



# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

## Innhold nr. 1/2010:

Leder .....	1
Arbeidsrett .....	2
Arverett .....	8
Avtalerett .....	11
Barnerett .....	12
Erstatningsrett .....	13
Immaterialrett .....	20
Patentrett .....	20
Internasjonal privatrett .....	21
Opphavsrett .....	26
Personlighetsrett .....	27
Rettskilder – internasjonale .....	28
Tingsrett .....	28
Institutt for privatrett .....	30
Disputas .....	30
Skriftserien .....	31
Seminarer .....	31

## Foran De olympiske leker i Vancouver 2010: OL-symbolenes vern mot uautorisert anvendelse i reklamen mv

Av Professor dr. juris Geir Woxholth

Med jevne mellomrom, og da ganske særlig like forut for et OL, reiser det seg spørsmål om det rettslige vernet for de olympiske ringene og andre olympiske emblemer, som f.eks. emblemene til den nasjonale olympiske komiteen og det selskap som formelt står som arrangør. Det ligger i saken at det er imperativt for IOC som sitter på rettighetene til symbolene å ha full kontroll over den kommersielle bruken av dem, ettersom den markedsføringsmessige verdien ligger i å kunne tilby symbolene eksklusivt til en sponsor innenfor en bransje. Bruk av symbolene uten samtykke av IOC, den nasjonale olympiske komiteen eller det nasjonale arrangørselskapet, er pr. definisjon uautorisert bruk og blir forfulgt av rettighetshaveren med krav om stans i bruken, ofte kombinert med krav om erstatning.

Mange vil hevde at IOC, som er «primærrettighetshaveren», er bortimot «panisk» som vokter av symbolene mot uautorisert bruk, ikke minst gjennom de krav som stilles til de nasjonale olympiske komiteene om å påtale ethvert «misbruk» av symbolene. Dette fikk vi her i landet et illustrerende eksempel på for kort tid siden da Norges Idrettsforbund (som omfatter Norges Olympiske Komité) krevde at tidligere toppidrettssjef Bjørge Stensbøl var uberettiget til å la ringene pryde forsiden av sin bok «Makten og æren», som utkom på nyåret 2010.

Det er opplagt for enhver at symbolene kan nyte et rettslig vern, ellers ville IOC's autoriserte salg av rettighetene til å bruke symbolene ikke ha vært gjennomførbart til skyhøye priser, men spørsmålet er hvordan det er forankret og hvor langt det strekker seg.

Det foreligger en internasjonal konvensjon, Nairobikonvensjonen 26 september 1981, som pålegger de stater som har ratifisert den å etablere et effektivt rettsvern for de olympiske symbolene, men denne er ikke tiltrådt av mange stater, herunder

Norge. Likevel er det enkelte stater som uten å være traktatforpliktet til det har etablert et permanent lovfestet vern for de olympiske symboler, blant disse er USA (Amateur Sports Act § 380).

Vi har ingen permanent lov som beskytter de olympiske symbolene, men ringene er varemerkerregistrert og nyter dermed varemerkerettslig vern. Rettighets-haveren er Norges Olympiske Komité. Varemerke- vernet er imidlertid av flere grunner ikke særlig sterkt. Dette ble senest illustrert i forbindelse med Stensbøls bok, se foran. Selv om Norges Idrettsforbund hadde skrevet brev og påtalt misbruken av ringene på bokens forside og krevet nytt omslag, gjorde de full retrett når det fra Stensbøls side ble argumentert med at ringene brukt på et bokomslag med hans ansikt smilende inni en av dem, ikke representerer kjennetegnbruk i varemerkelovens forstand og dermed er uten vern. I forkant av Lillehammer-OL forsøkte arrangøren LOOC å stanse en bok av Kjell Aukrust der fantasiskikkelsen Emanuel Desperados var fremstilt sammen med ringene, men måtte også gi seg.

I tillegg til at det må foreligge kjennetegnbruk er det også mye som tyder på at OL-ringene er et «svakt» varemerke med begrenset vern, ettersom det i en årrekke er lisensiert bort på kommersielle vilkår til foretak innenfor de forskjellige bransjer, ja også til konkurrerende foretak i samme bransje. Det er et berettiget spørsmål om merket kan anses degenerert.

Åpenbart for å sikre et sterkere rettsvern for de olympiske symboler ble det i Norge vedtatt midlertidige særlover som ga et rettsvern for symbolene både i forbindelse med OSLO-OL i 1952 og Lillehammer-OL 1994. På denne måten har Stortinget som lovgivende myndighet, gitt en støtte ikke bare til de norske organisasjonskomiteene, men også til seg selv; Stortinget som bevilgningsmyndighet, som sto for statsgarantiene til lekene. Det hører også til historien at det i forkant av Lillehammer-OL 1994 ble sådd atskillig tvil fra fagjuridisk hold om det varemerkerettslige vernet for symbolene, så den midlertidige verneloven må nok ses som et virkemiddel som ble anvendt for å skape klarhet og ro rundt organiseringen av lekene.

IOC stiller naturligvis krav om at den lokale arrangøren av olympiske leker etablerer et sikkert rettsvern for symbolene, og fordi arrangementet både er en prestisjesak for arrangørlandet og krever statlige garantier, følges dette opp fra myndighetenes side, slik eksemplene fra vårt eget land viser. Men det er alltid noen næringsdrivende som vil snylte på symbolene («ambush marketing»), og det blir ganske sikkert misbrukssaker knyttet til Vancouver-OL vinteren 2010. Imidlertid er det liten grunn til å tro at vi får se noen større skandale, fordi Canada gjennom lovgivningsmessig vern («The Olympic and Paralympic Marks Act») har sikret seg en effektiv beskyttelse mot misbruk.

## ARBEIDSRETT

### Styringsrett som bakgrunnsrett og avveiningsnorm – Rt. 2009 s. 1465 (HR-2009-02181-A)

Arbeidsgivers styringsrett og styringsrettens grenser er et hverdagsproblem på mange nivåer. Høyesteretts dom i denne saken utvikler de grunnleggende synspunktene videre fra *Nøkk*- og *Kårstø*-dommene (Rt. 2000 s. 1602 og Rt. 2001 s. 418) og dommen i *Theatercafé*-saken (Rt. 2008 s. 856).

Saken gjaldt to sykepleiere som var blitt ansatt i hjemmesykepleien etter å ha gjort det klart at de bare ønsket «seinvakt». De fikk ansettelsesbrev med angivelse av «80 % stilling med turnus ..., seinvakt» og med formuleringen «Ansettelsen er foretatt på de til enhver tid gjeldende vilkår for arbeidstakere i [kommunen] i henhold til personalreglementet». Spørsmålet var om de, fire års tid senere, måtte finne seg i en endring til å følge vaktplaner der ingen av sykepleierne skulle arbeide bare kveldsvakter.

Høyesterett tok utgangspunkt i den generelle formuleringen i *Nøkk* og la raskt lov og tariffavtale tilside som uaktuelle grunnlag i dette tilfellet. Det aktuelle grunnlaget var i første rekke de individuelle arbeidsavtalene. Her formulerte Høyesterett et generelt utgangspunkt med to sider. En begrensning av styringsretten kan være *eksplicit* – arbeidsgiveren kan «særskilt [påta] seg en slik forpliktelse». Eller en begrensning kan være *implicit* – «spørsmålet om en bestemmelse om arbeidsvilkår i individuelle arbeidsavtaler begrenser styringsretten, [vil da] bero på en nærmere vurdering» (avsnitt 38). Ut fra dette gikk retten over til en *tolkning av arbeidsavtalene*. Drøftelsen er ganske komprimert, men følger grunnleggende sett etablert avtaletolkningslære (avsnitt 39–40). Høyesteretts – implisitte – konklusjon er at avtaleformuleringen om «seinvakt» ikke i seg selv kunne anses som en avgjørende, «særskilt», forpliktelsesmarkør.

Det viser seg i at Høyesterett gikk videre til en vurdering av om kommunen hadde endringsadgang eller ikke. Førstvoterende bemerket at «ikke enhver avtalebestemmelse om arbeidstid [vil] begrense arbeidsgivers styringsrett». Med henvisning til *Nøkk*- og *Theatercafé*-dommene ble det generelle utgangspunktet for vurdering formulert slik at der arbeidsgiveren ikke har gitt «særskilt avkall på styringsretten», vil arbeidsgiveren «i kraft av styringsretten innenfor de rammer som følger av lovgivning og tariffavtaler, kunne endre avtalebestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet» (avsnitt 41).

I den konkrete vurdering tok retten utgangspunkt i at en endring fra bare kveldsvakt til også dagvakt er en «så vesentlig endring» at den normalt ikke kan gjennomføres i kraft av styringsrett. Førstvoterende støttet seg her til en uttalelse i Arbeidslivslovutvalgets innstilling, NOU 2004: 5, s. 271 (avsnitt 42). På

den annen side kom hensynet til samfunnsutviklingen, som ble fremhevet i *Nøkk*. Men det gjorde seg ikke gjeldende på samme måte i denne saken som i *Nøkk*. De behov som kommunen påberopte, var ikke «tilstrekkelig tungtveiende til å endre et så særpreget element i arbeidsforholdet» som det det var tale om her (avsnitt 43).

Dommen er en interessant illustrasjon av styringsrettens grenser og *restkompetansesynspunktet* i *Kårstø*. Når styringsretten kan begrenses gjennom avtaler, er det også selvsagt at avtalene må tolkes. Det gjelder både tariffavtaler og arbeidsavtaler. Tariffavtaletolkning hører ikke som sådan under Høyesterett og er et tema for seg. Det denne dommen viser, er at Høyesterett anlegger en tilnærming til tolkning av arbeidsavtaler som følger tett opp til alminnelig avtaletolkningslære. Dommen illustrerer også at skillet mellom eksplisitt – «særskilt» – og implisitt påtatte forpliktelser er skjematisk og et forenkende utgangspunkt. Når dette først anlegges, er det imidlertid vesentlig at det suppleres med den videre vurdering og interesseavveining som ligger i anvendelsen av «*Nøkk*-doktrinen».

Det må være riktig å forstå normen om «avtalebestemmelser som ... særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet» i denne sammenhengen, som en utfyllingsnorm til arbeidsavtalen og tolkningen av den – og ikke som et uttrykk for eller adopsjon av den mytiske «grunnpregsstandarden» fra diskusjonene om endringer i arbeidsforhold. Det klinger likevel ikke helt godt når førstvoterende påberoper seg og siterer fra NOU 2004: 5. Det han viste til, ble uttalt i en drøftelse av krav til «skriftlig arbeidsavtale», nå i arbeidsmiljølovens § 14-5 flg. Utvalgets uttalelse, med det avsnittet det er sitert fra sett i sammenheng, kan ikke godt leses som en formulering av en materiell norm uavhengig av hva som måtte være avtalt skriftlig. Det er selvsagt mulig at førstvoterende heller ikke har ment det slik, men derimot ment at normen måtte betraktes som en retningslinje, av flere, i den interesseavveiningen avtaleutfyllingen går ut på. I så fall er det uttrykksmåten som er for tilknapet til å være klar.

At det ikke alltid er så lett med ord, illustreres også når det er tale om å gi «særskilt avkall på styringsretten». Bestemt form er ikke vellykket her. Det er knapt nok tenkelig at en arbeidsgiver gjennom en arbeidsavtale vil gi avkall på styringsretten *in toto*. I bestemt form er «styringsretten» den totale restkompetansen. Problemstillingen er hvorvidt arbeidsgiveren har gitt avkall på, eller har begrenset, styringsrett i forhold til et eller annet tema.

Stein Evju

## Indre strid i Høyesterett; bindingstidsklausuler – Rt. 2006 s. 240 og Rt. 2008 s. 1307

At ulike paneler i Høyesterett kan løse samme retts spørsmål på forskjellige måter, er velkjent historisk. Det er også en nåtidig realitet; det illustreres av de to dommene her.

Dommen fra 2008 gjelder en skattesak, men den tar opp et arbeidsrettslig spørsmål av betydning. Skogli hadde overdratt sitt enkeltmannsforetak til Alvdal Bygg. Sammen med kontrakten om foretaks kjøp ble det inngått en arbeidsavtale. Den inneholdt bl.a. en klausul om «**bindingstid**», der det het: «Arbeidstaker [Skogli] forplikter seg til å arbeide hos arbeidsgiver [Alvdal Bygg] fram til oppnådd pensjonsalder under forutsetning av at hans helse gjør dette mulig» (jfr. dommens avsnitt 45). Overtagelsen fant sted i januar 2001; da var Skogli 52 år (jfr. tingrettsdommen i saken). Ved overdragelsen klassifiserte partene 1,6 millioner kroner av kjøpesummen på 2 millioner kroner som vederlag for forretningsverdi. Ved den skatterettslige vurderingen av transaksjonen var arbeidsavtalen med Skogli og den klare forutsetning om at han skulle «være med videre», et forhold av betydning. Høyesterett fant enstemmig at det var grunnlag for å omklassifisere det partene hadde klassifisert som «good will», til fordel vunnet ved arbeid (for 1,3 av de 1,6 millioner kroner; jfr. avsnitt 52 og 54).

På veien til dette resultatet uttalte førstvoterende, dommer Bårdsen, at «[f]or meg er det ikke avgjørende om klausulen om bindingstid var reell» (avsnitt 48). Men som et forutgående ledd i sitt resonnement uttalte han også:

«Brevet underbygger at partene tok sikte på et langsiktig arbeidsforhold, i tråd med klausulen om bindingstid. En slik avtale ville rett nok ikke være arbeidsrettslig bindende, jf. nå arbeidsmiljøloven § 1-9, som gjør lovens oppsigelsesfrister ufravikelige for avtaler som er til ugunst for arbeidstaker. Tidligere oppsigelse fra Skoglis side kunne likevel etter forholdene anses som et mislighold av salgssavtalen, jf. Rt. 2006 side 420» (avsnitt 47).

Det er gåtefullt hvordan dommer Bårdsen kunne komme frem til en slik oppfatning, og enn mer gåtefullt hvordan panelet kunne slutte enstemmig opp om den. Uttalelsen om ikke bindende avtaler og arbeidsmiljølovens § 1-9 kan vanskelig leses på annen måte enn at den står i direkte motstrid med den enstemmige høyesterettsdommen i Rt. 2006.420 (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2/2006), som dommer Bårdsen viser til i sitt votum. Arbeidsmiljølovens § 1-9 svarer til den tidligere lovens § 5. I dommen fra 2006 heter det bl.a.:

«A har gjort gjeldende at det vil være i strid med arbeidsmiljøloven 1977 § 58 jf. § 5 om en arbeidstager avtalemessig binder seg til 4 års arbeidsplikt uten oppsigelsesadgang.



Jeg kan ikke se at denne bestemmelsen om oppsigelsesfrister er et hinder for bindingsklausuler. Riktignok skal arbeidstager ikke kunne miste sin ansettelse med urimelig kort varsel, og lovens system synes å forutsette at arbeidstager på den annen side heller ikke skal kunne holdes bundet til arbeidsgiver i lang tid mot sin vilje. Men det kan være gode grunner til at en arbeidstager binder seg for en lengre periode. ... Arbeidsmiljøloven kan generelt ikke antas å være til hinder for slike bindingsklausuler, og den vanlige oppfatning synes å være at slike avtaler på visse vilkår og i et visst omfang må aksepteres. ...

På ett punkt må imidlertid arbeidsmiljøloven 1977 antas å oppstille et vilkår for at klausuler om bindingstid skal kunne aksepteres. Ifølge § 58 nr. 7 kan ikke partene ved avtale «bestemme at oppsigelsesfristen ved oppsigelse fra arbeidstakerens side skal være lenger enn ved oppsigelse fra arbeidsgiverens side». Dette må anses som utslag av et mer generelt prinsipp, som innebærer at en bindingstid for den ansatte må korrespondere med en tilsvarende plikt for arbeidsgiveren til å beholde arbeidstageren i perioden. ...» (avsnitt 43-45).

Disse uttalelsene stemmer med vel etablert og sikker arbeidsrett. Avtaler om «bindingstid» i arbeidsforhold har lang tradisjon, både i privat og i offentlig sektor. Det har aldri vært tvil om at det rettsgyldig kan inngås slike avtaler. Tvilsspørsmålene har knyttet seg til hvor lang en bindingstid høyst kan være, hvor ubetinget forpliktelsen kan være, f.eks. hvis vektige velferdsgrunner taler for at arbeidstageren må kunne si seg fri, og hvilke sanksjoner som er tillatelige dersom bindingstidsforpliktelsen ikke overholdes. Dommen fra 2006 var inne på noen sider av slike spørsmål også.

I dommen fra 2008 gjør panelet seg skyldig i en regelrett misforståelse av forholdet mellom *uoppsigelighet* og oppsigelsesfrister. Det er konvensjonelt at arbeidsavtaler kan inngås som uoppsigelige for en viss tid. Det gjelder både midlertidige og løpende tidsbestemte avtaler. «Bindingstidsklausuler» er en form, og kanskje den mest utbredte formen, for slike uoppsigelige avtaler. Oppsigelsesfrister er noe ganske annet. De gjelder der en arbeidsavtale kan sies opp. Skrankene for avtalefrihet om oppsigelsesfrister har derimot ikke anvendelse for avtaler om at et arbeidsforhold ikke kan sies opp. Det er som nevnt sikker arbeidsrett; det gjelder helt tilbake fra stillingsvernets spedeste barndom.

Stein Evju

## Selsom arbeidsrett I: Organisasjonsfrihet, forskjellsbehandling av ulike klubber i forhandlinger på bedriftsnivå – Arbeidsrettens dom 2. november 2009 (Inr. 27/2009)

Saken er en oppfølger til dommen om tariffavtalens stilling ved fusjon fra 20. oktober 2008 (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 4, 2008, s. 1–2). Der la Arbeidsretten til grunn at selv om fusjonen rent teknisk sett ble gjennomført senere, måtte 16. mai 2008 anses som «overdragelsestidspunkt» etter arbeidsmiljølovens kapittel 16. I dommen fra 2009 er temaet forholdet mellom ulike organisasjoner ved lokale lønnsforhandlinger.

Både LO/Fellesforbundet og YS/SAFE hadde medlemmer i de to selskapene som ble fusjonert, D&F Group AS (Bergen) og D&F Group Stavanger AS. YS/SAFE var bundet av Fellesoverenskomsten for byggfag for selskapet i Bergen både før og etter fusjonen, og av Verkstedsoverenskomsten for D&F Group Stavanger AS frem til fusjonen. I forbindelse med fusjonen avgav den nye arbeidsgiveren erklæring om frigjøring fra Verkstedsoverenskomsten, jf. arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd.

LO/Fellesforbundets klubb i D&F Group Bergen inngikk en tariffavtale lokalt med bedriften, Operatøravtalen, 8. august 2007. En av bestemmelsene i denne avtalen viste til en felles målsetting om «harmonisering mellom avlønning og lønnsystemer», hvilket hadde sammenheng med arbeid med ny konsernstruktur og den senere fusjonsprosessen. Etter forhandlinger fra februar 2008 ble det inngått avtale (protokoll) om ny lønsmatrise mellom Fellesforbundsklubben og bedriften 3. juli 2008. Virkningstidspunktet ble satt til 1. april 2008.

Efter at forhandlinger med SAFE-klubben i bedriften om samme spørsmål i perioden mai til november 2008 ikke førte frem, besluttet bedriften å gjøre avtalen av 3. juli 2008 gjeldende overfor SAFE-medlemmene med virkning fra 1. desember 2008. YS og SAFE gikk til søksmål med påstand om brudd på hovedavtalen på grunn av organisasjonsdiskriminering, og fikk medhold.

Arbeidsretten anla en bred tilnærming. Retten fremholdt at «[v]urderingen av om gjennomføringen av forhandlingene i 2008, og den senere ensidige gjennomføringen av ny lønsmatrise overfor medlemmer av SAFE med virkning fra 1. desember 2008, strider mot Hovedavtalen § 2-1, kan i denne saken ikke begrenses til bedriftens opptreden etter at fusjonsprosessen var påbegynt og perioden etter at denne var gjennomført. Dette må vurderes i en større sammenheng» (avsnitt 49). Hovedavtalens § 2-1 inneholder den tradisjonelle alminnelige «organisasjonsfrihetsklausulen» om gjensidig anerkjennelse av den «frie foreningsrett», og siden 2002 noen utfyllende erklæringer om organisasjonsrett, kollektive avtaler og gjensidig respekt. Arbeidsretten leste inn i dette et *lojalitetsprinsipp* som bl.a. innebærer

et *forbud* mot å opptre slik i forhandlings- og konfliktsituasjoner at man «svekker hverandres posisjoner» (avsnitt 51). Dette var det rettslige grunnlag retten bygget videre på, og den fremholdt at hvorvidt det foreligger et pliktbrudd etter dette «må bero på en samlet vurdering av begge parter opptreden» (avsnitt 51).

Retten la til grunn at SAFE-klubben i februar 2008 ikke hadde fått noe tilbud om å tiltre de avtaler Fellesforbundet hadde med bedriften. Men rent praktisk var Operatøravtalen gjort gjeldende for SAFEs medlemmer i D&F Group Bergen i 2007. Forhandlingene om en harmonisert lønsmatrise var ikke noen egentlig avtalerevisjon, men en nydannelse og en særlig forhandlingssituasjon. I et forhandlingsmøte 17. juni fikk SAFE-klubben forelagt et forslag til ny lønsmatrise som var identisk med det forslaget som ble lagt frem for Fellesforbundsklubben. Fellesforbundsklubben inngikk som nevnt avtale 3. juli. Dette ble SAFE-klubben ikke underrettet om. Klubben hadde da tatt opp spørsmålet om virkningstidspunkt og fått beskjed fra bedriften at det ville bli satt til måneden etter oppnådd enighet og signert protokoll. Arbeidsretten så det slik at da bedriften derefter i august, «på et sent tidspunkt i harmoniseringsprosessen», gjorde det klart for SAFE-klubben at virkningstidspunktet var et forhandlingstema, *svekket* dette klubbens stilling i forhandlingsprosessen (avsnitt 57). Alt i alt mente retten at bedriften hadde svekket SAFE-klubbens stilling «på en urimelig måte», særlig fordi partene ikke kom til enighet om et spørsmål klubben hadde rimelig grunn til å anta ikke var et forhandlingstema, nemlig virkningstidspunktet. Det forelå ikke noe som kunne tilsi at virkningstidspunktet skulle bli et annet enn for Fellesforbundsklubben. «Det krav til lik behandling av organisasjonene som gjaldt ... i forhandlingssituasjonen, må også gjelde når bedriften, ..., velger å gjøre den nye lønsmatrisen gjeldende for medlemmer av SAFE» (avsnitt 59).

