opplysnings- og omsorgspliktens innhold og konsekvensene av brudd på disse. Det er lagt vekt på å få frem formålet med reguleringen og sammenhengen mellom de ulike reglene. Ulike identifikasjonsspørsmål behandles samlet i et eget oversiktlig kapittel. Det gis også en fremstilling av opplysnings- og omsorgsreglenes forhold til reglene om dekningsfeltet. Del V problematiserer hva som kan være gjenstand for forsikring og omfanget av selskapets ansvar i det enkelte forsikringstilfellet. Redningsomkostninger er temaet i del VI, og del VII gir en samlet fremstilling av ulike spørsmål vedrørende tredjemanns rett etter forsikringsavtalen. Bokens siste del gjelder forsikringsoppgjøret, her gjøres det blant annet rede for fastsettelse og utbetaling av forsikringserstatningen og ulike frister og foreldelsesspørsmål.

De fleste av hoveddelene og kapitlene har nyttige innlednings- og oversiktskapitler som presiserer og utdyper problemstillingene som reises og trekker paralleller på tvers av inndelingen av materialet. Starten av hvert kapittel inneholder henvisninger til norsk litteratur om de spørsmålene kapitlet behandler, og boken har gode registre.

Forsikringsrett favner vidt og bygger på et enormt materiale. Materialets omfang illustreres av doms- og nemndavgjørelsesregisteret som inneholder henvisninger til godt over 600 nemndavgjørelser. Forfatterens utstrakte bruk av praksis som illustrasjon gjør fremstillingen levende og interessant. Boken er tenkt som lærebok for studenter som tar forsikringsrett som valgemne ved Det juridiske fakultetet i Oslo, men vil være av interesse for alle som har befattning med dette rettsområdet.

Kaja de Vibe

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Nye EF-Forordninger om lovvalg

I Europa ble det vedtatt to nye forordninger som går under navnene ”Roma I” og ”Roma II”: Nr. 593/2008 av 17. juni 2008 om lovvalg for forpliktelser som springer ut av kontrakt (såkalt ”Roma I”) og nr. 864/2007 av 11. juli 2007 om lovvalg for forpliktelser som springer ut av delikt (såkalt ”Roma II”). Med disse to instrumentene er den europeiske kodifikasjon av regler om lovvalg og jurisdiksjon innen formueretten

langt på vei fullført: Roma I og Roma II legger seg til Domsforordningen (også kalt "Brussel I"), nr. 44/2001 av 22. desember 2000 om verneting og anerkjennelse av sivile dommer samt forordning 1346/2000 om internasjonal insolvensrett.

Internasjonal privatrett er blitt et satsingsområde for det europeiske samarbeid på sivilrettens område: Fremfor å etterstrebe (eller i påvente av å oppnå) en harmonisering av den materielle retten om kontrakter, erstatning osv., går EF i retning av harmoniserte internasjonalprivatrettslige regler som skaper forutsigbarhet om hvor saken kan anlegges og hvilket lands rett som skal anvendes. Det høye antallet forordninger, ikke bare innenfor internasjonal formuerett, men også innenfor internasjonal familierett, viser med klarhet hvor høyt Europa prioriterer å regulere spørsmål om lovvalg og jurisdiksjon. Disse spørsmål blir viktigere og viktigere jo mer det indre markedet og det sivile samarbeidet øker.

Den europeiske internasjonale privatretten har direkte betydning for Norge gjennom Luganokonvensjonen, gjennomført ved Luganologen nr. 21 av 8. januar 1993. Luganokonvensjonen ble laget etter mønster av Brusselkonvensjonen av 27. september 1968 (som gjelder innenfor det Europeiske fellesskapet) slik at også EFTA-landene kunne omfattes av en regulering tilsvarende den som gjaldt EF-landene. Brusselkonvensjonen ble endret flere ganger, siste gang da den ble omdannet til Domsordningen, mens Luganokonvensjonen forble i sin opprinnelige versjon. Partene har nylig signert en ny versjon av Luganokonvensjonen, den såkalte "nye Luganokonvensjonen", som ventes å tre i kraft snart. Luganokonvensjonen regulerer valg av verneting samt anerkjennelse av sivile dommer avgitt av en domstol i et annet Luganoland.

Når Luganokonvensjonen, og enda mer den nye Luganokonvensjonen, skal tolkes, er det viktig å ta hensyn til hvordan Brussel I blir tolket: Ikke bare er reglene bygget etter samme mønster, det foreligger sågar en folkerettslig forpliktelse, nedfelt i protokoll nr. 2 til begge instrumenter, til å anvende konvensjonene på en mest mulig ensartet måte og unngå tolkning som bygger på særegne tradisjoner i domstollandet.

For instrumentene om lovvalg, Roma I og Roma II, er det ikke laget parallelle regler for EFTA-landene slik det ble gjort på det prosessuelle området. Roma I er imidlertid delvis gjennomført i norsk rett i og med at den dekker lovvalgsregler som tidligere var å finne i direktiver, som i sin tur ble gjennomført i norsk rett i henhold til EØS avtalen: Lov om lovvalg i forsikring av 27. november 1992 nr. 111 er basert på to direktiver, 88/357 og 90/619; Agenturloven av 1992 med lovvalgsregelen i § 3 implementerer direktivet 86/653 og Forbrukerkjøpsloven av 2002 med lovvalgsregelen i § 3 implementerer direktivet 44/1999. Direktivenes lovvalgsregler er en del av det europeiske internasjonalprivatrettslige system som nå er samlet i Roma I. Det er derfor nærliggende å se på Roma I når de tilsvarende lovvalgsreglene som er lovfestet i norsk rett skal

tolkes. Utover de nevnte lovvalgsregler som er direkte basert på det europeiske internasjonalprivatrettslige system, er det svært få lovfestede lovvalgsregler i Norge for internasjonale kontrakter. Den mest kjente er kanskje kjøpslovvalgsloven av 1964. Denne loven gjennomfører Haagkonvensjonen av 1955 om lovvalg for internasjonale kjøp. Haagkonvensjonen bygger på de samme prinsipper som de europeiske internasjonalprivatrettslige regler: Hovedregelen for å utpeke bakgrunnsretten er partsautonomien; hvis partene ikke har foretatt lovvalg, skal forholdet reguleres av realdebitorens rett; anvendelse av bakgrunnsretten kan nektes kun når dette ville stride mot de fundamentale prinsipper i domstollandets system. Roma I har altså relevans ved tolkning av de norske lovfestede regler om lovvalg for forsikrings-, agent-, forbruker- og kjøpsavtaler. Hensyn til harmonisering tilsier at Roma I bør tillegges betydning for lovvalgsreglene for kontrakter generelt, og ikke bare for de nevnte kontraktstyper.

Roma II er en integrert del av det europeiske internasjonalprivatrettslige systemet. Når Luganokonvensjonen og delvis Roma I allerede er formelt gjennomført i norsk rett, taler mye for at også Roma II tillegges betydning.

De lovfestede lovvalgsregler i norsk internasjonal formuerett er altså fullt kompatible med prinsippene i Roma I og Roma II. Den noe sparsommelige rettspraksis i Norge har tradisjonelt foretrukket en annen tilnærming basert på den såkalte individualiserende metode og en skjønnsmessig vurdering av sakens helhet fremfor å anvende faste lovvalgsregler med forutsigbare tilknytningsfaktorer. Den nyere praksis synes derimot å ha innsett verdien av å etterstrebe harmoniserte løsninger og henviser til europeisk internasjonal privatrett, jfr. Rt. 2006 s. 1008.

Roma I og Roma II bør altså tas hensyn til når norske domstoler skal avgjøre lovvalgsspørsmål for internasjonale kontrakter. Ideelt bør lovvalgsreglene innen formueretten lovfestes i Norge og de europeiske internasjonalprivatrettslige prinsipper bør tas hensyn til ved dette arbeidet.

Giuditta Cordero Moss

KONKURRANSERETT

Forretningsnektelse for å forhindre parallellhandel – dom fra EF-domstolen (Grand Chamber) 16. september 2008, forente saker C-468/06 til C478/06, *Syfait II*

Parallellhandel av legemidler har vært utbredt mellom landene i EU og EØS. I *Syfait II* tok EF-domstolen stilling til om en produsent av legemidler i et medlemsland kunne nekte å etterkomme bestillinger av legemidler ment for eksport til andre medlemsland. Saken ble forelagt EF-domstolen av en gresk domstol gjennom en anmodning om en prejudisiell avgjørelse etter EF-trak-

tatens artikkel 234. Det sentrale spørsmålet var om en forretningsnektelse motivert av et ønske om å hindre parallellhandel ble rammet av EF-traktatens artikkel 82 som forbyr foretak med en dominerende markedsposisjon å misbruke sin dominerende stilling. Saken har relevans for tolkningen av den parallelle bestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 54, og for tolkningen av konkurranselovens § 11 som er gitt den samme utforming som de to traktatbestemmelsene.

Saken gjaldt et søksmål fra flere greske legemiddelforhandlere og sammenslutninger av legemiddelgrossister (heretter saksøkerne) mot GlaxoSmithKline AEEV (heretter GSK). GSK er et gresk datterselskap av GlaxoSmithKline plc, og innehar markedsføringstillatelsen for visse legemidler som de importerer, lagerfører og distribuerer i Hellas. Saksøkerne hadde gjennom flere år kjøpt legemidler fra GSK, tiltenkt distribusjon både innenfor det greske markedet og til andre medlemsstater innenfor EU. I oktober 2000 sluttet GSK å etterkomme bestillinger fra saksøkerne på tre typer reseptpliktige legemidler i Hellas, med den begrunnelse at det forelå et underskudd på det greske markedet hva gjaldt de aktuelle legemidlene. GSK begynte i stedet å distribuere disse produktene direkte til greske sykehus og apoteker. I februar 2001 gjenopptok GSK deler av leveransene til saksøkerne, da de anså at forsyningene av legemidler til det greske markedet hadde normalisert seg og medisindepotene på sykehus og apoteker igjen var tilstrekkelige. Saksøkerne brakte saken inn for appellretten i Athen, som deretter forela saken for EF-domstolen. Spørsmålet appellretten ønsket svar på var om den omstendighet at en legemiddelvirksomhet, som inntar en dominerende stilling på det nasjonale markedet for visse legemidler, avviser å etterkomme bestillinger fra grossister fordi disse driver parallelleksport til andre medlemsland, utgjør et misbruk etter Artikkel 82 EF.

Domstolen slo innledningsvis fast at på andre sektorer enn legemiddelsektoren, hadde den lagt til grunn at der et foretak i en dominerende stilling søkte å forhindre parallellhandel med sine produkter utgjorde dette en utilbørlig utnyttelse av en slik stilling, særlig der slik praksis forhindret parallellimport ved å nøytralisere gunstige priser i andre deler av fellesskapet. Domstolen påpekte at parallellhandel nyter beskyttelse innenfor fellesskapsretten, nettopp fordi den fremmer handel og bidrar til å styrke konkurransen.

