



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Salg av lånefinansierte strukturerte produkter; spørsmål om de hadde tilstrekkelig produktavkastning på investeringstidspunktet

Bankklagenemnda avga den 20. januar 2009 uttalelse om investering i såkalte «strukturerte eller sammensatte produkter». Dette er investeringsprodukter med en innskudds- eller obligasjonsdel og et derivat-element. Innskuddet eller obligasjonen danner grunnlaget for en garantert avkastning for investoren, mens derivatdelen skal generere avkastning utover det garanterte beløp. Klager investerte i oktober 2000 kr 500.000,- i to aksjeindeksobligasjoner utstedt av banken med løpetid fra 2000 – 2006. Investeringene, samt etableringsomkostninger, ble finansiert med et

fastrentelån i banken på kr 520.500,- med en nominell rente på 7,95 % p.a. Klager hevdet at banken ikke opplyste om, og heller ikke ga ham mulighet til å forstå på tegningstidspunktet, at forventet avkastning var negativ. Bankklagenemnda oppnevnte professor Thore Johnsen ved NHH som sin egen uavhengige sakkyndige i saken, etter at partene hadde inngitt uttalelser fra egne sakkyndige. Bankklagenemnda avga uttalelse i saken under dissens (3-2).

Om sakens rettsspørsmål uttalte en enstemmig Bankklagenemnd: «Det rettslige hovedspørsmål i saken er hvorvidt bankens salg av såkalte strukturerte produkter er skjedd i strid med god bankskikk, jf avtaleloven § 36 og dagjeldende lov om verdipapirhandel, § 9-2, og hvorvidt det er i strid med god bankskikk å gjøre avtalene med klager gjeldende ved å fastholde at klager er bundet av avtalen om investering i aksjeindeksobligasjonene DnB Global 2000/2006 og DnB Sektor 2000/2006, samt det korresponderende fastrentelånet som ble opptatt for å finansiere investeringen. Saksforberedelsen har avdekket flere aspekter som er relevante i forhold til avtaleloven § 36; sannsynligheten for at en lånefinansiert investering i produktet kunne gi positiv avkastning (forventet produktavkastning), størrelsen av en erkjent tilretteleggermargin til banken, også betegnet «skjulte kostnader», og spørsmålet om banken har krevet en urimelig høy lånerente hensett til den risiko banken var eksponert for. Rt. 1995 s. 1540 åpner for at det etter avtaleloven § 36 kan foretas «en samlet vurdering» av enkeltomstendigheter, og det selv om slike ikke hver for seg skulle være tilstrekkelig for anvendelse av § 36. Nemnda vil vurdere disse tre nevnte elementene samlet, fordi de alle har betydning for forventet produktavkastning, som er sakens kjerne.

Bankklagenemnda har ved vurderingen av saken delt seg i et flertall og et mindretall.

For *flertallet*, bestående av Viggo Hagstrøm, Jo Gjødrem og Paal Bjønness, er tvistens hovedspørsmål hvorvidt forventet produktavkastning med lånefinansiering var tilstrekkelig positiv til å forsvare investeringen. Selv om det på investeringstidspunktet ikke var noe krav om at det i prospektet for sammensatte investeringsprodukter ble gitt beregning av forventet

Innhold nr. 1/2009:

Strukturerte produkter	1
Arbeidsrett	6
Arverett	15
Erstatningsrett	17
Familierett	20
Immaterialrett	20
Internasjonal privatrett	25
Kjøpsrett	26
Odelsrett	26
Selskapsrett	27
Tingsrett	30
Tvangsfullbyrdelse	31
Disputas	32
Institutt for privatretts Skriftserie	32
Institutt for privatretts Seminarrekke	32

fremtidig avkastning, medgir banken at den hadde et ansvar for å vurdere om produktet hadde tilstrekkelig gode avkastningsmuligheter. Bankklagenemndas flertall tilføyer at det ikke kan være tvilsomt at et slikt krav må kunne utledes av avtaleloven § 36. Banken må ha selvstendig ansvar for å vurdere hvorvidt investeringsproduktet hadde en slik forventet produktavkastning at det kunne tåle den lånefinansiering banken selv la opp til. Ved lånefinansiering stilles det større krav til avkastningen på produktet enn uten lånefinansiering. Hvis investeringen ikke gir tilstrekkelig avkastning, vil de renter som betales i bindingstiden, gå tapt. Dette faktum er det ikke uenighet om. Hvis produktet ikke har en forventet positiv produktavkastning med lånefinansiering, innebærer det at forbrukerne inviteres til å gå inn i investeringer som må ventes å bli tapsbringende; med de beløp det her er tale om kan noe slikt klart ikke være i samsvar med god bankskikk. Det bemerkes at banken heller ikke kan oppfattes å være av denne mening. Som det fremgår, er det etter flertallets oppfatning heller ikke tilstrekkelig om beregningene skulle vise svakt positiv produktavkastning.

Om den forventede produktavkastning er det, som det har fremgått, betydelig uenighet mellom de sakkyndige. Selv om denne klagesaken både etter sin art og sin kompleksitet skiller seg fra andre sivile tvister, er de spørsmål Bankklagenemnda må ta stilling til på dette punkt, av faktisk, bevismessig, art. I prinsippet må dermed uenigheten om hvorvidt forventet produktavkastning ville bli positiv, bli å behandle som andre bevisspørsmål i komplekse tvistesaker.

Prøving av de avkastningsdrivende faktorer som er sentrale i uenigheten mellom de sakkyndige, må sies å ligge utenfor rammene av en judisiell tvist. Valget av parametere, særlig utbytteavkastning, risikopremie og volatilitet, er spørsmål jurister ikke kan ha en faglig begrunnet oppfatning av. Det ville etter *flertallets* oppfatning være direkte feil hvis nemnda, besatt utelukkende med juridisk kompetanse, skulle etterprøve holdbarheten av de sakkyndiges vurderinger, så sant de sakkyndige har holdt seg innenfor rammene for tvisten. Denne situasjonen er imidlertid på ingen måte enestående i rettspleien.

I klagesaken har hver av partene brukt sakkyndige (betegnet sakkyndige vitner i tvistesaker), mens nemnda har oppnevnt professor Thore Johnsen som nemndas egen sakkyndige. Når domstolene må basere en vurdering av et saksforhold på sakkyndig bistand, må de undertiden også håndtere faglig uenighet mellom sakkyndige. Dermed kunne Bankklagenemndas flertall, som når domstolene bygger på den rettsoppnevnte sakkyndiges konklusjoner, legge vekt på at professor Johnsen har avgitt meget veldokumenterte utredninger, der konklusjonene fremstår som velbegrunnede. Professor Johnsen er en betydelig, faglig kapasitet. Utredningene er omfattende. Professor Johnsens utredninger inneholder på en del

punkter mellomstandpunkter mellom de øvrige, sakkyndige utredninger som er fremlagt i saken fra begge sider. Valg av parametere beror på et fagøkonomisk skjønn, og professor Thore Johnsens konklusjoner er klare. Ettersom han har vært vel kjent med tvisten og dens bakgrunn, må konklusjonsavsnittene i utredningene, som er den del som er lettest tilgjengelig for jurister, ha vært særlig overveiet. Bankklagenemndas flertall finner imidlertid at det i noen grad skal gå inn i de fagøkonomiske tvistes spørsmål, dog uten, som foran nevnt, å foreta noen egentlig etterprøving av de sakkyndiges utredninger.

Bankklagenemndas *flertall* finner at banken må ha bevisbyrden for at produktet hadde en tilstrekkelig positiv forventet produktavkastning med lånefinansiering. Banken er den profesjonelle part som har satt sammen produktet og tilbudt det med lånefinansiering til kundene. Banken må, før den markedsfører produktet, forsikre seg om at den forventede produktavkastningen med lånefinansiering i tilstrekkelig grad er positiv; i motsatt fall ville et salg som nevnt, ikke være akseptabelt. Banken er som selger nærmest til å sikre bevisene for dette. Når det i ettertid blir tvist om hvorvidt produktet kunne ventes å ha slik, forventet positiv produktavkastning, må banken ha bevisbyrden for at dette var tilfelle da avtalen ble inngått. Banken er nærmere enn forbrukerkunden til å klarlegge dette faktiske forholdet. Banken besitter omfattende faglig ekspertise og har ressurser til å foreta alle nødvendige analyser, mens forbrukerens stilling er den motsatte. Konsekvensene av en uriktig uttalelse er også større for forbrukeren som taper alle renter og omkostninger som er betalt i bindingstiden, enn for banken som gjennom sin forretningsvirksomhet har mulighet for å spre tapene. En annen sak er at banken er involvert i svært mange likeartede investeringsopplegg; dette er imidlertid utslag av en bevisst forretningsstrategi banken i tilfelle må bære konsekvensene av. Samlet må denne bevisbyrdeplassering sies å være en rimelig byrdefordeling mellom banken og forbrukeren.

Norsk Regnesentral har i sin rapport konkludert med at «For å beregne forventet avkastning på et garantert spareprodukt stilles man overfor en rekke valg, som hvilken volatilitet, risikofrie rente og risikopremie man bør velge. Vi har argumentert for at det ikke finnes noe fasitsvar på hvilke metoder som man skal benytte for å bestemme parametrene. Både valgene til Koekebakker og Zakamouline (2006) og DNB NOR Markets (2007) kan forsvares» (foran s. 11). Banken støtter seg til dette syn, jfr bankens sammendrag av DnB NOR Markets rapport av 9.9.2008 (foran s. 18), og DnB NOR Markets rapport av 17.11.2008 (jfr. foran s. 26) der det bl.a. heter: «Vi mener fremdeles at det på dette området ikke finnes fasitsvar slik Johnsen forsøker å gi inntrykk av, og at våre parameteranslag er fullt forsvarlige. Koekebakker og Zakamouline har gjort sine anslag, Thore Johnsen har gjort andre anslag, DnB NOR Markets har

igjen gjort andre anslag og NR (2008) viser at det finnes en rekke mulige måter å estimere disse parametrene på.» Etter flertallets oppfatning kan et slikt syn ikke være holdbart i markedsføring og salg av kostbare investeringsobjekter i et privatkundemarked. Hvis det er slik banken nå hevder, innebærer dette at produktet i realiteten hadde en helt annen risiko enn den det ble presentert med. De parametrene som er brukt av Koekebakker og Zakamouline og av Thore Johnsen, viser etter flertallets oppfatning ikke tilstrekkelig positiv produktavkastning med lånefinansiering. Hvis dette er like riktig som bankens optimistiske anslag, måtte banken i tilfelle ha opplyst om resultatet av ulike parameteranslag og usikkerheten knyttet til disse, samt redegjort for betydningen av usikkerheten, fordi slik informasjon må anses å være vesentlig for investors risikovurdering og dermed beslutningen om å forplikte seg. Bankens syn om at det ene anslag er like riktig som det annet, kan heller ikke være tilstrekkelig til å oppfylle bankens bevisbyrde for at forventet produktavkastning var positiv i tilstrekkelig grad.

Det fremgår at det er uenighet mellom de sakkyndige om valget av parametrene som er av særlig betydning som avkastningsdrivende faktorer, nemlig risikopremier, volatiliteter og utbytteavkastningstall. Klagers sakkyndige Steen Koekebakker og Valeri Zakamouline og nemndas sakkyndige Thore Johnsen opererer her med forskjellige tall. Thore Johnsen fremholder dog at «For begge produkter gir mine parametervalg marginalt lavere forventet avkastning enn rapportert av K & Z ... Mine avkastningstall er derimot vesentlig lavere enn rapport av DnB NOR» (Johnsens første rapport – heretter Johnsen 1 etc., foran s. 13). Bankklagenemndas flertall bemerker at de avkastningstall banken opererer med, er vesentlig høyere enn de forannevnte sakkyndiges, og de går alle systematisk i favør av banken. Uten at flertallet går inn i de enkelte parametre, virker det ikke overbevisende at bankens tall systematisk avviker fra de øvrige sakkyndiges, og i ensidig favør av banken. Når det gjelder hovedkonklusjonen er denne temmelig sammenfallende for klagers sakkyndige Steen Koekebakker og Valeri Zakamouline og nemndas sakkyndige Thore Johnsen, dog slik at Johnsen «konkluderer med at forventet avkastning for begge produkter er noe lavere enn beregnet av K & Z (ca. 0,6 % lavere årlig avkastning for Global og ca. 0,1 % lavere for Sektor), og derfor vesentlig lavere enn DnB NORs avkastningstall ...» (Johnsen 1, foran s. 17). Flertallet bemerker at Koekebakker og Zakamoulines prediksjoner traff temmelig godt i forhold til det faktiske utfall av investeringen. Bankens har på sin side inngitt solide faglige utredninger med tung argumentasjon. Så langt flertallet er i stand til å vurdere det, har bankens sakkyndige klart å skape en viss tvil om de tre øvrige sakkyndiges rapporter. Men banken kan samlet sett ikke sies å ha maktet å løfte bevisbyrden for at

forventet produktavkastning var positiv i tilstrekkelig grad med lånefinansiering. Flertallet bemerker endelig at bankens utredninger er levert av ansatte i DnB NOR Markets og dermed ikke av uavhengige sakkyndige, bortsett fra utredningen fra Norsk Regnesentral.

Ingen av de argumenter som er fremført av banken er etter flertallets oppfatning således tilstrekkelig til at det kan bygges på som bevist at produktet i tilstrekkelig grad hadde positiv forventet produktavkastning når det ble lånefinansiert.

