



# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

## Nytt i den europeiske privatretten

Av professor dr. juris Kåre Lilleholt

Verket er på meir enn 6500 tettskrivne sider, fordelt på seks band, og ber tittelen *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (red.: Christian von Bar og Eric Clive, München 2009). Undertittelen er meir kjend: *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, ei sams referanseramme, og verket er resultatet av ein kontrakt mellom EU-kommisjonen og fleire grupper av europeiske juristar, universitetsjuristar for det meste.

Uttrykket sams referanseramme dukka opp i dokument frå Kommisjonen og var sikkert meint å vera akkurat så vagt som det er. Tanken om samordning eller harmonisering av dei privatrettslege reglane i Europa er politisk omstridd, og det har vore viktig å finne ei nemning som ikkje føregrip noko.

Utkastet til sams referanseramme har form som ei sivillovbok: ein regeltekst som dekkjer store delar av privatretten (likevel med viktige unntak for til dømes

familierett, arverett og reglar om fast eigedom). Her finn vi «bøker» om avtaleinngåing, obligasjonsrett, spesielle kontraktar (kjøp og mange andre), negotiorum gestio, skadebotrett, urettkomen vinst, eigdomsrett til lausøyre, sikringsrettar i lausøyre, og trust. I tillegg til regelteksten er det forklårande kommentarar og ikkje minst utførlege notar med utgreiingar om tilsvarande spørsmål i nasjonal rett. Regelteksten er ikkje ei samanfating av eller ein samnemnar for dei nasjonale reglane, men meir eit framlegg til konsistente reglar som totalt sett kan vera akseptable – slik juristgruppene ser det – for heile Europa.

Dei fleste europeiske land har sivillovbøker; unntaka er i første rekkje Storbritannia, Irland og dei nordiske landa. Somme ser kanskje for seg ei sivillovbok for Den europeiske unionen, men noko slikt ligg i beste fall langt fram i tid, iallfall om ein tenkjer på ei sivillovbok som skal koma i staden for nasjonal lovgjeving. Derimot er tanken om eit «28. regime», eit regelsett som kjem i tillegg til dei nasjonale rettsordningane, meir akseptabel. Alt i dag kan partar velje å lata eit internasjonalt rettsforhold bli regulert av reglar utan nasjonal tilknytning (som utkastet til sams referanseramme, eller Principles of European Contract Law, Unidroit Principles of International Commercial Contracts eller andre), omtrent på line med standardvilkår. Eit steg vidare kan vera å opne for at partar kan velje eit slikt «optional instrument» som bakgrunnsrett, i staden for eit vanleg rettsval. Slike avtalar er rimeleg nok mest aktuelle for kontraktsretten, men kontraktsretten heng saman med andre rettsområde, og det kan vera ei fordel om reglane omfattar også andre rettsområde. – Tanken om ei «sivillovbok» som eit «28. regime» har nyleg vore lufta av Vivian Reding, som er EU-kommisær for rettsspørsmål, grunnleggjande rettar og EU-borgarskap.

Same kva som skjer i den vidare politiske prosessen, er seksbandsverket ei uvurderleg kjelde til kunnskap om privatretten i Europa. I så måte passar uttrykket sams referanseramme godt. Terminologi og systematikk skiftar frå land til land, og juristar med ulik nasjonal bakgrunn kan ofte tala forbi kvarandre. Språket er

### Innhold nr. 2/2010:

<b>Leder</b> .....	1
<b>Arbeidsrett</b> .....	2
<b>Erstatningsrett</b> .....	8
<b>Familie- og barnerett</b> .....	11
<b>Immaterialrett</b> .....	13
Varemerkerett .....	13
<b>Konfliktløsning</b> .....	15
<b>Kontraktsrett</b> .....	17
<b>Pengekravsrett</b> .....	18
<b>Selskapsrett</b> .....	19
<b>Tingsrett</b> .....	20
<b>Institutt for privatrett</b> .....	23
Doktorgradsprosjekter .....	23
Disputaser .....	23
Skriftserien .....	24

eit problem i seg sjølv; nyttar ein vanleg engelsk juridisk terminologi, følgjer gjerne den engelske jussen med. Det er ikkje alltid så lett å vita kvar ein skal leite, heller, når ein skal finne fram i eit anna rettssystem. Her blir regelteksten i dette verket nettopp ei sams referanseramme. Lesaren kan finne fram til ein regel i utkastet, kontrollere kva regelen svarar til i lesarens rettssystem, og deretter sjå korleis spørsmålet er regulert i andre europeiske land. Samtidig viser regelteksten kva samanheng spørsmålet kan setjast inn i, og dette kan i neste omgang gje nyttig perspektiv på dei tilvande løysingane. I dei komparative notane er det rikeleg med tilvisingar til lover, rettspraksis og litteratur i tillegg til sjølve utlegginga av reglane. Norsk rett er ikkje med i alle bøkene, av grunnar som har med tilhøvet til EU å gjera, men der kjem ein langt med litt kjennskap til annan nordisk rett.

Det er vanskeleg å tenkje seg eit oppslagsverk som skal kunne organisere kunnskapen om europeisk privatrett på ein betre måte enn dette.

## ARBEIDSRETT

### **Etter lek med ild, nå lek med vann: Aldersgrense, pensjonsalder, sjømenn – Høyesteretts dom 18. februar 2010 (HR-2010-00303-A)**

Etter diskusjonen om aldersgrenser for ansettelse av brannmenn (EU-domstolen sak C-229/08 *Colin Wolf*, omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 1/2010, s. 7–8) kom et annet element for retten: vann. Saken for Høyesterett gjaldt oppsigelse på grunn av alder basert på sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd – den såkalte 62-årsgrensen. Da den oppsagte skipselektrikeren ble ansatt, hadde han allerede passert 62 år, men ifølge en nedbemanningsprosess fikk han likevel oppsigelse basert på oppnådd aldersgrense under henvisning til den nevnte § 19 samt et tilbud om midlertidig ansettelse. Han aksepterte ikke oppsigelsen og gikk til retten. Høyesteretts flertall kom til at den utvilsomt direkte aldersdiskrimineringen av sjømenn som er over 62, er adekvat begrunnet og lovlig.

Kjernespørsmålet i saken var om oppsigelse etter 62 år basert på sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd strider mot aldersdiskrimineringsforbudet i sjømannsloven § 33, jf. § 33 B. Direkte aldersdiskriminering kan ifølge § 33 B rettferdiggjøres, forutsatt at forskjellsbehandlingen er «*nødvendig for å oppnå et saklig formål*» og «*ikke ... uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles*». Det som gis uttrykk her, er det såkalte *proporsjonalitetsprinsippet*. Hvis forskjellsbehandlingen ikke passerer proporsjonalitetstesten, så kan aldersdiskrimineringen ikke rettferdiggjøres.

Det underliggende og mest kontroversielle spørsmålet er hvorvidt aldersdiskrimineringsforbudet i § 33 B må anvendes i samsvar med rammedirektivet 2000/78/EF, særlig med direktivets unntaksregel

i artikkel 6 (1) og slik den er fortolket av EU-domstolen. Likesom ved arbeidsmiljølovens § 15–13a reiser det seg ved sjømannslovens § 19 nr. 1 sjette ledd og § 33 B det grunnleggende spørsmålet om forholdet mellom nasjonal lovgivning og et EF-direktiv som *ikke* er innlemmet i EØS-avtalen, men som Norge bare har forpliktet seg politisk til å implementere i norsk rett. Kritikere har blant annet fremholdt at når direktivet ikke er en del av EØS-avtalen, har det ingen bindende virkning for Norge. Etter dette syn «kan» norske domstoler foreta en proporsjonalitetsvurdering etter direktivets krav og EU-domstolens tolkning av disse, men de «må» ikke gjøre det. Det impliserer – som arbeidsgiversiden fremhever under henvisning til NOU 2009: 14, s. 198 – at Norge kan «stille seg noe friere til direktivet som tolkningsfaktor», og at det dermed «må være interne norske rettskilder som blir utslagsgivende når rekkevidden skal fastlegges» (avsnitt 26). Også tredje- og fjerdevoterende i Høyesterett fremhevet at det finnes ingen «tilstrekkelige holdepunkter for at lovgiveren har forutsatt at direktivet skal supplere bestemmelsen i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd» (avsnitt 95, 97). I motsetning til dette konkluderte førstvoterende – under henvisning til Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 196–197 – med at domstolene må som utgangspunkt vurdere spørsmålet om rammedirektivet skal legges til grunn ved tolkning og anvendelse av sjømannslovens regler på selvstendig grunnlag, basert på «de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen» (avsnitt 51, 56). Førstvoterende, samt sistevoterende som sluttet seg til denne argumentasjonen, klargjør dermed at nasjonale (norske) bestemmelser med aldersdiskriminerende potensial må gjennomgås i lys av europeisk rett. Det betyr at målestokken er EF-direktivet, 2000/78/EF, og det proporsjonalitetsprinsippet som er forankret der, og ved tolkning og anvendelse av norsk diskrimineringsrett har dette en avgjørende betydning.

Men hvilke konsekvenser har denne erkjennelsen for spørsmålet om den direkte aldersdiskrimineringen av sjømenn kan rettferdiggjøres?

Hvis man går ut fra at direktivet får anvendelse, er det neste spørsmålet om § 19 nr. 1 sjette ledd er i samsvar med aldersdiskrimineringsforbudet i rammedirektivet 2000/78/EF. Det avgjørende er da om § 19 nr. 1 sjette ledd oppfyller kravene av proporsjonalitetstesten.

Det gjelder for det første å ta stilling til om bestemmelsen har et legitimt formål.

Et første spørsmål er da: Har lovgiverens opprinnelige argumenter med hensyn til de utfordringer sjømannsyrket bringer med seg – f.eks. helse- og sikkerhetsmessige hensyn – stadig «gjennomslagskraft»? Her må det tas i betraktning at den norske lovgiveren sist hadde anledning til å drøfte forholdsmessigheten av aldersgrensen og i den sammenheng det legitime formålet ved innføringen av forbudet mot aldersdiskriminering i sjømannsloven (se Ot.prp. nr. 85

(2005–2006). Førstvoterende henviste i sin argumentasjon bl.a. til proposisjonen s. 13, hvor det er fremhevet at på grunn av «yrkets art og de belastninger dette medfører, synes det naturlig» å operere med en slik lav aldersgrense. Dessuten er det påpekt at det «at man oppnår rett til sjømannspensjon ved 60 år og derfor er økonomisk uavhengig taler for at grensen på 62 år ikke er i strid med direktivet». Men hva betyr egentlig dette med «yrkets art og de belastninger dette medfører»? Gir arbeidstakerens økonomiske uavhengighet tilstrekkelig grunn for å nekte å gi ham muligheten til å fortsette i jobben? Hvor går grensen for denne økonomiske uavhengigheten? Og hva gjemmer seg bak formuleringen om at det «synes ... naturlig» å ha denne aldersgrensen? Spørsmålet er jo ikke om noe synes å være naturlig eller ikke, spørsmålet er derimot om aldersgrensen for sjømenn er proporsjonal eller ikke. Derfor er denne argumentasjonen – som dommer *Bårdsen* riktig henviser til i sitt dissenterende votum (avsnitt 90, 91) – «svært kort, generell og overfladisk» og mangler en tilstrekkelig begrunnelse. Tvert imot ville det ha vært nødvendig å foreta en grundig gjennomgåelse av proporsjonalitetstesten. Det gjør verken lovgiveren i Ot.prp. nr. 85 (2005–2006) eller Høyesteretts flertall i denne dommen.

Mens det førstvoterende fremholdt i avsnitt 56, impliserer en kongruens mellom europeisk og norsk ikke-diskrimineringsrett, gjør førstvoterende (og sistevoterende) en 180° vending når det gjelder det som er *kjernen* i sjømannssaken: den konkrete proporsjonalitetstesten. Ut over analysen av det legitime formålet foretar flertallet ingen videre analyse av proporsjonaliteten. Dommer *Tønder* peker snarere på den vide skjønnsmargin nasjonalstatene har på dette området, som skal bety at avveiningen av de «kryssende hensyn» – han mener vel proporsjonalitet *strictu sensu* – først og fremst er et spørsmål for lovgiverens vurdering, og at aldersgrensen beror på et bevisst valg fra lovgivers side (avsnitt 70). Uten å gå nærmere inn på direktivets krav fremhever han til syvende og sist at rammedirektivet er et direktiv som Norge folkerettslig ikke var forpliktet til å inkorporere, og at implementeringen av det bare var basert på lovgivers hensiktsmessighetsvurdering. Det innebærer ifølge *Tønder* at det i tvilstilfelle – som i sjømannssaken – «bør vises en særlig tilbakeholdenhet» når det gjelder å sette til side lovgivers vurdering av § 19 nr. 1 sjette ledd og beslutningen om at bestemmelsen skulle opprettholdes (avsnitt 70). På bakgrunn av den vurderingen konkluderer *Tønder* i avsnitt 71 med at den omstridte aldersgrense for sjømenn ikke strider mot direktivets artikkel 6.

Det som fremheves i avsnitt 70, er dermed stikk motsatt det som ble sagt i avsnitt 56. I siste instans går flertallet dermed inn for en svakere bindning i nasjonal rett til direktivets krav. I motsetning til dette går mindretallet inn for en tolkning og anvendelse av § 19 nr. 1 sjette ledd i tråd med EF-direktivet

og fortolkningen av det i EU-domstolens praksis. Dermed går mindretallet inn for en strikt anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet (avsnitt 82, 85). Han peker særlig på at det nettopp var Arbeidslivslovutvalgets mandat i NOU 2003: 2, s. 7, å garantere et nivå i norsk diskrimineringsvern som skal være «minst på høyde med EU». Dette tyder implisitt på at tanken fra norsk side var et enda sterkere vern enn direktivets minimum. Uansett må det, som dommer *Bårdsen* peker på, konstateres at det finnes ingen holdepunkter for at diskrimineringsvernet ikke skal være på høyde med det i EU (avsnitt 83).

Hvis flertallets uttalelser i avsnitt 56 skulle tas på alvor, så måtte retten ha foretatt en mer inngående analyse. Proporsjonalitetsprøvelsen stopper ikke ved fastsettelsen av det legitime formålet. Tyngdepunktet ligger jo nettopp på analysen av egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet *strictu sensu*. At dette også må prøves, er for øvrig ikke noe som bare følger av direktivet; det er like eksplisitt kodifisert i norsk lov, nettopp i sjømannslovens § 33 B annet ledd og arbeidsmiljølovens § 13-3 annet ledd. Dessuten må tas hensyn til at å ta proporsjonalitetsprinsippet på alvor er «*Gebot der Stunde*». Ellers truer ikke bare en hierarkisering av diskrimineringsgrunnene – med kjønnsdiskriminering på toppen og aldersdiskriminering på bunnen – men også en «*drift apart*» av norsk og europeisk aldersdiskrimineringsvern. Mens EU-domstolen i sine avgjørelser i *Kücükdeveci* (C-555/07) og *Hütter* (C-88/08) bekrefter prinsippene i *Mangold*-avgjørelsen (C-144/04) og fremhever aldersdiskrimineringsforbudet som et alminnelig fellesskapsrettlig prinsipp, går flertallet i Høyesterett åpenbart den motsatte veien. Høyesterettsdommen viser dermed at problemet aldersdiskriminering i arbeidslivet fremdeles er et spennende og kontroversielt tema. Snart skal både Høyesterett (HR-2010-379-U) og EU-domstolen (*Prigge* C-447/09) få med elementet luft å gjøre. Da må domstolene ta stilling til aldersdiskriminering av piloter. I begge tilfeller gjelder det særproblemet om tariffrettslig regulert obligatorisk pensjonsalder i relasjon til det europarettlige og det nasjonalrettslige aldersdiskrimineringsforbudet. Kanskje kan elementet luft føre norsk aldersdiskrimineringsvern tilbake «*på samme høyde som i EU*».

*Melanie Regine Hack*

### **Endring av arbeidsvilkår, pensjonsordning – Høyesteretts dom 7. april 2010 (HR-2010-00571-A) Fokus Bank**

Arbeidsgivers styringsrett og styringsrettens grenser er et stadig tilbakevendende tema på mange forskjellige emneområder i arbeidsretten. Endring av pensjonsordninger er ett av dem, og et som har fått øket aktualitet etter reformene for ti år siden med innføring av ydelsesbaserte og innskuddsbaserte pensjonsordninger i arbeidsforhold. Dette var også bakgrunnen for Fokus Bank-saken.

Frem til 2003 hadde Fokus Bank en ydelsesbasert pensjonsordning som i hovedsak innebar at ansatte med full opptjeningsstid ved oppnådd pensjonsalder skulle motta 70 % av årslønnen på fratredelsestidspunktet i løpende pensjon. Pr. april 2003 ble de ansatte gitt et irreversibelt valg om å gå over på en innskuddsbasert pensjonsordning eller å bli stående i den ydelsesbaserte ordningen. To tredjedeler av de ansatte valgte det siste. I 2005 tok bankens styre på ny opp pensjonsordningen, og i desember 2005 vedtok styret å overføre alle ansatte til den innskuddsbaserte ordningen og nedlegge den ydelsesbaserte ordningen. I samsvar med styrevedtaket ble det ført forhandlinger mellom administrasjonen og tillitsvalgte om kompensasjon til de ansatte som kom dårligst ut av omlegningen. De ansatte ble derefter informert, og endringen ble gjennomført i slutten av mars 2006. Syv ansatte reiste etter dette søksmål og anførte at banken ikke hadde adgang til å avvikle den ydelsesbaserte pensjonsordningen.

