



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nordiske selskapsrettsreformer

For selskapsretten har begynnelsen av dette årtuset vært et tiår med reformer – og enda er vi langt fra i mål. Finanskrisen og den enda mer alvorlige klimakrisen aktualiserer spørsmålet som globaliseringen og EØS-integrasjonen satte på dagsorden: hvordan skal vi utforme vår aksjeselskapsrett? Det som virkelig er påtrengende er om våre nordiske selskapsrettsreformer er i nærheten av å besvare dette spørsmålet, eller om reformene styres av herskende markedstrender og rettsøkonomisk-inspirerte postulater.

De nordiske aksjeselskapslovene var en gang i tiden resultatet av et ekte nordisk samarbeid, og de fleste nordiske lovene ved årtusenskiftet var derfor fra

samme periode, dvs. 1970-tallet. Norge fikk som kjent sine to nye aksjeselskapslover i 1997. Etter det har det vært lite reformiver på dette området i Justisdepartementet, bortsett fra introduksjonen av kravet i allmennaksjeloven § 6-11a om at begge kjønn skal være representert i styrene i allmennaksjeselskaper.

Den islandske aksjeselskapsloven er fra 1995. Det foreligger forslag om å innføre en bestemmelse inspirert av vår asal. § 6-11a. Foranlediget av finanskrisen arbeides det med forslag om større gjennomsluktighet når det gjelder aksjonærene i aksjeselskaper, og i tillegg er det satt i gang et større arbeid med å utrede spørsmålet om minoritetsbeskyttelse. Det siste er en av de slagordpregede temaene som er en gjenganger i europeisk selskapsrettlig diskusjon: minoritetsaksjonærene trenger bedre vern. Dessverre diskuteres det ikke ofte hvorfor minoritetsaksjonæren skulle trenge dette vernet og hvilke kostnader som er forbundet ved å beskytte en involvert part i selskapene foran andre.

Våre andre nordiske naboer har langt ferskere reformer bak seg eller i gang: Sverige fikk sin nye aksjeselskapslov i 2005 og har nye spørsmål under utredning (til dels ute på høring), Finland fikk ny lov i 2006, og i Danmark har man satt seg fore å lage en fullstendig ny aksjeselskapslov (med én lov i stedet for to, slik Danmark – og vi – har nå). En utredning på nærmere 1300 sider ble lagt frem i november i fjor og etter en ekstremt rask behandling er selve lovforslaget sendt på høring allerede i mars i år, med sikte på å få vedtatt en ny lov før sommeren.

Hvilke andre hete temaer (ut over minoritetsvern) er det så som gjør at våre nordiske naboer har fått en slik reformiver? En del lovendringer har selvfølgelig skjedd for å implementere nye selskapsrettsdirektiver, slik som direktivet om grenseoverskridende fusjoner (direktiv 2005/56/EF) og direktivet om aksjonærrettigheter (2007/36/EF), men dette har ikke foranlediget fullstendig nyskriving av lovene. Når det gjelder det siste direktivet er flere av de nordiske land, inkludert Norge, i ferd med å gjennomføre implementeringen.

Praksis fra EF-domstolen angående fri bevegelse av kapital og fri etableringsrett for selskaper har derimot vært en viktig katalysator. Med utspring i en rekke selskapsrettssaker, ikke minst *Centros* fra 1999

Innhold nr. 2/2009:

Nordiske selskapsrettsreformer	1
Arbeidsrett	2
Arverett	9
Erstatningsrett	11
Internasjonal privatrett	17
Selskapsrett	18
Tingsrett	20
Institutt for privatretts Skriftserie	24

(Sak C-212/97, Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen), har vi fått en europeisk «regelverkskonkurranse» som har satt nasjonal selskapsrettsregulering under press. Norske næringsdrivende som ønsker å være beskyttet av det begrensende som ansvaret stiftere/aksjonærer i aksjeselskap har, trenger ikke lenger å oppfylle de norske minimumskravene til aksjekapital (kr 100 000). I stedet kan de fritt velge å opprette f.eks. et engelsk Ltd. som et postkasseselskap (aksjekapital: 1 pund), og så drive næring i Norge gjennom en norskregistrert filial av det utenlandske papirselskapet, et NUF.

Denne utviklingen har ført til en dominoeffekt i de land som har minimumskapitalkrav: Det ene landet etter det andre vedtar, eller foreslår å vedta, å kutte minimumskapitalen kraftig. En spesiell variant av dette har vi i den store tyske selskapsrettsreformen av 2008, med den nye aksjeselskapstypen, *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* – se nærmere omtale av denne reformen i dette nummeret. Forslaget om et ekte europeisk aksjeselskap (SPE) har også bidratt til denne effekten, ved at en rekke land ser ut til å forskuttere vedtagelsen av forordningen, som skal opp for Rådet i vår.

Flere av de nordiske landene har tatt signalene: Finland satte sitt minimumskapitalkrav ned til 2 500 EURO i 2006, Danmark foreslår 50 000 DK, mens Sverige har ute til høring forslag om å sette det ned til 50 000 SEK eller alternativt 1 SEK(!). I Norge har NHO tatt et eget initiativ for å få utredet spørsmålet, mens temaet foreløpig ikke er under utredning på lovgivernivå.

Et gjennomgående tema i reformforslagene er at den rettslige rammen skal være enkel, fleksibel og konkurransedyktig. Det skal f.eks. bli enklere å få stiftet et aksjeselskap, byråkratiet som selskapene skal forholde seg til underveis, skal ned på et minimum, og et suksesskriterium ser ut til å være hvor mange millioner kroner utrederne ser for seg at de sparer selskapene for i rapporteringskostnader og lignende. Regelverket skal også være oversiktlig og lett å sette seg inn i, også for ikke-jurister. Slik det har vært påpekt fra svensk hold, er det ikke sikkert at dette målet oppfylles best mulig med en lov på 787 paragrafer. Og slik det fremholdes fra dansk side, er heller ikke det å kutte ut flest mulig regler nødvendigvis en forenkling, spesielt for små næringsdrivende, som da ofte må ha juridisk bistand for å lage omfattende vedtekter eller løse problemer som oppstår fordi loven ikke regulerer forholdene.

Mer fleksible finansielle instrumenter er vektlagt i alle de nordiske land: Det skal være mest mulig enkelt å finansiere oppstart og drift av selskapet, og utredere og lovgiver søker å finne den rette balansen mellom å henge med på de siste markedstrendene og å beskytte de involverte partene.

De store spørsmålene behandles imidlertid gjennomgående ikke i disse selskapsrettsreformene.

Hvilken rolle skal selskapene spille i oppnåelsen av samfunnets overordnede mål? Og på hvilken måte kan selskapsretten legge til rette for at selskapene kan oppfylle sin samfunnsrolle? I stedet ser man dessverre at lovgiver følger markedstrendene og sjelden eller aldri gir et utredningsmandat med store visjoner. Og heller ikke i de små spørsmålene er det noen overbevisende vilje til å trenge under overflaten og finne ut hva som fungerer og hvilke konsekvenser for selskapene et reformforslag vil ha. Dette stiller desto større krav til rettsvitenskapen og våre selskapsrettsdebatter.

Beate Sjøfjell

ARBEIDSRETT

Aldergrenser og alderdiskriminering – et fortsatt minfelt Nivå 3

Lovligheten av faste aldersgrenser er fortsatt et kontroversielt og vanskelig tema i den nye ikke-diskrimineringsretten. Det får en tosidig illustrasjon, og langt på vei med en konfrontasjon, med EF-domstolens siste dom på området, dommen i *Age Concern* fra 5. mars 2009, og den odelstingsproposisjonen om endringer i arbeidsmiljøloven som ble lagt frem fredag før påske, 3. april. Standpunktene er ikke innholdsmessig forenlige.

EF-domstolens dom 5. mars 2009, sak C-388/07 *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) – Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*

Dommen i *Age Concern* gjelder engelsk lovgivning på området. Dommen knytter seg til og bygger på EF-domstolens dom fra halvannet år tidligere i *Palacios* (C-411/05, EFD 2007 I-8531, jfr. *Nytt i privatretten* nr. 4, 2007, s. 2). Den gir også noen poengteringer og nyanser i tillegg. Noen grunnleggende utgangspunkter står fast. Likevel er det fortsatt et stykke frem til klarhet om hvordan grensene skal trekkes i de enkelte tilfeller.

Den engelske lovgivningen som var tema i *Age Concern*, tillater at arbeidstagere som er 65 år eller eldre, blir sagt opp når begrunnelsen er pensjonering. Poenget er at i nasjonal rett er dette et unntak fra forbudet mot diskriminering på grunn av alder, og et unntak fra – en opphevelse av – det vernet mot oppsigelse som ellers gjelder.

Som i *Palacios* understreket EF-domstolen at en slik aldersgrense er en form for direkte diskriminering i rammedirektivets forstand (jfr. artikkel 2 og tilsvarende, men kursorisk, arbeidsmiljølovens § 13-1). Domstolen poengterte også at pkt. 14 i direktivets fortale, som sier at nasjonale regler om «pensjonsalder»

ikke skal berøres, bare gjelder bestemmelser om når *rett* til pensjon skal inntre. Regler om opphør av arbeidsforhold ligger innenfor rammen av det direktivet omfatter (avsnitt 63 og 25).

Det springende punkt er om en slik diskriminering kan «rettfærdiggjøres» ut fra den særlige bestemmelsen i direktivets artikkel 6 nr. 1 (arbeidsmiljølovens § 13-3 første og annet ledd). I *Age Concern* tok ikke EF-domstolen direkte stilling til dette spørsmålet; de ble henvist tilbake til den foreleggende rett. Men domstolen fremhevet noen sentrale poenger for vurderingen.

Direktivets artikkel 6 nr. 1 gir anvisning på hvilke typer av formål som kan gjøre aldersdiskriminerende tiltak rettmessige. Det er ikke noe krav at nasjonal lovgivning skal repetere disse formuleringene eller at de formål som skal ivaretas, omtales uttrykkelig i de særskilte lovbestemmelser. Men dersom nasjonal lovgivning ikke inneholder noen slik presisering, er det vesentlig at det er mulig ut fra andre faktorer i sammenhengen å identifisere de formål reglene skal forfølge. Det er dertil staten som har «bevisbyrden» for at de formål som forfølges, er lovlige, og etter direktivet skal det gjelde «høye krav» til bevis for dette. (Jfr. avsnitt 41-45, 65, 67.)

Artikkel 6 nr. 1 åpner for unntak på grunn av «et legitimt formål innenfor rammene av nasjonal rett, bl.a. legitime sysselsettings-, arbeidsmarkeds- og yrkesutdanningspolitiske mål». I *Age Concern* sammenfattet domstolen klassen av mulig legitime formål med karakteristikken «sosialpolitiske». Den poengterte at slik formål er av «almen interesse» («public interest»). Dette skiller dem fra individuelle begrunnelser som er særegne for arbeidsgivere, som f.eks. kostnadsreduksjon eller bedring av konkurransekraften. Slike formål er i utgangspunktet ikke legitime; domstolen holdt likevel åpent for at nasjonale regler som forfølger legitime formål, kan gi arbeidsgivere en viss fleksibilitet (avsnitt 46).

I artikkel 6 nr. 1 heter det at tiltak må være «objektivt og rimelig» begrunnet i legitime formål. Formuleringen skiller seg fra den som er brukt i artikkel 2 nr. 2 om rettfærdiggjøring av indirekte diskriminering, hvor det bare heter «objektivt». Det ble stilt spørsmål om formuleringen i artikkel 6 skal oppfattes som en strengere standard enn den i artikkel 2. Domstolen poengterte at de to bestemmelsene har delvis ulike anvendelsesområder – direkte og indirekte diskriminering – men svarte samtidig nei på spørsmålet. Det skal ikke tillegges noen betydning at uttrykket «rimelig» er tatt med i artikkel 6, men ikke finnes i artikkel 2 (artikkel 53-67).

Såfremt de (sosialpolitiske) formål som forfølges, er legitime, uttaler domstolen at medlemsstatene har en «vid skjønnsmargin ved valg av hvilke tiltak som kan oppfylle» disse formålene (avsnitt 51). Dette gjentar uttalelser fra såvel *Mangold* (C-144/04, EFD 2005 I-9981; jfr. *Nytt i privatretten* nr. 1, 2006, s. 2)

som *Palacios* (avsnitt 71). Grunnkravet i direktivets artikkel 6 nr. 1 er at de virkemidler som tas i bruk for å nå et legitimt formål, må være «hensiktsmessige og nødvendige». Sagt med andre ord stiller direktivet, i tråd med alminnelige EF-rettslige prinsipper, opp et *proporsjonalitetskrav*. I debatten om *Palacios* har det vært hevdet at EF-domstolens test under artikkel 6 nærmest kan karakteriseres som et «rasjonalitetskrav». Synspunktet er da at domstolen har overlatt et meget vidt spillerom til medlemsstatene på dette punkt, videre enn man ellers er vant til. Det er åpent for diskusjon, både ut fra *Palacios* alene og ikke mindre etter *Age Concern*. I *Palacios* stoppet ikke domstolens resonnement ved vurderingen av formål og statens skjønn. Den poengterte også at den lovhjemlede plikten til å fratre ved en gitt alder heller ikke kunne anses som disproportjonal, fordi den ikke var knyttet *utelukkende* til alder, men også er betinget av *opptjent rett til en pensjon* hvis nivå ikke kunne anses som urimelig (avsnitt 72-73). I *Age Concern* gav ikke faktum grunnlag for en like konkret vurdering. Men domstolen understreket at statens skjønnsmargin «ikke [kan] ha som virkning at gjennomføringen av prinsippet om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder gjøres illusorisk», og domstolene må vurdere om de virkemidler som er valgt, er «hensiktsmessige og nødvendige» (avsnitt 51, 52).

Sammenfatningsvis fører dommen i *Age Concern* videre hovedsynspunkter fra *Palacios*. Domstolens bemerkninger om legitime formål og om en skjønnsmargin for statene er i det vesentlige likeartede. I *Age Concern* hadde domstolen imidlertid ikke noen tilsvarende situasjon som i *Palacios* med eksplisitte, omforente formål og virkemidler. Dommen i *Age Concern* gir derfor et mer generelt, og mer kritisk, blikk på nasjonal aldersgrenseregulering. Hovedpunktene kan oppsummeres slik:

- Aldersgrenser som innebærer en plikt til å *fratre* et arbeidsforhold, eller som gir arbeidstagere et *svakere vern* enn før mot opphør av arbeidsforhold, er *direkte* diskriminering.
- Det er bare «sosialpolitiske» formål som kan begrunne slik diskriminering; i dette ligger en avgrensning mot foretaksspesifikke begrunnelser.
- Staten har en vid skjønnsmargin med hensyn til hvilke formål den vil anse som sosialpolitiske, og med hensyn til hvilke tiltak – former for aldersgrenseordninger – den vil ta i bruk for å nå disse målene.
- Dette skjønnet er ikke uten grenser. Tiltak må være «hensiktsmessige og nødvendige». Kravet om proporsjonalitet gjelder, og vernet mot diskriminering må ikke bli illusorisk.
- Det vil høre under domstolene å avgjøre om den rette balansen er funnet.

Selv om det ikke er nærmere avklart hvordan grensene skal trekkes i de enkelte tilfeller, er det klart med *Age Concern* at det ligger en realitet i diskriminerings-

forbudet også når det gjelder aldersgrenser. Det stilles krav både til formål og til virkemidler. Det skal stilles høye krav til å godtgjøre at det er legitime formål som søkes forfulgt med en aldersgrenseregulering, og proporsjonalitetsvurderingen kommer uansett i tillegg.

Stein Evju

Proposisjon om «70-årsregelen» i arbeidsmiljølovens § 15-7

Den 3. april la regjeringen (ved AID) frem Ot.prp. nr. 54 (2008–2009) om endringer i arbeidsmiljøloven. Ett av forslagene i proposisjonen gjelder «70-årsregelen» i arbeidsmiljølovens § 15-7 fjerde ledd. Regelen innebærer at vern mot oppsigelse bortfaller ved nådd 70 års alder. Ett av forslagene i proposisjonen er å videreføre denne regelen, med tillegg av en bestemmelse om skriftlig varsel, og spesialregelen foreslås skilt ut til en separat § 15-13 a.

Den hjemlige rettskildesituasjonen på dette feltet er noe spesiell. Regler om bl.a. aldersdiskriminering ble tatt inn i arbeidsmiljøloven av 1977 i 2004 på bakgrunn av EFs rammedirektiv 2000/78/EF, og de er videreført i nugjeldende lovs kap. 13. Norge er imidlertid ikke forpliktet av dette direktivet, det er ikke tatt inn i EØS-avtalen (fordi det bygger på et kompetansegrunnlag i EF-traktaten som ligger utenfor EØS-avtalen). Direktivet er likevel «gjennomført» i Norge; i Ot.prp. nr. 54 uttrykkes det slik at «gjennomføringen er basert på en hensiktsmessighetsvurdering» (s. 52). Denne nyansen drøftes imidlertid ikke nærmere i proposisjonen med hensyn til forholdet mellom «70-årsregelen» og ikke-diskrimineringsreglene i lovens kap. 13 og i EF-direktivet. Lovforslaget synes likevel å bygge på at det først og fremst er de EF-rettslige normene, i direktivet og EF-domstolens rettspraksis, som skal angi målestokken for vurderingene. Dette suppleres, uten nærmere presisering, av en henvisning til de norske lovforarbeider. Det heter således at «[a]rbeidsmiljøloven kapittel 13 må hovedsakelig tolkes med bakgrunn i EF-retten, samt forarbeidene, ...», og «i henhold til EF-domstolens praksis er det etter departementets syn avklart at det ikke vil være i strid med diskrimineringsregelverket å ha en lovbasert aldersgrense for oppsigelsesvernet på 70 år» (s. 63, 66).