Bankklagenemndas *flertall* vil videre ta stilling til den tilretteleggermargin banken har tatt. DnB NOR har angitt denne til 0,85–1.00 % av investert beløp p.a., mens professor Thore Johnsen opprinnelig anslo høyere tall, 2 % årlig (Johnsen 1, foran s. 17). Basert på bankens informasjon fremholder Johnsen: «Banken oppgir en årlig, enkel kostnad uten renter. Det nevnte intervallet svarer til en total kostnad på 5,1 %–6 % på kjøpstidspunktet» (Johnsen 2, foran s. 24). Bankens har i sine tilsvarende bl.a. påpekt at det ikke var lovpålagt å gi slike opplysninger i 2000, men at Kredittilsynet senere «anbefalte å oppgi tilretteleggermarginer da tilsynet første gang kom med rundskriv om sammensatte produkter. DnB NOR begynte å informere om produktenes sammensetning fra 2004, og utvidet i 2006 informasjonen til også konkret å angi bankens marginer. Den dag i dag er det ikke vanlig å opplyse om slike kostnader i andre europeiske land der lignende produkter tilbys. Det kan etter bankens oppfatning ikke være grunnlag for å hevde at det forelå en opplysningsplikt vedrørende slike kostnader i 2000» (bankens sluttinnlegg, foran s. 35). Bankens viser samme sted til at bankens margin er uttrykk for differansen mellom «engrosprisene» og sluttprisen til kundene og at kundene ikke kan handle i engrosmarkedene. Bankklagenemndas flertall trenger ikke å ta stilling til hvorvidt banken hadde en opplysningsplikt om tilretteleggermarginen. En slik kontraktuell plikt kan gjelde uavhengig av offentligrettslige regler. Flertallet fremholder at tilretteleggermarginen etter forholdene utgjorde betydelige beløp. Det kan på denne bakgrunn hevdes at de opplysninger som var gitt i prospektet om tegningskostningene, ga et misvisende bilde av det honorar banken samlet tok fra kunden. Dette kan tale for en opplysningsplikt. Uansett er det avgjørende at den betydelige tilretteleggermarginen måtte tas fra den kapital som var igjen etter plasseringen i interbankmarkedet for tilbakebetaling av investert kapital, og således reduserte det beløp som stod til rådighet til kjøp av opsjoner som skulle kunne generere meravkastningen. Bankens tilretteleggermargin reduserte derfor produktavkastningen, og har dermed medvirket til det negative bildet.

Når det gjelder den lånerente banken tilbød, er det uomtvistet at denne kan sies å være høy. Professor Bjerksund har i sin rapport hevdet at lånefinansieringen i realiteten betyr «at kunden låner tilbake sine

egne penger. Banken har i praksis ingen risiko på lånet» (Bjærksunds rapport, foran s. 9). Professor Johnsen slutter seg til dette og fremholder at «banken har benyttet en svært høy lånerente, dvs. hele + 1,74 % i forhold til 6-års swaprente. Denne kredittpremien var urimelig høy gitt bankens marginale kreditt risiko, dvs. kun lånets (månedlige) rentebetalinger» (Johnsen 1, foran s. 17). I sin rapport nr. 2 fremholder han at: «Kredittpremien var åpenbart altfor høy i forhold til den relativt ubetydelige risikoen ved lånet (rentebetalingerne), og spesielt ved månedlige rentebetalinger» (foran s. 24). I sitt avsluttende innlegg sier professor Johnsen at han har anslått «nåverdien av kundenes merkostnad i forhold til en normal lånerente til nær 5 % av lånebeløpet. Totale kostnader for en representativ lånefinansiert kunde utgjorde derfor 14–15 % av investert beløp» (foran s. 33). Banken synes ikke å bestride disse størrelsene for så vidt, men hevder at forholdet var «at renten på lånene (fastrentelån) ble fastsatt av banken allerede i september 2000. Markedsrenten falt så betydelig i perioden frem til låneutbetalingen i november. Banken tok utgangspunkt i at fastrenten i en 6-års rentebytteavtale var 7,35 % p.a. da renten ble satt, og nominell lånerente ble fastsatt til 7,95 %. For klageren ga dette en effektiv lånerente på 8,37 % p.a. At marginen pga. utviklingen i markedsrenten i løpet av tegningsperioden ble høyere enn forutsatt er et faktum, men dette var et resultat av at banken valgte å gå ut med et bindende tilbud. En motsatt utvikling i markedet ville ha gitt motsatt utslag på marginen» (bankens innlegg 9.9.2008, foran s. 19). Flertallet bemerker at det ikke er lånerenten i seg selv som i første rekke er temaet, men innvirkningen den hadde. Den høye lånerenten banken krevde, reflekterer ikke den risiko banken var eksponert for ved lånet, og den har utvilsomt hatt negativ effekt på forventet produktavkastning. At banken på et tidlig tidspunkt hadde fastsatt lånerenten basert på markedsrenten den gang, kan ikke være et tilstrekkelig argument for ikke å bedre lånebetingelsene, når disse samlet sett hadde så negativ effekt på det produkt banken tilbød. Hensett til dette finner flertallet derfor at lånerenten var urimelig høy.

Oppsummeringsvis må Bankklagenemndas *flertall* legge til grunn at banken ikke har oppfylt sin bevisbyrde ved å godtgjøre at produktet med den tilbudte lånefinansiering hadde en tilstrekkelig høy, forventet produktavkastning. Banken har ved å beregne seg en ikke ubetydelig tilretteleggermargin og ved å kreve en lånerente som ikke reflekterte den risiko banken var eksponert for, forverret produktavkastningsmuligheten til det produktet banken solgte til klager. Samlet sett er flertallet av disse grunner kommet til at bankens salg av de omhandlede strukturerte produkter er skjedd i strid med god bankskikk, jf avtaleloven § 36 og dagjeldende lov om verdipapirhandel, § 9-2, og at det er i strid med god bankskikk å gjøre avtalene med klager gjeldende ved å fastholde at klager er bundet av

avtalene om investering i aksjeindeksobligasjonene DnB Global 2000/2006 og DnB Sektor 2000/2006, samt det korresponderende fastrentelånet som ble opptatt for å finansiere investeringen i sin helhet.

Bankklagenemndas *mindretall*, Erik Bøhn og Randi Almås Welhaven, er kommet til et annet resultat enn flertallet: «Som flertallet legger mindretallet til grunn at det rettslige hovedspørsmål i saken er hvorvidt bankens salg av de strukturerte produktene DnB Global 2000/2006 og DnB Sektor 2000/2006, må anses å ha skjedd i strid med god bankskikk eller god forretningsskikk jf avtaleloven § 36 og verdipapirhandelloven av 1997 § 9-2, på en slik måte at det vil være i strid med disse rettslige standarder å gjøre investeringsavtalene samt låneavtalen med klageren gjeldende. Mindretallet slutter seg til de vurderingstemaer som flertallet har skissert som relevante for vurderingen.

Det sentrale spørsmål for mindretallet er hvorvidt det forelå sannsynlighetsovervekt for at produktet teoretisk sett kunne gi en positiv avkastning utover lånekostnad.

For så vidt gjelder bevisbyrdespørsmålet, viser mindretallet til flertallets merknader, som de i hovedsak kan slutte seg til. Mindretallet er dog av den mening at bankens bevisbyrde vil være oppfylt dersom den forventede produktavkastning etter bankens beregninger, med sannsynlighet kunne bli positiv for klageren, forutsatt at banken baserte sine vurderinger på et faglig forsvarlig skjønn på det tidspunkt salget av produktene skjedd.

Banken har fremlagt beregninger som sannsynliggjør at forventet produktavkastning ved lånefinansiering med sannsynlighet kunne bli positiv. Mindretallet mener at banken må anses å ha basert sine vurderinger om en fremtidig avkastning på produktene med lånefinansieringen på et faglig forsvarlig skjønn. I denne sammenheng finner mindretallet særlig grunn til å vektlegge rapporten fra Norsk Regnesentral som blant annet anfører at «*det ikke finnes noe fasitsvar på hvilke metoder som man skal benytte for å bestemme parametrene*». Mindretallet forstår Norsk Regnesentral slik at den i sin rapport bekrefter at bankens parametervalg ligger innenfor et forsvarlig fagøkonomisk skjønn. Når dette er tilfelle, mener mindretallet, i motsetning til hva flertallet har lagt til grunn, at det ikke kan oppstilles et krav om at banken skulle ha gitt klageren opplysninger om at det i fagøkonomisk teori var andre mulige måter å estimere de relevante parameterne på og eventuelt usikkerhet knyttet til disse. Noe slikt krav kan følgelig ikke, slik mindretallet ser det, stilles som en forutsetning overfor banken. Heller ikke lovgivningen medførte et slikt krav i år 2000. Myndighetene har i senere år innført retningslinjer og lovkrav i så måte, uten at man heller der har gitt regler for valg av modell og parametre for beregning av forventet produktavkastning. Det vises til Kredittilsynets rundskriv nr 4/2004 og senere endringer i lovver-

ket. Så lenge banken må anses å ha holdt seg innenfor både loven og faglig forsvarlige kriterier eller metoder i den beregningen som lå til grunn for konklusjonen om sannsynlig forventet positiv produktavkastning for de aktuelle produkter, må dette etter mindretallets syn være tilstrekkelig til å oppfylle bankens bevisbyrde.

Mindretallet finner grunn til, uavhengig av det ovennevnte, å påpeke at en forventet avkastning i en finansiell investering som i dette tilfelle, alltid vil være basert på vurderinger som er å anse som teoretiske beregninger om fremtiden, og som derigjennom naturlig nok er beheftet med stor grad av usikkerhet. Banken i nærværende sak baserte seg i sine vurderinger blant annet på den historiske avkastning for de aktuelle indekser og som i årene før 2000 totalt sett hadde vært svært god. Dette må anses å være relevante opplysninger for en investor generelt, uten at det gir noen garanti for en fremtidig utvikling og faktisk gevinst for investor. Disse forhold ble også klart synliggjort i bankens produktbeskrivelser av de aktuelle sammensatte produkter som ble presentert for klager og som klager forutsetningsvis satte seg godt inn i. For klageren var dette opplysninger som tilsa at bankens vurderinger og den fremtidige muligheten for gevinst var beheftet med usikkerhet i forhold til en reell avkastning i den tidsbestemte 6-årsperiode det her var snakk om. Mindretallet viser i den forbindelse til Kredittilsynets rapport (foran s. 8), hvorav fremgår at produktene med forfall i løpet av de tre første kvartalene av 2007 gav god avkastning på lånefinansierte investeringer.

Når det gjelder tilretteleggermarginen, finner mindretallet at størrelsen på denne lå innenfor et normalnivå for tilsvarende kostnad i år 2000 da tegningen fant sted. Mindretallet er enig i at dette reelt sett var en kostnad for kunden som reduserte derivatelementet som var den faktiske størrelse som forutsetningsvis skulle generere meravkastningen i produktene. Mindretallet er dog av den oppfatning at honoraret ikke kan anses som en så vidt betydelig størrelse og av en slik karakter at dette påla banken å opplyse om marginen, og at et brudd på dette kan medføre en opplysningsplikt på kontraktuell basis.

Også på dette punkt har banken overholdt de lovmessige krav som ble stilt i år 2000. Mindretallet mener at det ikke forelå opplysningsplikt om denne indirekte kostnaden etter dagjeldende lovgivning. Det var først på et senere tidspunkt, gjennom forskriften om opplysningsplikt ved tilbud om kjøp av sammensatte produkter datert 25.9.2006, det ble pålagt finansinstitusjonene å opplyse om «*totale kostnader*», jf forskriften § 4 sammenholdt med § 2 d, herunder tilretteleggerhonorar, selv om Kredittilsynet også tidligere, gjennom sitt rundskriv nummer 4/2004, hadde gitt føringer på hva som lå i opplysningsplikten som fulgte av verdipapirhandelloven § 9-2.

Dersom banken skulle hatt en slik opplysnings-

plikt, burde en slik positivrettslig regel ha fremkommet klart i lovgivningen, noe som ikke var tilfelle.

På bakgrunn av ovennevnte, finner mindretallet heller ikke når det gjelder tilretteleggermarginen noe grunnlag for å kritisere banken på en måte som medfører at bankens handlemåte må anses å være i strid med god bankskikk eller god forretningsskikk.

Mindretallet vil legge til grunn at lånerenten som klager har betalt til banken i den aktuelle seks-årsperiode lå innenfor normal markedsrente for denne type fastrentelån.

Det er ikke tvil om at rentens størrelse hadde betydning for den avkastning klager faktisk ville kunne oppnå gjennom sin investering. Mindretallet legger til grunn at det var klageren selv som traff beslutningen om å binde lånet til en fastrente i hele lånets løpetid på 6 år, etter et konkret tilbud fra banken. Klager erkjenner selv i sin klage til nemnda at han fullt ut forstod merrisikoen for et potensielt tap i investeringen, med å binde renten på denne måten. Formålet fra klagers ståsted med å binde renten, må imidlertid ha vært motivert ut fra et ønske om trygghet og sikkerhet for ikke å påføres en økonomisk merrisiko i en fremtidig negativ renteutvikling. Derigjennom betalte også klager en rente til banken som, i et fallende rentemarked, isolert sett ville kunne anses som urimelig høy. Mindretallet er imidlertid av den klare oppfatning at den rente klager betalte til banken var fastsatt i henhold til det alminnelige rentenivå i markedet den gangen og etter ønske og beslutning av klageren selv. Klager må anses å ha vært fri til eventuelt å oppsøke og vurdere tilbud om lån fra andre långivere da investeringene skulle gjøres, uten at det dermed er noe grunnlag for å hevde at lånerenten fra annen långiver ville ha vært noe lavere.