Med referanse til dommene i Rt. 2002 s. 1576 (*Hakon*) og Rt. 2008 s. 1246 (*Statoil*) fremholdt Høyesterett at «det rettslige utgangspunktet er at arbeidsgiveren kan gjøre endringer i en kollektiv pensjonsordning. For at dette utgangspunktet skal fravikes, må det foreligge holdepunkter av en viss vekt som tilsier at arbeidstakerne har rettigheter som er til hinder for endring» (avsnitt 37). I dommen viser Høyesterett en tydelig restriktiv tilnærming til hva som må kreves for at det skal anses å foreligge «rettigheter som er til hinder for endring». Retten legger til grunn at det ble inngått *avtaler* om å forbli i den ydelsesbaserte ordningen med de ansatte som valgte dette alternativet i 2004. Men Høyesterett velger å se slik på avtalene at de hadde en begrenset rekkevidde: De gikk ut på å velge å bli i en ordning «med iboende endringsmuligheter»; avtalene innebar dermed ikke at den enkelte fikk en individuell rettighet som ville avskjære den endringsrett banken hadde ut fra det rettslige utgangspunktet retten formulerte innledningsvis (avsnitt 44).

Høyesterett anså heller ikke ut fra en bredere vurdering at de ansatte hadde individuelle rettigheter som kunne hindre endring. Førstvoterende (dommer Webster) anså det åpenbart «og meget forståelig» at de ansatte hadde hatt forventninger om at pensjonen skulle bli 70 % av sluttlønn, slik ordningen hadde vært i Fokus Bank fra 1987, og hun hadde forståelse for at «forventningen ble bestyrket» i 2003 da de ansatte fikk et valg mellom ordninger. Men med henvisning til *Hakon*-dommen og *Theatercafé*-dommen i Rt. 2008 s. 856 fremholdt førstvoterende det synspunktet som, om det ikke var avgjørende alene, ihvertfall er gitt betydelig vekt: «Det skal imidlertid mye til før en forventning kan danne grunnlag for et rettskrav» (avsnitt 52 jfr. 51 og 53). I tilslutning til dette pekte hun på at pensjonsordningen «etter all sannsynlighet» (!) var ensidig innført og var blitt fullt betalt av banken, og at vedtektene for

pensjonskassen inneholdt endringsadgang. Riktignok vil ikke vedtekter gå foran eventuelle individuelle rettigheter, men vedtektenes endringsforutsetning «gjør det mindre sannsynlig at det er avtalt avvikende individuelle løsninger. Slike individuelle rettigheter må det i tilfelle foreligge relativt klare holdepunkter for», hvilket Høyesterett enstemmig har ment at det ikke gjorde i denne saken (jfr. avsnitt 54).

Retten poengterte også at den ikke så på forholdet som en nedleggelse av bankens pensjonskasse, men som en omlegning som, slik førstvoterende formulerte det, «jeg, ut fra rettskildebildet og de faktiske forhold i saken, ikke kan se at banken er forhindret fra å gjøre» (avsnitt 56). En anførsel om saksbehandlingsfeil førte heller ikke frem.

Med denne dommen fastholder Høyesterett en restriktiv linje med hensyn til å anta at arbeidsgivers ensidige endringsadgang – styringsrett – er avskåret når det gjelder bedriftspensjonsordninger. Tilnærmingen her er mer restriktiv enn for andre typer spørsmål om styringsrettens grenser. Det illustreres, også fra et avtaletolkningssynspunkt, av en sammenligning med f.eks. den andre av de nyeste dommene på området, «Senvakt-dommen» i Rt. 2009 s. 1465 (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 1, 2010). I Fokus Bank-saken kan man utvilsomt spørre seg om den måten å se avtalene i 2003 på som Høyesterett anla, er så selvsagt eller mest nærliggende. De ansatte fikk da et valg som ble fremstilt som irreversibelt; «det ble gjort klart at når valget var gjort, ville det ikke være mulig å ombestemme seg» (avsnitt 2). Det er ikke gitt, og det er ingen realargumenter i Høyesteretts premisser for, at dette «*tilbudet*» (avsnitt 44) skulle bety at de ansatte ikke kunne velge å endre, men banken skulle stå fritt til å endre det de ansatte hadde valgt. Synspunktet om at de ansatte valgte å bli i den gamle ordningen «med iboende endringsmuligheter», blir stående som en konklusjon, eller et postulat, uten eksplisitte premisser.

En viktig forklaring bak dette, og bak den generelle forskjellen, ligger nok i det synspunktet Høyesterett fremhevet i *Statoil*-dommen (avsnitt 48), om at «[p]ensjonsavtaler er gjennomgående av så lang varighet at det må forventes å oppstå behov for endringer. Dette tilsier et behov for i det minste en viss fleksibilitet med hensyn til tilpasning av ordningen. Dette hensynet er ikke godt forenlig med en ordning der ingen endring kan gjennomføres uten etter samtykke fra den enkelte ansatte». Kombinert med at pensjonsordninger i regelen er en «trekantavtale», med en kontraktsrelasjon også mellom arbeidsgiver og forsikringsgiver, og ofte ensidig i større grad enn gjennom avtalemessige kanaler som lokale tarifforhandlinger e.l., virker dette til å gi arbeidstagerne – og deres forventninger – en ganske svak posisjon i forhold til endringer som svekker fremtidige ydelser, så lenge de ikke fjernes helt.

Stein Evju

## **Virksomhetsoverdragelse, aktiva og ansatte – Høyesteretts dom 16. mars 2010 (HR-2010-00473-A) Bardufoss Flyservice**

Saken kan sees som en variasjon over temaet i Rt. 2006 s. 71, *SAS-Braathens*-dommen. Norwegian vant anbudet om flyvninger for Forsvaret fra Bardufoss lufthavn. Tidligere hadde SAS hatt kontrakten og benyttet sitt datterselskap SGS til å utføre bakketjenester. Norwegian avholdt anbudskonkurranse om bakketjenestene; den ble vunnet av Røros Flyservice AS, som etablerte et datterselskap, Bardufoss Flyservice AS (BF), som skulle forestå de aktuelle bakketjenestene. BF startet sin virksomhet 1. mai 2008; SGS avvirket sin virksomhet på Bardufoss 12. mai samme år.

BF overtok ingen fysiske aktiva fra SGS, men anskaffet selv det utstyr som var nødvendig ut over den infrastrukturen som fantes på flyplassen. Lokaler og infrastruktur, som SGS likeledes hadde benyttet tidligere, var eiet og ble stillet til rådighet av Avinor. BF overtok ikke direkte noen av de ansatte i SGS, men lyste ut stillinger offentlig. Etter en regulær ansettelsesprosess ble det ansatt 12 personer. Ti av disse var tidligere ansatt i SGS, som hadde hatt 14 ansatte. Ni av de ti reiste søksmål for å få beholde de samme lønns- og arbeidsvilkår som de hadde hatt i SGS, med arbeidsmiljølovens kapittel 16 som rettsgrunnlag.

Høyesterett kom, som de foregående retter, enstemmig til at det forelå en virksomhetsoverdragelse. Det var uomtvistet at SGS' bakketjenester ved Bardufoss lufthavn utgjorde en «selvstendig [økonomisk] enhet» etter aml. § 16-1. Tvisten gjaldt de to andre vilkårene i § 16-1, om det forelå en «overføring» og om det var tale om en virksomhet som hadde sin «identitet» i behold etter en eventuell overføring.

Til det første poengterte Høyesterett at ordlyden i § 16-1, med definisjonen av begrepet «overdragelse» som *overføring*, ikke begrenser rekkevidden til transaksjoner per kontrakt eller «kontraktslignende arrangement» (avsnitt 48). Med henvisning til EF-domstolens rettspraksis og med støtte også i eldre lovforarbeider fremholdt retten at kravet til «overføring» er oppfylt hvis det foreligger «et indirekte kontraktsforhold om virksomhetsoverføring», slik det kan foreligge bl.a. ved leverandørskifte etter anbudskonkurranse (jfr. avsnitt 46, 47, 54). Høyesterett mente at dette måtte gis anvendelse også i dette tilfellet, selv om BFs underleverandøravtale med Norwegian ikke omfattet all bakketjeneste på Bardufoss. Norwegian's kontrakt med Forsvaret representerte ca. 50 % av passasjergrunnlaget. Det avgjørende var at den øvrige trafikken ikke kunne antas å gi grunnlag for en konkurrerende etablering. I realiteten var kontrakten med Forsvaret derfor avgjørende for hvem som ville kunne drive all bakketjeneste ved flyplassen (jfr. avsnitt 56). Samlet sett kom Høyesterett til at det forelå en overføring.

Ved drøftelsen av identitetsvilkåret tok Høyesterett igjen utgangspunkt i *Spijkers*-dommen fra EF-domstolen (sak 24/85, EFD 1986 s. 1119) og en

norm om helhetsvurdering («samlet bedømmelse»), som ble supplert med en gjengivelse av de spesielle bemerkninger i SAS-Braathens-dommen om at bakketjenester er en type virksomhet som ikke kan karakteriseres ved noen enkelt faktor (avsnitt 61–63).

Høyesterett fremhevet først at rettsgrunnlaget stod sentralt i helhetsvurderingen. Bakketjenestene ble utført i henhold til en standard bransjekontrakt, og tjenestene i seg selv er ganske standardiserte. Infrastrukturen som ble benyttet, var den samme som tidligere, og det at BF selv hadde anskaffet eget utstyr, spilte ikke nevneverdig rolle. Antallet og andelen SGS-ansatte som ble ansatt i BF var høyt, og Høyesterett uttalte at det *ikke* kan «spille noen avgjørende rolle» at det var resultatet av en ordinær, offentlig ansettelsesprosess. Kundekretsen var i hovedsak den samme som tidligere. BF hadde gjennomført visse endringer i måten å drive på, men det mente Høyesterett ikke kunne tillegges vekt. Endringer i ytre kjennetegn vil være normalt. Men det ville gjøre aml. § 16-1 lite effektiv om slike endringer skulle føre til at virksomhetens identitet i lovens forstand blir endret. Avslutningsvis bemerket førstvoterende at «konkurransesyn ikke har noen plass ved vurderingen av om reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse», og viste spesielt til EF-domstolens dom i *Liikenne* (sak C172/99, EFD 2001 I-745) der et tilsvarende synspunkt er uttalt (avsnitt 65–79).

Konklusjonen ble at skiftet av leverandør av bakketjenester fra SGS til BF var en overdragelse av virksomhet etter aml. § 16-1. De enkelte arbeidstagerne som tidligere var ansatt i SGS og fikk ny ansettelse i BF, var dermed ansatt i BF med de rettigheter og plikter som fulgte av deres arbeidsavtaler med SGS (avsnitt 80).

Dommen er et nytt eksempel på at Høyesterett anlegger en bred helhetlig bedømmelse av om noe skal rubriseres som en virksomhetsoverdragelse etter aml. kap. 16, og ikke henfaller til en faktorvurdering der en enkelt faktor, eller fraværet av den, nærmest *per se* skal være avgjørende i negativ retning. Det kan finnes proponenter for den siste tilnærmingen i faglitteraturen, også i Norge. Den tilnærmingen Høyesterett har valgt, her likesom i Rt. 2006 s. 71, er bedre i samsvar med den grunnleggende tilnærmingen EF-domstolen har bygget sin praksis på. Tilnæringsmåten utelukker selvsagt ikke at det kan være delte meninger om resultatet. Førstvoterende avsluttet med å bemerke at «det konkrete saksforhold [ligger] innenfor det som skal anses som en virksomhetsoverdragelse etter [EF-domstolens] praksis, selv om det ikke ligger i kjerneområdet» (avsnitt 81). Det illustrerer at grensdragningene ikke nødvendigvis er enkle når en helhetsvurdering ligger til grunn. Men det vil de uansett ikke være. Dommer som dette løser en konkret sak, men de generelle retningslinjene for senere praksis blir ganske vage.

*Stein Evju*

**Merkverdig arbeidsrett igjen: Beregningsgrunnlag for lønssum, organiserte og uorganiserte, ufravikelighet – Arbeidsrettens dom 19. februar 2010 (Inr. 9/2010)**

Saken gjelder grunnlaget for beregning av tilskudd til velferdsordninger for kabinansatte i SAS. I 2002 ble det inngått to avtaler mellom SAS og Norsk Kabinforening (NKF) om tilskuddsordninger til gruppe- livsforsikring og velferdstiltak. SAS skulle betale en prosentandel av «lønssummen» for kabinansatte med base OSL (Oslo Lufthavn Gardermoen). Tvisten gjaldt dels hvilke vederlagselementer som skulle regnes med i lønnen, bare fast lønn og faste tillegg eller også variable lønnskostnader. Dels var det uenighet om hvilke ansattes lønn som skulle regnes med i «lønssummen». Her gjaldt uenigheten om avtalens formulering skulle forstås med et krav om organisasjonstilhørighet til NKF, eller om også andre og uorganiserte kabinansatte med base OSL skulle telle med.

Partene var enige om at *uorganiserte* kabinansatte skulle inngå i beregningsgrunnlaget. Tvisten gjaldt medlemmer av den tidligere kabinforeningen i Braathens AS, som etter sammenslutningen av selskapene bestod som en selvstendig fagforening, SAS Braathens Kabinforening (SBK). NKF hadde omkring 1 000 medlemmer, ca. 100 var uorganisert, mens SBK hadde ca. 700 medlemmer.

Til den grunnleggende generelle problemstillingen uttalte Arbeidsrettens flertall (to fagdommere, to dommere oppnevnt etter innstilling fra arbeidsgiverorganisasjoner):

«En uttrykkelig begrensning til NKFs medlemmer i avtalene, [*sic*] ville derfor ikke vært i samsvar med partenes mening og heller ikke med hvordan avtalene er blitt praktisert. Det kan imidlertid ikke av dette sluttes at avtalene er ment å omfatte enhver ansatt uavhengig av organisasjonstilhørighet. At avtalene omfatter de uorganiserte[,] følger av enighet mellom partene og vil også kunne følge av eventuelle ufravikelighetsvirkninger. Det må derimot kreves klare holdepunkter for at en tariffavtale er ment å omfatte medlemmer av andre fagorganisasjoner innen samme arbeidsområde som ikke er part i avtalen og har sin egen tariffavtale. En slik vidtrekende avtale må også av hensyn til organisasjonsretten ha et klart grunnlag. Det vises i den forbindelse til hovedavtalens § 2-1. ... En bestemmelse om betaling på grunnlag av samtlige ansatte uten hensyn til organisasjonstilhørighet vil kunne være til hinder for en annen fagforenings mulighet til å ivareta sine medlemmers interesser» (avsnitt 69).

Arbeidsrettens mindretall fremholdt at tariffavtalens ordlyd – «lønssummen for [kabinansatte] med base OSL» – var entydig, og at det ikke gjorde seg gjeldende noen tariffrettslige normer som tilsa en innskrenkende fortolkning (avsnitt 81, 89).

Flertallets resonnement er både forvirret og haltende. Ett spørsmål er om en tariffavtale er «ufravikelig»

overfor «utenforstående», dvs. at arbeidsgiveren plikter å anvende tariffavtalens bestemmelser tilsvarende overfor arbeidstagere hos samme arbeidsgiver som utfører arbeid av samme art som tariffavtalens regulerer. Det er alminnelig å anta at en tariffavtale *har* en slik «ufravikelighetsvirkning» forsåvidt gjelder tariffavtaler for *arbeidere*. For tariffavtaler for *funksjonærer* er utgangspunktet derimot ikke det samme. (Se S. Evju, «Ufravikelighet – en kommentar», *Arbeidsrett* 2005, s. 137–139, jfr. E.Ø. Poulsson, «Kjetterske tanker om ufravikelighetsprinsippet», *Arbeidsrett* 2005, s. 65–91.) Denne ufravikelighetsnormen er en *deklaratorisk utfyllingsnorm*; den har sin forankring i at der det ikke er holdepunkter for noe annet, antas det å være en omforenet forutsetning for tariffavtalen at den skal forstås på en slik måte.

Det blir da en smule selsomt når flertallet vil knytte en ufravikelighetsvirkning overfor uorganiserte både til «enighet mellom partene» og til «ufravikelighetsvirkninger». Det gir inntrykk av at flertallet ikke helt har forstått forholdet mellom partsforutsetninger og ufravikelighet – eventuelt vil oppstille ufravikelighetsvirkninger som noe som skal følge uavhengig av partsforutsetninger. Det siste ville være en nyskaping av betydelige dimensjoner. Premissene gir ikke grunnlag for en så vidtgående forståelse.

Flertallets resonnement om særlige holdepunkter der det er en annen fagforening med tariffavtale for det samme arbeid, er likeledes noe merkverdig. Gode grunner kan tale for utgangspunktet: Der det er en annen fagforening med sin egen, selvstendige, tariffavtale på samme område, kan det være grunn til å kreve klare holdepunkter for at arbeidsgiveren skal være bundet til å behandle disse likt som om den «første» tariffavtalen gjaldt alle. Der det er flere fagforeninger, kan den ene ikke uten videre forvente at egen tariffavtale skal være forpliktende for arbeidsgiverens forhold til andre. Derimot blir det ganske kunstig når flertallet anfører hensynet til organisasjonsretten og hovedavtalens LO – NHO § 2-1. Hovedavtalens regel er først og fremst et vern mot *negativ* forskjellsbehandling basert på organisasjonstilhørighet. Om organisasjon A skal ha krav på betaling til seg på basis av samlet lønn for *alle* ansatte, uavhengig av organisasjonstilhørighet, betyr ikke det uten videre at organisasjon B stilles i en svakere posisjon. F.eks. kan man tenke seg at også organisasjon B får en slik bestemmelse inn i sin tariffavtale. Det ville B nærliggende kunne kreve nettopp med grunnlag i hovedavtalens § 2-1. Skulle Bs muligheter til å ivareta egne medlemmers interesser bli svekket, ville det etter innarbeidet fortolkning være i strid med § 2-1. Men skulle man likevel legge vekt på muligheten for at B får svekket sin posisjon, må man undres på hvorfor ikke uorganisertes posisjon også trekkes inn i bildet. Hovedavtalens § 2-1 gir intet grunnlag for å skille mellom uorganiserte og (organiserte i) «konkurrerende» organisasjoner.