Domstolen undersøkte deretter om det eksisterte en objektiv begrunnelse for GSKs forsyningsnektelser som medførte at slik atferd allikevel ikke kunne anses som et misbruk av en dominerende stilling. Spørsmålet var om det forelå særlige omstendigheter på legemiddelsektoren som medfører at forsyningsnektelser til kunder som driver parallellhandel, ikke ble rammet av forbudet i artikkel 82.

EF-domstolen drøftet først konsekvenser for forbrukerne av parallellhandelen. Domstolen fant at parallelleksport av legemidler fører til et prispress, da det nettopp er prisforskjellene i ulike medlemsland som gjør

parallelleksport attraktivt. På denne måten vil parallellhandel kunne føre til fordeler for forbrukerne. Domstolen fremholdt at et dominerende foretak ikke kan støtte seg på en antakelse om at parallellhandel kun fører til ubetydelige fordeler for forbrukerne.

EF-domstolen undersøkte videre virkningen av at legemidler er underlagt nasjonale prisreguleringer. I medlemsstatene regulerer nasjonale myndigheter i stor grad prisene på reseptbelagte legemidler, enten gjennom direkte fastsettelse av maksimalpriser, eller ved å ilegge markedsaktørene fortjenestebegrensninger. Dette regimet er akseptert av EU, noe som har kommet til uttrykk gjennom direktiv 89/105/EEC, det såkalte «transparency»-direktivet, der hovedpoenget er at regelverk knyttet til prisfastsettelse for legemidler skal være åpent og ikke-diskriminerende, samt direktiv 2001/83/EC om innføring av et fellesskapsregelverk for legemidler for mennesker.

Domstolen presiserte at på tross av reguleringene var ikke prisdannelsen på legemiddelmarkedene upåvirket av forholdet mellom tilbud og etterspørsel. Legemiddelprodusentene tar del i forhandlinger med medlemsstatenes myndigheter hva gjelder prisingen av produktene, og ifølge Direktiv 89/105 skal myndighetene ikke bare hensynta nasjonale helseutgifter men også fremme produksjonseffektivitet og oppmuntre til forskning og utvikling av nye medisinske produkter. Domstolen pekte også på at for patenterte produkter, er den mulige priskonkurransen mellom parallellimportører og nasjonale distributører ofte den eneste eksisterende formen for konkurranse. Domstolen pekte videre på at tiltak som tar sikte på å gjeninnføre nasjonale handelsbarrierer er ansett som egnet til å forhindre selve formålet med traktaten, nemlig markedsintegrasjon gjennom etableringen av et fellesmarked. De nasjonale prisreguleringene forhindret derfor ikke at forbudet i artikkel 82 kom til anvendelse.

Selv om nasjonale prisreguleringer ikke kan avskjære anvendelsen av fellesskapsreglene, kan man i vurderingen av om forsyningsnektelser med sikte på å forhindre parallellhandel utgjør et misbruk, ikke ignorere at prisreguleringer er en av faktorene som kan legge mulighetene til rette for parallellhandel. Domstolen fremholdt at i lys av traktatens målsettinger om markedsintegrasjon og om forbrukerbeskyttelse gjennom uhindret konkurranse, kan ikke konkurransereglene tolkes på en slik måte at siste utvei for et dominerende legemiddelfirma for å beskytte sine kommersielle interesser er å unnlate å plassere produktene sine på markedet i lavkostland.

Domstolen slo videre fast at selv om prisreguleringer ikke kan unnta enhver forsyningsnektelse fra å være et misbruk av dominerende stilling, må dominerende foretak uansett ha mulighet til å igangsette tiltak som er rimelige og proporsjonale for å ivareta egne kommersielle interesser. Et dominerende foretak er berettiget til å avvise bestillinger som er ”unormale”. Ved vurderingen av hvorvidt bestillingene er unormale, skal det tas hensyn til både tidligere forretningsrelasjoner mellom

legemiddelfirmaet og grossistene, og størrelsen på bestillingene i forhold til behovene i den medlemsstaten det gjelder.

Etter dette konkluderte Domstolen med at artikkel 82 EF skal tolkes dit hen at et legemiddelfirma med en dominerende posisjon på det relevante markedet som, for å hindre å bli parallelllekspontert, nekter å etterkomme normale bestillinger, misbruker sin markedsposisjon. Det er så opp til den nasjonale domstolen å vurdere hvorvidt bestillingene er normale sett i forhold til tidligere forretninger med den aktuelle grossisten, og medlemsstatens behov.

Avgjørelsen er preget av de særlige forhold som gjør seg gjeldende på legemiddelsektoren. At EF-domstolen i dommen i større grad åpner for at foretak kan treffe mottiltak mot parallellhandel enn det domstolen har gjort i sin tidligere praksis, kan derfor antageligvis ikke tas til inntekt for en lempeligere holdning mot tiltak som begrenser parallellhandelen.

Kari Amalie Pettersen, Olav Kolstad

OPPHAVSRETT

”Opphavsrett i kunnskapsøkonomien”. Grønnbok fra EU-kommisjonen 16.7.2008 (COM (2008) 466 final)

Innledning

16. juli i år var en merkedag i opphavsrettssammenheng. EU-kommisjonen bekjentgjorde denne dagen tre beslutninger: dels et forslag om forlenget vernetid for fonogrammer, dels en beslutning vedrørende forvaltning av fremføringsretter på nett og i satellittkringkasting, og dels en grønnbok om opphavsrett. Denne ”pakken” kan en gjerne se som et samlet utspill for å balansere ulike interesser: (noen) rettighetshavere får økt beskyttelse, forvaltningsselskapene (TONO og dets søsterorgansiasjoner) får brutt opp det nåværende europeiske system for forvaltning av musikkrettigheter (vedtaket er anket), og (noen) brukere av åndsverk får gjennom grønnboken i det minste indikasjoner på bedre ivaretagelse av sine ønsker og behov.

Grønnboken – eller rettere dokumentet, som er på 21 sider – har en lett misvisende tittel. Det handler ikke om opphavsrett generelt, men om *unntak* fra eneretten, med særlig fokus på undervisning og forskning. Kommisjonen åpner for en debatt om noen generelle og en del spesielle spørsmål. Interesserte kan sende Kommisjonen sine synspunkter innen 30. november – og da ikke begrenset til de spørsmål Kommisjonen har stillet. Før jeg kommenterer hva som kan tenkes å komme ut av prosessen, gir jeg et raskt riss av spørsmålene som reises i dokumentet.

Bakgrunn

Kommisjonen gir en beskrivelse av sin politikk på de felt som er berørt av dokumentet; både å opprettholde et sterkt opphavsrettslig vern, og samtidig ivareta behovet for en best mulig tilgjengeliggjøring av kunnskap. Den konstaterer, etter å ha vurdert resultatet av medlemslandenes (og EØS-landenes) gjennomføring av direktivet Opphavsrett i informasjonsamfunnet (Direktiv 2001/29/EC), at beskyttelsen av rettighetene er harmonisert på et høyt nivå, mens det ikke finnes nevneverdig harmonisering når det gjelder unntakene. Direktivet påbyr ett obligatorisk unntak, og gir mulighet for 20 andre etter landenes egen beslutning. En viss harmonisering kan en si er oppnådd fordi direktivets liste over mulige unntak er uttømmende. Men landene har gjennomført direktivet og unntaksmulighetene høyst ulikt; noen lands lovgivning inneholder alle eller de fleste unntakene, andre få eller ingen. Landene har også ulike tolkninger av hva som ligger i den enkelte bestemmelse om tillatte unntak. Det faktum at enhver unntakshjemmel må ligge innenfor rammen av den såkalte tretrinns-testen som følger både av direktivet og internasjonale traktatforpliktelser, gir heller ingen presis avgrensning. Etter testen (direktivets art. 5(5)) skal ethvert unntak bare gjelde i visse spesielle tilfelle, ikke skade den normale utnyttelse av verket, og heller ikke på urimelig måte tilsidesette rettighetshavernes interesser. Unntakene kan som hovedregel settes til side ved avtale.

Generelle spørsmål

Kommisjonen reiser derfor spørsmål om det bør utarbeides retningslinjer for kontrakter mellom rettighetshavere og brukere for utnyttelse av unntak, eventuelt om det bør være retningslinjer eller mønsteravtaler for utnyttelsesformer som faller utenfor unntaksmulighetene.

Kommisjonen går så videre i stor bredde, og spør om den valgte tilnærming – med en uttømmende liste av mulige unntak – er adekvat i lys av de Internett-teknologier som etter hvert utvikles og de rådende økonomiske og sosiale forventninger. Bør visse kategorier av unntak være obligatoriske for medlemslandene å innføre, og i så fall hvilke?

Unntak for bibliotek, arkiv og museer

Den første gruppe av spesielle unntak som diskuteres, er de som gjelder for bibliotek og arkiver. Her gjelder en mulighet for unntak for reproduksjon, bl.a. for digital sikring av samlingene, og en begrenset mulighet for å gjøre tilgjengelig for publikum. En problemstilling som er blitt viktigere med årene, er hvordan man skal forholde seg til såkalte ”foreldreløse verk” (orphan works). Den situasjonen man vil finne løsning for, er når bibliotek har materiale det vil gjøre tilgjengelig, men hvor rettighetshaveren ikke er kjent eller lar seg oppspore. De fleste land har ingen løsning for denne situasjonen – i motsetning til i Norge og de fleste nordiske land. Her er det gitt mulighet for å klarere rettig-

heter gjennom den såkalte avtalelisensordningen, hvor brukeren ved å inngå en avtale med en representativ organisasjon for rettighetshaverne får adgang til å bruke alle verk i vedkommende kategori.

Kommisjonen stiller spørsmål om unntakene for bibliotek og arkiver bør være uforandret, idet utgiverne vil utvikle nett-tilgang til sine produkter. Bør bibliotek, museer og arkiv utvikle lisensavtaler med utgivere? (Kommisjonen antar m.a.o. at utgiverne har ervervet alle relevante rettigheter, noe som ikke nødvendigvis er tilfelle.) Kommisjonen etterspør eksempler på slike avtaler. Pilotavtalen mellom det norske Nasjonalbiblioteket, Den Norske Forleggerforening og berørte rettighetshaverorganisasjoner om tilgjengeliggjøring av materiale vedrørende Nordområdene på Internett er et (og kanskje det eneste) eksempel på en slik avtale.

Kommisjonen spør også om det er behov for klargjøring og presisering av gjeldende unntak, reiser spørsmål om det er behov for tvingende bestemmelser om problemstillinger knyttet til foreldreløse verk, og om disse i så fall bør gis ved endring av Opphavsrettsdirektivet, eller i et eget instrument. Dersom man ønsker å oppnå en felles-europeisk tilgang til bibliotekenes materiale, hvordan skal man sikre godkjenning for hele EU-området av de ulike løsninger som medlemslandene velger?