Lånerentens nivå er noe som klageren selv må bære risikoen for. Det er i ettertid kanskje lett å kritisere størrelsen på renten som klager har betalt i den aktuelle 6-årsperiode. Man må imidlertid ta i betraktning at i år 2000 hadde hverken klager eller banken noe sikkerhet for hvilken renteutvikling som ville komme de neste seks år. Man kan da, etter mindretallets oppfatning, ikke i ettertid lempe risikoen som et fastrentelån kunne innebære for klager over på banken, når dette var en «forsikring» som klager ønsket for å eliminere en merrisiko i et stigende rentemarked. På denne bakgrunn er det for mindretallet åpenbart at banken ikke kunne anses forpliktet til å bedre lånebetingelsene for klageren, uansett den negative effekt disse måtte ha hatt på produktene som klageren hadde investert i.

Oppsummeringsvis mener mindretallet på denne bakgrunn at banken har oppfylt sin bevisbyrde ved å godtgjøre at klagers investeringer med lånefinansieringen kunne ha en sannsynlig forventet positiv produktavkastning. Det er ikke tvil om at både tilretteleggermarginen og lånerenten hadde en negativ betydning for produktavkastningen til de produkter som

banken solgte til klageren. Selv om tilretteleggermarginen ikke var uttrykkelig opplyst om til klager, kan disse betingelser, hverken enkeltvis eller i en totalvurdering, anses å være i strid med avtalefestede eller lovpålagte forpliktelser eller krav på bankens hånd. Samlet sett mener mindretallet derfor at banken ikke kan anses å ha opptrådt i strid med god bankskikk, jf avtaleloven § 36 eller god forretningsskikk jf verdipapirhandelloven av 1997 § 9-2. Klageren er derfor etter mindretallets vurdering både forpliktet av investeringsavtalene samt av fastrentelåneavtalen som klager inngikk med banken.

Etter stemmegivning avga nemnda uttalelse i overensstemmelse med flertallets konklusjon.»

Flertallet og mindretallet bygget på at banken måtte ha bevisbyrden. Mindretallet dog med den i praksis vesentlige reservasjon ved at den var oppfylt «dersom den forventede produktavkastning etter bankens beregninger, med sannsynlighet kunne bli positiv for klageren, forutsatt at banken baserte sine vurderinger på et faglig forsvarlig skjønn på det tidspunkt salget av produktene skjedde». I realiteten betyr vel dette at bankens beregninger må legges til grunn med mindre det kan påvises at banken ikke har utvist et faglig forsvarlig skjønn.

Banken har allerede meddelt at den ikke vil følge Bankklagenemndas avgjørelse. DnB NOR-aksjene falt ifølge Dagens Næringsliv 18,5 % på Oslo børs pga. Bankklagenemndas avgjørelse. Dette reflekterer nok i tilfelle at markedet bygger på at det finnes en rekke investorer som ønsker å bli løst fra sine forpliktelser, og eventuelt kan ventes å danne allianse i et gruppesøksmål.

Viggo Hagstrøm

ARBEIDSRETT

Organisasjonsfrihet, «tariffavgift», nordisk NIS-avtale – Høyesteretts dom 24. november 2008 (HR-2008-2036-A)

Høyesteretts dom gjelder samme saksforhold som i Borgarting lagmannsretts dom 14. mars 2008 (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2, 2008). Høyesterettsdommen er avsagt under dissens 3-2. Flertallet kom til et annet resultat enn lagmannsretten og fant den aktuelle tariffavgiften rettsstridig. Avgjørelsen er interessant både materielt og rettskildemessig.

1. Saksforholdet var i korte trekk: Norsk Sjømannsforbund (NSF) har tariffavtaler med bl.a. Norges Rederiforbund (NR). I tariffavtalen for ansatte bosatt i Norden og norske statsborgere som tjenestegjør på skip innmeldt i Norsk Internasjonalt Skipsregister, er det i § 15 fastsatt: at arbeidsgiveren skal trekke ansatte som ikke er medlemmer av NSF, i lønn for en «tariffavgift». Tariffavgiften utgjør samme beløp som medlemskontingent til NSF, men innebæ-

rer ikke at arbeidstageren derved blir innmeldt i forbundet. NSF holder ikke avgiftsmidlene fra ikke-medlemmer adskilt fra andre midler. Tre medlemmer av et konkurrerende forbund som ikke hadde tariffavtale med NR, gikk til sak for å få kjent trekket av tariffavgift ulovlig. I deres arbeidsavtaler var det tatt inn en henvisning til NSF-tariffavtalen.

2. Førstvoterende (i flertall) fremholdt at hovedspørsmålet i saken var «om denne tariffavgiften strider mot retten til organisasjonsfrihet» (avsnitt 36). Han tok som utgangspunkt at tariffavgiften for ikke-medlemmer av NSF «tar sikte på» å gi forbundet kompensasjon for en forholdsmessig andel av dets utgifter til å fremforhandle, kontrollere og vedlikeholde tariffavtalen.

I resonnementet viste førstvoterende først til internasjonale konvensjoner – EMK og Den europeiske sosialpakt (ESP), og FN-SP. Dernest følger en grunnleggende, generell uttalelse om organisasjonsfriheten i norsk rett: «Det ulovfestede norske prinsipp om organisasjonsfrihet bygger først og fremst på alminnelige rettsoppfatninger, lovgivningsforutsetninger og praksis i arbeidslivet, og er autoritativt fastslått ved Høyesteretts dom i Rt. 2001 side 1413 Norsk Folkehjelp. ... Det følger av denne dommen at det ulovfestede norske organisasjonsfrihetsprinsipp ikke bare gir rett til å danne og slutte seg til foreninger, men også omfatter negativ organisasjonsfrihet» (avsnitt 42-43).

Rekkevidden av dette vernet knytter førstvoterende til EMK art. 11, ESP art. 5 og praksis fra EMD og kontrollorganet for ESP, ECSR. Han vier spesiell oppmerksomhet til ECSRs avgjørelse i en klagesak mot Sverige (Complaint No. 12, 2003) og EMDs dom i *Evaldsson mot Sverige* (2007; se *NiP* nr. 2, 2007). Ut fra dette er de grunnleggende synspunktene formulert slik:

- «... det [er] ikke er i strid med retten til organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11 eller ESP artikkel 5 om det i en tariffavtale blir fastsatt at arbeidstakere som ikke er organisert i fagforeningen, skal pålegges en avgift til dekning av foreningens kostnader med å påse at de får de lønns- og arbeidsvilkår de har krav på.
- Det samme må legges til grunn i forhold til det ulovfestede norske organisasjonsfrihetsprinsipp.
- En avgift til dekning av de kostnader fagforeningen har til å påse at arbeidstakere som ikke er organisert i foreningen, får de lønns- og arbeidsvilkår de har krav på, har karakter av vederlag for ytelser som disse arbeidstakerne mottar. Jeg kan vanskelig se at en slik avgift kan være i strid med retten til å være uorganisert eller retten til selv å velge fagforening.
- ... det [må] imidlertid være en forutsetning for at arbeidstakere som ikke er organisert i den fagforening som har inngått tariffavtalen, skal kunne pålegges å betale en slik avgift, at avgiften uteluk-

kende går til å påse at disse arbeidstakerne får tariffestede lønns- og arbeidsvilkår, og at det kan kontrolleres at avgiftsmidlene ikke er blitt benyttet til andre formål.

- Hvis avgiften blir benyttet til andre formål, blir personer som ikke er medlemmer av foreningen, tvunget til å understøtte økonomisk en forening de har valgt ikke å melde seg inn i. En slik tvungen økonomisk understøttelse kan etter mitt syn ikke være forenlig med retten til å være uorganisert og til selv å velge fagforening» (avsnitt 53-54).

Førstvoterende understreket at «det ulovfestede norske organisasjonsfrihetsprinsipp» utgjør et eget rettsgrunnlag. Men det «må tolkes i lys av EMK, ESP og andre internasjonale konvensjoner». I sammenheng med dette fremholdt han at de «vilkår jeg har oppstilt for at overvåkningsavgift skal kunne aksepteres som forenlig med retten til organisasjonsfrihet, er etter min mening nødvendige for å gi den negative organisasjonsfriheten tilstrekkelig effektiv beskyttelse» (avsnitt 55).

Det er grunn til å merke seg at som utgangspunkt for nettopp dette uttalte førstvoterende at de vilkårene han stilte opp, «har ... blant annet tatt sikte på» å imøtekomme de krav som ECSRs praksis etter ESP art. 5. I tillegg bemerket han at kravene er i godt samsvar med EMDs synspunkter i *Evaldsson*.

Ut fra dette kom førstvoterende, Skoghøy, med tilslutning fra Tønder og Gjølstad, til at den avtalepålagte tariffavgiften var «uberettiget».

3. Mindretallet, Stabel og Coward, ville akseptere ordningen. Stabel, som annenvoterende, tok som utgangspunkt «at det verken foreligger brudd på EMK artikkel 11 eller protokoll 1 artikkel 1. Jeg kan heller ikke se at tradisjonell norsk rett på noe punkt går lenger enn disse kildene, slik jeg forstår dem» (avsnitt 67). Annenvoterende vurderte ganske klart vernet for det negative aspekt av organisasjonsfriheten etter EMK art. 11 og EMDs praksis som mindre klart og mindre omfattende enn flertallet gjorde etter hennes syn. Hun avviste ikke praksis etter ESP, men anså også den som mindre spesifikk enn flertallet gjorde. Men i motsetning til førstvoterende ville annenvoterende ikke tillegge ESP selvstendig betydning; hun brukte den bare som et element til belysning av EMDs praksis (se spesielt avsnitt 76).

På dette punkt var det bærende synspunkt i annenvoterendes resonnering at tariffavgiften «kun dreier seg om et økonomisk bidrag, ikke om en forpliktende tilslutning til forbundets statutter og verdigrunnlag. Det grunnleggende elementet ved fagforeningsmedlemskap – at man kan bli tatt ut i streik med de konsekvenser det kan medføre – er man fritatt fra. At avgiften tilsvarende kontingenten, betyr heller ikke at man i realiteten er å betrakte som tvangsinmeldt. De berørte arbeidstakerne står fritt til å melde seg inn i andre forbund – og har gjort det. Dette har medført en

ekstra økonomisk belastning for dem. Belastningen er likevel ikke så tyngende at dette i seg selv kan ses som brudd på organisasjonsfriheten» (avsnitt 77).

Hun anså etter omstendighetene heller ikke avgiften – trekket i lønn – som å stride mot EMK protokoll 1 art. 1, som var avgjørelsesgrunnlaget i *Evaldsson*.

4. Fra en arbeidsrettslig synsvinkel er viktig på basis av den vurderingen flertallet har foretatt og de rimelig klare retningslinjene det har stillet opp for hva som skal til for at avtaleklausuler o.l. om at ikke-medlemmer skal betale en «tariffavgift», skal være rettmessige etter norsk rett. I norsk arbeidsrettslig praksis er ikke slike ordninger særlig utbredt. Men den prinsipielle avklaringen som Høyesteretts dom gir, er like fullt betydningsfull.

Et annet og ikke mindre viktig element – som det kanhende ikke er dissens om – er poengteringen av «et ulovfestet norsk organisasjonsfrihetsprinsipp» som bygger på et internrettslig rettskildesgrunnlag først og fremst, men som også må utmyntes i lys av folkerettslige normer og folkerettslig praksis som ikke er inkorporert i norsk rett. Det er som kjent EMK; ESP er det derimot ikke.

Dette siste manifesterer også et mer generelt rettskildemessig poeng. Det synes klart at førstvoterende, og forsåvidt flertallet, har lagt adskillig vekt på ESP art. 5 og kontrollorganets praksis knyttet til denne bestemmelsen. Det er ikke fullstendig nye toner på arbeidsrettsområdet. Både *Olderdalen*-dommen i Rt. 2001.248 og *Norsk Folkehjelp*-dommen i Rt. 2001.1413 gir antydninger i en slik retning – som klare motstykker til *OFS*-dommen i Rt. 1997.580. Men både prinsipputtalelsene og den aktuelle anvendelsen av folkerettsmaterialet er langt tydeligere og sterkere vektlagt i den dommen som nå foreligger. Man kan undres på om flertallets tilnærming til folkerettsanvendelsen er inspirert av EMDs nylige avgjørelse i *Demir and Baykara* (se nedenfor). Men noen spor av det finnes ikke, og ut fra tidsfaktoren er det vel mindre trolig.

Det er imidlertid grunn til å legge vekt på flertallets anvendelse av folkeretten også fordi dissensen viser en klar avstand mellom fraksjonene i synet på folkerettsnormenes betydning. Ett er at mindretallet vil redusere ESP og ESP-praksis til momenter ved fortolkningen av EMK art. 11. Noe annet er at mindretallets lesning av ECSRs praksis etter ESP art. 5 er snever og i manglende kontakt med primærmaterialet. Kommentarene om EMDs forhold til ESP-praksis er nok også preget av noe manglende fortrolighet med den alminnelige tilnærmingen i EMDs praksis til forholdet mellom EMK art. 11 og ESP art. 5 og 6 – og vice versa fra ECSRs side, for den del.