Den siste uttalelsen er for generell i formen og åpenbart for vidtgående. Departementet er imidlertid fullt på det rene med at en regel som «70-årsregelen», likesom regelrette aldersgrenser med pliktmessig fratredelse som f.eks. aldersgrenseloven for offentlige tjenestemenn, faller inn under diskrimineringsforbudets anvendelsesområde. Det synspunktet proposisjonen er bygget på, er at de hensyn som ligger til grunn for «70-årsregelen», er at «en slik regel er i tråd med kravet til saklig formål, slik dette fremkommer i direktivets artikkel 6 og arbeidsmiljøloven § 13-3

annet ledd. Dette på bakgrunn av en *samlet vurdering* der verdig avgang, arbeidslivspolitiske hensyn, forholdet til andre EU-lands nasjonale lovgivning og viktigheten av å ha et regelverk som er robust for konjunktursvingninger er sentrale momenter» (s. 63; uth. her). I tillegg kommer at det etter *Palacios* legges til grunn at en «gruppetilnærming» er akseptabel, dvs. at det ikke er nødvendig å vurdere et tiltaks formål, hensiktsmessighet og nødvendighet (proporsjonalitet) individuelt for den enkelte arbeidstager som berøres.

Det siste er nok riktig som en mulighet, men ikke som en absolutt løsning. Begrunnelsen for regelen er også svak. Hensyn til «verdig avgang» og andre lands rett er det ikke umiddelbart lett å forstå som «sosialpolitiske». Det siste er det utvilsomt ikke, og dommen i *Age Concern* (jfr. foran) er en betimelig påminnelse. At «70-årsregelen» antas å ville ha betydning for et mindre antall arbeidstagere (s. 61), er heller ikke overbevisende relevant. Det samme gjelder det «arbeidslivspolitiske» hensynet, som er ganske sparsomt behandlet. I proposisjonen heter det at «70-årsregelen» har sitt *fundament* «i et generelt arbeidslivspolitisk formål ved at det skaper et dynamisk regelverk, der arbeidstakere har rett til å stå i stilling til 70 år og arbeidsgivere har mulighet til å si dem opp på dette tidspunkt dersom det er ønskelig». Dette er dels å postulere det som skal bevises, dels er henvisningen til hva som er ønskelig, farefullt åpen og upresis. Med en slik tilnærming som EF-domstolen har gitt anvisning på i *Age Concern*, kan det by på problemer å bestå formålstesten på et slikt grunnlag.

I forslaget om en ny § 15-13 a ligger det videre en særskilt bestemmelse om adgang til *lavere* aldersgrenser fastsatt på «annet grunnlag». Dette vil omfatte «lov, arbeidsavtale, tariffavtale, arbeidsreglement eller bedriftspensjonsordning», slik det for såvidt har vært hittil. I høringsutkastet foreslo departementet at for «bedriftsinterne ordninger» skulle adgangen til å fastsette lavere aldersgrense være *begrenset* ved at de «må være begrunnet i hensynet til helse eller sikkerhet, alternativt at bedriftsinterne ordninger som ikke er begrunnet i hensynet til helse og sikkerhet må selve avgangsalderen følge av tariffavtale og settes til en maksimal øvre grense på enten 67 eller 70 år» (s. 64). En slik løsning er forlatt i proposisjonen, etter mangehånde innvendinger i høringsomgangen. Adgangen til lavere aldersgrenser skal etter forslaget bare begrenses av et generelt krav om at den aktuelle aldersgrensen er «saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inn-gripende, jf. [aml.] § 13-3 andre ledd».

Lovendringene skal etter planen behandles i Stortinget i løpet av vårsesjonen.

Stein Evju

Arbeidsrett eller kirkerett, rett til å fortsette i stilling – Høyesteretts ankeutvalgs

kjennelse 13. november 2008, Rt. 2008 s. 1529

En prest i den katolske kirke i Norge ble ved dekret av provinsialen i den ordenen han tilhørte, kalt tilbake til Polen. Presten reiste søksmål ved Oslo tingrett og gjorde gjeldende at det forelå en oppsigelse etter arbeidsmiljølovens regler. Han fremmet også krav om å fortsette i sin stilling som sogneprest under tvisten, i henhold til aml. § 15-11. Tingretten tok denne begjæringen (om gjeninntredelse) til følge; lagmannsretten forkastet den. For Ankeutvalget anførte Oslo katolske bispedømme bl.a. at det ikke var tale om noen oppsigelse, og at presten med sin tilknytning til sin orden uansett ikke kunne anses som arbeidstager i arbeidsmiljølovens forstand.

Ankeutvalgets kjennelse er avsagt under dissens. Som i lagmannsretten ble spørsmålet om rett til å fortsette – som et spørsmål om rett til å gjeninntre – behandlet både etter tvistelovens § 34-1 og etter aml. § 15-11. I store trekk så flertallet vurderingstemaet som likeartet. Utvalgets flertall (*Flock og Bruzelius*) henholdt seg til lagmannsrettens vurdering med bemerkningene om at lagmannsretten hadde «gitt uttrykk for at en gjeninntreden for ham i den situasjon som har oppstått, vil være et så betydelig inngrep i et forhold som tradisjonelt har vært underlagt den katolske kirkens indre selvstyre, at As interesser må vike. ... lagmannsretten [har] ved dette ansett de forpliktelser som A har overfor Picpuspaternes orden for å være tungtveiende ved en eventuell vurdering av rettmessigheten av en oppsigelse» (avsnitt 27).

Dommer *Gussgard* fremholdt derimot at de to lovbestemmelsene er forskjellige og kan føre til ulike resultater, og hun tok skarp avstand fra det argumentet hun så som kjernen i begrunnelsen for å avslå prestens gjeninntredelsesbegjæring, «at en avgjørelse i arbeidstakers favør vil være et dramatisk inngrep i den katolske kirkens selvstyre» (avsnitt 32). Hun uttalte videre at «Etter mitt syn er lagmannsrettens flertalls lovforståelse ikke riktig når det gjelder arbeidsmiljøloven § 15-11 femte ledd. A er ansatt som prest i den katolske kirke i Norge. Arbeidsmiljøloven gjelder også for prester. For meg er det svært uklart hva lagmannsrettens flertall legger i kirkens «tradisjonelle» indre selvstyre, et selvstyre som nærmest uansett vil slå igjennom overfor den mulighet en arbeidstaker har etter arbeidsmiljøloven til å gjeninntre i en stilling han er utestengt fra. Arbeidsmiljøloven har ingen særregler for kirkelig ansatte når det gjelder oppsigelse/avskjed eller hvorvidt vedkommende kan stå i stillingen i forbindelse med en tvist. Det kan klart være legitimt å legge vekt på et slikt ansettelsesforhold, men dette må vurderes ut fra de konkrete omstendighetene i saken» (avsnitt 35).

Dissensen stiller problemet i skarpt relieff. Det er et spørsmål om f.eks. tros- og livssynssamfunn skal være undergitt rettsnormer som skiller seg klart fra

dem som ellers gjelder i det sivile samfunn. Dette er et felt der det vel må kunne sies at norsk lovgivnings- og rettsanvendelsespraksis ennå ikke har funnet sikkert fotfeste.

Et ytterligere uttrykk for dette er at Ankeutvalgets flertall ikke ville ta stilling til hvorvidt det forelå et arbeidstagerforhold. Flertallet sluttet seg også her til lagmannsretten som holdt spørsmålet åpent (jfr. kjennelsens avsnitt 23 og 26).

Kort sagt, det er mer enn diskrimineringsvern som fortjener oppmerksomhet i møtet mellom arbeidsrett og kirkerett.

Stein Evju

Likestilling, tariffavtaler og arbeidstid – Eidsivating lagmannsretts dom 24. mars 2009 (08-076592ASD-ELAG/)

Likestillingssaker for domstolene er ikke hverdagskost. Bare derfor kan denne saken ha krav på oppmerksomhet. Men i tillegg er den interessant på flere måter. Den gjelder forholdet mellom arbeidstidsbestemmelser for kabinansatte og for piloter i SAS Norge. De to gruppene hadde gjennom en lang årrekke sammenfallende arbeidstidsbestemmelser i sine tariffavtaler. Ved tariffrevisjonen i 2003 oppstod det en forskjell. Grupperingene valgte ulike løsninger på arbeidsgiversidens krav om endringer, som var begrunnet i økonomi og produktivitetshensyn. Pilotene opprettholdt en 5/4-ordning (fem dager på, fire dager fri). De kabinansatte fikk en ordning med 5/2, 5/3 eller 5/4 etter nærmere regler. Ved tariffrevisjonen i 2006 ble dette endret til en kombinert 5/4-5/3-ordning. Kort sagt innebar forskjellen at kabinansatte arbeidet 190 dager pr. år, piloter derimot 178 dager pr. år.

Saken er et glitrende eksempel på «forumshopping». Hovedspørsmålene i den er to: For det første om de arbeidstidsbestemmelsene som var fastsatt ved tariffavtale, er i strid med likestillingslovens § 3. For det annet om en spesiell likestillingsklausul som ble tatt inn i de kabinansattes tariffavtale i 2006, innebar en rett til lik arbeidstidsordning som pilotene fikk i sin tariffavtale. Begge deler er spørsmål som ville høre under Arbeidsretten om de var blitt reist som spørsmål om *tariffavtalens* gyldighet og forståelse. I stedet ble saken reist for de alminnelige domstoler som en tvist om kabinansattes *arbeidsavtaler*, hvis innhold var bestemt av tariffavtalen. Man kan spekulere om hvorfor den ene prosessvei velges fremfor den annen. At det er noen forskjeller i de ulike domstolenes tilnærming til rettsspørsmålene, er nok ikke til å komme fra. Men saken illustrerer uansett arbeidsrettens «dobbeltsporede prosessordning».

Det første hovedspørsmålet knyttet seg altså til likestillingslovens § 3. Spørsmålet var om det forelå utilitelig indirekte forskjellsbehandling. Mens

pilotene overveiende er menn, er kabinansatte overveiende kvinner. Lagmannsretten gikk poengtert til verks i tråd med EF-rettslig rettspraksis på området. Ulikheten i antall arbeidede dager pr. år var i seg selv nok til å etablere en presumsjon for kjønnsbetinget forskjell. Det sentrale spørsmålet var hvilken betydning det kunne tillegges at forskjellen var et resultat av tariffavtaleforhandlinger «mellom profesjonelle parter». Det er etablert i EF-domstolspraksis at dette er et moment av betydning. Lagmannsretten kom til at forskjellen var saklig etter lovens § 3. Den bemerket at «når de har en avtalt tjenestetid med færre timer per dag og uke, og arbeidstidsordningen er fremforhandlet under tarifforhandlinger der de to gruppene prioriterte forskjellig for å imøtekomme arbeidsgiverens krav om økt produktivitet, kan ikke lagmannsretten se at forskjellen er usaklig», og når de kabinansatte «under tarifforhandlinger har avtalt flere arbeidsdager fremfor lengre daglig arbeidstid, kan de heller ikke etterpå, under tariffperioden, nå frem med at den avtalte ordning er unødvendig fordi produktivitetskravet kunne vært oppnådd ved en annen ordning» (s. 17). Synspunktet kan sies å være velfundert. Mens det skal avgjøres ved «punktsammenligning» hvorvidt det foreligger en forskjell som krever begrunnelse, ville det føre uhyre vidt om man ved vurderingen av om en forskjell er berettiget, skulle se bort fra helheten og den sammenhengen bestemmelser er kommet til i. Da ville det bli enkelt å velge det gode i forhandlinger for så å kreve ytterligere goder i likestillingsens navn. Sammenligninger er oftest kompliserte, men de bør ikke av den grunn forvitte til sjabloner.

Det andre hovedspørsmålet knyttet seg til «likestillingsklausulen» i tariffavtalen fra 2006 for kabinpersonale. I bestemmelsen het det bl.a. at «Denne overenskomst og dens bilag bygger på prinsippet om likestilling mellom grupper av flyvende personell i SAS Braathens i tråd med prinsippet i likestillingsloven § 3, ...» og «Dette innebærer at arbeidsvilkårene må utformes og praktiseres slik at det ikke oppstår usaklig forskjellsbehandling» (uth. her). Partene var enige om at bestemmelsen gikk lengre enn likestillingsloven ved at den gjorde grupper av flyvende personell til gjenstand for sammenligning. Ut fra bevisførselen fant lagmannsretten at klausulen var myntet på tariffavtaleforhandlingene for pilotene. Disse forhandlingene skulle finne sted etter at forhandlingene for kabinpersonale var avsluttet. I sine forhandlinger hadde de kabinansattes forhandlere gjort det klart for motparten SAS at deres hovedkrav var lik ordning som for pilotene. Retten la likeledes til grunn at SAS' forhandlere var klar over hva som derfor var ment med formuleringen om «usaklig forskjellsbehandling». Og da, sa lagmannsretten, måtte de kabinansattes forståelse av tariffavtalebestemmelsen legges til grunn «ut fra god tro standarden [*sic*] eller lojalitetskravet i avtaleretten», med en referanse til Rt. 1996 s. 1696 (*Trondheim Trafikk*). SAS hadde dermed en tariffmessig

plikt til å tilby de kabinansatte en arbeidstidsordning som den pilotene fikk senere i mai 2006. Unnlåtelsen av å gjøre dette var erstatningspliktig. Lagmannsretten gikk ikke egentlig inn på begrunnelsen. Men den følger ganske greit av at den tariffrettslige rett de kabinansattes fagforening hadde, også hadde virkning for rettighetsposisjonen i de individuelle arbeidsavtalene; jfr. implisitt arbeidstvistslovens § 3 nr. 3. Dette er grunnleggende arbeidsrett, selv om den kanskje ikke er velkjent for de alminnelige domstoler.

Lagmannsrettens begrunnelse, og mangel på slik, kan være illustrerende for forskjellen fra en behandling av disse tariffrettslige spørsmålene i Arbeidsretten. Med den bevisførselen lagmannsretten la til grunn, ville tolkningsresultatet for «likestillingsklausulen»s vedkommende utvilsomt blitt det samme. Mest sannsynlig gjelder det også lovlighetsvurderingen etter likestillingslovens § 3. Men en dom av Arbeidsretten ville ikke tydd til almen-kontraktrettslige støttepunkter som «god tro standarden eller lojalitetskravet i avtaleretten». De tariffrettslige fortolkningsnormene for slike tilfeller er solid etablert. Det er nok å konstatere at dersom man forstod hva motparten mente, og ikke reserverte seg, er man bundet til den forståelsen motparten fremholdt. Da bærer man selv «risikoen» for ikke å ha sikret seg at en annen forståelse skulle gjelde. De underliggende tankegangene er utvilsomt beslektet med, tildels forankret i, mer generelle avtalerettslige prinsipper. Men slik de tariffrettslige normene har utviklet seg, er de mer spesifikke og direkte. Arbeidsretten ville dessuten utvilsomt ikke ha referert til en høyesterettsdom i et resonnement om normer for tariffavtalefortolkning, spesielt ikke en dubiøs avgjørelse som Rt. 1996 s. 1696 – der Høyesterett nærmest omgikk tariffavtaledefinisjonen i arbeidstvistslovens § 1 nr. 8.

Det ville heller ikke vært noen reell forskjell med hensyn til erstatningsspørsmålet. Ved en pådømmelse i Arbeidsretten ville forholdet vært at det forelå et tariffbrudd. De kabinansattes fagforening kunne da ha krevet erstatning, med anvendelse av arbeidstvistslovens § 4 og § 5. Og i et slikt tilfelle kan foreningen ikke bare kreve erstatning til seg selv – forutsatt at den har lidt et tap – men også at det skal betales erstatning til skadelidte medlemmer. Også dette er grunnleggende arbeidsrett; se f.eks. ARD 1993 s. 147.

Det gjenstår å se om lagmannsrettens dom blir anket. Når likestillingsaker for domstolene er så sjeldne, kunne det imidlertid ha interesse å se Høyesteretts syn på lovspørsmålene, uansett hva man måtte mene om boniteten i lagmannsrettens avgjørelse.