Tolkningsargumentasjonen i dommen byr på flere og konkrete elementer både fra flertallet og fra mindretallet. De er ganske konvensjonelle og har ikke krav på spesiell interesse her. I forlengelsen av flertallets generelle tilnærming ble SAS frifunnet for betaling for medlemmer av SBK.

*Stein Evju*

### **Akademisk frihet, yringsfrihet, eller ei – Oslo tingretts dom februar 2010 (09-043651TVI-OTIR/05) Nedkvitnesaken**

Oslo tingrett avsa i februar i år dom i den mye omtalte Nedkvitnesaken. Den gjelder tvist om gyldigheten av Universitetet i Oslos vedtak om avskjed av professor i middelalderhistorie Arnved Nedkvitne. Universitetet i Oslo vant saken, men dommen er anket inn for lagmannsretten. Jeg skal derfor nøye meg med en kort presentasjon av saksforholdet og av de juridiske spørsmål som kan reises på bakgrunn av dommen.

#### *Sakens faktiske side*

Nedkvitne har vært ansatt som professor i middelalderhistorie ved Universitetet i Oslo siden 1994. Han har i lang tid vært uenig med instituttledelsen om håndteringen av faglige og administrative spørsmål. I den anledning har han over flere år skrevet brev og e-poster som er sendt internt og eksternt, der han har rettet kritikk primært mot enkeltpersoner i instituttledelsen. I perioden 1997–2006 fikk han seks formelle irettesettelser, en rekke påtaler og advarsler for utilbørlige utsagn og for å ha unnlatt å komme i møter. Ved ett tilfelle ble irettesettelsen gitt i form av ordensstraff. Avskjedssaken er begrunnet i lignende forhold, men direkte foranlediget av to brev fra februar og mai 2007 samt etterfølgende skriftlige uttalelser, i tillegg til unnlatelser av å stille i møter med ledelsen i anledning disse uttalelsene. Avskjeden ble begrunnet med at Nedkvitne hadde kommet med grovt krenkende uttalelser om enkeltpersoner som var blitt distribuert til et stort antall personer gjentatte ganger, samt systematisk gjennom mange år unnlatt å stille i møter med ledelsen.

#### *Sakens juridiske side*

Det rettslige grunnlaget for avskjeden er tjenestemannsloven § 15 bokstav a. Etter denne bestemmelsen kan en tjenestemann avskjediges dersom vedkommende grovt har krenket sine tjenesteplikter eller trass i skriftlig advarsel eller irettesettelse gjentatt har krenket sine tjenesteplikter.

Saken reiser etter min mening særlig to prinsipielle spørsmål.

For det første er det et spørsmål om grensen for arbeidstakers yringsfrihet og den akademiske friheten. I dommen er det lagt til grunn at det ikke er «grunn til å gå nærmere inn på grensen mot yringsfriheten og den akademiske friheten, fordi saken ikke reiser slike grensespørsmål». Tingretten legger til grunn at

tvisten ikke gjelder spørsmålet om retten til å ta opp de temaene han ytret seg om, men yringsformen. Man kan reise spørsmål om det er mulig å trekke en slik distinksjon mellom form og innhold som tingretten her gjør. Det hadde dessuten vært interessant med en bredere og mer prinsipiell drøftelse av hvordan man skal avveie hensynet til den akademiske friheten mot hensynet til et godt arbeidsmiljø. Universitetet har som arbeidsgiver både en plikt til å fremme og verne den akademiske frihet etter universitetsloven § 1-5 og en plikt til å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø etter arbeidsmiljøloven kap. 4.

For det andre er det et spørsmål om domstolenes adgang til å prøve hensiktsmessigheten eller forholdsmessigheten ved Universitetets vedtak. Tingretten legger til grunn at den bare kan prøve lovligheten av vedtaket, dvs. om lovens vilkår er oppfylt. Det medfører at domstolen ikke tar med i sin vurdering momenter som arbeidstakers alder, arbeidsforholdets lengde, arbeidstakers mulighet for annet arbeid, arbeidsgivers håndtering av arbeidsmiljøproblemer og alternative reaksjonsformer. Dersom dette hadde vært en oppsigelses- eller avskjedssak etter arbeidsmiljølovens regler, ville domstolen også prøvet hensiktsmessigheten eller rimeligheten av arbeidsgivers avskjedsvedtak – ikke minst sett i lys av arbeidsgivers egen oppreden i saken. Det er grunn til å reise spørsmål om de hensyn som begrunner en begrenset prøvelsesrett av forvaltningens vedtak, gjør seg gjeldende. I en sak som denne er det lite som skiller private fra offentlige arbeidsgivere. Man kan derfor reise spørsmål om det er tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for at ansatte i universitetssektoren ikke skal ha den samme retten til domstolsprøvelse av sine arbeidsrettssaker.

Jeg mener at Nedkvitne burde satse på begge spørsmålene i lagmannsretten. Det første spørsmålet vil antakelig snart bli en gjenganger i arbeidet om yringsfrihet. Det andre spørsmålet har jeg med dette tinglyst, og jeg håper at lagmannsretten – eventuelt også Høyesterett – vil gi meg ytringer til videre kommentarer.

*Terese Smith Ulseth*

## **Litteratur**

**Christian Kjølås: *Personvern i arbeidsforhold*. Universitetsforlaget, Oslo 2010. 229 sider. ISBN 978-82-15-01462-3**

Boken gir en oversiktlig gjennomgåelse av rettsregler på området. Forfatteren angir sitt emne «personvern» som «noe i retning av personopplysningsvern». Perspektivet er imidlertid videre enn personopplysningsloven. Den er et viktig element, men boken tar også opp diskrimineringsvern, adgangen til å be om og lagre opplysninger ved ansettelse m.v., innsyn i e-post, overvåking og kontroll, varsling og sentrale institusjoner på området. Fremstillingen veksler mellom enkle redegjørelser for rettsreglene,

empirisk beskrivelse og kortfattede diskusjoner *de lege ferenda*. Den har dessuten et «personvernrettslig minileksikon» med forklaringer av sentrale begreper og betegnelser, og et kortfattet stikkordregister; begge deler bidrar til å gi boken praktisk nytteverdi som en introduksjon til rettsfeltet.

Stein Evju

## ERSTATNINGSRETT

### Spørsmål om skadelidtes krav på yrkesskadeerstatning, og forsikringsgivernes krav på erstatning for forsømt plikt til å tegne lovpålagt yrkesskadeersikring, hvor skadelidte også er daglig leder, eneaksjonær og styreformann i arbeidsgiverselskapet – Rt. 2010 s. 93 (HR-2010-232-A)

#### Innledning

Høyesterett avsa 9. februar 2010 dom om krav på yrkesskadeerstatning fra Yrkesskadeersikringsforeningen (YFF).

Etter yrkesskadeersikringsloven (yforsl.) § 3 er arbeidsgiver pålagt å tegne yrkesskadeersikring til fordel for sine ansatte. I tilfeller hvor forsikring likevel ikke er tegnet, kan krav fremmes mot forsikringsgiverne som fellesskap – en pool-ordning som blir representert gjennom Yrkesskadeersikringsforeningen (YFF) – etter yforsl. § 7. Foreningen vil etter slik utbetaling kunne kreve regress av den uforsikrede arbeidsgiver, uten hensyn til skyld, jf. yforsl. § 8 annet ledd, annet punktum.

Utgangspunktet er med dette at arbeidstaker alltid vil ha yrkesskadeersikringsdekning, selv om arbeidsgiver ikke har overholdt forsikringsplikten. Plikten var i denne saken ikke overholdt.

#### Skadelidte som arbeidstaker – og arbeidstakers rettigheter

Det særegne i saken var at kravet kom fra en skadelidt arbeidstaker som også var eneaksjonær, styreformann og daglig leder i selskapet som var arbeidsgiver. Det var dermed i realiteten skadelidte selv som skulle ha sørget for at arbeidsgiver hadde tegnet den lovpliktige forsikringen.

YFF anførte på denne bakgrunn at det måtte gjøres en innskrenkende fortolkning, men bestred ikke at de alminnelige vilkårene for yrkesskadeerstatning etter yforsl. §§ 10 og 11, ut fra en vanlig ordlydsforståelse, var innfridd. Etter yforsl. § 10 skal yrkesskadeersikringen, med de unntak som følger av § 11, dekke skader og sykdommer som «arbeidstakere» påføres i arbeid på arbeidsstedet i arbeidstiden.

Høyesterett fant derimot at loven her måtte «tas på ordet». Det ble fremhevet at ikke samtlige av de alminnelige legislative hensyn bak yrkesskadeersikringen gjorde seg gjeldende, f.eks. hensynet til at arbeidsgiver er nærmere enn arbeidstaker til å

bære den økonomiske risikoen, hensynet til å unngå konflikter på arbeidsplassen og hensynet til likebehandling av arbeidstakerne. Men lovgiver hadde også i forarbeidene forutsatt at arbeidstakere *alltid* skal ha forsikringsdekning, og det er bakgrunnen for etableringen av pool-ordningen i yforsl. § 7, som gir arbeidstakerne dekning selv hvor arbeidsgiver ikke har tegnet pliktig forsikring.

Det ble påpekt at det lå en tilfældighet bak skadelidtes rolle som «arbeidstaker», fordi virksomheten hadde blitt omdannet til et aksjeselskap. Men så lenge det var tale om rettighetslovgivning, kunne ikke dette tilsi en innskrenkende fortolkning.

Skadelidte hadde dermed et vanlig krav på yrkesskadeerstatning mot YFF.

#### Skadelidtes roller og verv i arbeidsgiverselskapet – og daglig leders og styremedlemmers plikter

Etter å ha kommet til at skadelidte hadde et krav på yrkesskadeerstatning mot YFF i sin rolle som arbeidstaker, oppstod spørsmålet om YFFs eventuelle krav mot skadelidte i hans rolle som styreformann og daglig leder i arbeidsgiverselskapet. I denne forbindelse var altså den fysiske skadelidte eventuell skadevolder, og YFF skadelidt. For enkelhets skyld betegnes den fysiske skadelidte som «skadelidte» også i resten av denne fremstillingen.

Skadelidte anførte at han ikke kunne møtes med krav i egenskap av å være styre- og daglig leder, fordi dette ville undergrave hans rettigheter som arbeidstaker. Høyesterett fant imidlertid at skadelidte hadde *opptrådt i flere egenskaper*, og da måtte finne seg i å bli *bedømt ut fra de plikter han har i de ulike roller*.

#### Regressansvar og erstatningsansvar

Yforsl. § 7 angir YFFs regressadgang mot den uforsikrede arbeidsgiver. Det er en objektiv regel. I saken var derimot kravet rettet mot skadelidte selv i hans egenskap som styre- og daglig leder, og var begrunnet som et alminnelig culpaansvar. Det var altså ikke rettet mot aksjeselskapet som var arbeidsgiver, og et første spørsmål ble om det overhodet kan fremmes et slikt krav mot andre enn arbeidsgiver.

Skadelidte anførte at bestemmelsen om regress i yforsl. § 8 annet ledd, andre punktum måtte forstås *antitetisk*, slik at ansvar for manglende forsikringsdekning ikke kunne fremmes mot andre enn arbeidsgiver. Høyesterett fant imidlertid ikke grunnlag for en slik slutning. Derimot fremhevet retten at bestemmelsen i yforsl. § 8 tredje ledd, som angir at forsikringsgiveren treer inn i den skadelidte arbeidstakers krav hvor tredjepersoner kan holdes ansvarlig, var et mer generelt uttrykk for at når en tredjeperson er ansvarlig for skaden, så skal vedkommende i siste omgang dekke tapet.

Det var etter dette intet prinsipielt til hinder for å fremme et erstatningskrav, men det måtte avgjøres ut fra de *alminnelige erstatningsregler*; hvilket, foruten



en erstatningsrelevant skade, forutsetter ansvarsgrunnlag og adekvat årsakssammenheng.

#### *Ansvarsgrunnlag*

Ansvarsgrunnlaget var bestridt. Høyesterett viste til aksjeloven § 17-1 som nå angir uttrykkelig at daglig leder og styremedlem kan holdes erstatningsansvarlig for skade som ikke bare voldes selskapet, men også andre. Det ble derpå vist til at det samme gjaldt også tidligere på ulovfestet grunnlag. Dermed ble det et vanlig spørsmål om culpaansvar – om hvorvidt skadelidte hadde opptrådt uaktsomt overfor YFF.

Høyesterett søker ofte veiledning i skrevne normer når spørsmål om det erstatningsrettslige vern og den alminnelige aktsomhetsstandard på et område skal fastlegges, og i særlig grad hvor det er tale om overtredelser som kun påfører skadelidte et rent formuestap. I dette tilfellet ble det vist til at forsømmelse av plikten til å tegne yrkesskadeforsikring er gjort straffbar, jf. yforsl. § 19. Hvor brudd på en plikt som tilstrekkelig klart er til fordel for bestemte personer er gjort straffbart, tilsier det ofte at de samme personer også må anses erstatningsrettslig vernet. Når systemet er slik at den skadelidte arbeidstaker uansett får utbetalt yrkesskadeerstatningen fra YFF, er denne straffebestemmelsen i realiteten nokså direkte til fordel for forsikringsgiverne ved YFF, og for øvrig mer indirekte til fordel for de lovlydige arbeidsgiverne, ettersom den motvirker at premiene blir høyere for dem som følger forsikringspålegget.

Straffbarheten tilsa dessuten en *streng* aktsomhetsnorm også for culpaansvaret. Støtte for en streng norm ble funnet i Ot.prp. nr. 44 (1988–1989) s. 73, hvor det i *strafferettslig* sammenheng bl.a. ble forutsatt at det «så og si alltid vil være uaktsomt av en bedriftsleder og en styreformann å unnlate å kontrollere at bedriftens ansvarsforsikring er i orden». Det ble likevel påpekt av Høyesterett at skadelidte hadde latt seg representere av et regnskapslag ved administrasjonen av selskapet, og det var dette regnskapslaget som også hadde foreslått å gjøre selskapet om til aksjeselskap, og dessuten hadde stått for papirarbeidet i den forbindelse. Skadelidte visste at regnskapslaget visste at han var ordblind, og Høyesterett fant det derfor forståelig at han gikk ut fra at laget ivaretok alle de lovpålagte plikter.

Dette kunne imidlertid ikke være tilstrekkelig, og Høyesterett fant således at skadelidte hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt.

#### *Lemping*

Derimot fant Høyesterett grunnlag for å lempe ansvaret etter skadeserstatningsloven § 5-2, som åpner for lemping hvor retten ut fra skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, skyldforhold, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter og forholdene ellers finner at ansvaret virker urimeelig tyngende for den ansvarlige.

I denne konkrete vurdering fremholdt Høyesterett at et erstatningsbeløp på 2,6 millioner kroner var uforholdsmessig stort hensett til skadelidtes skyldgrad, som Høyesterett fant i «nedre sjikt». Retten viste dessuten til at den gikk ut fra at forsømmelsen ville ha blitt korrigeret i tilknytning til neste årsregnskap. Videre ble det vektlagt at det ville ramme skadelidte hardt om han skulle stå uten noen yrkesskadeerstatning da han var blitt 100 prosent arbeidsufør, og man kan vel tro at dette egentlig var det viktigste trekk ved faktum som tilsa lemping. På den annen side ville utbetalingen av yrkesskadeerstatning gi ham et rom for å betale erstatningen til YFF han ellers ikke ville hatt. Derfor ble ansvaret bare lempet med 50 prosent.

#### *Mindretallet*

To dommere dissenterte hva gjaldt spørsmålet om regressansvar for skadelidte, og stemte for at han skulle frifinnes fullt ut for kravet fra YFF. Uenigheten gjaldt hovedsakelig forståelsen av sammenhengen mellom regresssystemet i yforsl. §§ 7 og 8, og erstatningskrav på annet grunnlag – om det overhodet er adgang til å gjøre gjeldende krav mot andre enn arbeidsgiver på grunn av manglende tegning av yrkesskadeforsikring.

Mindretallet tok utgangspunkt i at regress kun er aktuelt i tre tilfeller: (1) fra forsikringsgiverne i fellesskap overfor arbeidsgiver ved manglende forsikringstegning, jf. yforsl. § 8 annet ledd, tredje punktum, (2) hos arbeidsgivere som forsettlig har voldt skaden eller sykdommen, jf. yforsl. § 8 annet ledd, første punktum, og (3) mot tredjepersoner som er ansvarlige for tap som omfattes av loven etter alminnelige erstatningsregler, jf. yforsl. § 8 tredje ledd.

Mindretallet la til grunn at yforsl. § 8 tredje ledd, som bestemmer at om «arbeidstakeren etter alminnelige erstatningsregler [kan] kreve at en tredjeperson erstatte tap som omfattes av loven, inntreer forsikringsgiveren i arbeidstakerens rett overfor denne tredjepersonen», kun gjaldt overfor «utenforstående tredjepersoner», og ikke personer som er ansatt eller har styreverv hos arbeidsgiver. At det ikke foreligger noen lovbestemmelse som hjemler regress mot personer som opptrer på vegne av arbeidsgiver, mente mindretallet var utslag av et bevisst valg, og fremsto nøye overveid av lovgiver. Den regressadgang som var angitt i loven, var altså uttømmende.