Dommen vil uansett stå som en kilde av betydning ut over den spesifikke avgjørelsen av det konkrete tariffavgiftsspørsmålet.

Stein Evju

Organisasjonsfrihet, dannelse av fagforeninger, forhandlinger og tariffavtaler – Den europeiske menneskerettighetsdomstolens dom 12. november 2008 (appl. no. 34503/97), Demir and Baykara v. Tyrkia
Dommen gjelder ikke bare konkrete organisasjonsfrihetsspørsmål etter EMK art. 11, men anlegger også en rettskildemessig tilnærming av vesentlig betydning for fortolkningen av såvel art. 11 som EMK forøvrig. I begge henseender er dommen spesielt betydningsfull fordi den er avsagt i storkammer, etter «anke» fra Tyrkia.

Utgangspunktet var at kommunale tjenestemenn (i flere kommuner) dannet en fagforening i 1990. I 1993 inngikk fagforeningen en tariffavtale med en kommune, Gaziantep. Senere anla fagforeningen søksmål mot kommunen for manglende oppfyllelse av tariffavtalen. De fikk medhold i første instans, som i mangel av nasjonal lovgivning bygget på ILO-konvensjoner som Tyrkia har ratifisert. Høyesterett (kassasjonsdomstolen) mente derimot at uten nasjonal lovgivning om emnene kunne frihet til å danne og slutte seg til fagforeninger og retten til kollektive forhandlinger ikke utøves. Kassasjonsdomstolen fremholdt at på den aktuelle fagforeningens stiftelsestidspunkt tillot tyrkisk lovgivning ikke at offentlige tjenestemenn dannet fagforeninger. Tariffavtalen ble derved annullert *ex tunc*. Arbeidstagerne ble senere pålagt å betale tilbake de lønnstilleggene de hadde fått gjennom tariffavtalen.

For EMD anførte Tyrkia at domstolen ikke er berettiget til pr. fortolkning å skape forpliktelser som ikke allerede følger av EMK. Dette var et utgangspunkt for domstolen til å diskutere normene for konvensjonsfortolkning i et visst omfang. EMD pekte i første omgang på Wien-konvensjonen og hensynet til et praktisk og effektivt vern for de rettighetene EMK skal verne. Men i tillegg, understreket domstolen, må domstolen ta i betraktning alle relevante folkerettslige regler og prinsipper som er anvendelige i forhold mellom konvensjonspartene. Alt dette må dessuten skje under hensyn til nåtidens forhold og utviklingen i nasjonal rett og folkeretten (avsnitt 65-68). Så langt er dette forsåvidt kjente synspunkter. Det som kan sies å være nytt, er en bred understrekning av at spesifikke materielle forpliktelser må fortolkes i lys av andre internasjonale konvensjoner som er aktuelle på området, og generelle rettsprinsipper som er anerkjent av «siviliserte nasjoner». Domstolen utviklet dette med et bredt spekter av referanser til FN- og ILO-konvensjoner såvel som til Europarådsinstrumenter, herunder ESP og praksis knyttet til denne, og ikke rettslig bindende resolusjoner, rapporter, m.v. Domstolen rundet av sin generelle drøftelse med å fremholde at når den skal ta stilling til forståelsen av EMKs bestemmelser, både kan og må domstolen ta andre folkerettslige faktorer enn EMK i betraktning, og likeledes kompetente organers fortolkning av slike faktorer såvel som europeiske staters praksis som gjenspeiler felles verdier.

Og det er ikke nødvendig at en stat i en sak for EMD har ratifisert alle de konvensjoner m.v. som kan trekkes inn i en slik sammenheng (avsnitt 69-86).

Ut fra dette kom EMD, naturlig nok, til at det var i strid med art. 11 å nekte, og ikke sikre, de kommunale tjenestemenn rett til å danne fagforeninger. Unntaksbestemmelsen i EMK art. 11(2) slår ikke til for denne kategorien offentlig ansatte (avsnitt 96-127). Når det gjaldt retten til kollektive forhandlinger og å inngå tariffavtaler, viste EMD først til sin eldre praksis på området. Domstolen har tolket art. 11 slik at forhandlingsrett kan være et viktig middel til å sikre organisasjonsfrihet, men en slik rett og rett til å inngå tariffavtale har ikke vært ansett som noen ubetinget rettighet etter art. 11. Men domstolen understreket også et annet alminnelig prinsipp. Begrensninger som griper inn i de vesentlige («essential») elementer av fagforeningers organisasjonsfrihet, og som vil gjøre denne friheten innholdsløs, kan ikke aksepteres. Stater må derfor ta i betraktning de elementene domstolen i sin praksis har ansett som vesentlige. «Listen» over slike elementer er dessuten ikke uttømmende, men kontinuerlig gjenstand for utvikling. Retten til å forhandle og inngå tariffavtaler er nå ett av de elementene som er vesentlige i art. 11. Dette ledet videre til konklusjonen at annullasjonen av tariffavtalen var et brudd på EMK art. 11. Igjen var det intet grunnlag for unntak etter art. 11(2) (avsnitt 140-170).

På en rekke punkter gjentar og bekrefter dommen metodiske prinsipper og fortolkningsstandpunkter som er kjent og anvendt i tidligere praksis fra EMD, både generelt og på spesifikke punkter vedrørende EMK art. 11. Men avgjørelsen i denne saken gjør mer enn dette. De generelle fortolkningsprinsippene utvikles i større bredde, og med flere nyanser og større presisjon, enn tidligere. Spesielt gjelder det på art. 11s område, hvor bredden av det materialet det vises til som relevant, er betydelig. I tillegg er den konkrete fortolkningen av art. 11 mer inngående enn det som har vært vanlig, og den løfter frem og gir særskilt tyngde til flere elementer som har hatt en mindre sterk posisjon hittil. Begge deler er vesentlige bidrag til rettsutviklingen, og dommen har en særlig tyngde ved at den er avsagt av storkammer («Grand Chamber»).

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, tariffavtale, endring av vilkår – EF-domstolens dom 27. november 2008, sak C-396/07 Mirja Juuri mot Fazer Amica Oy

Ved en virksomhetsoverdragelse er utgangspunktet som kjent at arbeidstagerer som går over til erververen, skal beholde sine lønns- og arbeidsvilkår uendret. Dette inkluderer lønns- og arbeidsvilkår som følger av en tariffavtale selv om tariffavtalen som sådan ikke blir bindende for erververen. Det følger av EF-direktivets (nu 2001/23) art. 3(1) og (3) og internrettslig av arbeidsmiljølovens § 16-2 første ledd og annet ledd

tredje og fjerde punktum. Erververens forpliktelse til å opprettholde tariffbaserte vilkår er imidlertid betinget og begrenset, bl.a. inntil den aktuelle «tariffavtalen utløper».

Nettopp denne begrensning var tema i *Juuri*. Juuri arbeidet i personalkantinen til Rautaruukki Oy. Der var hun omfattet av tariffavtalen for metallindustrien. Den tariffavtalen utløp 31. januar 2003. Samme dag ble kantinevirksomheten overtatt av Fazer Amica, som var bundet av tariffavtalen for innkvartering og forpleining. For Juuri innebar det redusert månedslønn med € 300 og en plikt til å flytte mellom ulike arbeidssteder som Amica betjente. Da Amica avsto hennes krav om å få beholde sine tidligere vilkår, sa Juuri selv opp stillingen sin, 19. februar 2003.

EF-domstolen var klar og tydelig om tariffavtale-spørsmålet. Erververen er *ikke* forpliktet til å opprettholde vilkår som følger av en tariffavtale som hadde anvendelse hos overdrageren, etter den avtalte utløpsdatoen for vedkommende tariffavtale. Det gjelder, sier domstolen, selv om utløpsdatoen sammenfaller med overdragelsestidspunktet. Begrunnelsen har to elementer. En avtalt utløpsdato er uttrykk for at tariffpartene har vært enige om ikke å garantere gitte lønns- og arbeidsvilkår etter denne datoen. Og etter utløpsdatoen er tariffavtalen ikke lenger i kraft (avsnitt 33-34).

Det første elementet i begrunnelsen kan kanskje virke kunstig. Hos oss er jo den alt overveiende praksis at tariffavtaler føres videre fra en gyldighetsperiode til en ny. Men det er, for det første, ikke noe som kan tas for gitt generelt i ethvert EU/EØS-land – og strengt tatt heller ikke hos oss. For det annet er det treffende nok at det som er avtalt, er at de vilkår som er fastsatt, skal gjelde inntil utløp. Derefter er det spørsmål om nye vilkår, på den ene eller annen måte.

Det andre elementet er tariffavtalens «bortfall» – at den «ikke lenger er i kraft» (avsnitt 34). Fra et norsk synspunkt kan det hevdes at dette ikke helt treffer. Tariffavtaler faller jo ikke bort ved utløpsdato hos oss, men er fortsatt i kraft gjennom den «eftervirkning» som følger av arbeidstvistslovens § 6 nr. 3 annet ledd. Dette kan likevel ikke føre til at aml. § 16-2 annet ledd fjerde punktum kan tolkes dithen at utløpet av eftervirkningsperioden skal være avgjørende. Lovforarbeidene gir ingen holdepunkter i en slik retning (se for såvidt Ot.prp. nr. 49 (2005-2006) s. 272). Det ville også være vidtgående å la en så enestående særordning som den norske om tariffavtalers eftervirkning lede til en grunnleggende anderledes fortolkning av et fellesskapsrettslig begrep uten videre.

Som følge av Juuris egen oppsigelse bragte saken også direktivets art. 4(2) frem i lyset. Regelen finnes igjen i aml. § 16-4 annet ledd, om at et opphør av arbeidsforhold som skyldes at «skifte av arbeidsgiver» medfører vesentlige endringer i arbeidsvilkårene til skade for arbeidstager, anses opphøret som en følge av arbeidsgivers forhold. Direktivregelen reiser to

hovedspørsmål. Det ene er når regelen får anvendelse, det annet gjelder rettsvirkningene.

Til det første understreket EFD at art. 4(2) har anvendelse uansett hvilken part som teknisk sett er ansvarlig for opphør, og uavhengig av om erververen kan lastes eller tilregnes noen form for svikt (avsnitt 22 og 30). Rettsvirkningsspørsmålet ble drøftet i større bredde.

Som utgangspunkt poengterte domstolen at art. 4(2) ikke sier noe nærmere om virkningene av et slikt opphør som reguleres av bestemmelsen (avsnitt 22). Med støtte bl.a. i direktivforarbeidene pekte den på at spørsmålet om rettsvirkninger («sanksjoner») i første rekke er et nasjonalrettslig spørsmål. Men nasjonal rett må likevel tilpasses visse fellesskapsrettslige grunnkrav. Det ene er effektivitetskravet – nasjonale løsninger må sikre at direktivets regler er effektivt gjennomført i samsvar med de formål de skal ivareta (avsnitt 26-27). Og dette krever i det minste at erververen har samme ansvar en arbeidsgiver har etter nasjonal rett ved oppsigelse fra arbeidsgivers side. Det domstolen da peker på, er plikt til å lønne m.v. i oppsigelsestid (avsnitt 30). Det er således ikke spørsmål om samme rettsvirkninger som en oppsigelse som er usaklig e.l. – det ville ikke korrespondere med dette at art. 4(2) har anvendelse uavhengig av feil m.v.

I norsk rett kan rettsvirkningssiden anses (mer enn) tilstrekkelig dekket gjennom aml. § 16-3 tredje ledd, som gir lovens § 15-11 og § 15-12 om rett til å fortsette i stillingen og om virkning av usaklig oppsigelse m.v. anvendelse. Den mest interessante fasetten av Juuri fra en nasjonal synsvinkel er således tariffavtale-spørsmålet.

Stein Evju

Stillingsvern og søksmålsfrist, «endringsoppgivelse» – Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 13.

oktober 2008 (HR-2008-01758-U), Rt. 2008 s. 1319

Ved oppsigelse gjelder en søksmålsfrist på åtte uker, eventuelt seks måneder. Men hvis oppsigelse ikke er formiktig, gjelder det ingen søksmålsfrist. Dette er velkjente grunnregler etter arbeidsmiljølovens § 17-4 (første og tredje ledd). Men hva gjelder dersom arbeidsgiveren ikke gir noen oppsigelse, men i stedet treffer beslutning om å disponere arbeidstageren på en annen måte enn før i et fortsatt arbeidsforhold? Dette var temaet i saken for Ankeutvalget.

Efter en lengre forhistorie vedtok Hadsel kommune 7. mai 2007 å overføre A fra stillingen som rektor ved en skole til en inspektørstilling ved en annen skole. Først 28. januar 2008 tok A ut stevning med påstand bl.a. om at vedtaket om overføring var ugyldig.