Dommen er selsom på flere måter. Det er ingen opplysninger om at Operatøravtalen var inngått av YS og SAFE med NHO/OLF, eller for den del direkte med bedriften. NHO prosederte imidlertid på at de forhandlinger bedriften hadde ført med SAFE-klubben, var forhandlinger etter hovedavtalen NHO – YS § 3-7 (nr. 6), som gjelder «gjennomføring» av organisasjonsmessig tariffavtale. Hverken saksopplysningene eller Arbeidsrettens premisser gjør det mulig å forstå denne innfallsvinkelen. Hvis det forelå en organisasjonsmessig tariffavtale etter § 3-7, ville det etter sammenhengen ha vært YS og NHO som skulle ha forhandlet om en «overgangsordning» etter § 3-7 nr. 6, eventuelt lagt premisser for slike forhandlinger etter § 3-7 nr. 4.

NHO anførte også at «Hovedavtalen har ingen bestemmelser som pålegger arbeidsgiversiden å tilby to ulike arbeidstakerorganisasjoner materielt og formelt identiske avtaler, på samme måte som det

ikke finnes bestemmelser som pålegger arbeidstakerorganisasjonene å akseptere to materielt og formelt identiske avtaler» (avsnitt 39). Det er utvilsomt slik at ulike fagforeninger ikke har noen rettsplikt til å akseptere identiske avtaler. Derimot er NHOs anførsel om arbeidsgiversidens forpliktelser ikke mindre enn oppsiktsvekkende. Riktignok vil ikke en arbeidsgiverorganisasjon uten videre være forpliktet til å tilby like avtaler til ulike arbeidstagerorganisasjoner. Men dette stiller seg annerledes når det er tale om behandling av ulike organiserte og uorganiserte på *bedriftsnivå*. Her slår «organisasjonsfrihetsklausulen» i hovedavtalens § 2-1 første ledd inn. NHOs anførsel i denne saken står i åpenbar motstrid til NHOs (da N.A.F.s) eget standpunkt til avtaleforståelsen i et tilsvarende tilfelle i ARD 1988 s. 138. Den dommen legger Arbeidsretten her tilside med den kursoriske bemerkning at den «er ikke uten videre sammenlignbar», og slutter seg til NHOs anførsel om at dommen, med en truisme, gjaldt «et spesielt tilfelle». Det totale fraværet av et resonnement gjør det også her vanskelig å forstå hva begrunnelsen for standpunktet kan være.

I stedet valgte Arbeidsretten å støtte seg på de mer erklæringspregede formuleringene i hovedavtalens § 2-1 annet – fjerde ledd. Isolert sett er det ikke lett å se hvordan disse skal gi grunnlag for en slik forståelse som Arbeidsretten nu har lagt i dem. Det er under enhver omstendighet vidtgående å utlede en lojalitetsplikt i tariffavtaleforhandlinger som skal innebære et «krav til lik behandling av organisasjonene» i forhandlingssituasjoner, slik Arbeidsretten ser ut til å mene at må gjelde. Hvis man tenker seg at § 2-1 annet – fjerde ledd skulle ha en generell rekkevidde i en slik retning, ville det bety en inngripende nyskapning i tariffretten. Så meget er det knapt grunn til å legge i bestemmelsene, og heller ikke i dommen.

*Stein Evju*

## **Selsom arbeidsrett II: Ensidig kompetanse i forhandlinger? – Arbeidsrettens dom 9. november 2009 (Inr. 28/2009)**

Tariffavtalen for oljeservicebedrifter, oljeserviceavtalen, mellom LO/IE og NHO/OLF har en bestemmelse om årlig «vurdering og eventuell regulering» av lønnsforholdene pr. 1. juni, i pkt. 3.30. Bestemmelsen trådte i stedet for den tidligere reguleringsbestemmelsen kalt «oktoberklausulen». Det var uomtvistet at bestemmelsen er en hjemmel for *forhandlinger*, som skjer under fredsplikt, og at hverken denne bestemmelsen eller tariffavtalen forøvrig gir anvisning på tvisteløsning der forhandlinger ikke leder til enighet.

Saken sprang ut av forhandlingene i 2005. Forhandlinger i mai det året førte ikke til enighet, og

OLF avsluttet da forhandlingene og instruerte sine medlemmer om å utbetale tillegg i samsvar med det siste tilbudet OLF hadde gitt til IE. En tvist i forbindelse med dette ble pådømt i ARD 2006 s. 1, men uten at Arbeidsretten tok stilling til om den ensidige lønnsreguleringen var tariffstridig. Det spørsmålet kom opp mellom partene igjen i 2006 og ledet til dommen her.

Arbeidsrettens flertall (5-2) fremholdt at ordlyden i avtalen og den tidligere oktoberklausulen ikke tilsa at en eventuell regulering er betinget av enighet mellom partene. Flertallet mente også at praksis kunne tas til inntekt for en slik fortolkning. Dette var det sterkt delte meninger om. Mindretallet (en fagdommer, en legdommer) så helt annerledes på hva som faktisk forelå av praksis. Mindretallet poengterte også at det ikke kan sluttes fra at forhandlinger foregår under fredsplikt, til at arbeidsgiversiden har en ensidig rett til å avslutte forhandlinger og gjennomføre sitt siste tilbud. Det vil gi en «ubalanse i forhandlingsordningen» (avsnitt 63).

Mens mindretallets standpunkt er lett forståelig, er flertallets standpunkt både selsomt og potensielt dramatisk. I saken anførte NHO, med OLF, at det må «skilles mellom hva som er tariffavtale og hva som er endringer arbeidsgiver må avgjøre når partene ikke kommer til enighet. Det er styringsretten som gir rett til å fastsette og iverksette det endelige resultat. Det eneste som skiller pkt. 3.30 fra lokale forhandlinger, er at det foregår på forbunds nivå. Heller ikke etter pkt. 3.30 er det de overordnede partene i avtalen som forhandler» (avsnitt 35).

Anførselen er ikke mindre enn oppsiktsvekkende. Arbeidsgivers kompetanse til ensidig å treffe beslutninger om arbeidsforhold, «styringsretten», kan spenne over mye. Men styringsrett til å bestemme utfallet av forhandlinger er både uhørt og utenkelig. I et tilfelle som dette ville det heller ikke være tale om «arbeidsgivers styringsrett» i den forstand begrepet ellers forstås; det ville bli en slags «styringsrett» for arbeidsgiverorganisasjonen. Arbeidsrettens flertall henfaller da heller ikke til en slik terminologi eller begrunnelse. Men tolkningsresultatet går i realiteten ut på det samme. Selv om standpunktet er forankret i en avtaletolkning, er det særegent, etter mitt syn også svakt forankret. Det er ikke nødvendig å ta stilling til divergensen om praksis. At det ikke er fastsatt noe i oljeserviceavtalen om tvisteløsning, er selvsagt uheldig. Men den slags er dessverre ganske vanlig i tariffavtaleforhold. Det kan ikke i seg selv gi grunnlag for slutninger om ensidig arbeidsgiverorganisasjonskompetanse. Der det er avtalt *forhandlinger*, er det en ganske alminnelig premisse at det *ikke* er opp til den ene part å bestemme hvis enighet ikke nås. Hadde rettens flertall anlagt en ordinær *intensjonal* tilnærming i tariffavtaletolkning, måtte man spørre seg om det var grunn til å anta at det var partenes felles oppfatning at arbeidsgiversiden skulle ha

en ensidig kompetanse. Etter alminnelig tolkningslære i tariffretten ville det krevet klare holdepunkter i tariffavtalen, og det ville være arbeidsgiversiden som måtte bære risikoen for at slike ikke finnes. Dommen bør likevel ikke oppfattes om en nyorientering i tolkningslæren; den må heller sees som et singularisert eksempel på rettsanvendelse som gir grunn til undring.

Stein Evju

### **Permittering, ansiennitet, fravikelse – Arbeidsrettens dom 16. desember 2009 (Inr. 34/2009)**

Ansiennitet er et stadig smertensbarn i nedbemanningstilfeller, herunder permitteringer. Hovedavtalen LO – NHO 2006–2009 (arbeidere) har en bestemmelse som finnes tilsvarende igjen i endel andre hovedavtaler. Den har en lang historie og lyder nu slik i § 8-1 nr. 3: «Ved permittering kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn.»

I forbindelse med permitteringer ved Jøtul AS var det enighet om at det forelå saklig grunn til å permittere og om hvor mange som skulle permitteres. Problemet var, som så ofte, *utvelgelsen*. Partene på bedriften var enige om hvilke kriterier som skulle legges til grunn i vurderinger om å fravike ansiennitet, men ikke om *vektleggingen* av dem. NHO erkjente, i samsvar med eldre rettspraksis, at «Arbeidsretten har kompetanse til å prøve arbeidsgivers skjønsmessige vurdering», men føyet forutsigbart til at retten bør «være forsiktig med å sette seg ut over bedriftens vurderinger» (avsnitt 26).

Arbeidsretten distanserte seg i utgangspunktet fra å gå inn på den alminnelige avtaleforståelsen, men kom likevel med uttalelser av generell rekkevidde. Retten bemerket at hvis bedriftens økonomiske situasjon e.l. er kritisk, kan det få utslagsgivende vekt ved utvelgelsen av hvem som skal permitteres. Men, fremholdt retten, det må «som utgangspunkt stilles strengere krav til begrunnelsen for avvik fra ansiennitet når ansiennitetsforskjellen er stor enn når den er forholdsvis liten. Dette må gjelde uansett lengden på ansienniteten» (avsnitt 37). Skal sosiale hensyn tas i betraktning, må det kreves at «arbeidsgiver opptrer konsistent ved at de samme hensyn iakttas i forhold til alle som vurderes permittert» (avsnitt 39). I dette tilfellet var det tale om ansiennitetsforskjeller på mellom fire og fem år. Arbeidsretten fant at utvelgelsen bygget på en «konkret og samvittighetsfull vurdering» og grundig saksbehandling og anså ikke ansiennitetsfravikelsene tariffstridige. At det i et tilfelle var tatt spesielt hensyn til at det kunne føre til uforholdsmessig store konsekvenser for en med kortere ansiennitet å bli permittert i en rehabiliteringsperiode, ble likeledes akseptert (avsnitt 40).

Dommen føyer seg inn i en lengre linje som legger til grunn at bedriftens situasjon og behov, arbeidstagerens kvalifikasjoner og sosiale hensyn



kan gi grunnlag for å fravike en strikt ansiennitetsrekkefølge, og ansiennitetsforskjellers størrelse er et moment i slike helhetlige vurderinger. Den illustrerer, mer enn slår fast, også at fullgodt faktisk grunnlag og grundig saksbehandling er vesentlige elementer for vurderinger og etterprøvelsen av dem. Med andre ord, grunnleggende normer i stillingsvernet er gjenkjennelige og anvendelige også her.

Stein Evju

**Lek med ilden – djvelen stikker i detaljene:  
Aldersdiskriminering, maksimalalder for  
ansettelse i brannvesen – EU-domstolens dom  
12. januar 2010, sak C-229/08 Colin Wolf mot  
Stadt Frankfurt am Main**

Øvre aldersgrenser for ansettelse har vært et av de mest omdiskuterte spørsmålene i tysk rett etter gjennomføringen av rammedirektivet 2000/78/EF om ikke-diskriminering. Domstolene har stadig oftere måttet ta stilling til lovligheten av slike maksimalaldersgrenser. Det var også temaet i denne saken.

I delstaten Hessen er det fastsatt en øvre aldersgrense på 30 år for ansettelse i utrykningstjenesten i yrkesbrannkorps (*Hessische Feuerwehrlaufbahnverordnung, FeuerwLVO*). Colin Wolf søkte om ansettelse i brannkorpsset i Frankfurt a.M. i oktober 2006, kort tid før han fylte 30 år i desember samme år. Det aktuelle tidspunktet for ansettelser var opprinnelig i august 2007, men det var blitt utsatt til februar 2008. Wolfs søknad ble ikke tatt i betraktning med den begrunnelse at han var for gammel. Hadde ansettelser funnet sted i august 2007, ville det derimot ha vært mulig å anvende en unntaksbestemmelse i *FeuerwLVO* § 3(3) som åpner for å kunne vurdere søknader til tross for at en søker er over aldersgrensen.

Wolf hevdet at reglene i *FeuerwLVO* var i strid med den tyske forbundsloven om ikke-diskriminering, *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, som bygger på EF-direktivet, og krevde erstatning av Stadt Frankfurt am Main. Den tyske førsteinstansdomstolen forela ialt ti spørsmål for EU-domstolen. Hovedtemaet var hvilke hensyn som er akseptable og hvilket spillerom staten har med hensyn til å fastsette normer om forskjellsbehandling på grunn av alder som ikke skal være ulovlig, herunder om proporsjonaliteten av slike tiltak (jfr. avsnitt 24).

EU-domstolen tok utgangspunkt i direktivets artikkel 4(1) om «yrkesmessige krav», og den fremholdt at det å sikre «*det professionelle brandvæsens operationelle karakter og rette funktion*», er et legitimt formål i denne bestemmelsens forstand (avsnitt 39). Dessuten kan fysisk egnethet anses som et vesentlig og avgjørende ervervsmessig krav i forhold til utøvelsen av yrket som brannmann i slike stillinger som det var tale om, siden de mannskapene deltar blant annet i brannbekjempelse og personredning.

Kravet om å være fullt ut fysisk skikket står i sammenheng med en ansatts alder; arbeids- og idrettsmedisinske forskningsresultater – som ble lagt frem av den tyske regjeringen i rettssaken – viste at bare noen få tjenestemenn som er eldre enn 45 år, har tilstrekkelig fysisk kapasitet til å utføre de oppgavene som henger sammen med brannbekjempelse (avsnitt 40–41). I domstolens analyse var aldersgrensen å anse som en bestemmelse, som for det ene er egnet til å sikre «*det professionelle brandvæsens operationelle karakter og rette funktion*», og som for det andre ikke går ut over det som er nødvendig for å nå dette målet (avsnitt 44).

EU-domstolens begrunnelse er spinkel. Domstolen går ikke i noen detalj i diskusjonen av om aldersgrensen kan anses begrunnet («*justified*»). Proporsjonalitetsvurderingen domstolen foretar, er særlig knapp angående spørsmålet om aldersgrensen er nødvendig. Dette er uheldig. Prinsipielt er testen for hvorvidt forskjellsbehandling er tillatelig, mer omfattende og sammensatt. Det første hovedspørsmålet er om et tiltak i det hele tatt kan være, og er, begrunnet i legitime hensyn. Det neste er om tiltaket er egnet og nødvendig for å oppnå det legitime mål det skal ivareta. Spørsmålet er her om det finnes et alternativt og mindre restriktivt middel som er like effektivt for å oppnå formålet. Det tredje og like sentrale er om tiltaket er proporsjonalt *strictu sensu*, dvs. forholdsmessig i snever forstand. I Wolf-saken ville det blant annet innebære et spørsmål om nettopp grensen på 30 år er proporsjonal.

Det er ikke vanskelig å være enig i at gode grunner kan tale for at det bør gjelde en maksimalaldersgrense for ansettelse av branntjenestemenn i utrykningstjeneste. Det hører til det første hovedspørsmålet. Om aldersgrensen behøver å være absolutt eller om den kan være «soft», dvs. tillate individuell testing, er derimot noe annet; det tilhører det andre spørsmålet. I dette tilfellet var aldersgrensen for brannmenn *de facto* absolutt. Det er imidlertid absolutt tvilsomt om den omdiskuterte aldersgrensen virkelig kan anses som det minste inngripende middelet. Djvelen stikker her i andre trinn av proporsjonalitetstesten, som hverken generaladvokaten eller EU-domstolen vurderte nærmere. Men spørsmålet om proporsjonalitet henger nettopp på om det finnes et mindre inngripende middel. Her kunne det i det minste være tenkbart å heve aldersgrensen for eksempel til 35 år. Tjenestetid i aktiv tjeneste ville ved en antatt utfasing på grunn av aldring ved 45 år fremdeles være 10 år. Når man tar hensyn til at aldringen er en individuell prosess, og at ifølge de forskningsresultatene som ble trukket frem i saken, nås den medisinske og biologiske grensen for å gjøre slik tjeneste mellom 45 og 50 år (se generaladvokat *Bots* innstilling, avsnitt 33), er konklusjonen utvilsomt at aldringsfenomenet er kjennetegnet av en inter-individuell variabilitet. Ut fra dette er det høyst

tvilsomt om sikring «*av det professionelle brandvæns operationelle karakter og rette funktion*» ikke kan ivaretas på annen måte enn ved å fastsette en maksimumsaldersgrense for ansettelse. Et krav om en aldersgrense kan nok i seg selv være proporsjonalt i direktivets forstand. Grensen på nettopp 30 år kan derimot vanskelig sies å være det.

Det er grunn til å merke seg kontrasten mellom EU-domstolens og generaladvokatens tilnæringer og begrunnelser på den ene siden og den detaljerte spørsmålsstillingen fra den foreleggende rett. Verken generaladvokaten eller EU-domstolen gikk nærmere inn i de ti spørsmålene som ble forelagt, men anla heller et generalisert perspektiv. I motsetning til dette viser det store antallet forelagte spørsmål og deres nøyaktighet i detaljene at problemstillingene om rettferdiggjørelsen ligger nettopp i detaljene. En rent generell tilnærming tar således ikke hensyn til kompleksiteten verken i denne saken eller prinsipielt, og er ikke tilstrekkelig målrettet når det gjelder proporsjonalitetstesten.

*Melanie Hack*

#### **Aldersdiskriminering, ansettelsestid og oppsigelsesfrist – EU-domstolens dom 19. januar 2010, sak C-555-07 Seda Küküdeveci mot Swedex GmbH & Co. KG**

Dommen faller inn i den linjen EU-domstolen trakk opp med dommen i *Hütter* (sak C-88/08, omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 4, 2009. Jfr. *Nytt i privatretten* nr. 3, 2009). I *Swedex* gjaldt det tysk rett. Etter BGB artikkel 622 regnes ansettelsestid før fylte 25 år ikke med i den ansettelsestid som er avgjørende for oppsigelsesfristens lengde.

Domstolen bemerket bl.a. at regelen fører til direkte forskjellsbehandling av personer med like lang ansettelsestid og dessuten generelt er til ulempe for yngre arbeidstagere sammenlignet med eldre (avsnitt 30). Den gjentok uttalelsen fra tidligere dommer om en vid skjønnsmargin for statene (avsnitt 38), men anså den tyske regelen som uegnet for det formål den i prinsippet skulle ivareta, hvilket var et slags arbeidsmarkedspolitisk formål knyttet til at yngre arbeidstagere gjennomgående ble ansett mer fleksible og omstillingsdyktige (avsnitt 35–36). Den nasjonale rett hadde da plikt til å sette den nasjonale regel tilside og sikre at kravet om ikke-diskriminering i Direktiv 2000/78/EF ble oppfylt. Det siste stilte seg som kjent litt annerledes etter norsk rett.

*Stein Evju*

#### **Masseoppsigelser, opphør ved arbeidsgivers død – EU-domstolens dom 10. desember 2009, sak C-323/08 Ovidio Rodríguez Mayor m.fl. mot Herencia yacente [boet etter] de Rafael de las Heras Dávila m.fl.**

Dommen gjelder et ganske spesielt stillingsvernsspørsmål. Etter den spanske *Estatuto de los Trabajadores* artikkel 49 opphører et arbeidsforhold ved arbeidsgiverens død (med rett til én måneds lønn for de ansatte). Opphør på dette grunnlag faller utenfor den nasjonale gjennomføringen av direktivet om «masseoppsigelser», 98/59/EF. EU-domstolen fant, ut fra direktivets konkrete bestemmelser og dets formål, at en slik regulering ikke var i strid med direktivet.

Løsningen må bli en annen hos oss, etter intern norsk rett. Arbeidsgivers død er *ikke* en opphørsgrunn. Også i slike tilfeller kreves det oppsigelse for å bringe arbeidsforhold til opphør, og oppsigelsesfristen er den samme som ellers – den reduseres ikke ved en slik spesiell situasjon; jfr. arbeidsmiljølovens § 15-3 tiende ledd.

*Stein Evju*

## **ARVERETT**

#### **Naturalutlegg ved skifte. Skiftelovens § 61 annet ledd andre punktum – Høyesteretts dom 26. november 2009 (HR-2009-2232-A)**

Sl. § 61 annet ledd omhandler rett til naturalutlegg når det er uenighet mellom arvingene. Vilkårene er at gode grunner taler for en arvings krav om naturalutlegg og at de andre arvinger ikke har noen rimelig grunn til å motsette seg kravet. Vi har fra tidligere tre høyesterettsdommer om denne bestemmelsen – Rt. 1978 s. 1513, Rt. 1981 s. 513 og Rt. 1984 s. 552. I Rt. 1978 s. 1513 ble det presisert at naturalutlegg ikke skal gis ut fra bare en generell rimelighetsvurdering. Det må godtgjøres vesentlig mer enn en interesseovervekt for å vinne frem. I samtlige av disse tre dommer ble dog kravet om naturalutlegg tatt til følge. Ut fra disse dommene er det klart at bestemmelsen må brukes med varsomhet.

#### *Fakta*

Et ektepar eide en eiendom på 190 da. I tillegg til landbruk ble det også drevet fiske. Landbruksvirksomheten ble nedlagt i begynnelsen av 1990-tallet. Ektefellene hadde fem barn som alle var oppvokst på eiendommen og flyttet hjemmefra. På eiendommen ble det startet fiskeoppdrett som ble drevet som et familieaksjeselskap. Eldste sønn E flyttet tilbake til hjemstedet og overtok naboeiendommen. Han arbeidet i familiefirmaet og ble daglig leder der. I tillegg drev han med sauehold og brukte innmark og holmene på foreldrenes eiendom til beite. Alle barna



hadde fått eller skulle få tomter fra hovedeiendommen fra foreldrene. Overdragelse av en tomt til E ble ikke gjennomført grunnet en planlagt vei. Alle barna hadde beholdt en tilknytning til foreldrenes eiendom. To sønner brukte sjøtomten med naust i tilknytning til fritidsfiske som var deres hobby. De to andre barna brukte våningshuset som feriested for sin familie og ved familiesammenkomster. Etter foreldrenes død var det tvil om eiendommen fortsatt var odelsjord og ved skiftetakst ble det avgjort at det ikke var odelsjord. E krevet eiendommen utlagt til seg etter sl. § 61 annet ledd andre punktum.

