



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

PROSJEKTET «BÆREKRAFTIGE SELSKAPER»

Har selskaper en samfunnsrolle utover å maksimere profitt for aksjonærene? Har selskapsretten en rolle i å fremme bærekraftig utvikling? Fra et tradisjonelt juridisk ståsted, hvor vi er vant til et skarpt skille mellom privatrett og offentlig rett, kan det kanskje virke fristende å svare nei på begge spørsmål. Min analyse av formålene i EUs selskaps- og børsrett har imidlertid vist at det vil være en forhastet konklusjon.

Analysen viser at det følger av EU-retten at alle sektorer skal bidra til oppnåelsen av fellesskapets generelle formål, spesielt målet om bærekraftig utvikling.

Innhold nr. 3/2009:

Prosjektet «Bærekraftige selskaper»	1
Arbeidsrett	2
Arverett	9
Barnerett	14
Erstatningsrett	14
Familierett	15
Forsikringsrett	16
Immaterialrett	17
Internasjonal privatrett	20
Selskapsrett	21
Tingsrett	22
Program for seminarrekke	24

Det sentrale formålet i EUs selskaps- og børsrett er å bidra til økonomisk utvikling gjennom markedsintegrasjon, men sektoren har også rettslig sett til formål å bidra til å fremme bærekraftig utvikling. Dette skal selskaps- og børsretten gjøre gjennom å bidra til integrering av økonomisk og sosial utvikling og miljøhensyn. Dette skjer imidlertid ikke fullt ut i praksis, fordi et slikt bredt perspektiv krever at man forlater den enkle markedstenkningen som gjennomgående preger selskaps- og børsrettslig debatt og regulering.

Det er derfor behov for å utvikle en alternativ tilnærming. Dette er ikke først og fremst nødvendig å gjøre fordi det følger av EU-retten, men fordi selskaper har en slik enorm betydning at vi ikke kan oppfylle viktige samfunns mål som å gjennomføre de drastiske utslippsreduksjoner som er nødvendig for å forhindre de verste konsekvensene av global oppvarming dersom selskapene ikke bidrar. Bærekraftig utvikling er et rettslig sett overbyggende formål i EU-retten, men først og fremst er det moralsk sett et avgjørende viktig samfunnsformål.

I hvert enkelt selskap ligger det et enormt potensial til å dreie virksomheten i bærekraftig retning, i alle aspekter fra den første produktskisse til utvinning av råvarer, til produksjon, markedsføring og evt. resirkulering av solgte produkter. For å få til en slik dreining, må det integreres i selskapenes beslutningsprosesser. Dette kan ikke gjøres (utelukkende) utenfra – det må skje internt i selskapene. Hvordan få til en slik dreining? Mitt utgangspunkt er at det må skje gjennom selskapsretten og tilgrensende rettsområder. Dette innebærer ikke å ta avstand fra aksjonærinteressens eller fra profitt som et mål for selskaper. Profitt bør imidlertid søkes innenfor rammen av bærekraftig utvikling som et overordnet samfunnsformål, i stedet for at profittmaksimering stilles opp som det overordnede målet. I beste fall forsøker da selskapene å gjøre litt samfunnsnytte under CSR-banneret.

Ved slik å redefinere selskapers formål og som en konsekvens også styrets rolle og posisjon, vil de i dag eksternaliserte miljøkostnader og utgifter for samfunnet av selskapets produksjon kunne bli internalisert.

Gjennom dette kunne samfunnsrådet om bærekraftig utvikling bli integrert som en styrende faktor hos beslutningstagerne i selskapene. Det er en utfordring å finne ut akkurat hvordan dette skal gjøres, på en slik måte at det ikke kun gir styret mer makt eller fører til mer byråkrati for selskapene, uten at det fører til en dreining i retning av virkelig bærekraftige selskaper. For å finne ut hvordan en slik alternativ tilnærming kan implementeres slik at det utløser det enorme potensialet som ligger i hvert enkelt selskap til å bidra til en bærekraftig utvikling, har vi etablert et forskningsprosjekt med navnet «Sustainable Companies» – bærekraftige selskaper. I kjernen av prosjektet er selskapsretten, arbeidsretten og regnskapsretten – innenfor rammen av miljørett, EU-rett og folkerett. Prosjektgruppen er bredt sammensatt, med flere faggrupper og med forskere fra flere land – i og utenfor Europa. Vi vil etablere en referansegruppe med folk fra næringslivet, organisasjonene og de relevante departementer. Målet er å komme frem til praktisk gjennomførbare, effektive tiltak som vil resultere i virkelig bærekraftige selskaper.

Beate Sjøfjell

ARBEIDSRETT

Midlertidig ansettelse, behovsskranke, «fireårsregelen» i arbeidsmiljølovens § 14-9 – Høyesteretts dom 7. mai 2009 (HR-2009-00975-A), Rt. 2009 s. 578

Saken gjaldt en person med ulike midlertidige og vikarstillinger over en femårsperiode. Han gjorde gjeldende to hovedgrunnlag for krav om fast ansettelse. Dels «den ulovfestede læren» om grenser for lovligheten av midlertidig ansatte, bygget på dommene i Rt. 1989.1116 og Rt. 2006.1158. Dels, og mest sentralt, gjaldt saken fireårsregelen i aml. § 14-9.

Den ulovfestede læren går i korthet ut på at gjentatte midlertidige ansettelser kan være urettmessige og gi krav på fast ansettelse ut fra en vurdering av virksomhetens løpende bemanningsbehov. Høyesterett stilte spørsmål ved om læren har praktisk realitet etter innføringen av fireårsregelen i aml. § 14-9. Det besvarte retten (enstemmig) med ja; læren kan gi grunnlag for krav på fast ansettelse før det er gått fire år. Retten føyet imidlertid til at det ikke er noe i rettskildesituasjonen som tilsier at læren «nå bør videreutvikles» (avsnitt 47-48). Hva som kan være ment med denne tilleggsbemerkningen, er i det blå; det er ikke uten videre logisk sammenheng i resonnetet. Arbeidstageren fikk imidlertid ikke medhold på dette grunnlaget; Høyesterett anså grunnbemanningen adekvat, og det var ikke et reelt alternativ for arbeidsgiveren å utvide den for å få utført det som ble dekket av vikararbeid (avsnitt 49-51).

Det avgjørende var derefter tolkningen av aml. § 14-9 med hensyn til hvilke former for

ansettelsesforhold som kan regnes med i fireårsperioden. Drøftelsen her har flere og omfattende elementer, både lovtekniske og rettskildemessige. Et første hovedspørsmål var om «praksisarbeid» etter § 14-9 første ledd bokstav c (og ansettelser etter bokstav d og e) skal regnes med i «sammenhengende ansettelsestid». Dette besvarte Høyesterett enstemmig med nei; bare midlertidig ansettelse etter bokstav a og b skal telle med ved beregning av fireårsperioden (avsnitt 55-67, 109). Derneft var det spørsmål om fristløp og vurderingen av et særskilt vikariat i 50 % stilling. Det siste ble etter en lengre drøftelse ansett som et egentlig vikariat, ikke som en form for praksisarbeid. Det springende punkt var så om *sykmeldingsperioder* skal regnes med eller ikke. Her skilte dommerne lag. Flertallet (3-2) la særlig vekt på enkelte forarbeidsuttalelser og mente at «sykefravær av en viss lengde» ikke avbryter sammenheng, men skal gå til fradrag ved beregning av fireårsperioden. Flertallet gikk ikke presist inn på hvor grensen går for hva som skal komme til fradrag, men indikerte at det må være tale om *mer enn en 14 dagers periode* (avsnitt 102). Mindretallet poengterte derimot at en arbeidstager er ansatt også under sykefravær, og fant støtte i forarbeid og sammenhenger internt i loven for at sykefraværperioder ikke skal gå til fradrag. I resultatet fikk arbeidstageren etter dette ikke medhold.

«Lovgiveren» har allerede meddelt dissens med Høyesteretts flertall; se nedenfor under Lovgivning – Høringssaker.

Stein Evju

Oppsigelse, ugyldighet, subsidiært opphør, arbeidsmiljølovens § 15-12 – Høyesteretts dom 3. juni 2009 (HR-2009-1129-A)

I forbindelse med at han ble tiltalt, derefter dømt, for seksualisert adferd overfor en mindreårig, fikk A etter søknad permisjon fra sin stilling som webredaktør og skulle fortsette i fylkeskommunen som IKT-rådgiver. Senere gikk fylkeskommunen til oppsigelse av A. Oppsigelsen gjaldt As stilling som webredaktør.

Høyesterett (enstemmig) knyttet innledningsvis noen generelle bemerkninger til saklighetskravet i aml. § 15-7 og betydningen av forhold utenfor «tjeneste». Førstvoterende uttalte: «Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen anvisning på en konkret skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner. Ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers uakseptable opptreden utenfor tjenesten stilles særlig strenge krav» (avsnitt 52).

Høyesterett fant det utvilsomt at As overgang til stillingen som IKT-rådgiver var en varig endring av hans arbeidsforhold. Eftersom oppsigelsen dermed

gjaldt en stilling han ikke lenger hadde, var oppsigelsen ugyldig (avsnitt 61-62).

Spørsmålet var så om det likevel kunne gis dom for opphør etter aml. § 15-12 første ledd annet punktum. Høyesterett poengterte at det spørsmålet måtte vurderes i forhold til den stillingen han nu hadde som IKT-rådgiver, og ut fra situasjonen på domstidspunktet. Retten fremholdt også at fylkeskommunen er en stor arbeidsgiver som måtte ha gode muligheter for å finne egnede arbeidsoppgaver for A, og at fylkeskommunen likesom andre arbeidsgivere plikter å sørge for et inkluderende arbeidsliv og motvirke utstøting (jfr. aml. § 1-1 bokstav e). Derfor var det ikke grunn til å legge vekt på påstått manglende tillit til A fra arbeidsgiver og kolleger, også i lys av tidsforløp mv. Fylkeskommunen fikk således ikke medhold i kravet om opphør av arbeidsforholdet.

Stein Evju

«Egenoppsigelse», arbeidstagers hevning; erstatningskrav mot arbeidsgiver, prosessform og frister, arbeidsmiljølovens § 17-4 – Høyesteretts kjennelse 5. juni 2009 (HR-2009-1156-A)

Mens han var på ferie ble A 30. desember 2005 ringt opp av sin arbeidsgiver som var blitt varslet om et straffbart forhold i tjenesten fra As side. A ble meddelt at han hadde valget mellom suspensjon med sikte på avskjed samt politianmeldelse eller å si opp selv med umiddelbar virkning. A ble også kontaktet av tillitsvalgte som oppfordret ham til å si opp. Den 2. januar 2006 sa A så opp sin stilling med umiddelbar virkning. Den 18. januar begjærte han forhandlingsmøte etter aml. (1977) § 61 under henvisning til at oppsigelsen var gitt under bristende forutsetninger. Noe forhandlingsmøte ble imidlertid ikke holdt. Den 18. mai 2007 reiste A så søksmål mot arbeidsgiveren med krav om erstatning og oppreisning.

Høyesterett poengterte, med henvisning til lovforarbeidene, at saker om erstatning i forbindelse med opphør av arbeidsforhold er «innenfor kjerneområdet av de særskilte prosessreglene» i aml. kapittel 17, og at dette gjelder uansett om det er arbeidsgiveren eller arbeidstageren – eventuelt etter press fra arbeidsgiver – som har gått til oppsigelse (avsnitt 30). Det innebærer også at reglene om søksmålsfrister i kapittel 17 har anvendelse. As søksmål ble dermed avvist. Søksmålsfristen for et rent erstatningskrav er seks måneder fra oppsigelsestidspunktet, aml. § 17-4 jfr. § 17-3, og As søksmål var først reist ett år og fire måneder etter oppsigelsen.

Stein Evju

Ulovlig opphold og arbeid, inndragning; utlendingslovens § 47, straffelovens § 34 – Høyesteretts dom 31. august 2009 (HR-2009-01716-A)

A hadde i april 2008 vedtatt et forelegg for ulovlig opphold og arbeid i Norge fra slutten av 2006 til april 2008. I mai 2008 ble han domfelt for opphold uten

oppholdstillatelse og arbeid uten arbeidstillatelse fra mai 2002 til desember 2006. A hadde i denne tiden også vært noe i sitt hjemland. Samlet var han dermed ilagt straff for å ha arbeidet ulovlig i Norge i rundt fire og et halvt år.

For Høyesterett gjaldt spørsmålet inndragning. Tingretten, med tilslutning av lagmannsretten, hadde gitt dom for inndragning med et beløp på totalt 917 997 kroner, som relaterte seg til lønn for arbeid uten gyldig arbeidstillatelse i de to periodene det var tale om. Dette utbyttet var i behold.

Høyesterett understreket at den klare hovedregelen er at utbytte av en straffbar handling skal inndras når vilkårene er oppfylt – spørsmålet om inndragning er i utgangspunktet ikke overlatt til rettens skjønn, jfr. straffeloven § 34 første ledd første punktum. Begrunnelsen er at kriminalitet ikke skal lønne seg. Ansvarer kan likevel reduseres eller falle bort i den grad retten mener at inndragning vil være klart urimelig (avsn. 11-12). Når det gjelder utbytte i form av lønn for ulovlig arbeid, uttalte retten videre at «Utbytte av ulovlig arbeid er ikke i kjerneområdet for inndragningsreglene på samme måte som utbytte av for eksempel narkotikavirksomhet og vinningskriminalitet. Ikke bare dreier det seg om virksomhet som etter sin art er fullt lovlig – det å ta seg inntektsgivende arbeid er normalt høyt verdsatt i vårt samfunn. Det er rammene rundt arbeidsforholdet – den manglende arbeidstillatelsen – som gjør arbeidet straffbart. Utbytte av ulovlig arbeid er imidlertid etter mitt syn heller ikke helt i ytterkanten av området for inndragning. Ulovlig innvandring er et betydelig problem, og allmennpreventive hensyn tilsier med styrke at den som arbeider ulovlig i landet, ikke skal få beholde utbyttet av sin straffbare virksomhet. Det at virksomheten etter sin art ikke er ulovlig, bør likevel kunne tillegges en viss vekt i en helhetsvurdering» (avsn. 16-17). Retten ville ikke legge vekt på As egen vanskelige økonomiske situasjon, eller på hans tilståelser i sakene. Sønnens helsetilstand ble derimot tillagt vekt; inndragningsbeløpet ble redusert med 200 000 kroner, som svarte til kostnadene for en nødvendig operasjon og rehabilitering for sønnen.

Reduksjonen skyldtes altså helt spesielle forhold. Dommen bekrefter ellers en streng tilnærming til inndragningsspørsmål i saker om ulovlig opphold og arbeid i riket.

Stein Evju

Pensjon og endring, Fokus Bank-saken – Frostating lagmannsretts dom 10. august 2009 (08-184179ASD-FROS) (LF-2008-184179)

Forretningsbanken i Trondheim var en av flere banker som inngikk da Fokus Bank ble etablert ved en fusjon. Både Forretningsbanken og de øvrige fusjonerte bankene hadde pensjonsordning for sine ansatte. Disse ordningene var kostnadsfrie for de ansatte, idet arbeidsgiverne svarte for de nødvendige

innskudd. I henhold til ordningene skulle de ansatte etter oppnådd pensjonsalder og full opptjeningstid motta 70 % av årslønn på fratredelsestidspunktet i løpende pensjon. Ordningene var såkalte nettoordninger, der ydelsen fra pensjonsordningen dekket opp det en standardberegnet folketrygdytelse manglet på å nå opp i 70 % av lønnen.

I 2003 ble de ansatte i Fokus Bank gitt valget mellom å fortsette i den eksisterende ydelsesbaserte ordningen eller å gå over i en ordning med innskuddbaserte ydelser som banken opprettet med virkning 1. april 2003. Den enkelte ansatte kunne velge mellom å bli stående i den gamle ordning eller å gå over i den nye. Den gamle ordning ble deretter lukket. I juni 2005 tok bankens styre pensjonsordningen opp til behandling på ny, og i desember samme år ble det mot ansatterepresentantens stemme besluttet å avvikle den ydelsesbaserte ordningen med virkning fra 28. februar 2006. Medlemmene i ordningen skulle få utstedt en fripolise basert på de innbetalinger banken hadde foretatt i den ydelsesbaserte ordningen, og deretter overføres til den innskuddbaserte ordningen.