Unntak for funksjonshemmede

Den andre gruppen spesielle unntak Kommisjonen tar opp, gjelder unntak til gode for funksjonshemmede. Også her er det stort sprik innen medlemslandene. Kommisjonen spør om det er behov for lisensavtaler til beste for funksjonshemmede, og om det er ønskelig med obligatoriske unntak. I og med de ulike tilnærminger landene har gjort, stilles spørsmål om det er behov for klargjøring – bl.a. for hvilke funksjonshemmede som skal kunne nyte godt av unntakene – om det skal betales vederlag, og i så fall hvem som bør betale.

Direktivet om databaser gir ingen åpning for unntak til beste for funksjonshemmede, og Kommisjonen inviterer til å kommentere om dette er ønskelig.

Unntak for forskning og undervisning

Opphavsrettsdirektivet gir også mulighet for unntak for kopiering og en viss tilgjengeliggjøring i forsknings- og undervisningssammenheng. Medlemslandene har tolket adgangen ulikt, og også her er det betydelig ulikhet mht. hva medlemslandene tillater uten rettighetshaverens samtykke. Det gjelder bl.a. om det kan tas både analoge og digitale kopier, hvor mye som kan kopieres, og hvilke institusjoner som kan nyte godt av unntakene.

Kommisjonen stiller spørsmål om det bør klargjøres hvilket omfang unntaket har (bør for eksempel fjernundervisning omfattes, og skal det gjelde både forskning og undervisning), og om det bør bli obligatorisk. Det understrekes imidlertid at klargjøring ikke vil innebære noen utvidelse – her må man også ta hensyn til rettighetshavernes interesser, sies det. Behovet for lisensavtaler bes kommentert.

Under behandlingen av disse unntakene trekker Kommisjonen fram det nordiske system med avtalelisenser, som den feilaktig har oppfattet som en erstatning for, og ikke et supplement til unntaksbestemmelsene. Dette vil nok bli kommentert i høringssvarene fra nordiske land.

Nytt unntak for "brukerskapt innhold" ?

Det siste punkt som behandles i Kommisjonens dokument, er såkalt "brukerskapt innhold". Dette defineres (av OECD) som "innhold som gjøres tilgjengelig for allmennheten over Internett, som reflekterer en viss kreativ innsats, og som er skapt utenfor profesjonelle rutiner og profesjonell praksis". Kommisjonen reiser spørsmålet om det er behov for et unntak som gir mulighet for å anvende vernede verk til brukerskapt innhold, ut over det som følger av adgangen til sitat for anmeldelse og kritikk. Direktivet tillater i dag ikke noe slikt generelt unntak. Kommisjonen understreker at rekkevidden av et eventuelt unntak må være innenfor det som tretrinnsstegen tillater, og at eventuelt unntak krever nøye presisering og kun må tillate avgrenset bruk av beskyttede verk.

Noen kommentarer

Dokumentet kan altså indikere at Kommisjonen er innstilt på å fremme forslag til presiseringer av eksisterende unntak, og også til nye unntak. Men samtidig har Kommisjonen meddelt at dens hovedsiktemål er å få materiale som belyser best praksis i EØS-området, og ikke prioriterer å åpne den Pandoras boks som unntakslisten er, for forhandlinger. Det er derfor nærliggende å anta at det neste steg i en prosess vil være av såkalt "soft law"-karakter, enten i form av meddelelse eller en anbefaling. Men på ett punkt kan det kanskje ventes lovforslag. Det gjelder foreldreløse verk. Skal Kommisjonens planer for et Europeisk Digitalt Bibliotek kunne bli virkelighet, kreves det etter min oppfatning fellesskapslovgivning.

Helge M. Sønneland

Databasevern. EF-domstolens dom i sak C-304/07 (Direct Media)

EF-domstolen avsa den 9. oktober 2008 dom om rekkevidden av det såkalte databasevernet sui generis, jf. direktiv 9/96 (databasedirektivet) art. 7(1). Saken gjaldt en liste over dikt utarbeidet av en professor ved Universitetet i Freiburg (Ulrich Knoop). Listen dannet grunnlag for en antologi som ble utgitt ved universitetet, og inneholdt 1100 dikt fra tysk litteratur mellom 1730 og 1900 ("Die 1100 wichtigsten Gedichte der deutschen Litteratur zwischen 1730 und 1900"). Utvelgelsen av de 1100 diktene var skjedd som ledd i et forskningsprosjekt på grunnlag av et antall på ca. 20.000 dikt. Listen inneholdt forfatterens navn, tittelen på diktet, dets første strofe og utgivelsesår oppstilt i rekkefølge basert på antall ganger diktet var nevnt i nærmere bestemte diktantologier.

Firmaet Direct Media utga noe senere en CD-Rom med tittelen ”1000 Gedichte, die jeder haben muss” (”1000 dikt som alle må ha”). 876 av diktene var fra perioden 1730–1900, mens 856 var nevnt også i ”Freiburg-listen”. Direct Media ble saksøkt av universitetet og professoren for inngrep i rettigheter til deres database. Det var ikke bestridt at firmaet hadde brukt listen som underlag for sin utvelgelsesprosess. Det spørsmål som oppsto for EF-domstolen var om det forelå et brudd på databasedirektivets art 7(1). Etter denne bestemmelsen har databaseinnehaveren enerett til uttrekk av hele eller vesentlige deler av databasens innhold. Nærmere bestemt var det spørsmål som ble stilt EF-domstolen om begrepet ”uttrekk” omfatter det at man konsulterer en database for så å hente ut data etter individuell vurdering av hver enkelt opplysning, eller om begrepet forutsetter fysisk kopiering av dataene. EF-domstolen kom, etter en vurdering av direktivets formål, til at den sistnevnte forståelsen var den riktige. Konsekvensen må være at Direct Media har gjort inngrep i universitetets databaserett etter databasedirektivet art. 7(1).

For norsk rett får dommen betydning ved tolkningen av åndsverkloven § 43, som gjennomfører databasedirektivet. Et problem med den norske (nordiske) gjennomføringen av dette direktivet er at man i stor grad har unnlatt å bygge på direktivets begreper, og i stedet holdt seg til de ”vante” begrepene i norsk (nordisk) opphavsrettsterminologi. Den norske bestemmelsen benytter overhodet ikke uttrykket ”uttrekk”, men gir databaseinnehaveren en enerett til *eksemplarframstilling* av hele eller vesentlige deler av databasens innhold. Den tilsvarende problemstilling etter åvl. § 43 er derfor om en individuell konsultasjon som resulterer i en overføring av (de) enkelte data i en fremmed database kan sies å innebære eksemplarframstilling av databasens innhold. Dette kan synes noe mer anstrengt enn å si at prosessen innebærer uttrekk av dataene. Men det kan ikke være tvilsomt at den norske bestemmelsen må tolkes i samsvar med EF-domstolens avgjørelse her, trass ulikheten i rettslig terminologi.

Ole-Andreas Rognstad

Kollektiv forvaltning av rettigheter til online-overføring mv. av musikk.

EU-kommisjonens vedtak i CISAC-saken

Den 16. juli 2008 traff EU-kommisjonen en avgjørelse som, dersom den blir opprettholdt, vil få store konsekvenser for kollektiv forvaltning av musikkrettigheter, herunder for vår egen forvaltningsorganisasjon på området – TONO. Avgjørelsen var rettet mot paraplyorganisasjonen CISAC og dens medlemsorganisasjoner, og fastslo i korthet at sentrale vilkår i CISACs modellkontrakt for forvaltning av overføring av musikk online, over satellitt og i kabel, er i strid med konkurransereglene i EF-traktatens art. 81(1) og EØS-avtalens art. 53(1). De vilkårene det er tale om er for det første kravene om at komponister må være medlemmer av

organisasjonen i det land de kommer fra (for norske komponister: TONO). For det andre gjelder det kravet om at rettigheter for utnyttelse i et land må klareres av organisasjonen i dette landet (for utnyttelse i Norge: TONO). Kort fortalt mener EU-kommisjonen at dagens system ikke åpner for konkurranse mellom de europeiske forvaltningsorganisasjonene, og at dette er i strid med konkurransereglene. Avgjørelsen er brakt inn for Førsteinstansdomstolen av så vel CISAC som medlemsorganisasjoner, herunder TONO. Det vil derfor ta noen år før vi får avklaring i dette spørsmålet.

Ole-Andreas Rognstad

SELSKAPSRETT

Spørsmål om en selskapsdisposisjon var en ”utdeling” fra selskapet (aksjeloven § 3-6 annet ledd), om mottakerens restitusjonsplikt (aksjeloven § 3-7 første ledd) og om konkursboets adgang til å overdra restitusjonskravet – Rt. 2008 side 385

”Enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode” er en utdeling fra aksjeselskapet til aksjeeieren, og må derfor skje etter de nærmere reglene om utdelinger i aksjeloven for å være lovlig, jfr. aksjeloven (asl.) § 3-6 annet ledd første punktum jfr. første ledd.

Aksjelovens utdelingsregler begrenser aksjeselskapets rett til å disponere over selskapets midler til fordel for aksjeeierne, og utgjør en sentral del av aksjelovens regler om beskyttelse av selskapskapitalen.

Formålet med aksjelovens regler om kapitalvern er å ivareta hensynet til selskapskreditorene, samt å bidra til å sikre likebehandling av aksjeeierne. Både kreditor- og aksjeeierinteresser tilsier at selskapskapitalen anvendes som ledd i selskapets virksomhet, og på en måte som er egnet til å gi et økonomisk overskudd for selskapet.

Utdelingsbegrepet i asl. § 3-6 annet ledd første punktum omfatter enhver transaksjon som ensidig belaster selskapet til fordel for aksjeeierne. I tillegg til ordinære utdelinger som har grunnlag i formelle beslutninger om utbytte på selskapets generalforsamling, omfatter det materielle utdelingsbegrepet i asl. § 3-6 annet ledd transaksjoner som formelt ikke fremstår som utbytte, men som etter sitt innhold er en ensidig verdioverføring fra selskapet som omfattes av utdelingsbegrepet. Et eksempel er at en aksjeeier kjøper en av selskapets eiendeler til underpris.

En overføring fra selskapet trenger ikke skje direkte til aksjeeieren for å være en utdeling fra selskapet. Det fremgår uttrykkelig av ordlyden i § 3-6 annet ledd første punktum at det er tilstrekkelig at overføringen kommer aksjeeieren indirekte til gode. Dette kan for eksempel skje ved at selskapet dekker aksjeeierens gjeldsforpliktelser eller betaler vederlaget for ytelser som aksjeeierne mottar. Her er det ikke aksjeeieren som direkte mottar selskapets ytelser. Likefullt er det en

utdeling fra selskapet fordi utbetalingen indirekte kommer aksjeeieren til gode, og den må gjennomføres etter aksjelovens utdelingsregler for å være lovlig.