#### *Rettens resultat og vurdering*

Flertallet, dissens 3-2, kom til at vilkårene for naturalutlegg etter sl. § 61 *ikke* var oppfylt. Retten viste til forarbeidene og Rt. 1978 s. 1513 og oppsummerte slik: «(36) Bestemmelsen i skifteloven § 61 andre ledd andre punktum er således en unntaksregel som skal brukes med varsomhet. Loven åpner ikke for noen rimelighetsvurdering av hvem som skal få naturalutlegg eller noen alminnelig interesseavveining – den som krever naturalutlegg må godtgjøre vesentlig mer enn interesseovervekt for å vinne frem.» Flertallet uttalte videre: «(39) Jeg kan ikke se at det har skjedd endringer i rettskildebildet som tilsier at det nå er grunnlag for å myke opp vilkårene for naturalutlegg. Vilårene er derfor fortsatt relativt strenge.» Lagmannsretten hadde funnet det bevist at både foreldrene og E hadde forventet at han skulle overta eiendommen. Flertallet uttalte at spørsmålet var hvilken vekt man i dag kunne legge vekt på en slik forventning når det ikke lengre var odelsrett knyttet til eiendommen. En slik forventning kunne etter flertallets oppfatning ikke utgjøre en god grunn etter § 61 annet ledd andre punktum idet det lett ville kunne frata bestemmelsen dens preg av å være en relativ snever unntaksregel. Derimot måtte man kunne legge vekt på den tilknytning og det behov den tidligere best odelsberettigede faktisk har på det tidspunkt naturalutlegg kreves. E hadde eget hus utenfor foreldrenes hus og hadde sitt hovedyrke utenfor landbruket. Han hadde ikke utført investeringer av betydning på eiendommen. Es søsken hadde alle opprettholdt en tilknytning til eiendommen. Saken skilte seg i så henseende fra de tre tidligere høyesterettsdommene ved at de som motsatte seg naturalutlegg i denne saken alle hadde en ikke ubetydelig tilknytning til eiendommen. Flertallet kom til at E ikke hadde en vesentlig sterkere interesse enn sine søsken i å overta eiendommen og at vilkårene for naturalutlegg etter sl. § 61 annet ledd andre punktum dermed ikke var oppfylt.

Mindreparten la avgjørende vekt på at når man vokser opp på en landbrukseiendom som best odelsberettiget kan det gi sterke føringer for det livsvalg man tar. Om dette ble det uttalt: «I den grad forventningen følges opp ved at vedkommende faktisk

innretter seg på å overta, mener jeg dette kan gi en spesiell tilknytning som må være relevant ved vurderingen av hva som er «gode grunner.» E hadde flyttet tilbake til hjemstedet allerede i 1980 og arbeidet i fiskeoppdrettsbedriften som da lå til gården. Han var den av barna som videreførte det tradisjonelle landbruket ved å ta opp villsauhold på eiendommen. Det ble uttalt: «Det er en kontinuitet i denne virksomheten som gir ham enn annen og sterkere tilknytning til eiendommen, enn det søsknene har hatt.» Mindretallet fant derfor at E hadde godtgjort vesentlig mer enn en interesseovervekt for å få utlagt eiendommen.

#### *Kommentar*

Dommen bekrefter det som er presisert i de tidligere dommer – at sl. § 61 annet ledd andre punktum er en forholdsvis snever unntaksregel. Det spesielle i denne saken var at det dreiet seg om en tidligere odelsgård. Skillet mellom flertallet og mindretallet går særlig på betydningen av den forventning en arving i et slikt tilfelle har i oppveksten. Flertallet la avgjørende vekt på det behovet arvingen hadde for eiendommen i dag mens mindretallet la vekt på at arvingen i fortiden faktisk hadde innrettet seg etter sin forventning. Dommen illustrerer at selv om § 61 annet ledd andre punktum er en regel som skal brukes med varsomhet, vil det måtte foretas en skjønnsmessig vurdering hvor utfallet kan være vanskelig å forutsi.

*Peter Hambro*

#### **Arveloven § 75 – foreldelse av arverett – Rt. 2009 s. 1223 (HR-2009-1917-A)**

Det barnløse ekteparet F og G hadde opprettet et gjensidig testament som bestemte at gjenlevende «skal beholde vårt fellesbo som sin eiendom». Ved gjenlevendes død skulle midlene fordeles mellom ektefellenes arvinger etter loven. Ved Fs død i 1968 overtok G arven etter testamentet som dennes enearving. G testamenterte i 2001 arven etter seg til to nieser. G døde i 2005. På førstavdødes side var det ved skiftets åpning nevøer av førstavdøde som var arvinger. Under det offentlige skiftet viste det seg imidlertid at F hadde en datter J, som var blitt adoptert bort ved svak adopsjon, og arveretten til J etter F var dermed ikke tapt ved adopsjonen. J (dvs. hans barn, jf. nedenfor) fikk først nå kunnskap om Fs død.

J døde to dager før G. J etterlot seg fire livsarvinger som mente seg arveberettiget etter F. Dette ble bestridt, idet det ble vist til at Js arverett etter sin far F var foreldet, jf. arveloven § 75 første ledd. Etter denne bestemmelsen foreldes slektsarveretten etter 10 år fra det tidspunkt arvingen kunne gjort arveretten gjeldende. J kunne, dersom hun hadde kjent til Fs død i 1968, krevd sin farsarv ved farens død. Denne arveretten kunne det gjensidige testament ikke krenke. At Fs arvinger i annen arvegangsklasse

hadde arveretten i behold var på det rene – deres krav var ikke foreldet da det først kunne gjøres gjeldende ved Gs død, jf. § 75 siste ledd. Men Js livsarvinger ville fortrenge dem om deres arverett ikke var tapt ved foreldelse etter § 75 første ledd.

En enstemmig Høyesterett kom til at Js arverett ikke var foreldet. Men retten delte seg når det gjaldt begrunnelsen i et flertall på fire dommere og et mindretall på en dommer. På bakgrunn av den klare ordlyd i § 75 første ledd, står for meg dette resultatet som noe overraskende.

Flertallet begrunnet sitt standpunkt på denne måten (avsnitt 27): Hvis «livsarvingen hadde akseptert det gjensidige testament etter sin ordlyd og avfunnet seg med å ta arv etter lengstlevendes død, ville fristutsettelsen i § 75 annet ledd siste punktum kommet til anvendelse.» Dette er det lett å være enig i. Men så heter det: «Når Fs livsarvinger ikke har krevd arv fordi de ikke var klar over at de var arveberettigede, bør situasjonen være den samme som om de hadde samtykket.» Dette var i seg selv nok til å begrunne flertallets standpunkt. Men så tilføyes det: «Jeg vil også peke på at det å ta arv etter et gjensidig testament, hvor det er oppstilt sekundære arveretter, har mange fellestrekk med uskifteinstituttet. Ved at foreldelsesregelen i § 75 annet ledd siste punktum utsetter foreldelsesfristen for de subsidiært berettigede i et gjensidig testament, ivaretas de samme hensynene som ligger bak bestemmelsen i annet punktum om utsatt foreldelse ved uskifte. I tillegg kommer at det ikke kan ses å være noen grunn til at livsarvingene skulle stille dårligere enn andre sekundærarvinger etter testamentet.» Etter flertallets syn ville et annet resultat medført en innskrenkende fortolkning av bestemmelsen (avsnitt 28). Mindretallet (én dommer) kom til samme konklusjon som flertallet, men ville bygge resultatet på en analogisk anvendelse av § 75 annet ledd annen setning om fristberegningen ved uskifte. Skulle jeg valgt side her, ville jeg nok foretrukket mindretallets begrunnelse.

Ved en vurdering av denne dommen møtes motstridende hensyn. Og, hvor langt favner den? Den gir et klart svar på det typetilfellet saken gjaldt: En livsarving etter førstavede taper ikke sin arverett ved gjensidige testasjoner på grunn av foreldelsesregelen på 10 år når han/hun på grunn av uvitenhet om førstavedes død ikke har gjort sitt arvekrav gjeldende, når det kunne vært gjort det om han/hun hadde hatt kunnskap om dødsfallet. Mange ville nok finne at dette er et godt resultat, og det ble da også lagt til grunn av tre rettsinstanser og en enstemmig (i konklusjonen) Høyesterett. Slike tilfeller vil neppe oppstå særlig ofte, så dommens prejudikatsvirkning får ikke så store konsekvenser. Men hva med uskiftesituasjon: Ektefellene A og B har fellesbarnet C, mens A har særkullsbarnet D, som B og C ikke har kjennskap til, og D får ikke kjennskap til As død. Ved As død overtar B boet i uskifte, og dør 12 år

senere. Da dukker D opp og krever sin arv etter A. D kunne krevd den ved As død, men har ikke gjort det fordi han ikke kjente til dødsfallet. Her følger det av ordlyden i § 75 annet ledd at Ds arverett ikke er foreldet.

For den situasjon dommen gjaldt, har jeg – tross rettsinstansenes enighet – visse motforestillinger mot resultatet, og begrunnelsen for det.

Flertallets resonnement frister for det første til et par bemerkninger. Jeg forbauses over førstvoterendes utsagn om at en annen løsning ville medført en innskrenkende fortolkning av § 75 annet ledd siste punktum, som er gjengitt ovenfor. Så vidt jeg kan se er forholdet det motsatte: Resultatet er i direkte strid med ordlyden. Det står i klartekst at det *må følge av testamentet* at arvelateren ikke kan gjøre sitt krav gjeldende. I dette tilfellet kunne kravet vært gjort gjeldende i 1968 om J hadde hatt kunnskap om sin fars død – det fulgte ikke av testamentet at han ikke kunne gjøre sitt krav gjeldende. Høyesterett tolker etter mitt syn siste punktum i annet ledd utvidende (eller analogisk) når det i den følgende setning sies at reelle hensyn tilsier at livsarvinger går foran arvinger i annen arvegangsklasse som «*arvinger etter loven*» (uthevet i førstvoterendes votum) når de på grunn av uvitenhet om dødsfallet ikke har krevd sin arv når de kunne har gjort det om de hadde hatt kunnskap om dødsfallet. I lovforarbeidene bemerkes det i tilknytning til ordlyden i siste punktum at den «bl.a. får betydning når gjenlevende ektefelle har overtatt boet etter et gjensidig testament» eller på annen måte gjort arveretten betinget. At man her har hatt en fristberegning fra lengstlevendes død i tankene er lite tvilsomt, og like lite tvilsomt er det at dette gjelder hvor det følger av testamentet at kravet ikke kunne vært gjort gjeldende på grunn av bestemmelser i testamentet, Ot.prp. nr. 36 (1968–1969) s. 203. Skulle uvitenhet om dødsfallet ha samme virkning, ville det nok vært naturlig å ha omtalt også det tilfellet.

Resultatet er, som nevnt ovenfor, så vidt jeg kan se i strid med ordlyden. Jeg er heller ikke enig i at om J hadde hatt kunnskap om Fs død og samtykket i at G fikk beholde hans del av arven frem til sin død, ville det fulgt av § 75 annet ledd annet punktum at hans arverett var i behold. Gs rettsposisjon ville da bygget på Js samtykke, altså et avtalegrunnlag, og ikke på testamentet, som etter § 75 annet ledd annet punktum er kriteriet.

Hvis vi frigjør oss fra dommens konklusjon og på friere grunnlag spør – som førstvoterende gjør – om resultatet *bør* være at fristen ikke gjelder ved uvitenhet om dødsfallet og dermed muligheten for å kreve arven, er svaret etter min oppfatning ikke opplagt. Foreldelsesfristen skal i første rekke beskytte de som etter et endelig arveoppgjør har mottatt arven, og som innen 10-årsfristens utløp risikerer å måtte gi den fra seg til den rette arving, som normalt på

grunn av uvitenhet om dødsfallet ikke krevde arv ved arvelaterens død. Bestemmelser om slektsarverettens foreldelse hadde man ikke før 1972. Uvitenhet nevnes i forarbeidene blant de årsaker som kan forklare en passivitet, men som sammen med andre årsaker går inn som ledd i begrunnelsen for en foreldelsesregel, prp. s. 130 sp. 2. Ikke minst interessant er at det som ledd i denne begrunnelsen for en objektiv foreldelsesregel også vises til «*alminnelige betraktninger* (over) arverettens karakter» (uthevet i prp). I dette ligger så vidt jeg kan se en henvisning til arverettens begrunnelse, hvor bl.a. den sosiale tilhørighet mellom arvelater og arving spiller en sentral rolle. Jeg stiller meg derfor nølende til – til tross for blodsbåndets styrke som argument for arverett – å se det som så opplagt som i denne saken at J – og etter hennes død Js barn – skal arve sin morfar, som de aldri har hatt kunnskap om verken før eller etter hans død i 1968. Er det så opplagt at Fs familie (nevøer) står fjernere fra ekteparet F og G enn adoptivbarnets barn når vi søker i arverettens begrunnelse og legitimitet? For meg står den arv de ved denne dommen mottar – for å si det noe uærbødig – mer som en lottogevinst enn en berikelse basert på arverettens intensjoner.

Peter Lødrup

## Litteratur

**Peter Hambro: *Tilbakekall av testamenter*, Gyldendal Akademisk, Oslo 2010. 285 sider**

I løpet av de siste vel fire år har Peter Hambro utvist et meget imponerende arverettslig forfatterskap. I 2006 kom *Arveplanlegging og avtalt uskifte* (329 sider). Året etter kom en ny og sterkt utvidet utgave av kommentaren til arveloven (669 sider), og nå foreligger *Tilbakekall av testamenter*. Mens de to førstnevnte bøkene i det alt vesentlige drøfter norsk rett, bretter Hambro i denne boken ut fremmed rett i sin fulle bredde. Det er foruten nordisk rett, særlig engelsk, fransk og tysk rett og rettsstillingen i en del delstater i USA, som trekkes inn. Denne presentasjon av løsninger som er inntatt i andre land, har ikke bare nysgjerrighetens interesse. Den illustrerer på en god måte hvordan fellesskapet i problemstillinger dominerer, og hvordan argumentasjonen bak enkeltløsninger også kan ha interesse for norsk rett. Og vi undres enkelte steder over domsavgjørelser som med norske øyne virker merkelige i sitt resultat. Denne bredden i fremstillingen gjør boken spennende, naturlig nok særlig for de som er opptatt av arveretten, men også for andre må det være av interesse å trenge inn i et så begrenset og oversiktlig emne, og se hvordan det vurderes utenfor Norges grenser. Leservennligheten forsterkes ved et godt og levende språk.

Ved siden av de mer eller mindre uttrykkelige tilbakekall, tar Hambro også opp bortfall av testamentet

på grunn av endrede forhold og bristende forutsetninger. Her kommer atskillig meningsforskjell frem i de tilfelle testator har kjent til den endrede situasjon, men ikke har tilbakekalt testamentet etter de regler som lover har gitt for et tilbakekall.

Etter fire innledende avsnitt med presentasjon av emnet og en oversikt over de materielle begrensninger i retten til tilbakekall, følger disposisjonen i resten av boken et tradisjonelt mønster. Hovedreglene om tilbakekall med overstrykning og ødeleggelse (jf. al. § 57) med reglene om bortfall (al. § 57 annet ledd annet punktum) er viet en bred plass (s. 61–202). Deretter følger reglene om betingede tilbakekall (s. 202–229) og tilbakekall av tilbakekall eller senere testament (s. 230–259). Avslutningvis kommer mindre avsnitt om ugyldige tilbakekall, tilbakekall av annet enn testament (forsikring, ektepakter og avkortning) samt etteroppgjør og interlegale spørsmål.

Med denne boken befester Hambro sin sentrale posisjon innen norsk arverett. At den bør anskaffes av alle som er interessert i familie- og arverett, burde vel være unødvendig å si.

Peter Lødrup

## AVTALERETT

### Litteratur

**Michael Hoffmann-Becking og Peter Rawert (utgivere): *Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht*, 10. utg., Verlag C.H. Beck, München 2010. 2360 sider**

Boken henvender seg til praktikere som arbeider med forberedelse og inngåelse av avtaler etter tysk rett. Den inneholder eksempler på hvordan rettshandler (avtaler og ensidige viljeserklæringer) fra de fleste privatrettslige rettsområder, så som kjøpsrett, herunder foretakskjøp, hus- og annen leierett, arbeidsavtaler, rettshandler angående tjenesteytelser og IKT, lån, sikkerheter, tingretten, fast eiendomsrett, familierett, arverett og selskapsrett, herunder avtaler for stiftelse av selskaper av forskjellig rettsform, kapitalforhøyelser, formendring, fusjon og fusjon, samt eksempler på hvordan nødvendige meldinger til registre, fullmakter, innkalling til generalforsamling og mye mer, kan formuleres. Boken byr på formuleringsforslag for den mest typiske utforming av avtalene, men også på forslag til litt uvanligere spesialtilfeller, så som ektepakt der en part er utlending (sett fra et tysk perspektiv). Den inneholder et eget kapittel om de forskjeller som gjør seg gjeldende ved forbrukeravtaler. Mange steder finner man forslag til alternative formuleringer.

Der dette ansees relevant av utgiverne, finnes det en engelsk oversettelse ved siden av den tyske teksten.



Formuleringsforslagene følges av forklaringer om den rettslige bakgrunn for den valgte formulering, samt dertil hørende henvisninger til lovbestemmelser, rettspraksis og juridisk litteratur, samt informasjon om lovregulering av eventuelle kostnader.

Det følger en CD rom med boken.

*Julia Wiedemann*

**Hilde Hauge: *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*. Universitetsforlaget, Oslo 2009. 557 sider**

Hilde Hauge tok i 2008 doktorgraden på den avhandling som ligger til grunn for boken. Avhandlingen tar et nytt grep på den klassiske ugyldighetslære ved å spalte analysen i tre perspektiver: (1) «partsperspektivet» hvor forfatteren behandler begrensninger i avtalefriheten som primært er begrunnet i hensynet til de konkrete parter; (2) «statusperspektivet» hvor begrensningen i avtalefriheten primært er gitt for å beskytte en nærmere angitt statuskategori, angitt ved partsforhold og/eller avtaletype; (3) «samfunns- perspektivet» der begrensninger i avtalefriheten har sin primære begrunnelse i alminnelige samfunnsinteresser. Dette er et spennende grep. Selv om ugyldighetslæren har vært drøftet siden Ørsted, lykkes forfatteren i å tilføye nye og spennende bidrag. Boken viser en sjelden evne til dybdeboring. Selv om dette er en akademisk avhandling, vil boken med sitt store kildetilfang være verdifull i det praktiske rettsliv.

*Viggo Hagstrøm*

## BARNERETT

### Litteratur

**Mary-Ann Hedlund (red.): *Barnerett : internasjonalt perspektiv*, Fagbokforlaget, Bergen 2008. 215 sider**

Boken er en samling selvstendige artikler som dekker et bredt spekter av aktuelle barnerettslige temaer og problemstillinger med forankring i internasjonal rett. Forfatterne er lagdommerne Mary-Ann Hedlund og Terje Einarsen, begge medlemmer av Den norske dommerforenings menneskerettsutvalg, avdelingsdirektør og ambassadør for menneskerettigheter Petter Wille i Utenriksdepartementet, advokat, dr. juris Torunn Kvisberg og advokat og medlem av Advokatforeningens menneskerettsutvalg, Mette Yvonne Larsen.

Terje Einarsens artikkel behandler barns rettsstilling i utlendingsretten i et domstolsperspektiv, og den fokuserer på spørsmål om barnets rettigheter i relasjon til fast opphold i Norge, og de rettsspørsmål som

særlig kan tenkes å komme opp for en norsk domstol. I den neste artikkelen skriver Mary-Ann Hedlund om EMK artikkel 8 og forholdet til barn. Hun tar her opp utvalgte rettsområder som barnevern, foreldreansvar og samvær, farskap og fengsling. Torunn Kvisberg, som nylig har tatt doktorgraden på en avhandling om internasjonale barnefordelingssaker og internasjonal barne bortføring, drøfter i sin artikkel reglene om internasjonal barne bortføring; hvilke barn reglene gjelder for, vilkårene for at de skal tilbakeføres og når barn likevel kan få bli i Norge. I artikkelen om barn som aktører i straffesaksjeden, tar Mette Yvonne Larsen blant annet opp barnekonvensjonens artikler 37 og 40 og forholdet mellom barnekonvensjonen og straffeprosesslovens regler. Petter Wille redegjør i sin ene artikkel om FNs barnekonvensjon, både konvensjonens materielle innhold og for barnekomiteens overvåking av statenes gjennomføring av konvensjonen. Hans andre artikkel gir en oversikt over internasjonale rettskilder og aktiviteter med fokus på barn og barns rettigheter, blant annet ulike deler av FN-systemets arbeid med barns rettigheter og bistand til barn.

*Lucy Smith*

**Kari Ofstad, Randi Skard: *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utgave, Gyldendal, Oslo 2009. 495 sider**

Boken, som nå kommer i 5. utgave, gir en grundig innføring i lov om barneverntjenester. Målgruppen er ansatte i det offentlige barnevernet, advokater som arbeider med barnevernsaker og andre som arbeider med barnevern. Den nye utgaven er innarbeidet med lovendringer, nye forskrifter og ny rettspraksis. Spesielt kan nevnes de nye saksbehandlingsreglene for fylkesnemnda og de relativt mange nye høyesterettsdommene som er avsagt etter 2004 da den forrige utgaven ble utgitt. De nye forskriftene er tatt inn som vedlegg.

*Lucy Smith*

**Knut Lindboe: *Barnevernloven*, 6. utgave, Gyldendal, Oslo 2009. 137 sider**

Boken gir en kortfattet oversikt over innholdet i barnevernloven, med utførlige henvisninger til rettspraksis, lovforarbeider, forskrifter, rundskriv og juridisk teori. Denne sjettede utgaven er à jour per 1. januar 2009, og har med det nye kapitlet 7 om saksbehandlingsreglene for fylkesnemnda og kapittel 5A om mindreårige asylsøkere. Boken vil være et praktisk hjelpemiddel for studenter og alle som har behov for en innføring i barnevernlovens bestemmelser.

*Lucy Smith*

**Arbeidsulykkebegrepet – det klassiske og det avdempede begrep. Høyesteretts dommer 21. desember 2009 (HR-2009-2379-A og HR-2009-2380-A)**

Høyesterett avsa 21. desember 2009 to dommer som gjelder arbeidsulykkebegrepet i folketrygdloven (ftrl.) § 13-3 og yrkesskadedeforsikringsloven (yforsl.) § 11.

Arbeidsulykkebegrepet i yforsl. § 11 skal forstås i samsvar med ftrl. § 13-3, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 44 (1988–89) s. 89, Rt. 2005 s. 1757 mv. Ftrl. § 13-3 har to alternative formuleringer av arbeidsulykker. For det første et klassisk eller sk. *markert* ulykkesbegrep i ftrl. § 13-3 andre ledd første punktum, som krever en «plutselig og uventet ytre hending», og for det annet et sk. *avdempet* ulykkesbegrep i annet punktum, som angir at det også skal regnes som arbeidsulykke dersom skadelidte utsettes for en «konkret tidsbegrenset ytre hending som medfører en påkjenning eller belastning som er usedvanlig i forhold til det som er normalt i vedkommende arbeid».