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, identitet uten organisasjon – EF-domstolens dom 12. februar 2009, sak C-466/07 Dietmar Klarenberg – Ferrotron Technologies GmbH

Ferrotron overtok en del av virksomheten, i form av en rekke aktiva, fra Klarenbergs tidligere arbeidsgiver og ansatte ('re-engaged') flere av dennes arbeidstagere. Disse ble integrert i Ferrotrons eksisterende organisasjonsstruktur og fikk også arbeidsoppgaver knyttet til andre produkter enn dem Ferrotron ervervet ved overtagelsen. Spørsmålet i saken var om det var tale om overdragelse av en del av en virksomhet i EF-direktivets forstand (2001/23/EF), som arbeidsmiljølovens § 16-1 motsvarer.

EF-domstolen tok utgangspunkt i den etablerte sentens om at for at det skal foreligge en overdragelse, må det være tale om en «økonomisk enhet som beholder sin identitet». Den føyet til at direktivets art. 1(1)(b), der denne passusen nu står, har funksjon som en unntaksregel og derfor må fortolkes strengt (avsnitt 39, 41). Og ut fra *formålet* med direktivets bestemmelser kan identitetsspørsmålet *ikke* være avhengig av bare en enkelt faktor som organisatorisk selvstendighet (avsnitt 43). Identitet i direktivets forstand innebærer ikke mer enn at «den gjensidige funksjonelle avhengighets- og komplementaritetsforbindelse mellom» de produksjonsfaktorer som overtas, er i behold (avsnitt 47).

Dommens premisser glimrer ikke ved sin klarhet. Det som likevel er klart, er at EF-domstolen her har myket opp det som hittil har vært den fremherskende forståelsen av identitetskriteriet. Virksomhetsoverdragsretten slutter ikke å være et felt i bevegelse.

Stein Evju

Arbeidsvilkår og endring ved virksomhetsoverdragelse – Borgarting lagmannsretts dom og kjennelse 16. mars 2009 (LB-2008-192864)

Rettsstillingen når en arbeidstager går over ved virksomhetsoverdragelse, skulle være et enkelt tema. Utgangspunktet er enkelt nok, «rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale ... overføres til den nye arbeidsgiver» som *de er* på overdragelsestidspunktet, jfr. arbeidsmiljølovens § 16-2 første ledd. Men det kan gå galt. I denne saken gjorde det det, også for lagmannsretten.

A var ansatt i Fjellinjen med renhold og kantine som arbeidsfelt. Fjellinjen besluttet å sette ut disse funksjonene og inngikk kontrakt med ISS om at ISS skulle overta disse oppgavene fra 1. april 2008. A ble informert om virksomhetsoverdragelsen i slutten av februar, men det er uklart om hun ble tydelig meddelt om hennes arbeidsforhold skulle videreføres. Dagen etter ble hun sykmeldt, og samme dag fikk hun et stil-

lingstilbud fra ISS som kunne gi grunn til tvil om arbeidsforholdet var tenkt ført videre uten endringer. Den 29. april fikk A, som fortsatt var sykmeldt, et nytt tilbud som forutsatte at A måtte overta andre arbeidsoppgaver. Det var enighet for lagmannsretten om at dette tilbudet reelt sett var en usaklig oppsigelse. Etter kontakt og et møte mellom partene la ISS så frem ytterligere et nytt tilbud medio mai 2008.

Dette siste tilbudet hadde A etter lagmannsrettens syn «ikke saklig grunn til å avslå». Også dette tilbudet innebar endringer i As arbeidsavtalevilkår slik de hadde vært i Fjellinjen. Dels ville arbeidstids- og arbeidsstedsfordeling bli en annen, dels ville den ukentlige arbeidstid bli noe utvidet. Lagmannsretten så på dette slik at «de endringene som fulgte av ISS tilbud til ny arbeidsavtale både hver for seg – og vurdert i sammenheng – [sic] ikke kan anses som noen vesentlig endring i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-4 annet ledd». Derfor, mente retten, gikk endringene ikke lengre «enn det som kan forsvares ut fra ISS' konkrete behov».

Her er to ulike spørsmål blandet sammen. Aml. § 16-4 annet ledd regulerer vilkårene for at et opphør av arbeidsforholdet skal regnes som forårsaket av arbeidsgiveren og som dennes ansvar selv om arbeidsgiveren ikke har gitt noen oppsigelse eller avskjed. Hvorvidt arbeidsgiveren har rett til ensidig å pålegge endringer i et overtatt arbeidsforhold, er et ganske annet spørsmål. Det er en veletablert forståelse av § 16-2 første ledd at en erverver ikke får noen større rett til å endre i et løpende arbeidsforhold enn overdrageren hadde. Denne problemstillingen overså tydeligvis lagmannsretten, ettersom den overhodet ikke drøftet forholdet til Fjellinjens eventuelle endringskompetanse.

Nå ble ikke distinksjonsproblemet avgjørende i seg selv. Men forståelsen av endringsadgangen hadde likevel vesentlig betydning. Hovedspørsmålet i saken var om A kunne kreve erstatning som følge av den urettmessige oppsigelsen fra 29. april. Ved vurderingen la lagmannsretten «størst betydning» på at A hadde avslått tilbudet fra mai. Det mente lagmannsretten at hun *ikke* «hadde rimelig eller saklig grunn til» å gjøre. Den vesentlige begrunnelsen for dette synet var nettopp at de endringene det var tale om, «ikke kan anses som noen vesentlig endring i henhold til arbeidsmiljøloven § 16-4 annet ledd». Det var heller ikke andre forhold som tilsa at A burde gis erstatning. Hun endte dermed tomhendt.

Stein Evju

Arbeidsmiljøloven – endringer om arbeidstid og stillingsvern

I Ot.prp. nr. 54 (2008–2009) har regjeringen fremmet forslag om endel endringer i arbeidstidsreglene og noen endringer i reglene om lønnstrekk, midlertidig ansettelse, rett til å fortsette i stilling, m.m. Hovedsaken er utvilsomt endringene i arbeidstidsreglene for skift- og turnusarbeid, hvor siktemålet har vært å nå frem til en «mer rettferdig» løsning av reguleringene for de to formene for vekslende arbeid. Proposisjonen går inn for at for tredelt skift- og turnusarbeid skal den alminnelige arbeidstiden reduseres ved at hver time arbeidet på søn- og helgedag skal regnes som en time og ti minutter, og hver time arbeidet om natten skal regnes som en time og femten minutter. Startpunktet for arbeidstidsreduksjonen er arbeidsmiljølovens utgangspunkt; 40 timer pr. uke.

Det mest sentrale forslaget vedrørende stillingsvern er utvilsomt opprettholdelse av «70-årsregelen» (se egen omtale foran). Videre vil man klargjøre at «fireårsregelen» i § 14-9 ikke kommer til anvendelse ved midlertidig ansettelse hjemlet i tariffavtale etter § 14-9 tredje ledd. Dessuten foreslår departementet å klargjøre at retten til å fortsette i stillingen etter § 15-11 i prinsippet også gjelder i nedleggelses-situasjoner.

Når det gjelder lønnstrekk, innføres en ny skranke. Blant annet på bakgrunn av kritikk fra European Committee of Social Rights på basis av Den europeiske sosialpakt foreslås det at den «begrensningsregelen» som følger av § 14-15 tredje ledd, om at trekk skal «begrenses til den del av kravet som overstiger det arbeidstaker med rimelighet trenger til underhold for seg og sin husstand», skal gjelde også for trekk basert på *skriftlig avtale*. Dessuten foreslås en modernisert bestemmelse som skal sikre arbeidsgiveren rett til å foreta lønnstrekk for arbeidstageres egenandel til tjenstepensjonsordninger som er omfattet av foretakspensjonsloven, innskuddspensjonsloven eller offentlige tjenstepensjonsordninger.

På HMS-feltet foreslås å gjøre det klart at verneombud og medlemmer i arbeidsmiljøutvalg fortsatt skal ha rett til å velge å avvike den lovfestede «verneombudsopplæring» ved kurs i regi av en arbeidstagerorganisasjon. Videre tar forslaget opp to spørsmål relatert til alenearbeid og bruk av prestasjonslønn ved risikofylt arbeid.

Proposisjonen skal etter planen behandles i Stortinget i løpet av vårterminen.

Stein Evju

Søksmål om almenngjøringsordningen

Vår særegne lov om «allmenngjøring av tariffavtaler» fra 1993 har vært kontroversiell siden den ble aktivisert i 2004. Nu har ni norske skipsverft, med støtte av NHO, gått til søksmål mot den norske staten. Stevningen ble inngitt til Oslo tingrett 24. mars 2009. Bakgrunnen er et vedtak av Tariffnemnda om forskrift 6. oktober 2008 nr. 1137 om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien. Saksøkerne hevder ikke at selve almenngjøringsloven i seg selv er i strid med EØS-retten. Derimot gjør de gjeldende at *forskriften* er ugyldig. Argumentasjonen for dette er bygget på tre grunnlag. Først og fremst hevder saksøkerne at forskriften er ugyldig fordi den er i strid med EØS-avtalens art. 36 (art. 49 EFT). Hovedsynspunktet er at med forskriften har Tariffnemnda fastsatt regler som fører til et høyere kostnadsnivå for arbeidskraft for utenlandske tjenesteydere enn det innenlandske arbeidsgivere står overfor. Og en slik restriksjon mener man ikke kan begrunnes i «tvingende almene» hensyn eller proporsjonalitetshensyn. Dernest gjør saksøkerne gjeldende at forskriften er ugyldig fordi saksbehandlingen i Tariffnemnda var mangelfull, både fordi nemnda var forutinntatt og fordi den ikke sørget for en tilstrekkelig opplysning av saken. Som en siste skanse er det gjort gjeldende at enkelte bestemmelser i forskriften må være ugyldige fordi de strider mot EØS-avtalens art. 36 og utstasjoningsdirektivet (96/71/EF). Det gjelder spesielt bestemmelser om arbeidstid og overtidstillegg, hvor forskriften gir gunstigere regler enn de minimumsstandardene som følger av den alminnelige lovgivningen (arbeidsmiljøloven), og enkelte bestemmelser som ikke faller inn under «katalogen» i direktivets art. 3 nr. 1.

Stevningen er lagt bredt an, med redegjørelser for EØS-retten på området, for almenngjøringsinstituttet og for Tariffnemnda og dens praksis, og saksøkerne har gått forholdsvis grundig inn på arbeidsrettslige reguleringer og andre faktiske forhold av betydning i bransjen og for tvisten. Selv om almenngjøringsloven ikke angripes direkte, vil saken være en «test case» både for holdbarheten av loven slik den er utformet idag og for den praksis Tariffnemnda har utviklet som utøvende forskriftsmyndighet. Det er derfor grunn til å imøtese den videre utvikling av saken med interesse.

Stein Evju

Bortfall av testament – Hålogaland lagmannsrett 3. mars 2009 (LH-2009-172266)

Etter al. § 57 annet ledd annet punktum kan testamentet bortfalle grunnet endrede etterfølgende forhold som gjør det «tvillaust» at testamentet ikke lengre skal gjelde. Enkelte spesielle tilfeller av endrede forhold er regulert i loven. Et eksempel er al. § 66 nr. 3 hvorefter § 8 gjelder når noen har innsatt sin ektefelle i et testament. I teori og rettspraksis er det lagt til grunn at samlivsbrudd mellom samboere som hovedregel medfører at et gjensidig testament bortfaller. Det hender at et testament uttrykkelig er gjort betinget av at samlivet består når den ene dør. Om testamentet skal anses som bortfalt beror da på en tolking av testamentet. Dette er tilfellet i saken omtalt her.

A og B flyttet sammen i 1988. B hadde barn fra tidligere ekteskap. I 2001 inngikk de en samlivsavtale og opprettet et gjensidig testament. I pkt. 1 het det: «Under forutsetning av at samlivet består og A dør før B, skal all arv etter henne tilfalle B. Dør B, som har livsarvinger, før A, skal den frie tredjedel av arv etter ham tilfalle A.» B hadde alkoholproblemer og A hadde i 2000 flyttet ut og bodd for seg selv i ett år. Samlivet ble gjenopptatt i mai 2001. I 2003 flyttet B ned i sokkeletasjen i parets hus hvor det var en egen leilighet på 75 kvm. A ble boende alene i hovedleiligheten på 150 kvm. De fordelte boliglånet seg imellom og de betjente deretter hvert sitt lån. B døde i 2007.

Lagmannsretten kom, i likhet med tingretten, til at samlivet var opphørt og testamentet derfor var bortfalt. I tillegg til den endrede økonomiske ordning ble det lagt vekt på ordlyden i forskjellige dokumenter. Kort etter samlivsbruddet ble B sykemeldet og i epikrisen het det at han hadde hatt alkoholproblemer i forbindelse med samlivsbrudd. Kort før han døde ble det gjort vedtak om hjemmehjelp for B og i vedtaket het det at han bodde alene i en tre roms leilighet og at det var hans søster som hjalp til med renhold av leiligheten. Fordelingen av ansvar for lånet viste at partene anså bruddet som endelig.

Det eneste som kunne tale for at det gjensidige testament fortsatt skulle gjelde var at ingen av partene hadde tilbakekalt eller endret testamentet. Retten uttalte om dette: «Det fremstår ut fra Bs vedvarende oppfatning om å bo alene etter et tidligere samlivsbrudd, alt i alt som mest sannsynlig at han fortsatte å testamentet skulle gjelde «under forutsetning av at samlivet består», i samsvar med det begge mente da testamentet ble opprettet.»

Når testator er klar over endringen i relevante forhold vil passivitet som oftest tyde på at testator ikke ønsket å tilbakekalle sitt testament. I tilfeller som dette har dog partene ingen grunn til å tilbakekalle testamentet siden testamentet uttrykkelig fastsetter konsekvensene av den endrede situasjon som har opp-

stått. Liknende saker – hvor testamentet er gjort betinget av at samlivet består – er avgjort av Frostating og Agder lagmannsrett. I dommen av Frostating 11.5. 2005 (LF-2005-15458) kom retten til at det forelå et endelig brudd og at testamentet dermed var bortfalt. I Agder 14.2. 2004 (LA-2004-53700) kom retten til at flyttingen skyldtes helsemessige grunner og at arveretten etter testamentet ikke var bortfalt.

Peter Hambro

Muntlig nødtestament – al. § 51 første ledd. Gulating lagmannsrett 23. desember 2008 (LG-2008-123005)

Testator dikterte noen få timer før sin død sine testamentariske ønsker til to ansatte på et sykehus. Et hovedspørsmål var om testators ønsker skulle anses som et testament eller bare forberedelse til opprettelse av et skriftlig testament. Dommen inneholder en meget grundig gjennomgang av alle vilkår for å opprette nødtestament. Lagmannsretten kom til at det forelå et gyldig nødtestament.

A døde 10. oktober 2007 om ettermiddagen på et sykehus. Ved 9-tiden om morgenen hadde han overfor pleiepersonalet gitt uttrykk for at han ønsket å opprette et testament. Ved 10-tiden ringte en seksjonsleder til advokat B som fortalte at hun ville komme til sykehuset om ettermiddagen. B hadde bedt seksjonslederen om å notere ned i to vitners nærvær hva som var As testamentariske ønsker. Dette ble gjort og da B ankom sykehuset kl. 14.30 var A ikke lengre bevisst og døde kort tid etter. At skriftlig testament ikke ble opprettet og undertegnet kl. 10.00 skyldtes ikke A, men det faktum at B var blitt kontaktet og ville komme med et ferdigskrevet testament. I det notat som var opprettet hadde A presist angitt hvordan hans forskjellige eiendeler skulle fordeles. Seksjonslederen oppsummerte innholdet i notatet flere ganger og spurte om det var slik A ville ha det og A bekreftet dette flere ganger. Når det gjelder grensen mellom endelig testament og bare forberedelser, nevnte lagmannsretten to dommer – Rt. 1980 s. 1473 og Eidsivating 15.10. 1993 (LE-1992-3141). Lagmannsretten kom til at diktatet innebar at A hadde gjort testament og uttalte: «... (A) hadde gitt klart tilkjenne at han ville opprette testament og var klar til å la andre overheøre hans siste vilje. Det er intet som tyder på at dette for ham bare var forberedelser til en senere testasjonshandling. Det vil selvfølgelig alltid være en mulighet for at man senere endrer syn og vil fordele annerledes, men dette gjelder også om det er opprettet et ordinært skriftlig testament.» Testamentet som advokaten hadde laget ferdig var helt likt innholdet i notatet og det var ingen tvil om As ønsker. A hadde dagen før fått beskjed om at han hadde en ondartet svulst i lungen og at det ikke var mulig med ytterligere behandling. Han

visste dermed at han var på dødsleie. Den eneste forskjellen mellom et regulært testament og det oppsatte notat var fravær av typiske juridiske formuleringer.

At vilkåret brå og farlig sykdom var oppfylt, var helt åpenbart. Når det gjaldt kravet til hindring foretok lagmannsretten en grundig gjennomgang av teori og rettspraksis. Det ble presisert at det er tilstrekkelig at det er uforholdsmessig vanskelig å opprette et skriftlig testament. At A ikke undertegnet notatet skyldtes vel det forhold at han hadde fått beskjed om at advokaten snart ville komme med et renskrevet testament.