Arbeidstagerer som hadde valgt å bli stående i den ydelsesbaserte ordningen, gikk da til søksmål (med støtte av sin organisasjon, Finansforbundet). De tapte i tingretten, men vant frem i lagmannsretten (dissens 2-1). Flertallet drøftet både «Hakon-dommen» i Rt. 2002 s. 1576 og «Statoil-dommen» i Rt. 2008 s. 1246. Flertallet la vekt på bl.a. måten banken hadde gått frem på i 2003, styrken av arbeidstageres legitime forventninger og omfanget av de økonomiske virkningene for arbeidstagerne av en omlegning. Alt i alt anså flertallet at momentene i saken i langt sterkere grad enn i «Hakon-dommen» talte for at banken måtte anses bundet og altså ikke hadde noen adgang til ensidig å endre pensjonsordningen for de berørte arbeidstagerne.

Dommen er anket.

Stein Evju

Tilbakekall av prest; om flytteplikt og religionsfrihetens rom i arbeidsretten – Borgarting lagmannsretts dom 8. juni 2009 (LB-2008-142425)

Saken gjelder tilbakekall av en polsk prest til ordenen i hjemlandet. Presten tjenestegjorde i Oslo katolske bispedømme fra desember 1997, og ble tilsatt som sogneprest for en av bispedømmets menigheter i februar 2000. Ved opptak i Picpusordenen i Polen hadde han avgitt et lydighetsløfte. Etter kanonisk rett (katolsk kirkerett) ga dette overordnede rett til avskjedigelse eller tilbakekall fra tjeneste på grunnlag av diskresjonært skjønn.

I desember 2006 ble presten tilbudt å overta den polske sjelesorgen i Oslo katolske bispedømme. Bakgrunnen var dels at man trengte en person til å overta dette arbeidet, dels at det hadde utviklet seg et motsetningsforhold i menigheten mellom presten og menighetsrådets leder. Presten motsatte seg å gå over i den

nye stillingen, og problemene eskalerte. Året etter ble presten ved dekret av provinsialen i Picpusordenen, kalt tilbake til Polen. Heller ikke dette pålegget etterkom presten.

I februar 2008 tok presten ut stevning til Oslo tingrett der han krevde dom for at han var fast ansatt som prest i Oslo katolske bispedømme med tjeneste som sogneprest i menigheten og at oppsigelsen av ham var ugyldig. Parallelt fremmet han krav om å stå i stillingen som sogneprest under tvisten, uten at dette førte frem, se kommentar til Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse i *Nytt i privatretten* nr. 2/2009. I hovedsaken ga tingretten (TOSLO-2008-27559) presten medhold i hans krav og idømte Oslo katolske bispedømme erstatning på 30 000 kroner, samt saksomkostninger. Oslo katolske bispedømme anket dommen til Borgarting lagmannsrett.

Lagmannsretten så først på om tilbakekallet skulle vurderes som en oppsigelse etter arbeidsmiljølovens regler i § 15-7. Subsidiært tok retten stilling til om tilbakekallet ville utgjøre en saklig oppsigelse dersom arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler kom til anvendelse.

Ved vurderingen av det første spørsmålet fant retten at oppsigelsesreglene ikke kom til anvendelse fordi prestens tilknytning til Picpusordenen måtte likestilles med et internasjonalt arbeidsforhold med flytteplikt. Som grunnlag for sitt syn viste retten til Rt. 1988 s. 476, Rt. 1989 s. 231 og Rt. 2003 s. 46. Avgjørelsene gjaldt arbeidstakere i internasjonale arbeidsforhold, som hadde flytteplikt etter arbeidskontrakten i hovedarbeidsforholdet. Selv om pålegg om flytting medførte opphør av arbeidsforholdet i Norge, kom arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler ikke til anvendelse. Prestens lydighetsplikt til ordenen i Polen ble altså likestilt med en kontraktsfestet flytteplikt. Tilbakekallet, som hadde grunnlag i kanonisk rett, medførte dermed opphør av arbeidsforholdet i Norge uavhengig av stillingsvernsreglene. Forskjellen mellom et lydighetsløfte basert på et religiøst kall og flytteplikt nedfelt i en arbeidskontrakt ble ikke ansett å være avgjørende. Spørsmålet om tilknytningen mellom presten og den katolske ordenen utgjorde et arbeidsforhold, ble heller ikke problematisert.

Ved vurderingen av det subsidiære spørsmålet kom retten til at tilbakekallet ville utgjøre en saklig oppsigelse dersom arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler hadde kommet til anvendelse. Det ble lagt til grunn at saklighetskravet måtte tolkes på grunnlag av religions- og foreningsfriheten etter SP artikkel 18 og EMK artikler 9 og 11, jf. menneskerettsloven § 2 og § 3. Her uttalte retten: «Ettersom prestetjenesten i den katolske kirke er et kall forankret i et sakrament, er det etter lagmannsrettens mening ikke grunnlag for å skille mellom et åndelig fellesskap og et arbeidsgiver/arbeidstakerforhold.» Hvem som skal utøve prestetjeneste, var etter lagmannsrettens syn utvilsomt en del av religionsfrihetens kjerne. Kanonisk rett ga

grunnlag for å flytte presten fra menigheten til annen prestetjeneste. Lagmannsretten mente løsningen der han ble overført til annen prestetjeneste, bygget på en fullt forsvarlig og saklig vurdering som tok rimelig hensyn til ham. Når presten aktivt motsatte seg dette, i strid med sitt lydighetsløfte, kom retten til at tilbakekallet var saklig.

Retten viste i tillegg til at tilbakekallet ga Oslo katolske bispedømme saklig grunn for oppsigelse. Tilbakekallet innebar fratakelse av myndigheten til å utøve prestetjenesten. Bispedømmet hadde derfor ikke mulighet til å bruke ham som prest, noe som i seg selv ga saklig grunn for oppsigelse.

Som et tredje poeng fant retten at brudd på formkravene ved oppsigelse ikke medførte at oppsigelsen ble ugyldig. Etter arbeidsmiljøloven § 15-5 (1) fører formfeil til ugyldighet «med mindre særlige omstendigheter gjør dette åpenbart urimelig». Religionsfriheten begrunnet at denne unntaksregelen kom til anvendelse.

Det er en svakhet at lagmannsretten ikke gir noen nærmere begrunnelse for analogien til rettspraksis om flytteplikt, særlig fordi analogien halter på enkelte punkter. I Rt. 1989 s. 231 uttalte Høyesterett: «Det er et åpenbart behov for at det i slike internasjonalt pregede arbeidsforhold som det her er tale om, må kunne inngås avtale som pålegger arbeidstakeren en internasjonal flytteplikt innenfor selskaper tilhørende vedkommende selskapsgruppe.» Høyesterett la altså vekt på at arbeidsforholdets internasjonale karakter ga behov for å kunne pålegge flytting uten hinder av stillingsvernsreglene. Videre var pålegget om flytting i Rt. 1989 s. 231 et resultat av virksomhetsrelaterede vurderinger. Dette står i motsetning til den foreliggende saken. Generelt kan Picpusordenen sies å ha et tilsvarende behov for å tilbakekalle og flytte prester som følge av ordenens internasjonale virkefelt. I dette konkrete tilfellet hadde tilbakekallet imidlertid ingen sammenheng med arbeidsforholdets internasjonale karakter. Begrunnelsen for tilbakekallet var samarbeidsproblemer og erstattet snarere en oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. I dette perspektivet ville det vært nærliggende å vurdere saken etter de alminnelige stillingsvernsregler.

Etter vårt syn gikk lagmannsretten også for langt i uttalelsene om at det ikke var grunnlag for å skille mellom et åndelig fellesskap og et arbeidsgiver/arbeidstakerforhold i den katolske kirke, og at hvem som skal utøve prestetjeneste utvilsomt er en del av religionsfrihetens kjerne. Hadde tilbakekallet vært en reaksjon på uenighet om grunnleggende teologiske spørsmål eller brudd med sentrale, religiøst betingede krav til prestetjenesten, ville religionsfriheten antakelig etterlatt lite rom for saklighetssensur etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Her var det imidlertid interne samarbeidsproblemer, som ikke var religiøst betinget, som førte til tilbakekallet. Selv om lydighetsløftet i seg selv kan sies å ha religiøs forankring,

bør det etter vår oppfatning innrømmes et visst rom for saklighetssensur ut fra individuelle vernehensyn. Lagmannsretten vurderte imidlertid de konkrete forholdene grundig, og det er etter vårt syn ingenting å utsette på konklusjonen om at det forelå saklig grunn for oppsigelse.

Avgjørelsen ble anket til Høyesterett, men er nektet fremmet.

Marianne Jenum Hotvedt og Marie Nesvik

Organisasjonsfrihet, begrensning av aksjonsfriheten for fagforeninger og deres medlemmer, retten til streik – Den europeiske menneskerettighetsdomstolens dom 21. april 2009 (Requête no 68959/01), *Enerji Yapi-Yol Sen c Turkiye*

Dommen er et nytt og vesentlig skritt i utviklingen av organisasjonsfriheten under EMK art. 11. I 1996 var rett til kollektive forhandlinger og kampskrift fortsatt ikke anerkjent for statsansatte i Tyrkia. Det pågikk imidlertid et arbeid for å tilpasse tyrkisk rett til internasjonale konvensjoner som Tyrkia har ratifisert. En hovedorganisasjon for offentlig ansatte planla i den forbindelse en éndags streik som en manifestasjon til støtte for anerkjennelse av slike faglige rettigheter. Kort før manifestasjon skulle finne sted utferdiget staten et sirkulære som forbød enhver statstjenestemann å delta i streiken.

Menneskerettighetsdomstolen fant inngrepet i strid med art. 11. Domstolen gjentok den sedvanlige formulering fra tidligere rettspraksis om at streikeretten ikke er absolutt. Men, med henvisning til dommen i *Demir and Baykara v. Tyrkia* fra november 2008 (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 1/2009), gikk EMD direkte på spørsmålet om hvilke begrensninger i streikeretten som kan være forenlige med art. 11 etter unntaksklausulen i art. 11 nr. 2. Det vesentlige og nye er at domstolen *ikke* gikk inn på en drøftelse av alternative måter å ivareta faglige interesser på, og dermed heller ikke gikk inn på den tilnærmingen som tidligere har vært sedvanlig, om retten til streik som et, men bare som et mulig, beskyttet virkemiddel under art. 11.

Forbudet mot å delta i streiken var foreskrevet «i lov» i EMKs forstand. Men domstolen fant sirkulæret for generelt og vidtgående formulert. Forbudet gikk langt ut over det som måtte kunne aksepteres hva angår statlige tjenestemenn som utøver myndighetsfunksjoner. Sirkulæret og de disiplinære reaksjoner som kunne rettes mot dem som deltok i streiken, var etter sin natur egnet til å avskrekke såvel fagforeningsmedlemmer som andre statsansatte fra en ellers legitim deltagelse i en slik streikedag eller aksjoner med sikte på å ivareta sine faglige interesser. Menneskerettighetsdomstolen konstaterte kort at Tyrkia ikke hadde kunnet påvise at et slikt inngrep skulle være «nødvendig i et demokratisk samfunn». Tyrkia ble følgelig felt, enstemmig, for brudd på EMK art. 11.

Stein Evju

Organisasjonsfrihet, streik, vern mot represalier og organisasjonsfiendtlig adferd – Den europeiske menneskerettighetsdomstolens dom 30. juli 2009 (Application no. 67336/01), *Danilenkov a.O. v Russia*

Saken har sitt utspring i en to uker lang streik i en tvist om lønn, arbeidsmiljøforhold, m.m., blandt havnearbeidere i Kaliningrad. Streiken endte uten resultat. Klagerne hevdet at de etter at streiken var avsluttet, var blitt utsatt for trakassering som straff for sin deltagelse i streiken og for press for å oppgi sitt medlemskap i fagforeningen. Saken har et komplekst faktum med mange elementer og trinn i ulike prosesser. Blandt annet ble flere av arbeidstagerne sagt opp, men oppsigelsene ble funnet ulovlige av distriktsdomstolen. Arbeidsgiveren nektet likevel å gjeninnta de oppsagte. Dette førte til kritikk mot Russland fra ILO under ILO-konvensjon nr. 87 om organisasjonsfrihet.

Hovedspørsmålet i saken for EMD gjaldt forholdet til EMK artikkel 11. Domstolen understreket at der det er spørsmål om organisasjonsfriheten («the right of association») har et tilstrekkelig vern, må det sees hen til *helheten* i hvilke tiltak staten har iverksatt for å sikre fagforeningers organisasjonsfrihet. Arbeidstagerne må ha frihet til å slutte seg til eller ikke slutte seg til en fagforening uten å risikere sanksjoner eller avskrekkende tiltak. Domstolen viste her bl.a. til dommen i *Demir and Baykara* (se ovenfor) og til ILOs konvensjonsvern og praksis (avsn. 123). Ut fra dette fremhevet EMD at det er særdeles viktig at personer som mener seg utsatt for organisasjonsdiskriminering, har mulighet til å imøtegå dette og har rett til å reise søksmål for å få erstatning eller andre former for avhjelp. Statene er derfor forpliktet, etter artikkel 11 og 14, til å sørge for et domstolsapparat som vil sikre reelt og effektivt vern mot anti-fagforeningsdiskriminering (avsn. 124).

Her ble Russland funnet å komme til kort. Riktignok fantes det et generelt diskrimineringsforbud i lovgivningen om fagforeninger. Men dette var ineffektivt, ettersom domstolene la til grunn at spørsmål om diskriminering bare kunne avgjøres i en straffesak. Det ville gi arbeidstagerne langt svakere posisjon enn i en sivil sak, ikke minst med hensyn til bevissspørsmål og rådighet over saken. EMD (i avdeling) fant enstemmig at det forelå krenkelse av EMK artikkel 11 og 14.

Dommen er interessant av flere grunner, og i et videre perspektiv fordi EMD igjen følger opp linjen fra *Demir and Baykara* med en bred tilnærming til det folkerettslige grunnlaget og vektlegging av det grunnleggende konvensjonsvernet utenfor EMK, i dette tilfellet ILO-konvensjon nr. 87 og ILO-organenes praksis på dette konvensjonsområdet.

Stein Evju

Masseoppsigelser, informasjon og drøftelser, kollektive kontra individuelle løsninger – EF-domstolens dom 16. juli 2009, sak C-12/08 *Mono Car Styling SA, under likvidasjon, mot Dervis Odemis m.fl.*

Saken, fra Belgia, knytter seg spesielt til artikkel 6 i «masseoppsigelsesdirektivet», 98/59/EF. I norsk oversettelse lyder bestemmelsen: «Medlemsstatene skal påse at arbeidstakernes representanter og/eller arbeidstakerne har adgang til forvaltnings- og/eller domstolsbehandling som sikrer at forpliktelsene fastsatt i dette direktiv oppfylles.»

Efter belgisk rett har arbeidstagerens representanter rett til å reise sak om manglende overholdelse av de direktivbaserte reglene om informasjon og drøftelser (hos oss i arbeidsmiljølovens § 15-2). Den enkelte arbeidstager har derimot en sterkt begrenset rett til å reise sak på egenhånd. Klagerne hevdet at dette siste innebar en begrensning av vernet for arbeidstagerne og underminerte direktivets effektivitet. De fikk ikke medhold.

EF-domstolens generelle utgangspunkt er det grunn til å merke seg. Domstolen uttalte at det følger av direktivet at den rett til informasjon og drøftelser det stiller krav om, tar sikte på «arbeidstagerens representanter» og *ikke* på de enkelte arbeidstagerne individuelt (avsnitt 38, jfr. 39-42). Retten til informasjon og drøftelser etter dette direktivet er således en *kollektiv* rettighet. Standpunktet samsvarer med generaladvokatens syn; han poengterte at det samme gjelder for det generelle informasjons- og konsultasjonsdirektivet (2002/14/EF, gjennomført hos oss i arbeidsmiljølovens kapittel 8). Dette er ikke til hinder for at individuelle arbeidstagerne kan gis rettigheter i nasjonal rett, men direktivets alminnelige krav til hvordan kollektive rettigheter skal kunne ivaretas, vil i så fall ikke gjelde på samme måte (avsnitt 46-52). Det er grunn til også å understreke at domstolen ikke tok stilling til situasjoner der det ikke finnes noen arbeidstagerrepresentanter, eller der noen arbeidstagerne ikke er representert av dem som har en status som representanter. I den belgiske konteksten var ikke dette noen aktuell problemstilling, idet de nasjonale reglene var knyttet sammen med en «almengjort tariffavtale» som omfattet samtlige berørte, uten noe skille mellom normative og andre bestemmelser slik vi kjenner det fra almenforordningen av 1993 og Tariffnemndas forskrifter.

Et punkt om ufullstendig direktivgjennomføring ble håndtert på sedvanlig måte med henvisning til plikten for nasjonale domstoler til fellesskapsrettskonform lovtolkning.