Den første dommen (HR-2009-2379-A) gjaldt krav mot Yrkesskadedeforsikringsforeningen (YFF) om personskadeserstatning etter yrkesskadedeforsikringsloven. Spørsmålet var hvorvidt skade voldt ved streptokokk A-infeksjon som følge av et myggstikk, kunne anses som forårsaket av en arbeidsulykke i lovens forstand. Denne saken gjaldt det *klassiske* eller sk. *markerte* ulykkesbegrepet.

Den andre dommen (HR-2009-2380-A) gjaldt krav mot staten ved Arbeids- og velferdsdirektoratet om yrkesskadedekning etter folketrygdloven, i form av et gyldighetssøksmål over en kjennelse fra Trygderetten. Spørsmålet var hvorvidt en bruskskade i et kne pådratt ved en vridning under danseundervisning, kunne anses som forårsaket av en arbeidsulykke i lovens forstand. Denne saken gjaldt det *avdempede* ulykkesbegrepet.

**Streptokokk A-infeksjon som følge av myggstikk (HR-2009-2379-A)**

*Faktum*

Faktum var at skadelidte i forbindelse med arbeid som langtransportsjåfør gjennom Europa hadde fått et myggstikk, og han fikk senere påvist streptokokk A-infeksjon og derpå bl.a. nyresvikt. Det var imidlertid uenighet om hvorvidt dette hadde skjedd i arbeidstiden, da YFF anførte at det mest sannsynlig hadde skjedd i hviletiden, og i så fall falt utenfor yrkesskadedekningen. Partene var ellers enige om at myggen ikke hadde vært bærer av infeksjonen, men YFF bestred ikke at det var årsakssammenheng mellom stikket og infeksjonen i den forstand at stikket var en «inngangsport» til infeksjonen. Partene var ikke enige om hvorvidt stikket skjedde i arbeidstiden. Videre var partene enige om at et insektsstikk

isolert sett er en «skade» etter yforsl. § 10, men uenige om en slik hendelse hadde ulykkesartet karakter.

*Premissene*

*Beror yrkesskadedekningen på om skaden skjer i kjøre- eller hviletiden?* Spørsmålet om hvorvidt en langtransportsjåfør er omfattet av yrkesskadedekningen også for hendelser som finner sted mens han gjennomfører den lovbestemte hvile etter kjøre- og hviletidsreglene, blir ikke avgjort i dommen. Dette fordi Høyesterett fant det tilstrekkelig sannsynliggjort at stikket skjedde mens skadelidte arbeidet i kjøretiden (avsnitt 38-41).

*Er et myggstikk en ulykkesartet hendelse?* At det «avdempede» ulykkesbegrepet skulle komme til anvendelse, ble kort forkastet av Høyesterett uten noen nærmere begrunnelse (avsnitt 54). Spørsmålet i saken gjaldt det klassiske ulykkesbegrepet om «plutselig og uventet ytre hending».

Høyesterett deler faktum inn i hhv. *stikket* og *smitten*.

Høyesterett tok utgangspunkt i den nylig avsagte dommen i sak HR-2009-2191-A (også omtalt i dette nummer av *Nytt i privatretten*), hvor det ble sagt at påføring av smitte *normalt* mangler det ulykkesmoment som preger arbeidsulykker. I denne dommen ble det også sagt at smitte *kan* skyldes en ulykkesartet hendelse, «for eksempel et sprøytestikk». Høyesterett tolker nå dette eksempelet dit hen at det viser til hvor skadelidte ved uhell stikker seg på *infiltrerte* sprøyter (avsnitt 47). Derimot sies det at denne uttalelsen ikke gir svar på hvordan spørsmålet om ulykkesmoment stiller seg hvor stikket bare gir et sår (perforerer huden), mens infeksjonen eventuelt kommer fra en annen (senere) kilde (avsnitt 48).

Når det så gjelder denne saken spesielt, finner Høyesterett på den ene side at et myggstikk er «lite ulykkespreget og isolert sett knapt fører til noe som kan kalles en skade». På den annen side måtte det etter dommen i sak HR-2009-2191-A tas utgangspunkt i at påføring av smitte som *hovedregel ikke* anses som arbeidsulykke. Derfor kan det bare komme på tale å bedømme hendelsen som en arbeidsulykke dersom «insektsstikket og smitten, kan *ses under ett*» (avsnitt 49, min uth.).

Hva som ligger i dette, fremstår noe uklart. Det var på det rene at myggen ikke var bærer av smitten i denne saken. I realiteten stilles det imidlertid et visst krav om en form for sammenheng mellom både stikket og smitten på den ene siden, og yrkessituasjonen på den annen: Høyesterett tar utgangspunkt i at selv om det ikke er krav om at ulykken har sammenheng med noen risiko ved selve arbeidet, så vil i grensetilfeller det at ulykken er yrkesrelatert, kunne være utslagsgivende. *Verken* myggstikket eller smitten hadde imidlertid noen tilknytning til den aktuelle yrkessituasjonen. *Både* stikket og smitten var noe som kunne skje hvorsomhelst og nårsomhelst.

Hendelsen hadde derfor karakter av å tilhøre «dagliglivets risiko». Selv om man vurderte stikket og smitten «under ett», så kunne ikke situasjonen vurderes annerledes enn om skadelidte var stukket hjemme og smittet på arbeidsplassen. Etter en «totalvurdering» ble det funnet at «myggstikk med påfølgende smitte ikke er noen ulykkesartet hendelse» (avsnitt 51).

Det ble således konkludert med at det ikke hadde forekommet noen sk. markert arbeidsulykke i lovens forstand, og skadelidtes anke førte ikke frem.

### **Kneskade under danseundervisning (HR-2009-2380-A)**

#### *Faktum*

Spørsmålet om arbeidsulykke etter det sk. avdempede begrepet, beror på konkrete og detaljerte vurderinger av faktum. Det bør derfor først sies at Høyesterett gjengir lagmannsrettens beskrivelse av skadehendelsen, hvor skadelidte hadde forklart at hun i forbindelse med instruksjon av dans i en musikktime «stod med ryggen vendt mot guttene i klassen. Da guttene var urolige, skulle hun, samtidig som hun instruerte i dans, snu seg for å få deres oppmerksomhet. Høyre fot ble da sittende fast i gulvet, mens resten av kroppen roterte mot venstre. Hun kjente straks en kraftig smerte i høyre kne, og falt umiddelbart i bakken.» Høyesterett tilføyer at årsaken til at foten ble sittende fast i gulvet var «friksjon mellom skosåle og gulv. Kneet fikk en vridning, og det er denne vridningen – og ikke det påfølgende fallet – som er årsaken til skaden i kneet. Det var ikke noe usedvanlig med gulvet i musikkrommet den aktuelle dagen.»

#### *Premissene*

*Utviklingen av det avdempede arbeidsulykkebegrepet.* Det sk. avdempede ulykkesbegrepet, kan vel sies å ha vært en noe uklar størrelse i yrkesskaderetten, jf. også omtalen av HR-2009-2191-A i dette nummer av *Nytt i privatretten*. Begrepsbruken er at det sk. avdempede ulykkesbegrepet favner om tilfeller hvor det «ikke har skjedd en ulykkesartet hendelse», men hvor andre forhold gjør at det likevel tales om et «ulykkesmoment» (avsnitt 29 og 33 med henvisning til Skyggekjennelsen, Rt. 2005 s. 1717 (avsnitt 51)).

Retts**teknisk** gir det klassiske ulykkesbegrepet for de fleste tilfeller antagelig klarere avgrensninger, men retts**politisk** har man funnet at det er for snevert. Lovgiver har altså valgt at ikke bare klassiske ulykker, men også en del andre yrkesrelaterte skader skal falle innunder yrkesskadedekningen. Samtidig er det imidlertid dermed også slik at «en del yrkesrelaterte skader skal falle utenfor», og det er også forutsatt for den *fremtidige* yrkesskadedekningen, jf. Arbeids- og inkluderingsdepartementets høringsnotat av 12. desember 2008, som bl.a. foreslår en *viss* ytterligere utvidelse av arbeidsulykkebegrepet ved at «plutselig løfteskade» skal inkluderes (avsnitt 31).

Utviklingen av arbeidsulykkebegrepet har de senere år særlig skjedd ved Skyggekjennelsen, Rt. 2005 s. 1757, Fotballspillerdommen, Rt. 2006 s. 1642, og Pallekjennelsen, Rt. 2007 s. 882. Disse har især fremhevet tre forhold. I Skyggekjennelsen avsnitt 51 ble det lagt til grunn at der hvor arbeidstakeren på grunn av en *vanskelig arbeidsstilling eller av andre grunner* er blitt utsatt for en ekstraordinær belastning eller påkjenning, «*ikke* stilles noe tilleggskrav om ytre hending» (min uth.). I Fotballspillerdommen avsnitt 36 ble det lagt til grunn at arbeidsulykkebegrepet i en viss grad er *relativt*. For en profesjonell fotballspiller vil det å skli, falle og bli dyttet overende typisk inngå i ordinær utførelse av arbeidet, mens det for andre yrkesgrupper er å anse som arbeidsulykker. I dommen ble det l.c. fremholdt at «*[d]en ordinære utførelse av arbeidet*, herunder sammenstøt med motspillere, vil selv om de fører til skade, *normalt ikke kunne anses som yrkesskade*. Spørsmålet er hvor vesentlig avviket fra det ordinære må være for at en arbeidsulykke foreligger. I Pallekjennelsen avsnitt 40 ble det lagt til grunn at det ikke er avgjørende hvorvidt den aktuelle arbeidsoppgaven inngår i hovedarbeidsoppgavene til arbeidstakeren. Det sentrale spørsmål er *om oppgaven er en del av vedkommendes normale arbeidsoppgaver*, slik at det derfor ikke lå noe ekstraordinært i at oppgaven ble utført. Heller ikke et «lite avvik fra normal arbeidsprosedyre» vil etter Pallekjennelsen avsnitt 41 «kunne bevirke at hendelsen må betraktes som arbeidsulykke» (mine uth.).

#### *Skjønnstema, standard og skjønnsmomenter*

*a) Hvilket skjønnstema?* Etter dette beror spørsmålet om det foreligger en avdempet arbeidsulykke, på om *påkjenningen eller belastningen er usedvanlig*. Det må dermed gjøres en konkret vurdering av *avviket* fra hva som er sedvanlig. Høyesterett presiserer at denne vurderingen må ta utgangspunkt i *hendelsens art og omstendighetene* rundt denne – ikke i *skadens art og omfang*. Skaden kan imidlertid evt. være et bevismoment (avsnitt 36).

*b) Hvilken standard?* Ettersom skjønnstemaet er avvik fra det normale, er det et spørsmål *hvor stort avvik* som kreves.

Ankemosparten – staten – hadde vist til en rekke trygderettskjennelser. Høyesterett bemerket under henvisning til Fotballspillerdommen avsnitt 34 (med videre henvisninger) at det ikke er tvilsomt at fast og langvarig trygderettspraksis må tillegges stor vekt. Men hver sak det var vist til, bar preg av en svært konkret vurdering, og ingen av de fremlagte sakene var helt sammenlignbare med den foreliggende. Lagmannsretten – som hadde funnet at tilfellet utgjorde en arbeidsulykke – hadde derimot særlig vist til Trygderettens kjennelse i ankesak TRR-2003-1737. Den gjaldt en håndballspiller som fikk en bruskskade i kneet ved vridning i forbindelse med sammenstøt med en motspiller i en kontringsituasjon.



Trygderetten hadde lagt vekt på at profesjonelle håndballspillere tidvis befinner seg «nær faregrensen for mer alvorlig skade, med den følge at selv små og i handlingsøyeblikket tilsynelatende ubetydelige avvik fra normal arbeidsrutine blir utslagsgivende». Risikoen for skade i forbindelse med danseundervisning på ungdomsskoletrinnet, ble derimot funnet å være *generelt lav*. Skadelidte var følgelig *ikke* i noen *situasjon* hvor man måtte godta *mindre avvik fra det normale enn ellers* (avsnitt 42).

Hvilken standard for avvik som kreves, kan altså tilsynelatende avhenge av den *generelle risikoen* i den yrkessituasjon som er til vurdering.

c) *Hvilke skjønnsmomenter?* Det gjøres for øvrig en vurdering av det konkrete saksforhold, hvor Høyesterett vurderer (1) om arbeidsoppgaven var en del av skadelidtes *normale arbeidsoppgaver*, (2) om det var noe uvanlig ved *måten oppgaven ble gjennomført* på, så som uheldige arbeidsstillinger e.l., eller (3) om det var noe unormalt ved *miljøet eller omstendighetene rundt* hendelsen, her konkret gulvet hvor undervisningen skjedde.

Danseundervisning inngikk i skadelidtes «normale arbeidsoppgaver», og det var i seg selv ikke noe ekstraordinært i *at* denne oppgaven ble *utført* (avsnitt 38). Det var intet uvanlig ved *måten* oppgaven ble *utført på* (avsnitt 39), og heller intet unormalt ved *arbeidsmiljøet* rundt hendelsen, dvs. gulvet (avsnitt 40).

Etter dette fant Høyesterett at det ikke hadde forekommet noen sk. avdempet arbeidsulykke i lovens forstand, og Trygderettens kjennelse var derfor gyldig slik at staten ble frifunnet.

#### *Kort kommentar til dommene*

Dommen om myggsticket og smitten fremstår ikke veldig klargjørende for spørsmålet om når smitte kan inngå i arbeidsulykkebegrepet. Man har nå et utgangspunkt om at smitte *ikke* utgjør en arbeidsulykke i seg selv. Men smitte vil kunne omfattes når den påføres ved arbeidsulykker. I denne saken gjøres det også en sontring mellom den omstendigheten som la til rette for smitten (myggsticket), og infeksjonen/smitte i seg selv. Samtidig sies at spørsmålet beror på om man «kan» se de to omstendigheter under ett. Hvordan et spørsmål om hva som er en arbeidsulykke, kan bero på hva som «kan ses under ett», er noe uklart. Men det gjøres i hvert fall en «totalvurdering» hvor begge omstendigheter tas i betraktning, og det er således kanskje mest bare en henvisning til at verken det ene eller andre isolert sett kunne være en arbeidsulykke; med andre ord at spørsmålet var om sticket og smitten – *sett under ett* – utgjorde en arbeidsulykke.

Dommen om bruskskaden i kneet etter danseundervisning, tilfører vel ikke mye nytt. Men den kan være noe klargjørende for vurderingene av de sk. avdempede arbeidsulykkene, ved at den presiserer vurderingstemaet og hvilke momenter som

vektlegges i den konkrete vurdering. Det kan formentlig spørres hvor hensiktsmessig det er at trygdeetaten skal sitte med vurderinger som i følge Høyesterett kan bero på en «hårfin» grense mellom skader forvoldt ved arbeidsulykker og andre skader (avsnitt 43). Høyesterett nøyer seg imidlertid med å si at dette er lovgivers valg. Det har vært en løpende utvidelse av yrkesskadedekningen de senere år, og rettskildebruken har vært omdiskutert i teorien, jf. henvisningene i omtalen av dommen i sak HR-2009-2191-A i dette nummeret av *Nytt i privatretten*. I dommen i sak HR-2009-2191-A var fler- og mindretall uenig i hvorvidt man trådte over grensen til lovgiverspørsmål, men i denne saken var alle dommere enige i at man hadde møtt en grense for hva det er rettskildemessig belegg for. Å godta det foreliggende tilfelle som arbeidsulykke ville derfor innebære en utvidelse som i tilfelle måtte være en lovgiveroppgave.

Bjarte Thorson

#### **Matforgiftning som yrkesskade eller -sykdom? Tolkning av rettighetslovgivning. Ejusdem generis. Rettskildemessig betydning av foredrag til statsråd – Høyesteretts dom 20. november 2009 (HR-2009-2191-A)**

Saken dreide seg om hvorvidt reaktiv artritt etter matforgiftning er å anse som yrkesskade eller -sykdom etter folketrygdloven (ftrl.) §§ 13-3 eller 13-4.

Matforgiftningen hadde funnet sted da skadelidte spiste lunch på et hotell under en tjenestereise i Saudi-Arabia. Trygdekontoret av slo å godkjenne artritten som yrkesskade eller yrkessykdom likestilt med yrkesskade, og skadelidte fikk heller ikke medhold hos NAVs klageenhet, Trygderetten eller lagmannsretten, da ingen av disse instansene fant at artritten utgjorde noen yrkesskade eller -sykdom. Anken til Høyesterett førte imidlertid frem.

Saken for Høyesterett delte seg naturlig i to spørsmål; om den reaktive artritten var å anse som hhv. en yrkesskade eller en yrkessykdom. Om det siste spørsmålet delte Høyesterett seg i et flertall på 3 dommere, og et mindretall på 2.

Det konkrete spørsmålet kan synes spesielt, men dommen har betydelig generell rettskildemessig interesse, og det er interessant å kontrastere fler- og mindretallets vurderinger. I det følgende ses det først på flertallets premisser.

#### *Yrkesskadespørsmålet*

For spørsmålet om yrkesskade, var det naturlige utgangspunktet ordlyden i ftrl. § 13-3, som legaldefinerer «yrkesskade» som bl.a. en «arbeidsulykke», og en «arbeidsulykke» som en «plutselig eller uventet ytre hending». Høyesterett fremhever at ordene må tolkes i sammenheng, og at det i arbeidsulykkebegrepet ligger et særskilt krav om et ulykkesmoment

(avsnitt 21). I rettspraksis den senere tid har det vært en omdiskutert oppheving/-mykning av kravet om «ytre hending», jf. Rt. 2005 s. 1757 og diskusjonen mellom *Jøsang*, Tidsskrift for erstatningsrett, 2006 s. 97, *Ness*, op.cit., 2007 s. 132 og *Jøsang*, op.cit., 2007 s. 137. I denne dommen knytter Høyesterett ingen merknader til dette, men til ulykkesmomentet. Om dette tas det som utgangspunkt at ulykkesmomentet normalt mangler ved smittetilfellene, og at det ikke foreligger rettskildemateriale i motsatt retning. For det første anvendes et koherensargument om at sammenhengen mellom §§ 13-3 og 13-4, hvor sistnevnte har detaljerte regler om smitte, tilsier at de vanligvis ikke går innunder § 13-3. For det annet vises til en overvekt av praksis fra Trygderetten, hvor det legges til grunn at smitte ikke er arbeidsulykker (avsnitt 22). Det nevnes at situasjonen vil kunne være annerledes hvis smitten f.eks. skjer ved et sprøytestikk. Man kan lure på hvor treffende dette er. Situasjonen vil vel primært være annerledes hvis det er tale om et «utilsiktet» sprøytestikk, f.eks. en renholdsarbeider som stikker seg på en sprøyte i en avfallsbeholder.

Etter dette var det riktig av Trygderetten å legge til grunn at påføringen av smitte ikke var skjedd ved en arbeidsulykke.

#### *Yrkessykdomsspørsmålet*

*Temaet: Tolkning av listeforskriften § 1 H nr. 2.* For spørsmålet om yrkessykdom, var utgangspunktet ftrl. § 13-4 og den tilhørende forskriften av 11. mars 1997 nr. 220 om yrkessykdommer, klimasykdommer og epidemiske sykdommer som skal likestilles med yrkesskade (listeforskriften) bokstav § 1 H nr. 2. For sykdommer som skyldes smitte, lister denne bestemmelsen opp ulike miljøer hvor smitten må ha vært påført for at den skal falle innunder yrkesskadedekningen – «arbeid på lege- eller tannlegekontor, sosialkontor, i medisinske institusjoner, sosiale institusjoner og utekontakter, barneheim, aldersheim o.l eller ved annen yrkesutøvelse der virksomheten skjer i miljøer med særskilt sykdoms- eller smittefare». Spørsmålet gjaldt det siste alternativet, det mer generelt formulerte alternativ om smitte «ved annen yrkesutøvelse der virksomheten skjer i miljøer med særskilt sykdoms- eller smittefare». Staten anførte at dette måtte forstås som en henvisning til smitte som er karakteristisk for arbeidsplassens smittefare, mens skadelidte anførte at smitte under tjenestereise til «land med høy smittefare» omfattes.

*Ordlyden – «ejusdem generis» ved rettighetslovgivning.* Høyesterett fant at en naturlig språklig forståelse av alternativet isolert lest, tilsa at arbeid som foregår i geografiske områder med særskilt sykdoms- og smittefare, omfattes, og viste særlig til at ordet «miljøer» er et vidt og generelt begrep. Lesning i sammenheng med de øvrige opplistede alternativer, tilsa derimot at smitten måtte naturlig høre hjemme på den trygdedes arbeidsplass. Det er en alminnelig

lovgivningsteknikk å liste opp konkrete alternativer, for så å avslutte med et generelt alternativ, og det reiser ofte spørsmålet om hvordan eventuelle fellestrekk ved de konkrete alternativene skal legges føringer for tolkningen av det generelle («ejusdem generis»). I denne saken fant Høyesterett imidlertid at det var tale om «utpreget rettighetslovgivning», hvor man burde utvise «forsiktighet med innskrenkende tolkning uten klare holdepunkter i andre rettskilder», og sammenhengen mellom de ulike alternativene tilsa ikke «uten videre» at tilfellet falt utenfor bestemmelsen (avsnitt 29).

Dette kravet om «klare holdepunkter» preger i betydelig grad den nærmere gjennomgang av de øvrige rettskildene.

*Forhistorie – rettskildemessig gjennomslagskraft av foredrag til statsråd.* Det første som tas opp er bestemmelsens forhistorie. Her sies det at bestemmelsen «opprinnelig bare rettet seg mot særlige yrker hvor man kommer i kontakt med syke personer», og det generelle alternativet om miljøer med særskilt sykdoms- eller smittefare, ble tatt inn i 1988 for å inkludere andre yrkesgrupper enn ansatte i helse- og omsorgsykker, som gjennom sitt arbeid kan komme i kontakt med personer som har HIV/AIDS (f.eks. fengselsbetjenter og politifolk). Det var således klart at et tilfelle som det forestående neppe var i lovgivers tanker ved utarbeidelsen av regelen. Høyesterett kunne imidlertid ikke se at det er uttalelser i disse kildene som «direkte utelukker at også slik smitte kan omfattes». Ved gjennomgang av LOs, Rikstrykdeverkets og departementets redegjørelse for bestemmelsen i foredraget til den kongelige resolusjonen, fant Høyesterett at et overordnet formål «var å sikre at bare personer som i sitt arbeid har større risiko for å bli smittet enn befolkningen ellers, omfattes», mens skadelidtes arbeidsoppgaver «synes å ha vært mer underordnet». Selv om man «først og fremst» hadde hatt personer på bestemte arbeidsplasser i tankene, gav foredraget «samlet sett ingen sterke holdepunkter for å begrense bestemmelsen til utelukkende å gjelde slike persongrupper» (avsnitt 33). Høyesterett har i den senere tid argumentert aktivt med det generelle formålet bak yrkesskadedeforsikringen – «å erstatte skade som skyldes selve arbeidet eller den spesielle risiko dette medfører», se senest dom av 13. november 2009 (omtalt i *Nytt i privatretten* 04/2009). Dette har blitt et generelt argument som anvendes for å akseptere dekning, nå også ikke bare i forhold til spesifikt yrkesskadedeforsikringsloven, men også under folketrygdloven.