Lagmannsretten kom til at søksmål var reist for sent. Retten la til grunn at det er «den reelle betydning av endringen i arbeidsforholdet som har betydning for om dette skal bedømmes som en oppsigelse, eller for den saks skyld som en avskjed, og ikke partens pre-

tensjon» (LH-2008-68907). Dét synspunktet vil knapt være omstridt – så lenge det knyttes til den materielle bedømmelsen av disposisjonen. Lagmannsretten gikk videre og fant at dersom det materielt sett er en oppsigelse, gjelder arbeidsmiljølovens søksmålsfrister. Også det er det i utgangspunktet enkelt å slutte seg til. Men lagmannsretten fant så at bestemmelsen i aml. § 17-4 tredje ledd om at det ikke gjelder noen søksmålsfrist i tilfelle av formfeil, ikke skulle gjelde. I et tilfelle som dette mente lagmannsretten, med referanse til enkelte uttalelser i litteraturen, at «arbeidstaker får en aksjonsplikt når det blir klart at arbeidstakers beslutning om endring i arbeidsforholdet blir endelig».

Dette standpunktet satte Ankeutvalget ettertrykkelig til side. Utvalget tok utgangspunkt i § 17-4 tredje ledd: Ved formfeil gjelder ingen søksmålsfrist. Et slikt unntak som lagmannsretten stilte opp, «er vanskelig å forene med ordlyden i § 17-4», og hensynene bak lovens regel er like aktuelle her som ellers. Med en indirekte støtte i lovforarbeidene bemerket utvalget dessuten at en «spesialregel om unntak fra arbeidsmiljøloven § 17-4 tredje ledd for endringsoppsigelser, griper inn i arbeidstakerens rett til å få prøvet rettsmessigheten av en oppsigelse. Det ville vært naturlig om en slik regel var tatt inn i loven eller i det minste var omtalt i forarbeidene. Det er ikke tilfelle» (avsnitt 17 jfr. 15).

Med dette avviste Ankeutvalget kontant et standpunkt i litteraturen om at det ved «endringsoppsigelse uten at en formriktig oppsigelse med samtidig tilbud om ny stilling er gitt, løper det ikke noen eksakt søksmålsfrist, men man må anta at fristene løper etter at det ble klart for den ansatte at det er snakk om så store og permanente endringer at det i realiteten er en oppsigelse» (jfr. avsnitt 14). Jfr. Kielland i Jakhelln og Aune (red.), *arbeidsrett.no*, 2. utg. (2006), s. 1121 (nu endret i nettversjonen av verket), og Dege, *Arbeidsgivers styringsrett* II (1997), s. 343. Standpunktet har ikke hatt annet grunnlag enn egen synsing. At Ankeutvalget har satt det til side, kan det ikke være noe å innvende mot.

Stein Evju

«Skriftlig arbeidsavtale», midlertidig ansettelse, gjennomføring ved tariffavtale – EF-domstolens dom 18. desember 2008, sak C-306/07 Ruben Andersen mot Kommunernes Landsforening

I Danmark er EF-direktivet om skriftlig informasjon om ansettelsesvilkår (på norsk: «skriftlig arbeidsavtale»), direktiv 91/533/EØF, gjennomført ved lov, men i en form som gir «forrang» til tariffavtaler som oppfyller direktivets krav. For arbeidstagerer som «dekkes» av en slik avtale, er det da tariffavtalens, ikke lovens regler som gjelder. Det ene hovedspørsmålet i saken var om det er forenlig med direktivet at den nasjonale lov fastsetter denne løsningen også for

arbeidstagerer som ikke er rettslig bundet av tariffavtalen, men faktisk er omfattet av den.

Dette besvarte EF-domstolen bekreftende. I direktivets forstand kan «dekket av tariffavtale» (art. 8) omfatte ikke-bundne. Domstolen viste spesielt til at «almengyldigerklærte» tariffavtaler er et akseptert gjennomføringsmiddel, og at hvem som dekkes av slike, kan være helt uavhengig av hvorvidt vedkommende er medlem av en fagforening som er tariffpart (avsnitt 34). Det avgjørende er hvorvidt ikke-bundne kan gjøre rettigheter gjeldende ut fra tariffavtalebestemmelsene, og at disse gir et effektivt vern. Dette henviste EF-domstolen til nasjonale domstoler å ta stilling til.

Det andre hovedspørsmålet gjaldt forståelsen av uttrykket «midlertidig arbeidskontrakt ...» i direktivets art. 8(2). Dette er en unntaksbestemmelse som fritar bl.a. midlertidig ansatte fra krav om forhåndsvarsling til arbeidsgiver før eventuelt søksmål. Domstolen fortolket uttrykket ut fra en konstruert «lovgivervilje» basert på senere regelverk og terminologi, og i sammenheng med direktivets art. 2(2). Domstolen fremholdt at det må skilles mellom *midlertidig* («temporary») og *tidsbegrenset* («fixed term») ansettelse. Den anså tidsbegrenset ansettelse som noe som er klarere bestemt med hensyn til opphørstid enn midlertidig ansettelse, hvor varigheten kan være mer usikker. Midlertidig ansettelse i direktivets forstand måtte derfor forstås som kortvarige arbeidsavtaler. Eftersom direktivet ikke angir noen øvre grense, er det i utgangspunktet opp til nasjonal rett å bestemme hva som er «kortvarig», med den alminnelige reservasjon at arbeidstagerne må være sikret et effektivt vern i samsvar med direktivets regler.

Dommen har ikke direkte betydning for norske forhold, hverken på det første eller på det andre punktet. Den har ikke desto mindre krav på interesse, både ut fra domstolens rettskildetilnærming og fordi standpunktet om en distinksjon mellom midlertidig og tidsbegrenset ansettelse godt kan tenkes å smitte over på forståelsen av andre regelverk som omhandler slike arbeidsavtaler.

Stein Evju

Tariffavtale, personvern, lønnsopplysninger –

Arbeidsrettens dom 4. desember 2008 (Inr. 29/2008)

Efter standardoverenskomsten NHO – LO/HK har tillitsvalgte rett til å kreve opplysninger om bl.a. «lønningene for de funksjonærer hvis stillinger er innplassert i lønssystemets lønnsgrupper 1-4». Slike opplysninger skal tillitsvalgte få «for eget bruk innenfor bedriften». Tvisten i saken gjaldt hvorvidt utlevering av informasjon (om uorganiserte ansatte) som identifiserer den enkelte arbeidstager, ville være i strid med personopplysningsloven.

Arbeidsretten tok utgangspunkt i at etter tariffavtalens bestemmelse kan tillitsvalgte kreve utlevert opp-

lysninger om de enkelte arbeidstageres navn, lønn, stillingsinnplassering og ansiennitet (avsnitt 56). Problemstillingen var så om utlevering kunne hjemles i personopplysningslovens § 8 bokstav f. Retten fant det ikke tvilsomt at de tillitsvalgte har en relevant «berettiget interesse» i interessen i å kunne kontrollere at tariffavtalen etterleves (avsnitt 62).

Den dertil følgende proporsjonalitetsvurderingen falt ut til fordel for denne interessen. Arbeidsretten anså at slike opplysninger som det tale om, ikke «kan være av en slik inngripende karakter at hensynet til arbeidstakernes personvern overstiger de tillitsvalgtes og fagforeningens interesse i å få utlevert opplysningene». Retten begrunnet dette spesielt med at slike opplysninger «i utgangspunktet ikke [er] av en slik art at de griper direkte inn i den private sfære, selv om de nok av mange kan føles private. I tillegg må det tas i betraktning at opplysningene utleveres til en svært begrenset krets av personer, og bare «for eget bruk innenfor bedriften». Denne passusen har av LO og HK konsekvent vært forstått som et påbud om taushetsplikt. Opplysningene skal ikke benyttes til annet enn å kontrollere at tariffavtalen er overholdt og som grunnlag for å fremme lønnskrav» (avsnitt 67). Retten anså det ikke mulig å angi generelt hvilke opplysninger som i ethvert tilfelle kan anses som «nødvendige» i personopplysningslovens forstand, men ut fra de konkrete forholdene i saken og ved den bedriften som tvisten knyttet seg til konkluderte Arbeidsretten (6-1) med at nektelse av å utlevere opplysninger som nevnt ovenfor, var tariffbrudd.

Det sentrale spørsmålet i saken var nettopp om tariffavtalens bestemmelse om utlevering av lønnsopplysninger kunne opprettholdes som gyldig i forhold til personopplysningslovens regler. Forholdet mellom tariffavtalebestemmelser om lønnsopplysninger og personopplysningsloven ble tidlig et omdiskutert tema. Datatilsynet har avgitt flere uttalelser, med en viss retrett fra den første. Arbeidsrettens dom her løser langt fra alle spørsmål på området. Men den forholdsvis grundige drøftelsen av hovedproblemstillingene bidrar til en avklaring av de grunnleggende utgangspunktene. Derfor er det grunn til å hilse dommen velkommen. Diskusjonen stopper ikke av den grunn.

Stein Evju

Arbeidstid, fravikelse av lov, skranker i tariffavtale – Arbeidsrettens dom 9. januar 2009 (Inr. 1/2009)

Dommen angår en interessant og viktig problemstilling: forholdet mellom reguleringskompetanse i henhold til lov og eksisterende tariffavtaleregulering. Rendyrket var problemstillingen: Arbeidsmiljølovens § 10-12 fjerde ledd åpner adgang til at det kan inngås tariffavtale mellom en fagforening «med innstillingsrett» (et forbund) og en enkelt arbeidsgiver om å fravike lovens regler om arbeidstid. Forbundet og bedrif-

ten er bundet av en organisasjonsmessig tariffavtale (overenskomst) som har regler om hva arbeidstiden skal være. Kan de da med grunnlag i lovens bestemmelse inngå avtale som fraviker lovens øvre grenser for daglig og ukentlig arbeidstid, men i *gjennomsnitt* gir en *kortere* ukentlig arbeidstid enn den som er fastsatt i overenskomsten?

Arbeidsretten (5-2) besvarte dette spørsmålet med nei. Retten bemerket lakonisk at det ikke sies noe i lovens § 10-12 fjerde ledd om at tariffavtaler kan fravikes, og «[d]et følger da av alminnelige tariffrettslige normer at [overenskomsten] må respekteres når det inngås lokal avtale med hjemmel i» lovens regel (avsnitt 36).

Konklusjonen er ikke overraskende. Noe annet ville innebære et prinsipielt vidtrekkende inngrep i det grunnleggende systemet for fordeling av reguleringskompetanse mellom lovgivning og tariffavtaleregulering såvel som et betydelig innhugg i tariffrettens grunnfestede hierarkiske reguleringsstrukturer. Men dommen er nettopp derfor viktig, ved at den fastholder grunnnormene. I tillegg har den interesse ved at den trekker frem og fastholder fortolkningen av tariffavtalte arbeidstidsregulerings uttrykk «skal ikke overstige» fra den bekjente dom i ARD 1954.111.

Stein Evju

Tariffavtale, inngåelse, fullmaktsspørsmål og prosedyre – Arbeidsrettens dom 14. november 2008 (Inr. 26/2008)

Saken gjelder spørsmål om en protokoll som ble opprettet ved en avtaleinngåelse under meglings, var bindende for fagforbundet. Saksforholdet knytter seg til det i Arbeidsrettens dom 27. januar 2006 (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2/2006). Etter at det der ble avklart at forbundet, ALT, hadde adgang til å gå til arbeidskamp, møttes partene til meglings hos Riksmeglingsmannen 30. januar. Meglingen gikk senere samme dag over i «frie forhandlinger».

Forhandlingene ble avsluttet 31. januar. Da hadde partene kommet til enighet om revisjon av sin hovedavtale og om opprettelse av en ny tariffavtale («parallelloverenskomst») mellom ALT og NHO/Norsk Hydro ASA. I tillegg ble det, med forankring i overenskomsten, inngått en særavtale om bedriftstilpasset lønnsystem. Protokollen om en særavtale inneholdt også et punkt om at ALT frafalt en tidligere tvisteprotokoll hvor forbundet gjorde gjeldende krav om kompensasjon for en innført skiftplanordning.

Protokollen ble fremforhandlet mellom arbeidsgiversiden og ALTs hovedtillitsvalgte i bedriften, som også signerte protokollen. Et av tvistespørsmålene i saken var om han som hovedtillitsvalgt kunne anses å ha fullmakt til å forplikte forbundet. Dette la Arbeidsretten kontant til side. Den hovedtillitsvalgte var medlem av ALTs forhandlingsdelegasjon i de aktuelle avtaleforhandlingene. Spørsmålet om bundethet

måtte etter rettens syn løses ut fra det. Det sentrale var da at den hovedtillitsvalgte nettopp skulle ha som en hovedoppgave å forhandle frem en særavtale, at ALTs ledelse var klar over at arbeidsgiversiden ønsket en løsning av skiftplantvisten, og at forhandlingsledelsen, dvs. forbundsledelsen, fikk protokollen fremlagt og hadde all grunn til å kontrollere den og reagere før protokollen ble tatt inn som en del av den samlede løsning partene kom til enighet om. Frafaller av tviste-protokollen ble dermed ansett som bindende.