Det verserer to andre saker om masseoppsigelsesdirektivet hvor det så langt foreligger innstillinger fra generaladvokaten:

Sak C-44/08 (finsk) *Akavan EK ry m.fl. – Fujitsu Siemens Computers OY, GA Mengozzi innstilling 22. april 2009*; om når plikten til å informere/drøfte inntreer, og om hvem som har plikter i konsernforhold.

Sak C-323/08 (spansk) Ovidio Rodriguez Mayor m.fl. – Rafael de las Heras Dávila bo og Sagrario de las Heras Dávila, GA Mengozzi innstilling 16. juli 2009; om opphør i direktivets forstand foreligger når arbeidsgiveren dør, og om det kan stilles materielle krav til erstatning e.l. («compensation») ved masseoppsigelser og brudd på informasjons- og drøftelsesplikter.

Stein Evju

Aldersdiskriminering – rettspraksis i bevegelse

Aldersdiskriminering er et stadig mer aktuelt og kontroversielt tema; jfr. omtalen av dette i *Nytt i privatretten* nr. 2/2009. Feltet er i stadig utvikling, både i norsk og i europeisk rettspraksis.

Agder lagmannsretts dom 24. juni 2009 (LA-2008-196596) gjelder (tap av) stillingsvern etter sjømannslovens § 19. Sjømannsloven, likesom arbeidsmiljøloven, har ikke noen regel om pliktmessig avgangsalder («aldersgrense»). Rett til sjømannspensjon oppnås ved fylte 60 år – forutsatt opptjening. Lovens § 19 nr. 1 sjette ledd har vært forstått slik at vernet mot usaklig oppsigelse faller bort ved fylte 62 år, for så vidt tilsvarende som «70-årsregelen» i arbeidsmiljølovens § 15-7. Lagmannsretten la til grunn at dette er en rettsgyldig norm. Retten la avgjørende vekt på *lovgiverintensjonen* ved gjennomføringen av rammedirektivet 2000/78/EF. Dens synspunkt var, med henvisning til lovforarbeidene, at lovgiveren har «vurdert og tatt standpunkt til harmoniseringsspørsmålet» og har konkludert med at det ikke er motstrid mellom lovens regel og direktivnormene. En person som var blitt ansatt etter fylte 62 år, fikk dermed ikke medhold i at oppsigelsen av ham var ugyldig. En annen fikk derimot medhold på det grunnlag at hun ikke hadde tilstrekkelig fartstid til å få pensjon. Lagmannsretten (flertallet) fant at bestemmelsen i sjømannslovens § 19 nr. 1 sjette ledd må forstås slik at adgangen til å si opp på grunn av alder alene ved fylte 62 år, forutsetter at sjømannen har opparbeidet rett til pensjon. Den arbeidstageren som ikke fikk medhold i at oppsigelsen var ugyldig, har anket dommen til Høyesterett.

Asker og Bærum tingretts dom 15. juli 2009 (08-195258TVI-AHER/2) gjelder *tariffestet* pensjonsalder for piloter og utvelgelse ved masseoppsigelse. Pensjonsalderen er 60 år. Heller ikke tariffavtalen mellom SAS og pilotforeningene har noen pliktmessig avgangsalder. Ved oppsigelser, omdisponering, osv., er det alminnelige tariffmessige utgangspunkt at man følger «senioritetslisten» – en rent ordinal ansiennitetsrekkefølge. I dette tilfellet hadde SAS avtalt med pilotforeningene å fravike dette og først si opp samtlige over 60 år. Tingretten aksepterte dette med en ytterst kursorisk begrunnelse, uten å gå inn på f.eks. om en enkelt arbeidsgiver kan påberope samfunnsmessige arbeidsmarkedshensyn eller andre vurderingsspørsmål som følger av ordlyden i lov og direktiv og av EF-domstolens rettspraksis. Tingretts dom er anket.

Både premissene og enda mer utfallet blir stående som et tankekors og en kontrast til en avgjørelse kort tid tidligere av det danske Ligebehandlingsnævnet i en tilsvarende sak (j.nr. 2500052-09, avgjørelse 26. juni 2009). Nævnet fant at oppsigelsen som bare var begrunnet med at piloten hadde oppnådd den tariffmessige pensjonsalder, var ulovlig aldersdiskriminering, uansett avtalen mellom SAS og pilotforeningene. Klageren ble tilkjent erstatning tilsvarende ni måneders lønn, en drøy million danske kroner.

Det verserer flere slike saker i Danmark. Av større interesse er det at den tyske Bundesarbeitsgericht medio juni sendte en prejudisiell foreleggelse til EF-domstolen. Den gjelder nettopp ordningen med tariffbestemte pensjonsalder- og aldersgrenser for piloter. Slike har en historie og viss bakgrunn i internasjonale reguleringer, men disse er ikke lenger like ubetingede, og de har vært omstridt i forhold til aldersdiskrimineringsregler i lang tid. Allerede i 1985 forkastet den USanske høyesterett en sjablonvurdering av piloters skikkethet knyttet til oppnådd alder som uforenlig med Age Discrimination in Employment Act, 1967 (jfr. *Western Air Lines, Inc. v Criswell*, 472 U.S. 400 (1985)). Europeisk rettspraksis har vært mer sparsom og reservert. Det er derfor all mulig grunn til å avvente EF-domstolens stillingtagen til den tyske foreleggelsen med interesse.

I den andre enden av aldersskalaen har EF-domstolen i en avgjørelse 18. juni 2009 erklært nasjonale regler om å utelukke praksis fra før fylte 18 år som stridende mot direktivets forbud mot aldersdiskriminering (sak C-88/08 *David Hütter mot Technische Universität Graz*). Østerriksk lovgivning for offentlig tjeneste stilte opp en slik regel; siktemålet var å ikke forskjellsbehandle personer med almenutdannelse og yrkesfaglig utdannelse. Domstolen poengterte at det som kan gi rettmessig grunnlag for forskjellsbehandling, etter direktivets artikkel 6 bare er «sosialpolitiske formål». Den aksepterte at det i utgangspunktet kunne være tale om et formål av en slik art i dette tilfellet. Men den østerrikske reguleringen falt likevel, idet domstolen anså at den ikke var et egnet og proporsjonalt middel til å nå det formålet som skulle ivaretas.

En litt lignende sak er C-555/07, *Seda Küçükdeveci mot Swedex GmbH & Co. KG* (tysk), der generaladvokat Bot la frem sin innstilling 7. juli 2009. Hovedspørsmålet er om ansettelsestid før fylte 25 år kan ekskluderes ved beregningen av ansettelsestid for fastsettelse av oppsigelsesfrist. GA Bot foreslår at domstolen skal svare nei på spørsmålet.

Stein Evju

Lovgivning – Høringssaker mv.

Før sommerferien la Arbeids- og inkluderingsdepartementet frem et knippe høringssaker med ganske ulike temaer.

En gjelder *midlertidige ansettelser*. Den har to fasetter. Den ene går i rette med Høyesteretts dom

7. mai 2009 (jfr. ovenfor) og foreslår at *fravær* – herunder, men ikke bare, sykefravær – *ikke* skal gå til fradrag ved beregning av fireårsperioden i aml. § 14-9. Den andre retter seg mot «tilkallingsavtaler». Departementet erkjenner og aksepterer at slike avtaler spiller en rolle i praksis. Lovendringsforslaget begrenser seg til en bestemmelse om «jevnlig vurdering» av bruken av midlertidig ansettelse i samvirke med «tillitsvalgte». (AID 200804809-/RYA, høringsfrist 17. oktober 2009.)

Et ganske annet tema er forslaget om utvidelse av ordningen med *regionale verneombud* til renholdsbransjen og hotell- og restaurantbransjen. Det er i utgangspunktet begrunnet med lav organisasjonsgrad og svakt organisert HMS-arbeid i disse bransjene. Det mest kontroversielle er formodentlig den foreslåtte finansieringsordningen, som følger den man har i bygg- og anleggsbransjen. Den innebærer at de regionale verneombudene skal finansieres gjennom en avgift som skal betales av samtlige arbeidsgivere i de berørte bransjene, med en promillesats av lønnsutgiftene. Det innebærer i realiteten en arbeidsgiverfinansiering av fagforeningsaktivitet, hvilket lett påkaller reservasjoner. (AID 200903451-/OLI, høringsfrist 26. oktober 2009.)

Et ganske annet og mer grunnleggende tema er forslaget om en *ny lov om arbeidstvister*. Det er i utgangspunktet hva departementet kaller en «teknisk og språklig modernisering» av loven fra 1927, men legger også opp til en ny lovstruktur og en revisjon av prosessreglene bl.a. i lys av tvisteloven. Det vil fortsatt være slik at domstolsloven og tvisteloven ikke har direkte anvendelse i saker etter arbeidstvistlovgivningen. De foreslåtte endringene har nok begrenset rekkevidde. Myriaden av detaljer er for stor til å gå inn på her. Men, som det heter, djevelen stikker i detaljene, og det vil være nok å ta fatt i. (AID 200607507-/IP, høringsfrist 19. oktober 2009.)

På et ganske annet felt er NOU 2009: 14 *Et enhetlig diskrimineringsvern* lagt frem, men ennå ikke sendt på høring. Utvalgets hovedoppgave var å fremme ett eller flere forslag til en samlet lov mot diskriminering, en oppgave som har trengt seg på med den vekst og spredning i ikke-diskrimineringslovgivningen som har funnet sted i de seneste år. I hovedsak har uvalget samlet seg om ett lovforslag og et forslag til en ny § 110 d i Grunnloven. Langt på vei vil forslaget konsumere arbeidsmiljølovens kapittel 13, men det vil fortsatt være samvirke- og grenseflater.

NOU 2009: 10 *Fordelingsutvalget* har en fullstendig annen innretning, men er også av arbeidsrettslig interesse. Utvalgets mandat har vært å utrede økonomiske forskjeller i samfunnsmessig sammenheng. Egne kapitler er viet arbeidsliv og lønnsdannelse, trygde- og stønadsordninger, og spørsmålet om det finnes en særskilt «nordisk modell». Her er det materiale og refleksjoner som enhver med interesse for

arbeidsrett vil ha nytte av og ikke bør være ukjent med.

NOU 2009: 13 *Brede pensjonsordninger* kommer litt i samme kategori. Her er temaet hvordan private tjenstepensjonsordninger samvirker med det offentlige trygdesystemet. Ved siden av å gi et bredt kunnskapstilfang skisserer utvalget to modeller for supplerende tjenstepensjonsordninger som går rett inn i diskusjonen om fremtidens pensjonsordninger. Dette er spesielt, men ikke desto mindre aktuelt stoff på den bredere arbeidsrettslige arena.

Stein Evju

Litteratur

***Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag.* (Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt, Dag Michalsen, red.) Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 2009. 685 sider**

Henning Jakhelln fratradte sitt professorat ved Institutt for offentlig rett, UiO, 30. juni i år etter å ha nådd aldersgrensen. Da han fylte 70 i mars, ble han velfortjent hyllet med et festskrift. Jakhelln har lenge vært en aktiv aktør med en sterk faglig posisjon og et bredt engasjement. Redaktørene har tegnet et sympatisk bilde av jubilaranten og hans mangfoldige aktiviteter i den innledende *laudatio*. Festskriftet har i alt 33 bidrag, fire av dem fra danske og svenske kolleger. Bidragene spenner vidt, fra arbeidsrett til barnrett, fra strafferett til skatterett, rettskilde- og rettsteori, rettsantropologi og folkerett. Arbeidsrett har vært Jakhellns faglige hovedfelt. Det gjenspeiler seg som seg hør og bør i festskriftet. To tredjedeler av bidragene kretser om arbeidsrettslige temaer, inkludert ikke-diskrimineringsrett i arbeidslivsforhold. Også her er spennvidden stor, fra ansettelsespørsmål, stillingsvern og varsling til aldersdiskriminering, styringsrett, tariffavtalers eftervirkning, arbeidskamp og streikebryterproblemet. Uansett innfallsvinkel byr festskriftet på et vell av leseverdige artikler. Boken har også en bibliografi over Jakhellns faglige forfatterskap. Over 32 sider dekker den tiden fra hans første småstykker i 1962 til klassikerbidraget til *Knophs Oversikt* (13. utgave) i 2009. Bibliografien er dessverre dårlig ordnet, spesielt fra 2004 og bakover, men gir likevel inntak til en rik og mangeartet faglig produksjon.

Stein Evju

Mary-Ann Hedlund og Brit Djupvik Semner: *Likestillings- og diskrimineringslovene – med kommentarer.* Bind I. Bergen, Fagbokforlaget, 2008. 666 sider (inkl. 58 s. vedlegg og registre)

Likestillings- og ikke-diskrimineringsretten har gjennomgått dyptgripende endringer de seneste årene. På kjønnsdiskrimineringsområdet er det mest tale om generisk videreutvikling, men i tillegg til dette «klassiske» temafeltet har det kommet til et omfattende sett av

forbudte diskrimineringsgrunner. De gjorde sitt inntog dels med det nye kapittel X A i arbeidsmiljøloven av 1977, i 2004, dels er de videreført og bygget ut med diskrimineringslovreformene i 2005 og senere endringer. Prosessen pågår fortsatt, med NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern* som et talende uttrykk. Denne veksten i materielle grunnlag og lovgivningstiltak har gjort ikke-diskrimineringsretten til et omfattende, tildels også komplekst felt. Den har også voldt forfatterne problemer. De startet med en plan om å kommentere likestillingsloven, men har under marsjen fått vesentlig mer å forholde seg til. Dette ligger til grunn for en oppdeling av det som tenkes som en samlet kommentar, i to bind. Bind I kommenterer likestillingsloven (1978) og loven om likestillings- og diskrimineringsombudet og -nevnden (2005); dessuten har det avslutningsvis med et mindre avsnitt om «sentrale EU- og EØS-rettslige kilder» (del III, 60 s.).

Boken retter seg mot «det praktiske liv» (s. 6, forordet). Kommentardelene er bygget opp etter et forholdsvis tradisjonelt mønster. Den enkelte paragraf gis en oversiktsmessig innledning, derefter behandles de tematiske problemer i utgangspunktet systematisk, med diskusjon også av rettspraksis. Leseren slipper derved den ofte trettende og lite pedagogiske formen med «noter» til lovteksten som basis for strukturering av fremstillingen. Diskusjonsavsnittene følges av rent enumerative underkapitler om rettspraksis og ombuds- og nevndspraksis. Dette valget er det vanskeligere å se tjenligheten av. Kondenserte referater av praksis gir stort sett ganske lite når de presenteres isolert; fremstillingen ville ha tjent på å trekke dette stoffet bedre inn i de analytiske delene. Noe av praksis er med der, men den blir i litt for stor grad behandlet refererende. Helhetsinntrykket blir en litt ufullstendig bearbeidet behandling av stoffet. Dette knytter seg sammen med en annen metodisk innvending. Den rettskildemessige tilnærmingen virker utilstrekkelig reflektert. Norsk lovtekst og norske lovforarbeider kommer naturlig nok i første rekke. Men tidvis er det uklart om forfatterne mener at praksis fra håndhevelsesorganene har større betydning enn norsk rettspraksis eller EF/EØS-rettspraksis; f.eks. s. 244–245 hvor en – mangelfull referanse til EF-domstols praksis kommer som en «hale» på en opprømsing av en del saker fra (den nu opphevede) Klagenemnda for likestilling. Det står som en klar kontrast til s. 248, der EF-rettspraksis trekkes inn, om enn bare pr. henvisning, i en redegjørelse for norske lovforarbeider.

Det ville også vært en styrke om henvisninger til EF- og EØS-domstolspraksis var gitt med skikkelige referanser i teksten. Slik det er, vises det til del III, hvor slik praksis bare er oppregnet, for en del med korte referater. Men heller ikke der finner man slike trykkstedsreferanser som ellers regnes som et grunnkrav i faglig forfatterskap. Det mangler også et register over EF-domstolsavgjørelser med henvisning til hvor i teksten man kan finne dem, i motsetning til for norsk

retts- og forvaltningspraksis. Det er ellers ikke lett til enhver tid å se hva som har styrt forfatternes utvalg og bruk av EF-rettspraksis. I diskusjonen av likelønn etter likestillingslovens § 5 er dommen i *Lawrence* (sak C-320/00, Saml. 2002 s. I-7325) nevnt i teksten (s. 245), den senere avgjørelsen i *Allonby* (sak C-256/01, Saml. 2004 s. I-873) er avspist med en ren henvisning, skjønt dommen neppe er mindre sentral. Drøftelsen av «arbeid av lik verdi» og «kjønnsnøytrale normer» foretas adskilt, skjønt temaene glir over i hverandre. Her blir storkammerdommen i *Cadman* (sak C-17/05, Saml. 2006 s. I-9583) om ansiennitet som kriterium for lønnsfastsettelse likeledes avspist med en henvisning (s. 247), uten noen diskusjon av betydningen for slike lovtolkningsspørsmål som blir behandlet.