Det beror på en konkret vurdering av det enkelte tilfellet hvorvidt en transaksjon er en utdeling som må gjennomføres i henhold til aksjelovens utdelingsregler for å være lovlig. Når en disposisjon innebærer en ulovlig utdeling, er hovedregelen i asl. § 3-7 første ledd at "mottakeren" av utdelingen skal tilbakeføre det mottatte til selskapet. I de tilfellene hvor en overføring fra selskapet ikke presteres direkte overfor aksjeeieren men overfor en tredjemann, er det et særlig spørsmål om hvem som skal anses som "mottaker" i forhold til asl. § 3-7 første ledd og som dermed er tilbakebetalingsansvarlig overfor selskapet.

I Rt. 2008 side 385 drøfter Høyesterett spørsmålet om et aksjeselskaps overtakelse av og senere oppfyllelse av en aksjeeiers gjeld til en entreprenør, var en ulovlig utdeling etter asl. § 3-6, og om det i tilfelle kunne kreves tilbakebetaling fra entreprenøren etter asl. § 3-7 første ledd. Selskapet "Arkatunet Eiendom AS" (heretter Arkatunet) var 100 % eid av byggmester Bjarne Skattkjær og hadde til formål å oppføre et større utbyggingsprosjekt. Selskapet inngikk en entrepriseavtale med "GL Prosjektservice AS" (heretter GL Prosjektservice) om utføring av arbeider på utbyggingsprosjektet. Arbeidet ble stanset på grunn av manglende innbetalinger fra Arkatunet. GL Prosjektservice og Arkatunet forhandlet deretter frem en avtale hvor opparbeidet leverandørkreditt ble omgjort til et ordinært lån på 4,213 millioner kroner. Lånet ble sikret med pant i den eiendommen hvor utbyggingsprosjektet ble oppført. Pantet hadde prioritet etter byggelånsbanken.

På grunn av finansieringsproblemene i Arkatunet ble utbyggingsprosjektet delt. En del av prosjektet skulle utføres av det nystiftede selskapet "Skattkjær Invest AS" (heretter Skattkjær Invest). Tomten hvor denne delen av prosjektet skulle oppføres på, ble skilt ut fra den opprinnelige eiendommen.

Skattkjær Invest ble deretter stiftet med byggmester Bjarne Skattkjær og aksjeselskapet Arkatunet som aksjeeiere. Arkatunet brukte den utskilte tomten med en boligblokk under oppføring som aksjeinnskudd. I henhold til stiftelsesgrunnlaget påhvilde det bare en pantegjeld på 12 millioner på tomten. Pantegjelden til blant annet GL Prosjektservice fremgikk ikke av stiftelsesdokumentene. Den reelle verdien av tomten som ble brukt som tingsinnskudd var derfor lavere enn oppgitt i stiftelsesdokumentene, og egenkapitalen til Skattkjær Invest var derfor i realiteten lavere enn det som fremgikk av selskapets åpningsbalanse.

Fokus Bank påtok seg byggelånfinansieringen av prosjektet basert på at egenkapitalen i Skattkjær Invest utgjorde 14,1 millioner kroner, og uten kunnskap om pantegjelden på 4,213 millioner kroner som heftet på tomten selskapet hadde mottatt fra Arkatunet som aksjeinnskudd. Tomten utgjorde det alt vesentlige av verdiene i Skattkjær Invest.

Parallelt med stiftelsen av Skattkjær Invest forhand-

let selskapet frem en avtale med GL Prosjektservice om ferdigstillelse av det arbeidet GL Prosjektservice hadde påbegynt for Arkatunet, men som senere ble stanset. Prisen for de resterende arbeidene baserte seg på det opprinnelige kontraktsbeløpet i avtalen mellom Arkatunet og GL Prosjektservice, og det ble bare gjort fradrag for det beløpet Arkatunet faktisk hadde utbetalt til GL Prosjektservice, ikke det skyldige beløpet på 4, 213 millioner kroner. Lånet fra GL Prosjektservice til Arkatunet var derfor bakt inn i kontraktsbeløpet. Samtidig fremgikk det av avtalen at Skattkjær Invest skulle hefte for dette lånet sammen med Arkatunet.

GL Prosjektservice fikk oppgjør i henhold til avtalen med Skattkjær Invest gjennom midlene selskapet hadde blitt tilført ved byggelånet fra Fokus Bank. GL Prosjektservice fikk således tilbakebetalt lånet til Arkatunet gjennom utbetalinger fra Skattkjær Invest.

Det ble etter hvert åpnet konkurs i Skattkjær Invest. Konkursboet gjorde ikke selv gjeldende noe krav mot GL Prosjektservice på grunnlag av at Skattkjær Invest hadde betalt GL ProsjektserVICES fordring mot Arkatunet, men overdro alle eventuelle rettigheter mot GL Prosjektservice til Vista Holding AS (heretter Vista). Vista fremmet deretter krav mot GL Prosjektservice. Vista gjorde gjeldende at Skattkjær Invests tilbakebetaling av Arkatunets gjeld til GL Prosjektservice var en overføring av verdier fra Skattkjær Invest til Arkatunet i strid med asl. § 3-6 annet ledd første punktum jfr. første ledd, og som GL Prosjektservice var ansvarlig for å tilbakebetale etter asl. § 3-7 første ledd.

Vista Holding fikk ikke medhold av tingretten. Lagmannsretten fant imidlertid at det var skjedd en overføring av verdier i strid med § 3-6, og at GL ProsjektserVICE var ansvarlig for tilbakebetaling etter § 3-7 første ledd.

For Høyesterett anførte GL Prosjektservice tre grunnlag for hvorfor det ikke kunne pålegges å betale tilbake beløpet det hadde mottatt fra Skattkjær Invest til Vista: For det første var tilbakebetalingskravet av en slik karakter at Skattkjær Invests konkursbo ikke hadde anledning til å overdra det til Vista. For det andre var Skattkjær Invests utbetaling overfor GL ProsjektserVICE ikke en utdeling i strid med § 3-6. For det tredje kunne GL Prosjektservice uansett ikke anses som "mottaker" i forhold til asl. § 3-7 første ledd.

Høyesterett tar først stilling til om Skattkjær Invests konkursbo hadde adgang til å overdra eventuelle krav det måtte ha mot GL Prosjektservice som følge av at Arkatunets gjeld til GL Prosjektservice ble nedbetalt av Skattkjær Invest.

GL Prosjektservice sammenlignet det aksjerettslige restitusjonskravet med omstøtelseskrav i konkurs, og anførte at restitusjonskrav skal tilgodese selskapet og kreditorfellesskapet. Det var derfor av en slik karakter at det må gjelde et ulovfestet forbud mot å overdra slike krav til utenforstående tredjemenn.

Høyesterett avviser at det gjelder et ulovfestet forbud mot overdragelse av aksjerettslige restitusjonskrav. Retten tar utgangspunkt i hovedregelen i norsk rett om

at ethvert pengekrav kan overdras. I mangel av et lovfestet eller avtaleregulert overdragelsesforbud, må innskrenkninger i overdragelsesadgangen søkes på ulovfestet grunnlag. Høyesterett har tidligere drøftet om det gjelder et slikt ulovfestet forbud mot overdragelse av omstøtelseskrav i konkurs i Rt. 1994 side 792, men tar i den saken ikke stilling til spørsmålet.

Tingrettens avgjørelse i nærværende sak drøfter om hensynet til medkontrahenten, bevissituasjonen eller kreditorfellesskapet kan begrunne et ulovfestet forbud mot overdragelse av restitusjonskrav. Tingretten legger til grunn at det ikke er noen reell forskjell for medkontrahenten om kravet fremmes av kreditorfellesskapet eller, dersom kravet overdras, av en utenforstående tredjemann. I denne saken fikk erververen av kravet, Vista Holding, tilgang på all dokumentasjon som konkursboet var i besittelse av. Derfor kunne heller ikke bevis hensyn begrunne et ulovfestet overdragelsesforbud. Tingretten legger ikke avgjørende vekt på hensynet til kreditorfellesskapet: Når kreditorfellesskapet har fått opplysninger om et mulig krav, men unnlater å forfølge det, må det være anledning for konkursboet til å overdra dette kravet videre til tredjemann. Høyesterett slutter seg til tingrettens vurderinger, og mener det er en oppgave for lovgiver å begrense eventuelle uheldige virkninger av at det spekuleres i billige oppkjøp av omtvistede krav.

Det er lett å slutte seg til Høyesteretts konklusjon på dette punkt. Et forbud mot å overdra aksjerettslige restitusjonskrav vil fremstå som et tilfeldig unntak fra hovedregelen om at pengekrav kan overdras. Konkursboer har ofte begrensede midler til bobehandlingen. Et restitusjonskrav vil ofte være omtvistet. En adgang til å realisere kravet vil tilføre boet midler uten at det selv trenger å gjennomføre en kostbar prosess hvor det også må bære prosessrisikoen. Et forbud mot å overdra restitusjonskrav kan også redusere den preventive betydningen av regelen i § 3-7 første ledd. Dette vil særlig kunne være tilfellet når det, som i denne saken, er nære forbindelser mellom aksjeeier, selskap og medkontrahent. Et forbud ville kunne legge forholdene til rette for å spekulere i disposisjoner fra selskapet som er utdelinger i aksjelovens forstand, vel vitende om at kravet ikke vil bli inndrevet. Motforestillingene mot å overdra aksjerettslige restitusjonskrav er, som Høyesterett også fremhever, de samme i alle tilfeller der usikre krav overdras og det bør derfor overlates til lovgiveren å redusere de negative konsekvensene av slike overdragelser.

Høyesterett vurderer deretter spørsmålet om Skattkjær Invests gjeldsovertakelse og senere tilbakebetaling av Arkatunets forpliktelse overfor GL Prosjektsservice var en ulovlig utdeling etter asl. § 3-6. Det var på det rene at det var skjedd en overføring av verdier fra Skattkjær Invest til Arkatunet. GL Prosjektsservice anførte tre grunnlag for at det likevel ikke var tale om en utdeling. For det første at en gjensidig bebyrdende entreprisekontrakt er en forretningsmessig avtale som bør respekteres av hensyn til omsetningslivet. Høyeste-

rett avviser dette argumentet. Retten legger til grunn at når det er tale om en transaksjon hvor det er et misforhold mellom ytelsene som kommer en aksjeeier til gode, er det ikke avgjørende at det dreier seg om et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold. Et annet standpunkt fra Høyesterett ville ha medført en innsnevring av utdelingsbegrepet i asl. § 3-6 annet ledd i forhold til hvordan det har vært praktisert. Høyesterett opprettholder derfor tidligere praksis med å legge til grunn en vid forståelse av dette begrepet, jfr. for eksempel Rt. 2000 side 2033.