Mindretallet underbygget tolkningen med konsekvenshensyn: Det ville bli dårlig sammenheng i systemet dersom det på den ene side legges til grunn et utgangspunkt om at yforsl. § 7 ikke skal tolkes innskrenkende, og samtidig på den annen side åpnes for regress mot skadelidte som har roller i selskapet som er arbeidsgiver. Dette særlig ettersom det er en streng aktsomhetsstandard og derfor normalt vil foreligge uaktsomhetsansvar, som heller ikke kan delegeres bort – man vil normalt uansett holdes ansvarlig for manglende kontroll med at forsikringsplikten er

overholdt. Å åpne for å kreve erstatningen tilbake fra skadelidte ville altså undergrave realiteten i vegringen mot å fortolke en slik rettighetslov innskrenkende til skadelidtes ugunst.

Mindretallet nevnte til sist spørsmålet om medvirkningsbestemmelsen i yforsl. § 14 kunne anvendes i et slikt tilfelle, men hadde ikke foranledning til å drøfte det nærmere, ettersom bestemmelsen forutsetter grov uaktsomhet eller forsett, hvilket YFF ikke hadde anført at forelå.

#### *Kommentar – dommens problemstillinger*

Dommen gjelder til dels problemstillinger som det synes riktig å si at har vært mindre påkattede enn egentlig omdiskuterte, trass i at faktum ikke nødvendigvis gjenspeiler noen helt uvanlig situasjon i Norge, med alle de små selskaper vi har. Det er da rimelig å tro at det også jevnlig vil forekomme at skadelidte også har relevante verv hos arbeidsgiver, selv om kombinasjonen mellom dette og forsømt plikt til å tegne yrkesskadeforsikring selvsagt ikke behøver å være så utbredt.

#### *Materielle sider ved dommen – flertallet fastslår et generelt culpaansvar*

Etter flertallets premisser vil det nokså generelt være åpent for å kreve erstatning fra personer som har de relevante roller i arbeidsgiverselskapet, hvor plikten til å tegne forsikring til fordel for de ansatte er forsømt. Flertallet har fastslått at dette beror på en alminnelig culpavurdering, og det er først og fremst dette materielle spørsmålet dommen avklarer.

Flertallets ansvarsvurdering kan sies å være streng. Den culpavurderingen som gjøres, ligger innholdsmessig nær en vurdering som tar utgangspunkt i erstatningsplikt så fremt forsikringsplikten objektivt er forsømt, og kun åpner for å frita skadevolder hvor dette lovbruddet beror på rent unnskydelige feil. Flertallets vurderingsmåte her synes imidlertid å føye seg inn i et mønster som tenderer mot å tre frem ved spørsmål om culpaansvar for rene formuestap, hvor det kan bli en tilsvarende objektivisering der de skrevne normene avgjør erstatningsspørsmålet, og mindre grunnlag for å etablere en konkret aktsomhetsplikt ut fra de bredere vurderinger av risikoen for skade som preger culpavurderingene ved ting- og personskader. I denne saken kan det ses slik at kombinasjonen mellom pliktbestemmelsen i yforsl. § 3 og sanksjonsbestemmelsen (straff) i yforsl. § 19, som også gir hjemmel for å straffe den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten, fremstår som de i realiteten mest avgjørende elementene i culpaspørsmålet.

#### *Forståelsen av yforsl. § 8?*

Rettskildemessig kan det påpekes at fler- og mindretall har ulikt syn på lovgivers vurderinger, men både fler- og mindretall legger vekt på yforsl. § 8 tredje ledd. Bestemmelsen handler vel i utgangspunktet om

regress overfor dem som er ansvarlige for yrkesskaden, og ikke i et tilfelle som dette, og det kan spørres om ikke både fler- og mindretall legger mye i bestemmelsen som tolkningsbidrag på sine ulike måter.

Hva gjelder mindretallets merknader om «utenforstående tredjepersoner» kan det ellers nevnes at det i teorien – i hvert fall dels – har blitt uttrykt at bestemmelsen også hjemler regress mot andre arbeidstakere hos samme arbeidsgiver, jf. f.eks. *Askeland* i Rettsdata Norsk Lovkommentar, *Yrkesskadeforsikringsloven*, note 60. Men det kan nok først og fremst ha siktet til situasjonene hvor andre er ansvarlig for arbeidsulykken.

#### *Generelt om alminnelig erstatningsrett og yrkesskadeforsikringsloven*

Dommen er enda et eksempel på at Høyesterett – både fler- og mindretall – fremhever yrkesskadeforsikringsloven som en *rettighetslov* som ikke bør fortolkes innskrenkende til skadelidtes ugunst, selv om det i dette tilfellet – slik mindretallet peker på – kan settes et spørsmålstegn ved hvor langt dette i realiteten gis gjennomslag så lenge det åpnes for å kreve erstatning fra skadelidte selv; en erstatning som i realiteten innebærer at han bare får utbetalt yrkesskadeerstatning i den grad han ikke selv er erstatningspliktig, for eksempel på grunn av lemping. Uansett vil det fremover være lite rom for å argumentere for noen innskrenkende fortolkninger av yrkesskadeforsikringsloven til skadelidtes ugunst.

Flertallets løsning harmonerer isolert sett med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper hva gjelder ansvarsvurderingen, samtidig som man ikke får noen merknader om årsakssammenhengen og tapet – på de sistnevnte punkter kan retten synes å ha koblet seg til systemet med YFFs objektive regress mot uforsikret arbeidsgiver for hele yrkesskadeserstatningsbeløpet. Mindretallets løsning harmonerer på sin side med yrkesskadeforsikringslovens karakter av rettighetslov. Ut fra en erstatningsrettslig tilnærming kan det kanskje – siden det var tale om to krav mellom de samme parter, og som hang nært sammen (yrkesskadeserstatningskravet og kravet på erstatning for misligholdt forsikringsplikt) – sies at flertallet la mer vekt på prevensjonsvirkning overfor brudd på forsikringsplikten, mens mindretallet la mer vekt på reparasjon av yrkesskaden. For de konkrete skadelidte, særlig hvis de som i denne saken har blitt 100 prosent ervervsuføre, vil det rimeligvis kunne slå hardt ut å bli holdt erstatningsansvarlig, men flertallet avbøter samtidig dette utslaget gjennom en lempingsvurdering som tar hensyn til nettopp dette. Gitt at det står sentralt i lempingsvurderingen på den ene side at vedkommende faktisk er blitt yrkesskadet, og på den annen side at han får utbetalt yrkesskadeerstatning, vil det i så fall også i andre tilfeller kunne ligge til rette for en delvis lemping, særlig hvor det er mer omfattende skader.

*Bjarte Thorson*

### Skjevdeling – spørsmålet om en samboeravtale om eierforhold kunne legges til grunn – Gulating lagmannsrett dom 23. februar 2010 (LG-2009-10459)

Saken gjaldt skjevdeling og spørsmålet om eierforholdet til ektefellenes felles bolig. Regelen ved ekteskapets opphør er at ektefellen kan beholde udelt – skjevdele – verdier som stammer fra midler som ektefellen eide ved ekteskapets inngåelse, jf. ekteskapsloven § 59 første ledd. Det er ikke alltid enkelt å fastslå hva en ektefelle eide ved ekteskapsinngåelsen, blant annet fordi de ofte har vært samboere i flere år før de gifter seg. I denne saken skulle imidlertid eierforholdet i utgangspunktet være enkelt å fastslå, da de hadde inngått en samboeravtale. Men spørsmålet var om avtalen kunne legges til grunn eller om den bygget på forutsetninger som ikke var oppfylt.

Partene flyttet sammen ved årsskiftet 2001/2002 og inngikk i 2003 en samboeravtale om at de skulle eie boligen med en halvpart hver. De giftet seg i 2006 og ble skilt kort tid etter. Kvinnen eide boligen alene før samboerforholdet startet. Den var delvis belånt og i avtalen var det også inntatt en bestemmelse om at begge skulle være ansvarlige for boliglånene. Kvinnen var eneforsørger for fire barn – og mannen hadde også to barn fra et tidligere forhold. De hadde ingen barn sammen.

Mannen anførte at han gikk inn som eier sammen med kvinnen dels som følge av arbeid han hadde utført og skulle utføre på eiendommen, og dels ved at han brakte med seg inn et kontantbeløp i samboerforholdet. Kvinnen hevdet at samboeravtalen ikke kunne legges til grunn, da forutsetningen for at partene skulle eie boligen sammen, var at mannen betalte et beløp til henne tilsvarende halvparten av eiendommens nettoverdi basert på takst, og dessuten at han reelt og formelt skulle overta ansvaret for halvparten av boliggjelden. Hun mente at ingen av disse forutsetningene var oppfylt, og anså seg derfor ubundet av avtalen.

Lagmannsretten ga kvinnen medhold. Retten fremholder at boligen på avtaletidspunktet hadde en bruttoverdi på rundt 2 millioner kroner og at en overføring av eierandel til mannen derfor ville innebære en verdioverføring på minimum 600 000 kroner. Under samboerforholdet var det kvinnen som i det alt vesentlige betalte de løpende utgiftene, herunder også renter og avdrag på boliggjelden. Lagmannsretten kom til at mannen verken hadde bidratt i form av penger eller arbeid på slik måte at han kunne anses å ha betalt noen form for vederlag for overdragelsen. Retten fant det lite sannsynlig at kvinnen skulle ha overført vederlagsfritt halvparten av sin eiendom til mannen, og konkluderte med at vesentlige forutsetninger for eiendomsoverdragelsen derfor ikke var oppfylt. Ved ekteskapsinngåelsen var boligen således

eid av kvinnen alene, og hun fikk derfor medhold i sitt skjevdelingskrav.

Jeg er enig med lagmannsretten i at det har formodningen mot seg at en samboer med fire barn og beskjeden inntekt skulle gi halve nettoverdien av sin bolig som gave til den andre etter et relativt kort samboerforhold. Saksforholdet illustrerer også hvor vanskelig det kan være for samboere å lage hensiktsmessige avtaler om oppgjøret. Samboere oppfordres jevnlig til å inngå samboeravtaler, men i praksis er det ikke enkelt å avtale eierforholdet til gjenstander som er belagt med lån på avtaletidspunktet ettersom det er usikkert hvordan fremtiden vil forløpe.

Saksforholdet er ikke helt utypisk – det finnes flere lignende avgjørelser. I en dom fra Borgarting (LB-2002-1689) ble resultatet det samme som i denne saken – samboeravtalen om sameie kunne ikke legges til grunn da den forutsatte ervervsbidrag som den andre parten ikke hadde ytet. En del tvister om samboeroppgjøret kan forhindres ved at samboerne klargjør sentrale forutsetninger i selve avtalen, se Lødrup/Sverdrup, *Familieretten* 2009, s. 359. Men antakelig er det først når – eller hvis – vi får lovregulering av det økonomiske oppgjøret i samboerforhold, at vi vil se en nedgang i det store antall tvister om eiendomsretten i samboerforhold. Slik regulering er innført i flere land, blant annet i Sverige, New Zealand og Australia.

*Tone Sverdrup*

### Foreldreansvar, fast bosted og samværsrett – Høyesteretts dom 18. februar 2010 (HR-2010-00304-A)

Saken gjaldt en syv år gammel jente som hadde bodd hos moren hele sitt liv. Foreldrene var kjærester da moren ble gravid, men de bodde aldri sammen, og forholdet tok slutt før barnet ble født. Moren hadde foreldreansvaret alene.

Da jenta var ett år gammel, ble det inngått avtale mellom foreldrene om at far skulle ha dagssamvær en dag i måneden. Etter ett år, våren 2004, ble samværet etter ønske fra far utvidet til dagssamvær en lørdag og søndag i måneden. Våren 2006 ble fars samvær utvidet til seks dagers sammenhengende samvær, hvorav de fire siste med overnatting. Samvær etter denne avtalen ble aldri gjennomført fullt ut før moren stanset ytterligere samvær.

Det hadde vært til dels store uoverensstemmelser mellom foreldrene. Faren hevdet at moren hadde opptrådt svært «kontrollerende» overfor ham og at han måtte «legge seg flat» for å få samvær med datteren. Moren hadde uttalt stigende mistillit til faren som omsorgsperson, og hadde anført at han ruset seg og opptrådte truende. Moren nektet faren samvær, også under tilsyn, og begrunnet dette med at barnet reagerte svært negativt på samvær med ham.

Faren reiste i september 2007 sak med krav om foreldreansvar, fast bosted og subsidiært samvær.

Etter at saken var brakt inn for tingretten, anmeldte moren faren til politiet på grunn av mistanke om seksuelle overgrep mot datteren. Saken ble etterforsket av politiet, og den endte med henleggelse fordi intet straffbart forhold ble ansett bevist. Dommeravhørene av barnet bekreftet ikke påstanden om seksuelt misbruk. Den sakkyndige for tingretten observerte fire samvær mellom far og datter, og hun konkluderte med at det ikke burde være samvær. Far anket til Frostating lagmannsrett, som oppnevnte ny sakkyndig. Hans erklæring fokuserte på en eventuell samværsrett, og han konkluderte med at det kunne være mulig å legge opp til samvær mellom far og datter under tilsyn. Psykologen fra tingretten ble oppnevnt som sakkyndig vitne for lagmannsretten, og hun fastholdt sin konklusjon om at samvær ikke var tilrådelig. Lagmannsretten avsa dom 7. juli 2009 om at far og mor skulle ha felles foreldreansvar, at datteren skulle bo fast hos faren, og at moren skulle ha et nærmere beskrevet samvær. Retten festet ikke lit til morens påstander om seksuelle overgrep eller at faren hadde opptrådt voldelig, og la avgjørende vekt på hensynet til best samlet foreldrekontakt. Moren hadde også under ankeforhandlingene avvist ethvert forsøk på å reetablere kontakt mellom datteren og faren og hans familie. Hun hadde blant annet uttalt under ankeforhandlingene at hun om nødvendig ville flykte til utlandet for å hindre kontakt mellom far og datter.

Mor anket til Høyesterett. For Høyesterett ble de sakkyndige fra tidligere retter oppnevnt, og de avga en felles erklæring. De mente begge at barnet burde bo hos moren, og at det burde fastsettes samvær med faren.

En enstemmig Høyesterett kom til at datteren skulle bo hos sin mor, at moren skulle ha foreldreansvaret alene, men at faren skulle ha samvær med datteren med en trygghetsperson til stede.

#### *Fast bosted*

I spørsmålet om fast bosted la Høyesterett vekt på at barnet alltid hadde bodd hos sin mor og at hun hadde tilknytning til miljøet der gjennom familie, skole og venner. Hun var vurdert av de sakkyndige til å være et spesielt sårbart barn hvor hensynet til å bevare denne tilknytningen var særlig tungtveiende. De vurderte henne til å være mer morsavhengig enn andre barn i hennes alder, og de uttaler videre: «Denne sterke avhengigheten har etter vår vurdering både å gjøre med at C har vært et sår og sårbart barn, at det er snakk om en mor som har hatt store bekymringer for sitt barn, og at de to har hatt en felles oppfatning av, og forhold til, Cs far. Å skulle utsette mor og barn for brudd i denne enheten, vil en måtte forvente vil skape alvorlige emosjonelle reaksjoner.»

Mor hadde etter lagmannsrettens behandling endret oppfatning og sagt at hun ville rette seg etter en avgjørelse om samværsrett for far hvis Høyesterett skulle fastsette dette. Retten fremhever at hensynet til størst samlet foreldrekontakt isolert sett likevel skulle tilsi

at barnet flyttet til far, fordi det da ville være naturlig å fastsette langt mer samvær med mor, enn omvendt. Høyesterett fant imidlertid at den belastning det ville være for datteren å flytte til sin far, ville være så stor at hensynet til størst mulig foreldrekontakt ikke kunne være avgjørende. Retten støttet seg her på de sakkyndige, som uttalte at dette hensynet etter deres mening måtte vike for det som samlet sett ville være den beste løsningen for barnet. De sakkyndige uttaler videre: «Det er vanskelig å forutsi hvordan C kunne tilpasse seg og finne seg til rette i en ny tilværelse hos far – på sikt. Men på kort sikt, er det klart at det, for C, vil medføre sterke reaksjoner i form av angst, tilpasningsvansker og sorgreaksjon hvis hun blir nødt til å flytte fra mor, til fordel for en far, som hun har en så klar uttalt motvilje mot å forholde seg til.»

Dommen er relativt kortfattet, og førstvoterende støtter seg i stor utstrekning på de sakkyndiges erklæring. Vi får vite lite om foreldrenes egnethet, bortsett fra at «begge er i stand til å ta hånd om den daglige omsorgen», ifølge lagmannsretten. Valget mellom en løsning som ifølge de sakkyndige på kort sikt vil ha skadevirkninger, og en løsning som på lang sikt kanskje vil kunne være en god løsning blir ikke nærmere behandlet. Det fremgår heller ikke om retten har vurdert hvilken løsning som på lang sikt vil være den beste, men dette var etter de sakkyndiges mening vanskelig å forutsi.

Det man kan trekke ut av dommen når det gjelder fast bosted, er at størst samlet foreldrekontakt ikke skal tillegges avgjørende vekt hvor dette iallfall på kort sikt vil ha skadevirkninger for barnet.

#### *Samværsretten*

Retten tok utgangspunkt i barnelovens presumsjon om at det er til barnets beste å ha kontakt med begge foreldrene, jf. § 43 første ledd tredje punktum som fastslår at bare hvor samværet ikke er til beste for barnet, må retten unnlate å fastsette samvær. Denne siste setningen kom inn i loven i 2006 i forbindelse med et ønske om å beskytte barn mot vold, og tok særlig sikte på de tilfelle hvor den som ønsket samvær hadde utøvet vold, enten mot barnet eller mot barnets forelder.