Høyesterett tar også opp det rettskildemessige spørsmålet om gjennomslagskraften av foredrag til statsråd. Det sies at slike ikke kan unntas fra offentlighet, men at de er «rent faktisk ikke like tilgjengelig som forarbeider til lover». Hvor stor vekt uttalelser statsrådsforedrag kan tillegges, bør ifølge Høyesterett bero på om de er til gunst eller ugunst for trygdede.

Hvis de «støtter et tolkningsresultat til gunst for den trygdede, kan jeg ikke se at det skulle være betenkelig å tillegge uttalelsene vekt. Mer betenkelig kan det være å tillegge uttalelsene avgjørende vekt til ugunst for den trygdede» (avsnitt 34).

Om Trygderettens praksis, sies kun kort at det ikke er «klare holdepunkter» for å tolke forskriften slik staten hevder.

*Reelle hensyn – avgrensingsproblemer og forskjellsbehandling.* Høyesterett fant videre at reelle hensyn ikke «med styrke» talte for statens anførte tolkning. Å akseptere sykdommen som yrkessykdom ville «neppe medføre uheldige vidtrekkende konsekvenser», og det ble vist til at det var «opplyst at visse former for matforgiftning medfører at 1 til 2 prosent utvikler reaktiv artritt» (avsnitt 36). Høyesteretts tolkningsresultat ville derfor ikke medføre «så store» avgrensingsproblemer at det talte mot å omfatte smitte påført i bestemte geografiske områder. Herunder ble det vist til at det for «mange smittsomme sykdommer foreligger ... relativt god dokumentasjon på hvor i verden smittefaren er særlig stor», og tilføyet at det «også for ulike yrkesgrupper må foretas til dels skjønsmessige vurderinger av om de i sitt arbeidsmiljø er særskilt utsatt for smitte» (avsnitt 37).

Staten hadde også anført at det ville være urimelig med et system hvor de som er på private reiser til bestemte land ikke får dekket sine pådratte sykdommer, mens de som er på tjenestereiser samme sted får dem dekket. Til dette ble det bare kort bemerket at dette i tilfelle var en innvending mer generelt mot yrkesskadeordningen.

#### *Konklusjonen*

Konklusjonen ble etter dette at det ikke var «tilstrekkelig sterke holdepunkter for å tolke det aktuelle alternativet i forskriften snevrere enn det en naturlig språklig forståelse gir grunnlag for» (avsnitt 39). Trygderettens kjennelse var derfor ugyldig.

#### *Mindretallet*

Mindretallet var enig i at smitten ikke var påført ved noen arbeidsulykke, men uenig i at den skulle godkjennes som yrkessykdom.

Ved ordlydsforståelsen tok mindretallet utgangspunkt i at ordlyden ikke gav klare svar, men at forskriften måtte leses i lys av at det aktuelle alternativet i ftrl. § 13-4 var «yrkessykdommer som skyldes påvirkning i arbeid». For fortolkningen av det aktuelle alternativet i forskriften, vektlegger mindretallet verdien av fellestrekkene ved de andre alternativene på en annen måte enn flertallet; «sammenhengen med dei alternativa som er konkret nemnde ... tilseier at det er dei særskilte arbeidsmiljøa visse yrkesgrupper arbeider i, som det blir sikta til». Det forhold at det er generelt høy smitterisiko i land eller områder, falt etter mindretallets oppfatning utenfor en naturlig språklig forståelse (avsnitt 44).

Også forhistorien talte etter mindretallets syn for at tilfellet ikke kunne omfattes. Historikken med utvidelsen av bestemmelsen viste ingen tegn på at det var meningen å innlemme tilfeller hvor smitten ikke var utslag av en «spesiell yrkesrisiko». Rikstrygdeverket hadde avvist LOs forslag om at alle som smittes i arbeid, skulle omfattes – «føremålet var å sikre dei som hadde større smitterisiko på arbeidsplassen enn det som er situasjonen i samfunnet elles. Ordet «særskilt» kom inn nettopp for å sikre dette.» Mindretallet fant ikke at de generelle uttalelsene i statsrådsforedraget kunne føre til en annen tolkning av forskriften på dette punkt (avsnitt 45–52).

Mindretallet pekte også på bevisproblemer. Hvis noen først har en sykdom som angitt på listen, så skal det legges til grunn at dette er en yrkessykdom, med mindre det er mer sannsynlig at en annen sykdom eller påvirkning er årsak. Så lenge det er tale om en smitte som er lik på arbeidsstedet som i samfunnet ellers, er det da vanskelig å nekte dekning for den aktuelle typen av smitte (avsnitt 53).

Dertil pekte mindretallet på avgrensingsproblemer. Når visse områder i utlandet skal kunne gi grunnlag for dekning ved visse typer av smitte, ved andre ikke, får man et generelt vanskelig spørsmål med hensyn til hvor og når det er «særlig sykdoms- og smittefare». En tolkning som derimot fokuserer på hvilke yrkesgrupper som går innunder forskriften, er det derimot stort sett kurant å praktisere. Det skulle altså etter mindretallets oppfatning være en mer funksjonell avgrensning (avsnitt 54).

Avslutningsvis oppsummerer mindretallet med å vise til at det under arbeidet med forskriften uttrykkelig ble avvist at alle som blir smittet i yrket, skal være vernet. Derfor hadde saken aktualisert en grense mot politiske avveiningsspørsmål. Det måtte også være et politisk avveiningsspørsmål om arbeidstakere som arbeider i land med mer smitte enn vi normalt har i Norge, skal være omfattet av yrkesskadedekningen (avsnitt 55).

#### *Kommentarer*

*Yrkesskadedekningen.* Hva gjelder yrkesskadedekningen spesifikt, er konsekvensene av dommen dels klare, dels uklare. Det er på den ene side klart at matforgiftning under tjenestereiser i utlandet etter dommen vil omfattes, dersom det er tale om et geografisk område med generelt «særlig stor» fare for matforgiftning, så lenge de øvrige betingelser i forskriften er innfridde. Hvor og når man nærmere skal stå overfor slike geografiske områder, henger imidlertid noe i luften.

Ved de senere års høyesterettsdommer om bl.a. ulykkesbegrepet, konstateringsbestemmelsen i yrkesskadeforsikringsloven § 21, foreldelse, bevisvil og yrkesskadeforsikringsloven § 11 bokstav c, har det skjedd mange viktige utvidelser av yrkesskadedekningen til de skadelidtes fordel. Dommen inngår



i denne utviklingen. I Kjønstad, *Tidsskrift for erstatningsrett*, 2007 s. 1, gis en kortfattet omtale av Høyesteretts bidrag til rettsutviklingen innen yrkesskader de siste årene, og det finnes at Høyesterett leder rettsutviklingen. Det kan ventes en fortsatt utvikling på yrkesskadefeltet, og det skal bli interessant å se om tolkningene tar en annen karakter når yrkesskadene tas ut av trygdesystemet og i sin helhet overføres til arbeidsgivernes forsikringsdekning.

*Rettskildebruken.* Særlig interessant er de rettskildemessige sidene ved dommen, hvor fler- og mindretallets forståelse på nær samtlige punkter er diametralt motsatt. Flertallet tar utgangspunkt i en temmelig liberal ordlydsforståelse, og legger på toppen av dette til grunn at det kreves sterke holdepunkter for at tilfellet ikke kan føres inn under yrkesskadedekningen. Den nærmere gjennomgangen av de øvrige rettskildene preges hele veien av dette – motargumentene avvises som ikke tilstrekkelig sterke holdepunkter som direkte utelukker en tolkning i skadelidtes favør – og konklusjonen er da en naturlig følge av allerede de innledende merknader. At det er tale om «utpreget rettighetslovgivning» tillegges avgjørende betydning både for ordlydsfortolkningen, betydningen av bestemmelsens bakgrunn og historie, og reelle hensyn for øvrig. Særlig er å merke at det tillegges betydning for når argumenter i statsrådsforedrag overhodet kan tillegges vekt. Mindretallet har en annen forståelse av så vel ordlyden som forhistorien, og dessuten en annen vurdering av de reelle hensyn. Mindretallet tar utgangspunkt i en mer nøytral fortolkning, og finner det i lys av forhistorien klart at det nettopp har vært formålet med ordlyden å avgrense mot å legge denne slags tilfeller innunder yrkesskadedekningen. Man kan da ikke likevel legge dem innunder; det blir å gripe inn i lovgiveroppgaver.

Som mindretallet påpeker, kan det diskuteres hvor rimelig det eventuelt er å holde et tilfelle som det foreliggende utenfor yrkesskadedekningen. Men det er intuitivt vanskelig å se at ikke mindretallets merknader knyttet til rettskildegjennomgangen er mest treffende ut fra en alminnelig rettskildelære hvis det ses bort fra aspektet med «rettighetslovgivning», og det avgjørende er dermed nettopp hvor mye «rettighetslovgivning» skal prege tolkningen. Sammenhengen mellom dekningsområdet for privat yrkesskadeforsikring og trygdevesenets dekning, finner man ikke omtalt i dommen. Hvis flertallets tilnærming følges opp i fremtidige saker knyttet til «rettighetslovgivning», må lovgiver formentlig legge mer presisjon i lovteksten selv dersom det skal sikres at ikke tilfeller man tilsynelatende har ment at skal falle utenfor, likevel faller innenfor, og det gjelder helt ned på detaljert forskriftsnivå. Ettersom flertallet legger til grunn at uttalelser i statsrådsforedrag generelt kan vektlegges til trygdedes gunst, mens det er betenkelig å tillegge dem avgjørende vekt til trygdedes ugunst, vil det som et utgangspunkt ikke

være tilstrekkelig at det i slike fremgår hva som er grensene for dekningen.

*Bjarte Thorson*

### **Hvilken betydning har Rt. 1931 s. 513, Holmenkolbanesaken i dag?**

Oslos bygningshistorie reflekterer ikke sjelden entrepriserettens historie. Det er kanskje ikke så overraskende, tatt i betraktning at hovedtyngden av større byggearbeider har ligget i Oslo-området. Som tiden går, faller imidlertid et glemselens slør over gamle byggetvister. Det som står igjen er byggverket.

Det er neppe mange som i dag reflekterer over at deler av tunnelbanen i Oslo i sin tid var gjenstand for en intens byggetvist. Den gjaldt saken knyttet til anlegget av Holmenkolbanens nye tunnel, inntatt i Rt. 1931 s. 513.

Saksforholdet skriver seg fra en av de mer spektakulære rettssaker i mellomkrigstiden. Først litt historikk: Mens Holmenkollbanen var anlagt så langt som til Majorstuen allerede i 1890, ble tunnelarbeidet til Nationalteateret først påbegynt i 1911. I begynnelsen måtte man altså klare seg med baneforbindelse til Majorstuen, og med andre fremkomstmidler ned til sentrum. Litt av en strabasjos tur. Når anleggsarbeidene skjedde, skjedde det i medhold av jernbaneloven og ved kongelig resolusjon. Arbeidene ble fullført med lengre avbrytelser etter at anleggsarbeidene støtte på store vanskeligheter. Tunnelarbeidet ble innstilt allerede sommeren 1914 og først gjenopptatt i 1926. Det ble ferdigstilt i juni 1928. Grunnen til de store forsinkelsene var at grunnforholdene var uventet vanskelige, bl.a. selurisk skifer og kalklag som ikke ligger horisontalt, men oppreist i til dels steile folder. Det kompliserte arbeidet med denne banestrekningen har vært erfaringsmateriale for alt tunnelarbeid i Oslo sentrum. – Verre enn disse hindringene var at man allerede fra høsten 1912 oppdaget betydelige skader på de hus som var oppført i strøket på begge sider av tunnelen. Under gravearbeidene særlig i Majorstuområdet ble en rekke gårder påført betydelige setningsskader. Og overraskelsene var store. Valkyrien stasjon var eksempelvis ikke et planlagt anlegg, men skyldtes simpelthen at grunnen over tunnelen raste sammen. Man bedømte da situasjonen dithen at det var greiere å anlegge stasjon fremfor å overdekke hullet. I tillegg til alle naboers skader ble bl.a. kommunens vann-, kloakk og gassledninger skadet. Det er disse skadene erstatningssaken omhandlet.

For Høyesterett ble det fremlagt en rekke utredninger om de faktiske forhold. Saken ble omfattet med betydelig medieoppmerksomhet; en fellende dom ville kunne bringe Holmenkolbanen i konkurs.

Høyesterett påla byggherren objektivt ansvar. Det ble ikke berørt i de omfattende domspremissene at det dreide seg om en temporær anleggsvirksomhet, altså ikke en konstant virksomhet, slik det historisk

hadde vært tilfelle for det objektive ansvaret. I denne henseende har dommen betydning for den alminnelige erstatningsrett, knyttet til kravet om stadig risiko som vilkår for objektivt ansvar. Om ansvarsspørsmålet heter det i domspremissene: «Hva den rettslige side av ansvarsspørsmålet angaar, finner jeg det ikke tvilsomt at banen etter gjeldende rettsregler er forpliktet til at erstatte den skade, som den i det foreliggende tilfelle har forårsaket, uten hensyn til om den hvad planleggelse og utførelse av anlegget angaar kan bebreides uaktsomhet. Hvor det gjelder et anlegg av en saa ekstraordinær karakter som et tunnelanlegg under bebygget strøk og et anlegg som ingen annen hjemmel har at støtte sig til enn kongelig tillatelse, tilsier en rimelig avveien av alle interesser, at erstatningsplikten ikke skal være avhengig av om banen kan overføres uaktsomhet ... Jeg henviser hva tidligere rettspraksis angaar til høiesterettsdom i Retst. 1905 side 715» (s. 519).

Dommen er etter dette forankret i det alminnelige objektive ansvaret. Dette klargjøres gjennom henvisningen til vannledningsdommen i Rt. 1905 s. 715. I sin kommentar til dommen fremhever Nygaard «at eit slikt tilfelle delvis kan gå over i grannerettslege synsmåtar».<sup>1</sup> Det er nok riktig nok, men synspunktet må nyanseres: For det første ble nå erstatningsplikten utvilsomt forankret i det ulovfestede objektive ansvaret. For det annet ville Holmenkolbanen vanskelig kunne pålegges ansvar etter naboloven, fordi bane-selskapet ikke eide eller hadde rettigheter til undergrunnen der tunnelen ble anlagt. Det særegne var at anleggsarbeidene bare var satt i gang i medhold av offentlig tillatelse, og at anleggsarbeidene vesentlig fant sted under offentlig vei og under Slottsparken.

Så vidt skjønnes ble Holmenkolbanen reddet fra økonomisk ruin ved at det skjønn som skulle forestå erstatningsutmålingen etter Høyesteretts dom måtte ta hensyn til at «flere av omhandlede eiendommer allerede paa forhaand led av større eller mindre mangler forårsaket av den ugunstige byggegrunn og eiendommens fundamenterings- og øvrige bygge-maate. Antar skjønnet at de nevnte forhold ogsaa vilde ha medført ytterligere skader paa vedkommende eiendom fremover i tiden – selv om tunnelanlegget ikke var kommet – for eksempel paa grunn av den tiltagende gatetraffikk (tungtraffikk), øket belastning av omgivelsene etc., maa selvsagt ogsaa saadan skade utelukkes fra erstatning» (s. 521).

Annenvoterende, dommer Bonnevie, var kritisk til å overlate utmålingen til etterfølgende skjønn: «Førstvoterende har overlatt helt til det etterfølgende skjønn at skifte sol og vind mellom Holmenkolbanen og saksøkerne. Jeg har vanskelig for her å følge førstvoterende, idet jeg finner det om ikke juridisk utilstøttelig, saa iallfall lite heldig, at dommen gir en saa vesentlig del av avgjørelsen fra sig og legger den over paa det etterfølgende skjønn ... Efter den utførlige maate hvorpaa denne sak har vært prosedert for Høyesterett,

anser jeg det lite rimelig at nyt stoff av vesentlig betydning vil kunne bli forelagt det efterfølgende skjønn» (s. 524). Men dommer Bonnevie fikk bare følge av en dommer.

Dommen er tankevekkende, og den må sies å berøre en usikker del av byggeretten. Riktignok vil naboansvaret oppfange de fleste byggeskader. Men dersom byggherren generelt kan pålegges objektivt ansvar for større bygge- og anleggsarbeider, tilhører ikke dommen rettshistorien; den gjør byggherren umiddelbart ansvarlig for de skader forårsaket av store byggeforetak. Det er ikke småtterier det her kan være tale om.

Spørsmålet er om dommen kan antas å ha en slik rekkevidde. I denne sammenheng kan det være hensiktsmessig å skille mellom dommens alminnelige erstatningsrettslige betydning, og dens betydning som rettskilde i bygge- og entrepriseretten. I erstatningsretten tilhører Rt. 1931 s. 513 fagets kanon, som en av klassikerne om det objektive ansvaret. Den fastslår som nevnt bl.a. at ansvar kan pålegges også for midlertidig, temporær, virksomhet. Det er en viktig avklaring, og på dette felt har dommen fortsatt stor betydning.

Innen byggeretten kan forholdene være en annen. Ved vurderingen av dommens rekkevidde i dag må man nok se hen til det meget særegne saksforholdet. Tunnelen ble, som nevnt, ikke bygget på egen grunn eller i medhold av rettigheter i grunnen, men ble anlagt under veier eller områder (Slottsparken) eid av det offentlige. Byggherren kunne dermed ikke pålegges et ansvar etter naboloven. Skulle det statueres ansvar måtte det være i kraft av det ulovfestede objektive ansvaret. Og det var det Høyesterett grep til.

Det er min hypotese at avgjørelsen i Rt. 1931 s. 513 må sees på bakgrunn av at naboansvaret ikke kunne føre frem, men at Høyesterett har ment at byggherren med rette burde ha et ansvar som tilsvarte naboansvaret. Den rettslige konstruksjon – anlegg etter offentlig tillatelse på offentlig grunn – burde ikke stille byggherren bedre enn om arbeidene skjedde på egen grunn. En slik forskjellsbehandling ville være vanskelig å forsvare i forhold til naboloven.

Det er derimot vanskelig å se at dommen kan ha gyldighet utover sitt eget saksområde – naboskader. Riktignok kan byggeforetak være så omfattende og risikable at de utgjør en ekstraordinær risiko og dermed kan være bærer av det ulovfestede objektive ansvaret. Men et objektivt ansvar i slike tilfelle skyldes i så fall at den konkrete risiko oppfanges av det ulovfestede objektive ansvaret, ikke Holmenkolbanedommen.

<sup>1</sup> Nils Nygaard s. 262. Spørsmålene er behandlet mer generelt i Nils Nygaard: Ansvarsplassering etter granelova § 9, *Jussens Venner* 1991 s. 171 ff.

## Patentrett

### Patenthavers enerett og unntaket for eksperimenter – Høyesteretts dom 22. desember 2009 (HR-2009-02402-A)

Twisten gjelder spørsmålet om forskningsstiftelsen SINTEF har begått patentinngrep ved å levere et dataprogram som fremkom som resultat av et forsknings- og utviklingsoppdrag. Dataprogrammet inngikk i en fremgangsmåte og et apparat for telling av oppdrettsfisk, som etter patenthavers oppfatning representerte en krenkelse av patentet. Lagmannsretten frifant SINTEF under henvisning til at leveransen inngikk som ledd i et forsknings- og utviklingsoppdrag, og derfor ikke var omfattet av patenthavers enerett. Anken til Høyesterett gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse på dette punktet. Under dissens (3–2) kom Høyesterett frem til at lagmannsrettens rettsanvendelse var uriktig, og at dommen måtte oppheves.

Etter patentlovens § 3 første ledd har patenthaver enerett til å «utnytte» oppfinnelsen på bestemt angitte måter. Disse reglene suppleres av bestemmelsen om såkalt middelbart patentinngrep i § 3 annet ledd, hvor det fremgår at ingen må «utnytte oppfinnelsen ved å tilby eller levere midler til å utøve oppfinnelsen ... , såfremt midlene vedrører noe vesentlig i oppfinnelsen og leverandøren eller tilbudsgiveren vet ... at de er egnet og bestemt for slik utnyttelse». Eneretten begrenses av unntakene i § 3 tredje ledd, hvorav SINTEF hadde påberopt det såkalte «eksperimentunntaket» eller «forskningsunntaket» § 3 tredje ledd nr. 3, som gjelder «utnyttelse ved eksperiment som angår selve oppfinnelsen».

Eksperimentunntaket ble tilføyd loven i 1979, etter mønster av konvensjonen om fellesskapspatenter. Forut for tilføyelsen fulgte et lignende unntak av en avgrensning av begrepet 'utnytte' i § 3 første ledd. Ifølge forarbeidene til patentloven skulle eneretten ikke omfatte «oppfinningens begagnande som kunnskapskälla eller som grundval för fortsatt forskning, experiment eller undervisning» (NU 1963: 6 s. 145).

I dommen klargjør Høyesterett forholdet mellom det generelle utnyttelsesbegrepet og unntakene i § 3 tredje ledd. Førstvoterende fremholder at det etter lovendringen er «naturlig å forankre forskningsunntaket i § 3 tredje ledd», men fremholder samtidig at «utnyttelseskriteriet vil ... kunne supplere forskningsunntaket» (avsnitt 46). Dette må bety at enerettens avgrensning overfor aktiviteter med forskningspreg skal avgjøres på grunnlag av en tolkning av § 3 tredje ledd nr. 3, og ikke på grunnlag av en tolkning av utnyttelseskriteriet i § 3 første og annet ledd. Ved tolkningen av unntaksregelen i § 3 tredje ledd nr. 3 skal man imidlertid også kunne legge vekt på rettskilder som knytter seg til utnyttelseskriteriet,

herunder på de nevnte uttalelsene i forarbeidene til patentloven. Supplering med det generelle utnyttelseskriteriet kan være aktuelt for aktiviteter som ikke har forskningspreg, f.eks. aktiviteter knyttet til undervisning eller publisering.