Boken har, som alt nevnt, greie registre over norsk retts- og forvaltningspraksis. Den har også et stikkordregister, men det er sparsomt og preges nok av et i første rekke diskrimineringsrettslig perspektiv. Arbeidsrettslig sett blir det mangelfullt, f.eks. finner man hverken «ansiennitet» eller «tariffavtale», selv om dette er emner som er behandlet i hovedteksten. Innvendingene til tross, boken byr på et omfattende materiale og strukturerte problemstillinger. Begge deler bør gjøre den til et nyttig hjelpemiddel og grunnlag for videre refleksjon i praktisk juridisk arbeid.

Stein Evju

ARVERETT

Uskifte. Al. § 19 – flere gaver fra uskiftebo til samme arving. Vederlagskrav etter § 27 – Hålogaland lagmannsretts dom 22. april 2009 (LH-2008-180463)

Gjenlevende som satt i uskifte ga over en periode på fem måneder flere pengegaver til en og samme arving. Samlet sto disse gaver i misforhold til formuen i boet og kunne derfor omstøtes.

Fakta

A overtok boet i uskifte etter at mannen døde i 1999. Ektefellene hadde tre døtre.

I 2004 foretok gjenlevende en rekke pengeoverføringer til datteren B. A hadde en beskjeden pensjon og boet besto i det alt vesentlige av hennes bolig. Gavene til B ble finansiert ved låneopptak. Gavene besto av flere pengeoverføringer over en periode på noen måneder i 2004. Samlet kom retten til at gavene var på totalt 130 000 kroner. Datter C reiste sak med krav om omstøtelse samt vederlag etter § 27. Lagmannsretten kom til at vilkårene etter § 19 for omstøtelse var oppfylt, men tilkjente ikke vederlagskrav.

Lagmannsrettens vurdering

Retten la til grunn at når flere gaver er gitt til samme person må gavene ses under ett. Dette er i tråd med

tidligere rettspraksis og juridisk teori. Det var på det rene at de andre døtrene hadde fått gaver, men ikke i tilnærmedesvis samme omfang som gavene til B. Lagmannsretten mente at hvis en gave først var i «mishøve» til boets størrelse, måtte hele gaven omstøtes selv om en mindre gave ville vært gyldig. Om «mishøvevurderingen» uttalte lagmannsretten: «Lagmannsretten finner at gaven på 130 000 kroner sto i misforhold til boets formue i henhold til arveloven § 19. Gaven utgjør 17,1 % av 760 000, 17,9 % av 720 000 og 21,6 % av 600 000. I tillegg kommer at gaven i sin helhet ble finansiert ved lån, idet boet ikke hadde økonomi til en slik gave, og slik at gaven påførte boet vedvarende renteutgifter. Gaven representerte også en forfordeling av en av førstavdødes arvinger på bekostning av de øvrige arvingene, og hadde et visst preg av illojal fordeling ved at en vesentlig del av livsløpslånet fra juli 2004 ble tildelt den ene arvingen. Boets verdiøkning parallelt med overføringene til B fremstår som et tilfeldig og usikkert, sammentreff.» Når det gjelder kunnskapskravet var det på det rene at B visste at moren satt i uskifte. B anførte at hun ikke hadde kjennskap til morens økonomi og derfor ikke hadde foranledning til å vurdere gavens størrelse i forhold til boets verdi. Lagmannsretten mente B var kjent med at formuen i boet kun besto i boligen og at morens pensjon var beskjedent. Det heter om dette i dommen: «Idet B var kjent med morens beskjedne inntekt, at hun ikke hadde annen formue enn sin bolig, og at overføringene i 2004 i sin helhet var lånefinansiert, finner lagmannsretten at hun ikke var i god tro i henhold til arveloven § 19.»

Om vederlagskravet la lagmannsretten til grunn at A i årene 1999–2006 hadde forbrukt hele sin pensjon og i tillegg en sum på kr. 839 000. Av denne summen var kr. 200 000 brukt til påkostninger på boligen og kr. 200 000 gitt til B i denne perioden. Da gjensto kr. 439 417 som fordelt på syv år utgjorde et forbruk på kr. 60 000 i året. At gjenlevende kunne bruke hele sin inntekt var en selvfølge. Lagmannsretten uttalte: «Samlet sett finner lagmannsretten det verken uforklart eller utilbørlig at A i perioden 1999–2006 har forbrukt i snitt ca. 60 000 kroner per år av boets midler i tillegg til sin årlige pensjonsinntekt på fra 152 000 til 194 000 kroner.» Gaven på kr. 130 000 til B hadde ikke medført noen reduksjon av boet siden retten avsa dom for omstøtelse av gaven. «Et vederlagskrav kan dermed ikke baseres på denne gaven, og lagmannsretten vurderer ikke nærmere om disposisjonen er å anse som utilbørlig adferd.» Retten fant det ikke nødvendig å ta stilling til betydningen av at boet som følge av verdistigning på boets faste eiendom, var steget i verdi siden etableringen av uskifte i 1999.

Kommentar

At flere gaver til en og samme arving vurderes samlet i forhold til § 19 er i dag selvsagt. At en gave på ca. 17 % omstøtes finner jeg også helt korrekt. Man har i rettspraksis lagt stor vekt på en uttalelse i teorien om en

grense på 20 %. Lagmannsretten har i dommen lagt vekt på flere tilleggsmomenter hvilket jeg er helt enig i. Ut fra en slik helhetsvurdering bør gaver som utgjør langt mindre enn 20 % av uskifteboet kunne omstøtes. Et viktig moment i denne saken var at boet besto av nesten bare en bolig slik at gaven måtte finansieres ved lån. Gaver som ikke rammes av § 19 vil for øvrig kunne bli ansett som delvis arveoppgjør etter § 21.

Peter Hambro

Pliktdel. Al. § 30 – fordeling av gjenstander i testament. Avkortning – §§ 38 og 40 – Agder lagmannsretts dom 16. mars 2009 (LA-2008-130879)

I dommen ble samlet tre problemer avgjort. Det ene var om et testament som begunstiget en datter med en fritidseiendom gikk utover det foreldrene hadde rett til etter al. §§ 29 og 30. Det andre var om en annen datter måtte tåle avkortning for verdien av gaver hun tidligere hadde mottatt fra foreldrene. Dersom den ene datter ikke fikk fritidseiendommen i kraft av testamentet var det så spørsmål om anvendelse av sl. § 61 andre ledd. Dommen avgjorde flere spørsmål vedrørende §§ 29 og 30.

Fakta

E og F hadde fire barn. De to yngste var tvillingene C og D. Ektemannen E døde først og hustruen F i 2006. Datteren C fikk overført en eiendom fra foreldrene lenge før E døde. E hadde etter rettens mening ønsket avkortning av denne gaven, men F ga i 2005 uttrykk for at avkortning ikke skulle foretas. Foreldrene hadde i testament fra 1986 bestemt at D skulle få overta en fritidseiendom. På skiftet forelå flere takster over denne eiendommen. Datter C var på skiftet villig til å gi avkall på sin del av pliktdelsarven til fordel for D slik at D kunne overta eiendommen uten konflikt med § 30. (Det må menes avslag på arv.)

Lagmannsrettens vurdering

- a) Om §§ 29 og 30. Taksten på fritidseiendommen ble etter anke satt til kr. 2 400 000. Omsetningsverdien da lengstlevende døde i 2006 ble satt til kr. 2 millioner. Retten presiserte at det ikke finnes rettspraksis som gir et entydig svar på om det er verdien på tidspunktet for lengstlevendes død eller verdien på oppgjørstidspunktet som skal legges til grunn ved avgjørelsen av om et gjenstandslegat er innenfor det en testator kan råde over etter §§ 29 og 30. Retten kom til at de beste grunner taler for å bruke verdien på tidspunktet for lengstlevendes død og nevnte at dette er i overensstemmelse med den løsning de fleste i teorien går inn for.
- b) Retten beregnet det samlede boet til kr. 3 168 811. Den frie tredjedel var kr. 1 056 270 og hvis man tok Ds fjerdedel av pliktdelsarven og la sammen med den frie tredjedel kom man til kr. 1 584 405. Siden eiendommen var verdt kr. 2 millioner var

- testamentet en krenkelse av de øvrige arvingers pliktdel.
- c) C var imidlertid villig til å gi avkall (avslag) på sin arv til fordel for D. Hvis man la hennes andel av pliktdelen til Ds sum kom man over 2 millioner. Lagmannsretten var imidlertid kommet til at C måtte tåle avkortning for kr. 250 000 og derfor kunne hun bare gi avkall på kr. 278 135 til fordel for D. Spørsmålet var så om C ved å gi avkall på arv kunne reparere at testamentet krenket pliktdelen. Lagmannsretten foretok en meget grundig drøftelse av dette spørsmål og behandlet både juridisk teori og rettspraksis. I juridisk teori er det hevdet at en krenkelse av pliktdelen ikke kan repareres ved at en annen arving tar overskridelsen av friarven på sin kappe. I nyere juridisk teori har man imidlertid bare drøftet det tilfellet at den tilgodesette i testamentet ikke er en livsarving. Arnholm mente en slik ordning måtte godtas hvis den tilgodesette var en livsarving. Retten mente at avgjørelsene i Rt. 1980 s. 1515 og Rt. 1973 s. 940 ikke ga særlig veiledning i saken. Det ble bare uttalt at disse saker hadde et ganske annet og spesielt faktum og var avsagt under dissens. Retten uttalte så at når lovtekst, forarbeider, rettspraksis og teori ikke ga noen klar rettsregel, måtte reelle hensyn og formålsbetraktninger tillegges betydelig vekt. Om dette uttalte retten: «Under den forutsetning at A og B vil motta pliktdelsarv, er det etter lagmannsrettens oppfatning vanskelig å finne argumenter av særlig vekt mot at testamentet skal kunne gjøres gjeldende. Selv om det med begrepet «særleg heimel» i arveloven § 29 andre ledd hovedsakelig er tenkt på lovhjemmel, kommer også Cs samtykke i betraktning, jf. Hambro *Arveloven* 4. utgave s. 200. Lagmannsretten er ikke enig i at en ved å godta at en livsarving aksepterer krenkelse av pliktdelen, bereder grunnen for «allianser» mellom pliktdelsarvinger som ikke bør aksepteres. Det kan nok tenkes slike tilfeller, men neppe i et slikt omfang at det er noe argument av tyngde mot å godta ordningen. Cs samtykke vurderes etter dette til å ha reparert pliktdelsoverskridelsen slik at testamentet 31. august 1986 i utgangspunktet er gyldig etter sin ordlyd.»
- d) Det siste problem ble dermed at retten var kommet til at C måtte tåle avkortning for kr. 250 000. Når resten av Cs arv ble tillagt Ds arv manglet fortsatt kr. 137 460 for å overta eiendommen uten å krenke pliktdelen til de to andre barna. Spørsmålet var så om D likevel kunne overta eiendommen mot å innbetale det manglende beløp til boet. Lagmannsretten presiserte at dette spørsmålet ikke er løst i lov eller rettspraksis og at det er ulike oppfatninger i teorien. Lødrup mener legataren må gi tapt, men at en reservasjon muligens kan gjøres hvis overskridelsen er beskjedent. Lagmannsretten uttalte at man fant dette spørsmål vanskelig og tvilsomt, men at kr. 137 460 uansett ikke kunne betraktes

som en så beskjedent overskridelse at testamentet kunne stå seg ved en innbetaling fra D til boet. Sl. § 61 andre ledd. Lagmannsretten la vekt på at D bodde fast i en helt annen del av landet og at det var «foreldrenes uttrykte vilje at hun skulle få... for å ha et tilknytningspunkt i Grenland. D var i motsetning til de eldste søstrene enslig forsørger «og uten den mulighet til rekreasjon som en hytte innebærer». Retten uttalte også: «Selv om testamentet er ugyldig som stridende mot pliktdelsreglene, er testators uttrykte vilje et vesentlig argument i favør av at D har krav på å få hytta utlagt til seg.» Testamentet medførte altså at D fikk eiendommen utlagt til seg til tross for at testamentet krenket pliktdelen og derfor ikke kunne opprettholdes i seg selv. Testators vilje blir dermed oppfylt ved bruk av sl. § 61 andre ledd.

Avkortning. Det var på det rene at overdragelsen av en eiendom til C var en «monaleg gave». De eldste søstrene hadde også fått betydelige gaver fra foreldrene, men C hadde fått langt mer og retten la til grunn at de andre barna ikke hadde fått «tilsvarende verdier». Avkortning skjer etter § 38 bare hvis det er i «samsvar med føresetnadene til arvelateren». E hadde i 1987 i et brev til skattefuten skrevet om overdragelsen av den faste eiendom: «Men det var ikkje meiningi at hele verdien skulde tilfalle henne. Ho hadde då fått meir enn dobbelt so mykje som dei 3 syskjini sine.» Ut fra denne uttalelse kom lagmannsretten til at avkortning i foreldrearven for C var en forutsetning for E. F hadde i et brev i 2005 skrevet at det ikke var forutsetningen at mottatte gaver skulle medføre senere avkortning i arv. Gjenlevende kunne imidlertid ikke forandre en avkortningsbestemmelse fra avdøde ektefelle. Resultatet ble derfor at C måtte tåle avkortning med den del av husets verdi som kom fra E. Når det gjaldt avkortningssummen viste retten til dommen i Rt. 1996 s. 710. Retten mente verdistigningen hadde vært såpass stor at avkortningsbeløpet måtte oppjusteres for ikke å bli «openbert urimeleg». Avkortningsbeløpet ble satt til 250 000 kroner.

Kommentar

Dommen fastslår at i forhold til § 29 er det verdiene på dødsfallstidspunktet som er avgjørende. Det viktigste i dommen er vel den grundige vurderingen av spørsmålet om en arving ved avkall/avslag kan reparere en overskridelse av pliktdelen og derved gjøre et gjenstandslegat gyldig. Jeg er helt enig i rettens argumentasjon og for øvrig også enig med mindretallet i Rt. 1980 s. 1515. Dommen viser at det avgjørende for om avkortning skal foretas er en tolking av givers utsagn og opptreden. Det er ikke nødvendig at ordet avkortning eller forskudd på arv er brukt. Når det gjelder avkortningssummen ser det ut til å være fast praksis for fast eiendom at man bruker dagens verdi grunnet den betydelige verdistigning man har opplevd i mange år.

Peter Hambro

Avkall på arv – § 45 – Agder lagmannsretts dom 5. juni 2009 (LA-2009-5839)

Det avgjørende i denne saken var hvorvidt ett av barna hadde gitt avkall på arv. Retten måtte avgjøre om avkall må gis uttrykkelig eller om andre formuleringer kan tolkes som et avkall. Dette spørsmål har så vidt jeg vet ikke vært behandlet tidligere i rettspraksis eller teori.

Fakta

D satt i uskifte med tre barn etter at ektefellen døde i 2000. D foretok i årene 2001 og 2002 betydelige overføringer fra uskifteboet til barna C og B mens barnet A ikke mottok noe. Etter farens død i 2007 reiste A sak med påstand om at disse overføringer ble rammet av § 21. A hadde i 1998 ved brev tatt et definitivt brudd med sine foreldre. Arveforholdene var bare indirekte berørt i dette brevet. Senere bekreftet han innholdet av brevet, men atter senere i 2000 angret han og sendte et nytt brev til gjenlevende hvor det het at han ikke kunne vedstå seg det han tidligere hadde skrevet. Barna C og B hevdet at A hadde gitt avkall på arv slik at han ikke kunne påberope seg § 21.