Retten henviser også til at det gjennom flere dommer, senest dommen i Rt. 2007 s. 967, er uttalt at det skal «ganske tungtveiende grunner til» for å nekte samvær mellom en forelder og et barn. Så heter det videre i dommen: «Utgangspunktet er med andre ord at det skal fastsettes samvær med mindre det foreligger forhold som innebærer at det ikke er til barnets beste.»

De sakkyndige hadde observert et samvær mellom far og datter i forbindelse med utarbeidingen av den sakkyndige erklæringen for Høyesterett, og dette forløp på en annen måte enn tidligere: «... inntrykket av samværet var at C ikke viste den redsel og avvissning, som en kanskje kunne forvente. Hun var

usikker og spent, men samtidig med en ambivalens, som kom til syne gjennom at hun forholdt seg til faren på en relativt interessert og utforskende måte.» På bakgrunn av denne observasjonen var begge de sakkyndige kommet til den konklusjon at de ville anbefale samvær med en trygghetsperson til stede, selv om den sakkyndige fra tingretten fremhevet at de «ikke kunne være sikre på at samværet for barnet ville bli opplevd som mer positivt enn negativt – på kort sikt». Den andre sakkyndige fremhevet at det på lengre sikt ville være til beste for barnet å få muligheten til å bli kjent med faren, og kunne danne seg et mer direkte og nyansert syn på ham. Det vil være skadelig for barnet hvis hun skal vokse opp i forvissningen om at hennes far er en ond mann som har utsatt henne for overgrep i barndommen.

Med utgangspunkt i presumsjonen om at det er til barnets beste å ha kontakt med begge foreldrene, og vurderingen av de sakkyndige om at dette vil bli til barnets beste på sikt, kom Høyesterett til at det burde fastsettes samvær mellom datter og far, og at dette skulle skje med en trygghetsperson til stede. Førstvoterende fremhevet at den samværsordning som var foreslått av de sakkyndige med en trygghetsperson til stede, ville sikre datteren fullt ut mot en eventuell risiko for seksuelle overgrep. Det var derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på morens anførsel om at man ikke kunne utsette barnet for en risiko om overgrep selv om lagmannsretten hadde lagt til grunn at faren ikke hadde forgrepet seg.

Når det gjelder *samværsretten*, har altså Høyesterett lagt avgjørende vekt på hva som vil være det beste for barnet på sikt. Det er også god grunn til å vurdere dette på en annen måte for samværsrett enn for spørsmålet om skifte av fast bosted. Samværsretten skal nettopp bidra til gradvis å bygge opp et godt forhold mellom far og datter. Den sakkyndiges begrunnelse på dette punkt er etter mitt syn overbevisende.

Førstvoterende bruker uttrykket «på sikt», mens den sakkyndige skriver «på lengre sikt». Uttrykket «på sikt» er vagt, men må iallfall antas å innebære at det ikke skal tillegges vekt dersom de aller første samværene kan oppleves som mer negative enn positive.

Samværsretten ble fastsatt til et dagsamvær på seks timer hver første lørdag i måneden, de to første årene annenhver gang på mors og fars bosted, fra 2012 på fars bosted. Moren skal utpeke en trygghetsperson som skal være til stede under samværet.

Uttrykket «ganske tungtveiende grunner» har gått igjen i rettspraksis, uavhengig av lovendringer om samværsretten, iallfall siden 1987 og senest i 2007. Uttrykket bør nå få hvile i fred. Det sier lite, og det kan være uheldig, fordi det isolert sett er løsrevet fra barnets beste-vurderingen. Dermed kan det åpne for å trekke inn hensynet til den av foreldrene som ønsker samvær. I denne dommen kan jeg ikke se at uttrykket har hatt en selvstendig betydning.

### *Foreldreansvaret*

Foreldrene i denne saken hadde som nevnt aldri bodd sammen. Spørsmålet om det burde være en generell hovedregel om felles foreldreansvar uavhengig av foreldrenes tilknytning til hverandre på fødselstidspunktet, ble drøftet i forbindelse med de siste endringene i barneloven. Resultatet ble imidlertid at det ikke skjedde noen endring i § 35 første ledd. Hovedbegrunnelsen var at fordi denne gruppen er så sammensatt, vil en hovedregel i mange tilfeller ikke være til barnets beste, samt at det vil kunne være en stor belastning for mor. Lovens utgangspunkt er derfor fortsatt at moren har foreldreansvaret når foreldrene ikke har bodd sammen. Førstvoterende tar utgangspunkt i dette, og at i vurderingen om man skal fra-vike dette, må barnets beste være det avgjørende. Hun henviser til Inge Lorange Backer som uttaler: «Felles foreldreansvar vil sjelden ha noe for seg mot morens ønske når partene ikke har levd sammen – det vil være å legge opp til nye konflikter.» (*Barneloven, kommentarutgave*, 2. utg., s. 333.)

I denne saken hadde også de sakkyndige gitt uttrykk for at de ikke anså felles foreldreansvar å være til barnets beste. Forholdet mellom foreldrene var meget anstrengt, og de ekstra utfordringene som vil ligge i felles foreldreansvar, ville antakelig øke konfliktnivået mellom partene. Det ble også trukket frem at felles foreldreansvar i dette tilfellet måtte forutsette en nærmere kontakt mellom foreldrene enn de allerede hadde, og antakelig nærmere enn samværsordningen skulle tilsi. Førstvoterende konkluderte derfor med at faren ikke skulle ha del i foreldreansvaret.

*Lucy Smith*

## IMMATERIALRETT

### Varemerkerett

#### Søkemotorannonsering

Søkemotorannonsering er en av de raskest fremvoksende markedsføringskanaler. Store aktører som Google og Yahoo tilbyr annonsører å koble sine annonser til bestemte søkeord, slik at annonsene blir vist ved siden av de naturlige søkeresultatene. Hvis man f.eks. søker på «brød» i Googles søkemotor, vil man se korte annonser for bl.a. bakervarer, mel og dagligvareforretninger. De korte annonsetekstene inneholder en link til annonsørens nettsider, og betegnes som «sponsede koblinger». Annonsene kan inneholde søkeordet, men behøver ikke å gjøre det. Under enhver omstendighet vil søkeordet være synlig i søkefeltet, og således fremgå av samme skjerm bilde som annonsene (og de naturlige søkeresultatene).

Så lenge søkeordene er generiske, dvs. naturlige, beskrivende ord, er virksomheten uproblematisk. Annerledes kan det stille seg om søkeordet er et

beskyttet varemerke og annonsøren ikke har noen rett til å benytte dette. Spørsmålene som da oppstår, er hva som skal til for å gjøre slik bruk av søkeord til en varemerkekrenkelse, og i så fall hvem som er ansvarlig for krenkelsen, om det bare er annonsøren eller også tilbyderer av søketjenesten.

Disse spørsmålene er nå langt på vei blitt avklart gjennom EU-domstolens avgjørelser i forente saker C-236/08 til C-238/08 (Google) og sak C-278/08 (BergSpechte). Førstnevnte omfattet tre foreleggelse fra franske Cour de cassation i saker som var anlagt mot Google, mens sistnevnte var en foreleggelse fra Oberster Gerichtshof i Østerrike i sak anlagt mot en annonsør.

Etter varemerkedirektivet (2008/95) art. 5 omfatter varemerkeretten *bruk i næringsvirksomhet* («in the course of trade»). I tråd med tidligere avgjørelser må bruk i næringsvirksomhet forstås som bruk «in the context of commercial activity with a view to economic advantage and not as a private matter» (Google, premiss 50). Ved søkemotorannonsering er det ikke tvilsomt at både tjenestetilbyderen og annonsøren benytter varemerket i en kommersiell sammenheng. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig, uttalte EU-domstolen i Google-saken. Artikkel 5 må forstås slik at det dertil stilles bestemte krav til brukens karakter: Det skal anses å ligge implisitt i bruksbegrepet at det må dreie seg om *kjennetegnbruk*. Bruksbegrepet «implies, at the very least, that that third party uses the sign in its own commercial communication» (avsnitt 56). Denne tolkningen må ses i lys av at varemerkets funksjon nettopp er å fungere som et kommunikasjonsverktøy for tilbydere av varer eller tjenester overfor markedet. Dermed er det også naturlig å begrense rettsbeskyttelsen til situasjoner hvor varemerket brukes som kommunikasjonsmiddel, dvs. som kjennetegn. Slik var varemerket i den foreliggende saken ikke benyttet av tjenestetilbyderen: «A referencing service provider allows its clients to use signs which are identical with, or similar to, trade marks, without itself using those signs» (premiss 56). Vurderingen må formentlig bli tilsvarende for andre som skaffer seg inntekter fra markedsføring uten selv å bruke andres varemerker som kjennetegn, f.eks. fjernsyns- og radiokanaler, aviser og tidsskrifter, auksjonsportaler etc. Annonsørene bruker derimot varemerket som kommunikasjonsmiddel, og ved søkemotorannonsering gjelder det hva enten varemerket er brukt i annonseteksten eller bare fremgår av søkefeltet (premissene 65–73).

EU-domstolen tok ikke stilling til om tjenestetilbydere kan bli ansvarlige på annet grunnlag, f.eks. etter markedsføringsrettslige regler eller etter den alminnelige erstatningsrettslige medvirkningsregelen (Google, premiss 57).

For at varemerkebruk skal være rettsstridig, må bruken videre være av ett av de slag som oppregnes i direktivets art. 5. Her skiller det mellom bruk av

identiske varemerker for identiske varer, hvor eneretten i utgangspunktet er absolutt, jf. art. 5(1)(a), og bruk hvor enten varemerkene eller varene bare er lignende, ikke identiske, hvor varemerkeretten bare omfatter tilfelle der det eksisterer risiko for forveksling, jf. art. 5(1)(b). Selv om eneretten etter art. 5(1)(a) etter ordlyden er absolutt, har EU-domstolen i tidligere saker innfortolket et vilkår om at bruken må være av en slik karakter at den er egnet til å påvirke en av varemerkets funksjoner negativt. Varemerkets primære funksjon er den såkalte *opprinnelsesfunksjonen*, som innebærer at varemerket fungerer som en garanti for produktets kommersielle opphav overfor omsetningskretsen. Varemerker har imidlertid også andre funksjoner, bl.a. kvalitetsgarantifunksjonen og reklamefunksjonen. De relevante funksjonene i forbindelse med betalt søkemotorannonsering er ifølge EU-domstolen opprinnelsesfunksjonen og reklamefunksjonen (Google, premiss 81, BergSpechte, premiss 32).

Hva som skal til for at opprinnelsesfunksjonen skal anses å være utsatt for skade, har vært noe uklart. EU-domstolen gjør det imidlertid her klart, særlig ved avgjørelsen i BergSpechte-saken, at vurdering er sammenfallende med vurderingen av om det foreligger forvekslingsrisiko etter art. 5(1)(b). Opprinnelsesfunksjonen er med andre ord bare utsatt for skade dersom det foreligger en risiko for direkte eller indirekte forveksling. Det betyr at en krenkelse av varemerkeretten foreligger dersom tredjeparts kjennetegnbruk gjør det umulig eller vanskelig for gjennomsnittsfbrukeren å fastslå om varene stammer fra varemerkehaveren, eventuelt fra et foretak som står i kommersiell forbindelse med varemerkehaveren, eller om de stammer fra andre (Google, premiss 84, BergSpechte, premissene 35 og 36). Hvorvidt en slik risiko foreligger, beror på en konkret vurdering, som hører under nasjonale domstoler. Av særlig betydning ved søkemotorannonsering er annonsens innhold og måten den presenteres på.

Ettersom vurderingen av om opprinnelsesfunksjonen er utsatt for skade etter art. 5(1)(a) er sammenfallende med vurderingen av om det foreligger risiko for forveksling etter art. 5(1)(b), spiller det så langt ingen rolle om et tilfelle henføres under den ene eller den andre av de to bestemmelsene. Beskyttelsen etter art. 5(1)(a) er imidlertid mer omfattende, ved at den også kan beskytte andre av varemerkets funksjoner. Reklamefunksjonen – som var aktuell i dette tilfellet – innebærer at varemerket benyttes ved markedsføring for å informere og overbevise potensielle kunder (Google, premiss 91). Merkehaveren kan følgelig forby andre å bruke kjennetegn som «adversely affects the proprietor's use of its mark as a factor in sales promotion or as an instrument of commercial strategy» (premiss 92). Bruk av varemerker som søkeord ved betalt søkemotorannonsering har visse negative effekter for merkehaveren, men ifølge EU-domstolen er disse – slik Googles tjeneste for tiden

fungerer – ikke tilstrekkelige til i seg selv å utsette reklamefunksjonen for skade (premiss 95). Domstolen viste i denne forbindelse særlig til en lenke til merkehaverens egne nettsider vil figurere blant de naturlige søkerresultatene, som regel høyt opp på listen, slik at merkehaverens synbarhet på denne måten vil være godt sikret (premiss 97).

Oppsummeringsvis innebærer EU-domstolens avgjørelser at det bare er annonsørene, og ikke tilbyderne av søketjenestene, som kan holdes ansvarlige for varemerkekrenkelser, og at en varemerkekrenkelse vil foreligge dersom annonsen er slik utformet at det kan oppstå risiko for direkte eller indirekte forveksling (som innebærer at opprinnelsesfunksjonen utsettes for skade). Hvis det varemerket som er brukt er velkjent, kan krenkelse også foreligge om tredjepart urimelig har utnyttet varemerkets renommé eller goodwillverdi, f.eks. ved å selge imitasjoner av merkehaverens varer (Google, premissene 102 og 103).

Ettersom det ikke kan utelukkes at tjenestetilbyderen kan holdes ansvarlig på annet grunnlag, vil det kunne ha betydning om denne kan påberope ansvarsfrihet etter ehandelsdirektivet (2000/31) art. 14, som omfatter tilbydere av lagringstjenester («hosting», jf. ehandelslovens § 18). EU-domstolen uttalte at søkemotorannonsering må anses som en informasjonssamfunnstjeneste i direktivets forstand (premiss 110), og at tilbydere kan hevde ansvarsfrihet dersom de har inntatt en nøytral rolle, i den forstand at deres opptreden er «merely technical, automatic and passive, pointing to a lack of knowledge or control of the data which it stores» (Google, premiss 114). Dette må formentlig bety at ansvarsfrihet kan hevdes dersom tjenesten er automatisert, slik at det er annonsørene som selv velger søkeord og utformer annonsene.

*Are Stenvik*

## KONFLIKTLØSNING

### Urealistisk optimisme ved valget mellom forlik og rettssak i privatrettslige tvister

Privatretten handler ikke bare om privatrettslige regler, men også om hvordan man løser tvister på privatrettens område. Avtalen er den viktigste rettsstiftende kjensgjerning, og de fleste tvister blir løst nettopp på denne måten, ved at partene – eventuelt med bistand av en mekler – forhandler seg frem til en forlikavtale som stifter rett og plikt mellom dem.

Alternativ tvisteløsning er det fagfelt som tar for seg de ulike metoder private parter kan bruke for å løse sine tvister. Forhandlinger, mekling og voldgift er de tre mest kjente formene, men det finnes også andre. Et av de viktigste spørsmål ved håndteringen av privatrettslige tvister er når man skal forlike og når man skal gå videre til rettssak (eventuelt voldgiftssak). I forlikforhandlinger vil løsning ved rettssak som regel

være partens beste alternativ til en forhandlet løsning. Utsikten til hva man kan få i retten danner dermed målestokken for vurderingen av et eventuelt forlikstilbud. Men hvor god er egentlig denne målestokken?

I nyere empirisk rettsforskning har man søkt svar på dette spørsmålet. Basert på et omfattende empirisk materiale fra California, er det gjort studier av beslutningskvaliteten i forlikforhandlinger (Gross & Syverud, 1991, 1996, Rachlinski, 1996, Kiser et al., 2008). Ved å sammenlikne domsresultat med siste forlikstilbud kunne man se om partene gjorde rett når de valgte å avgjøre saken ved dom i stedet for å ta imot et forlikstilbud. Resultatene er tankevekkende. Saksøkere som valgte bort et forlikstilbud fikk i 6 av 10 tilfeller det samme eller mindre ved dom. Når saksøkte forkastet et forlikstilbud gikk det også mange ganger galt, men ikke like ofte. De saksøkte gjorde det dårligere ved dom enn forlik i hvert fjerde tilfelle. (I de resterende tilfellene, omtrent 15 %, gjorde begge parter rett i å gå til sak: Domsresultatet havnet mellom partenes forliksposisjoner.) Men når det først går dårlig for de saksøkte, smeller det skikkelig. Gjennomsnittstapet for de saksøkte var mer enn 1 million dollar, hele 30 ganger større enn for saksøkerne. Ser man på det totale økonomiske resultat av rettergangen, var det dermed de saksøkte som betalte mest for valget av denne tvisteløsningsformen. Resultatene peker klart i retning av at flere saker burde vært løst i minnelighet, og at forhandlinger og mekling altså lønner seg bedre for partene enn rettergang.

Selv om de stammer fra en annen prosessordning med andre regler om ansvar for sakens omkostninger, andre honorarmodeller og flere andre forskjeller, er resultatene fra California av stor interesse også for norske forhold. Forklaringen på resultatene må nemlig søkes i noen grunnleggende psykologiske mekanismer som kan slå inn ved menneskelige valg. Slike feil kan oppstå enten parter og advokater kommer fra USA eller Norge.

De empiriske studiene viser altså at partene velger rettergang oftere enn det som er økonomisk lønnsomt. Hvorfor? Sannsynligvis er det flere forhold som spiller inn, men mønstrene i det empiriske materialet tyder på at det psykologer kaller overkonfidens spiller en sentral rolle.