Videre blir det anført at utbetalingen fra Skattkjær Invest ikke var en utdeling fordi GL Prosjektsservice hadde pant for lånet i eiendommen som entreprisarbeidene ble utført på, og at den derfor ikke innebar noen reell reduksjon av egenkapitalen i selskapet. GL Prosjektsservice kunne i tillegg ikke lastes for at opplysningene om pantet ikke fremgikk av stiftelsesdokumentet. Heller ikke dette argumentet får gjennomslag for Høyesterett. Retten holder også her fast ved det som faktisk har skjedd: Skattkjær Invest betalte Arkatunets forpliktelser uten å være debitor for kravet, og overførte derfor verdier til Arkatunet på selskapets bekostning. Pantet hadde prioritet etter byggelånsbanken, og det var derfor usikkert hvilken verdi pantet hadde. GL Prosjektsservices panterett forandrer derfor ikke på at overførselen fra Skattkjær Invest er en aksjerettslig utdeling. Høyesteretts argumentasjon på dette punkt er i samsvar med hensynet bak aksjelovens utdelingsregler om å unngå at egenkapitalen reduseres på bekostning av de øvrige aksjeeierne og kreditorene. Når det var andre panthavere med prioritet foran eller likestilt med GL Prosjektsservice, innebar utbetalingene til GL Prosjektsservice en fordel for denne kreditoren på bekostning av selskapets øvrige kreditorer.

For at en transaksjon skal være en utdeling er det et vilkår at det er sammenheng mellom selskapets overføring av verdier og mottakerens posisjon som aksjeeier, jfr. Rt. 1995 side 1026. Den tredje anførselen til GL Prosjektsservice er at slik årsakssammenheng mangler. GL Prosjektsservice hevdet at Skattkjær Invests overtakelse og oppfyllelse av Arkatunets gjeld var motivert av behovet for å få ferdigstilt byggeprosjektet og at en tilsvarende entreprisekontrakt ville ha blitt inngått uavhengig av aksjeeierinteressene. Høyesterett tar ikke anførselen til følge.

Når mottakeren av en overførsel fra selskapet er aksjeeieren, oppstiller Rt. 1995 side 1026 et strengt beviskrav for manglende årsakssammenheng mellom aksjeeierposisjonen og overførselen. I nærværende sak åpner Høyesterett for at det gjelder et lempeligere beviskrav når aksjeeieren og mottakeren er forskjellige rettssubjekter. Retten unnlater imidlertid å ta stilling til spørsmålet fordi den legger til grunn at et eventuelt lempeligere beviskrav uansett ikke får anvendelse i denne saken fordi GL Prosjektsservice visste at prisfastsettelsen i entreprisekontrakten innebar en fordel for aksjeeieren. Utgangspunktet for Høyesteretts vurdering av årsaksspørsmålet var derfor at det var sammenheng

mellom Skattkjær Invests betaling av Arkatunets gjeld og Arkatunets aksjeeierposisjon, og at det var opp til GL Prosjektservice å bevise at en slik sammenheng likevel ikke var til stede. Høyesterett så det slik at GL Prosjektservice ikke klarte å sannsynliggjøre dette.

Høyesterett konkluderer på denne bakgrunn med at det var skjedd en ulovlig utdeling etter aksjeloven § 3-6 annet ledd.

Retten drøfter deretter spørsmålet om GL Prosjektservice har restitusjonsplikt etter asl. § 3-7 første ledd første punktum som pålegger "mottakeren" av utdelingen å tilbakeføre det mottatte til selskapet. Det springende punkt i denne saken er om GL Prosjektservice kan anses som "mottaker" etter bestemmelsen i § 3-7.

Drøftelsen tar utgangspunkt i en tvetydig ordlyd, men at lovforarbeidene taler for at det i utgangspunktet er aksjeeieren som har restitusjonsplikt overfor selskapet. Juridisk teori løser spørsmålet om hvem som skal anses som "mottaker" ved å skille mellom ulike tilfeller. En gruppe av tilfeller er hvor mottakeren av utdelingen er en nærstående til aksjeeieren, men hvor den kommer aksjeeieren indirekte til gode. I disse tilfellene anses restitusjonsplikten å påligge den direkte mottakeren, og ikke aksjeeieren. En annen gruppe tilfeller er hvor selskapet inngår en kontrakt med tredjemann, og hvor oppfyllelse av kontrakten innebærer en utdeling til aksjeeieren. Her er aksjeeieren blitt ansett for å være "mottakeren" av utdelingen og derfor restitusjonspliktig etter § 3-7. Høyesterett legger disse utgangspunktene til grunn, og at nærværende sak faller inn under den sistnevnte gruppen. I henhold til dette ville GL Prosjektservice således *ikke* være "mottakeren" etter § 3-7. Men; Høyesterett ser det likevel slik at denne saken også har likhetstrekk med den første gruppen av tilfeller fordi det er et sterkt interessefellesskap mellom de involverte partene GL Prosjektservice (den direkte mottakeren), Skattkjær Invest (selskapet) og Arkatunet (aksjeeieren). I et slikt tilfelle konkluderer retten med at GL Prosjektservice må anses som "mottaker" av utdelingen etter § 3-7 første ledd første punktum.

Høyesteretts drøftelse og konklusjon på dette punkt avviker fra hva som er lagt til grunn i juridisk teori, jfr. Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*; (2006) side 453. Andenæs legger til grunn at selskapets oppfyllelse av en avtale med tredjemann ikke gjør tredjemann til "mottaker" med plikt til å tilbakeføre selskapets ytelse. Tilbakeføringskravet må i disse tilfellene rettes mot aksjeeieren. Andenæs gir ikke noen nærmere begrunnelse for standpunktet. En tilbakeføringsplikt for tredjemann kan imidlertid gå ut over dennes behov for å kunne innrette seg i tillit til en inngått avtale med selskapet. Det kan være uheldig dersom forretningsmessige avtaler settes til side med hjemmel i asl. § 3-7 første ledd fordi det viser seg at avtalen etter det interne forholdet mellom selskap og aksjeeier må anses som en ulovlig utdeling. Slike innrettelseshensyn veier imidlertid ikke tungt hvis tredjemann har, eller burde ha hatt kunnskap om at oppfyl-

lsen av avtalen innebar en ulovlig utdeling i forhold til aksjeeieren. Når Høyesterett kommer til at GL Prosjektservice måtte anses som "mottaker", begrunner retten dette nettopp med det nære interessefellesskapet mellom de involverte partene, samtidig som det fremgår andre steder i avgjørelsen at GL Prosjektservice har hatt kunnskap om de faktiske omstendigheter i en slik grad at det var grunn til å stille spørsmål til selskapet om dets disposisjoner. I denne situasjonen er det ikke grunn til å gi medkontrahentens innrettelseshensyn gjennomslag på bekostning av vernet om selskapskapitalen.

GL Prosjektservice påberoper seg endelig asl. § 6-33 til støtte for at det ikke var restitusjonspliktig etter asl. § 3-7 første ledd. Det ble gjort gjeldende at GL Prosjektservice manglet den nødvendige kompetansen til å forstå at Skattkjær Invests disposisjoner var i strid med aksjelovens utdelingsregler, og at GL Prosjektservice derfor var i god tro i henhold til § 6-33.

Det er usikkert om legitimasjonsregelen i § 6-33 får anvendelse i situasjoner som denne saken. Spørsmålet er om § 6-33 kan føre til at en disposisjon som er i strid med aksjelovens materielle utdelingsregler ikke lar seg reversere. Andenæs åpner for at § 6-33 kan føre til at restitusjonsplikten etter § 3-7 første ledd bortfaller, se Andenæs side 453. Aarbakke m.fl. *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer*; (2004) mener imidlertid på side 199 og 559 at § 3-7 som en spesialregel må gå foran § 6-33 for så vidt gjelder ulovlige utdelinger. Høyesterett unnlater å ta stilling til om asl. § 6-33 kommer til anvendelse fordi GL Prosjektservice uansett ikke var i aktsom god tro.

Det er antatt at asl. § 6-33 ikke gjelder der hvor selskapets representant går utover den ytre rammen aksjeloven setter for selskapets handlefrihet, f.eks. ved å dele ut selskapets midler i strid med utdelingsreglene, se Aarbakke m.fl. side 559. Høyesterett tar som nevnt ikke standpunkt til anvendelsen av § 6-33 i nærværende sak. Etter mitt syn er det tvilsomt om § 6-33 bør gjelde når selskapet har handlet i strid med utdelingsreglene i aksjeloven. Dette vil kunne redusere effektiviteten av aksjelovens kapitalbeskyttelsesregler.

Høyesterett konkluderer på denne bakgrunn med at GL Prosjektservice har restitusjonsplikt etter asl. § 3-7.

Avgjørelsen i Rt. 2008 side 385 er avsagt under dissens 4-1. Flertallets drøftelser fremstår som nokså absolutte i GL Prosjektservices disfavør. Hensynet til en effektiv beskyttelse av selskapskapitalen tilsier at utdelingsreglene praktiseres strengt. I sin alminnelighet bør det likevel ikke sees helt bort fra at en streng praktisering av utdelingsreglene kan gå utover innrettelsesbehovet til selskapets medkontrahenter. Rettspraksis viser imidlertid at det skal skje en konkret vurdering av det enkelte tilfellet om en selskapstransaksjon er en utdeling eller ikke, og at særlige forhold i den enkelte sak har betydning for vurderingene. Se til illustrasjon Rt. 2000 side 2033. Flertallets drøftelser i nærværende sak bærer også preg av at Skattkjær Invests disposisjoner overfor GL Prosjektservice kanskje beveger seg mot

området for svikaktige forhold. Det kan synes som om flertallet bruker utdelingsreglene som en sanksjon mot et aksjeselskapsrettslig uønsket arrangement. Hvorvidt en slik bruk av utdelingsreglene er hensiktsmessig, fortjener kanskje en nærmere drøftelse.

Den dissenterende dommeren ser det da også slik at utdelingsreglene ikke kommer til anvendelse i denne saken, og vurderer forholdet på bakgrunn av stiftelsesreglene i aksjeloven kapittel 2. Mindretallet tar således utgangspunkt i at Arkatunet brukte en tomt som tingsinnskudd i forbindelse med stiftelsen av Skattkjær Invest, og at det var en rettslig mangel ved stiftelsesdokumentet at lånet og panteretten til GL Prosjektservice ikke fremgikk av dette. Mindretallet legger til grunn at mangelen er en rettslig mangel som må vurderes etter asl. § 2-14, og derfor utløser en plikt for aksjeeieren til å erstatte tapet overfor Skattkjær Invest.