Lagmannsrettens vurdering

Retten vurderte bare om A hadde gitt avkall på arv siden dette var avgjørende for om § 21 kunne påberopes. I brevet fra juni 1998 hadde A skrevet: «Jeg velger å bryte med mitt hjem. ... Vær så vennlig å avskriv meg for fremtiden. Ikke på noen måte ta kontakt med meg.» Arveforholdene var beskrevet slik: «Skal noen tilgodeses istedenfor meg ber jeg om at H, i og J ivaretas. H har villet alt det beste for dere. Vær så vennlig og skriv testament så snart som mulig.» De nevnte personer var barna og daværende ektefelle. Retten mente at disse formuleringer indikerte «med betydelig styrke at A ga et dispositivt uttrykk for at han ikke lenger ønsket å være arving etter foreldrene. Det samme gjør det forhold at han pekte på barna og daværende ektefelle dersom noen skulle tilgodeses i stedet for han». I desember 1998 skrev A et nytt brev til foreldrene hvor det blant annet het at han sto ved sitt forrige brev. Det viktigste i saken var at A i 2000 skrev et brev hvor det het: «Av formell grunn må jeg tilskrive dere og meddele at jeg i tidligere brev har fraskrevet meg arv fra dere og tilgodesett guttene min del av arven. På grunn av den utvikling som nå har funnet sted, kan jeg ikke vedstå meg dette lenger.» Om dette brevet uttalte retten: «Når uttrykksmåten så tydelig viser at A selv var av den oppfatning at han tidligere hadde gitt avkall på arv etter foreldrene, må dette være et avgjørende tolkingsmoment. At D (A vel?) ikke benyttet arvelovens uttrykk «gitt avkall», men «fraskrevet meg», er ikke egnet til å reise tvil om meningen.» A hadde ikke fremsatt en subsidiær anførsel om at brevene fra A i 1998 var å anse som et betinget arveavkall til fordel for barna og daværende ektefelle.

Kommentar

Hvordan saken ville blitt løst uten brevet fra 2000 er vel tvilsomt. At avkall kan gis uten at ordet avkall eller «fraskrive meg arv» brukes er jeg helt enig i. Når arveforholdene ikke nevnes direkte av en arving, bør man ha ganske klare holdepunkter i hans oppførsel og generelle uttalelser for at han har ment et brudd både følelsesmessig og økonomisk. Brevet fra 2000 gjorde det klart i dette tilfellet hva arvingen mente. Har arvingen kommet med uttalelser som objektivt sett for omverden må oppfattes som et avkall på arv, må dette for øvrig være avgjørende selv om det viser seg ikke å ha vært arvingens hensikt. Pussig nok var det ikke fremsatt påstand om at avkallet var betinget av at det ble opprettet testament til fordel for barna og ektefellen. Man tok det tydeligvis som gitt at avkallet var bindende for arvingene til A selv om avkallet ble gitt uten vederlag. Når livsarvingen som gir avkall overlever arvelateren, er hans egne arvinger bundet av avkallet, jf. Lødrup *Arverett* s. 280.

Peter Hambro

Avkortning. § 38 og § 40 – Borgarting lagmannsretts dom 11. mai 2009 (LB-2008-117674)

Ett spørsmål var om en senere gave til ett av barna medførte at vilkårene for en tidligere avkortningsbestemmelse var bortfalt. Dernest måtte retten avgjøre om avkortning skulle skje etter verdien da gaver ble gitt eller på skiftetidspunktet. Lagmannsretten kom til at avkortning skulle skje og etter verdien på skiftetidspunktet.

Fakta

Et ektepar eide en boligeiendom med en tilgrensende ubebygget tomt. Ektefellene hadde tre sønner. I 1979 bygget den eldste og yngste av sønnene hvert sitt hus på denne tomten. Sønnene fikk i 1980 skjøte for hver sin parsell og foreldrene laget en erklæring om at det sønnene mottok vederlagsfritt var forskudd på arv. En takst antydte at hver parsell var verdt 100 000. Mannen døde i 1989 og hustruen ble sittende i uskifte. I 1990 ga gjenlevende en seilbåt til den mellomste sønnen, C. Gjenlevende laget en erklæring om at seilbåten var verdt ca. 25 % av verdien til hver av tomtene de andre sønnene hadde fått og at verdien av seilbåten skulle komme til fradrag i det avkortningsbeløp de andre sønnene måtte tåle. Senere laget hun et testament og testamenterte den frie tredjedel til C og bestemte at avkortningen for seilbåten skulle være kr. 100 000. Sønnene A og B mente det avgjørende var verdien av deres tomter i 1980 og at seilbåten var verdt 300 000-400 000 og at vilkårene for avkortning ikke forelå. Dersom avkortning skulle foretas, måtte det etter § 40 skje etter verdien på gavetidspunktet.

Lagmannsrettens vurdering

Ved spørsmålet om C hadde fått «tilsvarande verdiar» måtte man sammenligne båtens verdi i 1990

med tomtenes verdi på dette tidspunkt. «Dette er et annet spørsmål enn verdsettelsestidspunktet i relasjon til arveloven § 40, om gjennomføringen av en eventuell avkortning, jf. nedenfor.» Båten var kjøpt i 1972 for kr. 100 000 og retten mente verdien i 1990 måtte være tilsvarende. Lagmannsretten la til grunn at tomtene var verdt mange hundre tusen 1990-kroner. Retten uttalte videre at man måtte foreta en differansebetraktning mellom gavene og at C ikke hadde fått «tilsvarende verdier» og at differansen i brødrenes favør var betydelig («monaleg»). Gitt at vilkårene for avkortning var oppfylt, måtte retten videre avgjøre hvordan avkortning skulle skje verdimessig. Det avgjørende her var ordlyden i gaverens erklæring fra 1980 og § 40. I erklæringen var det nevnt omsetningsverdien for jordstykker på oppgjørstidspunktet. Lagmannsretten kom til at erklæringen om avkortning i 1980 måtte oppfattes slik at verdiene på skiftetidspunktet var det avgjørende. Arvelaterne hadde dermed «fastsett avkortningssummen» etter § 40 og denne bestemmelse måtte legges til grunn «om ikkje summen må reknast for å vere for høg».

Ifølge dommen i Rt. 1996 s. 710 skal § 40 annet punktum ses i lys av bestemmelsens første punktum slik at spørsmålet er at avkortningsbeløpet er for høyt i forhold til første punktum. Etter første punktum skal man bruke verdien på gavetidspunktet «dersom dette ikkje ville vere openbert urimeleg». Arvelaternes bestemmelse om å legge verdien på skiftetidspunktet til grunn ville derfor bare være gyldig hvis det ville være åpenbart urimelig å legge verdien på gavetidspunktet til grunn. Retten uttalte om dette: «Lagmannsretten legger etter dette til grunn at hver av tomtene har en verdi på i hvert fall 1.5 millioner kroner i dag. På denne bakgrunn finner lagmannsretten det «openbert urimeleg» å legge en verdi på 100 000 kroner – verdien på gavetidspunktet – til grunn for avkortningen. Ved vurderingen av om det er «openbert urimeleg» å legge til grunn en annen verdi enn verdien på gavetidspunktet, dvs. fravike lovens hovedregel, har lagmannsretten sett hen til at arvelaterne positivt har ønsket en slik fravikelse, jf. for så vidt Rt. 1996-7210 (flertallet).»

Kommentar

Når alle livsarvinger mottar gaver må man foreta en differanseberegning og finne ut om det har vært en betydelig differanse. Gis gavene til forskjellige ville det føre til høyst urimelig resultat om man brukte verdiene på hvert av gavetidspunktene. Består gavene i fast eiendom må det være riktig, som retten avgjorde, å bruke tidspunktet for den siste gaven.

Peter Hambro

Litteratur

Gösta Walin og Göran Lind: *Kommentar til Ärvdabalken Del (1-17)*, 6. utg., Norstedts juridik, Stockholm 2008

Dette er den mest omfattende fremstilling av svensk arverett som er skrevet. 5. utgave utkom i 2000 og var på 452 sider. Den nye utgaven er blitt ca. 50 % større. Göran Lind ved Uppsalas universitet har overtatt ansvaret for bokens videreføring etter Gösta Walins død i 2002. Del 1-17 av Ärvdabalken fra 1958 dekker de samme emner som vår arvelov av 1972 mens del 18-24 gjelder skifterett og skal behandles i kommentarer til Ärvdabalken del II. Undertittel til boken er da også «Arv og testamente». Nye lover siden forrige utgave er blant annet sambolagen fra 2003 og en ny forsikringsavtalelov fra 2005. Alle kapitler i loven er nå i boken forsynt med innledninger hvor det redegjøres for rettsutviklingen. Omfattende forandringer fra forrige utgave er særlig gjort i følgende fem kapitler: kap. 3 om ektefellens arverett, kap. 6 om forskudd på arv, kap. 7 om laglott (pliktdel) og kapitlene 11 og 12 om tolking av testamenter.

De første åtte kapitler i den svenske arveloven omhandler arv etter loven; dvs. slektens arverett, ektefellens arverett, forskudd på arv og pliktdelsreglene. Kapitlene 9 til 13 omhandler så testamenter: opprettelse, tilbakekall, tolking og ugyldighet. Forfatterne har i all hovedsak konsentrert seg om svenske rettskilder og ikke foretatt sammenligninger med dansk eller norsk rett.

Peter Hambro

Anne Louise Bormann, Finn Taksøe-Jensen og Ib Hounsgaard Trabjerg: *Arveloven af 2008. Med kommentarer*, København 2008. 564 sider

Den nye danske arveloven er fra 2007. Grunnet en lovendring i 2008 heter boken *Arveloven af 2008*. Den nye arveloven er allerede behandlet i tre bøker: Irene Nørgaard, *Arveret*, 5. utg. 2008, Erik Werlauff, *Arv og skifte*, 7. utg. 2007 og Rasmus Feldthusen/Linda Nielsen, *Arveretten 2007*. Den nye boken er den første kommentarutgave til den nye loven. Boken er på 564 sider og for å begrense omfanget har forfatterne valgt å konsentrere referat av rettspraksis til det som betegnes «nyere avgjørelser» hvilket vil si etter 1975, men især etter 1995.

For en norsk jurist er det etter hvert mange forskjeller mellom dansk og norsk arverett. Som noen få eksempler kan nevnes: Barns pliktdel i Danmark er en fjerdedel av arvelodden. Etterlater avdøde en ektefelle og barn, arver ektefellen halvparten, hvilket vil si at barns pliktdel er 1/8 av dødsboet. Man har nå innført samme system som i Norge med et maksimumsbeløp på pliktdelen på kr. 1 mill. som indeksreguleres. Gjenlevende ektefelle arver halvparten når avdøde etterlater livsarvinger, ellers hele boet.

basert på analogisk anvendelse av produktansvarslovens regler, enn på det ulovfestede objektive ansvaret. Noen stor praktisk forskjell er det imidlertid ikke mellom de to alternativene, fordi ansvarsvilkårene langt på vei er sammenfallende. På noen punkter inneholder imidlertid produktansvarsdirektivet særregler som er ukjente i den alminnelige erstatningsrett, så som regelen som kanalisere ansvaret til produsenten, jf. art. 1 og 3, som det ikke er like naturlig å legge til grunn utenfor direktivets – og lovens – område.

For både personskader, forbrukertingsskader og næringstingsskader kan ansvar fortsatt bygges også på den ulovfestede culperegelen og på kontraktsgrunnlag, jf. art. 13.

Are Stenvik

Litteratur

Peter Lødrup, med bistand av Morten Kjelland, Lærebok i erstatningsrett, 6. utgave, Gyldendal Akademisk, Oslo 2009. 599 sider

Boken er sjette utgave av et læreverk som først ble fremlagt i form av en bok som kom ut i 1983 om erstatningsutmålingen ved personskade og en fremstilling som kom ut i 1985 av de erstatningsrettslige grunnvilkårene og enkelte andre emner. Senere utgaver har variert i stoffmengde og sidetall. Denne utgaven har mer stoff og et høyere sidetall enn femte utgave, men lærebokformen er beholdt. Innenfor denne rammen er fremstillingen oppdatert på grunnlag av over femti nye høyesterettsdommer. Dessuten omtales visse metode-spørsmål samt forholdet til EU-retten og EØS-avtalen mer utførlig. Fremstillingen er tilpasset læringskravene i erstatningsrett ved 1. avdeling av rettsstudiet ved UiO, men går ut over dette, bl.a. ved bredere omtaler av dommer og andre kilder, herunder juridisk litteratur, om interessante enkeltspørsmål. Det kan også nevnes at Morten Kjelland til denne utgaven har laget et studiemateriale til bruk for studentene i form av en internetbasert ressurside («Nettressurs for Erstatningsrett» (NfE), tilgjengelig på gyldendal.no/nfe) som følger fremstillingen i nettopp denne boken, noe som øker verdien av den som lærebok. Den har domsregister, lovregister, saksregister og flere nyttige vedlegg vedrørende utmåling av erstatning for personskade.

Endre Stavang

FAMILIERETT

Gaver fra hustru til ektefelle kjent ugyldig på grunn av bristende forutsetninger – Gulating lagmannsretts dom 12. juni 2009 (LG-2008-176996)

Hustruen ga en livrente på kr. 5 mill. samt en kontantgave på kr. 200 000 til sin ektefelle. Senere oppdaget hun at han hadde vært utro og krevet at han skulle

tilbakebetale beløpene ut fra læren om uriktige eller bristende forutsetninger, subsidiært avtl. § 36. Hun tapte i tingretten, men fikk medhold i lagmannsretten som kom til at begge gavene var ugyldige. Ektemannen slapp dog å tilbakebetale de 200 000 idet disse midler var brukt opp under ekteskapet.

Fakta

A og B giftet seg i 1975 og ble separert i mai 2007. A var eneksjonær i et firma hun hadde arvet fra sin mor. I 2004 solgte firmaet en del aksjer og utbetalte et beløp på kr. 26.3 mill. i utbytte til A. Retten la til grunn at iallfall A anså disse midler som særeie. A kjøpte da en livrente på kr. 5 mill. til seg selv samt en livrente på kr. 5 mill. til ektemannen. Livrenten ble kjøpt sommeren 2005. Begrunnelsen var å sikre ektefellene pensjonsutbetalinger i alderdommen samt å spare formuesskatt. Julen 2005 ga A sin ektefelle en kontantgave på kr. 200 000. Det var ikke opprettet ektepakt for denne gaven. Våren 2007 oppdaget A at B i lengre tid hadde vært utro og hatt et forhold til C. Påsken 2007 kom det til brudd mellom ektefellene og B flyttet ut. Et avgjørende punkt i saken var om B hadde vært utro og når han eventuelt hadde fått et forhold til C. C hadde hatt en samboer D, men forholdet mellom dem ble slutt i 2004. D mente at C og B hadde hatt et forhold helt fra 2004. Om dette forholdet uttalte lagmannsretten bl.a.: «Hvorvidt B og C også hadde etablert et seksuelt forhold allerede sommeren 2005, har i denne sammenheng mindre betydning, i det lagmannsretten i hvert fall finner det tilstrekkelig bevist at Bs følelser ikke lengre lå hos A, men hos C, hvilket er uforenlig med det som forventes av en ektefelle.»

Lagmannsrettens vurdering

Om anvendelsen av læren om feilaktige forutsetninger ble det uttalt: «Som nevnt kan læren om uriktige, eller bristende forutsetninger også anvendes på avtaler innen familieretten. Det legges videre til grunn at spørsmålet om gaveløftene til side [mangler ordene «kan settes?»] også kan prøves med grunnlag av en analogisk anvendelse av avtaleloven § 36. Det vises her bl. a. til Rt. 1990-1094 samt Strøm Bull «Avtaler mellom ektefeller» side 262. Siden det dreier seg om gaveoverføringer legger lagmannsretten til grunn at hensynet til giveren tillegges større vekt ved ugyldighetsvurderingen, enn hensynet til mottageren. Det vises her bl. a. til Hov «Avtaleslutning og ugyldighet» side 93.» Det ble lagt til grunn at gavene ble gitt av midler som tilhørte As særeie uten at B skulle gi noen motytelse. Retten mente videre at A da gavene ble gitt verken var kjent med eller aksepterte utroskap fra ektefellens side. Lagmannsretten la til grunn som bevist at ekteskapelig troskap var en forutsetning fra As side, og at dette også var motiverende for henne. Det heter i dommen: «Lagmannsretten legger således til grunn at A ikke ville gitt gavene dersom hun visste at ektefellen hadde en annen kvinne. Spørsmålet er

om dette også var kjent, eller synbart, for B, og i så fall kan gjøres gjeldende overfor ham. Etter lagmannsrettens syn må troskap anses som en helt grunnleggende forutsetning i ethvert parforhold, uavhengig av samlivsform. Dette må anses som så allment akseptert at det også må være kjent for B. Det kan derfor ikke oppstilles noe krav om at A, muntlig eller skriftlig, skulle fremhevet dette som en forutsetning da hun ga gavene. Forutsetningen om troskap må også anses som et vesentlig, og dermed relevant moment ved vurderingen av om gaveløfter mellom ektefeller er gyldig eller ikke. Dertil kommer at hensynet til A må veie tyngre enn hensynet til B.» Retten kom derfor til at begge gaver var gitt under uriktige forutsetninger og var ugyldige. B måtte tilbakebetale hele livrentebeløpet på kr. 5 mill. selv om deler av livrenten var forbrukt. B hadde i 2005 og 2006 svært beskjedne inntekter og retten kom til at beløpet på kr. 200 000 var brukt opp i løpet av 2006 enten til familiens underhold eller til å dekke den løpende driften av Bs advokatvirksomhet. B slapp derfor å tilbakebetale dette beløpet.