Overkonfidens vil si at man nærer større tiltro til sikkerheten av egen vurdering enn hva det objektivt sett er grunnlag for. Selvsikkerheten overgår kort sagt treffsikkerheten. Overkonfidens gjør seg gjeldende i mange sammenhenger og kan få fatale følger, som ved jusitismord. Dommerne har i slike tilfeller vært sikre i sin vurdering av tiltaltes skyld, enda tiltalte faktisk var uskyldig. Forskning på vitnepsykologi har også lært oss at subjektiv sikkerhet (det at vitnet selv er sikker i sin sak) ikke er noen indikasjon på objektiv riktighet. Vitner uttaler seg ofte skråsikkert om forhold som viser seg ikke å stemme. Overkonfidens i forbindelse med tvisteløsning leder lett til at parten

og/eller advokaten overvurderer hva det er mulig å oppnå ved en rettssak. Man er rett og slett for optimistisk. Siden utsikten i rettergang er målestokken for hva parten er villig til å godta i en forlikforhandling, kan en slik overvurdering lett lede til å avslå forlikstilbud som det ville vært i partens interesse å akseptere. Resultatet kan bli færre forlik, lengre prosesser – og ubehagelige overraskelser når dommen kommer.

Den vanlige oppfatning er at advokater kan korrigere partenes urealistiske optimisme med hensyn til sakens vannersjanser ved å gi en kvalifisert vurdering av prosessrisikoen. Resultatene fra de empiriske undersøkelsene tyder imidlertid på at det ikke fungerer godt nok. Riktignok er det slik at en optimistisk advokat i en del sammenhenger vil kunne oppnå bedre resultater i forhandlinger, fordi trusselen om å ta saken til retten fremstår som mer troverdig når den blir fremsatt av en med tro på saken. Den optimistiske advokaten kan derfor få til gunstige forlik for klienten gjennom overbevisende bruk av rettergangstrusselen. Problemet er når denne taktikken slår feil, og saken går til doms og kanskje tapes. Den urealistiske optimismen blir da en kostbar affære.

Den amerikanske jussprofessoren Oren Bar-Gill fra New York University School of Law har fremsatt en teori om at overoptimistiske advokater kan bli eliminert fra advokatmarkedet gjennom en slags evolusjonsmessig utvelgelsesmekanisme. Fordi de taper sine saker oftere enn forventet vil slike urealistisk optimistiske advokater miste klienter og overlate plassen til advokater som heller er «forsiktede optimister», hvilket er Bar-Gill's ideal. (Omtale på nettsiden til Harvard's Program on Negotiation: <http://www.pon.harvard.edu/?p=11187>)

En slik mekanisme er kanskje også nødvendig, for ustrukturert erfaringslæring er ikke tilstrekkelig til å eliminere feil som følge av overkonfidens. Undersøkelsen til Kiser et al. viste at erfarne advokater ikke gjorde det bedre enn fullmektiger rett fra Law School (Kiser et al., 2008). Dette funnet strider mot vanlige folks oppfatning, men stemmer med det vi ellers vet om erfaringslæring. For å kunne lære av erfaring kreves det at man får rask, utvetydig og konsistent tilbakemelding når man gjør feil, og at tilbakemeldingen gir klart uttrykk for hva som var feil. Disse betingelsene er ikke til stede ved sammensatte vurderinger innenfor en bred praktisk handlingssammenheng, som vurderingen av prosessrisiko. Her kan nemlig det samme (gale eller riktige) valget i ulike situasjoner føre både til suksess og tap, fordi utfallet ikke er gitt ved handlingen, men mange andre forhold også kan spille inn.

Overkonfidens er heller ikke et særtrekk knyttet til karakteravvik hos bestemte personlighetstyper, men vanlig hos de aller fleste. Mens vi venter på at Bar-Gills evolusjonsprosess skal regulere advokatmarkedet kan det derfor være en trøst å vite at forskningen på overkonfidens har identifisert to enkle og effektive

teknikker som enhver kan bruke for å redusere faren for urealistisk optimisme ved for eksempel vurderingen av prosessrisiko:

1. Vurdér det motsatte. Den første teknikken går rett og slett ut på å søke etter grunner til at det du tror kan være feil. Gjennom aktivt å søke etter motargumenter vil man få et mer balansert bilde av argumentene for og mot et bestemt valg eller en vurdering. Dét bidrar til å redusere graden av sikkerhet man knytter til valget eller vurderingen. Man opptrer altså som «djevelens advokat» og argumenterer mot klientens sak. Denne teknikken virker også som motvekt mot en naturlig menneskelig hang til å legge bedre merke til det som bekrefter det vi allerede tror, enn det som står i strid med det.
2. Se saken fra utsiden. Denne teknikken går ut på å korrigere egen vurdering opp mot kunnskap om hvordan det vanligvis går i liknende situasjoner. Hvis man for eksempel vet at saksøkere svært ofte oppnår dårligere resultater ved dom enn ved forlik tilbudt i samme sak, kan man la denne kunnskapen spille inn i vurderingen av utsiktene i den aktuelle saken. Er det noen gode grunner til at det skal gå annerledes i denne saken? Denne teknikken motvirker tendensen til å overse statistisk informasjon om hvordan det vanligvis går i rettssaker til fordel for konkret informasjon om styrke og svakhet ved den aktuelle saken.

Er det noe annet advokatene generelt sett kan gjøre? Det måtte være å tilegne seg ferdigheter og kunnskaper i mekling og alternativ tvisteløsning. Undersøkelsen til Kiser et al. viste også at advokater med meklingskompetanse gjorde færre feil på vegne av sine klienter enn andre advokater. I tillegg til at en advokat med slik kompetanse vil ha flere strenger å spille på når han eller hun skal bistå i en konkret rettskonflikt, er det altså sammenheng mellom en slik kompetanse og evnen til å gi gode råd med hensyn til hva som i det konkrete tilfellet bør foretrekkes av et forlikstilbud og en rettssak.

### Referanser

Gross, S. & K. Syverud (1991). Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial, *Michigan Law Review*, 90, 319.

Gross, S. & K. Syverud (1996). Don't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement, *UCLA Law Review*, 44, 51.

Kiser, R. L., M. A. Asher & B. B. McShane (2008). Let's Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiations, *Journal of Empirical Legal Studies*, pp. 551–591.

Rachlinski, J. (1996). Gains, Losses and the Psychology of Litigation., *S. California Law Review*, 70, 113.

Sverre Blandhol



**Høyesterettsdom om avhendingsloven – Rt. 2010 s. 103**

Høyesterett avsa 9. februar 2010 enda en dom om avhendingsloven. Dommen har fått referansen Rt. 2010 s. 103. Den er enstemmig.

Dommen gjelder to spørsmål. Det første er forståelsen av kriteriet «vesentleg ringare stand enn kjøperen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles» i § 3-9 annet punktum. Det andre gjelder innholdet i kriteriet «rimeleg tid etter å ha oppdaga eller burde ha oppdaga» mangelen i reklamasjonsregelen i § 4-19 første ledd.

*Vesentlighetskravet i § 3-9 annet punktum*

Når fast eiendom selges «som den er», kan kjøperen ifølge § 3-9 gjøre gjeldende mangel dersom selgeren har holdt tilbake vesentlige opplysninger (§ 3-7) eller har gitt uriktige opplysninger (§ 3-8), eller dersom eiendommen er i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med ut fra kjøpesummen og forholdene ellers (§ 3-9 annet punktum). Det er det siste – vesentlighetskriteriet – som er tema i dommen.

Høyesterett viser til at dette kriteriet har en kvantitativ og en kvalitativ side (avsnitt 39). Den kvantitative siden finner vi uttrykt i henvisningen til kjøpesummen, den kvalitative i henvisningen til forholdene ellers.

Den kvantitative siden av vesentlighetskravet har i rettspraksis vært forstått slik at man må beløpsfeste den anførte mangelen – helst ut fra utbedringskostnader i tråd med bestemmelsen om utmåling av prisavslag i § 4-12 annet ledd – for så å sette dette beløpet i forhold til kjøpesummen for eiendommen. Opphavet til denne teknikken synes å være noen bemerkninger i RG 1996 s. 435 Frostating, hvor retten i sin vurdering av forholdet til § 3-9 annet punktum viste til at utbedringskostnadene var ca. 2,7 % av kjøpesummen. Retten var i tvil, men kom til at forholdet ikke utgjorde mangel. Siden retten ga uttrykk for tvil, er det blitt antatt at grensen ligger noe over nivået på 2,7 %, dvs. ved 3–4 % eller deromkring. Denne betraktningmåten og denne prosentsetningen har aldri vært lagt til grunn som avgjørende. Prosentlæren har likevel levd et aktet liv som viktig tommelfingerregel og nyttig utgangspunkt for vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.

Teknikken med å sette utbedringskostnadene i forhold til kjøpesummen og så bestemme en prosentsetning som veiledende grense, har den merkelige virkning at høy kjøpesum under ellers like forhold vil trekke i retning av at det ikke foreligger mangel, mens lavere kjøpesum vil trekke i retning av at kjøperen kan gjøre mangel gjeldende. Dette er nok en stikk motsatt virkning av det som er tanken bak bestemmelsen, som har sitt mønster i tilsvarende bestemmelse i kjøpslovens § 19. Etter ordlyden skal vurderingen skje «ut frå» kjøpesummen, uten at det står at feilen skal ses i forhold

til kjøpesummen. Høy kjøpesum indikerer kvalitet og tilsier at terskelen for hva som utgjør mangel, skal være lav, mens lavere kjøpesum isolert sett gir kjøperen mindre grunn til forventninger om eiendommen, slik at han må godta flere og mer omfattende feil og skavanker uten å kunne påberope mangler. Til dette kommer at kjøpesummen vil være påvirket av beliggenhet, i den forstand at både landsdel (pressområde eller ikke) og beliggenhet innenfor området (utsikt eller ikke) har betydning for kjøpesummen, uten at det er opplagt at dette bør ha betydning for mangelsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.

Høyesterett bekjenner seg likevel til prosentlæren i dommen i Rt. 2010 s. 103, slik retten også har gjort i tidligere dommer (særlig Rt. 2002 s. 1425 og Rt. 2007 s. 1587). Det er ifølge Høyesterett prosentlæren som utgjør den kvantitative siden av vesentlighetskravet i § 3-9 annet punktum. Spørsmålet for Høyesterett var hvilken prosentsats som skal være utgangspunktet ved vurderingen. Førstvoterende peker på de to nevnte tidligere dommene, hvor 6 % utvilsomt var tilstrekkelig i Rt. 2002 s. 1425, og hvor 3,23 % var nok med et nødscrik i Rt. 2007 s. 1587. Det formuleres i Rt. 2010 s. 103 deretter en problemstilling om hvor i dette intervallet – fra 3 til 6 % – utgangspunktet bør ligge. Konklusjonen er at prosenten normalt bør ligge i den øvre delen av intervallet for å kunne oppfylle vesentlighetskravets kvantitative element (avsnitt 49). Ved lavere prosentsats må det foreligge særlige omstendigheter for at vesentlighetskravet skal være oppfylt. Slike særlige omstendigheter forelå i Rt. 2007 s. 1587, hvor boligen var «en nesten ny leilighet av høy standard». Boligen i dommen i Rt. 2007 s. 1587 var ikke mer enn tre år gammel da salget fant sted. Dette tilsa altså at en lav prosentsats kunne være tilstrekkelig.

Når en lav prosentsats anses tilstrekkelig til å utgjøre mangel, supplerer man det kvantitative elementet med kvalitative elementer. Eiendommens (boligens) alder eller generelle standard kan altså være et slikt kvalitativt element. Det samme må det antas at mangelens egen art kan være. Svikt i grunnleggende konstruksjoner, gjerne med sikkerhetsmessige konsekvenser, kan sannsynligvis medføre at en prosentsats i den nedre delen av intervallet kan være tilstrekkelig. Dette antydes i dommen i Rt. 2010 s. 103 (avsnitt 58), som ellers ikke gir noen særlig veiledning om hvilke kvalitative forhold (ut over «nesten ny leilighet av høy standard») som kan modifisere utgangspunktet om at prosenten må ligge i øvre delen av intervallet.

Når prosenten ligger i øvre del eller enda høyere, er det etter Høyesteretts resonnement ikke rom for kvalitative vurderinger som kan medføre at det likevel ikke foreligger mangel. Forutsetningen er at man ved beregningen av prosenten bare har tatt med feil og skavanker som er relevante i denne sammenheng. Kvalitetsavvik som er opplyst i salgsdokumentasjonen før kjøpet, eller som kjøperen av andre grunner må være forberedt på, og feil som ikke er reklamert i tide, er eksempler på

forhold som ikke er relevante, og som derfor heller ikke skal inngå i beregningen av prosenten.

Prosenten var i saken beregnet til 3,36. Dette var ikke tilstrekkelig til å oppfylle vesentlighetskravet. Det forelå etter dette ikke mangler.

#### *Reklamasjonsfristen i § 4-19 første ledd*

Siden det ikke forelå mangler, var det strengt tatt ikke nødvendig for Høyesterett å uttale seg om reklamasjonsspørsmålet. Retten valgte likevel, under henvisning til at spørsmålet var blitt prosedert fullt ut for Høyesterett av begge parter, å uttale seg om reklamasjonen i form av et obiter dictum.

Reklamasjonsregelen i § 4-19 første ledd reiser to problemer. Man må først finne svar på spørsmålet om når kjøperen oppdaget eller burde ha oppdaget mangelen. Dette er i høy grad – men ikke bare – et faktisk spørsmål (bevissspørsmål). Dernest må man avgjøre hva som er rimelig tid i bestemmelsens forstand. Dette er et juridisk spørsmål.

Høyesterett la til grunn at kjøperen hadde tilstrekkelig kunnskap om mangelen i juli/august 2006, uten at det var noe tema om han burde ha hatt kunnskap tidligere. Reklamasjon fant sted 3. desember 2006. Dette er minst tre måneder – kanskje opp mot fire – etter at mangelen ble eller burde ha blitt oppdaget. Høyesterett fant at reklamasjonen var for sen.

Kjøperen hadde benyttet tiden fra sommeren til desember til å skaffe en sakkyndig vurdering til dokumentasjon av mangelsspørsmålet. Når Høyesterett fant at reklamasjonen var for sen, kan man slutte at kjøperens behov for sakkyndig vurdering og dokumentasjon ikke utsetter tidspunktet for når rimelig tid-fristen starter å løpe. Dette kan likevel ikke sies generelt. I saken hadde kjøperen selv en viss bygningsskyndighet, noe som synes å ha påvirket rettens syn på reklamasjonsfristens starttidspunkt (avsnitt 70). I andre tilfeller kan symptomer på og mistanke om mangler være så svake og usikre at fristen ikke begynner å løpe før kjøperen har fått en sakkyndig rapport om forholdene. Tonen i dommen er likevel slik at rådgivning til kjøpere må gå ut på at kjøperen reklamerer selv på vage mistanker, uten å avvente en sakkyndig rapport som bekrefter mistankene.

Høyesterett fant altså at vel tre måneders forløp fra fristens start var utenfor rimelig tid. Det ble, kanskje noe overraskende, lagt vekt på at de forholdene som ble hevdet å utgjøre mangler, ble avdekket to og et halvt år etter kjøperens overtakelse av eiendommen (uten at forholdene burde ha vært oppdaget tidligere). Høyesterett mente at den lange tiden som allerede var gått siden overtakelsen, tilsa en rask reklamasjon når forholdene ble oppdaget (avsnitt 69). Kanskje burde man her ha tenkt annerledes. Det er særlig viktig med rask reaksjon når mangelen oppdages tidlig etter overtakelsen. Både bevishensyn og hensynet til selgerens innrettelse tilsier rask reklamasjon. Når det allerede er gått lang tid, er det ikke så mye å tape på at det går enda

noe tid før det reklameres. Høyesteretts premisser her innebærer en mulighet for å hevde at reklamasjon etter lengre tid enn tre–fire måneder kan være tilstrekkelig når mangelen oppdages tidlig etter overtakelse. Selv om kjøpere må rådgis til å reklamere umiddelbart ved oppdagelse av mangler, kan dette synspunktet ut fra Høyesteretts premisser være både prosedabelt og vellykket når man først er i den uheldige situasjonen at reklamasjon foreligger mer enn tre måneder etter at mangelen ble eller burde ha blitt oppdaget.

*Trygve Bergsåker*

## PENGEKRAVSRETT

### **Reduserte inkassosatsar**

Inkassoforskrifta 14. juli 1989 nr. 562 kapittel 2 har reglar om skyldnarens maksimale erstatningsplikt for utanrettslege inndrivingskostnader. Maksimalsatsane i forskrifta §§ 2-2 og 2-3 avheng av 1) storleiken på kravet, 2) grunnsatsen ved inkasso, som frå 1. januar 2010 er på 600 kroner, 3) kor langt i inndrivingsprosessen ein er komen, og 4) om kravet skriv seg frå verksemd som er meirverdiavgiftspliktig.

Ved kongeleg resolusjon 4. september 2009 vart inkassoforskrifta endra med verknad frå 1. januar 2010. Maksimalsatsane er reduserte, og det er innført ulike satsar for forbrukarskyldnarar og nærings-skyldnarar. Bakgrunnen er eit ønske om å styrke den økonomiske stillinga til personar med gjeldsproblem. For forbrukarar er satsane reduserte med mellom 20 og 50 prosent, avhengig av storleiken på det kravet som blir drive inn. For eit krav på 2 500 kroner er til dømes satsen redusert frå 1 200 kroner til 600 kroner. I næringsforhold er satsane halvannan gong så høge som i forbrukarforhold.