Peter Hambro

Al. § 19 – gavesalg/omstøtelse. Tre dommer fra Agder lagmannsrett

1. Gavesalg omstøtt – Agder 23. mars 2009 (LA-2008-189850)

C satt i uskifte og bodde i første etasje i et hus hun eide. I 2002 overdro hun huset til barnebarnet B for kr. 800 000. C skulle ha rett til å bo fem år vederlagsfritt i leiligheten. Det var på det rene at C fra første stund betalte husleie med kr. 2.500 per måned. Cs sønn A mente overdragelsen måtte omstøtes som gavesalg. Lagmannsretten kom til at salget kunne omstøtes. Det var uenighet om det objektivt forelå gavesalg, om det subjektive vilkår og om ettårs fristen var utløpt. Det forelå to takster som vurderte eiendommen til kr. 1.6–1.8 mill. og kr. 1.7–1.850.000 mill. Selv etter fradrag for påkostninger som B hadde utført og morens femårige borett til kr. 2.500 per måned, kom lagmannsretten til at eiendommen var solgt meget billig i 2002. Gavemomentet var på iallfall kr. 400 000, hvilket betød at B kjøpte eiendommen for minimum 33 % under markedspris. Salget inneholdt derfor et gaveelement som var omfattet av § 19 første og fjerde ledd. Lagmannsretten kom videre til at B var så godt kjent med eiendomsprisene i Kristiansand at han burde vært klar over gaveelementet. Han innhentet ingen takst og foretok ingen særskilte undersøkelser om prisen. B hadde kjøpt og solgt faste eiendommer tidligere ved tre anledninger og hadde derfor tilstrekkelig erfaring til å kunne vurdere verdien av eiendommen.

Når det gjaldt ettårs-fristen i § 19 andre ledd mente retten at fristen ble avbrutt ved en forliksklage fra april 2007. C hadde først tatt ut forliksklage mot B i januar 2007 og ved prosesskrift av 15. april 2007 ble tvisten utvidet ved at A kom inn som klager nr. 2. Det var uklart når A hadde fått kunnskap om overdragelsen fra 2002. A hadde i mange år bodd i Ålesund og det kunne gå flere år mellom hver gang han besøkte moren i Kristiansand. Først i juli 2006 fikk A tak i kontrakten og kontaktet advokat. Lagmannsretten mente det var usannsynlig at han plutselig skulle iverksette forskjellige rettslige og faktiske

tiltak i 2006 hvis han hadde kunnskap om salget helt fra 2002 eller 2004. Retten kom derfor til at det var mest sannsynlig at A hadde fått kunnskap om salget sommeren 2006 og at han derfor hadde holdt seg innenfor ettårs-fristen.

2. Gavesalg ikke omstøtt – Agder 16. mars 2009 (LA-2008-90190)

Også i denne saken var det spørsmål om ettårs-fristen var oversittet. C satt i uskifte og hadde ervervet en tomt på 7 mål fra sin bror. I 1983 overdro hun tomten til sin sønn B som forskudd på arv verdsatt til kr. 25 000 og med klausul om at C livet ut skulle ha bruksrett til en fritidsbolig som B skulle oppføre på eiendommen. Fritidsboligen ble oppført i 1984 og ble flere ganger brukt også av datteren A og den øvrige familie. I august 2006 var C og hennes tre barn etter As initiativ samlet til familieråd og i dette møtet bekreftet B for første gang at han hadde fått overdratt hele morens tomt og ikke bare et areal begrenset til hytta. A krevde senere overdragelsen omstøtt etter § 19, men tapte både i tingretten og lagmannsretten. Lagmannsretten vurderte kun spørsmålet om ettårs-fristen var oversittet. Retten henviste til Rt. 1997 s. 1037 hvor det heter at kunnskapskravet til en viss grad må objektiviseres. Det het her at «det avgjørende bør være om arvingene – bedømt ut fra hva alminnelige, forstandige personer forstår – vet så mye at de har oppfordring til å aksjonere». A hadde helt fra hytta ble bygget i 1984 vært klar over at B hadde fått en tomt av C, men trodd at moren beholdt en del av tomten for seg selv. I 2003 hadde B lagt en kloakkledning over hele eiendommen og også over den del av eiendommen som A forutsatte fremdeles var eiet av moren. Lagmannsretten mente at A dermed hadde tilstrekkelig kunnskap til å reagere. Det heter det i dommen: «... hun kunne ha spurt B rett ut, eller forholdsvis enkelt brakt klarhet i hjemmelsforholdene ved en henvendelse til den stedlige domstolen eller kommunen». A spurte moren om overdragelsen av tomten og ble av henne fortalt hvor grensen gikk. I og med at A visste at B hadde fått en tomt og kunne konstatere at han disponerte som en eier over hele arealet kunne Cs svar ifølge retten ikke fritta A for selv å foreta ytterligere undersøkelser. Atter senere i 2005 fikk As samboer beskjed fra Bs ektefelle om at hele tomten tilhørte B. Igjen gjorde A ikke noe mer enn å spørre C som holdt fast ved at B ikke var eier av hele arealet. Lagmannsretten konkluderte med at A hadde tilstrekkelig kunnskap om disposisjonen sommeren 2003 til at hun hadde oppfordring til å aksjonere.

Et spesielt forhold i saken er at gjenlevende i uskifte bevisst flere ganger ga A feilaktig informasjon. Retten mente at en arving ikke uten videre kan basere seg på informasjon fra gjenlevende, men må foreta egne undersøkelser. Det heter uttrykkelig i dommen at morens benektende svar ikke kunne fritta A for å foreta ytterligere undersøkelser. Det betyr jo i

realiteten at retten mener barn må ta i betraktning at far eller mor som sitter i uskifte lyver om disposisjoner de har foretatt. Jeg er ikke enig i dette resonnement. Når en overdragelse skjer innen den nærmeste familie er det vel dessuten ikke opplagt at feilaktig informasjon fra den som sitter i uskifte skal ramme den/de som påberoper seg § 19. Når C bevisst holdt A uvitende om det reelle forhold, kunne det være like nærliggende å la B bære risikoen for dette forhold siden han visste at hele tomten var overført til ham som gave.

Rt. 1997 s. 1037 er behandlet av John Asland i *Uskifte* s. 244–248.

3. Gavesalg omstøtt – Agder 9. januar 2009 (LA-2008-94560)

B satt i uskifte med sønn C og datter A. C fikk ved forskjellige anledninger kontantgaver fra B. Samlet fikk han ca. kr. 200 000. I 2006 overdro B sin bolig til A. Boligen var taksert til kr. 1.650.000 og det ble gjort fradrag for boretts verdsatt til kr. 756.216. Videre ble det angitt kr. 250 000 som gave, og for restkjøpesummen ble det utstedt en pantobligasjon som var rente- og avdragsfri. Det var uenighet både om det objektive og det subjektive vilkår for omstøttelse etter § 19. A påsto bl.a. at gaven på kr. 250 000 måtte vurderes særskilt etter bestemmelsen i § 21 som ga A adgang til å kreve tilsvarende oppgjør som C tidligere hadde fått. Det ble også gjort gjeldende at A etter overdragelsen faktisk hadde betalt avdrag og at rentefordelen måtte beregnes som fordelten etter fradrag for skatt med 28 %. Lagmannsretten kom til at det forelå gavesalg. Om fordelten med rente- og avdragsfritt lån ble det uttalt: «Slik lagmannsretten ser det, er det forholdet mellom skjøteutsteder og skjøtemottager på overdragelsestidspunktet som er tema for vurderingen etter arveloven § 19 fjerde ledd, og det er da ikke rom for å trekke inn forhold som måtte inntre i etterhånd eller som en konsekvens av overdragelsen. At A angivelig skal ha begynt å betale avdrag på lånet kan således ikke medføre at den økonomiske fordel ved lånet reduseres når det som her er avtalt at det skulle være avdragsfritt. Skattemessige konsekvenser er av samme grunn ikke relevante når man skal vurdere differansen mellom ytelse og vederlag.» Verdien av disse fordeler ble satt til kr. 150 000. Lagmannsretten mente at «gaveelementet knyttet til det rente- og avdragsfrie lånet trolig alene er tilstrekkelig til å kunne konstatere at det foreligger et gavesalg, men dette gjelder i alle fall dersom man også tar hensyn til gaven på 250 000 kroner som eksplisitt kom til uttrykk i den erklæring som B undertegnet i forbindelse med overdragelsen». A mente at hun hadde adgang til å «motregne» verdien av denne gaven mot det C tidligere hadde mottatt. Lagmannsretten var uenig i dette og uttalte at «det er C som har valgetten med hensyn til om han vil benytte seg av arveloven § 19 fjerde ledd og kreve omstøttelse eller om han etter

arveloven § 21 andre ledd ønsker å kreve boet skiftet. Når han har valgt å benytte seg av reglene i arveloven § 19, er han blant annet bundet av den tidsfrist som er angitt i arveloven § 19 tredje ledd, men han har på den annen side krav på at vurderingstemaet begrenses til en vurdering av ytelse og motytelse». Når retten skriver at C hadde valgetten må det være i relasjon til gaven på kr. 250 000 som A fikk ved overdragelsen. A kunne jo selv tidligere påberopt seg § 21 i forhold til de gaver C hadde fått. Hvis C hadde påberopt seg § 21 for de kr. 250 000 måtte de tidligere gaver til C blitt trukket inn i vurderingen. Hadde overdragelsen av den faste eiendom skjedd samtidig med at C fikk forskudd på arv, ville antakelig løsningen blitt annerledes. I juridisk teori er det enighet om at ved delvis arveoppgjør etter § 21 kan gjenlevende fritt bestemme fordelingen av aktiva i boet. Jf. Peter Lødrup *Arverett* s. 280 og John Asland *Uskifte* s. 264–265. I denne saken var det gått mange år mellom gavene til C og overdragelsen til A.

Retten kom videre til at A ikke var i aktsom god tro ved eiendomsoverføringen. At hun ikke kjente til forholdet mellom arveloven §§ 19 og 21 var uten betydning. Retten la vekt på at A selv undertegnet skjøtet som uttrykkelig anga at overdragelsen innebar en gave (helt eller delvis).

Peter Hambro

ERSTATNINGSRETT

«Tidsbegrenset årsakssammenheng»? – Högsta Domstolens beslut 17. mars 2009 (Ö 4870-06)

Innledning – Högsta Domstolens beslut

Sveriges Högsta Domstolen avsa 17. mars 2009 en avgjørelse om et spørsmål som er av prinsipiell interesse også for norsk erstatningsrett. Faktum var at skadelidte ble fullt ervervsufør som følge av en trafikkulykke i 1992. I 2000 ble hun rammet av en hjertestans, som også ville ha medført full ervervsuførhet. Det var ingen årsaksmessig sammenheng mellom trafikkulykken og hjertestansen. Spørsmålet var om forsikrings-selskapet var ansvarlig for inntektstap etter 2000.

Forsikringsselskapet argumenterte ut fra et *kausalitetsresonnement* som er kjent fra norsk rettspraksis. Det hevdet at trafikkulykken etter 2000 ikke lenger kunne anses som en *nødvendig betingelse* for skadelidtes ervervsuførhet. Formulert slik, illustrerer saken et klassisk spørsmål som oppstår ved betingelsesteori; man står overfor et tilfelle med to årsaksfaktorer som ikke henger sammen, og som hver for seg utgjør tilstrekkelige betingelser for skaden.

Högsta Domstolen var imidlertid ikke tilbøyelig til å angripe spørsmålet ut fra en slik vinkel. Retten tok derimot utgangspunkt i en *tidsmessig* betraktning.

Utgangspunktet for situasjonen, var at forsikrings-selskapet var ansvarlig for å betale erstatning på grunn av trafikkuulykken. Derfor ble spørsmålet ansett som et *utmålingsspørsmål*. Sverige har i Skadeståndslagen av 1972 kap. 5 § 1, som anvendes ved trafikkskader, en utmålingsregel som bygger på den sk. *differansemetoden*, som er svarende til vår hjemlige skadeserstatningslov § 3-1: Erstatningen skal utmåles ut fra differansen mellom den inntekt skadelidte kunne ha uten skaden, og den inntekt han har eller bør ha, med skaden. Skadelidte skal derved settes i samme posisjon som om skaden ikke hadde inntruffet.

Högsta Domstolen pekte på at differansemetoden forutsetter en hypotetisk vurdering. Det handler om et tenkt hendelsesforløp. Det er et hendelsesforløp som ikke har funnet sted, og heller ikke vil finne sted. Det er ingen eksakte mål, og det vil alltid knyttes usikkerhet til vurderingen. Også vurderingen av inntekt med skade, vil preges av usikkerhet.

Vurderingen av inntektstap må generelt omfatte rimelighetsvurderinger. Retten reiste således spørsmål om det er rimelig at forsikrings-selskapets erstatningsansvar skal opphøre, fordi det tilkommer en sykdom som ikke endrer den ervervsuførhet skadelidte allerede var påført ved trafikkuulykken. Det ble heller ikke funnet opplagt at en årsaksfaktor som det ikke skal knyttes ansvar til, skulle stå i noen annen stilling enn om det kom en senere årsaksfaktor som det kan knyttes ansvar til. Derfor kunne det hevdes at skaden burde anses «ferdig» på det tidspunkt da trafikkuulykken har inntrådt og ført til full ervervsuførhet, slik at senere tilfeldige årsaker som ikke påvirker ervervsuførheten anses irrelevante.

Etter dette ble det påpekt at kausalitetsresonnementene ikke gir noen egentlig veiledning; avgjørelsen bør heller bero på praktisk orienterte rimelighetsresonnementer.

Av slike argumenter fremholdt Högsta Domstolen at skadeoppgjørene blir enklere om det ses bort fra senere forhold. Det ble videre påpekt at slike senere inntrufne tilfeldige hendelser ikke kunne ført til et lavere oppgjør i en revisjon av oppgjør som er gjort som engangserstatning, mao. en type koherensbetraktning. Det vil dessuten være opplagt uheldig for skadelidte om de skulle miste erstatningen på grunn av senere tilfeldigheter som ikke engang påvirker ervervsuførheten.

På bakgrunn av disse praktiske argumenter og rimelighetsbetraktninger, ble konklusjonen at hjertestansen og følgene av den, *ikke* burde påvirke forsikrings-selskapets ansvar. Forsikrings-selskapet ble altså holdt ansvarlig til tross for at ansvarshendelsen det var ansvarlig for, ifølge betingelsesteorien ikke var nødvendig for tapet som i tid lå etter hjertestansen.

Norsk teori og rettspraksis

Avgjørelsen må opplagt være av stor interesse for svensk erstatningsrett, bl.a. i lys av NJA 1950 s. 650.

Den berører imidlertid interessante spørsmål også for problemstillinger i norsk rett.

I denne sammenheng skal kun omtales at avgjørelsen viser at kausalitetsresonnementer bygget på *conditio sine qua non*-formelen utfordres. Denne formelen later til å ha en særlig evne til å ta makt over tanken, og står sentralt i norsk erstatningsrett; særlig viktig for dette har bl.a. dommen i Rt. 1992 s. 64 («*P-pille II*») vært. Det kan likevel synes som om det også i norsk rett er en viss økende erkjennelse av at betingelsesteoriens basis i en hypotese, gjør at rekkevidden av de «logiske» betraktninger den gir anvisning på, ikke uten videre bør bestemme innholdet i erstatningsretten. Betingelsesteorien handler kort sagt ikke om hva som faktisk skjer i verden, men om hva som ikke skjer, og hvis noe er nødvendig, så er det også en årsak, hvilket gjør at hele problemstillingen «nødvendig årsak» har noe så å si «livsfjernt» over seg. Selv om man aksepterer at formelen ikke er noe annet enn et nyttig hjelpemiddel for tanken i visse saker, er det fortsatt prinsipielt problematisk så lenge dens funksjon som slikt hjelpemiddel ikke har et klart definert anvendelsesområde. Situasjonen er ikke bare slik at det foreligger visse særtilfelle hvor det må gjøres visse modifikasjoner. Det har derfor blitt gjort gjentatte rettsteoretiske forsøk på å gi andre beskrivelser av årsakssammenheng som både kan formuleres som rettslige normer, og samtidig i større grad representerer den forståelse av årsakssammenheng mennesker normalt har om verden. Fra Norge kan nevnes f.eks. Nils Nygaards teori om faktisk årsakssammenheng («*realiseringslæra*») i «Skade og ansvar» (2007), se bl.a. s. 324–325, og Erling J. Husabøys i «Rett til sjølvvalt livsavslutning» (1994) s. 182–196, særlig s. 186–190. Fra Norden for øvrig kan særlig nevnes Mårten Schultz' avhandling «Kausalitet» fra 2007, som bl.a. vurderer den sk. «NESS-testens» muligheter, jf. om denne særlig Richard Wright i «Causation in Tort Law» (73 Cal. L. Rev. (1985)) s. 1788–1803. Man kan også nevne teori fra særlige livsområder, f.eks. tar Catarina af Sandeberg i «Prospektansvaret» (2001), se bl.a. s. 142–143, opp spørsmål om en noe annen årsaksteori fordi betingelsesteoretiske løsninger blir uhensiktsmessige for akkurat prospektansvaret. Ved rene formuestap står ofte tillits- eller forventningsbasert interessevern sentralt, og da kan det oppstå spørsmål om å bygge på generelle presumsjoner om berettigede forventninger i typebestemte forhold, hvilket utfordrer betingelsesteori som ofte krever en bestemt psykisk motivasjon for at skadelidte realiserer en risiko for tap som skadevolder har skapt, f.eks. ved å gjøre en tapsbringende investering. Med tanke på hvordan Högsta Domstolen anlegger et normativt utmålingsperspektiv på vurderingen i saken, kan man også nevne helt andre – ofte noe uklare – spørsmål for norsk erstatningsrett knyttet til hvordan retten forholder seg til *muligheter* for slikt som eksempelvis forverring av en skade, eller at ska-

delidte ville fått høyere inntekt senere, jf. f.eks. Magne Strandberg i «Skadelidtes hypotetiske inntekt» (2005) s. 108–113.