Videre legger mindretallet til grunn at Skattkjær Invests overtakelse av Arkatunets gjeld må sees i sammenheng med tingsinnskuddet som ble gjort ved stiftelsen av Skattkjær Invest, hvor selskapet ble tilført en eiendom som var påheftet pantegjelden. Når eieren av eiendommen tok over pantegjelden, ser ikke mindretallet at det skjedde en overføring av verdier fra Skattkjær Invest til Arkatunet. I henhold til dette er det således brudd på aksjelovens stiftelsesregler som er årsaken til at den reelle egenkapitalen i Skattkjær Invest var lavere enn det som fremgikk av åpningsbalansen. Utdelingsreglene kommer derfor ikke til anvendelse.

Hedvig Bugge Reiersen

TINGSRETT

England åpner strandsonen – Spennende lovarbeid på gang

Det er ikke bare i Norge strandsonen tiltrekker seg juridisk oppmerksomhet. I forrige utgave av *Nytt i privatretten* ble det redegjort for et omstridt lovendringsforslag som berører det svenske strandskyddet. Også i England pågår et spennende lovgivningsarbeid med formål å åpne opp den engelske kysten for allment friluftsliv. I september i år ga den engelske regjeringen en orientering til Parlamentet om foreløpig status med lovarbeidet og planer for videre fremdrift.

I 2000 innførte England etter mangeårig politisk arbeid en lovbestemt *right to roam* som har mange likhetstrekk med den norske allemannsretten. Gjennom en helt ny lov – “Access to the Countryside and Right of way Act” – ble betydelige privateide landområder åpnet opp for allmennhetens rett til fri ferdsel i rekreasjonsøyemed. Loven trådte i løpet av 2005 i kraft over hele England og Wales. Den nye ordningen etablerte rett til ferdsel også utenfor veier og stier, over områder nærmere definert som *access land*. Loven har så langt ikke omfattet rett til ferdsel i strandsonen, men er utstyrt med en hjemmel som åpner for utvidelse i denne

retningen (Power to extend to coastal land). Lovens første del, kapittel 1, artikkel 3 første ledd fastsetter at: “The Secretary of State (as respects England) or the National Assembly for Wales (as respects Wales) may by order amend the definition of “open country” in section 1(2) so as to include a reference to coastal land or to coastal land of any description.”

Denne muligheten arbeider nå den engelske regjeringen nærmere med. Miljø- og landbruksdepartementet (Department for Environment Food and Rural affairs) sendte i juni 2007 ut en høring over et forslag om å forbedre publikums adgang til den engelske kysten. Departementets tilråding og oppsummering av høringsrunden er fulgt opp av regjeringen, som offentliggjorde sin respons med planer for videre håndtering i en rapport fra 25. september i år.

Reglene om utvidet adgang til kystsonen er foreslått som del av et større lovverk om forvaltning av hav- og kystressurser. Lovforslaget omtales som *Marine and Coastal Access Bill*. Et eget kapittel i loven vil ivareta de nye reglene om *coastal access*. Løsningen som foreløpig ligger på bordet er en mellomting mellom en kyststi og fullstendig åpning av strandsonen. Forslaget går ut på å etablere en “ferdselskorridor” så nær sjøen som mulig. Målet er at korridoren etterhvert skal strekke seg langs hele den engelske kysten. Forslaget fremmes naturlig nok ikke uten protester fra enkelte hold. “No surprise that landowners are less than keen” rapporterte Telegraph da regjeringens oppsummering så langt ble kjent tidlig i september. Men forslaget møter ikke motstand bare fra grunneierhold. Mange naturvernere mener økt ferdsel kan være en trussel mot sårbar natur eller truede dyrearter. Oppsummeringen etter høringsrunden er likevel at forslaget har svært bred støtte. England er en øy, og adgang til kysten bør være en rett for alle – er et synspunkt som går igjen. Tilhengerne av ordningen peker også på at innføringen av “right to roam” i innlandet har gått mye bedre enn skeptikerne forhåndsvarslet. *The proof of the pudding will be in the eating* sier engelskmennene. Konsekvensene av å åpne opp strandsonen for allmennheten blir selvsagt ikke kjent før man forsøker ordningen.

Ett av de omstridte elementene i lovforslaget gjelder spørsmålet om erstatning til berørte grunneiere. Utkastet inneholder foreløpig ingen erstatningshjemmel. Bak dette ligger et syn om at den praktiske gjennomføringen skal skje i dialog med grunneierne, på en måte som minimaliserer ulempene. England har ingen konstitusjon som sikrer ekspropriasjonsrettslig vern av privat eiendom tilsvarende vår bestemmelse i Grunnloven § 105. Men statens forpliktelser knyttet til Europakonvensjonens første tilleggsprotokoll om vern av eiendom inngår i vurderingen. Høringsrunden har påvist at man ikke kan se bort fra at enkelte grunneiere vil kunne påvise et økonomisk tap som følge av den nye lovgivningen. Det gjenstår å se om loven vil utstyres med erstatningshjemmel.

Les mer om utviklingen i den engelske strandretten her: <http://www.defra.gov.uk/wildlife-countryside/access/>

access-coast.htm Det er varslet at lovforslaget skal behandles av Parlamentet sent dette høstsemesteret.

Marianne Reusch

Spør først – grav siden. Straffansvar ved ulovlig veibygging – Høyesteretts dom 18. september 2008 (HR-2008-1591-A)

Det er ikke så ofte straffesaker omtales i *Nytt i privatretten*. Men en fersk avgjørelse fra Høyesterett gir en viktig påminnelse om at det kan ha strafferettslige konsekvenser å snuble i vurderingen av om et tiltak er søknadspliktig etter plan- og bygningsloven eller ikke.

Kjernen i saken var om bygging av en anleggsvei kunne betraktes som et midlertidig, og dermed ikke søknadspliktig, anlegg etter plan- og bygningsloven. Den aktuelle veien knyttet seg til utvidelse av et fiskeoppdrettsanlegg. Oppdrettsanleggets område skulle utvides ved utfylling utover i sjøen. Veien ble anlagt midlertidig for å kunne transportere masse til utfyllingsarbeidene. Planen var at veien skulle fjernes etter et halvt års tid, og området tilbakeføres til opprinnelig stand.

Hovedregelen i plan- og bygningsloven § 93 er at de fleste bygningsarbeider og større terrenginngrep er søknadspliktige (§ 93). Søknad eller eventuelt dispensasjon må være innvilget før tiltaket kan påbegynnes. Anlegg av vei er særskilt nevnt i et eget punkt i den spesifiserte menyen over søknadspliktige tiltak (§ 93 bokstav j). Plassering av midlertidige bygninger og anlegg er ikke søknadspliktige, men må på forhånd meldes inn til kommunen (§ 93 annet ledd jf. § 85). Kriteriet om midlertidighet er i loven definert å være av inntil fire måneders varighet. Det er et generelt vilkår at midlertidige innretninger ikke må plasseres slik at de hindrer allmenn ferdsel eller friluftsliv eller på annen måte fører til vesentlige ulemper for omgivelsene.

Den anleggsveien som var til vurdering i Høyesterett skulle etableres ved utfylling av masse i sjøkanten, nedenfor flomålet, og frem til virksomheten. Høyesterett avgjorde saken etter en vurdering av kriteriet om ulemper for omgivelsene. Om skjønnsutøvelsen knyttet til "vesentlige ulemper for omgivelsene" uttalte Høyesterett (avsnitt 31) at dette ikke må tolkes for snevert. All tilgjengelig informasjon om stedet må tas i betraktning, og det må utøves et bredt skjønn. Som gammelt tingsted var området automatisk fredet som kulturminne, jf. kulturminneloven § 4. Denne omstendigheten var ifølge Høyesterett ikke tilfredsstillende vektlagt i vurderingen av tiltakets ulemper for omgivelsene, og et av de sentrale vilkårene for søknadsfrihet etter pbl. § 85 var derved ikke oppfylt i saken.

Med denne innfallsvinkelen var det ikke nødvendig for Høyesterett å konkludere i spørsmålet om midlertidig vei som sådan overhodet kan falle inn under unntaksfriheten fra søknadsplikt i plan- og bygningsloven § 85. Uttalelser i dommen går likevel langt i å antyde at bygging av vei vanskelig kan tenkes å oppfylle vilkåret

om "midlertidig plassering" selv om veiens funksjon er midlertidig, i påvente av permanent løsning (se avsnitt 38).

Kravene om meldeplikt og søknadsplikt har blitt ytterligere klargjort i den nye plan- og bygningsloven som ble vedtatt i juni i år. Den nye loven har en egen definisjonsbestemmelse som klarlegger tiltaksbegrepet, både i forbindelse med byggesaker og plansaker. Terskelen er lav for det som etter loven representerer et *tiltak*. Bestemmelsen i den nye pbl. § 1-6 fastsetter at tiltak inkluderer blant annet oppføring, riving, fasade- eller bruksendring og annen virksomhet og endring av arealbruk som vil være i strid med arealformål, planbestemmelser og hensynssoner. I departementets merknader til bestemmelsen fremgår det at definisjonen i hovedsak er en videreføring av gjeldende lov. Det har likevel vært et ønske å klargjøre det sentrale punktet om at ethvert bygge- og anleggstiltak, terrenginngrep eller eiendomstiltak enten må ha formell tillatelse, eller være tillatt, etter lovens nærmere regler. Departementet uttaler at det er et formål å gjøre dette fundamentale prinsippet synlig tidlig i loven, slik at lovens system fremstår klarere enn det har gjort til nå. Se nærmere i om dette i Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling, side 174.

Marianne Reusch

Nye utnyttelsesmåter for allmenningensretten

Bruksrett i allmenning skal dekke driftsbehov for jordbruksseiendommer. Hovedregelen er at utnyttelsen skal skje i samsvar med rasjonell bruk etter tiden og forholdene. Landbruket er i endring. Driftsomleggingene aktualiserer spørsmål om bruksbehov som skriver seg fra nye driftsformer er omfattet av allmenningensretten. I juni 2006 nedsatte Landbruks- og matdepartementet en arbeidsgruppe for å vurdere rammene for utøvelse av bruksrett i statsallmenning. Gruppen kom opp med flere konkrete problemstillinger og forslag (rapporten ble avgitt 15. desember 2006). Landbruks- og matdepartementet har nå hatt spørsmålene til vurdering i tilknytning til den såkalte seterforskriften (FOR-1984-06-22-1302).