Kommentar

Jeg kan være enig i resultatet i dommen, men synes begrunnelsen er noe kategorisk og generell. Det forelå tross alt en del spesielle momenter i denne saken. Ett moment er gavens størrelse. Det er de færreste ektefeller som kan gi gaver på kr. 5 mill. Dertil kommer at gaven ble brukt til å kjøpe en livrente for å sikre inntekt i alderdommen som de presumptivt skulle tilbringe sammen. B var videre utro da gaven ble gitt og forholdet ble oppdaget mindre enn to år senere. Om B hadde hatt et kortvarig forhold 10 år før gaven ble gitt, ville vel ikke resultatet vært like klart. Rettens uttalelse om at Bs følelser ikke lenger lå hos A, men hos C virker noe eiendommelig på meg. For en utenforstående må det være svært vanskelig å vite i ettertid hvilke følelser en annen person har hatt. Jeg synes også det er en betydelig forskjell mellom et seksuelt forhold og et platonisk følelsesmessig forhold. Dommen illustrerer at det er lettere å få en gavedisposisjon kjent ugyldig ut fra feilaktige eller bristende forutsetninger enn en gjensidig bebyrdende kontrakt.

Peter Hambro

FORSIKRINGSRETT

Skadeforsikring. Fast eiendom. For sen premiebetaling. Anmodning om ny forsikring – Rt. 2009 s. 483

En eiendom i Porsgrunn var eid av et sameie og forsikret i If Skadeforsikring. If sendte 11. mai 2004 ordinært varsel om premiebetaling i samsvar med FAL § 5-1. Premien ble ikke betalt, og If sendte nytt premievarsel 13. juli 2004 med betalingsfrist 2. august 2004 og med beskjed om at forsikringen ville opphøre dersom betaling ikke hadde skjedd før fristens utløp,

jf. FAL § 5-2 første ledd. Heller ikke nå betalte sameiet, med den følge at forsikringsavtalen opphørte. En av sameierne postla imidlertid betalingsoppdrag til banken om betaling av premien om kvelden 3. august 2004, jf. FAL § 5-3 bokstav (c). Det følger av FAL § 5-2 tredje ledd at dersom det skjer betaling etter fristens utløp, skal betalingen anses som en anmodning om en ny forsikring, men likevel slik at forsikringen først trer i kraft dagen etter betalingen.

4. august 2004 kl. 0145 oppsto det brann og eiendommen ble totalskadet. Det ble tvist mellom sameierne og If om forsikringen var i kraft på branntidspunktet eller ikke. Mens Forsikringssskadenemnda og tingretten fant at det forelå forsikringsdekning, kom lagmannsretten til det motsatte resultatet. Høyesterett kom enstemmig til samme resultat som Forsikringssskadenemnda og tingretten.

Tvistepunktet var hva som kreves for at den nye forsikringen skal ta til å gjelde. If gjorde gjeldende at dette spørsmålet ble uttømmende regulert av § 5-2 tredje ledd, jf. § 3-1, hvilket innebar at forsikringen tok til å gjelde dagen etter at selskapet hadde *mottatt* premiebeløpet. Sameierne hevdet at betalingstidspunktet ble regulert av § 5-3 bokstav (c), med den følge at forsikringen begynte å løpe dagen etter at betalingsoppdraget *ble sendt* banken, dvs. fra 4. august 2004.

Høyesterett tok utgangspunkt i den alminnelige regelen i § 3-1 om «ansvarstiden», som § 5-2 tredje ledd henviser til. Bestemmelsens tredje ledd fastslår at det er et vilkår for at selskapets ansvar skal begynne å løpe at det foreligger en anmodning om forsikring som selskapet har mottatt. At det er sendt en anmodning er altså ikke nok. Høyesterett gikk deretter inn i § 5-2 tredje ledd og forarbeidene til den bestemmelsen. De viste at lovgiveren hadde gjort en modifikasjon i forhold til den alminnelige regelen i § 3-1: Forsikringen begynte ikke å løpe allerede samme dag som anmodningen var mottatt, men først «dagen etter at premien er betalt». Denne utsettelsen var forklart med ønsket om å motvirke svik.

Det springende spørsmålet var dermed om forsikringens ikrafttreden fullt ut ble regulert av § 5-2 tredje ledd, jf. § 3-1 tredje ledd, eller om også § 5-3 kom til anvendelse her. Det følger av § 5-3 at selv om selskapet ikke har mottatt et premiebeløp, skal betaling «i forhold til forfallsreglene» i FAL kapittel 5 anses skjedd når «(c) et betalingsoppdrag er sendt til en bank». At § 5-2 første og annet ledd måtte oppfattes som «forfallsregler» var uten videre klart. Om det samme gjaldt for tredje ledd var derimot etter Høyesteretts mening mer tvilsoomt. Bestemmelsen fastsatte ikke når et premiebeløp måtte betales for at forsikringen ikke skulle opphøre, men anga når forsikringen trådte i kraft, altså fra hvilket tidspunkt selskapets ansvar igjen tok til å løpe. Det kunne derfor hevdes – slik lagmannsretten hadde lagt til grunn – at bestemmelsen måtte anses som en ikrafttredelsesregel og ikke en forfallsregel. Men det kunne også ses slik at bestemmelsen regulerte virkningen av at en

betaling skjedde etter forfallstidspunktet, og som sådan måtte anses som en forfallsregel. Forarbeidene til § 5-2 tredje ledd ga ikke «vesentlige holdepunkter for hvilken karakteristikk som her er mest treffende» (avsnitt 34).

Høyesterett vendte seg derfor til § 5-3 og forarbeidene til denne bestemmelsen. Uttrykket «i forhold til forfallsreglene» fantes ikke i FAL-utvalgets utkast til bestemmelsen, men var kommet til under departementets arbeid. Høyesterett la til grunn at det ikke var holdepunkter hverken i FAL-utvalgets lovutkast eller motiver for at utvalget hadde ment at det skulle være noen slik begrensning i bestemmelsens rekkevidde som tilsynelatende fulgte av den endelige utformingen av lovteksten. Høyesterett kunne derfor «vanskelig se det annerledes» (avsnitt 35) enn at § 5-3 ville ha fått anvendelse i forhold til § 5-2 tredje ledd, dersom bestemmelsen hadde fått den utforming den hadde i FAL-utvalgets forslag.

Spørsmålet var dermed om den endring som skjedde i proposisjonen medførte at saken kom i en annen stilling. I motivene til bestemmelsen var det presisert at «betalingsreglene i § 5-3 bare avgjør når betaling anses skjedd i forhold til reglene i kapittel 5». Det var altså henvist generelt til reglene i kapittel 5, og tilføyelsen av uttrykket «forfallsreglene» i lovteksten var overhodet ikke kommentert. Drøftelsen i proposisjonen ga ikke holdepunkter for å anta at det var skjedd noen endring i forhold til FAL-utvalgets lovutkast.

På bakgrunn av forhistorien til § 5-3 fant Høyesterett at «de beste grunner» (avsnitt 38) talte for å se FAL § 5-2 tredje ledd som en forfallsregel i forhold til § 5-3. Henvisningen i § 5-2 tredje ledd til § 3-1 tredje ledd innebar dermed ikke at betaling først hadde funnet sted når beløpet måtte anses mottatt av selskapet. «Henvisningen innebærer derimot at prinsippet om at forsikringen begynner å løpe fra anmodningstidspunktet – og ikke først fra aksepttidspunktet – også gjelder de forsikringer som er omhandlet i § 5-2 tredje ledd» (avsnitt 38).

Høyesterett pekte også på at ved fortolkningen av bestemmelsen måtte det være riktig å se hen til «det beskyttelsesvern som loven har gitt forsikringstakeren, og som § 5-2 tredje ledd er en del av» (avsnitt 39). Ønsket om å unngå svik og bevisstvil kunne ikke være avgjørende i motsatt retning. Uansett var dette hensyn som langt på vei var ivaretatt ved at forsikringen ikke ville begynne å løpe før en dag etter betaling av premien.

Avslutningsvis pekte Høyesterett på at det resultat som var lagt til grunn, innebar at uttrykket «betaling» fikk samme innhold alle steder der det ble benyttet i § 5-2. Det måtte oppfattes som en fordel for forsikringstagerne. I den forbindelse viste Høyesterett til det betalingsvarsel selskapet hadde sendt sameiet. «Selskapets syn, som innebærer at uttrykket «betaling» i dette varselet skal forstås på forskjellige måter, er ikke på noen måte kommet til uttrykk i utformingen av varselet» (avsnitt 40).

Høyesteretts resultat og begrunnelse er etter min mening forsvarlig og fornuftig. Bestemmelsene i § 5-2 tredje ledd, jf. § 3-1 tredje ledd på den ene side og § 5-3 på den annen side virker ikke helt godt samkjørte, og usikkerheten om riktig løsning blir ytterligere forsterket ved den tilføyelsen («i forhold til forfallsreglene») departementet gjorde i § 5-3. Når forarbeidene heller ikke gir klare indikasjoner på hvordan lovgiveren har tenkt, er det naturlig å søke støtte også i mer overordnede systembetraktninger og i forsikringstagernes behov for forsikringsdekning og for klar informasjon mht. om en forsikring er eller ikke er i kraft. Det kan riktignok spørres om selskapets behov for å beskytte seg mot svik er tilstrekkelig ivaretatt gjennom at forsikringen trer i kraft en dag etter at betaling har skjedd og ikke samme dag, jf. at i den konkrete saken ble det lagt til grunn at betaling skjedde om kvelden 3. august og at brannen startet få timer senere 4. august. Skulle lovgiveren mene at det er ønskelig med en lovendring for å møte dette behovet, må det i tilfelle være tilstrekkelig å legge på en ekstra dag, og for øvrig fastholde de resonnementene Høyesterett har bygget på.

Hans Jacob Bull

IMMATERIALRETT

Patentrett

Patentbeskyttelsens omfang, jf. patentlovens § 39 – ekvivalenslæren – Høyesteretts kjennelse 2. september 2009 (HR-2009-1735-A), donepezil

Sakens gjenstand og behandling

Patentvernets omfang bestemmes av patentkravene, jf. patentl. § 39. Ekvivalenslæren innebærer at patentbeskyttelsens omfang strekkes utover patentkravenes ordlyd til også å omfatte likeverdige utførelsesformer. Begrunnelsen er at patentbeskyttelsen skal være reell, slik at ikke enhver mindre endring i forhold til patentkravene vil gå klar av patentet.

Ekvivalenslæren har vært lagt til grunn i norsk underrettspraksis.¹ Høyesterett har lagt til grunn at patentbeskyttelsen også omfatter likeverdige utførelsesformer, men uten å gi uttrykk for en generell norm for ekvivalensbeskyttelsen, jf. Rt. 1957 s. 1123, Rt. 1968 s. 127, Rt. 1966 s. 1269. Dommen i Rt. 1997 s. 1749 er ikke i strid med dette, men inneholder motstridende formuleringer. *Donepezil-dommen* innebærer derfor en viktig rettslig avklaring av ekvivalenslærens innhold i norsk rett.

Saken gjaldt hvorvidt en metode for utvikling av generisk donepezil var et inngrep i et analogifremgangsmåtepatent for fremstilling av det farmasøytiske stoffet donepezil. Et analogifremgangsmåtepatent er et patent på en eller flere metoder for fremstilling av et legemiddel, som følge av at det frem til 1992 ikke var mulig å få produktpatent på legemidler i Norge.

Oslo byfogdembete fant at det forelå et patentinngrep og ga midlertidig forføyning for å stanse omsetningen av det generiske donepezil. Lagmannsretten opphevet kjennelsen, fordi den fant at generika-produzentens fremstillingsmåte var så forskjellig fra den patenterte fremgangsmåten at det var tale om en egen metode og ikke en likeverdig utførelsesform. Høyesterett stadfestet enstemmig lagmannsrettens kjennelse etter behandling i avdeling.

Høyesteretts angivelse av ekvivalenslærens innhold
Høyesterett tok utgangspunkt i patl. § 39. Høyesterett viste til at bestemmelsen nå må tolkes i lys av den europeiske patentkonvensjonen (EPC) av 5. oktober 1973 som Norge har sluttet seg til med virkning fra 1. januar 2008. I tolkningsprotokoll til EPC anerkjennes ekvivalensbeskyttelsen.² Førstvoterende slo fast at det også gjelder en praksis for ekvivalensbeskyttelse i Norge: (avsnitt 28) «Jeg oppfatter den såkalte ekvivalenslæren som et forsøk på en teoretisk beskrivelse av når det ut fra dette er så stor likhet – ekvivalens – mellom inngrepsgjenstanden og patentgjenstanden, at det foreligger patentvern. Jeg legger derfor til grunn at det også ved tolkningen av patentloven § 39 må åpnes for det lagmannsretten i vår sak har kalt en mer skjønnsmessig identitetsvurdering, eller en ekvivalensvurdering.»

Førstvoterende sluttet seg til lagmannsrettens formulering av tre kriterier for at en utførelsesmåte anses som en ekvivalent utførelsesform som omfattes av patentbeskyttelsen (avsnitt 30 jf. 29): «(1) Inngrepsgjenstanden (her: den alternative fremgangsmåten for å fremstille (...) [donepezil]) må løse *samme problem* som den patenterte oppfinnelsen, (2) de modifikasjonene som er gjort må ha vært *nærliggende for en fagmann* og (3) inngrepsgjenstanden må ikke tilhøre *den frie teknikk* (kjent og fritt tilgjengelig teknisk kunnskap), jf. Are Stenvik, *Patentrett*, 2006 s. 392.» Uenigheten i saken knyttet seg til forståelsen av kriteriet om at modifikasjonene må ha vært nærliggende for fagmannen.

Høyesterett fant at kriteriet innebærer en avgrensning av ekvivalensbeskyttelsen mot *andre metoder* for fremstilling av produktet, slik at ekvivalensbeskyttelsen kun omfatter *modifikasjoner* (avsnitt 32 jf. 31). Den generiske fremgangsmåten hadde ikke oppfinnelsehøyde, den var altså nærliggende for fagmannen. Lagmannsretten hadde funnet at den generiske metoden objektivt sett var så ulik den patenterte at det ikke var tale om en *modifikasjon*, men en *annen metode* som gikk klar av patentbeskyttelsen. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens oppfatning om at «bruken av begrepet modifikasjon i det andre kriteriet for ekvivalens – at modifikasjonen må ha vært nærliggende for en fagmann – har en selvstendig betydning i den forstand at andre metoder faller utenfor beskyttelsen, og det selv om det var *nærliggende for en fagmann* å finne frem til og benytte denne metoden» (avsnitt 31).

Innholdet i kriteriet om at modifikasjonen ikke må være nærliggende for en fagmann

Høyesterett legger til grunn at kriteriet om at modifikasjonene må være nærliggende for fagmannen har to sider. For det første må beskyttelsen avgrenses mot innovasjon. Dersom en modifikasjon eller endring er uttrykk for en oppfinnerisk innsats som har oppfinnelsehøyde, vil den ikke bli ansett nærliggende for fagmannen, og den går klar av patentbeskyttelsen. Derved avgrenses patentbeskyttelsens rekkevidde i forhold til videre forskning og utvikling. Hensynet til at patentbeskyttelsen skal gi oppfinnerne incentiver til å komme opp med nye oppfinnelser, tilsier at senere oppfinnere må vite at ved en tilstrekkelig innovativ innsats, vil oppfinnelsen gå klar av tidligere rettigheter, jf. avsnitt (33) i kjennelsen.

For det andre må patentbeskyttelsen avgrenses mot lovlig og legitim konkurranse, jf. avsnitt (33). Det er dette Høyesterett har formulert ved å legge selvstendig vekt på begrepet modifikasjon. For at patentbeskyttelsen skal være reell må den omfatte små endringer som er rene omgåelser eller imitasjon. Dette må ikke strekkes så langt at det også omfatter større endringer, selv om de ikke er uttrykk for en oppfinnerisk innsats. Patenthaver må finne seg i at andre metoder anvendes for å komme frem til samme resultat, selv om det er utslag av et ønske om å konkurrere med patenthaver. Grensen må trekkes ved en konkret og objektiv sammenligning av den patenterte oppfinnelse og inngrepsgjenstanden, hvor det blir avgjørende om «metoden har en tilstrekkelig nærhet til fremgangsmåten i patentkravet, slik at den kan karakteriseres som noenlunde identisk» (avsnitt 33).