Partene var enige om at den forskningen som SINTEF hadde gjennomført, isolert sett hadde karakter av «eksperiment», og derfor falt utenfor eneretten. Det var i denne forbindelse uten betydning at oppdraget hadde et kommersielt formål. Også kommersiell forskning nyter godt av unntaksregelen i § 3 tredje ledd nr. 3. Hovedspørsmålet i saken var om også *leveringen* av forskningsresultatet – et dataprogram – til oppdragsgiveren var omfattet av unntaket, eller om det utgjorde patentinngrep. Svaret på dette spørsmålet beror dels på om et dataprogram skal anses som «midler» i forhold til § 3 annet ledd, og dels på om unntaket i § 3 tredje ledd nr. 3 skal forstås så vidt at det ikke bare omfatter selve forskningen, men også etterfølgende overlevering av forskningsresultater i form av dataprogram.

Både flertallet og mindretallet bygde på at et dataprogram kan utgjøre «midler» etter § 3 annet ledd. Uenigheten gjaldt om eneretten på dette punkt ble begrenset av forskningsunntaket i § 3 tredje ledd nr. 3. Flertallet bygde på at det ikke eksisterer noe overlapp mellom begrepene *levere midler* og *eksperiment*. Det karakteristiske ved eksperimentunntaket er at det gir rett til å «frembringe ny kunnskap». Levering av midler – av førstvoterende også betegnet «verktøy» (avsnitt 50) – er handlinger av en annen karakter, de frembringer ikke ny kunnskap, og kan derfor ikke anses som hjemlet i eksperimentunntaket (avsnitt 49).

Flertallet uttalte også at det ikke er grunnlag for «noen identifikasjon mellom oppdragsgiver og oppdragstaker» (avsnitt 51). Hadde oppdragsgiver utført forskningen selv, i stedet for å bestille utviklingsarbeidet fra tredjepart, kunne han ansvarsfritt ha utviklet og testet et dataprogram som ledd i kunnskapsutviklingen. Herav følger imidlertid ikke at tredjepart kan overlevere et dataprogram som er utviklet og testet, til oppdragsgiveren; oppdragstakeren har et «selvstendig ansvar» etter § 3 annet ledd.

Mindretallet mente på sin side at når § 3 tredje ledd generelt gjør unntak fra «eneretten», følger det av en ordlydstolkning at unntakene også omfatter handlinger som nevnt i § 3 annet ledd (særlig avsnittene 68 og 72). Synspunktet synes å være at det er nødvendig å tolke § 3 tredje ledd nr. 3 slik at det også omfatter levering av midler, for at det ikke skal miste sin betydning som unntak fra regelen i § 3 annet ledd. Et slikt synspunkt hadde hatt betydelig overbevisningskraft om § 3 tredje ledd nr. 3 *bare* hadde gjort unntak fra § 3 annet ledd, for i så fall ville unntaket ha mistet all sin betydning om det ikke også kunne omfatte levering av midler. Synspunktet ville også ha hatt en viss vekt om § 3 tredje ledd bare inneholdt



eksperimentunntaket. Men så lenge tredje ledd inneholder en hel katalog med unntak, og så lenge katalogen gjelder eneretten generelt, også eneretten etter § 3 første ledd, er det vanskelig å forstå hvorfor mindretallet anla et slikt synspunkt. Når man står overfor en katalog over tillatte handlinger, som gjør unntak fra en katalog over forbudte handlinger (inngrepshandlinger), er det vanskelig å se noen grunn til å operere med en presumsjon for at alle unntakene skal ha relevans for alle inngrepshandlingene. Det finnes iallfall ingen holdepunkter i forarbeidene for at patentlovens § 3 er basert på et slikt lovteknisk prinsipp. Det kan i denne sammenheng tilføyes at andre av de unntak som følger av tredje ledd, klart nok begrenser patenthaveres enerett etter annet ledd. Patenthavere kan f.eks. ikke gripe inn mot levering av midler som ikke skjer i nærings- eller driftsøyemed (nr. 1), eller mot levering av midler som er brakt i omsetning innenfor EØS av patenthaveren eller med dennes samtykke (nr. 2).

Ved *grensedragningen* mellom § 3 annet ledd og § 3 tredje ledd nr. 3 la flertallet avgjørende vekt på at leveransen omfattet «noe mer enn ren informasjon» (avsnitt 50). Dommen kan imidlertid neppe oppfattes som prejudikat for at levering av ren informasjon, f.eks. en algoritme, aldri vil innebære en krenkelse av patentretten. Det må for det første anses klart at tilbud om levering av ren informasjon kan bli ansett som *utbud av fremgangsmåte*, og rammes av § 3 første ledd nr. 2. For det andre må det legges til grunn at levering av ren informasjon kan utgjøre erstatningsbetingende *medvirkning* til patentinngrep. Om levering av ren informasjon også etter omstendighetene kan anses som levering av «midler» etter § 3 annet ledd er mer usikkert, men kan neppe anses som utelukket. Det er vanskelig å se noen tungtveiende grunner som taler for at saken burde ha vært bedømt annerledes om SINTEF bare hadde levert algoritmer og retningslinjer for programmeringen, og oppdragsgiveren selv hadde stått for programmeringen.

Ettersom flertallet kom til at eksperimentunntaket ikke fant anvendelse, måtte det også vurdere om SINTEFs leveranse representerte en *utnyttelse* av oppfinnelsen. Som nevnt ovenfor, la flertallet i avsnitt 46 til grunn at utnyttelseskriteriet kan supplere eksperimentunntaket for aktiviteter som ikke har forskningspreg. Etter flertallets mening måtte SINTEFs leveranse anses som utnyttelse av oppfinnelsen. «Ved å ta seg betalt for dataprogrammet har SINTEF indirekte dratt nytte av oppfinnelsens økonomiske verdi i konkurransen med [patenthaver]» (avsnitt 53, se også avsnitt 57). Her kan det nok settes spørsmålsteget ved den vekt som tilsynelatende ble lagt på *vederlaget*. Et økonomisk motiv er på den ene siden ikke et vilkår for patentinngrep, og på den annen side utelukker et økonomisk motiv heller ikke at man går klar av patentvernet. En bedre begrunnelse kunne vært at leveringen av dataprogrammet

ikke hadde kunnskapsutvikling som formål, men fant sted uavhengig av kunnskapsutviklingen.

Flertallet slo avslutningsvis fast at forsettskravet i § 3 annet ledd («vet, eller det etter omstendighetene er åpenbart») ikke omfatter patentets eksistens, men bare at midlene er egnet og bestemt for utnyttelse i et produkt eller en fremgangsmåte som dekkes av patentets verneområde (avsnitt 55), hvilket neppe kan anses å ha vært et tvilsomt spørsmål.

*Are Stenvik*

## INTERNASJONAL PRIVATRETT

### Lovvalg i erstatningsrett – personlighetskrenkelse – ytringsfrihet – Høyesteretts dom

#### 2. desember 2009 (HR-2009-02266-A)

Dommen avgjør spørsmålet om lovvalg i saken anlagt av den afghanske bokhandleren Rais, og noen medlemmer av hans familie, mot Åsne Seierstad og hennes norske forlag, nå Cappelen Damm AS. Saksøkerne påstår seg krenket av deler av boken som Seierstad skrev om deres familie, *Bokhandleren i Kabul*. Lagmannsrettens avgjørelse i denne saken er allerede kommentert i en tidligere utgave av *Nytt i Privatretten*. Boken ble oversatt til flere språk og en piratutgave kom ut også i Afghanistan. Saksøkerne har anlagt sak i Norge mot forfatteren og det norske forlag. Det er ingen spørsmål knyttet til verneting, som er saksøktets hjemting. Avgjørelsen gjelder hvilken materiell rett som skal anvendes på sakens realitet. Høyesterett kom, i likhet med lagmannsretten og tingsretten, til at saken skal bedømmes etter norsk rett.

Utgangspunktet for resonnementet er at norsk internasjonal privatrett ikke gir en klar løsning for spørsmålet om hvilket lands rett som skal anvendes i saker om erstatning for personvernkrænkelser.

På generell basis nevner Høyesterett at lovvalg skal avgjøres i henhold til Irma-Mignon-formelen (retten i det landet som saksforholdet har nærmeste tilknytning til) med mindre det følger av fastere regler – og bemerker at fastere lovvalgsregler har utviklet seg på stadig flere rettsområder. Høyesterett gjør også klart at de fastere lovvalgsregler som har forrang overfor den individualiserende metode ikke bare er de som er nedfelt i norsk internasjonal privatrett. Også reglene som finnes i europeisk internasjonal privatrett skal tillegges vekt. Til tross for at europeisk internasjonal privatrett ikke formelt er bindende i Norge, veier den tungt: «I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt.» Dette er et viktig utsagn som fortjener støtte og som allerede er blitt fremmet både av justisdepartementet og i litteraturen. Høyesterett har tidligere gitt uttrykk for dette synet, men aldri på en så tydelig og direkte måte.

EU-internasjonalt privatrett har imidlertid ingen løsning på lovvalgsspørsmålet for personvernkrænkelser, ettersom forordningen 864/2007 om lovvalg for forpliktelser utenfor kontrakt, såkalt Roma II, avgrenser mot slike forhold.

Høyesterett valgte å ikke formulere en alminnelig lovvalgsregel. Lovvalgsregler er vanligvis basert på en tilknytningsfaktor – et element som er karakteristisk for saksforholdstypen og hvis lokalisering utpeker hvilket lands rett som skal anvendes på saken. I personvernsaker kan tilknytningsfaktoren typisk være basert på stedet der ytringene hadde sin virkning (hvilket i denne saken ville ha ført til anvendelse av afghansk rett) eller der de ble gjort (hvilket ville ha ført til anvendelse av norsk rett). For å formulere en slik alminnelig lovvalgsregel bør det avgjøres hvilket hensyn som veier tyngst, hensynet til personvern på den ene side eller hensynet til ytringsfrihet på den andre. Førstnevnte tilsier at den som påstår seg krenket kan påberope seg den beskyttelse som man kan forvente i det landet hvor krenkelsen har gjort skade – ellers risikerer man at injurierende uttalelser blir publisert i et land med meget liberale kriterier for ytringsfrihet og spredt uten konsekvenser i land der dette ville bli sanksjonert som en krenkelse. Sistnevnte tilsier at ytringer som er lovlige i det landet der de ble gjort, spesielt når de er gjort gjennom media, ikke er begrenset av utenlandske, mer restriktive regler – ellers blir ytringsfriheten i praksis formet av utenlandsk rett.

Høyesterett gir uttrykk for at ytringsfriheten er av fundamental betydning for vårt samfunn, og at det derfor er klart at norske prinsipper om ytringsfrihet må anvendes av norske domstoler.

Det kan se ut som om Høyesterett med dette har bestemt tilknytningsfaktoren, men det er ikke slik. Hvis dette hadde vært en alminnelig tilknytningsfaktor, ville det ha betydd at publiseringsstedets rett alltid kommer til anvendelse (med de begrensningene som vil bli redegjort for nedenfor). Hadde publiseringsstedet vært i Afghanistan og saken vært anlagt i Norge, ville en slik tilknytningsfaktor ha medført at norske domstoler måtte anvende afghansk rett.

Imidlertid sier ikke Høyesterett at norsk rett anvendes fordi tilknytningsfaktoren er publiseringsstedet og boken ble publisert i Norge; det dommen sier er at norske domstoler alltid bør anvende norske prinsipper om ytringsfriheten fordi de er viktige for vårt samfunn, og dette uansett om ytringene ble publisert i Norge eller i utlandet. Høyesterett begrunner dette under henvisning til en av de mulighetene som den internasjonale privatrett gir til å begrense anvendelse av den materielle retten som blir utpekt av tilknytningsfaktoren: At domstolen får anvende enkelte regler i sitt rettssystem uansett om saken ellers er underlagt et annet lands rett – såkalte internasjonalt preseptoriske regler, inngrepsnormer eller, slik dommen foreslår, direkte anvendelige regler.

Høyesterett knytter enkelte alminnelige merknader til disse regler, blant annet ved å ta avstand fra metoden som ble anvendt av lagmannsretten. Lagmannsretten, blant annet under henvisning til Rt. 1953 s. 1132, hadde kommet til at norsk rett bør anvendes på grunn av norsk retts innhold og uansett hvilket lands rett som lovvalgsregelen utpeker. Høyesterett gjør det klart at Rt. 1953 s. 1132 ikke bør brukes til å hjemle anvendelse av hele den norske retten på tross av lovvalgsregelen. Kun de bestemmelsene som har en slik karakter at de bør gripe inn kommer til anvendelsen, og for øvrig skal saksforholdet bedømmes etter retten som er utpekt av lovvalgsregelen. Høyesterett kritiserer også Rt. 2002 s. 180 som bruker en «noe uheldig» formulering og omtaler internasjonalt preseptoriske regler som om det dreide seg om alminnelige lovvalgsregler, mens de egentlig griper inn i lovvalget og derfor er et unntak fra lovvalgsreglene. Disse er viktige utsagn som fortjener støtte og som allerede er blitt fremmet i litteraturen.

Høyesterett bemerker at også reglene om personvern er grunnleggende, og reiser spørsmål om disse også bør anvendes av norske domstoler uavhengig av tilknytningsfaktoren. I så fall kan dette lett danne grunnlaget for en alminnelig lovvalgsregel til fordel for norsk rett. Mindretallet gjør nettopp dette og sier at man bør formulere en alminnelig lovvalgsregel for personvernsaker: Norske domstoler skal alltid anvende norsk rett. Her er lovvalget basert ikke på tilknytningsfaktorer, men på det politiske ønske om å sikre at norske regler blir anvendt. Førstvotende og flertallet er ikke villige til å formulere en slik alminnelig lovvalgsregel og antyder at den tar lite hensyn til skadelidtes forventninger om beskyttelse ut fra virkningslandets kulturelle og moralske normer. Eventuelt kan også skadevolderen ha tilpasset sine ytringer til rettstilstanden i virkningslandet. Flertallet ønsker å la døren stå åpen for anvendelse av skadestedet som tilknytningsfaktor, altså at norske domstoler kan anvende retten i det landet der ytringene hadde sin virkning – dog med den begrensning at norske regler om ytringsfrihet uansett kommer til anvendelse, og muligens også de om personvern.

I lys av dette har Høyesterett valgt å ikke foreta en balansering mellom de motstridende hensyn for å velge tilknytningsfaktoren; flertallet har heller ikke formulert en alminnelig regel til fordel for norsk rett uavhengig av tilknytningsfaktoren. Høyesterett har valgt å ikke ta stilling til hvilken generell lovvalgsregel som gjelder i saker om erstatning for krenkelser av personvernet og anvender i stedet, som en subsidiær lovvalgsregel, tvisteloven § 11-3 om at retten skal sørge for et betryggende avgjørelsesgrunnlag for rettsanvendelsen. Høyesterett fant at det ikke er mulig å fremskaffe tilstrekkelig pålitelige opplysninger om innholdet i afghansk rett, og sier at norsk rett skal anvendes i stedet. Et slik «nødlovvalg» bør kunne foretas kun i ekstreme tilfeller og unntar ikke

retten fra sin generelle plikt om å foreta rettsvalg samt å utrede fremmed rett. Høyesterett innser selv at dette ikke er tilstrekkelig basis til å la være å foreta lovvalget: «Normalt vil denne subsidiære lovvalgsregelen først få anvendelse etter at lovvalgsspørsmålet er avgjort.» Likevel fant flertallet at det i denne saken var riktig å anvende den også ved særskilt avgjørelse av lovvalgsspørsmålet.

Lovvalget ble altså avgjort på en konkret og eksepsjonell basis og dommen bidrar derfor ikke til avklaring av spørsmålet om lovvalg for erstatning for personvernkrænkelser. Mindretallets løsning ville ha bidratt til forutsigbarhet ettersom den inneholder en generell lovvalgsregel. I internasjonal privatrett er forutsigbarhet en av de viktigste verdier og generelle regler skal derfor foretrekkes. En annen viktig verdi i internasjonal privatrett er gjensidig anerkjennelse. En lovvalgsregel som utpeker kun domstollandets rett er ikke i overensstemmelse med dette, men i enkelte, verditunge områder kan dette være forsvarlig.

Dommens generelle utsagn om betydning av EU-internasjonal privatrett i Norge og om internasjonalt preseptoriske regler er viktige avklaringer.

*Giuditta Cordero Moss*

### **Fortellinger om en bok og et besøk – noen kommentarer til lovvalgsdommen i saken om «Bokhandleren i Kabul»**

Retorikk og narrativ teori kan vise oss hvilke referanserammer som ligger til grunn for konkrete rettslige resonnementer, belyse hvilke muligheter som ligger i å utvikle og utnytte referanserammen eller og vise konsekvenser det har å erstatte den med en annen.<sup>1</sup> Analyse av rettslig materiale med utgangspunkt i slik teori kan også bidra til å synliggjøre hvilke valg og strategier som kan ligge bak en virksom og tilsynelatende sammenhengende rettslig argumentasjonsrekke. Økt kunnskap om våre mentale prosesser og måten vi bruker dem på kan dermed gi økt innsikt både i hvorfor retten oppfattes som gjeldende, hvilke betingelser som må være oppfylt for at retten skal oppfattes som gjeldende og hvilke muligheter som ligger til forandring i det som oppfattes som gjeldende.

Hvordan retorikk, narrativ teori og kognitiv teori kan hjelpe oss til å analysere oppbyggingen av rettslige resonnementer og løsninger kan best illustreres ved å se på konkrete avgjørelser. La oss for eksempel ta Høyesteretts avgjørelse fra 2. desember 2009 om lovvalg i en sak mellom en norsk forfatter og en afghansk familie.

*Historien* i saken dreier seg om saken om erstatning som «Bokhandleren i Kabul» har anlagt ved Oslo Tingrett mot Åsne Seierstad. Bokhandleren og hans familie mener seg krenket av det Seierstad skriver om dem i boken *Bokhandleren i Kabul*. Det

rettslige aspektet i historien er hvorvidt forholdet mellom dem skal bedømmes etter afghansk eller norsk rett. Høyesterett kom enstemmig til at norsk rett skal anvendes fordi det i denne saken ikke var mulig å klarlegge innholdet av afghansk rett. Det var dessuten en dissens i saken med hensyn til hva som skal være regelen rent generelt i saker om erstatning på grunnlag av personvernkrænkelser. Fire av dommerne ville ikke ta stilling til det, mens en, dommer Skoghøy, mente at slike saker alltid må gå etter norsk rett når de anlegges for en domstol i Norge.

Det er interessant å se hvordan dommerne forteller historien og hva dette sier om den referanserammen de har for å vurdere de rettslige spørsmålene og hvordan de på dette grunnlaget konstruerer de rettslige argumentene. Dommer Sverdrup begynner fortellingen på vegne av flertallet med: «Åsne Seierstad, nå Åsne Guldahl Seierstad, utga *Bokhandleren i Kabul* i Norge i 2002 på J.W. Cappelens Forlag AS, nå Cappelen Damm AS.»

Fortellingen presenteres altså som fortellingen om en bok, og de konsekvensene denne har fått. Bokutgivelsen representerer imidlertid ikke starten på forholdet mellom Seierstad og bokhandleren og hans familie. I neste avsnitt får vi vite at «Seierstad bodde hos familien A i Kabul i Afghanistan våren 2002. Oppholdet kom i stand ved at hun kontaktet bokhandleren B, og fortalte at hun ønsket å skrive en bok om afghansk kultur og familien hans.»

Starten på forbindelsen var altså at Seierstad kontaktet bokhandleren og etter dette fikk bo hos ham og hans familie våren 2002. Hvorfor starter ikke fortellingen her? Fortellingen kunne jo like gjerne ha startet slik: «Åsne Seierstad, nå Åsne Guldahl Seierstad kontaktet tidlig i 2002 bokhandleren B, og fortalte at hun ønsket å skrive en bok om afghansk kultur og familien hans. Seierstad bodde hos familien A i Kabul i Afghanistan våren 2002.»

Hadde fortellingen startet slik det ville den ha vært presentert som en fortelling om en journalist som etter forespørsel fikk bo hos en familie i Afghanistan og de konsekvensene dette fikk for familien. Vi ser at disse to forskjellige fortellingene om et hendelsesforløp kan gi litt forskjellige referanserammer blant annet med hensyn til hva vi synes om hvilket land historien har sterkest tilknytning til. I den første varianten dreier det seg om en handling i Norge, bokutgivelsen, som får konsekvenser i Afghanistan. I den andre dreier det seg om en handling i Afghanistan, et opphold hos familien, som får konsekvenser for denne familien i Afghanistan.

Referanserammen kan også påvirke hvordan vi bedømmer fortsettelsen av historien. Førstvoterende forteller at boken «ikke (ble) utgitt i Afghanistan og ikke oversatt til persisk. Derimot er en piratutgave trykket på persisk. ... Bokhandleren ble klar over bokens nærmere innhold etter at en norsk journalist gjorde ham oppmerksom på den i 2003.»



Sett i forhold til den første referanserammen forteller dette at Seierstad ikke gjorde noe for å ramme eller såre bokhandleren. Hun utga boken i vesten. At den ble gitt ut på persisk kan ikke hun eller forlaget klandres for, det skjedde ved en «piratutgivelse». Ordet «pirat» er en ganske sterk metafor som straks henleder oppmerksomheten på en type opphavsrettskrenkelser som forlagsbransjen gjør mye for å bekjempe.

Sett i forhold til den andre referanserammen kan den samme beskrivelsen få en annen valør. Hadde små ord som «først» og «året etter» vært føyd inn, ville setningen fått et helt annet emosjonelt innhold: «Bokhandleren ble klar over bokens nærmere innhold først etter at en norsk journalist gjorde ham oppmerksom på den året etter i 2003».

Seierstad kvitterte ikke engang for oppholdet ved å sende boken eller fortelle om den. Bokhandleren ble kjent med innholdet «etter at en norsk journalist gjorde ham oppmerksom på den i 2003». I dommen får vi en helt nøytral beskrivelse av hendelsesforløpet. Det er en interessant kontrast i bruken av en kraftig metafor som «piratutgave» i beskrivelsen av hvordan boken ble oversatt til persisk og bruken av en helt nøytral fremstilling av hvordan boken ble kjent for bokhandleren. Seiersted er offer for pirater, bokhandleren for omstendighetene.