Stein Evju

NOU 2009: 1 Individ og integritet : Personvern i det digitale samfunnet

Personvernkommissjonens innstilling ble avgitt 13. januar 2009. Innstillingen spenner vidt, men tar også spesielt opp spørsmål knyttet til arbeidsliv og arbeidsrett, i kapittel 15 (s. 149–159). Kommisjonen ser spesielt på *overvåkning* i arbeidslivet som en hovedproblemstilling innenfor temaet personvern i arbeidslivet og går særlig inn på arbeidsgivers innsyn i ansattes e-post, men berører også varslingsreglene i arbeidsretten. Kommisjonen ser det slik at både omfanget av og intensiteten i overvåkning i arbeidslivet synes å ha økt betydelig de siste årene. Personvernkommissjonen fremhever derfor noen grunnleggende retningslinjer for overvåkning på arbeidsplassene. Den fremholder dessuten at det er et problem at reglene for personvern og integritetsvern i arbeidslivet er spredt over forskjellige lover og rettsområder, og tar til orde for et helhetlig regelverk som tydelig angir grensene for arbeidssøkere og arbeidstagers integritetsvern, personvern og personopplysningsvern. Kommisjonen anbefaler videre at det settes i verk tiltak for å øke bevisstheten rundt personvern i arbeidslivet, rettet både mot arbeidsgiversiden og mot arbeidstagersiden

Stein Evju

Societas Privata Europaea – selskapsform med arbeidsrettslige konsekvenser

Sist i juni la EF-kommisjonen frem et forslag til forordning om en ny fellesskapsrettslig selskapsform, det europeiske «privataksjeselskap», SPE – COM(2008) 396 final. Det er siktet inn mot små og mellomstore foretak og skal supplere SE- og SCE-selskapsformene. Intensjonen er å fastlegge ett regelverk som skal gjelde uansett hvilket land man vil etablere et selskap i eller drive virksomhet i. Kravene er mer enn beskjedne. Aksjekapitalen behøver ikke å være større enn 1 – én – euro. Ved stiftelsen skal det ikke kreves at selskapet har noen «grensekryssende» dimensjon; det skal ikke kreves at selskapet har aksjonærer i mer enn ett land, og heller ikke at det driver virksomhet andre steder enn i etableringslandet. Forordningsforslaget regulerer ikke direkte arbeidsrettslige forhold. Grunnregelen er at de arbeidsrettslige

regler som gjelder i det land der et SPE har registrert kontor, skal ha anvendelse. Det gjelder også for regler om ansattes representasjon og deltagelse i beslutningsprosesser (artikkel 34). I Kommisjonens forslag sies det at et SPE «følgelig» vil være hverken mer eller mindre attraktivt enn sammenlignbare nasjonale selskaper. Det kan best karakteriseres som en eufemisme. Som det også er pekt på i forslaget, har de færreste land representasjonsordninger for ansatte for små selskaper. Eftersom det ikke skal kreves at det drives noen virksomhet i etablerings/registreringslandet, er det lett å se for seg at «forumshopping» kan bli attraktivt, med registrering i et land uten «tyngende» arbeidsretts- og medbestemmelsesregler, men med virksomhet i selskapsinteressentenes egentlige hjemland. Ved grensekryssende tjenesteydelser vil imidlertid utstasjoneringdirektivet (96/71/EF) være anvendelig.

Stein Evju

Arbeidstagers ferierettigheter, EF-domstolens forente saker C-350/06 og C-520/06, Gerhard Schultz-Hoff (C-350/06) v Deutsche Rentenversicherung Bund, og Mrs C. Stringer and Others (C-520/06) v Her Majesty's Revenue and Customs, 20. januar 2009

Mister man retten til ferie dersom man er syk helt til man går av? Står medlemslandene fritt til å beregne eventuell økonomisk kompensasjon for tapt ferie slik de vil? Dette er to av spørsmålene EF-domstolen, i storkammer, tok stilling til i denne saken. Saken gjaldt forenligheten av tyske og engelske regler med direktiv 2003/88/EF om visse aspekter i forbindelse med tilretteleggelse av arbeidstiden, og spesielt direktivets artikkel 7(1) og (2).

Fru Stringer ønsket å ta ut ferie mens hun var sykemeldt, men ble nektet det iht. britisk rett. Den britiske domstolen ønsket å vite om Stringer kunne nektes å ta ut ferie mens hun var sykemeldt, og i så fall, om EF-retten regulerer utregningen av betalingen dersom medlemslandet velger å kompensere arbeidstakeren økonomisk for tapt ferie.

Herr Schulz-Hoff mistet sin rett til ferie fordi han var sykemeldt ikke bare mye av det aktuelle året, men også i en overførselsperiode etter årets slutt, som var siste mulighet etter tysk rett for å ta ut ferien. Etter tysk rett mistet han derved også muligheten til økonomisk kompensasjon for tapt ferie.

Den tyske domstolen ønsket å vite om det er uforenlig med EF-retten at en arbeidstagers ferierettigheter går tapt dersom vedkommende ikke er i stand til å jobbe, og dermed ta ut ferie, verken i løpet av det aktuelle året eller i en overførselsperiode etter utløpet av det aktuelle året. Den tyske domstolen lurte også på om direktivet må forstås slik at arbeidstaker har rett til økonomisk kompensasjon for tapt ferie ved arbeidsforholdets opphør. Og dersom EF-domstolen

svarte ja til de to første spørsmålene, ville den tyske domstolen vite om arbeidstagers rettigheter etter direktivet er betinget av at arbeidstager har jobbet i det aktuelle året, eller om man har ferierettigheter også om man har vært ute av stand til å arbeide hele eller deler av det aktuelle året.

EF-domstolen drøftet begge sakene samlet, og startet med å fremheve at det følger av rettspraksis at «enhver arbeidstagers ret til årlig betalt ferie [er] et særlig viktig princip i Fællesskabets sociallovgivning, der ikke kan fraviges» [min kursivering] (premiss 22).

Etter fellesskapsretten skal dermed hver arbeidstager sikres minimum fire ukers ferie pr år, jf. norsk ferielov § 5(1), som ufravikelig sikrer arbeidstager minst fire uker og en dags ferie pr. år.

EF-domstolen understreket videre at arbeidstageren normalt har rett til «reel hviletid» for å sørge for en effektiv beskyttelse av arbeidstagerens «sikkerhet og sundhet». Det er derfor, iht art. 7(2) av direktivet, kun mulig i stedet å gi økonomisk kompensasjon for tapt ferie i de tilfellene hvor arbeidsforholdet opphører. Direktivets regel på dette punkt er etter sin ordlyd ufravikelig (premiss 23–24). Spørsmålet var så hvordan dette skulle tolkes i en situasjon hvor arbeidstageren er syk.

Domstolen konstaterte at det er en forskjell på formålet med ferie («at give arbeidstageren mulighed for at hvile ud og have en periode til rådighed, hvorunder han kan slappe af og nyde sin fritid»), og en sykemeldingsperiode, hvor formålet er å bli frisk igjen (premiss 25).

I tidligere rettspraksis er det fastslått at svangerskapspermisjon etter loven ikke kan påvirke ferierettighetene. Man kan altså ta ut ferie, på et fast tidspunkt iht tariffavtale, og fortsette permisjonen etterpå (premiss 26). Slik er det også iht norsk ferielov § 9(2).

I motsetning til retten til svangerskapspermisjon er sykemeldingsrettighetene ikke regulert av EF-retten. Videre kan retten til ferie, iht direktivet slik det er tolket i rettspraksis, reguleres nærmere av medlemsstatene, så lenge de ikke gjør selve eksistensen av rettigheten betinget på noen måte (premiss 27–28). Domstolen kom frem til at det derfor er i orden å si at ferie ikke kan tas ut under sykdom (men det vil også være greit å tillate at ferie tas ut under sykdom – premiss 31). I norsk ferielov er fokuset heller på at arbeidstager kan kreve å få utsatt ferien pga sykdom, jf § 9(1).

Når det gjaldt spørsmålet om å miste ferierettighetene pga sykdom, sa domstolen seg enig med Tyskland at medlemslandene i prinsippet kan regulere overføring av ferie til påfølgende år og betingelsene for når ferie kan tas ut – dog innenfor visse grenser. Det var disse grensene EF-domstolen fastla for denne konkrete saken.

I forslaget til avgjørelse understreket Generaladvokat Trstenjak at retten til årlig betalt ferie ikke er noe som oppsto med direktivet. Tvert imot er det en

grunnleggende sosial rettighet. Trstenjak viste til internasjonale menneskerettskonvensjoner og til EUs eget charter om grunnleggende rettigheter, hvorefter årlig betalt ferie er en menneskerettighet. Dette måtte, iht generaladvokaten, tas med i tolkningen av direktivet (forslag til avgjørelse, premiss 33–40).

EF-domstolen gikk ikke inn i denne argumentasjonen, men brukte i hvert fall en internasjonal konvensjon i sin drøftelse. Under henvisning til direktivets fortale viste domstolen til at det følger av ILOs konvensjon nr. 132 av 24. juni 1970 om årlig ferie med lønn (revidert), art. 5(4), at fravær fra arbeidet av grunner «som den beskæftigede ikke er herre over, såsom sykdom, [skal] medregnes til beskæftigelsesperioden» (premiss 37–38).

På dette grunnlaget fastslo domstolen at ferierettigheter ikke kan betinges av at arbeidstageren faktisk har arbeidet i det aktuelle året. Videre kom domstolen frem til at retten til å ta ut ferie bare kan tapes (også som økonomisk rettighet) dersom arbeidstageren virkelig har hatt anledning til å ta ut ferien og frivillig har unnlatt å benytte seg av denne rettigheten. Sykdom ligger utenfor arbeidstagers kontroll, og manglende mulighet til å ta ut ferie pga sykdom, også helt til arbeidsforholdets opphør, kan derfor ikke føre til at arbeidstager mister ferierettighetene.

Det motsatte resultat ville bety at den nasjonale retten undergravde *den sosiale rettigheten* som direktivets art. 7 gir hver og en arbeidstager direkte. For å understreke dette, gjentok domstolen at medlemslandene i sin nærmere regulering ikke kan gjøre *selve eksistensen* av ferierettigheten betinget på noen som helst måte (spesielt premiss 45–46). Det ble også understreket at ferierettigheten er et særlig viktig prinsipp i fellesskapets sosialrett, som gis til enhver arbeidstager, uansett helsetilstand (premiss 54).

Det faktum at man ikke kan ta ferie (fra arbeid) etter at man har sluttet å arbeide ble fastslått. For at det ikke skal medføre at arbeidstager mister sin ferierettighet også økonomisk, gir direktivets 7(2) rett til økonomisk kompensasjon for tapt ferie. Utregningen av den økonomiske kompensasjonen følger ikke av direktivet og er således overlatt til medlemslandene. Men direktivets regler om fire ukers ferie og rett til økonomisk kompensasjon ved tapt ferie, utgjør en kjerne av rettigheter som medlemslandenes utregningsregler ikke må krenke. Det følger av rettspraksis at retten til ferie og retten til økonomisk kompensasjon ved tapt ferie er to sider av samme rettighet. For at arbeidstager skal settes i samme situasjon som om hun hadde hatt ferie, må derfor den økonomiske kompensasjon bygge på det samme utgangspunktet som lønn under ferie, nemlig at man skal ha normal avlønning også da. Domstolen understreker at dette er det avgjørende (premiss 56–62.) Norsk ferielov § 11(2) og (3) er i samsvar med dette prinsippet.

Beate Sjøfjell

Aldersdiskriminering, EF-domstolens sak C-427/06, Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, 23. september 2008

Hvor sterkt er EF-rettens vern mot aldersdiskriminering og hvor langt strekker det seg? Det er de underliggende spørsmålene i denne saken. For tidligere saker se bl.a. *Nytt i Privatretten* nr. 1/2006 ang. sak C-144/04 *Mangold* og nr. 4/2007 ang. sak C-411/05 *Palacios de la Villa*. Se også *Nytt i privatretten* nr. 4/2008 om forslag til avgjørelse i Sak C-388/07 *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing*.

Bartsch gjelder en retningslinje i privat pensjonsordning i en tysk bedrift hvoretter gjenlevende ektefelle ikke kunne få pensjon etter avdøde dersom aldersforskjellen var på mer enn 15 år. Den unge enken, Birgit Bartsch, mente at dette var aldersdiskriminering i strid med EF-retten, og påberopte seg art. 13 i EF-traktaten, direktiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv (likebehandlingsdirektivet), samt alminnelige fellesskapsrettslige prinsipper.

Det mest interessante ved dommen er spørsmålet om det finnes et grunnleggende EF-rettslig prinsipp om beskyttelse mot bl.a. aldersdiskriminering som gjelder selv om den angivelige aldersdiskrimineringen er uten forbindelse med fellesskapsretten. Dette spørsmålet kom opp fordi EF-domstolen i *Mangold*- (C-144/04) erklærte at det finnes et grunnleggende EF-rettslig prinsipp om beskyttelse mot diskriminering bl.a. på grunn av alder. Prinsippet har sin opprinnelse i forskjellige internasjonale konvensjoner og i medlemslandenes felles forfatningsmessige tradisjoner (*Mangold*, premiss 74–75). Ikke bare prinsippets anvendelsesområde, men også selve prinsippets eksistens, har vært gjenstand for heftig diskusjon både på generaladvokatnivå og i litteraturen, se generaladvokat Sharpstons forslag til avgjørelse i *Bartsch*, premiss 28–41.

I *Bartsch* ser domstolen ut til å bekrefte, om dog indirekte, at det finnes et slikt grunnleggende prinsipp. Under henvisning til tidligere rettspraksis minner domstolen om at saken må være innenfor fellesskapsrettens anvendelsesområde («within the scope of Community Law») for at slike prinsipper kan påberopes (premiss 14–15). Deretter drøfter domstolen om art. 13 EF eller direktiv 2000/78/EF bringer denne saken innenfor fellesskapsrettens anvendelsesområde.