Retts teorien har imidlertid ikke så langt forplantet seg i Høyesteretts praksis på noen solid måte. Det er derfor tvilsomt om et slikt tilfelle som Högsta Domstolen nå hadde til behandling, ville bli løst på en annen måte enn ut fra *conditio sine qua non*-formelen av Høyesterett. Morten Kjelland fremholder i «Særlig sårbarhet i personskaderetten» (2008) på s. 283: «Skadevolder er bare ansvarlig så lenge skaden/tapet står i logisk årsakssammenheng med ansvarshendelsen. Den frigjøres dermed som erstatningsbetingende fra tidspunktet skadelidte uansett ville fått helsesvekkelser/tap på grunn av naturlig sykdomsutvikling. Dette betegner jeg som 'tidsavgrensningsprinsippet'. ... Tidsavgrensningsprinsippet er basert på en logisk differansebetragtning, og trekker en *ytre ramme* for ansvaret.» Kjellands fremstilling er basert på en grundig gjennomgang av Høyesteretts praksis, og viser at tanken om en hypotese/«logikk» som basis for å vurdere erstatningsansvarets utstrekning står sterkt i Norge. Dette synes altså stridende mot avgjørelsen fra Högsta Domstolen, og Kjellands utredning tilsier vel at Høyesterett uten videre ville legge betingelsesteoriens løsning til grunn. Nils Nygaard fremholder derimot i «Skade og ansvar» (2007) på s. 336: «Dersom skaden ville ha skjedd uansett på grunn av *skadelidnes sjølvskade eller brå sykdom*, som kjem ... etter den påståtte ansvarlege årsaka, må det truleg bli som under f om naturårsak.» Under punktet det henvises til («f»), heter på samme side: «Men naturårsaka kan iallfall ikkje takast omsyn til dersom den slo ut *etter* at 'vår' skade kunne reknast for «ferdig skade», jfr. ovanfor i c. Går vi til dette punktet («c»), heter på s. 334: «Ved irreversibel skade er regelen at om A *først* har valda *heile* skaden, og B kjem til etterpå, er A åleine ansvarleg. Her gjeld altså ein regel om *tidspunktet* for skadeverknaden.» Dette kan synes å måtte oppfattes som å støtte den svenske avgjørelsens resultat, selv om det kan spørres om *begrepet* uførhet noensinne kan være en «ferdig skade». Nygaard gir som det fremgår samtidig uansett uttrykk for en viss tvil.

I rettspraksis har mengder av beslektede tilfeller dukket opp, men – så vidt vites – ingen helt opplagte prejudikater hva gjelder utmåling av ervervserstatning. Noen få eksempler kan nevnes. Fra tingskade feltet har man f.eks. Rt. 1931 s. 513 («*Holmenkollbanen*»), som gjaldt ansvar for skade på bygg og gater i forbindelse med utarbeidelsen av Holmenkolltunnelen. Ansvar ble pålagt, men det ble holdt utenfor erstatningen et beløp svarende til senere skader som ville komme av andre årsaker. I Rt. 1939 s. 736 («*Eystein*») hadde et skip tapt fangsten etter sammenstøt med et annet skip. Det annet skip ble bare pålagt ansvar for deler av tapet ut fra en forutsetning om at resten ville gått tapt grunnet senere uvær uansett. På

personskadefeltet har man f.eks. Rt. 1999 s. 1473 («*Stokke*»), som gjaldt et tilfelle hvor skadelidte var blitt 100 % ervervsufør etter en bilkollisjon, men kun fikk erstattet 50 % av ervervsuførheten under henvisning til at hun ville bli 50 % ufør uansett. De omstendighetene som flertallet mente ville gjøre henne ufør, forelå imidlertid til dels på tidspunktet for trafikkulykken. Rt. 2001 s. 337 («*Ranheim*») gjaldt også spørsmål om ervervsuførhet etter bilulykke, og Høyesterett forutsetter at dersom skadelidte ville fått nedsett ervervsevne senere, så ville det tilsvarende frita skadevolder. Særlig bør nevnes Rt. 1991 s. 697 («*Overfall*»), hvor førstvoterende fant «grunn til å tilføye at etter mitt syn kan det reises spørsmål om et krav på *menerstatning* overhodet bør reduseres på grunn av en etterfølgende skade» (s. 703, min uth.). Denne sakens faktum har likhetstrekk med faktumet i saken som stod for Högsta Domstolen, og gjaldt spørsmål om utmåling etter et overfall i 1982, mens skadelidte også hadde fått et hjerneslag i 1985. Her var det altså heller ikke noe som overhodet forelå på tidspunktet for den skadevoldende handling. Dommen kan indikere motsatte tilnærminger ved spørsmål om ervervstap enn ved *menerstatning* – uten at det gis noen nærmere begrunnelse for dette.

Mange andre eksempler kunne vært nevnt, men alt ovennevnte antyder vel at tanken om «logiske»/hypotetiske resonnementer preger vår erstatningsrett sterkt. Norsk rettspraksis viser imidlertid til tross for dette, på andre måter en viss tilbøyelighet til å preferere det som faktisk skjer, f.eks. ved at det uttrykkes særlige krav til *bevis* for å underbygge påstander om omstendigheter som er hypotetiske, jf. f.eks. Rt. 1997 s. 883 («*Skalle*») og Rt. 1999 s. 1473 («*Stokke*»). Heller ikke om disse aspekter hersker det imidlertid fullstendig klarhet i norsk rett, jf. f.eks. Magne Strandberg i op.cit. s. 126–130. Men «bevis» kan tross alt være noe annet når det gjelder å overbevise noen om hva som faktisk har skjedd, enn når det gjelder å overbevise om sannsynlighet for en fremtidig eller alternativ utvikling. Det er et slags utgangspunkt ved betingelsesteoriens anvendelse at man ikke kan «endre» på faktum på annet vis enn at den skadevoldende handling tas bort. Skadevolder kan således som utgangspunkt ikke anføre at skaden kunne inntrådt dersom man for øvrig forestiller seg et annet helt faktum. Men likevel gås det av og til ganske langt i slik retning. Høyesterett gikk f.eks. i Rt. 1997 s. 343 langt i å antyde at det offentlige etter et ugyldig vedtak kan nå frem med å anføre at man kunne ha truffet et gyldig vedtak med samme resultat for skadelidte, eller på annen måte nådd samme resultat; og at dette er bevisspørsmål. Med bruken av slike hypotetiske årsaksbetragtninger, så gjør man egentlig likevel nokså like tankemessige «endringer» i forhold til den faktiske årsakssammenheng. Man tenker seg ikke bare den skadevoldende handling borte; man tenker seg helt andre handlinger som kunne ha blitt gjort.

Avslutning – «tidsbegrenset årsakssammenheng»?

At også faktisk årsakssammenheng med en skade kan være begrenset i tid, kan godt sies. Man kan for eksempel reparere en skadet ting, eller en brukket arm kan leges. Begrepet «tidsbegrenset årsakssammenheng» handler imidlertid ikke om en *realitet* så lenge skaden lar seg representere ved et gitt økonomisk tap eller «ervervsuførhet». Når skadelidte har blitt 100 % ervervsufør som følge av en trafikkulykke, så er trafikkulykken årsaken til ervervsuførheten. Den blir ikke mindre faktisk årsak om skadelidte senere får en hjertestans – skaden har alt skjedd. Det er i hvert fall positivt at avgjørelsen fra Högsta Domstolen klart viser at dette er et normativt spørsmål om hvordan erstatning skal utmåles, og ikke noen nødvendig slutning ut fra en logisk formel. Noen nevneverdig *rettskildemessig* gjennomslagskraft har nødvendigvis ikke denne svenske avgjørelsen for norsk rett. Men mye taler for at Høyesterett i hvert fall bør være åpen om den samme erkjennelse dersom spørsmålet kommer til vurdering også her. Allerede eksemplene på høyesterettsdommer ovenfor, viser at situasjonene kan være mangslunne, selv om de alle på et abstrakt nivå omhandler beslektede spørsmål. Også for norsk rett kan det derfor med styrke hevdes at slike reelle forhold ved det enkelte typetilfelle i hvert fall bør undersøkes og vurderes, og at det ikke er noen selvfølge at *conditio sine qua non*-formelen bør legges til grunn. Det vil på den annen side kanskje kunne ha f.eks. retts tekniske fordeler å holde fast ved formelen, og den står som vist sterkt i norsk rett. Det kan derfor meget godt tenkes at Høyesterett i et tilsvarende tilfelle vil lande på at betingelsesteorien opprettholdes, og at etterfølgende tilfældige forhold altså vil fritta skadevolder for plikten til å erstatte den skade han faktisk har voldt. Men da bør det nok i hvert fall gis en uttrykkelig begrunnelse for hvorfor.

Det skal samlet sett bli interessant å se hvordan Høyesterett vil angripe et slikt spørsmål hvis det kommer til behandling i så rendyrket form som i den svenske avgjørelsen. Når nå spørsmålene om *standardisering* av erstatningsutmålingene atter står på dagsorden gjennom det nokså nylig oppnevnte utvalget til vurdering av mer standardisering i erstatningsretten, så blir det også interessant å se hvordan slike spørsmål angripes av utvalget og eventuelt lovgiver. For standardisert yrkesskadeerstatning har slike spørsmål om «tidsavgrensning» nemlig vært særlig omdiskuterte; ikke minst er Rt. 2000 s. 1614, hvor de fem dommerne tilkjennegav tre ulike synspunkter på dette, illustrerende. Denne «tidsavgrensningen» som eventuelt gjøres, er en betraktning som nødvendigvis må forankres i en vurdering av i hvilken grad det er rimelig at *skadevolder* holdes ansvarlig, og ikke i en vurdering av *skadelidtes* behov; noe som også påpekes i avgjørelsen fra Högsta Domstolen. Derfor er også dette spørsmålet interessant i et videre perspektiv om når vi i Norge skal bruke *erstatning* eller *sosialforsik-*

ring som modell ved personskader, og også hvordan vi eventuelt skal utforme de nærmere betingelsene ved mer sammensatte ordninger som objektivt erstatningsansvar i kombinasjon med lovpålagt forsikringsplikt. Når den nye norske arbeidsskadeforsikringen eventuelt trer i kraft, så blir folketrygdens yrkesskade dekning overført til privat forsikringsdekning, og tilsynelatende basert på erstatningsrettslige prinsipper. Dermed tar kanskje norsk rett et lite skritt i retning av at skadelidtes *behov* i noe mindre grad står i sentrum for vurderingene som avgjør hva en person ender opp med etter sykdom og skader.

Bjarte Thorson

Pasientskadeerstatning. Standardisert barneverstatning etter skadeserstatningsloven § 3-2a. Spørsmål om lidt tap frem til oppgjørstidspunkt kan utmåles ved siden av den standardiserte summen. Høyesteretts dom 1. april 2009 (HR-2009-00736A) (sak nr. 2008-568)

Bakgrunn – forholdet til Rt. 2008 s. 1336

1. april 2009 avsa Høyesterett en ny dom om regelen om standardisert erstatning til barn i skadeserstatningsloven § 3-2a. Dommen gjelder det samme saks-komplekset som Rt. 2008 s. 1336 (15. oktober 2008 (HR-2008-1795-A)), som ble omtalt i *Nytt i privatretten* 4/2008 s. 8, herunder med en oversikt over sakens bakgrunn:

«Saken gjaldt pasientskade, og det relevante faktum var at den ansvarsbetingende skadehendelsen skjedde i 1987, da et sykehus gjorde mangelfull diagnostisering i forbindelse med (ny) svulstdannelse (etter tidligere fjernet hjernesvulst), som derfor ikke ble oppdaget før i 1991. Norsk Pasientskadeerstatning (NPE) vedtok erstatningsutbetaling i saken på begynnelsen av 2000-tallet. Skadelidte var 14 år i 1987, 18 år i 1991, og godt voksen da erstatningen ble vedtatt i 2002.»

I dommen fra i fjor var tvistetemaet hvordan begrepet «på skadetiden» i § 3-2a skulle fortolkes, hvilket ville være avgjørende for om erstatningen for tap i fremtidig erverv skulle utmåles etter reglene om individuell utmåling i § 3-1 eller som standardisert erstatning etter § 3-2a. Høyesterett kom i den dommen til at det var riktig å tolke «på skadetiden» som tidspunktet for den skadevoldende begivenhet, og dermed også riktig å utmåle erstatningen etter § 3-2a. I dommen fra 1. april i år var spørsmålet derimot skjæringstidspunktet mellom lidt og fremtidig ervervstap: Kan lidt tap frem til oppgjørstidspunktet kreves erstattet i tillegg til den standardiserte barneverstatningen?

Problemstilling og Høyesteretts resonnement

Skadeserstatningsloven § 3-2a lyder: «Har skadelidte på skadetiden ikke fylt 16 år, ytes erstatning for tap i

framtidig erverv og menerstatning etter bestemmelsene i paragrafen her.» Mens temaet i Rt. 2008 s. 1336 var fortolkningen av «på skadetiden», så gjaldt dommen fra 1. april altså fortolkningen av «framtidig erverv».

Det ble lagt til grunn at *ordlyden* ikke gav noe svar, selv om det normalt i personskadeerstatningsretten er oppgjørstidspunktet som utgjør skjæringstidspunktet. Tidspunktet for dommen eller avtalen slutter normalt et skadeserstatningsoppgjør, jf. Rt. 1997 s. 1044.

Det var derimot en rekke motargumenter mot å la oppgjørstidspunktet trekke grensen. For det første ville det stride mot selve *systemet* med § 3-2a. Det var *meningen* å lage regler om lik erstatning, uavhengig av lidt tap i det konkrete tilfelle, jf. NOU 1987: 4, og det er ikke å finne spor i *forarbeidene* av at det skulle være individuelle tap å måle ut ved siden den standardiserte erstatningen. Høyesterett fant at dette var et så praktisk spørsmål at det hadde vært naturlig å nevne det i forarbeidene om det var meningen. Det ville dessuten stride mot tanken om *likhet* mellom forskjellige skadelidte. Dersom det tar tid å avklare betingelsene for erstatningsoppgjøret, så blir erstatningen større. Dette ville også ha uheldige *prosessøkonomiske* sider, ikke minst siden partene selv i en viss grad styrer når et oppgjør slutter. En videre *systematisk* betraktning, var at § 3-2a gjelder både inntektstap og mén under ett. For mén kan en slik inndeling vanskelig gjøres gjeldende. Fra *faglitteraturen* har Nils Nygaard i *Lov og Rett* 1998 s. 195 gitt uttrykk for det samme, og særlig på denne bakgrunn anført at § 3-2a bør bygge på ett, felles prinsipp når det gjelder starttidspunktet for dekningsperioden. Til sist ble fremholdt en ytterligere *systematisk* betraktning ved å vise til at § 3-2a inneholder en særregel for unge skadelidte som de siste to årene før skaden har hatt en gjennomsnittlig arbeidsinntekt på 5 G eller mer. Dersom tanken var at det skulle skje en tilpassing av utmålingen også for andre, så ville det ha vært naturlig at det hadde fremgått av loven eller forarbeidene.

Konklusjon

Etter dette ble konklusjonen at «tap i framtidig erverv» i skadeserstatningsloven § 3-2a skal tolkes som tap etter «skadetiden», slik det er forstått i Rt. 2008 s. 1335. Da blir det intet lidt tap å måle ut.

Med disse to dommene har Høyesterett bidratt til nyttig avklaring av spørsmål knyttet til § 3-2a. Dommen fra 1. april 2009 gjaldt også spørsmål om en konkret utmåling av merutgifter, men denne side av dommen har ikke samme prinsipielle interesse for forståelsen av § 3-2a, og kommenteres ikke nærmere her.