Betydningen av donepezil-kjennelsen

Høyesteretts kjennelse innebærer en uttrykkelig anerkjennelse av ekvivalenslæren i norsk rett. Avgjørelsen innebærer også en viktig avklaring av ekvivalensbeskyttelsens rekkevidde for fremgangsmåtepatenter, og for analogifremgangsmåtepatenter især. Sakens problem vil ikke oppstå på samme måte for produktpatenter. For produktpatentene vil den objektive sammenligningen av patentet og inngrepsgjenstanden i det vesentlige skje under det første kriteriet for ekvivalens: om inngrepsgjenstanden *løser samme problem* som patentet. Imidlertid vil alle fremgangsmåter som leder til samme resultat (i dette tilfellet alle fremgangsmåter for fremstilling av donepezil), bli oppfattet å løse samme problem. En slik forståelse av ekvivalenslærens innhold ville innebære en tilnærmet produktbeskyttelse for produktet som fremstilles ved den patenterte fremgangsmåten.

Høyesterett avviser også at det skulle gjelde noen videre ekvivalensbeskyttelse for analogifremgangsmåtepatentene enn for andre fremgangsmåtepatenter (avsnitt 33).

Høyesteretts dom er kontroversiell fordi den kan forstås å innføre et fjerde kriterium for ekvivalens. Juridisk teori i Norge har verken ansett det nødvendig eller tjenlig med ytterligere avgrensningskriterier for ekvivalensbeskyttelsen. Se Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo, 2001 s. 703 flg. og den samme i *Aktuell Immaterialrett*, Oslo, 2008, s. 380 flg.

Slik jeg leser dommen er dens kjerne at ekvivalenslæren skal sikre at patentbeskyttelsen er reell i forhold til omgåelse, men at det for fremgangsmåtepatenter ikke innebærer at patenthavers *produkt* er beskyttet mot all konkurranse. En tjenlig måte å gjøre dette på, er nettopp å presisere at ekvivalens betyr likeverdig, og at ekvivalensbeskyttelsen derfor må være begrenset til *modifikasjoner*. Domstolene må i den konkrete rettsanvendelsen støtte seg på de teknisk sakkyndige når kriteriet skal anvendes.

¹ Se blant annet Borgarting lagmannsretts dommer LB-2006-186315, *sertralin*, og LB-2007-9840, *lansoprazol*.

² Revisjonsakten til EPC av 29. november 2000, med protokoll om tolkningen av EPC art. 69.

Inger Ørstavik

Varemerkerett

Forbudet mot registrering av varemerker i ond tro

Etter varemerkelovens § 14 første ledd nr. 7 kan et varemerke ikke registreres dersom det «er egnet til å forveksles med et varemerke som en annen hadde tatt i bruk før søkeren og søkeren var vitende om denne bruk da søknaden om registrering ble inngitt». Tidligere ble bestemmelsen forstått slik at den omfattet alle tilfelle hvor søkeren var *kjent med* at det andre merket var tatt i bruk. Det krevdes intet element av klanderverdighet, jf. Rt. 1998 s. 1809 (BUD). Til gjengjeld ble kravet til bevis for kunnskap tolket strengt, jf. uttrykket «var vitende».

I saken i Rt. 2006 s. 1473 (livbøye) ble Høyesterett forelagt spørsmålet om denne forståelsen av bestemmelsen kunne opprettholdes, sett i lys av bestemmelsene i varemerkedirektivets art. 3(2)(d) og 4(4)(g), som bestemmer at et varemerke skal nektes registrert eller kjennes ugyldig dersom søknaden ble inngitt «i ond tro». I mangel av avklarende avgjørelser fra EF-domstolen eller EFTA-domstolen fant Høyesterett det riktig å søke støtte i praksis fra EFs varemerkemyndighet, OHIM, knyttet til en tilsvarende bestemmelse i varemerkeforordningen, den gangen art. 51(1)(b), nå art. 52(1)(b) i den reviderte forordningen nr. 207/2009. «Dette innebærer,» uttalte førstvoterende, «at det ikke er tilstrekkelig for registreringshindring utelukkende å konstatere at registreringssøker har hatt kunnskap om den andres bruk. I tråd med den forståelse som har utviklet seg i EU-praksis, må også vår bestemmelse leses med den presisering at dens

anvendelse forutsetter at registreringen med søkers kunnskap om den andres bruk, vil representere et brudd på den alminnelige standard for god forretningsskikk» (avsnitt 61).

Det er spennende å ta stilling til EØS-rettslige spørsmål før EF-domstolen eller EFTA-domstolen har uttalt seg. Ikke minst gjelder det når man – som i livbøyesaken – står overfor spørsmålet om å fravike en klar rettsoppfatning i nasjonal rett. Det kan ta seg dårlig ut å ha endret kurs om EF-domstolen eller EFTA-domstolen senere kommer til at kursendringen ikke bare var unødvendig, men ulovlig. Denne gangen gikk det imidlertid godt. I EF-domstolens dom 11. juni 2009, i sak C-529/07 *Lindt*, ble det nemlig uttalt at vurderingen av om en søknad er inngitt i ond tro, «must be the subject of an overall assessment, taking into account all the factors relevant to the particular case» (premiss 37). Kunnskap om at et forvekselbart varemerke allerede var tatt i bruk av en annen, «is not sufficient, in itself, to permit the conclusion that the applicant was acting in bad faith» (premiss 40). Kunnskap er fortsatt et minstekrav, men det gjelder ikke et strengt beviskrav, slik man tidligere la til grunn etter varemerkelovens § 14 første ledd nr. 7. Hvis en annens bruk av et forvekselbart merke har vært av en viss varighet, og var kjent i bransjen, kan det skape en *presumsjon* for at søkeren var kjent med bruken (premiss 39).

Selv om EF-domstolen ikke viser til den alminnelige standard for god forretningsskikk, slik Høyesterett gjorde, fremstår vurderingstemaene som nokså like. I praksis vil det nemlig sjelden foreligge noen etablert oppfatning om hva som utgjør «god forretningsskikk» på området, hvilket nødvendiggjør en konkret vurdering, hvor også partenes subjektive forhold spiller inn. Blant de faktorene som EF-domstolen trekker frem som relevante, nevnes søkerens hensikt med registreringen, varemerkets karakter og tredjeparts interesser knyttet til det ibruktatte merket. Hvis søkerens primære hensikt ikke er å bruke merket selv, men å hindre tredjepart fra å bruke det, taler det for å anse søknaden for å være inngitt i ond tro. Det taler også for ond tro om tredjepart har brukt merket i forholdsvis lang tid, og nyter en viss rettsbeskyttelse for det, f.eks. etter konkurranserettslige bestemmelser. På den annen side kan det tale mot ond tro om søkerens merke er forbundet med betydelige goodwillverdier, eller om tredjepart er en nykommer i markedet, som relativt nylig har tatt det forvekselbare merket i bruk.

I Ot.prp. nr. 98 (2008–2009) om ny varemerkelov, s. 53, er det foreslått en regel som, under henvisning til livbøyedommen, forbyr registrering av varemerker hvis inngivelsen av søknaden har skjedd «i strid med god forretningsskikk» (§ 16 bokstav b). Hvis regelen blir vedtatt i samsvar med forslaget, må begrepet 'i strid med god forretningsskikk' forstås som samsvarende med direktivets begrep 'ond tro'.

Are Stenvik

Lovvalg i erstatningsretten – personlighetskrenkelse – ytringsfrihet – Borgarting lagmannsrett dom 20. april 2009 (LB-2009-28508)

Dommen er avgitt som et ledd i den kjente saken anlagt mot Åsne Seierstad og hennes norske forlag, nå Cappelen Damm AS, av den afghanske bokhandleren Rais og noen medlemmer av hans familie. Saksøkerne påstår seg krenket av deler av boken som Seierstad skrev om deres familie, *Bokhandleren i Kabul*. 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 saksøktes hjemting. Avgjørelsen gjelder hvilken materiell rett som skal anvendes på sakens realitet. Lagmannsretten kom, i likhet med tingsretten, til at saken skal bedømmes etter norsk rett. Utgangspunktet for resonnementet er at det er ingen entydig regel i norsk internasjonal privatrett om hvilket lands rett som skal anvendes i saker om erstatning utenfor kontraktsforhold der handlingsstedet og virkningsstedet ligger i forskjellige land – og ingen regel i Norge eller internasjonalt, spesielt om personlighetskrenkelser. Norsk juridisk litteratur har riktignok foreslått noen tilknytningsfaktorer for lovvalg ved grenseoverskridende personlighetskrenkelser; lagmannsretten fant dog ikke tilstrekkelig grunn til å gå nærmere inn på dette og valgte å begrunne lovvalget direkte med «de grunnleggende prinsipper som våre rettsregler bygger på». Lagmannsrettens resonnement kan oppsummeres i tre punkter: 1) Hensynet til ytringsfrihet tilsier at norske domstoler anvender norsk rett i denne saken; 2) Det er uklart om, men må legges til grunn, at afghansk rett ikke tilstrekkelig ivaretar hensynet til ytringsfrihet; 3) Det kan være vanskelig å fremskaffe opplysninger om innholdet i afghansk rett.

Resonnementet er ikke i tråd med den gjengse metode for lovvalg.

Rettsvalget foretas ved å anvende en såkalt tilknytningsfaktor – et element som er karakteristisk for saksforholdstypen og hvis lokalisering utpeker hvilket lands rett som skal anvendes på saken. I erstatningsrett (i norsk rett som i våre nabolands og i Europas rett, jf. forordning 864/2007, såkalt Roma II) er tilknytningsfaktoren stedet der det erstatningsbetingende forhold fant sted, *locus delicti*. Tilknytningsfaktoren utpeker hvilket lands materiell rett som skal anvendes – denne går derfor under navnet *lex loci delicti* eller erstatningsstatuttet.

Det finnes noen, dog begrensede, muligheter til å unngå anvendelse av den materielle retten som blir utpekt av tilknytningsfaktoren: *Ordre public*-forbeholdet og internasjonalt preseptoriske regler er de viktigste.

Ordre public-forbeholdet er en skranke mot anvendelse av fremmede regler når resultatet som følger av

utenlandsk rett ville være i strid med fundamentale prinsipper i det norske samfunnet. Forbeholdet skal brukes meget restriktivt og kun når det er klart at resultatet ellers ville være støtende mot norske grunnleggende prinsipper. At utenlandsk rett byr på løsninger som er forskjellige fra norsk rett er i seg selv ingen grunn til å la være å anvende den. Forbeholdet anvendes heller ikke når man antar, men ikke vet, at den utenlandske retten er fundamentalt forskjellig. Domstolen må gå gjennom hele øvelsen: Sette seg inn i den anvendbare rett og se hvilket resultat ville bli nådd. Først da er det mulig å se om resultatet vil være støtende mot fundamentale prinsipper i det norske samfunnet. Domstolen kan så la være å anvende regelen som ville føre til det støtende resultat; men dette betyr ikke at hele *lex loci delicti* er satt ut av spill og erstattet med norsk rett. De delene av erstatningsstatuttet som ikke fører til noe støtende resultat skal fortsatt anvendes. *Ordre public*-forbeholdet er, med andre ord, ingen verktøy til å anvende norsk rett i sin helhet – heller ikke gir det grunnlag til å la være å sette seg i utenlandsk rett, selv ikke når den utenlandske rett antas å være veldig forskjellig fra norsk rett.

Internasjonalt preseptoriske regler er regler i norsk rett som skal anvendes uansett hvilket lands rett som regulerer forholdet. I motsetning til *ordre public*, som er en skranke mot anvendelse av fremmed rett, er disse et verktøy for å anvende norsk rett. Poenget er at hensynet bak disse regler er så viktig, at norske domstoler bør kunne sørge for å oppnå samme resultat som de ville føre til – selv om norsk rett ellers ikke er anvendbar på saken. Fører erstatningsstatuttet til samme resultat som de norske internasjonalt preseptoriske regler, er det ingen grunn til å la være å anvende den utenlandske *lex loci delicti*. Det er videre ikke hele den norske retten som skal anvendes, men kun de aktuelle reglene som er internasjonalt preseptoriske. For øvrig skal saken reguleres av den utenlandske *lex loci delicti*. Også ved internasjonalt preseptoriske regler, bør derfor domstolen sette seg inn i og anvende utenlandsk rett, hvis denne er utpekt av tilknytningsfaktoren.

Dette er metoden som er alminnelig anerkjent for rettsvalg. Lagmannsretten bryter med den når den hopper over hele mekanismen med anvendelse av tilknytningsfaktoren som utpeker *lex loci delicti* og isteden velger å anvende norsk rett på grunn av dens innhold.

Lagmannsretten henviser til to høyesterettsdommer, én fra 1953 og én fra 1968. Siden den tid er doktrinen om internasjonalt preseptoriske regler blitt utviklet og definert, noe som gjenspeiles i de europeiske lovvalgsforordninger og derfor bør ha betydning også for Norge, ettersom de baserer seg på prinsipper som ble innført i Norge gjennom EØS-avtalen (se spesielt lov om lovvalg i forsikring og Ot. prp. nr. 72 (1991–92), s. 66). Blant annet er det blitt tydelig at *ordre public* og internasjonalt preseptoriske regler er to forskjellige

ting: Den ene har den negative funksjon som sperre mot støtende resultater, den andre den positive funksjon som verktøy for å anvende norske regler, men kun spesifikke regler. Heller ikke deres anvendelsesområde er sammenfallende, dvs. ikke alle internasjonalt pre-septoriske regler er nødvendigvis også *ordre public*. Ingen av delene er grunnlag for å ignorere tilknytningsfaktoren og isteden anvende norsk rett i sin helhet.

Etter å ha understreket at domstolen ikke burde ha latt være å utpeke og anvende *lex loci delicti*, må det medgis at tilknytningsfaktoren (stedet der det erstatningsbetingende forhold fant sted) ikke er åpenbar i denne saken.

Når handlingsstedet og skadestedet ikke ligger i samme land er spørsmålet hva som bør anses som det erstatningsbetingende forholdet: handlingen eller skaden. Norsk litteratur byr ikke på en entydig løsning, mens Roma II-forordningen har en klar regel: Det er skadestedet som er avgjørende. Mye taler for at også norsk internasjonal privatrett skal legge seg på samme linje som Roma II. I denne saken ville dette føre til anvendelse av afghansk rett, som er retten på det stedet hvor skaden er oppstått. Imidlertid er det ikke opplagt at den generelle tilknytningsfaktoren for erstatningsrett også gjelder for personlighetskrenkelser. Her bør det balanseres mellom hensynet til personlighetsvern på den ene side og 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. Det er nærliggende å tenke på Mohammed-tegningene som ble publisert i Danmark og reaksjonene som dette skapte i enkelte land. Hadde den danske avisen risikert å bli dømt i Danmark i henhold til de forskjellige utenlandske retter som forbyr slike tegninger, ville dette i praksis ha betydd at utenlandsk rett er med på å begrense dansk ytringsfrihet.

Disse motstridende hensyn førte til så mye debatt, at Roma II endte med, etter å ha tatt flere posisjoner i ulike utkast, å avgrense mot personlighetskrenkelser. I Roma II ble derfor en lovvalgsregel for personlighetskrenkelser ikke formulert, fordi de ulike involverte parter ikke klarte å enes om en balanse mellom de motstridende hensyn. Lagmannsretten mente at hensynet til ytringsfriheten for norske forfattere veier tyngre enn hensynet til personlighetsvern for den afghanske familie. På dette grunnlaget valgte retten å skjære gjennom hele lovvalgsspørsmålet og anvende norsk rett. Lagmannsretten burde ha brukt dette resonnementet til å formulere en tilknytningsfaktor, omtrent som følger: Av hensyn til ytringsfrihet

skal retten i publiseringslandet anvendes ved grenseoverskridende personlighetskrenkelser. Resultatet ville ha vært den samme som lagmannsretten kom til, og veien dit ville ha vært i tråd med metoden som er anerkjent i Norge og internasjonalt – noe som ikke kan sies når argumentasjonen er at de norske regler er så viktige at domstolen ikke skal bry seg om å finne ut hvilket lands rett som i prinsippet bør anvendes.

En siste bemerkning er at tilknytningsfaktoren bør være den samme uansett om den utpeker norsk rett eller retten i et annet land. Hensynet til forutsigbarhet, et av de viktigste elementer i internasjonal privatrett, krever at tilknytningsfaktoren har en universal virkning, dvs. at den ikke blir påvirket av hvilket land den utpeker. Har man først konkludert med at hensynet til ytringsfrihet er det som skal være avgjørende og at publiseringslandet derfor er den anvendbare rett (*lex causae*), kan man ikke i en hypotetisk neste sak, der publiseringslandet ikke er Norge og den krenkede er i Norge, argumentere med at hensynet til personlighetsvern veier tyngst og at norsk rett derfor skal anvendes. Er tilknytningsfaktoren publiseringsstedet, bør den anvendes også når dette fører til anvendelse av utenlandsk rett.