Hva hvis vi i tillegg til å forandre tema for fortellingen også forandrer perspektiv? De to variantene ovenfor har begge journalisten som hovedfigur. Hva om vi forteller historien slik:

«Shah Muhammad Rais ble kontaktet tidlig i 2002 av en journalist som ønsket å skrive en bok om afghansk kultur og familien hans. Rais inviterte henne til å bo sammen med ham og hans familie, og det gjorde hun våren 2002. Et år senere fikk Rais vite fra en annen journalist at gjesten deres hadde skrevet bok og han ble gjort oppmerksom på dens innhold.»

Til hvilket land har denne fortellingen sterkest tilknytning?

For å bedømme tilknytningen i saker som dreier seg om skadevoldende handlinger skiller man mellom virkningsstedet og handlingsstedet. Virkningsstedet er det ingen tvil om i saken, men hvor er handlingsstedet? Høyesterett ser ut til å legge til grunn at det er Norge. Men hva er det som er den påstått krenkende handling, og hvor har den funnet sted? Er det det at journalisten har bodd i familien og samtidig gjort seg helt andre tanker om dem enn det hun har gitt uttrykk for? Er den nedskrivningen av disse tankene? Hvor er de i så fall skrevet ned? Er det utgivelse av boken? Den skal være oversatt til 40 språk og er således utgitt mange ganger og mange steder. Er det bare den første utgivelsen som er krenkende? Har det noen betydning hvilken utgave som har ligget til grunn for oversettelsen til persisk?

Det krever en ganske sterk referanseramme å fastholde at fortellingen har like sterk tilknytning til

Norge som til Afghanistan. Den retoriske situasjon for dommerne er at de uttaler seg som norsk Høyesterett til et norsk publikum. De oppfatter lett fortellingen som en historie om en modig norsk utenrikskorrespondent som skriver og rapporterer til en norsk offentlighet, som blir saksøkt for norske domstoler av en utledning på grunnlag av en bok hun har utgitt i Norge. Det krever ikke så særlig mye begrunnelse for å legge til grunn at saken har stor tilknytning til Norge.

Nå får vi ingen konklusjon fra Høyesterett med hensyn til hvilket land saken har sterkest tilknytning til. Den korte fortellingen av historien utgjør bare et bakteppe for de to juridiske fortellingene i saken. Den ene av disse er hvilket rettslige grunnlag som finnes for å avgjøre generelt hva som gjelder om lovvalg ved personvernkrænkelser. Den andre er fortellingen om hvordan lovvalget i denne konkrete saken skal løses.

Som nevnt mente en av dommerne, Skoghøy, at saker om personvernkrænkelser alltid skal behandles etter norsk rett. Han starter sin dissens med en fortelling om ytringsfrihet: «Den foreliggende sak gjelder påståtte personvernkrænkelser, og sentralt ved avgjørelsen står rekkevidden av ytringsfriheten. Som fremholdt av førstvoterende, er ytringsfriheten av fundamental betydning for vårt samfunn.»

Han fortsetter fortellingen om ytringsfriheten: «Innen de grenser som Grunnloven § 100 og menneskerettskonvensjonene setter, gjelder ytringsfriheten ikke bare informasjon og idéer som blir positivt motatt eller anses ufarlige og likegyldige, men også synspunkter som krenker, sjokkerer eller forstyrrer staten eller større eller mindre deler av befolkningen.»

Selv om saken ikke dreier seg om å «sjokkere eller forstyrre staten eller større eller mindre deler av befolkningen» fortsetter han med å påkalle seg autoritet for sitt utsagn ved å vise til Den europeiske menneskerettsdomstol.

Så fortsetter han med å fortelle om Norge. «Dersom saker med krav om erstatning for ytringer skal avgjøres etter retten i det land hvor ytringen har hatt sin umiddelbare virkning, vil ytringer som blir fremsatt i Norge, blant annet kunne bli sensurert av andre lands personvernregler.»

Bruken av ordet sensur er i denne sammenheng et ladet uttrykk. Høyesterett pleier ellers ikke å bruke dette ordet på den avveining som domstolene foretar av ytringsfrihet mot personvern hensyn. Det er helt andre typer ytringsfrihetskrænkelser vi kommer på som gode eksempler på begrepet sensur enn slike avveininger som jo foretas i alle rettssamfunn. Skoghøy fortsetter: «En slik løsning fremstår for meg som fullstendig uakseptabel.» Han gir ingen begrunnelse for hvorfor løsningen fremstår som uakseptabel. Begrunnelsen gir med andre ord seg selv og ligger nok antakelig i forlengelsen av det vi forbinde med «sensur» som jo for de fleste fremstår som

uakseptabelt. Vi ser med andre ord at de assosiasjoner vi får som gode eksempler på begrepet sensur utgjør begrunnelsen for at løsningen er uakseptabel dersom vi er enige med Skoghøy.

Etter dette går han over til å fortelle om personvern og norske verdier. «Hvilke elementer ved personligheten som omfattes av personvernet, hvilke følelser som er beskyttet, og hvilke krav som kan gjøres gjeldende ved krenkelses, avhenger i stor grad av kultur, religion, moral og tradisjoner. Samtidig er ikke bare ytringsfriheten, men også vern om privatliv, ære og personlig integritet grunnleggende verdier i det norske samfunn.»

Skoghøy bruker her gjentakelse (anafor) – *hvilke elementer, hvilke følelser, hvilke krav* – et velkjent retorisk grep, i sin fortelling. I tillegg bruker han en rekke ord som forbindes med sterke følelser: kultur, religion, moral, tradisjoner, privatliv, ære og personlig integritet. Koblet henholdsvis til Norge og til det muslimske landet Afghanistan påkaller disse ordene veldig forskjellige assosiasjoner hos de fleste lesere. På denne bakgrunn konkluderer han: «Når saker om personvern krenkelser blir behandlet av norske domstoler, bør derfor ikke bare spørsmålet om hvor langt ytringsfriheten rekker, men også spørsmålet om hvilke elementer ved personligheten som er vernet, hvilke følelser som er beskyttet, og hvilke krav som kan gjøres gjeldende på grunn av krenkelsen, avgjøres etter norsk rett.»

Igen anafor *hvilke elementer, hvilke følelser, hvilke krav*, samt bruk av allitterasjon: *hvilke ved er vernet, krav kan krenkelsen*. Samlet sett må det sies at dette er to sterke retoriske avsnitt spekket med retoriske virkemidler hvor etos og patos dominerer over logos.

På bakgrunn av fortellingen om ytringsfrihet, personvern og norske verdier, kan Skoghøy formulere formuleringen om lovvalgsreglene annerledes enn flertallet. Mens flertallet spør hvilken løsning på lovvalget reglene og det rettslige materialet gir grunnlag for, spør Skoghøy om reglene og det rettslige materiale står i veien for den løsningen han går inn for: «Jeg kan heller ikke se at vi ved en slik løsning bryter med internasjonalt anerkjente prinsipper for lovvalg.»

Det er opplagt stor forskjell på om man formulerer et spørsmål som hvilken løsning reglene gir grunnlag for eller som et spørsmål om reglene står i veien for en bestemt løsning. I første tilfelle leter man etter en hjemmel eller grunnlag i reglene og finner man det ikke, så har man ingen løsning. I det andre tilfelle er det inngrepet som må begrunnes; finner man ikke grunnlag for et inngrep i reglene, så kan man stå på den kursen man har valgt. De to utgangspunktene gir helt forskjellige resultater av samme vurdering av det rettslige materiale, nemlig at det ikke er noen klar løsning ut fra lovvalgsreglene. Men hvordan kommer flertallet og mindretallet frem til to så helt

forskjellige utgangspunkter for sine tilnærminger til spørsmålet?

#### *Absolutte rettigheter eller kulturrelativitet?*

Vi kan skimte to veldig forskjellige forståelsesrammer bak flertallets og Skoghøys vurderinger av det rettslige spørsmålet i måten å se forholdet mellom to kulturer på. Sverdrup sier om dette: «Det kan reises spørsmål om ikke også reglene om personvern er av så grunnleggende karakter at norske regler bør benyttes uavhengig av hvilket lands rett som velges. I så fall vil den alt overveiende delen av rettsgrunnlaget bestå av norske regler, slik at det vil være grunnlag for å stille opp en lovvalgsregel om at norsk rett normalt måtte legges til grunn i alle saker om erstatning for personvern krenkelser. Men det kan også reises innvendinger mot en slik rettsvalgsregel – den tar blant annet i liten grad hensyn til skadelidtes forventninger om beskyttelse ut fra virkningslandets kulturelle og moralske normer. Det kan også tenkes at den som ytrer seg, har tilpasset ytringen til rettstilstanden i virkningslandet, og derfor forventer at den ikke rammes av norske regler.»

Her ser vi hvordan vi først blir presentert med spørsmålet hvorvidt «reglene om personvern er av så grunnleggende karakter at norske regler bør benyttes». Det er ikke et retorisk spørsmål som stilles. Det ser vi av det forhold at spørsmålet følges opp med påpekningen av at det kan reises innvendinger mot en slik regel. Personvern er viktig også for den som ikke befinner seg i en norsk kulturell sammenheng, og denne personen kan ha forventninger ut fra sitt lands kulturelle og moralske normer. Vi får her et inntrykk av likeverd mellom kultur og normer som kan være forskjellige og lede til forskjellige resultater av avveiningen mellom ytringsfrihet og personvern.

De er en helt annen referanseramme som ligger til grunn for Skoghøys påpeking av det uakseptable i en sensur av ytringer som blir fremsatt i Norge av andre lands personvernregler. Våre ytringer kan bare «sensureres» av våre personvernregler, noe annet er uakseptabelt. Noen relativ bedømmelse av vernet for ytringsfriheten sett i forhold til forventninger ut fra andre lands kulturelle og moralske normer er det ikke rom for her. En slik referanseramme gjør saken klar innenfor de rammer som «internasjonalt anerkjente prinsipper for lovvalg» gir. Referanserammen til flertallet gjør det mer nødvendig å gå gjennom det rettslige materialet for å se om det gir holdepunkter for en løsning, og gjør valget så vanskelig at man trenger en sak som er tilstrekkelig godt belyst for å kunne gi en generell regel for hvordan valget skal foretas.

Løsningen på saken for flertallet ble at denne konkrete saken skal gå for norsk rett fordi de mente «det ikke er mulig å fremskaffe tilstrekkelig pålitelige opplysninger om innholdet i afghansk rett». At saken skal løses etter norsk rett innebærer i følge

flertallet likevel ikke uten videre at avveiningen mellom ytringsfriheten og personvernet skal skje som om forholdet fullt ut hadde sin tilknytning til Norge. Dommer Sverdrup åpner for at «det også i norsk rett etter omstendighetene må kunne tas hensyn til hva som oppleves som en krenkelse etter virkningslandets kulturelle normer». Kanskje vi her kan se eksempel på de tilbakekoblingsprosessene som beskrives i psykologisk teori som «*birectional reasoning*».<sup>2</sup>

Det er en grunnleggende del av den referanserammen om kulturelt likeverd som flertallet anlegger at det tas hensyn til hva som oppleves som en krenkelse etter virkningslandets kulturelle normer. Samtidig er norske ytringsfrihetsprinsipper så grunnleggende at det er vanskelig uten nærmere kjennskap til konsekvensene å overlate avveiningen av disse til en fremmed rett man ikke kjenner innholdet av. Det er vanskelig å løse denne dissonansen med utgangspunkt i en vurdering av «hva som vil være den mest naturlige og rimelige løsning» på lovvalgsspørsmålet. Behovet for å finne en annen måte å forene de motstridende verdiene kan være et forhold som kaster lys over hvorfor flertallet ikke ser formuleringen fra Høyesterett i Rt. 2002 s. 180 som et egnet utgangspunkt å starte vurderingen av spørsmålet fra.

<sup>1</sup> Se nærmere Håkan Andersson, Rättens narratologiska dimensioner – interaktion och konstruktion i Minna Gäns og Staffan Westerlund, *Interaktiv rättsvetenskap*, Uppsala 2006 s. 11–46 når det gjelder fortellerstrategier og min bok *Juridisk Overtalelseskunst*, Oslo 2008 når det gjelder retorikk.

<sup>2</sup> Se nærmere Minna Gräns i hennes artikkel *Some Aspects of Legal Decision Making in the Light of Cognitive Consistency Theories*, *Scandinavian Studies in Law* vol. 48 2005 s. 99–122.

Hans Petter Graver

## OPPHAVSRETT

### Mauseth-saken til Høyesterett

Høyesteretts kjøremålsutvalg har ved kjennelse av 10. desember 2009 sluppet inn anken over Borgarting lagmannsretts dom av 29. september 2009 i den mye medieomtalte tvisten mellom NRK og skuespilleren Gørild Mauseth. Saken gjelder NRKs bruk av nakenscenen i filmen *Brent av frost*, der Mauseth medvirket, i programmet *Store Studio*. Spørsmålet er om NRK gikk for langt da denne scenen ble vist i anledning kinopremieren på filmen *Kill Buljo*, som parodierer deler av nakenscenen i *Brent av frost*. Lagmannsretten frifant NRK for påstander om brudd på Mauseths rettigheter som utøvende kunstner samt retten til eget bilde. Anken til Høyesterett omfatter kun det førstnevnte grunnlaget. Spørsmålet

i saken blir dermed om NRK har gått ut over reglene for lovlig sitat ved å vise hele nakenscenen i *Brent av frost*, og ikke begrenset seg til den del av scenen som var parodierte i *Kill Buljo*.

For at det skal oppstå spørsmål om sitatretten er overtrådt, må Mauseths rettigheter som utøvende kunstner være berørt. NRK har i saken anført at Mauseths krav er uberettiget allerede fordi hun ikke har vern for den delen av sin prestasjon som er benyttet i programmet. Lagmannsretten gikk langt i retning av å gi NRK medhold i anførselen. Men retten valgte å la være å ta endelig standpunkt til spørsmålet, fordi man mente at grensene for lovlig sitat i alle tilfelle ikke var overtrådt. Lagmannsrettens utlegninger om vernet for utøvende kunstnere kan fortjene en kommentar.

Etter åndsverkloven (åvl.) § 42 har en utøvende kunstner enerett til eksemplarframstilling og offentlig tilgjengeliggjøring av opptak av sin fremføring av verk – en enerett som bl.a. begrenses av sitatretten (åvl. § 22). Det spørsmål som Mauseth-saken aktualiserer, er hvilket vern den utøvende kunstneren har mot at deler av opptaket benyttes. Lagmannsretten nærmer seg dette spørsmålet ved først å stille krav om at det utsnittet av *Brent av frost* som NRK hadde benyttet, må gjengi et verk med verkshøyde. Dette utledes av kravet i § 42 om at den utøvende kunstneren må fremføre et verk, i kombinasjon med læren om vern for verksdeler: For at bruk av deler av et verk skal krenke opphavsretten til verket, må delene i seg selv være preget av opphavsmannens individuelle skapende innsats (dvs. ha verkshøyde). Retten konstaterer at utsnittet som ble vist av NRK i sin helhet tilfredsstillte kravet til verkshøyde, men stiller så spørsmål ved om kravet er oppfylt «også for det fragmentet Mauseth fremfører». Det anses som tvilsomt av lagmannsretten, men som nevnt finner den det ikke nødvendig å ta endelig stilling til spørsmålet.

Lagmannsrettens premisser bygger implisitt på en forutsetning om at vernet for utøvende kunstnere i noen grad er aksessorisk til selve åndsverkvernet: Hvis ikke det foreligger en krenkelse av det verk som fremføres, er det heller ingen krenkelse av den utøvende kunstnerens rettigheter. Denne premissen er diskutabel. Det er i hvert fall på det rene at vernet for utøvende kunstnere ikke er aksessorisk i den forstand at det stilles krav om at det er et opphavsrettslig beskyttet verk som fremføres (se f.eks. Ole-Andreas Rognstad: *Spredning av verkseksemplarer*, Oslo 1999 s. 75 med videre henvisninger). Skuespilleres fremføringer av Ibsens verk har også vern. Men det lar seg hevde at vernet på *ingen måte* er aksessorisk, og at krenkelsesvurderingen for verk ikke skal trekkes inn ved vurderingen av om utøvende kunstneres rettigheter i opptak av sine fremføringer er krenket.

Lovgrunnen for kravet om at den utøvende kunstneren må fremføre et verk har relevans i denne forbindelse. Meningen med kravet er at vernet



forbeholdes de utøvere som fremfører et verk – ikke andre former for utøverprestasjoner som sirkusartisteri, idrettsprestasjoner, tryllekunst osv. (se Ole-Andreas Rognstad, i samarbeid med Birger Stuevold Lassen: *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 311–312). I tysk rettsdoktrine hevdes det at den tilsvarende tyske regelen (*Urhebergesetz* 1965 § 73) bare stiller krav om at det som fremføres skal ha *karakter* av å være et åndsverk – ikke at det skal være et verk med verkshøyde. Konsekvensen er at man ved bruk av deler av utøvende kunstners fremføringer, ikke stiller krav om at de delene som benyttes skal gjengi et verk med verkshøyde (se Gerhard Schricker (red.): *Urheberrecht. Kommentar*, 3. Ausl., München 2006 s. 1447–1449, med videre henvisninger). En alternativ innfallsvinkel kan være at man aksepterer at fremføringen *i sin helhet* må gjelde et verk med verkshøyde uten at det skal tas stilling til verkshøyden ved spørsmålet om utøverrettighetene er krenket ved gjengivelse av *deler* av fremføringen. Ved begge innfallsvinkler erkjennes det at hensikten med kravet om at det må fremføres et verk, er å begrense vernet til visse typer utøverprestasjoner – ikke å la vernet for utøvende kunstnere bero på vernet av åndsverk. En annen sak er at det i alle tilfelle må stilles krav om at det er en *fremføring* som gjengis. En gjengivelse av stillbilder fra en film gjengir ikke fremføringen og kan derfor heller ikke krenke utøverretten, jf. den svenske Högsta Domstolens dom i NJA 1976 s. 282.

Ved behandlingen av saken i Høyesterett må det forventes at de prinsipielle sidene av disse spørsmålene tas opp dersom man først går inn på en slik vurdering. Om retten like fullt skulle komme til at det er relevant å se hen til verkshøyden av den filmsnutt som ble vist i Store Studio, er det ikke gitt at lagmannsrettens tilnærming er den riktige: At man etter å ha konstatert at filmsnutten i seg selv har verkshøyde, stiller spørsmål om verkshøydekravet «er oppfylt også for det fragment som Mauseth fremfører». Det er langt fra innlysende at en slik fragmentering skal foretas, selv gitt den forutsetning at vernet for utøverne er aksessorisk til åndsverkvernet.

Ole-Andreas Rognstad

## PERSONLIGHETSRETT

### Erstatning for uhjemlet bruk av personbilde – Høyesteretts dom 10. desember 2009 (HR-2009-2318-A)

Selskapet Tromsø 2018 AS, som sto bak søknaden om å få arrangere OL i 2018, hadde på forsiden av et prospekt brukt et fotografi av snøbrettutøveren Andy Finch. Etter åndsverklovens § 45c kan personfotografi som hovedregel «ikke gjengis eller vises offentlig uten samtykke av den avbildede». Etter § 58 tredje ledd gjelder imidlertid bestemmelsen bare for

«avbildninger av person som er eller har vært bosatt her i riket». Finch hadde ikke vært bosatt i Norge.

Finch og selskapet The Arctic Challenge AS, som sammen hadde reist saken, anførte at åndsverklovens § 43c måtte tolkes utvidende eller analogisk, slik at det måtte være tilstrekkelig at bildet var tatt i Norge. Denne anførselen førte ikke frem (avsnitt 37). Derimot fikk Finch og selskapet medhold i at erstatningskravet kunne baseres på det ulovfestede prinsippet om rettsvern for personligheten, som man finner utslag av også i tidligere rettspraksis, først og fremst i den berømte dommen om bruk av levende modell i filmen *To mistenkelige personer* (Rt. 1952 s. 1217). Førstvoterende anså det ikke som tvilsomt at det i norsk rett gjelder et ulovfestet vern av retten til det personlige bilde. Spørsmålet er hvorledes dette vernet skal avgrenses (avsnitt 38).

Ved vurderingen av om bruken i dette tilfellet var rettsstridig, tok førstvoterende utgangspunkt i at det ulovfestede vernet bør avgrenses slik at det i hovedsak faller sammen med vernet etter åndsverklovens § 45c (avsnitt 40). Standpunktet ble reservert for tilfelle av det slag som saken gjaldt, hvor bildet både var tatt og ble utnyttet her i riket, og hvor dessuten den avbildede hadde en klar økonomisk interesse i å utnytte bildet kommersielt. Man må nok forstå førstvoterendes reservasjon på dette punkt som utslag av en generell forsiktighet, og ikke som uttrykk for at vernet i andre typesituasjoner skal være videre eller snevrere.

I den konkrete vurderingen av bildet, delte Høyesterett seg i et flertall og et mindretall (4–1). Både flertallet og mindretallet bygde på at den ulovfestede personlighetsretten må være underlagt tilsvarende begrensninger som den lovfestede retten til eget bilde, herunder begrensningen for tilfelle hvor «avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet» (åndsverklovens § 45c første ledd bokstav b). Flertallet fant det «ikkje tvilsamt» at bruken av bildet i dette tilfellet falt utenfor unntaksregelen (avsnitt 32). Førstvoterende viste til at «Finch dekkjer så godt som heile høgda av biletet», og fant støtte for vurderingen i dommen i Rt. 1983 s. 637 (påskebilder). Den dissenterende dommer var av et annet syn. Fotografiet viste etter hennes mening «primært skilek og skiglede i Tromsøs praktfulle natur med fjell, fjord og byen i bakgrunnen. Bruken av Finch sin personlighet i bildet er mindre viktig enn fotografiets hovedinnhold og hovedbudskap» (avsnitt 64).

Når man legger til grunn at det gjelder et ulovfestet vern som i hovedsak sammenfaller med det lovfestede, blir forskjellen fra en utvidende eller analogisk tolkning av lovbestemmelsen ikke stor. Den praktiske betydningen av standpunktet er først og fremst at åndsverklovens sanksjonsbestemmelser ikke kommer til anvendelse direkte. Straff kan derfor ikke komme på tale (§ 54). De sivilrettslige sanksjonene (§ 55 og § 56) kan derimot ha overføringsverdi til det ulovfestede

området. Førstvoterende tok ikke et bestemt standpunkt til om sanksjonsbestemmelsene kan anvendes analogisk, men bemerket at det «i alle fall ikkje [er] grunnlag for meir vidtgående ansvar på ulovfesta grunnlag enn det er på lovfesta» (avsnitt 45).