Problemet for Birgit Bartsch med å påberope seg direktivet, var at hennes ektemann døde før direktivets gjennomføringsfrist for Tyskland var utløpt. Når det gjaldt spørsmålet om tilknytning til fellesskapsretten, ble det påpekt at den aktuelle tyske retningslinje ikke var noen implementeringsbestemmelse, slik den aktuelle nasjonale regel var i *Mangold*, som domstolen derved avgrenset mot (premiss 24).

Det kan dog bemerkes at den nasjonale bestemmelse i *Mangold* gjennomførte et tidligere direktiv, og ikke likebehandlingsdirektivet, som beskyttet mot aldersdiskriminering. Dette var likevel nok til at saken lå innenfor fellesskapsrettens anvendelsesområde. Dessuten var det et poeng at den nasjonale bestemmelsen var vedtatt etter at likebehandlingsdirektivets gjennomføringsfrist hadde begynt å løpe. Medlemsstatens lojalitetsplikt tilsier at det ikke skal treffes foranstaltninger som kan true oppnåelsen av direktivets mål. Dette gjaldt desto mer i *Mangold* hvor Tyskland hadde benyttet seg av muligheten til å få en lengre gjennomføringstid (*Mangold*, premiss 67–72).

I *Bartsch* var imidlertid den omtvistede retningslinjen eldre enn direktivet, og direktivet kunne derfor opplagt ikke påberopes – og heller ikke gi den nødvendige fellesskapsrettslige tilknytningen.

Spørsmålet var så om EF-traktatens art. 13, som gir fellesskapsinstitusjonene hjemmel til å treffe egnede tiltak til bekjempelse av bl.a. aldersdiskriminering, kunne gjøre at Birgit Bartschs sak falt innenfor fellesskapsrettens anvendelsesområde. Kommisjonen hadde påberopt en tidligere dom, *Saldanha* (C-122/96), som grunnlag for en slik betraktningmåte.

Domstolen avgrenset også mot denne avgjørelsen, ved å påpeke at *Saldanha* gjaldt (nå) art. 12, om forbud mot diskriminering på grunn av nasjonalitet, som gir rettigheter direkte – innenfor traktatens anvendelsesområde (premiss 18–20). Det første domstolen indirekte sier her er for så vidt enkelt å forstå: art. 13, som kun gir hjemmel for å treffe egnede tiltak med formål bl.a. å bekjempe aldersdiskriminering, gir i seg selv ingen rettigheter direkte, og tilbyr heller ingen fellesskapsrettslig link. Men i den nærmere begrunnelse for at saken i *Saldanha* lå innenfor fellesskapsrettens anvendelsesområde, ligger en interessant og neppe avklart grensedragnings for så vidt gjelder anvendelsesområdet for det diskrimineringsvernet som er aktuell i vår sak.

I *Saldanha* ser det nemlig ut til å ha vært tilstrekkelig at den nasjonale regel falt innenfor det området som fellesskapsinstitusjonene etter (nå) art. 44(2)(g) EF har hjemmel til å vedta sekundærlovgivning innenfor: beskyttelse av aksjonærer og andre (*Saldanha*, premiss 23). Er det fordi art. 44(2)(g) EF kan sees som grunnlag for effektivisering av etableringsretten, som er en del av traktatens fire friheter, at det ikke krevdes en link mellom den nasjonale regel og sekundærlovgivning iht art. 44(2)(g)?

I så fall kan det se ut som om fellesskapsrettens anvendelsesområde, i hvert fall pr. i dag, kan være videre der hvor det dreier seg om diskrimineringsvern som kan knyttes til de fire friheter, enn der hvor diskrimineringsvernet er et uavhengig gode for unionsborgerne. Det var dog også et grenseoverskridende element i *Saldanha*, som jo mangler helt i *Bartsch*, og som kan ha hatt betydning (selv om det ikke sies).

Uansett fikk altså den unge enken i *Bartsch* ikke

noen beskyttelse etter EF-retten. Generaladvokat Sharpston anbefalte samme konklusjon som domstolen kom til når det gjaldt spørsmålet om fellesskapsrettens anvendelsesområde. Domstolens drøftelse stopper der. Generaladvokaten gikk derimot subsidiært inn i spørsmålet om en slik retningslinje ville ha vært forenlig med et grunnleggende fellesskapsrettslig diskrimineringsvern og spesifikt med likebehandlingsdirektivet. Sharpstons konklusjon er klar: en slik regel er direkte forskjellsbehandling på grunn av alder. Selv om regelen eventuelt skulle kunne hevdes å tjene et legitimt formål, ville den neppe oppfylle proporsjonalitetskriteriet, som er uttrykkelig fastsatt i direktivet (generaladvokatens forslag til avgjørelse, premiss 94–124).

Hos oss er likebehandlingsdirektivet, hvis gjennomføringstid for lengst er utløpt, søkt implementert i arbeidsmiljølovens kap. 13.

Beate Sjøfjell

ARVERETT

Uskiftet bo – arveloven § 24 annet ledd – Høyesteretts dom 5. november 2008 (HR-2008-1926-A)

Arveloven § 24 annet ledd gir arvingen i et uskiftebo rett til å kreve boet skiftet hvor den gjenlevende ektefelle forsømmer oppfostringsplikten overfor ham eller «fer misleg åt så buet minskar unødig eller blir utsett for vesentleg minking». Bestemmelsen er en av de tre bestemmelser som verner arvingene mot gjenlevendes disposisjoner over boet; de øvrige er al. §§ 19 og 21.

Al. § 21 annet ledd er lite brukt i praksis, og kravet om skifte er bare unntaksvis tatt til følge i de dommer Hambro i sin kommentarutgave refererer på s. 167 flg. Her uttales videre at annet ledd «har hatt svært liten praktisk betydning». Den eneste høyesterettsdommen fra tidligere legger listen høyt, Rt. 1998 s. 728, og dommen fra 2008 legger seg på samme linje. Tvistetemaet i denne saken var særlig om det kreves at handlingene som forringet boet eller kunne forringe det, faktisk var gjennomført.

Ektefellene B og C hadde fullstendig særeie, og gjenlevende skulle ha rett til å sitte i uskifte med særeiet, jf. el. § 43. I et felles testament hadde de bestemt at barna skulle ha rett til å utta visse eiendommer mot å godtgjøre boet det beløp som eiendommens verdi oversteg vedkommendes lodd med. De tre barna, D, E og A skulle for øvrig dele boet likt.

Etter Cs død i 1991 overtok B boet i uskifte. Det meste av boets verdier var to faste eiendommer, en bygård i Oslo og halvdel av en eiendom i Oppegård. Et par år tidligere hadde D overtatt halvparten av boets del av eiendommen i Oppegård vederlagsfritt. Verdien skulle på skiftet komme i fradrag i arven.

Boets halvdel skulle etter testamentet uttas av A etter dagens verdi, mens E skulle overta gården i Oslo. Forholdene omkring eiendommen i Oppegård er imidlertid uten betydning for denne aktuelle tvisten.

Osloeieendommen var en eiendom på 1121 m² med en opprinnelig bebyggelse, den såkalte forgården, som var fra før 1878, og en bakeribygning i bakgården fra 1910. Der har familien til B drevet bakeriforretning i flere generasjoner. D er nå eneeier av bakerivirksomheten. Han leier lokaler av uskifteboet på en uoppsigelig leiekontrakt. I 2006 ble eiendommen delt i fire seksjoner. Forgården betegnes som seksjon 1-3 og seksjon 4 som bakeriet.

Da gjenlevende – etter sønnen As mening – var i ferd med å overføre forgården til datteren E, begjærte A skifte av boet. Han hevdet at boet ved dette ville bli utsatt for en vesentlig forringelse. Etter at Oslo byfogdembete hadde forkastet begjæringen, anket A, nå med broren D som hjelpeintervenient. I lagmannsretten førte kravet om skifte frem, idet retten fant at en overføring av forgården til E ville medføre en vesentlig forringelse av boet. Moren B anket til Høyesterett, som stadfestet kjennelsen fra byfogdemebet. E sto utenfor tvisten.

Høyesterett tok standpunkt til to spørsmål: 1. Om de generelle vilkår i § 24 annet ledd var oppfylt, og 2. om salg til datteren «E overhodet vil stride mot § 24 annet ledd. Etter testamentet skal (eiendommen) utlegges på Es lodd og verdsettes etter takst. Den underliggende konflikten mellom sakens parter er om taksten skal fastsettes «ut fra eiendommens verdi som utbyggingsgrunn, noe som forutsetter at all bebyggelse rives, eller ut fra de påståtte bygningers verdi» (avsnitt 39). Det første spørsmålet reiste igjen to spørsmål: I hvilken grad må handlingen som eventuelt vil forringe boet faktisk være gjennomført, og hvis ikke, hvilke krav til beviset skal stilles for at den vil bli gjennomført?

Førstvoterende, som de øvrige dommere sluttet seg til, fant at det hadde formodningen mot seg, ut fra bestemmelsens tilblivelseshistorie, at «forventede fremtidige handlinger skal være tilstrekkelig til å nekte ektefellen rett til fortsatt å sitte i uskiftet bo» (avsnitt 29). Etter et sitat fra Aslands ferske doktoravhandling, som trekker en meget snever ramme for at trusler eller frykt om utilbørlig atferd skal tillegges betydning, følger et sitat fra Hagstrøms *Obligasjonsrett* (avsnitt 32) om antesipert mislighold, og hvor det heter at dette bare bør være relevant hvor det foreligger *en til visshet grensende sannsynlighet* for at dette realiseres. Førstvoterende uttaler så at «dette kan være retningsgivende også for tilfeller der det er aktuelt å vurdere «antesipert atferd» overfor uskifteboet» (avsnitt 33). Etter dette ble konklusjonen at et eventuelt salg til datteren ikke var kommet til et stadium hvor dette beviskravet var oppfylt. Lagmannsrettens bevisvurdering her som bygget på at sannsynlighetsovervekt var nok, var feil lovanvendelse.

Etter dette kunne Høyesterett ha stadfestet byfogdembetets kjennelse. Men det skjedde ikke. Førstvoterende tok videre opp spørsmålet om et salg til datteren E ville stride mot § 24 annet ledd (avsnitt 39 flg.) Etter testamentet skulle eiendommen utlegges på Es lodd og verdsettes etter takst. Spørsmålet var da om salg til full pris basert på eiendommens leiepotensial ville være en forringelse, idet en høyere verdi kunne oppnås om verdien ble satt til eiendommen som utbyggingsgrunn. Her fant førstvoterende at et slikt delsalg ikke ville være i strid verken mot testamentets eller boets interesser: «Til støtte for å godta et delsalg i dette tilfellet, viser jeg til at foreldrene har ønsket å bevare familieeiendommen og unngå salg til en eiendomsutvikler med sikte på å utbygge. Et annet moment er at eiendommen er bevaringsverdig og oppført på Oslo Byantikvares Gule liste. At B tar vare på den eksisterende bebyggelsen mens hun forvalter boet, er åpenbart ikke utilbørlig overfor boet. Etter min mening må det samme gjelde om B selger forgården til datteren for en takst som tar den bestående bebyggelsen som utgangspunkt ved verdsettelsen. Selve salget endrer ikke boets verdi (avsnitt 43). Konklusjonen ble i avsnitt 44 formulert slik: «Etter dette finner jeg at anken fører frem, dels fordi B, slik saken står i dag, ikke har gjennomført handlinger som medfører at arveloven § 24 annet ledd er overtrådt, og dels fordi et salg av forgården til E i seg selv ikke kan antas å stride mot bestemmelsen.»

Dommen gir grunnlag for flere refleksjoner.

At Høyesterett her tar stilling til to spørsmål som hvert isolert sett ville vært tilstrekkelig til å begrunne konklusjonen, er det naturlig å gi sin tilslutning. Begge spørsmål ble prosedert i sin fulle bredde, og standpunkt til begge var klargjørende. At den meget snevre ramme om forberedende handlinger ble opprettholdt, er jeg enig i. Men så lenge terskelen her er høy, virker det noe overraskende at kravet til bevis ble satt til en «til visshet grensende sannsynlighet», samtidig som parallellen til antepert mislighold i obligasjonsretten etter min mening ikke er treffende. At gjenlevende trenger vern idet bortfall av retten til uskifte kan få meget alvorlige følger er klart. Men et beviskrav som ligger på strafferettens nivå (eller enda høyere?), står for meg som noe for strengt.

Det annet hovedspørsmål om salg basert på utleiepris fikk en god løsning. Ved salg fra uskifteboer bør det være den bestående tilstand som må være hovedregelen, med mindre bruksendringer med verdistigning fremstår som sannsynlige i nær fremtid. Mot denne bakgrunn kan jeg ikke helt forstå førstvoterendes avsluttende setninger i avsnitt 43: «Selve salget endrer ikke boets verdi. Spørsmålet om eiendommen skal verdsettes som utbyggingstomt, vil komme opp ved det endelige skiftet og må da avgjøres ut fra de forutsetninger som på dette tidspunkt foreligger for eiendommens utnyttelse og eventuelle bevaring.» Dette må gå på forutsetningen av at eiendommen er i

uskifteboet ved gjenlevendes død. Men hvis salg fra B til E etter denne dommen finner sted etter utleieverdi, vil dette være endelig og eiendommen ute av boet.