Bjarte Thorson

Gruppevoldtekt – Hva er én og hva er flere krenkelser? Oppreisningsforpliktelser. Solidaransvarsregelen i skadeserstatningsloven § 5-3. Rt. 2008 s. 65

Høyesterett avsa i kjølvannet av en svært brutal gruppevoldtektssak, i 2008 den 17. januar dom knyttet til spørsmål om hvordan de enkelte overgripere i et slikt tilfelle skal vurderes i forhold til oppreisningserstatningen. En jente på 16 år var i løpet av en natt og morgen voldtatt i tur av flere ulike menn. Fire overgripere var for dette strafferettslig dømt for deltakelse i gruppevoldtekt til samleie. En var dømt for deltakelse i gruppevoldtekt til seksuell omgang. Høyesterett delte seg i erstatningssaken i et flertall på fire dommere (Bruzelius, Coward, Stabel og Gussgard) og et mindretall på én (Skoghøy). Flertallet konkluderte med at overgriperne heftet solidarisk for et samlet erstatningsbeløp på kr. 200.000,-. Mindretallet konkluderte med at overgriperne heftet hver for seg med kr. 120.000,- for de fire førstnevnte overgriperne, og kr. 50.000,- for den hvis forsett ikke var funnet å omfatte samleie, dvs. «samlet» kr. 530.000,- (mindretallet sier det slik at sistnevnte bare var dømt for medvirkning til de andres voldtekter). En øvrig person som var tiltalt, og som på flere måter uttrykkes i premissene at antas å ha vært den mest dominerende overgriperen, hadde unnveket domstolsbehandlingen. Det ligger dermed som en følge av mindretallets løsning at den krenkede etter alt å dømme vil ha krav på en ytterligere erstatning, og således i prinsippet et enda høyere samlet beløp.

Dommen fikk mye oppmerksomhet. Særlig ble mange støtt av at Høyesteretts flertall ga anvisning på en løsning som kan føre til hva mindretallet kalte en «kvantumsrabatt» (avsnitt 81) for deltakere i gruppevoldtekter, og det var også dette som ble tatt fatt i gjennom pressen, med mange artikler, kommentarer osv. om f.eks. «KVANTUMSRABATT – for gruppevoldtekt» (Dagbladet 23.01.08), «Voldtekt med rabatt» (Aftenposten Morgen 23.02.08) og også ellers med ulike innspill fra både dommere, personer ved krisesentre, advokater og mange andre. I erstatningsrettslig faglitteratur er ikke dommen så påaktet; men den gjelder grunnleggende spørsmål om hvordan vi forstår oppreisningserstatningen og dens funksjoner, og hvilke veier man vil gå for å realisere de funksjoner man mener den er bærer av.

Flertallet: Et spørsmål om heftelsesform og skadeserstatningsloven § 5-3 nr. 1

Flertallet tok utgangspunkt i at vilkårene for oppreisningserstatning var innfridde. Hjemmelen for oppreisningserstatning til ofre for voldtekt er skadeserstatningsloven § 3-5 første ledd bokstav b jf. § 3-3. Flertallet uttrykte seg dit hen at «[h]ovedspørsmålet i saken er om ankemotpartene skal hefte solidarisk for erstatningen, eller om det skal fastsettes et individuelt oppreisningsansvar for hver av dem» (avsnitt 43).

Senere sies det å være spørsmål om «ansvarsform: pro rata eller solidarisk» (avsnitt 46). Spørsmålet ble således ansett å knytte seg til *skadeserstatningsloven § 5-3 nr. 1*, som lyder: «Flere som plikter å betale erstatning for samme skade, svarer en for alle og alle for en. Det samme gjelder den som plikter å betale oppreisning for samme skade.» Formelt ser flertallet det altså slik at avgjørelsen beror på tolkningen av begrepet «samme skade» i § 5-3 nr. 1.

Flertallet tok utgangspunkt i at det er solidaransvar hvis det foreligger «samme skade», og at bestemmelsen også gjelder ved oppreisning. Som begrunnelse for dette, ble henvist til Ot.prp. nr. 75 (1983–1984) s. 66–67 og Ot.prp. nr. 60 (1980–1981) (avsnitt 47–48). Videre til innstillingen fra Straffelovrådet fra 1955 s. 70 (avsnitt 49), og Nils Nygaard i *Norsk Lovkommentar 2005* note 337 og 339 (avsnitt 52–53). Dette er isolert sett ikke så kontroversielt, det følger vel egentlig nokså direkte av loven. Det egentlig avgjørende spørsmålet om når man står overfor «samme skade», blir derimot temmelig kort omtalt. Det sies at selv om skadelidte ble utsatt for en «rekke krenkelser», så finnes det «vanskelig» å se at det foreligger «mer enn én – stor – skade» (avsnitt 55).

Mindretallet: Et spørsmål om skadelidte har blitt utsatt for én eller flere krenkelser iht. skadeserstatningsloven § 3-5 første ledd bokstav b, jf. § 3-3

Mindretallet var ikke bare uenig i vurderingen av skadeserstatningsloven § 5-3 nr. 1, men hadde en annen innfallsvinkel. Etter mindretallets oppfatning var sakens grunnleggende spørsmål ikke et spørsmål om heftelsesform, men et spørsmål om hvorvidt det forelå flere krenkelser i forhold til *skadeserstatningsloven § 3-5 første ledd bokstav b, jf. § 3-3*, og dermed flere oppreisningsforpliktelser. Mens flertallet tar utgangspunkt i «én gruppevoldtekt», tar mindretallet altså utgangspunkt i at skadelidte ble voldtatt i tur en rekke ganger over et lengre tidsrom; «flere voldtekter». Mindretallet påpeker at spørsmålet om *heftelsesform* gjelder et annet spørsmål; det påvirker for det første ikke spørsmålet om saksforholdet skal bedømmes som å gjelde én eller flere voldtekter, og for det annet kan man tenke seg ulike heftelsesformer uavhengig av konklusjonen på spørsmålet om én eller flere voldtekter (avsnitt 68–69).

For spørsmålet om hvorvidt det foreligger én eller flere krenkelser, sonder mindretallet mellom tilfeller hvor det foreligger én eller flere skadevoldere. For tilfeller hvor det foreligger én skadevolder, trekkes en linje til strafferettens «konkurrenslærer». Her tales det gjerne om hhv. like- og ulikeartet real- og idealkonkurrens. Hadde det vært én gjerningsperson, så ville denne aktuelle saken med en parallell til strafferetten reise et spørsmål om det hadde funnet sted en «fortsett forbrytelse» gjennom tidsrommet da skadelidte ble utsatt for overgrepet/ene, eller om det hadde funnet sted flere forbrytelser i en likeartet «realkonkurrens»

(avsnitt 73). Hvor det imidlertid er tale om forskjellige gjerningspersoner, så kan ikke denne «konkurrenslæren» ha samme overføringsverdi.

Mindretallet peker på at oppreisningserstatning ikke bare har til formål å gi kompensasjon, men også skal ha pønål karakter overfor skadevolderne, og derfor bl.a. fastsettes under hensyn til skadevolders skyld. Skal man kunne ta hensyn til den enkeltes skyld, så må man også avgjøre erstatningen ved at man faktisk vurderer den enkelte (avsnitt 74). Men det avgjør ikke spørsmålet om det oppstår en formell oppreisningsplikt for den enkelte, dvs. avgjøres som separate krav. Her gir mindretallet et avgjørelseskriterium: «*Avgjørende* for om oppreisningsbeløpene skal utmåles separat for den enkelte gjerningspersons krenkelse, må etter min mening være *om gjerningspersonenes krenkelser kan skilles fra hverandre*» (avsnitt 75, mine uth.).

Solidaransvarsregelen i § 5-3 nr. 1 har etter mindretallets syn i utgangspunktet intet med dette å gjøre. Solidaransvarsregelen omhandler tilfellet hvor flere er pålagt erstatningsplikt for samme skade, men sier ikke noe om hva som er samme skade. Mindretallet peker dessuten på at solidaransvar skal være en fordel for skadelidte, som han kan velge å påberope. Formålet med solidaransvar er ikke å minske skadelidtes erstatningskrav (avsnitt 76). Regelen er som et utgangspunkt irrelevant ved vurderingen av om oppreisningsbeløpene skal utmåles separat. Derimot; ettersom det viktigste formålet med oppreisningserstatning er å gi skadekompensasjon, så må *stor vekt* tillegges «hvor dan krenkelsene blir opplevd av fornærmede» (avsnitt 77). Mindretallet legger til grunn at skadelidte i et tilfelle hvor flere gjerningsmenn etter tur voldtar en kvinne, vil oppleve det som flere krenkelser.

Mindretallet går også videre med visse ytterligere betraktninger noe på siden av det vurderingstema som er angitt. Det ble for det første funnet å være i best samsvar med lovgivers begrunnelse for skjerpning av straffansvaret ved gruppevoldtekter om den enkeltes ansvar utmåles særskilt, for ellers vil en ikke kunne fange opp særlig det forhold at hver enkelt i tillegg til egen voldtekt, bidrar til andres voldtektshandlinger (avsnitt 78–79). For det annet peker mindretallet på det faktum at erstatningen til skadelidte typisk vil bli lavere om det utmåles én samlet erstatning, enn en erstatning for hver skadevolder. Dessuten vil den enkelte kunne ende opp med å måtte betale et langt mindre beløp. Lagmannsretten hadde uttalt: «At gjerningsmannen vil slippe med et lavere beløp enn om man hadde utført overgrepet alene, fremstår ikke som noe tungtveiende argument.» Mindretallet fant lagmannsrettens begrunnelse «fullstendig uakseptabel og direkte støtende» (avsnitt 80–81).

Etter dette konkluderte mindretallet med at saksforholdet ikke stod «overfor én, men overfor fire krenkelser «som nevnt i § 3-3», se § 3-5 første ledd bokstav b» (avsnitt 82).

Når det gjaldt spørsmålet om heftelsesform, mente mindretallet i utgangspunktet at det burde være solidaransvar, jf. skadeserstatningsloven § 5-3 nr. 1. Men solidaransvar var ikke påstått, og kunne derfor heller ikke idømmes, jf. tvistemålsloven § 85.

Kommentar

Flertall og mindretall angriper saken ganske vidt forskjellig. Har man blikket rettet mot skadevolderne – på prevensjonsformålet, oppreisningens pønale elementer og konsekvensene av den dom flertallet stod for –, så kan det være vanskelig å forsvare at ulike deltakere i en slik gruppevoldtekt med gjentatte samleier over et langt tidsrom utført av de forskjellige involverte, skal ende opp med en mulig reell utbetaling på f.eks. kr. 40.000,- hver. Har man blikket rettet mot skadelidte og kompensasjonselementet, så er det også et rettspolitisk spørsmål om erstatningsnivået etter en slik hendelse bør ligge på kr. 200.000,- eller økes.

Saken illustrerer ikke minst klassiske straffe- og erstatningsrettslige tanker i samspill. Lagmannsretten knyttet seg nært til hvordan den strafferettslige håndtering hadde vært. («Det er likevel naturlig å se overgrepene som en sammenhengende handling mot hver av de fornærmede, og ikke som en rekke enkeltovergrep forøvet av den enkelte tiltalte. Slik er voldtektene vurdert i strafferettslig forstand, og det samme syn bør etter rettens vurdering anlegges ved erstatningsfastsettelsen.») Men lagmannsretten gjør en rettspolitisk diskutabel vurdering når den gjennom dette i realiteten bruker den innførte lovregulering av gruppevoldtekt – som skulle løfte frem den *økte* straffverdigheten – som en begrunnelse for idømmelse av et i realitet *reduisert* oppreisningsansvar for den enkelte, selv om nivået ble satt over den normen som er skapt gjennom Høyesterettspraksis i andre voldtektssaker. Det er dette Høyesteretts mindretall reagerer på. Erstatningen i saken kom således faktisk ut på et nivå som innebar en slags «kvantumsrabatt» for den enkelte skadevolder. Blant annet er det spørsmål om dommens erstatning dermed klarer å gjenspeile særlige elementer ved gruppevoldtekter, på skadevoldersiden (som ved at de enkelte *både* voldtar og bidrar til at andre voldtar) så vel som på skadelidtesiden (som ved at krenkelsene er mer omfattende og nedverdiggende). Det skal imidlertid nevnes at også flertallet muligvis signaliserer i dommen at om den ikke var prosessuelt bundet til lagmannsrettens nivå, så ville det kanskje kunne ligge til rette for en høyere erstatning (avsnitt 56).

De ulike *innfallsvinklener* flertall og mindretall tar, kan kanskje indikere noe ulike syn på erstatningsretten og oppreisningen spesielt. *Peter Lødrup* fremholder i «Oppreisning – et praktisk rettsinstitutt», *Tidskrift for erstatningsrett* 2006, s. 211 flg. at bildet har endret seg fra situasjonen da oppreisningssaker var lite påaktet i juridisk teori og i stor grad fraværende fra Høyesteretts praksis. Oppreisning dukket som

kjent også i større grad opp i bilansvarssammenheng gjennom EFTA-domstolens uttalelse 20. juni 2008. Dessuten står spørsmål om personvern og «personrett» i vinden. Det er også økt fokus på hvordan oppreisningserstatning kan brukes til å fylle ut hvor øvrig erstatningsrett (fundert på tanken om dekning av et økonomisk tap) ikke fungerer så godt, jf. f.eks. *Ole-Andreas Rognstad* og *Are Stenvik* i «Hva er patentretten verd?», *Bonus pater familias: Festskrift til Peter Lødrup*, 2002 s. 511 flg., på s. 543–549. Oppreisningserstatning kan godt bli blant de sentrale utviklingsområder i norsk erstatningsrett i tiden fremover.

Bjarte Thorson

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Forskningsprosjekt om lovvalgsklausuler og deres begrensninger

Internasjonalt kommersielt samarbeid er stadig mer utbredt. Dette fører med seg behov for å avklare de juridiske rammene for samarbeid utover den materielle rettslige regulering som anvendes på interne juridiske forhold. Noe av det viktigste som juristen bør sette seg inn i er de internasjonale rettslige regler som utpeker hvilket lands rett som skal anvendes på de forskjellige deler av rettsforholdet.

I Europa har den internasjonale privatretten blitt høyt prioritert i de siste årene som ett av de viktigste verktøy i det indre markedet. I Norge er både lovgivning og rettspraksis innenfor internasjonal privatrett heller sparsom, hvilket gjør at forskningen innenfor faget har en enda større rolle enn ellers.

Ved Institutt for privatrett lanseres høsten 2009 et forskningsprosjekt i nært samarbeid med næringslivet: Prosjektet er støttet av StatoilHydro ASA, Orkla ASA, Advokatfirma Selmer og Yara International ASA. Hovedtemaet for prosjektet er hvilken rekkevidde partenes autonomi har i kommersielle internasjonale forhold som ikke er rent kontraktsrettslig. Kommerielle avtaler kan ha implikasjoner som går utover det bilaterale forhold mellom partene og kan ha relevans for tredje part (for eksempel kreditorer) eller spesiell betydning for samfunnet (for eksempel ved konkurransevridning).

Når disse aspekter ved partenes juridiske forhold har en internasjonal dimensjon, må man avgjøre hvilket lands rett de er underlagt. Partenes lovvalg er ikke nødvendigvis relevant, ettersom rettsystemene ofte opererer med ufravikelige lovvalgsregler på disse områdene.

Rettsystemenes lovvalgsregler blir ofte oppfattet som ikke relevante hvis partenes kontrakt inneholder en voldgiftsklausul som forhindrer at nasjonale

domstoler har domsmyndighet over tvister som kan oppstå mellom partene. Denne oppfatning er ikke nødvendigvis alltid riktig: Enkelte av reglene som ville ha blitt anvendt hvis voldgiftsretten hadde sett bort fra partenes valg og hadde anvendt lovvalgsreglene, kan ha en slik karakter at en voldgiftsdom som er i strid med slike regler kan risikere å bli satt til side eller nektet tvangsfullbyrdelse.

Prosjektet vil se på problemstillingen fra et perspektiv som forener tre forskjellige tilnærminger – som tradisjonelt finnes hver for seg i adskilte juridiske disipliner:

(1) Den komparativrettslige tilnærmingen – kontraktsreguleringer som er lovlig i ett system kan være i strid med andre systemers regler, for eksempel eiendomsforbehold; pant i rettigheter; pant i fremtidig inntekt; motregning; netting av betalinger; heving ved utsikter til at debitor blir insolvent; aksjonæravtaler med vetorettigheter; verdifastsettelse av kapitalbidrag; begrensninger av selskapsorganenes kompetanse; fullmakt; ansvarsbegrensninger; heving uten kompensasjon i agentforhold; samarbeid som har virkning på markedet; omorganisering og nedbemannings; konsesjonsrettigheter; tilgang til infrastruktur mv. Prosjektet vil identifisere konkrete kontraktsreguleringer og velge ut enkelte rettssystemer for å teste reguleringskompatibilitet. De konkrete eksemplene er hentet fra kommersiell praksis og finnes spesielt innenfor rettsområder som tredjemannsvern, selskapsrett, arbeidsrett og konkurranserett.

(2) Den internasjonalprivatrettslige tilnærmingen – innenfor de nevnte rettsområder gjelder egne lovvalgsregler. Hvert land har forskjellige regler, og selv innenfor EU er lovvalgsreglene på disse områder ikke harmonisert. Prosjektet vil kartlegge hvilke tilknytningsfaktorer som legges til grunn i de forskjellige lovvalgsregler og definere hvilke som gjelder i norsk rett.