I fjor utarbeidet departementet et rundskriv der det åpnes for at seterretten nå skal kunne utnyttes til småskala turistvirksomhet (M-3/2007 – Om forskrift om seter og tilleggsjord m.m. i statsallmenningane). Melkeproduksjon har tradisjonelt vært kjernen i seterdriften, men rundskrivet legger opp til en utvidet forståelse av seterbegrepet. Etter fjelloven § 18 har en gård med bruksrett til beite i allmenningen, også rett til å få utvist seter (enten for seg selv eller sammen med andre bruksrettshavere), dersom det kan godtgjøres at "det trengst seter til drift av garden". Hittil har "trengst" vært tolket som et krav om melkeproduksjon. Heretter skal det også kunne utvises seter der gården, eller en gruppe av gårder, ønsker å gå i gang med en kombinasjon av jordbruksmessig utnyttelse og småskala turistvirksomhet på setrene. Praksisendringen vil selvfølgelig også omfatte eksisterende setre der man ønsker å vri

næringsgrunnlaget fra melkeproduksjon til turistvirksomhet. Den utvidede adgangen til turistvirksomhet kan åpne for nye rettslige utfordringer i allmenningsforhold. En kan for eksempel tenke seg at flere gårdsenheter ønsker å samarbeide om selve turistvirksomheten på et større seteranlegg, og skille denne delen av landbruksdriften ut som eget rettssubjekt. Et spørsmål er om dette rettslig vil kunne anses for å representere en tilstrekkelig kobling mellom utøvelsen av allmenningsretten og gårdsenhetene som sådan.

På bakgrunn av arbeidsgruppens rapport, vurderer Landbruks- og matdepartementet også forskjellige endringer av seterforskriften. Ett viktig spørsmål er knyttet til utnyttelse av vannfall til småkraftverk. I statsallmenning er det en klar interessekonflikt mellom statens interesser som grunneier og de bruksberettigede som gruppe. Spørsmålet om retten til å produsere elektrisk kraft representerer et typetilfelle av denne motsetningen. Arbeidsgruppen tok opp spørsmålet på prinsipiell basis, og resultatet ble en dissens etter de nevnte skillelinjene. Et flertall besto av representantene for de bruksberettigedes interesseorganisasjoner. Disse hevdet at utnyttelse av vannfall i statsallmenning for elektrisitetsproduksjon må anses som en del av allmenningsretten etter dagens driftsforhold. Et mindretall bestående av Statens Landbruksforvaltning og Statskog SF hevdet at kraftproduksjon ikke omfattes av bruksretten. Av åpenbare årsaker er det vanskelig å kalle kraftproduksjon for en tradisjonell bruksform. På den annen side har vannfallene i allmenning fra langt tilbake vært utnyttet som en del av bruksretten, typisk til sagbruk og kvernbruk.

Representantene for staten finner støtte for sitt syn i den såkalte Vinstra-dommen, Rt. 1963 s. 1263. Høyesterett fant der at selv om et rasjonelt drevet jordbruk vil kreve tilgang på elektrisk kraft og behovet for slik kraft med rette vil kunne betegnes som et jordbruksbehov, er produksjon av elektrisitet ikke omfattet av allmenningsretten. Retten la til grunn at elektrisitetsproduksjon er vesensforskjellig fra de former for utnytting av vannet som tidligere har inngått i bruksretten. Etter Høyesteretts mening var det her ikke snakk om en endring av bruken i samsvar med tiden og forholdene, men om en ny bruk som falt utenom "den ramme som er trukket av den hittil lovhjemlede eller utøvede almenningsbruk" (s. 1270–1271).

I et høringsdokument til seterforskriften har Landbruks- og matdepartementet landet på en salomonisk løsning (utkast til rundskriv, 6. juni 2008). Staten fastholder på den ene siden at elektrisk kraftproduksjon ikke er en del av bruksretten, men åpner på den andre siden for at Statskog SF kan tillate en setereier eller grupper av setereiere å utnytte vannfall til strømproduksjon for sine seteranlegg. I slike tilfeller skal Statskog SF ikke kreve noe vederlag for utnyttelsen av fallretten, men vil for eksempel kunne sette som vilkår at utbyggingen skal skje som et samarbeidsprosjekt for hele setergreider. Blir forslaget en realitet, kan det også her ligge til rette for spennende rettslige utfordringer.

Hvilken organisasjonsform skal setereierne velge i et slikt tilfelle, og vil det være i tråd med allmenningslovgivningen at kraftverket opprettes i regi av et eget rettssubjekt? Høringsfristen gikk ut den 1. november 2008.

Geir Stenseth

Litteratur

Gunnar Eriksen: *Alders tids bruk*. Fagbokforlaget, Oslo 2008. 391 sider

Tidlegare har Eriksen gitt ut ei rad arbeid om spesialspørsmål innanfor reglane om alders tids bruk og tilgrensande spørsmål, til dømes "Framveksten av kravet om god tro ved hevd og alders tids bruk" i TfR 1/2003 (s. 79–128). Forfattaren har også bak seg fleire publikasjonar innan samerett og rettshistorie. Gunnar Eriksen er i dag førsteamanuensis ved det juridiske fakultet på universitetet i Tromsø.

Boka "Alders tids bruk" er basert på doktoravhandlingen til Eriksen med same namn. Eriksen disputerte ved det juridiske fakultet i Tromsø i 2007. I boka har Eriksen blant anna innarbeida kommentarar til manuset frå førsteopponent Thor Falkanger.

Reglane om alders tids bruk er reglar om korleis ein ved lang tids bruk av eigedom kan erverva rettar med eit tilsvarande innhald. Føresetnaden er at ein ikkje hadde nokon rett eller tillating til å utøva bruken då ein starta å nytta eigedomen eller ressursen. Hovudvilkåret for alders tids bruk er ein har nytta eigedomen eller ressursen samanhengande og tilstrekkeleg intensivt i akt-sam god tru i lang tid. I kor lang tid bruken må vera utøvd kan variera frå sak til sak.

Boka til Eriksen er ikkje berre ei dogmatisk framstilling av reglane om alders tids bruk. Boka gir også ei særskild grundig innføring i historikken bak reglane om alders tids bruk, og ikkje minst gir Eriksen lesaren ei fargerik innføring i verdsbiletet rundt framveksten av reglane. Forfattaren maktar med dette grepet å syna korleis utviklinga av rettsvitskapen fargar innhaldet i reglane om alders tids bruk til ei kvar tid. I boka er det også to spennande drøftingar om nytten av alders tids bruk-reglane på to spesielle område der reglane har spela ei viktig rolle. Det er på område for allmenningsretten, og på området for same- og reindriftsretten. Til slutt gir forfattaren ei vurdering av om reglane er naudsynte slik rettskjeldebilete er i dag eller ikkje.

I Del I i boka får vi ei innføring i kva metodisk tilnærming Eriksen har nytta til stoffet. Analyse av rettspraksis er sjølvsgt sentralt på eit ulovfesta område som dette. Me får også ei grundig innføring i utviklinga bak reglane om alders tids bruk. I Del I reiser også Eriksen spørsmål om reglane om alders tids bruk er eit sjølvstendig ervervsgrunnlag. Konklusjonen på dette spørsmålet er eit klart ja. Til slutt i denne delen går Eriksen gjennom omsyna bak reglane om alders tids bruk.

Del II i boka er nok den delen som er av størst interesse for praktiserande juristar. Her går Eriksen gjennom alle vilkåra for erverv med grunnlag i alders

tids bruk. Eller for å bruka forfatternen sitt omgrep dei forskjellige avvegingsmarkørane i vurderinga av om det kan vinnast rett etter reglane om alders tids bruk. I denne delen drøftar også Eriksen spørsmålet om bruk av alders tids bruk ved fastlegging av rettstilhøva i allmenningar. Til slutt ser Eriksen på verknadene av alders tids bruk.

I Del III ser Eriksen på spørsmålet om tilhøvet mellom "festna rettstilhøve" og alders tids bruk som ervervsgrunnlag. I denne avsluttande delen drøftar Eriksen også spørsmålet om korleis reglane om alders tids bruk har vore nytta ved samisk bruk av naturressursar. Til slutt spør Eriksen om vi har behov for reglane om alders tids bruk.

Katrine Broch Hauge

VERGEMÅLSRETT

Litteratur

Peter Lødrup, Eldbjørg Kluffen, Trine Eli Linge, Vibeke Gjosli: Vergemålsloven med kommentarer. Gyldendal Akademisk, Oslo 2008. 735 sider

Vergemålsloven fra 1927 fastsetter myndighetsalderen når det gjelder formuerettslige disposisjoner, og fastsetter regler om hvem som skal ta beslutninger for umyndige, umyndiggjorte og myndige som ikke selv kan ta vare på sine rettslige anliggender. Slike beslutninger fattes normalt av forskjellige typer verger som står under tilsyn av et overformynderi. Overformynderiet er et valgt kommunalt organ. Ved siden av tilsynsfunksjonene forvalter også overformynderiene en vesentlig del av formuen til dem som står under overformynderiets tilsyn. De fleste steder i landet drives overformynderiene av de folkevalgte nærmest fra kjøkkenbenken, mens det er ansatt en fast formann på noen større steder.

Anslagsvis halve boka er kommentarer til loven, mens den andre halvparten er en samling av rundskriv og andre administrative vedtak. Rundskrivssamlingen i seg selv gjør boka til noe man må ha, når departementet selv ikke på en stund har løftet dette stoffet ut av arkivet (det burde vel vært på nettet). Kommentarene er også nyttige, men her foreligger det allerede en del publisert materiale.

Forfatterne har arbeidet med problemstillingene i vergemålsutvalget og i offentlig forvaltning, og innfrir de forventningene det skaper til en kommentarutgave. Boka er lettlest og har omfattende henvisninger til forarbeider osv. ved hver bestemmelse i loven. Registeret er brukbart.

Vitenskapelige ambisjoner har man nok ikke hatt. Noe litteratur er uteglemt (anmelderens inkludert). Og når kommentarene går lengre enn parafrasering, savner jeg et ordentlig fotnoteapparat som kan knytte forbindelsen mellom utsagnene og kildene. Et eksempel er

regelen som hevdes om at overformynderiet må forvalte likvider slik at de ikke er bundet ved vergemålets opphør (s. 303 og s. 314). Uten fotnoter er det ikke godt å vite hvor man har denne regelen fra. Regelen som hevdes er direkte i strid med adgangen i lov og forskrift til å investere i f.eks. fast eiendom, og ville ha den uheldige effekten å hindre f.eks. at overformynderiet setter den umyndiges midler i boligsparing med skattefradrag. Kan det man har hatt i tankene ha vært at det er et ulovlig hensyn om hensikten med valgt investering er å hindre at 18-åringen fritt skal kunne disponere pengene ved nådd myndighetsalder?