Inkassoforskrifta § 2-3 er dessutan endra ved at det skal gå 14 dagar lengre tid før kreditor kan nytte den høgaste maksimalsatsen som gjeld for kravet. Endringa inneber at det må gå minst 42 dagar frå forfall til kreditor kan nytte den høgaste satsen.

Det er ikkje gjort endringar i inkassoforskrifta § 1-2 om gebyrmessig erstatning for varsel. Dette er standardiserte satsar som kreditor kan krevje utan å måtte dokumentere faktiske inndrivingskostnader, til dømes eit beløp lik ein tidel av inkassosatsen for høve-svis skriftlege purringar og inkassovarsel. Ved eigeninkasso – kreditor driv inn kravet sjølv – står desse reglane om gebyrmessig erstatning sentralt. Ved fram-andinkasso – kreditor overlet inndrivninga av kravet til eit inkassobyrå eller ein advokat – er det derimot maksimalsatsane i §§ 2-2 og 2-3 som i praksis avgjer kor mykje skyldnaren må dekkje av inndrivingskostnader. Ein mogleg konsekvens av forskriftsendringane kan vere ei utvikling i retning av meir eigeninkasso etter-som dei økonomiske rammevilkåra for å drive fram-andinkasso har blitt vesentleg dårlegare.

Inkassoforskrifta § 1-4 har egne satsar for eigeninkasso i regi av ein advokat som har stilt trygd etter domstollova § 222. Reglane gjeld mellom anna for finansinstitusjonar som har egne advokatar. Satsane i § 1-4 er reduserte på same måte som i § 2-2 (maksimalsatsane for såkalla enkle saker).

Reduksjonen i maksimalsatsane råkar inkassobyråa hardt. Det er reist spørsmål om forskriftsendingane er i samsvar med føresegna i inkassolova 13. mai 1988 nr. 26 § 17 om at «[s]kyldneren plikter å erstatte fordringshaverens nødvendige kostnader ved utenrettslig inndring». I ei utgreiing av 25. september 2009 til Norske Inkassobyråers Forening konkluderer professor dr. juris Geir Woxholth med at «det fremstår som *høyst sannsynlig* at forskriftsendingene kan komme i strid med prinsippet i inkassolova § 17».

*Tore Fjørtoft*

## SELSKAPSRETT

### Miljørettslig ansvarsgjennombrudd i selskapsretten – Høyesteretts dom 10. mars 2010 (HR-2010-443-A)

I dette spennende møtet mellom miljørett og selskapsrett tolker Høyesterett § 51 i lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) slik at den gir hjemmel til å pålegge et morselskap utgiftene ved undersøkelse av forurenset grunn, etter virksomhet som datterselskapets rettsforgjenger bedrev. Saken reiser en rekke interessante spørsmål som kan drøftes fra flere perspektiver, hvorav jeg her gir et sammendrag av en drøftelse av hovedspørsmålet.

Saken dreier seg om ansvaret for undersøkelse av forurensning i grunn etter flere tiår med skipsmalings- og plastproduksjon og relatert avfallsdeponering i Florvåg og Bakarvågen. *Monopol Maling- og Lakkindustri AS* var det selskapet som opprinnelig sto for produksjonen, som foregikk fra 1918 til 1991, med avfallsdeponering fra 1960-tallet. I 1983 fusjonerte Monopol Maling og Lakk med et datterselskap av det danske selskapet *Hempel AS*, som er morselskapet i saken. Resultatet av fusjonen fikk navnet *Hempel Coatings (Norway) AS*.

Eiendommene ble i 1995 og 1996 solgt, for øvrig med en ansvarsfraskrivelse fra selger for evt. forurensning, uten at det ble et tema i Høyesteretts begrunnelse for avgjørelsen.

De første indikasjonene om forurensning av grunnen ser ut til å ha kommet etter undersøkelser gjennomført i 1984 og 1991/1992. Etter en kartlegging på midten av 1990-tallet, gav fylkesmannen i 1997 pålegg om innledende miljøundersøkelser til Hempel Coatings, som morselskapet Hempel AS hadde hatt 100 % av aksjene i siden 1989. Etter en klageomgang besørget Hempel Coatings undersøkelser som konkluderte med forurensning på begge de aktuelle eiendommene. Innen rapporten var kommet til fylkesmannen

viste kalenderen mars 2001. Hempel Coatings hadde i mellomtiden byttet navn til *Askøy Eiendom AS* og var under avvikling og uten aktiva. Produksjon og aktiva (men ikke eiendommene) var nemlig blitt utfisjonert i 1991 til et nystiftet datterselskap av Hempel AS. Det nystiftede selskapet fikk navnet *Hempel (Norway) AS*.

Daværende SFT (Statens Forurensningstilsyn, nå Klima- og Forurensningsdirektoratet) overtok saken og varslet i 2003 pålegg om videre undersøkelser til morselskapet Hempel, datterselskapet Hempel (Norway), og de nye eierne av eiendommene.

SFT valgte i 2004 å pålegge morselskapet Hempel å foreta undersøkelser og tiltaksutredning, etter å ha lagt til grunn at både mor og datter kunne holdes ansvarlig iht. forurensningsloven § 51. Etter en resultatløs klageomgang, saksøkte Hempel staten i 2007 med NHO som partshjelper for lagmannsretten og Høyesterett. Miljøundersøkelsene ble i mellomtiden for øvrig utført, slik at saken for Høyesterett dreide seg om hvorvidt staten skulle erstatte Hempels kostnader.

Alle tre rettsinstanser fant at morselskapet kunne pålegges ansvar etter § 51. Høyesterett la i sin enstemmige avgjørelse stor vekt på lovens formål, bestemmelsens «meget vide» ordlyd og forarbeidenes åpning for en «konkret og sammensatt vurdering». Når det gjelder hensyn som taler for ansvarsgjennombrudd i denne saken, åpner førstvoterendes votum med et sitat fra Miljøverndepartementets klagevedtak om at slike pålegg er av «en annen art enn krav fra ordinære kreditorer. Slike pålegg har en allmenntilgjengelig funksjon som skal sikre at viktige samfunnsinteresser ivaretas». Miljø- og samfunns hensyn tilsa derfor etter departementets vurdering «en innskrenkende tolkning av den selskapsrettslige ansvarsbegrensningen». Mot dette står aksjonærenes begrensede ansvar som «et grunnleggende aksjeselskapsrettslig prinsipp av stor samfunnsmessig betydning», slik Høyesterett påpeker etter en redegjørelse for Justisdepartementets syn på ansvarsgjennombrudd. Høyesterett presiserte deretter at saken ikke dreier seg om ansvar for aksjonærer generelt, men om det spesielle forholdet hvor det er etablert et konsernforhold. Høyesterett fremhever at morselskapet normalt har muligheter til kontroll med datteren og at det har en økonomisk interesse i virksomheten (antakelig menes det ut over det en aksjonær normalt har). Endelig ser Høyesterett ut til å legge avgjørende vekt på at oppsplitting, omdannelser og restruktureringer i selskapsforhold ikke bør få som konsekvens at det til slutt ikke finnes et ansvarlig eller søkegodt rettssubjekt.

Om Høyesterett selv mener at dette dreier seg om en helt ren tolkning av en miljølovbestemmelse uten selskapsrettslige implikasjoner, i motsetning til en sak om selskapsrettslig ansvarsgjennombrudd, er ikke helt klart (se sitatene fra Hans Christian Bugge, *Forurensningsansvaret: Det økonomiske ansvaret for å forebygge, reparere og erstatte skade ved forurensning* (1999) i premissene 70–74).

Fra et selskapsrettslig perspektiv fremstår det imidlertid som rimelig klart at dette (også) er et spørsmål om ansvarsgjennombrudd, og i så måte er dommen spesielt interessant fra et rettsvitenskapelig perspektiv. Forurensningsloven § 51 gir etter sin ordlyd ikke en klar hjemmel for å pålegge et morselskap kostnadene ved miljøundersøkelser av forurenset grunn som datterselskap eller datterselskaps rettsforgjenger har eiet, eller for forurensning som skyldes datterselskapets virksomhet eller datters rettsforgjengers virksomhet. Forurensningsloven § 51 gir hjemmel for å pålegge «den som har, gjør eller setter i verk noe som fører eller som det er grunn til å tro kan føre til forurensning» undersøkelseskostnader. Forarbeidene til forurensningsloven viser at det var den ansvarlige for forurensningen som man ville ilegge kostnadene (Ot.prp. nr. 11 (1979–1980) kap. 7), slik at bestemmelsen kan sees som en kodifisering av det miljørettslige prinsippet om at forurenser skal betale. Før endring av loven i 1996, var bestemmelsens ordlyd «den ansvarlige for virksomheten» (som kan føre til forurensning). Da dette ble endret til den nåværende ordlyd, var det fordi «virksomhet» ble oppfattet som for begrensende – man ville klarlegge, i samsvar med departementets praksis, at enhver «menneskelig aktivitet som kan føre til forurensning» (i strid med forurensningsloven § 7) kunne gi grunnlag for pålegg. For øvrig var ingen realitetsendring tilsiktet (Ot.prp. nr. 48 (1995–1996) pkt. 3.2.2.2).

Når man da altså står overfor en tolkning av hvem som er ansvarssubjekt etter denne bestemmelsen og bestemmelsen ikke utpeker morselskap som en aktuell kandidat, er kjernen i saken spørsmålet om morselskap kan holdes ansvarlig for datterselskaps forurensning – og i dette tilfellet med en ytterligere komplisering av forholdet ved at det heller ikke er datterselskapet, men det aktuelle datterselskapets rettsforgjenger som sto for den forurensende virksomhet.

Selskapsrettslig er det i utgangspunktet vanntette ansvarsskott mellom selskaper i et konsern, ved at hvert selskap er et selvstendig rettssubjekt og morselskapet som aksjonær ikke er ansvarlig for datterselskapets forpliktelser. Det har vært en tilbakevendende selskapsrettslig diskusjon hvorvidt man i det hele tatt skulle kunne «pierce the corporate veil» i norsk selskapsrett, og det har vært enighet om at det i hvert fall ikke kunne være annet enn ganske unntaksvis at det skulle være rom for slikt ansvarsgjennombrudd (som må skilles fra det alminnelige culpaansvaret, som i selskapsretten nå er lovfestet bl.a. i aksjeloven § 17-1) – se Magnus Aarbakke m.fl. *Aksjeloven og allmennaksjeloven: Kommentartutgave* (2004) s. 40.

Ved denne avgjørelsen har Høyesterett vist at viktige samfunnshensyn kan være grunnlag for selskapsrettslig ansvarsgjennombrudd. Dommen gir et signal om at det ikke lenger er opplagt at kompliserte selskapsstrukturer kan brukes for å pulverisere ansvaret for selskapers virksomhet (uten at det beviselig var en strategi i denne saken). Denne saken bør også gi inspirasjon til

en ny og dypere forståelse av miljøansvaret i *due diligence* ved fusjoner og selskapsøvertagelser.

Beate Sjøfjell

## Litteratur

**Geir Woxholth: *Selskapsrett*, 3. utg. Gyldendal Akademisk, Oslo 2009. 386 sider**

Dette er 3. utgave av en lærebok som gir en bredt anlagt innføring i og oversikt over selskapsrettslige temaer, med hovedvekt på ansvarlige selskaper, aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper og reglene om selskapenes organisasjon og kapitalforvaltning. Bokens styrke ligger i dens bredde, derunder ved at den åpner opp for børs- og verdipapirretten, ved at den fremhever grenseflaten mot andre formuesrettslige fag slik som tredjepersonsvern, og ved at den får frem noen sider av EU-rettens og rettsvalgsreglenes rolle i selskapsretten.

Forfatteren legger ifølge forordet stor vekt på en pedagogisk tilnærming, og det er i utgangspunktet positivt. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om den omfattende bruken av gjentakelser og fremheving av prinsipper i for stor grad har gått på bekostning av presisjonsnivået og dybden i drøftelsene. Pedagogiske hensyn er kanskje også begrunnelsen for at boken i så liten grad viser til annen litteratur. Det gjør imidlertid fremstillingen lukket, og gir ikke studentene interessante tråder å følge videre eller oppmuntring til å søke andre synspunkter enn forfatterens egne. Dette er blant bokens svakheter, etter min oppfatning.

Om man kan ha delte meninger om pedagogisk metode, bør det ikke være uenighet om at 3. utgave av en lærebok ferdigstilt november 2009, hvor det ikke er gjort større endringer ut over oppdatering «i forhold til ny lovgivning og rettspraksis» (forordet til 3. utg.), skal være à jour. Det er den ikke. Av plasshensyn nøyer jeg meg med to korte eksempler: I delkapitlet om EU-retten er den sentrale og avklarende Cartesio-avgjørelsen ikke tatt med, til tross for at dommen kom i 2008 og saken har gitt grunnlag for en rekke selskapsrettslige artikler allerede fra generaladvokatens uttalelse forelå i mai 2008. I kap. 5.0 hvor begge aksjelovens § 8-10 om selskapsfinansiering av aksjerverv gis en kort og unøyaktig omtale er fremstillingen bl.a. ikke oppdatert iht. lovendring i 2006, som innskrenket bestemmelsens område fra ethvert selskap i et konsern til selskapet selv og dets morselskap.

Beate Sjøfjell

## TINGSRETT

### Naturmangfold og privatrett

Den 1. juli 2009 trådte naturmangfoldloven i kraft, og erstattet naturvernloven fra 1970. Sammen med lovrevisjonen ble det introdusert noen mindre endringer i servituttloven og naboloven.

Begge lover fikk tilføyelser som involverer hensynet til *naturmangfold*. Servituttlovens generalklausul i § 2 fastsetter at verken grunneieren eller rettighetshaveren må utnytte rådigheten sin til ulempe for den andre parten. Etter lovendringen følger det nå at interesseavveiingen mellom partene også skal ta hensyn til naturmangfoldet på stedet. Naboloven § 2 er endret tilsvarende. I vurderingen av om noe er til skade eller ulempe for naboen, skal det tas hensyn til naturmangfoldet på stedet. Videre er naboloven § 3 endret slik at hensynet til naturens mangfold skal inngå i vurderingen av om et tre kan kreves fjernet.

Endringene reiser spørsmål som fra lovgivers side ser ut til å være uavklart. Det mest iøynefallende er at både servituttloven og naboloven i utgangspunktet er deklarasjonelle lover, se henholdsvis servituttloven § 1 annet ledd og naboloven § 1. Lovene representerer, med enkelte unntak, bakgrunnsrett som slår inn dersom partenes avtale ikke løser det aktuelle spørsmålet. Lovendringene kan vanskelig forstås slik at det er ment å legge føringer for partenes avtalefrihet. Grunneieren og hytteeieren pålegges ikke å vurdere, og vil kanskje heller ikke ha forutsetninger for å vurdere, hensynet til naturmangfoldet når de inngår avtale om veirett. Likeledes kan ikke to naboer være forpliktet til å vurdere naturmangfoldet i sin alminnelighet, når de skal forlikes om et høyt tre som står mellom dem. Etter lovens system, vil hensynet til naturmangfoldet først komme inn dersom en servitutt eller et naborettslig spørsmål står for domstolene.

Forarbeidene til naturmangfoldloven er sparsomme med begrunnelse for at naturmangfold er introdusert i naboretten og servituttretten. Tilnærmingen ser ut til å være at: «de alminnelige reglene i naturmangfoldloven bør ha gjennomslagskraft overfor særlovgivning om bestemte biologiske ressurser. Dette bør oppnås ved at særlovgivningen blir utformet under hensyntaken til bestemmelsene i naturmangfoldloven.» Og videre at: «utvalget har kun foreslått endringer i andre lover på en del punkter som det har vært nærliggende for utvalget å ta opp» (NOU 2004:28 s. 181). I lys av den løsningen lovgiver har valgt, blir spørsmålet om hvorfor ikke tilsvarende endring er gjort i den nærmest likelydende bestemmelsen i sameieloven § 2 hengende i luften.

Vurderingen av naturmangfoldet er i seg selv et kriterium som kan være vanskelig å håndtere. NOU s. 647 sier om dette at: «Å «fremje» det biologiske mangfold på stedet må tolkes med utgangspunkt i bl.a naturmangfoldlovens bestemmelser, særlig formålsbestemmelsen i utk. § 1 og målene for naturtyper, økosystemer og arter i utk. § 4 og § 5.» Ot.prp. nr. 52 (2008–2009) s. 457 nevner som eksempler: «Det kan f.eks. være treet i seg selv som er spesielt i forhold til de artene eller eksemplarene som ellers forekommer i området, eller treet kan ha en viktig funksjon for annet biologisk liv i området, f.eks. slik treetopper har for måltrost, eller som reirplass for en

sjelden fugleart. Også hensynet til naturmangfoldet i kulturlandskapet vil være sentralt.»

Introduksjonen av hensynet til naturmangfold på privatrettens område har også prosessuelle aspekter. Avveiingen av hva som fremmer naturmangfold på stedet, er rettsanvendelse («*iuria novit curia*»). Vurderingen av hensynet til naturmangfoldet kan prøves fullt ut, og retten er ikke bundet av partenes oppfatning om saken, se tvisteloven § 11-3. Forholdet er også fremhevet i NOU s. 647: «I en rettsvist skal retten legge vekt på hensynet til det biologiske mangfold også om det ikke er særskilt påberopt av partene, og retten kan i det øyemed innhente bevis og opplysninger som måtte trenge til vurderingen.» Det faktiske forholdet som vurderingen av naturmangfoldet skal bygge på, må av hensyn til kontradiksjonsprinsippet være fremme under forhandlingene i retten, dersom retten av eget tiltak skal legge vekt på hensynet. En oppsummering synes å være at intensjonene bak lovendringene sikkert er de beste, men at gjennomføringen er både inkonsekvent og kanskje heller ikke tilstrekkelig godt gjennomtenkt.