(3) Den voldgiftsrettslige tilnærmingen – etter å ha avklart om kontraktreguleringen er kompatibel med andre rettssystemer (pkt. (1)) og hvilket lands rett som skal anvendes (pkt. (2)) er det nødvendig å forske på hvorvidt en voldgiftsdom som kun følger partenes autonomi er virksom. Prosjektet vil kartlegge i hvilken grad de materielle regler som er utpekt av lovvalgsreglene har en slik karakter at de må bli tatt hensyn til selv i rammen av internasjonal voldgift.

Prosjektet skal ha en varighet på fire år og forventes å omfatte fire vitenskapelige assistenter og tolv masterstudenter. Det skal organiseres flere workshops og seminarer som også skal trekke på utenlandsk kompetanse.

Prosjektets partnere og bidragsyttere, som alle har utstrakt internasjonal virksomhet og som daglig møter utfordringer knyttet til lovvalgsklausuler i internasjonale kontrakter, gjør det mulig for prosjektets medlemmer å få innsyn i erfaringer og problemer fra praksis.

Gjennom denne nære kontakten med disse samarbeidspartnerne sikrer prosjektet at forskningen også vil ha stor praktisk relevans og aktualitet. I tillegg til dette, er prosjektets problemstillinger interessante fra et juridisk vitenskapelig synspunkt. Prosjektet vil forene metoder og kilder fra flere forskjellige fag og derfor danne grunnlag for et tverrfaglig samarbeid. Prosjektet vil involvere Det juridiske fakultets og øvrige fagkompetanse innenfor følgende områder: Kontraktsrett, selskapsrett, tredjemannsvern, arbeidsrett, konkurranserett, internasjonal privatrett, komparativrett, folkerett, voldgiftsrett.

Flere informasjonen finnes på prosjektets hjemmeside: <http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/law-clauses/>.

Giuditta Cordero Moss

SELSKAPSRETT

Lovendringer for GmbH i tysk rett

1.11.2008 trådte en del vesentlige endringer for tyske GmbH i kraft ved den såkalte «Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen» (MoMiG). Loven har til formål å gjøre selskapsformen mer fleksibel og attraktiv, og innebærer endringer i GmbHG og andre lover. I det følgende skal vi foreta en gjennomgang av noen av de viktigste endringene.

Forenklet prosedyre for stiftelse av små GmbH

Den nye § 2 (1a) åpner for forenklet stiftelse av GmbH som har inntil tre andelseiere og ett styremedlem. Dersom et slikt selskap stiftes ved bruk av et skjema for standardvedtekter som følger som vedlegg til loven, reduseres antallet dokumenter som må opprettes og innleveres til Handelsregister for at selskapet skal registreres: Standardvedtektene sammenfatter stiftelsesavtalen (vedtektene), oppnevning av styret (Bestellung des Geschäftsführers) og andelseierliste som vanligvis vil utgjøre tre særskilte dokumenter.

Det opprinnelige forslaget om at små selskap som ble stiftet ved bruk av standardvedtektene skulle kunne stiftes helt uten bruk av notar, ble forkastet. Siden vedtektene fremdeles ikke er det eneste dokument som innleveres til Handelsregister (jf. GmbHG § 8), og siden notargebyrene ved bruk av standardvedtektene er de samme som ved vanlig fremgangsmåte, byr ikke bruk av skjemaet på nevneverdige fordeler for stiftelse av vanlige GmbH. Kun om selskapet stiftes som Unternehmersgesellschaft (jf. nedenfor) kan notarkostnadene reduseres fordi de avhenger av størrelsen på stamkapitalen i det stiftede selskapet.

Ny «Unternehmergeellschaft» og andre endringer i beløpsgrenser

Det ble overveiet å sette ned minstebeløpet for selskapets «Stammkapital» (som aksjekapital i GmbH heter på tysk fordi andelene ikke kalles for aksjer) til 10 000 Euro for å gjøre den tyske GmbH mer attraktiv i konkurranse med andre selskapsformer, som f.eks. engelsk Ltd., som i de siste årene har hatt en kraftig oppblomstring i det tyske markedet. Forslaget ble imidlertid ikke vedtatt. Den minste tillatte stamkapital i GmbH er fortsatt 25 000 Euro.

Kun en liten endring ble foretatt ved at en andel i GmbH nå kan lyde på én Euro, mot tidligere 100 Euro.

For å gjøre det lettere å benytte seg av selskapsformen GmbH, særlig i forbindelse med oppstart av virksomhet, gjør imidlertid ny GmbHG § 5a det mulig å stifte et GmbH hvor stamkapitalen i vedtektene kan settes lavere enn lovens minimumskapital etter § 5 (1). Grensen går ved 1 euro ved stiftelse av et slikt selskap tillates ikke innskudd i annet enn penger, og stamkapitalen må være fullt innbetalt før selskapet kan registreres i det tyske Handelsregister. For at selskapet etter hvert skal oppnå lovens minste tillatte stamkapital, må selskapet hvert år sette av ¼ av fjorårets gevinst etter fradrag for fremførbart underskudd, og betale inn dette til et fond (Rücklage), som bare kan brukes til nærmere bestemte formål, jf. § 5a (3). For selskaper som er stiftet på denne måten, skal foretaksnavnet inneholde ordene «Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)» eller forkortelsen «UG (haftungsbeschränkt)». Når selskapet har forhøyet sin stamkapital til 25 000 Euro faller de nevnte begrensningene for bruk av gevinsten bort og selskapet kan (om det vil) endre rettsformbetegnelsen i sitt navn til «GmbH». Siden det ikke er oppstilt noen frist for å forhøye den vedtekstfestede stamkapitalen til den vanlige minstekapitalen som trengs for å kunne omdanne Unternehmensgesellschaft til GmbH, kan det dog mistenkes at det kommer til å utvikle seg varige Unternehmensgesellschaft.

Økt betydning av andelseierliste og mulighet for godtroerverv av andeler i GmbH

I tilfelle endringer hva angår andelseiere og andelenes størrelse, anses i forhold til selskapet det andelsinnehav som er innført i andelseierlisten som avgjørende, jf. den nye § 16 (1). På nærmere bestemte vilkår som fremgår av GmbHG § 16 (3) er godtroerverv av GmbH-andeler fra en som ved en feiltakelse er ført som eier av vedkommende andeler i andelseierlisten, mulig. Det fremgår av GmbHG § 40 at plikten til å melde ifra til Handelsregister om endringer i andelsinnehav påligger styret og i tilfelle den medvirkende notar. Endringene gir styrets erstatningsansvar for skader pga. unnlatt melding om endringer i andelseierskap økt betydning. Formålet med endringene er å få selskapene til å holde sine andelseierlister oppdatert slik at utenforstående som

ønsker å inngå avtaler e.l. med selskapet kan stole på at listene er korrekte.

Mulighet til å flytte forvaltningssete med mer til utlandet

Før lovendringen måtte selskapets sete være der selskapet hadde en bedrift, ledelse eller administrasjon, og det var underforstått at dette måtte være i Tyskland. Bestemmelsen (§ 4a (2)) var til hinder for at GmbH kunne benytte seg av den friheten selskapene etter EFDomstolens praksis har til å flytte sitt faktiske (forvaltnings)sete til et annet land uten å endre selskapsform. Bestemmelsen er nå opphevet, slik at selskapet kan ha sitt vedtektsbestemte sete i Tyskland og derfor beholde rettsformen GmbH selv om selskapet utelukkende driver virksomhet i utlandet.

Forebygging av misbruk av selskapsformen

Ethvert GmbH er etter lovendringen forpliktet til å ha en i Handelsregister registrert forretningsadresse i Tyskland. Tidligere var ikke dette påkrevd, hvilket medførte at selskapet kunne unndra seg rettslige skritt på grunn av praktiske vanskeligheter med å nå selskapet med purringer, søksmål etc. Dersom det etter lovendringen allikevel viser seg praktisk umulig å nå selskapet på den registrerte adressen, tillates såkalt «öffentliche Zustellung» (bekjentgjørelse) hvilket vil si at søksmål e.l. som publiseres i en viss form og på nærmere bestemte vilkår, anses for å ha kommet frem til selskapet.

Dersom selskapet mangler styre, pålegger InsO (Insolvenzordnung) i ny § 15a (3) enhver andelseier og ethvert medlem av eventuelt Aufsichtsrat (kontrollorganet) å begjære konkursåpning (Insolvenzantrag). Samme forpliktelsen påhviler styret i GmbH og – hvis selskapet er under avvikling – de personer som avvikler selskapet. Konkursåpningssøknad må settes frem inntil tre uker fra det tidspunkt da selskapet ble insolvent. Det er straffbart å ikke sette frem søknaden, å ikke gjøre det i tide eller med uriktig innhold, jf. InsO § 15 (4).

Så lenge et GmbH ikke har styre, kan dessuten erklæringer og skriv mv. rettes til andelseierne, jf. ny GmbHG § 35 (1) 2. Uavhengig av om selskapet mangler styre eller ei, skal selskapet ha en representant i Tyskland som kan motta meddelelser (Zustellung) på vegne av selskapet. Representanten skal være ført opp i Handelsregister.

For å motvirke at GmbH går konkurs fordi det foretas uforsvarlige utbetalinger til andelseierne, utvides styremedlemmenes erstatningsansvar overfor selskapet for utbetalinger i sammenheng med konkurs, jf. ny GmbHG § 64, 3. punktum.

GmbHG stiller i sin nye § 6 (2) strengere krav enn tidligere til hvem som kan sitte i styret (Geschäftsführer i GmbH og Vorstandsmitglied i AG) for å tilpasse kravene i så henseende til internasjonale standarder.

Genehmigtes Kapital / kapitalforhøvelsesfullmakt til styret

Før lovendringen måtte beslutning om å forhøye stamkapitalen i GmbH alltid tas av generalforsamlingen. Etter ny § 55a kan imidlertid generalforsamlingen i vedtektene gi styret kompetanse til å forhøye stamkapitalen. Bemyndigelsen kan ikke gis for en periode på mer enn fem år, og den kan ikke gjelde et større beløp enn halvparten av stamkapitalen på tidspunktet for vedtektsendringen. For at de nye andelene skal kunne utdeles mot innskudd i annet enn penger, må dette eksplisitt fremgå av vedtektsbestemmelsen. Bestemmelsene bygger i stor grad på de tilsvarende bestemmelsene i AktG (Aktiengesetz) §§ 202 flg., dog slik at reglene er langt mindre omfattende enn de tilsvarende i AktG. Det må antas at de spørsmål som ikke besvares i den nye bestemmelsen må løses etter analogi av AktGs regler så langt de passer.

Klarere bestemmelser om innskudd i annet enn penger

Før lovendringen hadde det utviklet seg en rettspraksis som oppstilte nokså kompliserte regler for når innskudd som var angitt som pengeinnskudd i vedtektene allikevel etter en mer økonomisk preget helhetsvurdering måtte betraktes som tingsinnskudd (såkalte «verdeckte Sacheinlagen»). På grunn av reglenes vanskelige tilgjengelighet, måtte andelseierne ikke sjelden foreta innskudd to ganger fordi det første innskuddet ble ansett som tingsinnskudd og dermed ikke oppfylte vedtektenes krav om at innskuddet skulle bestå av penger. For å avhjelpe denne tilstanden ble det innført et nytt fjerde ledd i GmbHG § 19. Etter denne bestemmelsen skal verdien av det foretatte tingsinnskuddet trekkes fra den gjenstående betalingsforpliktelsen. Det er viktig for styret å være klar over at det ikke er lov å bekrefte overfor Handelsregister at pengeinnskudd er ytt dersom styret vet at det i realitet foreligger innskudd i annet enn penger.

Utbetalinger av stamkapital til andelseiere, særlig ved Cash-Pooling og lån fra andelseiere

Nyere rettspraksis fra BGH angående GmbHG § 30 hadde ført til en del rettsusikkerhet rundt mulighetene til å fordele likviditeten innenfor et konsern ved Cash-Pooling. GmbHG § 30 (1) forbyr at deler av selskapsformuen som er nødvendig for å opprettholde den vedtektsbestemte stamkapitalen, blir utbetalt til andelseierne. Problemet var hvorvidt utbetalinger fra et datterselskap til morselskap i sammenheng med Cash-Pooling var ulovlige. Lovendringen favner videre enn nødvendig for bare å avklare situasjonen angående Cash-Pooling: etter GmbHG § 30 (1) nytt annet punktum gjelder ikke forbudet ytelser pga. Beherrschungsvertrag (avtale som gir et selskap bestemmende innflytelse over et annet selskap) eller Gewinnabführungsvertrag (avtale som forplikter selskapet til å overføre hele sin gevinst til et annet fore-

tak, jf. AktG § 291). Forbudet gjelder heller ikke ytelser som tilsvarer et krav på en motytelse eller et tilbakebetalingskrav mot andelseieren. Ifølge nytt tredje punktum gjelder forbudet heller ikke tilbakebetaling av lån og tilsvarende rettsforhold.

Lignende endringer ble gjennomført for avtaler om ytelser fra selskap til andelseier som er inngått i tidsrommet rundt innskuddet på stamkapitalen, jf. nye 5. ledd i GmbHG § 19, dog er vilkårene noe strengere enn etter § 30 (1),(3).

Fordi andelseiernes kapitalinnskudd i selskapet har siste prioritet ved konkurs, var det fristende for andelseierne å yte lån til selskapet i stedet for å foreta ytterligere kapitalinnskudd, i tilfeller hvor selskapet hadde behov for tilførsel av egenkapital. Forsøk på å motvirke denne praksis hadde resultert i en komplisert bestemmelse om «eigenkapitalersetzende» lån, dvs. lån som ble gitt i en situasjon der en «*ordentlicher Kaufmann*» ville ha skutt inn ny egenkapital (jf. gamle GmbHG § 32a (1)). Den ble opphevet. Etter de nye reglene behandles andelseiernes krav fra lån og andre rettshandlinger som i realiteten er et lån til selskapet, nå uansett denne problematikken som uprioriterte fordringer ved en eventuell konkurs, jf. InsO § 39 (1) nr. 5 (dog med unntak etter InsO § 39 (4), (5)).

Lettere videreføring og sanering i konkurssituasjoner

Den mest relevante endringen i konkurssituasjoner er ny InsO § 135 (3). Etter denne bestemmelsen kan ikke en andelshaver ved konkurs kreve tilbake en gjenstand som han har overlatt til bruk i selskapet, dersom gjenstanden er av vesentlig betydning for videre drift av virksomheten. Gjenstanden kan imidlertid bare holdes tilbake så lenge konkursbehandlingen varer, og uansett ikke lenger enn ett år fra konkurssåpningen. Andelseieren har imidlertid krav på godtgjøring for bruk av gjenstanden for den tiden han ikke kan kreve den tilbake etter denne bestemmelsen.

For flere detaljer, se endringslovens (MoMiGs) fullstendige tekst <http://www.bmj.de/files/-/3339/Gesetz%20MoMiG.pdf>. For gjeldende GmbHG, se <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>.

Julia Wiedemann og Gina Bråthen

TINGSRETT

Fikk ikke selveier-setre i statsallmenning

I Øyer statsallmenning er det rundt 250 setre. 36 av dem har vært særskilt matrikulerte, altså med eget gårds- og bruksnummer. Matrikuleringen skjedde på 1800-tallet. Etter at Statskog SF overtok som hjemmelshaver til statsallmenningene, ble det i Øyer tvist om innehaverne av de særskilt matrikulerte setrene hadde eiendomsrett til setergrunnen. Statskog hevdet

at det bare forelå bruksrett til setergrunnen – i tråd med det som er vanlig i allmenningsforhold – mens flere seterhavere påsto å ha eiendomsrett.

For de underordnede domstolene anførte de private partene at Statskog ikke hadde ført tilstrekkelig bevis for at allmenningen som sådan virkelig var statsallmenning («allmenningsbevis»). De hevdet også at eiendomsretten til setergrunnen var ervervet gjennom avtaleforhold tilbake på 1700- og 1800-tallet. Under enhver omstendighet påsto de å ha hevdet eiendomsretten etter reglene om hevd og alders tids bruk. Disse grunnlagene førte verken frem i tingrett eller i lagmannsrett, og de ble heller ikke innanket for Høyesterett.

Derimot hadde seterbrukerne i lagmannsretten fått medhold i sin eiendomspåstand på et annet grunnlag, nemlig etter «reglane i tinglysingslova § 27, samanhalde med statens passivitet og det konkrete rimelege», som det heter i Høyesteretts referat (avsnitt 7). Det var dette grunnlaget som var gjenstand for høyesterettsbehandlingen. I tillegg anførte seterbrukerne for Høyesterett at eiendomsrett til setergrunnen fulgte av den rettsbeskyttelse av besittelse og eiendom som følger av tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 i EMK. I en enstemmig dom fikk seterhavere ikke medhold i eiendomspåstanden.