Blant de sanksjoner som finnes anvist i åndsverklovens § 55, er utbetaling av «nettofortjenesten ved den ulovlige handling». Tilkjennelse av nettofortjenesten – berikelseskrav – er ikke avhengig av at det er utvist skyld. Førstvoterende stilte seg ikke avvisende til å anvende berikelsesregelen også på det ulovfestede området. På dette punktet er det av interesse å sammenligne med avgjørelsen i Rt. 2007 s. 817, som gjaldt berikelseskrav ved brudd på konkurranseklausul i arbeidsavtale. Høyesterett stilte seg heller ikke der generelt avvisende til at det kan være grunnlag for berikelseskrav på ulovfestet grunnlag, men mente at det i så fall må kreves mer enn vanlig uaktsomhet (avsnitt 51). Ser man de to avgjørelsene i sammenheng, synes det nærliggende å forstå avgjørelsen i Rt. 2007 s. 817 som uttrykk for en regel som primært gjelder ved brudd på konkurranseklausuler i arbeidsforhold. Dommen fra 2009, som åpner for å tilkjenne berikelsen uavhengig av skyld, må oppfattes som relevant først og fremst ved krenkelse av retten til eget bilde, kanskje også ved andre former for krenkelse av personlighetens rettsvern. Hva som gjelder for tilfelle som kan sies å ligge mellom de to nevnte kategoriene, f.eks. ved brudd på markedsføringslovens bestemmelser om forretningshemmeligheter (§ 28) og ulovlig etterligning (§ 30), er uavklart. En mulig mellomløsning kan være å tilkjenne berikelseskrav ved vanlig uaktsomhet.

I det foreliggende tilfellet fantes ikke holdepunkter for at Tromsø-selskapet hadde oppnådd en nettofortjeneste som følge av billedbruken, og berikelseskravet førte derfor ikke frem. Førstvoterende ville ikke se på vederlaget som var spart ved å bruke bildet uten tillatelse, som en «nettofortjeneste» i lovens forstand (avsnitt 46). Synspunktet kan neppe strekkes så langt som til at en besparelse aldri kan utgjøre en relevant berikelse.

Finch ble imidlertid ansett som berettiget til kompensasjon etter «ulovfesta vederlagsreglar» (avsnitt 47). Dommen bidrar på dette punktet med en viktig rettsavklaring, ettersom det fra før finnes svært lite rettspraksis om vederlag som kompensasjonsform på ulovfestet grunnlag, se nærmere Erik Monsens monografi *Berikelseskrav* (Oslo 2007). Og selv om førstvoterende også på dette punktet reserverer sine uttalelser for tilfelle av det foreliggende slag, taler konsistenshensyn for at avgjørelsen bør tillegges betydelig vekt også på beslektede områder. Spørsmålet om vederlag kan tilkjennes uavhengig av skyld, var det ikke nødvendig for flertallet å ta stilling til (avsnitt 52).

Vederlaget ble skjønsmessig fastsatt til kr 80 000.

*Are Stenvik*

## RETTSKILDER – INTERNASJONALE

### Litteratur

**Finn Arnesen og Are Stenvik: *Internasjonalisering og juridisk metode - Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. Universitetsforlaget, Oslo 2009. 160 sider**

Boken setter fokus på forholdet mellom intern rett og internasjonale forpliktelser, i et metodisk perspektiv. Fremstillingen følger en linje fra internasjonal rett og «inn» i intern rett, ved først å behandle konvensjonstolkning, via en generell introduksjon til forholdet mellom intern og internasjonal rett, til en problematisering av internasjonal rett i rettsanvendelsesprosessen. Boken setter også et særskilt fokus på de mange motstridsspørsmålene som kan oppstå.

Til tross for temaets aktualitet, har det hittil fått begrenset oppmerksomhet i norsk rettslitteratur. En fremstilling som samler trådene, og som sikkert også vil lede til diskusjon, er derfor meget velkommen.

*Erling Hjelmeng*

## TINGSRETT

**Krav om å nytte forkjøpsrett må som regel vera utan atterhald – Rt. 2009 s. 1299**

Høyesterett kom i denne saka til at den som set fram eit krav om å nytte forkjøpsrett, det som i løysingslova (lov nr. 94/1994) er omtala som eit «løysingskrav», som regel ikkje kan ta atterhald om å vente og sjå kva den endelege løysingssummen blir.

Bakgrunnen var ein klausul i eit skifteskøyte frå 1960 til ein eigedom på Sørlandet: «Selgeren og hennes arvinger i rett nedstigende linje skal ha forkjøpsrett til gnr. 3 bnr. 9 til takstpris i tilfelle salg til andre enn kjøperens etterkommere i rett nedstigende linje.»

Eigedommen vart seld ut av familien i 2002 for 3,7 millionar kroner. Dotter av seljaren ved overføringa i 1960 gjorde forkjøpsretten gjeldande og tilbød å betale 2,6 millionar kroner, som svara til ein takst ho hadde innhenta. Vart ikkje den løysingssummen akseptert, ville ho krevje skjøn. I brevskifte med seljaren i salet frå 2002 vart det klårt at løysaren ikkje ville binde seg til å betale meir enn 2,6 millionar, medan seljaren meinte at løysaren for å gjera forkjøpsretten gjeldande måtte binde seg til å overta til den prisen som vart fastsett i skjønet.

I skjønssaka kom lagmannsretten etter ei konkret tolking til at forkjøpsretten kunne gjerast gjeldande til ein pris under marknadspis. Etter ny runde i tingretten vart løysingssummen sett til 3 millionar kroner.

Deretter gjekk kjøparen i salet frå 2002 til sak for å få fastsette at løysingsretten var fallen bort, fordi det ikkje var sett fram gyldig løysingskrav i tide. Det var den saka som hamna i Høgsterett.

Førstvoterande peikte på at klausulen i seg sjølv ikkje fastsette korleis løysingskravet skulle setjast fram. Spørsmålet måtte avgjerast ut frå bakgrunnsretten og dei føresetnadene partane måtte ha hatt.

Løysingslova gjev ikkje noko klårt svar på om løysaren kan ta atterhald om at den endelege løysingssummen blir akseptabel, men førstvoterande meinte at samanhengen mellom føresegnene i lova, og særleg reglane i § 10 om førehandstilbod, tilseier at løysingskravet må vera endeleg, det vil seie at det må binde løysaren. Stønad for dette vart funne også i førearbeida. Rettspraksis peiker i same leia, særleg Rt. 1971 s. 730 og Rt. 2005 s. 1487. I litteraturen har Torgeir Austenå teke til orde for at rettshavaren etter ein forkjøpsrett må kunne trekkje seg dersom skjønnsresultatet blir ugunstig for han (*Løsningsrettigheter*, Oslo 1976 s. 335), på same vis som ein odelsløysar kan det. Synspunktet har ikkje fått nemnande stønad av andre. Omsynet til løysaren kan i nokre situasjonar tala for at han bør kunne vente og sjå; elles kan det bli for risikabelt å nytte løysingsretten. På den andre sida kan ein «angrerett» skapa vanskar for seljaren (når det som i dette tilfellet er avtala mellom seljar og kjøpar at kjøpet ikkje er bindande dersom forkjøpsretten ikkje er avklåra innan ein frist). Det er til dømes ikkje sikkert at han får selt eigedommen på nytt utan tap. Løysaren kan koma til å spekulere i prisutviklinga. Førstvoterande meinte etter dette at bindande løysingskrav er «det generelle utgangspunktet» for bruk av forkjøpsrettar (avsnitt 68). Det var ikkje haldepunkt i omstenda kring den aktuelle avtalen for å koma til ei anna løysing, og resultatet vart at det ikkje var sett fram gyldig løysingskrav i tide i vår sak.

Eit utgangspunkt om at løysingskravet må vera endeleg der stiftingsgrunnlaget ikkje gjev grunnlag for noko anna, er det ikkje mykje å innvende mot. Om same utgangspunktet skal gjelde for alle løysingsrettar, ikkje berre forkjøpsrettar, er meir usikkert. Ein bør ta med i vurderinga kva føremål dei ulike typane av løysingsrettar har. Når den som nyttar kjøperetten etter eigarseksjonslova eller løysingsretten etter odelslova, kan vente med å binde seg, tener det til å verne dei interessene desse løysingsrettane skal varetta. Det kan finnast avtala løysingsrettar der regelen bør vera den same.

Avgjerda illustrerer elles dagens praksis for skrivning av høgsterettsdommar, med ei sær utførelg framstilling av saksgangen, også av omstende som ikkje har noko å seie for den konkrete tvisten, og med ei noko langdryg rettsleg drøfting, mellom anna med omfattande bruk av juridisk litteratur meir som autoritet enn som kjelde til argument. Avgjerda fyller tolv sider i Retstidende.

Kåre Lilleholt

## Langrennsavgift eller gratisløyper?

Vi betaler i alpinbakken, men ikke i langrensløypa. Hvorfor? Den gode snøvinteren som har omsluttet det meste av landet så langt i år, har satt fart i medie-debatten om betaling for skispor. En rekke skisteder i Sverige har det siste halvåret innført sporavgift. I Sverige er allemannsretten basert på sedvanerett, støttet opp mot enkelte spredte bestemmelser blant annet i straffelovgivningen. Den sedvanerettsbaserte allemannsretten avgrenses blant annet mot den private sfæren rundt hus og hytter med støtte i brottsbalkens bestemmelse i 4. kap. 6§ om *hemfridsbrott*. Her fastsettes det at: «Den som ulovligen intränger eller kvarstannar där annan har sin bostad, vare sig det är rum, hus, gård eller fartyg, dömes för hemfridsbrott till böter.» Presiseringen av hva som regnes til den private *hemfridszon*, utenfor allmennhetens rekkevidde, er presisert gjennom en etter hvert rikholdig rettspraksis. Men fordi allemannsrett i Sverige er ulovfestet, finnes ingen detaljert regulering som kan møte det moderne samfunnets stadig nye utfordringer mot dette rettsinstituttet. De skistedene som har fastsatt avgift for benyttelse av preparerte skiløyper, opererer nettopp i en slik gråson. I befolkningen hersker stor uenighet om avgiften er lovlig. Men det mangler både lovregler og rettspraksis for løsning av konflikten. Det svenske Naturvårdsverket har nylig konkludert med at sporavgiften bryter med allemannsretten. I Mora, byen der Vasaloppet har sin målgang, er den første rettssaken om spørsmålet på gang. Kommunen vil ta løypeavgift for Vasaloppsporet som går gjennom tre naturreservater. En skiløper har anlagt søksmål. Saken behandles av Länsrätten i Dalarna.

Noen av meningsytringene som har funnet veien til avisspaltene her i landet, har nærmest gitt inntrykk av at vi med loven i hånden har krav på at «noen» serverer oss gratis maskinpreparerte skiløyper. Slik er det ikke.

Et fellestrekk ved skiløyper er at de i all hovedsak går gjennom utmark. Frilufsloven § 2 fastsetter at i utmark kan enhver ferdes til fots hele året, når det skjer hensynsfullt og med tilbørlig varsomhet. Noen skiløyper går riktig nok ikke i skogen eller på fjellet, men over jorder og dyrket mark. Den påfølgende bestemmelsen i frilufsloven § 3 sier at ferdsel til fots som hovedregel kan skje i innmark, altså over jorder, i den tid marken er frosset eller snølagt. Slik marken regelmessig er når det er skiføre. Det er sikker rett at skiløping faller inn under lovens uttrykk «ferdsel til fots», jf. blant annet forarbeidene til frilufsloven, Ot.prp. nr. 2 (1957) side 26–27. Frilufsloven åpner bare i meget begrenset utstrekning for at det kan kreves betaling for slik ferdsel som ellers etter loven er fri. Bestemmelsen i § 14 sier at det kan fastsettes «rimelig avgift for adgangen til badestrand, telt-plass eller annet opparbeidet frilufsområde». Videre presiseres at «avgiften ikke må stå i misforhold til



de tiltak eier eller bruker har gjort på området til fordel for friluftsfolket.» Det fremgår av forarbeidene i forbindelse med en lovrevisjon i 1996, at bestemmelsen ikke kan benyttes til å avgiftsbelegge ferdsel i skiløyper, se Ot.prp. nr. 27 (1995–1996) side 8. Det samme er lagt til grunn i Miljøverndepartementets relativt nye rundskriv T-3/07. Her står det i avsnitt 7.4 at: «Avgiftsordninger for bruk av skiløyper er i strid med friluftsløven. Ferdsele i alpinanlegg er også fri, bare heistjenester og liknende kan kreves betalt.» Riktig innfallsvinkel er derfor at skiløyper ikke kan stenges ute fra løypenetten med krav om at bruk av løypene koster penger. Følgen av dette er at skiløping også i kostnadskreven maskinpreparerte spor blir gratis for brukerne. Men det er altså ikke gratis preparering for brukerne som er lovens poeng.

Det er mulig å peke på mange gode grunner til at utgiftene for tilrettelegging av enkle friluftskivaktiviteter som ski og turgåing ikke bør plasseres hos dugnadsgjenger eller medlemsfinansierte frivillige organisasjoner. Men etter dagens lovgivning kan ikke regningen sendes til den enkelte bruker. Det er mer nærliggende å rette blikket mot offentlige organer som har budsjettposter for folkehelseformål.

Marianne Reusch

## Litteratur

**Øyvind Ravna (red.): *Perspektiver på jordskifte*, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo 2009. 664 sider**

Selv blant jurister som jevnlig arbeider med fast eiendoms rettsforhold, kan jordskifte tidvis fremstå som en nisje for de spesielt interesserte. Noe av forklaringen kan kanskje spores tilbake til disse tre forholdene: Jordskifte er regulert i en egen lov, det behandles av egne særdomstoler og spesialistene som driver med dette har i tillegg sin egen spesialistutdannelse som jordskiftetekandidater fra Universitetet på Ås (UMB). Litteraturen på området har vært sparsommelig og spredt. Dette nye verket utgjør et kjærkommet tilskudd til tingsrettslitteraturen.

Bakgrunnen for utgivelsen er 150-årsjubileet for jordskifterettene i 2009. Jubileumsskriftet er en antologi der et drøyt snes skribenter har bidratt med signerte artikler. Boken er imidlertid redigert som – og fremstår som – en monografi. De fem hoveddelene som dekker til sammen 24 kapitler synes etter en rask gjennomgåelse av boken å være bundet godt sammen. Tross de mange kokkene som har deltatt, fremstår resultatet delikat og renslig. Riktignok er det ulikheter i stil og fremstillingsform, men det er overraskende lite dobbeltbehandling og gjentakelser, slik man ofte ser i artikkelsamlinger om et bestemt emne.

Første og annen del av boken omhandler perspektiver på jordskifte og jordskiftedomstolens historie. Jordskiftedomstolene og folkeretten omhandles i den tredje delen. Her er det hovedsakelig forholdet til

EMK og til de særlige folkerettslige forpliktelser om urfolks rettigheter som behandles. Fjerde del dekker en rekke ulike temaer fra jordskifteteket. Artiklene dekker både prosessuelle og materielle temaer. I den siste delen av boken behandles ulike temaer av mer teknisk art om landmåling og kartfag.

Som følge av at boken er en artikkelsamling, og ikke en monografi, er det noen emner som faller utenfor. Tiltaksjordskifte er noe benyttet i forbindelse med store grunnverv og ligger på sett og vis mellom de ordinære jordskiftesakene og ekspropriasjonssakene. Her kan det oppstå kompliserte spørsmål. Rettsmiddelsystemet kan også være krevende i skjæringspunktet mellom anke og behandling ved jordskifteoverretten. Dessverre synes ikke disse emnene å være særskilt behandlet. Jeg savner også en litteraturliste.

Disse innvendingene overskygger ikke at det er en interessant bok som gir innsikt på felter som det ellers kan være vanskelig å sette seg inn i. Her vil jeg trekke frem høyesterettsdommer Utgårds artikkel om *Jordskiftedomstolene og Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen* som drøfter forholdet mellom jordskifte og EMK tilleggsprotokoll I artikkel 1. Man skulle kanskje tro at tapsgarantien, jf. jordskiftelova § 3a bokstav b, ville forhindre at konvensjonsstrid kan oppstå. Men artikkelen påviser at fullt så enkelt er det kanskje ikke. Jordskifte har tradisjonelt hatt et ruralt preg. Men fra 2006 har vi fått nye regler som legger til rette for bruk av jordskifteinstituttet også i tettbygde strøk, såkalt urbant jordskifte. Lovgrunnlaget og praktiske erfaringer så langt, behandles av jordskiftedommer Erik Nord i artikkelen *Jordskifte i byer og tettsteder*. Boken kan avgjort anbefales.

Marianne Reusch

## INSTITUTT FOR PRIVATRETT

### Disputas

Cand.jur *Herman Bruserud*, Institutt for privatrett, forsvarte fredag 27. november sin avhandling «Hardshipklausuler» for graden Ph.d.

Førsteopponent Professor Geir Woxholth, Universitetet i Oslo

Annenopponent Lena Sisula-Tulokas, Helsingfors universitet

### Sammendrag av avhandlingen

En sentral problemstilling i kontraktsretten er endrede omstendigheters eventuelle betydning for innholdet av partenes rettigheter og forpliktelser i kontraktsforhold. Tidligere ble disse problemstillingene ofte diskutert under synsvinkelen «løftets rekkevidde»

eller «løftets bindende virkning». Diskusjonen om kontrakter var inngått «sub clausula rebus sic stantibus» er et illustrerende eksempel på en slik synsvinkel. Tidlige utforminger av forutsetningslæren – i dens såkalte subjektive form – kan også nevnes i denne sammenheng. Mer moderne synsvinkler knytter seg ofte til muligheten for omlegging av partenes forpliktelser – for eksempel etter en objektivt innrettet forutsetningslære og avtaleloven § 36. Det kan spores en glidning av fokus fra avtaleslutningen til oppfyllelsesstadiet.

Spørsmålet om betydningen av endrede omstendigheter for partenes rettigheter og forpliktelser har også satt sine spor i kontraktspraksis. Det finnes således en mengde eksempler på kontraktsreguleringer som helt eller delvis kan sies å være forsøk på håndtering av risikoen for endringer. Et eksempel på en slik regulering er såkalte hardshipklausuler. Dette er klausuler som i situasjoner hvor det foreligger en kvalifisert forrykkelse av balansen i kontraktsforholdet, pålegger partene å søke å tilpasse kontraktens innhold til de endrede omstendighetene gjennom reforhandlinger. Ofte inneholder klausulene også regulering for det tilfelle at partene ikke kommer til enighet, da gjerne slik at revisjonsspørsmålet skal avgjøres ved hjelp av en tvisteløsningsmekanisme eller at den rammede part gis adgang til å bringe kontrakten til opphør.

I avhandlingen analyseres konsekvensene av å inkorporere bredt utformede hardshipklausuler i kontrakter underlagt norsk rett. Analysen gjennomføres ved å ta utgangspunkt i de generelle formålene slike klausuler må antas å være bærere av, for så å undersøke om klausulene er egnet til å oppfylle disse formålene. I analysen undersøkes det hvilke konsekvenser inkorporeringen av klausulene har for anvendelsen av de av bakgrunnsrettens instrumenter klausulene har berøringsflater mot. De samme instrumentene i bakgrunnsretten tjener som «målestokk» for klausulenes formålsoppfyllelse, da bakgrunnsrettens alminnelige regulering ellers ville ha kommet til anvendelse.

Avhandlingens analyse viser at svarene på spørsmålene som reises er nokså sammensatte. For det første avdekkes det at klausulene, for å ha noen særlig reell innvirkning på partenes substansielle rettigheter og forpliktelser, må være sanksjonert. Videre avdekkes det at effektive klausuler først og fremst vil ha betydning for anvendelsen av avtaleloven § 36 og forutsetningslæren. I forhold til disse instrumentene vil klausulene kunne gi både en innstramming og en utvidelse av fleksibiliteten i kontraktsforholdet, avhengig av hvordan de nærmere er formulert. I forhold til de instrumentene i bakgrunnsretten hvor inkorporeringen av hardshipklausulene normalt har liten eller ingen betydning for anvendelsen, representerer klausulene først og fremst et potensial for økt fleksibilitet i kontraktsforholdet.

## Skriftserien

### Skriftserie 179 – 2009

Tor Sandsbraaten: *Begrepe «conditions», «warranties», «representations» og «covenants» – Prosjekt publikasjon nr. 5, «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

## Seminarer

### Seminar i familie- og arverett 4. mars 2010

Vi inviterer til seminar i familie- og arverett

#### Torsdag 4. mars kl. 15.30-17.00

i Teologisk eksamenssal, 2. etg. i Urbygningen, Karl Johans gt., Universitetet i Oslo,

1. Avtaler mellom ektefeller – tolking av ektepakt. Nok et eksempel.  
Borgarting LB-2009-10783, Høyesteretts ankeutvalg HR-200902211-U.  
*Korte innledninger ved Peter Lødrup og Tone Sverdrup*
2. Særeie, ombytting og surrogat. El. § 49. Gjennomgang av en del tvilstilfeller.  
*Opplegg til diskusjon ved Peter Lødrup, Tone Sverdrup og Peter Hambro*
3. Foreldelse av arverett. Al. § 75. Rt 2009 s. 1223  
*Ved Peter Hambro*

Det er avsatt tid til spørsmål og diskusjon.

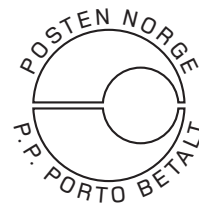
Det vil bli en enkelt servering i lunsjrommet i Urbygningen, 1. etg. (inn til venstre) fra kl. 15.00. Seminaret begynner presis 15.30.

Påmelding til Bjørg Bachke på mail til: [b.k.bachke@jus.uio.no](mailto:b.k.bachke@jus.uio.no), eller tlf. 22 85 97 06

Vennlig hilsen  
Tone Sverdrup, Peter Lødrup og Peter Hambro

**Returadresse:**  
Cappelen Akademisk Forlag  
Cappelen Damm AS  
0055 Oslo

**B**



## Program for seminarrekke ved Institutt for privatrett – Vår 2010

Følgende tema vil bli tatt opp:

### **Onsdag 17. februar kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00**

Advokat dr. juris *Herman Bruserud*, Adv.firma Kluge, Oslo: Presenterer sin doktoravhandling: «Hardship-klausuler»

### **Tirsdag 16. mars kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00**

Carl Jacob Arnholm Minneforelesning  
Professor *Henry E. Smith*, Harvard Law School: «An Economic Analysis of Law versus Equity»

### **Onsdag 5. mai kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00**

Professor *Ole Lando*, Handelshøjskolen i København: «Utviklingen av den europeiske kontraktsretten» (foreløpig tittel)

**Seminarene finner sted i Auditorium 13, Domus Media, Østfløyen, inngang fra Søylehallen 2. etg.**

Påmelding kan skje via Instituttets hjemmeside:  
<http://www.jus.uio.no/ifp/>

## 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 mai 2010