I 1992 ble Grunnloven tilføyd bestemmelsen i § 110b som fastsetter at: «Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævine og Mangfold bevares. Naturens Resserer skulle disponeres ud fra en langsigtig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten.» Bestemelsen er så langt ikke tillagt nevneverdig vekt i rettspraksis. Men den er av flere omtalt som et «lovgivningsprogram» – et bud til lovgiver om å inkorporere hensynet til naturmangfoldet i den alminnelige lovgivningen. Tilføyelsene i servituttloven og naboloven kan kanskje betraktes i dette perspektivet. Men det er fortsatt grunn til å være varsom med å trekke selve Grunnloven inn ved fastleggingen av privatrettslige posisjoner som dette. Utgangspunktet må være at det vanskelig kan trekkes noen direkte slutning fra Grunnloven § 110b for erstatningsplikten, men at det heller ikke kan være fullstendig uten erstatningsrettslig betydning at bestemmelsen er plassert i vår høyeste rettskilde som uttrykk for hvilken betydning et godt natur- og livsmiljø tillegges, se eksempelvis Rt. 2005 s. 469 (avsnitt 31), jf. Rt. 1993 s. 321 på s. 325. Høyesterett har lagt dette til grunn i erstatningssaker vedrørende rådighetsinnskrenkninger, men det synes naturlig at bestemmelsen også kan innvirke på interesseavveiingene på andre privatrettslige områder av betydning for folks opplevelse av miljøkvalitet. Selv om domstolene til nå ikke har vist til Grunnloven § 110b ved løsningen av tvister etter naboloven, er nok rettskildebildet prinsipielt endret i og med denne bestemmelsen. Man kan riktignok ikke trekke direkte slutninger fra Grunnloven ved fastleggingen av privatrettslige posisjoner som indirekte også verner naturmiljøet. Dette ville kunne skape rettsusikkerhet med fare for økning i tvister, noe grunnlovsgiver har ønsket å forhindre, se Innst.

S nr. 163 (1991–92) s. 6 spalte 1, jf. forslag nr. 15 i Dokument nr. 12 (1987–88) s. 34 spalte 1 og Innst. S. nr. 95 (1987–88) s. 4 spalte 1. Hensyn til forutberregnelighet mv. kan på den annen side ikke være til hinder for å etterprøve tradisjonelle løsninger i lys av denne formelle oppprioriteringen av et godt natur- og livsmiljø. Nye tilnæringsmåter, ført an av hensynet til naturmangfold, kan komme til å vise at tradisjonelle løsninger bygger på grunner som kan kritiseres. Grunnloven gir en oppfordring til domstolene om å revurdere tradisjonelle tankemønstre. Men alt i alt vil det nok være begrenset hva domstolene kan få ut av henvisningen til naturmangfold i disse sakstypene.

Det blir spennende å se hvordan endringene i nabo-loven og servituttløven blir utviklet videre i praksis.

*Endre Stavang og Marianne Reusch*

### **Odelspreskripsjon mellom ektefeller – odelsloven av 1821**

Det er flere og tredve år siden odelsloven av 1821 ble avløst av gjeldende lov av 28. juni 1974 nr. 58, men fortsatt kan de gamle regler være av betydning for odelsløsningssak som reises i dag. Slik var det i avgjørelsen i Rt. 2009 s. 1292 vedrørende eiendommen Utgård Vestre i Tynset, der saksforholdet noe forenklet var:

Etter at eiendommen på begynnelsen av 1900-tallet ble odelsjord, hadde den en nokså omskiftende historie som utsprang av økonomiske problemer for tre av eierne. Her er det tilstrekkelig å nevne at da odleren Tore P. Moen ble frasolgt eiendommen på tvangsauksjon, ble den i 1933 overdradd fra tvangsauksjonskjøperen (banken) til ektefellen Inga. Mellom Inga og Tore var det året i forveien opprettet ektepakt, tinglyst i det daværende personregister, om at alt hun ervervet, skulle være hennes særeie. Eiendommen gikk ved skjøte tinglyst i 1940 (via ny tvangsauksjon) over til Inga og Tores eldste sønn John, og så etter diverse overganger innen familien i 2008 til en utenforstående – og mot denne ble det reist løsningskrav av Inga og Tores yngre sønns datter.

Avgjørende for løsningskravet ble betydningen av den tid Inga satt med tinglyst hjemmel (1933–1940). I dag volder dette ikke problemer, idet odelsloven § 47 fastslår at det ikke løper preskripsjon når en odelsløs ektefelle har hjemmel til den annen ektefelles odelseiendom, og dette gjelder også til fordel for andre odelsberettigede som ikke kunne ha løst eiendommen dersom den odelsberettigede hadde hatt hjemmel (hvilket for sikkerhets skyld nå er fastslått ved lovendring 98/2009). Også under odelsloven av 1821 var det unntak fra preskripsjonsregelen i lovens § 9 – med sikte på ekteskapsforhold. I Rt. 1920 s. 474, jf. også Rt. 1956 s. 296 og Rt. 1959 s. 754, ble det således klarlagt at preskripsjon ikke inntrådte der eiendommen tilhørte den odelsløse ektefelle – forutsatt at

eiendommen tilhørte ektefellenes formuesfellesskap. De to førstnevnte gjaldt formuesfellesskapet slik det var før loven om ektefellers formuesfellesskap av 1927. Loven av 1927 endret innholdet av formuesfellesskapet såvidt meget at det fra mange ble stilt spørsmål om sontringen var moden for fall. I Rt. 1975 s. 235 fastholdt imidlertid Høyesterett sontringen.

Avgjørende for saken om Utgård Vestre var især Rt. 1937 s. 7 som gjaldt et nokså parallelt tilfelle: Den odelsberettigede eier gikk konkurs, formuesfellesskapet med hustruen ble opphevet av skifteretten, hvoretter den odelsløse hustru kjøpte eiendommen på tvangsauksjon. Dermed gikk odelsretten tapt for barna.

Høyesterett kom, ikke overraskende, til at med en så klar avgjørelse som Rt. 1937 s. 7 – betegnet som et prejudikat – skal det «sterke grunner til for at man på det nåværende tidspunkt – 34 år etter opphevelsen av odelsloven av 1821 – fraviker denne rettsordning». Og man sier også om de samlede dommer på dette område «at den rettsoppfatning som Høyesterett har bygget på i disse avgjørelser, må veie tyngre enn de rettshistoriske argumenter og reelle hensyn – blant annet konsekvensbetraktninger – som ankemotparten med styrke har trukket frem».

*Thor Falkanger*

### **Litteratur**

**Borgar Høgetveit Berg og Stein Bråthen-Otterbech: *Tinglysing: lov om tinglysing 7. juni 1935 nr. 2 med kommentarer*, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2009. 546 sider**

Den store tinglysingsreform av 1935 krevde naturlig nok en veiledning – og den fikk vi gjennom Harbek og Solems kommentarutgave (1. utg. 1935). Den kom i mange utgaver – de tre siste (7. utg. 1977, 8. utg. 1979 og 9. utg. 1990) ved Torgeir Austenå – og var en høyt skattet bok for den som stelte med eller mer tilfeldig kom bort i tinglysingsspørsmål. Den vokste i omfang og sprengte nok derved den opprinnelige struktur, slik at det ikke var så lett å videreføre boken etter at Austenå døde.

Nå har vi fått en helt ny kommentar, skrevet fra bunnen av, ved *Borgar Høgetveit Berg* og *Stein Bråthen-Otterbech*, som det er all grunn til å hilse med forventning.

Etter en innledning (s. 21–43) kommenteres lovens paragrafer (s. 45–47). De relevante forskrifter følger som vedlegg, og til slutt i boken finner man kilder og forkortelser, og ikke minst detaljerte registre (s. 502–546).

Litt lesning her og der har svart til de forventningene undertegnede hadde da han fikk boken i hånden: En velskrevet kommentar med omfattende henvisninger til dommer, tinglysingsavgjørelser og juridisk litteratur, der forfatterne også gir klare signaler om hva de selv mener. Boken herved være anbefalt!

*Thor Falkanger*

## Doktorgradsprosjekter ved Institutt for privatrett

Det produseres et stadig stigende antall doktorgrader ved Institutt for privatrett. For tiden er mer enn 20 stipendiater tilknyttet instituttet, dels finansiert over Universitetets budsjett og dels finansiert via eksterne forskningsmidler. Fullstendig oversikt over ansatte og prosjekter finnes på instituttets hjemmesider. *Nytt i privatretten* vil i utgavene fremover gi en kort omtale av pågående doktorgradsprosjekter.

Tre stipendiater ved instituttet arbeider for tiden med emner relatert til **selskapsrett**. Alle har tilhørighet til selskapsrettsgruppen som ledes av førsteamanuensis Beate Sjøfjell. **Gina Bråthen** holder med på et doktorgradsprosjekt om kapitalforhøyelse i henhold til styrefullmakt, herunder krav til gyldig styrefullmakt, styrets adgang til å beslutte rettet emisjon i henhold til styrefullmakten, og sanksjoner ved regelbrudd. **Hedvig Bugge Reiersens** avhandling gir en analyse av aksjelovens utdelingsbegrep. Spørsmålet er hvilke nærmere kriterier som må være til stede for at en transaksjon mellom selskap og aksjeeier innebærer en utdeling i lovens forstand. Formålet med analysen er å vise hvilke krav aksjelovene stiller til innholdet i transaksjoner mellom selskap og aksjeeier. **Marte Eidsand Kjørven** skriver en avhandling med arbeidstittelen «Anvendelse av forbrukerkjøpsloven på salg av finansielle instrumenter gjennom verdipapirforetak». Avhandlingens tema har sitt utgangspunkt i kontraktsretten. Grunnleggende avtalerettslige spørsmål knytter seg blant annet til ulike former for mellommanns- og selgeransvar i tilknytning til de mange roller et verdipapirforetak kan ha ved handel i finansielle instrumenter. Avhandlingens tema har imidlertid viktige sider mot både selskapsretten og europaretten. Et sentralt spørsmål vil være hvordan det EU-baserte verdipapirrettslige rammeregulverket påvirker kontraktsforholdet og tolkningen av reglene i forbrukerkjøpsloven. **Tore Fjørtoft** skriver en doktorgradsavhandling om økonomiske medlemsrettigheter i samvirkeforetak. Hovedvekten legges på medlemmenes krav på utdelinger fra foretaket. Dette omfatter ikke bare utdelinger under løpende drift, men også utdelinger ved opphør av medlemskap og ved oppløsning, fusjon og fisjon. Spørsmålene analyseres i lys av den kooperative egenarten, de tilsvarende reglene for kapital-selskapene samt utenlandsk og internasjonal samvirkerett.

To av instituttets stipendiater er tilknyttet forskergruppe for naturressursrett, som er et tverrfaglig forskningsmiljø innenfor tingsrett, miljørett og energirett. Leder for forskningsgruppen er professor i miljørett Hans Christian Bugge (Institutt for offentlig rett). Kontaktperson ved Institutt for privatrett er førsteamanuensis Endre Stavang. Stipendiat **Katrine Broch Hauge** har sitt spesialfelt innen

småkraftverk og arbeider med doktoravhandlingen: «Store næringsstiltak i utmark. Privatrettsleg organisering og offentligrettsleg regulering.» Arbeidet har innslag av tingsrett, sammenslutningsrett, miljørett og generell forvaltningsrett. **Marianne Reusch** arbeider også innenfor fagfeltet fast eiendoms rettsforhold/tingsrett. Hun er i sluttfasen med en avhandling om allemannsretten, retten til ferdsel, opphold og høsting på andres eiendom. Arbeidet har gått ut på å undersøke et gammelt rettsinstitutt i møte med samfunnsendringer. Undersøkelsene er i stor grad gjort i lys av utenlandsk rett og bidrar til å avlive myten om at allemannsretten er et særnorsk fenomen. Avhandlingen drøfter blant annet problemstillinger som kommersiell utnyttelse av allemannsrett, prosessuelle spørsmål når saker om allemannsrett står for domstolene, allemannsrett og avtalekompetanse og allemannsrettens erstatningsrettslige vern.

Flere presentasjoner kommer i neste nummer av *Nytt i privatretten*.

## Disputaser

**Cand.jur. Inger Berg Ørstavik** vil fredag den 30. april 2010 kl. 10.15 i Auditorium 14, Domus Biblioteca, Karl Johansgate 47, offentlig forsvare sin avhandling *Innovasjonsspiralen – patentrettslige, kontraktsrettslige og konkurranserettslige spørsmål ved forbedring av patenterte oppfinnelser* for graden Ph.d.

Førsteopponent vil være professor Lars Pehrson, Stockholm. Annen opponent vil være professor Caroline Heide-Jørgensen, København. Tredje medlem og leder av komiteen er professor Are Stenvik, Oslo.

Disputasen ledes av dekan Hans Petter Graver.

Torsdag den 29. april 2010 kl. 16.15 i Teologisk eksamenssal, Domus Academica, Karl Johansgt. 47, holder doktoranden prøveforelesning over oppgitt emne: *Konkurranserettens betydning ved tolkning og utfylling av avtaler*.

**Cand.jur. Thomas Olsen**, Institutt for privatrett, forsvarte 26. mars 2010 sin avhandling «Personvern-økende identitetsforvaltning» for graden Ph.d.

Førsteopponent professor Peter Blume, Københavns Universitet

Annenopponent professor Cecilia Magnusson Sjöberg, Stockholms Universitet

## Sammendrag av avhandlingen

Avhandlingens overordnede problemstilling er hvilke krav personopplysningsretten stiller til elektronisk identitetsforvaltning. I all hovedsak omhandler identitetsforvaltning det å identifisere, autentisere og autorisere brukere av tjenester på Internett. Avhandlingen drøfter identitetsforvaltningens grunnleggende utfordringer og begreper, og viser hvordan enkelte av utfordringene kan løses innenfor rammene av såkalt relasjonsorientert identitetsforvaltning. Drøftelsene tar utgangspunkt i en dominerende

teknisk standard (SAML), og implementasjonen av denne i sentrale norske e-forvaltningsløsninger som Altinn, Minside/MinID og Feide. Relasjonsorientert identitetsforvaltning innebærer at en identitetsforvalter etter brukerens initiativ og ønske formidler relevante brukeropplysninger til en eller flere tjenesteytere. Fordelene som ofte assosieres med relasjonsorientert identitetsforvaltning er blant annet at brukeren kan få tilgang til flere tjenester gjennom én autentisering hos identitetsforvalter (single sign-on).

Løsninger for relasjonsorientert identitetsforvaltning er grunnleggende for å realisere politiske ambisjoner om økt elektronisk samhandling samt sømløse og integrerte tjenester på tvers av forvaltningens organisering og ansvarsområder. En viktig forutsetning for å kunne nå slike målsetninger er imidlertid at nye løsninger ikke går på bekostning av den enkeltes personvern, og at personopplysningsrettens krav overholdes.

Avhandlingen reiser tre rettslige hovedproblemstillinger angående (i) personopplysningslovens personopplysningsbegrep, (ii) lovens krav til roller og oppgaver og (iii) lovens krav til brukermedvirkning og kontroll. Den første problemstillingen gjelder hvorvidt brukeropplysningene tjenesteyter mottar fra identitetsforvalter skal anses som personopplysninger slik at personopplysningsloven kommer til anvendelse. Til tross for at standarder for relasjonsorientert identitetsforvaltning gjør det mulig å legge til rette for at brukeren kan opptre mer eller mindre anonymt overfor tjenesteyteren, argumenteres det for et vidt personopplysningsbegrep kombinert med mulighet for mer lempelig anvendelse av regelverket i tilfeller hvor personvernrisikoen er liten. I forhold til avhandlingens andre hovedproblemstilling drøftes hvilke vurderingsmomenter som er relevante for å vurdere

hvorvidt aktørene er behandlingsansvarlige eller databehandlere for de behandlinger identitetsforvaltningen involverer. Den siste problemstillingen gjelder hvilke krav personopplysningsretten stiller til brukermedvirkning og kontroll, herunder hvordan kravene til samtykke og informasjon kan gjennomføres på måter som best ivaretar reglens formål om selvbestemmelse vedrørende egne personopplysninger.

Avhandlingen bidrar også til den rettspolitiske debatten om personvernøkende teknologi. Det argumenteres i den forbindelse for at en klargjøring av hva tjenesteyteren trenger å få autentisert (f.eks. brukerens identitet, rolle eller egenskap) kan bidra til å fremme brukernes personvern ved at omfanget av utvekslede opplysninger begrenses til det strengt nødvendige.

## Litteratur

### Institutt for privatretts Skriftserie

#### Skriftserie 180 – 2010

**Kyrre W. Kielland:** «Liquidated damages- og penaltiklausuler» – Prosjekt publikasjon nr. 6 «Anglo-American Contract Models»

#### Skriftserie 181 – 2010

**André Bjerketveit:** «Indemnity- og hold harmless-klausuler» – Prosjekt publikasjon nr. 7 «Anglo-American Contract Models»

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

## Nytt i privatretten

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

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

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:  
[www.cappelenakademisk.no](http://www.cappelenakademisk.no)

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

Et årsabonnement (2010) på *Nytt i privatretten* koster kr 490,-. Studentabonnement koster kr 250,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Akademisk Forlag  
Cappelen Damm AS  
0055 Oslo  
E-post: [jus@cappelendamm.no](mailto:jus@cappelendamm.no)  
<http://www.cappelenakademisk.no>

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2010

Neste utgave kommer oktober 2010