Giuditta Cordero Moss

SELSKAPSRETT

Litteratur

Bjarte Eide: *Forkjøps- og tilbudsrett til aksjer*. Gyldendal Akademisk, Oslo 2009. 494 sider

Boken redegjør for problemstillinger som kan oppstå i forbindelse med løsningsrett til aksjer, særlig retts-spørsmål som må anses usikre etter gjeldende rett. Det er gitt flere forslag til hvordan aksjeeierne og selskapet kan forholde seg til viktige spørsmål gjennom vedtektsregulering og boken inneholder konkrete forslag til vedtektsbestemmelser. Den gir videre en oversikt over løsningsrettens «yttergrenser», formålene bak den lovregulerte løsningsretten og løsningsrettsinstituttets betydning.

Boken er først og fremst rettet mot advokater og andre som arbeider med selskapsrett, men kan nok også gi bidrag til det praktiske styrearbeidet i aksjeselskap.

Boken har sitt utgangspunkt i forfatterens særavhandling til juridisk embetseksamen, men fremstår i sin publiserte form som et ganske så omfattende verk som behandler løsningsrettigheter til aksjer i betydelig bredde.

Geir Woxholth

Knut Bergo, *Børs- og verdipapirrett*. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2008. 357 sider

Boken ble først skrevet som et kompendium til undervisning ved Det høyere revisorstudium ved Norges

Handelshøyskole i Bergen. Før førsteutgaven ble trykket i 1997 ble boken gjenstand for en større utvidelse og fremsto som en monografi over børs- og verdipapirhandelretten. I takt med at regelverket for børs- og verdipapirhandelmarkedet har gjennomgått endringer og blitt mer komplisert og omfattende har forfatteren klart det mesterstykket å korte fremstillingen! Boken er derfor godt egnet også for andre enn jurister som arbeider med børs- og verdipapirhandelrett.

Selv om fremstillingen av forfatteren omtales som en introduksjon til og oversikt over børs- og verdipapirretten, fremstår boken som et helstøpt verk som foruten å gi innføring og oversikt også drøfter og tar stilling til svært mange praktisk viktige spørsmål. Boken er også preget av at forfatteren behersker det teoretiske fundamentet som ligger til grunn for rettsreglene svært så godt.

Geir Woxholth

TINGSRETT

Søksmålskompetanse etter frilufsloven – Ankeutvalgets kjennelse (HR-2009-1121-U)

Den frie ferdselsretten i utmark, samt retten til bading og telting er alle eksempler på allemannsretter hjemlet i frilufsloven. Betegnelsen holder vann. Disse rettighetene tilkommer alle. Et spørsmål er derved om enhver også er søksmålsberettiget i tvister om en allemannsrett. Videre er det spørsmål om adgangen til å inngi søksmål på vegne av andre representanter for allmennheten enn seg selv.

Frilufsloven § 22 annet ledd fastsetter at kommunen og fylkeskommunen har kompetanse til å reise søksmål for å ivareta allmennhetens interesser i alle saker av interesse for frilufslivet. Søksmålsadgang innenfor de samme rammer og formål er også tillagt fylkesmannen på vegne av staten. Det rettslige grunnlaget for å vurdere søksmålsadgang utover dette følger av tvisteloven § 1-3 (2) om partstilknytning og søksmålsobjekt og § 1-4 om søksmål for organisasjoner (representative søksmål).

I privatrettslige forhold er hovedregelen at man kun kan reise søksmål om egne rettigheter og plikter. En tvist mellom grunneier og en som mener å ha ferdselsrett tilfredsstiller dette kravet. Terskelen for kravet til søksmålssituasjonen i saker om allemannsrett ligger antakelig nokså lavt. Enhver som kan vise til en interesse med behov for rettsavklaring i den omtvistede allemannsrettigheten, må aksepteres som søksmålsberettiget jf. tvisteloven § 1-3.

I en sak for Høyesteretts ankeutvalg kom spørsmålet på spissen i en noe annerledes form. Saksøker ønsket avklaring av ferdselsrett først og fremst på vegne av andre, se HR-2009-1121-U som gjaldt anke over lagmannsrettens kjennelse. Saksøkeren var eier av en campingplass og gikk til sak mot en grunneier med krav om dom for at campinggjestene i kraft av

allemannsretten hadde rett til å bruke en nærliggende strand. Det var altså klart at problemet ikke knyttet seg til campingplassseierens egen ferdselsrett. Lagmannsretten bygget på at sakens prinsipielle spørsmål var om en reiselivsbedrift (hotell, campingplass eller lignende) bør kunne reise sak om gjestenes rett til bruk av allemannsretter som vedkommende grunneier bestrider. Lagmannsretten bygget altså sin avgjørelse på den rettslige forståelse av at det kan foreligge rettslig interesse i søksmål om allemannsretter der spørsmålet saken gjelder, har «klar og direkte betydning» for saksøkerens «økonomiske virksomhet». Høyesteretts ankeutvalg stadfestet at lagmannsretten her bygget på riktig lovforståelse, se kjennelsen avsnitt (23).

Avgjørelsen er særlig av interesse fordi den har en side til spørsmålet om kommersiell utnyttelse av allemannsrett. I litteraturen er dette regnet for å være et område med en rekke uavklarte spørsmål, se f.eks. Falkanger, *Tingsrett*, Oslo 2007 s. 418. Denne nye avgjørelsen fra Høyesteretts ankeutvalg gir klart nok støtte til at en næringsdrivende som baserer sin virksomhet på allemannsretten, er søksmålsberettiget. Derfra, og til spørsmålet om hva retten eventuelt innebærer, er fortsatt et langt og uavklart sprang.

Marianne Reusch

Markaloven vedtatt

Den 5. juni ble lov om naturområder i Oslo og nærliggende kommuner (markaloven) sanksjonert i statsråd. Derved var siste formelle post passert, og loven endelig vedtatt. Både etter høringsrunden og under stortingsbehandlingen ble det foretatt større kursendringer i lovens utforming og innhold. Underveis pågikk tidvis en høylytt mediedebatt, som også har satt spor i lovforarbeidene. NRK og Aftenposten regnes vel ikke blant de tyngre rettskildene. Men disse mediene vinkling av debatten er referert flere steder i odelstingsinnstillingen. Veien frem mot markaloven illustrerer således opinionens mulighet for å påvirke lovvedtak.

Kortversjonen av de siste sentrale justeringene var at idrettstiltak ble likestilt med lovens øvrige hovedformål, og at landbrukstiltak ble unntatt fra byggeforbudet.

Sammen med frilufsliv og naturopplevelse ble idretten løftet frem og sidestilt med de øvrige i lovens formålsbestemmelse, se markaloven § 1. Idrett er ikke noe entydig begrep. Lovteksten selv gir liten veiledning. Forarbeidene legger opp til at det omfatter «idrett som naturlig kan innpasses i marka». Den nærmere presiseringen sier at dette er idrett som tradisjonelt har vært utøvd i marka. Vurderingen avhenger av beliggenhet, og kan derved slå ulikt ut for idrettstiltak i randsonen i forhold til markas kjerneområder. Påbygg til eksisterende anlegg skal lettere kunne aksepteres enn nyetableringer. Videre vil momenter i vurderingen være om aktivitetenes krav til topografi og areal har marka som en naturlig arena. Orienteringsløp om sommeren og turrenn på ski er begge

eksempler på dette. Motorsport og innendørsidrett med krav til bygningsfasiliteter faller utenfor lovens formål. Tilrettelegging for nye idrettsformer og friluftaktiviteter vil kunne skje. Loven gir rom for opprustning, utbygging og videreutvikling av idrettsanlegg. Under behandlingen i energi- og miljøkomiteen i Stortinget ble det presisert at større idrettsanlegg i størst mulig grad skal samlokaliseres. Forståelsen av idrettsbegrepet i markaloven vil ganske sikkert bli et tvistepunkt når loven skal anvendes i praksis.

Det geografiske området som dekkes av loven er fastlagt som LNFR-område (landbruk, natur-, friluftsliv og reindrift, jf. plan- og bygningsloven 2008), se markaloven § 4. Hovedregelen er at det innenfor området gjelder forbud mot bygge- og anleggstiltak, se markaloven § 5 første ledd. Hovedregelen er modifisert gjennom en rekke unntak. Det er klart forutsatt i forarbeidene at skogsdriften ikke skal begrenses av markaloven. Men dette har ikke kommet klart til uttrykk i selve lovteksten. Under komitébehandlingen i Stortinget ble også landbrukstiltak unntatt fra lovens hovedregel om forbud mot bygge- og anleggstiltak, se markaloven § 5 annet ledd.

Markaloven er i kraft fra 1. september 2009.

Marianne Reusch

Litteratur

Thor Falkanger: *Allmenningsrett, Universitetsforlaget, Oslo 2009. 387 sider*

Allmenningsretten er en av våre eldste rettsinstitusjoner, og rettsspørsmål knyttet til allmenningene har i hvert fall vært diskutert gjennom de siste tusen år her til lands. Men slike rettsspørsmål løses ikke en gang for alle. Samfunnsutviklingen setter eldre løsninger under press. I dag er det ikke minst strukturendringene i landbruket som krever svar på både gamle og nye allmenningsspørsmål. Riktignok er det slik at allmenningsressursene betyr mindre for landbruket i dag enn de tradisjonelt har gjort. På den annen side blir utnyttelsen av allmenningstrekkningene for rekreasjons- og opplevelsesformål stadig viktigere, også i et næringsperspektiv.

Thor Falkangers *Allmenningsrett* er en meget god respons på disse endringene. Boken gir en både helhetlig og aktuell presentasjon av vår tids allmenningsrett. I tillegg til en grundig behandling av lovstoff og rettspraksis, har boken en rekke eksempler fra praksis – både hos offentlige forvaltningsorganer og hos allmenningenes egne styringsorganer. Dette styrker bokens nytteverdi også som håndbok. Gode registre bidrar til det samme.

Hovedspørsmålene som tas opp, er selvfølgelig de klassiske: Hvilke arealer som er allmenning og hvilken rettslig status allmenningsområdene har, drøftes i kapittel 3. Hvilke eiendommer som har bruksrett i allmenning, drøftes i kapittel 4. Hvilke bruksrettigheter som omfattes av allmenningsretten, drøftes

i kapittel 5–9. Hvem som eier allmenningene og hva dette eierskapet går ut på, diskuteres i kapittel 10. Styringsreglene for allmenningene gjennomgås i kapittel 12 og 13.

I tillegg har boken egne kapitler om både skatte-spørsmål (kapittel 11), reindriftsspørsmål (kapittel 15), Finnmarkseiendommen og hålogalandsallmenningen (kapittel 14), privatallmenninger (kapittel 16), og den såkalte ytre allmenningen (kapittel 17).

Som antydnet, er det en styrke ved boken at den søker å identifisere nye allmenningsspørsmål som melder seg, og at den drøfter rettsendringer som er på vei. Jeg skal nedenfor gi enkelte smakebiter på dette.

Et spørsmål som har vært lite drøftet i allmenningslitteraturen, er hvordan kreditorpågang skal håndteres i allmenningsforhold. Hva innebærer det egentlig å ha krav mot allmenningen? Spørsmålet har i dag praktisk betydning, siden vi nå har sett de første tilfeller av konkurs i bygdeallmenning. Falkanger går ikke rundt de kompliserte spørsmålene som på denne måten følger av en allmennings feilslåtte næringsdisposisjoner, men drøfter ulike ansvarskonstellasjoner og prosessuelle muligheter. I hvilken grad kan den enkelte bruksberettigede eksponeres for ansvar? i hvilken utstrekning det kan tas utlegg i allmenningens verdier? Hvordan vil tvangsrealisasjon av allmenningens eiendeler arte seg? Det er nok av spørsmål å stille om kreditorpågang i allmenningsforhold, og Falkangers bok vil gi veiledning for dem som skal hanskens med dem.

Et grunnleggende prinsipp i allmenningsretten er at forholdene skal fortsette å være slik de har vært fra gammelt av. Allmenningsretten er likevel ikke blotet for dynamikk. Riktignok skal bruksretten benyttes til å dekke jordbrukseiendommenes behov ved jordbruksmessig drift. Men – som det heter i allmenningslovene – bruksretten skal kunne utøves på en måte som til enhver tid er i samsvar med rasjonell bruk, og som er naturlig etter tiden og forholdene. Omstruktureringen av landbruket innebærer drifts-omlegginger og næringsmuligheter som aktualiserer spørsmålet om hvor langt denne allmenningsrettslige dynamikken går. Også her er Falkangers bok aktuell. Mye av kapittel 9 «Andre utnyttelsesmåter» diskuterer hvilken åpning allmenningsretten gir for utvidede eller nye bruksmåter, illustrert med eksempler. En tilsvarende diskusjon finner vi i avsnitt 7.4 om dyrkingsjord og kulturbeite. Både tingsrettsjurister som sliter med vanskelige allmenningsspørsmål som dette, og alle andre som kommer bort i allmenningsretten, vil ha stor nytte og glede av Falkangers bok.

Geir Stenseth

Kirsti Strøm Bull og Nicolay K. Winge: *Fast eiendoms rettsforhold. Kort og godt. Universitetsforlaget, Oslo 2009. 160 sider*

Boka er meint som ei innføring i faget fast eiendoms rettsforhold til første avdeling ved Det juridiske fakultet i Oslo. Det er tale om «en oversikt som kan leses

før man går dypere inn i studiet av rettsområdet» (frå føreordet).

Faget er krevjande, og Thor Falkangers lærebok *Fast eiendoms rettsforhold* har mange detaljar. Studentane skal lære nokre av dei mest grunnleggjande formuerettslege reglane i tillegg til viktige delar av den offentlegrettslege reguleringa av fast eigedom. Fleire av dei livstilhøva som blir tekne opp, kan verke framande for mange av studentane. Tanken om ein kort og godt-versjon er derfor god.

Det beste med boka frå Strøm Bull og Winge er illustrasjonane. I dette faget er teikningar til god hjelp, og her får vi streka opp situasjonar med eigedomsgrenser, servituttar, hevd, grannehøve og mangt anna. Kortversjonen av teksten, stort sett utan notar og kompressavsnitt og med få referansar, kan sikkert òg vera nyttig, men det spørst kor mykje reell forenkling det er i omtalen av slikt som allmenningsretten eller dei offentlegrettslege reglane. Kanskje kunne det vera like tenleg med ei bok som meir skulle føre studentane inn i tankegang og terminologi i formueretten, utan at boka skulle dekkje alle emne i faget?

Teikningar kan vera meir presise enn tekst. Figur 3 på side 17 med eigedomsgrense gjennom eit flatt midtstykke, som ikkje ligg i midten, i ein innsjø med eigedommar på kvar side sende denne meldaren ut på ei lang oppdagingsferd i hundre års lovførearbeid, rettspraksis og litteratur. Eg trur framleis grensa ligg for langt til venstre.

Språket kan vera enkelt utan å bli upresist, og ein bør passe seg for å lære studentane unotar som seinare må avlærast. Det er ikkje lett å finne ei forklåring på at «Gnr.» og «Bnr.» blir skrivne med stor førebokstav gjennom heile boka, også inne i setningar. Og

når ein på første tekstsida i ei tingsrettsbok les at «fast eiendom omfattar med andre ord en rekke ting», blir ein skeptisk. Fleire andre stader forklarar forfattarane at ordet «ting» i mange lover omfattar fast eigedom, «selv om det ikke er i overensstemmelse med vanlig språkbruk». Hadde det ikkje vore like lett å forklare studentane først som sist at «ting» i juridisk ordbruk omfattar fast eigedom? Men slikt kan forfattarane gjera noko med til neste utgåve.

Kåre Lilleholt

Program for seminarrekke ved Institutt for privatrett

Høst 2009

Følgende tema vil bli tatt opp:

Tirsdag 13. oktober kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00 – Auditorium 13, DM

Førsteamanuensis dr. juris *Hilde Hauge*, Universitetet i Bergen: Avtalerettens ugyldighetslære:
Strukturer og argumentasjonslinjer

Tirsdag 3. november kl. 17.15 – Auditorium 13, DM

Advokatfullmektig Phd *Harald Irgens-Jensen*, Adv.firmaet Thommessen AS, Oslo:
Presenterer sin phd-avhandling:
Bedriftens hemmelighet – og rettighet?

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 emnerregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:
www.cappelendamm.no

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

Et årsabonnement (2009) på *Nytt i privatretten* koster kr 440,-. Studentabonnement koster kr 220,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2009

Neste utgave kommer november 2009