Bare sjelden glir forklaringene over i avveininger av hensyn og andre drøftelser. Og de som er, er ikke alltid vellykkede. Jeg tror for eksempel overformyndere gjør klokt i å søke tilleggsveiledning etter å ha lest bokas drøftelse av om man ved vergeoppnevning kan legge vekt på at en potensiell verge har vært tiltalt for en forbrytelse, men har blitt frikjent (s. 80). Her får man ikke frem de besvergelses man etter gjeldende rett må ty til for å vise at man respekterer frifinnelsen på tross av at man legger vekt på det som har passert. Å konkludere med at "ingen har krav på å bli oppnevnt som verge" blir iallfall villedende når poenget er at det uansett stilles visse krav til oppnevningssprosessen.

Bokas forfattere har gjort et beundringsverdig arbeid med å samle rettskilder. Men de faktiske forhold blir ikke alltid løftet like godt frem. Et eksempel er avveiningene når det gjelder hvordan midler under overformynderiets forvaltning skal plasseres (s. 301 flg.). De fleste overformyndier uten fast formann velger her å sette pengene i bank til en heller moderat rente. Det hensynet som er avgjørende, er nok da i praksis at andre plasseringsmåter ville være urimelig arbeidskrevende. Men hvilken vekt hensynet til administrativ bekvemmelighet har og bør ha, er ikke drøftet. Hadde man drøftet dette, ville man kanskje drøftet muligheten av finansiering av det administrative arbeidet og muligheten av å rasjonalisere det ved å bruke et klientkontosystem i overformyndier uten fast formann (som ikke kan ha felles forvaltning av midlene).

I det hele synes særproblemer til de mindre overformynderiene uten fast formann – og det er langt de fleste – sjelden å komme frem. Et eksempel er forvaltningen av verdipapirer (s. 316 flg.). I boka pekes det helt korrekt på at dette nå hovedsakelig dreier seg om pantobligasjoner med påtegning om at de disponeres av overformynderiet. Overformyndier med fast formann kan legge dem i safen eller bankboksen, og det skulle være trygt nok. Men overformyndier uten fast formann må engasjere en bank for å "forvalte" verdipapirene, dvs. at banken må ha dem liggende i sitt hvelv. Dette er tungvint, og forvaltningsgebyret er ikke ubetydelig. At verdipapirene skal forvaltes på denne måten er helt meningsløst. At det forvaltningsgebyret bankene krever kan belastes klientene gjør vel ikke saken noe bedre; det blir nærmest en særskatt på klienter i små kommuner. At særskatten gjerne går til den lokale banken er nok en mager trøst for de fleste.

Det ville for øvrig vært klokt av forfatterne å forklare overformynderiene forskjellen på pantobligasjoner og de pantedokumenter som nå brukes i forbindelse med omtalen av verdipapirer. De pantedokumenter som nå brukes er ikke verdipapirer, og derfor vindikable, og oppbevaring av dem er ikke like risikofylt som oppbevaring av f.eks. pantobligasjoner. Oppbevaringsreglene gjelder ikke slike dokumenter.

Juridiske fremstillinger uten et EØS-rettslig perspektiv hører til sjeldenhetene i dag. Og det spørres om ikke også denne fremstillingen burde hatt noen slike. Selv synes jeg det slett ikke er opplagt at overformynderiets valg av banktjenester skal skje uten anbud, enten som en direkte følge av EØS-reglene eller iallfall etter prinsippene for offentlige anskaffelser. Forfatterne synes ikke å se problemet, og faller til ro med en antydning om at det ofte er lokale banker som får fordelene av overformynderienes millioninnskudd (s. 304). Det siste er faktisk sett skremmende riktig.

Boka er skrevet før finanskrisen. I dag synes det opplagt at overformynderiene ikke bare må se hen til renten, men også sikkerheten ved plassering i bank. Jeg vet ikke om overformynderier systematisk deler opp større innskudd slik at man ikke kommer over statsgarantien i noen enkelt bank.

Forfatterne viser ofte til vergemålsutredningens forslag med tilslutning. Enkelte ganger er entusiasmen svært stor, som når fremstillingen der beskrives som grundig (s. 370) og ”informativ og lærerik” (s. 379). I forordet får vi også høre at den kommende nye loven sannsynligvis vil bygge på utkastet, som på mange punkter opprettholder den gamle lovens ordening, slik at det ikke er bortkastet å kjøpe kommentarutgaven til den gamle loven. Med forfatternes tilknytning til departementet får en tro disse opplysningene er riktige. Jeg skulle ønske alle departementstjenestemenn var like åpne og informative.

Boka inneholder ikke et metodekapittel, og det mener jeg for min del er bra. Men enkelte metodiske drøftelser savnes likevel. Når halvparten av boka er departementsskriv burde kanskje grunnlaget for departementets kompetanse vært drøftet. Kompetansen følger ikke av loven.

Systematikken i en lovkommentar gir seg i utgangspunktet selv. Men når lovstoffet blir rotet og usystematisk, blir det en utfordring å rydde opp. I en lov fra 1927 er det selvsagt flere eksempler på dette. Selv skulle jeg gjerne sett at man hadde behandlet de forskjellige oppnevningorganene og -rutinene for verger og vergesubstitutter samlet, slik at lovgiveren kunne få et grunnlag for å rydde opp og publikum og overformynderier kunne få en oversikt over kaoset. I dag kan det godt hende at tingretten oppnevner en hjelpeverge uten at overformynderiet – som normalt er oppnevning- og tilsynsorgan – overhodet blir informert. På tilsvarende måte må det ha vært en utfordring for forfatterne at loven bruker begrepet ”hjelpeverge” om flere forskjellige typer verge. Forfatterne gjør selvsagt oppmerksom på dette – men bruker så lovens upresiserte terminologi senere i verket.

Kritiske ambisjoner har boka ikke. Departementets syn legges generelt til grunn uten videre drøftelse. Også når loven ignoreres i praksis får det forfatternes velsignelse. Dette gjelder for eksempel fødte vergers regnskapsplikt (s. 332) og at barnevernsvakten i Oslo har overtatt hjelpevergens rolle etter straffeprosessloven (s. 124; der det riktignok innledningsvis sies at ordningen er uheldig). I det første tilfellet er forklaringen som tilbys at overformynderiene har prioritert ned lovens krav (selv ville jeg heller drøftet om loven skulle tolkes innskrenkende), og i det andre at loven – antakelig både vergemålsloven og den relativt nye straffeprosessloven – er så dårlig at den kan brytes regelmessig ut fra nødrettsbetraktninger. Ikke minst med forfattere fra justisdepartement og tilsynsmyndighet er synspunktene foruroligende.

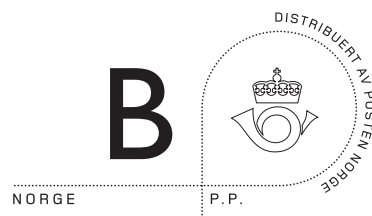
Det er likevel to innvendinger mot dagens system som det er enda mer bekymringsverdig at forfatterne er tause om. Dette gjelder for det første prinsippet om at det må påvises et konkret behov for en hjelpeverge for myndige før man kan oppnevne en (s. 377 flg.). Eldre personer som ikke har påvisbart behov for hjelp av det slaget en hjelpeverge kan gi, for eksempel fordi en nabo hjelper dem, skal ikke få oppnevnt hjelpeverge. Dette vil si at samfunnet ikke tilbyr noen kontroll og tilsyn i slike tilfeller. Videre betyr det at det ikke nødvendigvis er slik at man får hjelp til å gjøre de krav gjeldende som kunne vært gjort gjeldende, for eksempel når det gjelder trygd og skatt. Behovet må påvises først. Jeg opplever dette som lite tilfredsstillende, og kan ikke se noen andre hensyn enn sparehensyn som taler for begrensningene i ordningen.

Det andre området der kritiske bemerkninger ville vært på sin plass, er ordningen med at man nesten aldri umyndiggjør personer i Norge lenger. I stedet oppnevner man en hjelpeverge etter langt mer utrygge prosedyrer enn dem som gjelder ved umyndiggjøring, selv om realiteten ofte er den samme som ved umyndiggjøring.

Minst problematisk er dette når problemet er at den hjelpetrengende er for passiv, for eksempel dement. Men også her er det vanskelig å skjønne at vedkommendes penger skal plasseres til dårlig rente i overformynderiet heller enn på den måten vedkommende ønsker eller har pleid, eller familien og arvinger mener at vedkommende ville ha gjort.

Veldig problematisk er dette når problemet er at den hjelpetrengende er for aktiv, for eksempel på grunn av en bipolar lidelse. Uten at det en gang nevnes i boka er det her ganske vanlig at verge og overformynderi sørger for at vedkommende ikke får tilgang til formuen sin i dårlige perioder, kanskje ut fra en slags samtykkekonstruksjon. Det er bare navnet og de rettslige betryggende formene som skiller dette fra umyndiggjøring, negativt sett. Og den positive virkningen av umyndiggjøring, at avtaler klienten har inngått i en dårlig periode blir uvirksomme uten at man må påberope seg sinnssykdom, får den hjelpetrengende ikke. Mot slik aktivitet hjelper jo selv en restriktiv formuesforvaltning

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



ikke. Det ville vært ønskelig om boka hadde tatt opp disse problemene og drøftet dem. Det dreier seg tross alt om rettspolitiske kjerneproblemer. Om man ikke vil bruke umyndiggjøring i slike tilfeller, bør i alle fall etableringen av hjelpevergemål følge de samme prosedyrer som umyndiggjøring.

Noen av de sist nevnte problemene kunne vært unngått om potensielle medkontrahenter lett kunne undersøkt om en person hadde hjelpeverge. Dette registreres i folkeregisteret, og begrunnelsen for regelen må nettopp være informasjonsbehovet. Men folkeregisteret praktiserer taushetsplikt (overfor alle andre enn offentlige organer). Forfatterne godtar denne hovedregelen (s. 369).

En kunne da spørre om en potensiell medkontrahent kunne undersøke i vedkommende overformynderi om en person hadde hjelpeverge. Her gir boka ingen veiledning. Men ettersom liknende taushetsregler gjelder for overformyndieret som for Folkeregisteret, må det

vel antas at forfatterne mener at medkontrahenten heller ikke her kan få den nødvendige informasjon, selv om dette ville kunne redde klienten fra en uheldig situasjon.

Hva forfatterne mener om når verger av forskjellig slag selv kan flagge at de har hjelpevergeoppdrag tør jeg ikke en gang gjette på. Men at problemet er praktisk, vet jeg.

Når noen skriver en så omfattende bok, ville det være rart om alle var enige i at slik måtte boka være. Jeg har sett på boka fra mitt kanskje sære perspektiv, og har kommet med noen – relativt sett få – bemerkninger. Men dette må ikke svekke hovedinntrykket av at dette er en stor og flott bok, som kommer til å bli mye brukt.

Erik Røsæg

Nytt i privatretten

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

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

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

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

Et årsabonnement (2008) på *Nytt i privatretten* koster kr 440,-.
Studentabonnement koster kr 220,-.
Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2008

Neste utgave kommer februar 2009