Tinglysingsloven § 27 regulerer etter sin ordlyd en situasjon der hjemmelshaveren i grunnboken bygger hjemmelsforholdet på et «ugyldig dokument». Der som en kjøper av eiendommen deretter i god tro tinglyser sitt erverv, kan den egentlig berettigede – den som umiddelbart var utsatt for det ugyldige dokumentet – ikke gjøre innsigelser gjeldende. Uttrykket «ugyldig dokument» er fortolket som privatrettslig ugyldighet, jfr. Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, Oslo 2007 s. 554. Denne fortolkningen ble lagt til grunn også i Høyesterett. Retten fant ikke at det forelå noe privatrettslig ugyldig dokument i saken. Det som skjedde ved matrikuleringen tilbake på 1800-tallet, var simpelthen at setrene ble skilt ut som egne skatteobjekter (til forskjell fra å bli beskattet som del av den gården som til enhver tid hadde seteren). Senere ble setrene overdratt og skjøtene tinglyst. Men selv om erververen, og sågar overdrageren, skulle ha trodd at overdragelsen gjaldt selveier-seter, ville denne oppfatningen ikke bygge på noe «ugyldig dokument». Tvistigheter om hva slags rett som har vært gjenstand for den enkelte overdragelse, omfattes ikke av tinglysingsloven § 27, fastslår Høyesterett, som viser til NOU 1982: 17 *Ny tinglysingslov* s. 159. Retten mener derfor det foreligger «sikkert grunnlag for å konkludere at det her ikkje kan skje ekstinksjon etter tinglysingslova § 27» (avsnitt 38).

Heller ikke en analogisk anvendelse av tinglysingsloven § 27 var det rom for. Det finnes situasjoner der rette eier har utstyrt hjemmelshaveren med en legitimasjon som det er rimelig at en erverver bør kunne bygge på. Men i denne saken hadde grunneieren – nå Statskog – ikke utstyrt noen med slik legitimasjon.

I rettspraksis er det lagt til grunn at det under særegne omstendigheter kan skje ekstinksjon av grunneiendomsrett på ulovfestet grunnlag, jfr. Rt. 1986 s. 1210, Rt. 1992 s. 352 og Rt. 2000 s. 604. Slik denne saken lå an, nøyde imidlertid førstvoterende seg med å konstatere at seterhavere ikke «har gjort gjeldende at dei har investert i setereigedommane», og at dette rettsgrunnlaget «då klart ikkje kan føre fram» (avsnitt 40).

Seterhavere gjorde også gjeldende at passivitet hos staten og ulovfestede rettsgrunnsetninger ga grunnlag for grunneiendomsrett. Førstvoterende så det derimot slik at staten og Statskog hadde håndhevet sin eiendomsrett til Øyer statsallmenning i svært lang tid, og tilføyde at han er «litt usikker på kva rom det vil vere for passivitet som rettsgrunnlag i ei sak av denne karakteren» (avsnitt 41). Retten kunne heller ikke helt se hva som skulle være innholdet i en regel om erverv ut fra alminnelige rettsgrunnsetninger.

Når det gjaldt den for Høyesterett nye anførselen om tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 i EMK, viser retten til at seterhavere fortsatt vil ha bruksrett til setrene. Denne retten vil verken bli fratatt dem eller regulert gjennom søksmålet. Førstvoterende legger til grunn at seterhavere heller ikke har opptrådt som om de har hatt en annen slags rett enn andre seterbrukere i allmenningen. Dermed var de ikke i noe tilfelle i en posisjon som måtte vurderes i henhold til prinsippet om at en berettiget forventning kan være vernet.

Geir Stenseth

Spørsmål om selskapsform for utmarkseiendom. Aksjeselskap eller samvirkelag? Lovlig omdannelse? – Eidsivating lagmannsrett 22. desember 2008 (LE-2008-57314)

Pihlske er en utmarkseiendom som har hatt et spesielt liv helt fra 1811, da den ble utskilt fra Ringsaker og Nes Konge- og Bygdeallmenninger. Eiendommen ble kjøpt av Ole Pihl, og senere solgt til gårdbrukere i Ringsaker og Nes, representert ved Simen Fliflet. Til sammen 673 gårdbrukere deltok i kjøpet, og kjøpesummen ble fordelt etter matrikkelskylda. Fra den gang har spørsmålet vært hvilke rettssubjekt Pihlske formelt sett var. Med denne dommen fikk dermed en lang historie sitt rettslige punktum.

De første vedtektene for eiendommen er fra 1833. Vedtektene var svært ufullstendige da de var skrevet med sikte på at eiendommen ville bli delt, og senere slått sammen med de omkringliggende bygdeallmenningene. I 1935 ble vedtektene endret. Disse vedtektene hadde heller ingen bestemmelse om andelseierens ansvarsforhold. En regel om innskuddsplikt fra de første vedtektene var sløyfet, og det var ingen bestemmelse om andelseierens ansvar for mulige gjeldsforpliktelser. I 1958 (dom av 22. februar) hvor spørsmålet

var hvordan Pihlske skulle lignede, kom Eidsivating lagmannsrett til at det ikke var solidaransvar blant deltakerne. I 1990 ble vedtektene noe endret, men heller ikke disse vedtektene hadde noen bestemmelser om andelseiernes ansvarsforhold. Aktiviteten i Pihlske er i dag svært profesjonell. Den viktigste inntektskilden er fra bortfeste av ca. 2800 hyttetomter. Samlet årsomsättning er ca. 27 millioner kroner. Enhetsregisteret krevde i 2003 at samtlige deltakere i Pihlske måtte skrive under på en melding om ny bestyrer. Det var selvsagt helt u håndterlig, og det utløste igjen spørsmålet om Pihlskes selskapsrettslige stilling. Den 14. desember 2005 ble det avholdt ekstraordinært årsmøte for å behandle spørsmålet. Det var tre forslag til behandling. Styrets forslag om å omdanne Pihlske til et aksjeselskap, et forslag om å opprette to aksjeklasser, og et forslag om at Pihlske Sameie skulle registreres som et BA. På årsmøtet ble styrets forslag om å opprette et aksjeselskap vedtatt. Partene i lagmannsrettsdommen var utmarkseiendommen Pihlske Sameie eller Pihl AS (Pihlske), og fem grunneiere med andeler i eiendommen. Spørsmålet i lagmannsretten, som i tingretten, var altså om omdannelsesvedtaket i årsmøtet var gyldig.

Rettssubjekt

For å ta stilling til dette spørsmålet må retten basere seg på hva slags rettssubjekt Pihlske reelt sett var, og hvilke rettsregler som dermed gjaldt på det aktuelle tidspunktet. Partene var ikke uenige om at Pihlske i realiteten hadde vært et selskap, men det var uenighet om hva slags type selskap. I vurderingen av hvilken selskapstype som foreligger, står heftelsesformen sentralt. I mangel av andre holdepunkter tar lagmannsretten det alminnelige selskapsrettslige utgangspunkt om at det er fullt solidaransvar, jf. Andenæs, *Selskapsrett 2007*, side 46. Men, blant annet fordi deltakerne ikke selv hadde deltatt i driften eller andre aktiviteter i selskapet enn å delta på årsmøte og velge et styre, det store antallet deltakere og mangel på samtykkeordning fram til 1935 ved overdragelse av eierandeler, kom lagmannsretten fram til at Pihlske var et selskap med begrenset ansvar for deltakerne. Spørsmålet var da om det var tale om et ikke-registrert aksjeselskap eller et samvirkelag. Vi har nå fått en ny samvirkelov (lov av 14. desember 2007 nr. 114), men utgangspunktet for denne vurderingen er de rettslige rammer som gjaldt da omdannelsen fant sted, jf. aksjeloven § 1-1 andre ledd. Pihlske hadde ikke noe uttalt samvirkeformål. Det måtte derfor gjøres en konkret vurdering av om de tradisjonelle samvirkeprinsippene var oppfylt. Stemmereglene med en stemme til hvert «medlem» var i tråd med de tradisjonelle samvirkeprinsippene. Spørsmålet var så om samhandlingsvilkåret var oppfylt. Til dette uttaler retten: «Slik lagmannsretten ser det, kan kravet til samhandling ikke være oppfylt ved at deltakerne blott og bart stiller sin eierandel til disposisjon for styret.»

Samhandlingsvilkåret var altså ikke oppfylt slik rettsstillingen var i 2005. Når det gjaldt kravet om at fordelingen av avkastningen skal skje etter samhandlingen og/eller bruken var heller ikke det vilkåret oppfylt. Utbytte hadde hele tiden vært utbetalt ut fra størrelsen på eierandelen, og ikke etter omfanget. Lagmannsretten fant det etter denne vurderingen klart at rettsfellesskapet hadde flest likhetstrekk med et aksjeselskap, dermed var Pihlske å regne for et ikke-registrert aksjeselskap.

Vedtektsendringene

Det Pihlske Sameies vedtekter fra 1935 inneholdt i § 6 en bestemmelse om at forandring av vedtektene ikke kunne foretas dersom forandringen var i strid med de fundamentale bestemmelser i vedtektenes §§ 1 og 2. Disse inneholdt bestemmelser om sameiekonstruksjonen, krav til styresamtykke ved overdragelse mv. av andeler, forkjøpsrett etc. De ankende parter anførte at generalforsamlingens vedtak av 14. desember 2005 var ugyldig fordi de nye vedtektene var i strid med de fundamentale bestemmelsene i vedtektenes §§ 1 og 2.

Forståelsen av vedtektenes § 6

Retten konstaterer at forbudet i § 6 ikke kan forstås som et generelt og absolutt forbud mot enhver endring av vedtektsbestemmelsene i §§ 1 og 2, men som et forbud mot det som er fundamentalt eller grunnleggende i de to paragrafene.

Drøftelsen av hva som er fundamentalt i vedtektenes §§ 1 og 2

Retten går så over til å vurdere hva som utgjør det fundamentale i vedtektenes §§ 1 og 2. Det konstateres nokså raskt at det grunnleggende og fundamentale i sameiets vedtekter er prinsippet om *lokalt eierskap* knyttet til gårdsbrukene i Ringsaker og Nes. Dette prinsippet anses videreført i vedtektene for Pihl AS ved at man for å kunne bli aksjonær må være eier av landbrukseiendom innenfor det samme geografiske område som angitt i sameiets vedtekter. De ankende parter mente imidlertid at flere av bestemmelsene som skulle sikre lokalt eierskap, ikke var videreført på dekkende måte i de nye vedtektene til Pihl AS.

Retten foretar så en konkret drøftelse hvor det konkluderes med at de nye vedtektsbestemmelsene ikke var i strid med de fundamentale bestemmelsene i sameiets vedtekter §§ 1 og 2.

Spørsmålet om vedtektsendringene var vedtatt med tilstrekkelig flertall

Retten går deretter over til å drøfte om vedtektsendringene var vedtatt med tilstrekkelig flertall, eller om beslutningen om vedtektsendringene innebar myndighetsmisbruk.

De ankende parter anførte at Rt. 1997 side 596 (Folketeaterbygningen) var til hinder for omdannelsen. Lagmannsretten avviser dommens relevans i

den foreliggende saken, og påpeker ulikhetene i de to sakene: i Rt. 1997 s. 596 var det for det første spørsmål om et formannskapsvedtak, ikke en selskapsbeslutning, var gyldig. Videre gjaldt høyesterettsdommen omdannelsen av et ikkeregistrert aksjeselskap til stiftelse, mens det i den aktuelle saken ikke var spørsmål om overgang fra en selskapsform til en annen, men en formalisering av samme selskapsform.

Det var ikke omtvistet at lovens flertallskrav for vedtektsendringer var oppfylt. Spørsmålet var imidlertid om deler av vedtaket var av en slik art at de krevde enstemmighet, slik de ankende parter anførte.

Etter sameiets tidligere vedtekter hadde hver andelseier en stemme. Ved vedtektsendringen i 2005 ble det innført *stemmerett* etter antall aksjer, i samsvar med aksjelovens hovedregel. De ankende parter mente denne delen av vedtektsendringen måtte skje ved enstemmighet, jf. asl. § 5–20 første ledd nr. 4, om at enstemmighet er påkrevd hvor «rettsforholdet mellom tidligere likestilte aksjer endres». Forutsetningen for de ankende parters anførsel var at det var to aksjeklasser i Pihlske, en med stemmerett og en uten. Retten er ikke enig i at det var to aksjeklasser i Pihlske. At det kan sies å foreligge ulike aksjeklasser forutsetter at aksjene ikke gir lik rett i selskapet, jf. asl. § 4–1, som åpner for at det kan være «aksjer av ulike slag» i selskapet. Stemmeretten i Pihlske Sameie var imidlertid knyttet til person, ikke til andelene som sådan. Siden andelene som sådan var likestilt, kunne det ikke anses å være to aksjeklasser. Se om forskjell mellom aksjeklasser og personklausuler, Bråthen, *Personklausuler i aksjeselskaper*, s. 36–37. Retten fremhevet i den anledning at spørsmålet om å opprette ulike aksjeklasser tidligere hadde vært foreslått, men at forslaget var blitt trukket før votering, hvilket talte for at det ikke var to aksjeklasser i Pihlske. Retten legger etter det til grunn at bestemmelsen i § 5–20 første ledd nr. 4 ikke får anvendelse, og at vedtektsendringen om å oppheve den tidligere kvantitative stemmerettsbegrensningen i selskapet således kunne besluttes med flertall som for vedtektsendringer.

De ankende parter anførte subsidiært at endringen av stemmerettsordningen innebar myndighetsmisbruk etter asl. § 5–21, hvilket retten finner at klart ikke er tilfelle, sett hen til at vedtektsbestemmelsen også er lovens hovedregel, og at vedtaket var resultat av en langvarig og åpen prosess.

Videre anførte de ankende parter at den innførte *samtykkeordningen*, som gikk ut på at enhver overdragelse av aksjer krever styrets samtykke, var i strid med det fundamentale i de gamle vedtektene. Retten synes det er overraskende at det prosederes på at det er innført strengere omsetningsbegrensninger, ettersom dette ytterligere bidrar til å ivareta det fundamentale prinsippet om lokalt eierskap – hvilket de ankende parter for øvrig har argumentert for at er ukrenkelig. De ankende parter har imidlertid anført at § 5–20 første ledd nr. 2 kommer til anvendelse, hvilket avvises

av retten. Subsidiært har de ankende parter anført at § 5–19 annet ledd første punktum kommer til anvendelse. Etter denne bestemmelsen skal beslutninger som innebærer innføring av samtykkekrav for allerede utgitte aksjer, fattes med tilslutning fra aksjonærer som utgjør mer enn ni tideler av aksjekapitalen som er representert på generalforsamlingen, og dessuten flertall som for vedtektsendringer. Retten konstaterer at vedtaket i utgangspunktet faller innenfor ordlyden i § 5–19 annet ledd første punktum. Retten kommer allikevel til at § 5–19 annet ledd første punktum ikke kommer til anvendelse, og legger i den anledning vekt på at vedtektsbestemmelsen lest i sammenheng reelt sett ikke innebærer noen ytterligere omsetnings- og eierbegrensning i forhold til hva som gjaldt etter de tidligere vedtektene. Formålet med bestemmelsen taler således for at den ikke får anvendelse i dette tilfellet. Lagmannsretten understreker at den uansett ikke hadde hatt grunnlag for å vurdere om det skjerpede flertallskravet var oppfylt, ettersom det ikke hadde vært noen bevisførsel knyttet til om flertallskravene i § 5–19 faktisk var oppfylt.

Endelig anførte de ankende parter at vedtektsbestemmelsen om *maksimal eierbegrensning* på 2 % var i strid med de tidligere vedtektene i Pihlske, og at denne vedtektsendringen krevde enstemmighet. Retten avviser dette og viser til at enstemmighetskravet i § 5–20 nr. 2 kommer til anvendelse ved innføring av andre omsetningsbegrensninger enn de som er oppregnet i § 5–19 annet ledd, som blant annet omfatter krav om at erververe eller aksjeeiere skal ha «visse egenskaper». Retten legger, i tråd med oppfatningen i juridisk teori, jf. Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 2. utgave 2006 s. 208, til grunn at uttrykket «egenskaper» skal tolkes vidt, og også omfatter kvantitative eierbegrensninger. Det legges videre vekt på at de kvantitative eierbegrensningene er mindre vidtrekkende enn begrensningene i hvem som kan erverve aksjer, og at det således ikke bør gjelde strengere flertallskrav for de førstnevnte begrensningene. Retten konkluderer med at enstemmighetskravet i § 5–20 nr. 2 ikke kommer til anvendelse.

Dommen er rettskraftig.

Katrine Broch Hauge og Gina Bråthen

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Litteratur

Institutt for privatretts Skriftserie

Skriftserie 175 – 2009

Mads Henry Andenæs, Gudmund Knudsen og Kristin Normann: *Tre foredrag om aksjonær-avtaler*

Skriftserie 176 – 2009

Fredrik Skribeland: *No waiver-klausulen – Prosjekt publikasjon nr. 2, «Anglo-American Contract Models»*

Skriftserie 177 – 2009

Henrik Wærsted Bjørnstad: *Entire Agreement-klausuler – Prosjekt publikasjon nr. 3, «Anglo-American Contract Models»*

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

Nytt i privatretten

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

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

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:
www.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 oktober 2009