Peter Lødrup

Overdragelse av leilighet fra mor til sønn vurdert som en dødsdisposisjon – Høyesteretts dom 25. november 2008 (HR-2008-2039-A)

Lagmannsrettsdommen av 29. mai 2008 er tidligere kommentert i Nytt i privatretten nr. 3 for 2008. Høyesterett kom som lagmannsretten til at overføringen av en leilighet fra mor til sønn var en dødsdisposisjon. Sønnen som fikk en borettslagsleilighet fra sin mor, hadde opptatt lån med sikkerhet i andelen. Et viktig moment i saken var hvilken betydning dette forhold samt at moren mistet retten til å belåne leiligheten, skulle tillegges. At den rettslige disposisjonsretten gikk over på sønnen, var etter Høyesteretts mening ikke avgjørende. Moren hadde ikke behov for å belåne leiligheten og at hun var avskåret fra å selge den var bare av teoretisk betydning. Det var i saken hevdet at sønnen fikk mulighet til å ta opp lån med sikkerhet i leiligheten og at moren derved ble utsatt for en risiko for at leiligheten kunne bli tvangssolgt dersom lånene ikke ble betjent. Det var forutsatt at moren skulle bli boende i leiligheten resten av livet, men det var ingen avtale om dette. Leiligheten var allerede ved overdragelsen stilt som sikkerhet for sønns gjeld. Risiko for tvangssalg var moren utsatt for selv om hun, uten å overdra leiligheten, hadde stilt den som sikkerhet for sønnens gjeld. Senere opptok sønnen nye lån, men det var uklart om moren hadde forutsatt dette og hun hadde iallfall ikke ant at sønnen skulle oppta lån i stort omfang. Høyesterett la til grunn at det ikke hadde vært morens forutsetning at sønnen skulle nyttiggjøre seg formuesverdien av leiligheten til låneopptak mens hun levde.

Høyesterett kom til at moren ikke fikk noen fordele eller ble kvitt noe ansvar ved leilighetsoverdragelsen. At sønnen hadde opptatt lån med sikkerhet i leiligheten som hadde gått til forbruk ble ikke tillagt vekt. Han hadde pantsatt et formuesgode som han ikke hadde gyldig adkomst til.

Når det gjaldt betydningen av at den rettslige disposisjonsretten gikk over til sønnen baserte altså Høyesterett seg på en konkret vurdering ut fra forholdene på overdragelsestidspunktet. For 20–30 år siden var det nesten utenkelig at eldre mennesker ville belåne sin bolig. Her har innstillingen forandret seg sterkt og i dag forekommer det at eldre mennesker finansierer sitt forbruk ved lån på bolig. Dersom man ved avgjørelsen av om en overføring er en livs- eller dødsdisposisjon konsekvent skulle basere seg på en konkret vurdering, ville resultatet i, antakelig, alle tilfeller være at momentet om den rettslige disposisjonsretten ikke ble tillagt vekt. Hadde arvelater tenkt på dette momentet, ville han ganske sikkert ikke overdratt eiendommen.

Er arvelater bare rundt 60 år gammel når en bolig overføres med forbehold om boret, bør momentet om at man mister retten til å belåne eiendommen unntaksvis kunne tillegges vekt selv om arvelater ikke tenkte på dette ved overdragelsen.

Peter Hambro

ERSTATNINGSRETT

Takstmanns ansvar for villedende informasjon – Rt. 2008 s. 1078 (28. august 2008)

Høyesterett avsa den 28. august 2008 enstemmig dom i en sak vedrørende takstmanns erstatningsansvar for villedende informasjon i takst over boligeiendom. Feilen bestod i at garasjen var medtatt i boligarealet, og eierskifteforsikringsselskapet (ACE European Group Ltd.) hadde inngått avtale med kjøper om utbetaling av kr. 155 000 i prisavslag. Selskapet rettet deretter krav mot takstmannens forsikringsselskap (If Skadeforsikring NUF). If ble frifunnet både i tingretten og lagmannsretten. Høyesterett ga ACE medhold, og fant grunnlag for direktekrav basert på takstmannens informasjonsansvar.¹ (Bruken av begrepet «direktekrav» i dommen kan virke noe forvirrende – det det siktes til er at eierskifteforsikringsselskapet etter å ha utbetalt prisavslag trer inn i kjøperens deliktsrettslige erstatningskrav mot takstmannen.)

Høyesterett la til grunn at to grunnlag kunne være aktuelle, enten «direktekrav» basert på erstatningsansvar for villedende informasjon eller reglene om regress. Siden det ble funnet grunnlag for direktekrav, gikk ikke Høyesterett nærmere inn på regressspørsmålet. I tilknytning til direktekravet foretas det imidlertid en drøftelse av om regressreglene måtte anses å regulere forholdet uttømmende, slik at adgangen til direktekrav (altså at forsikringsselskapet trådte inn i kjøperens deliktskrav) av den grunn var avskåret. Dette spørsmålet ble besvart benektende.

Ansvarsgrunnlaget

I vurderingen av om vilkårene for erstatningsansvar var oppfylt, tok Høyesterett utgangspunkt i at «det alminnelige profesjonsansvaret også gjelder for takstmenn, og at det er tale om et relativt strengt ansvar» (avsnitt 21). På bakgrunn av dommen i Rt. 1995 s. 1350 ble det lagt til grunn at dette ansvaret også kunne påberopes av boligkjøper, dvs. at kjøperens interesser (i tillegg til oppdragsgivers) nyter godt av erstatningsrettslig beskyttelse overfor uaktsom opptreden fra takstmannens side. I denne sammenheng påpeker Høyesterett at også en långiver som lider tap som følge av uriktig takst over pantobjektet innehar en erstatningsrettslig beskyttet interesse.

Ved den nærmere ansvarsvurderingen oppstiller Høyesterett tre kriterier:

- 1) Uaktsomhet utvist i profesjonell sammenheng
- 2) Om skadelidte har hatt en rimelig og berettiget grunn til å stole på og å innrette seg etter informasjonen
- 3) At informasjonen var «ment» for skadelidte (dvs. at det ikke er nok at skadevolder burde forstått at «noen» ville innrette seg etter informasjonen).

På dette punkt siterer Høyesterett fra Amund Bjøranger Tørum's doktoravhandling «Direktekrav» (Bergen 2007), og nærmere bestemt Tørum's oppsummering av rettsstilstanden ved «negligent misrepresentation» i amerikansk rett, slik den er sammenfattet i Restatement (Second) of Torts § 552 (1) og (2). Førstvoterende bemerker at «Etter min mening er disse kriteriene også etter norsk rett relevante for vurderingen av om det er grunnlag for et direktekrav basert på informasjonsansvaret» (avsnitt 24).

Høyesterett slår ganske kort fast at de to første vilkårene er oppfylt; det anses umiddelbart uaktsomt å inkludere garasje i boarealet. Om det andre vilkåret uttales det at «når en takst er et absolutt vilkår for å få tegnet en eierskifteforsikring, har både kjøperen og forsikringsselskapet en berettiget forventning om at opplysningene i taksten er riktige». (avsnitt 25). I sin vurdering fokuseres det særlig på det tredje kriteriet. Om dette uttaler Høyesterett at «[E]tter min mening er det det tredje momentet som generelt sett representerer den største utfordringen ved avgrensningen av informasjonsansvaret. Uten avgrensninger kan ansvaret bli svært omfattende. I teorien fremheves det derfor at det må oppstilles en «flodbølgebegrensning» for å avgrense kretsen som kan påberope seg dette ansvarsgrunnlaget» (avsnitt 26).²

Formuleringen av det andre og tredje vurderingskriteriet, som i dommen flyter noe over i hverandre, er prinsipielle og har rekkevidde langt utover takstmannens erstatningsansvar. Det såkalte «informasjonsansvaret», og i det hele tatt profesjonelle yrkesutøveres ansvar for rådgivning, tilrettelegging, revisjon mv. representerer et omfattende problemkompleks i norsk rett, der det har hersket betydelig usikkerhet om den grunnleggende tilnærmingen.³ Sett i sammenheng med det andre kriteriet om at skadelidte må ha hatt berettiget grunn til å stole på informasjonen, må dommen anses som et skritt mot en mer enhetlig behandling av disse skadetilfellene etter norsk rett.

Fokuset i vurderingen dreier mot skadelidtes perspektiv, dvs. et spørsmål om hvem som kan utlede erstatningsrettslig beskyttelse av den handlingsnorm som er overtrådt. Reelt er dette et spørsmål om å vurdere culpanormens «rettighetsside».⁴ Denne dreiningen i fokus bekrefte av flere nyere høyesterettsdommer, se for eksempel Rt. 2007 s. 425 Rikstoto og Rt. 2006 s. 1519 Pionérdykker.

Vedrørende kriteriene for hvilke skadelidte som innehar en erstatningsrettslig beskyttelse har Høyeste-

retts tilnærming bred støtte i juridisk litteratur. Det andre kriteriet, om berettigede forventninger som ansvarsvilkår, ble fremhevet av Viggo Hagstrøm i hans 1989-artikkel om informasjonsansvar, og har senere fått støtte i teorien.⁵ Også en nærmere avgrensning etter flodbølgesynspunkter er hevdet av flere. På dette punkt må det imidlertid sies at Høyesterett går relativt langt i å adoptere common laws vilkår om «a special relationship» mellom skadevolder og skadelidte. Denne tilnærmingen kan ikke nødvendigvis overføres automatisk til andre områder for profesjonsansvaret, for eksempel revisors ansvar. Etter vår oppfatning vil det etter norsk rett ofte måtte foretas en bredere vurdering, der prinsippene om «tredjemannsskade», slik disse bl.a. har kommet til uttrykk i Rt. 1973 s. 1268 Flymanøverdommen, vil ha betydelig gjennomslagskraft.

I den konkrete saken viser Høyesterett også til disse prinsippene, jf. avsnitt 27, der påpekes at man etter norsk rett har vært «tilbakeholden med å tilkjenne erstatning for indirekte tap for tredjemann». På dette punkt vises det til Rt. 2000 s. 1756 (Arbeidsgiveravgiftdommen), som gjaldt spørsmålet om arbeidsgiver som hadde betalt en ansatt lønn under sykdom etter et trafikkuhell kunne kreve dekket arbeidsgiveravgiften hos forsikringsselskapet. I denne dommen ble det uttalt at «Selv om jeg er enig med selskapet i at det må settes grenser for erstatningsplikts omfang, finner jeg det mer hensiktsmessig i dette tilfellet å foreta en vurdering av om tapet gjelder en «konkret og nærliggende interesse», jf. Rt. 1955 side 872. I en slik vurdering må det også legges vekt på hvem som bør bære risikoen for tapet ut fra en rimelighetsvurdering, jf. Rt. 1973 side 1268.»⁶

2008-dommen går ikke videre med disse synspunktene, men avgjør saken konkret. Etter henvisningen til Arbeidsgiveravgiftdommen uttales det: «Vår sak er imidlertid vesensforskjellig fra den saken, idet taksten som nevnt utgjør en integrert del i den aktuelle forsikringsordningen. Videre viser jeg til den sentrale rollen forsikringsselskapet har ved misligholdsoppjøret i disse sakene, og som takstmennene må være kjent med.»

Høyesterett viser videre til en avgjørelse fra Högsta domstolen (NJA 1987 s. 692), der det vises til at flere enn oppdragsgiver rutinemessig vil legge takster til grunn for sine vurderinger, og at erstatningsansvaret derfor ikke kan være begrenset til oppdragsgiver.

På denne bakgrunn konkluderer Høyesterett med at vilkårene for et direktekrav basert på erstatningsansvar for villedende informasjon er oppfylt.

Betydningen av regressreglene

Retten går deretter over på spørsmålet om oppjøret likevel reguleres uttømmende av regressreglene. Dette besvares negativt. Det tas utgangspunkt i bestemmelsen i skadeserstatningsloven § 4-3 om regress ved tingsskade og annen formuesskade, som imidlertid ikke gjelder ansvarsforsikring. Lagmanns-

retten hadde likevel lagt til grunn at bestemmelsen ga uttrykk for det «prinsipp» at selskapets krav mot skadevolder var et tap avledet av skadelidtes tap, og at det dermed ikke var grunnlag for et direktekrav. Dette synspunktet trekkes i tvil av Høyesterett, bl.a. på bakgrunn av eldre teori om FAL 1930 § 25 og forarbeidene til innføringen av kap. 4 i skadeserstatningsloven (Ot.prp. nr. 75 (1983–84)).

Høyesterett legger således til grunn at det ikke kan «trekkes klare slutninger fra skadeserstatningslovens § 4-3 om hvorvidt regressretten ekskluderer et direktekrav ved ansvarsforsikring. Da regressreglene ved tingsskade og annen formuesskade ikke har vært ansett å utelukke et direktekrav i alle situasjoner, tilsier dette at det samme må gjelde enda mer ved ansvarsforsikring, hvor regressen beror på et konkret skjønn» (avsnitt 33).

På denne bakgrunn formuleres følgende vurderingstema: «Mitt standpunkt er etter dette at direktekrav ikke er generelt utelukket ved ansvarsforsikring, men at det må foretas en konkret vurdering. Retningslinjen ved denne vurderingen må være hvem som bør bære det endelige ansvaret» (avsnitt 33, i.f.)

I denne vurderingen tas det utgangspunkt i at kjøper kan fremme krav direkte overfor takstmann, og at det sett fra takstmannens synsvinkel kan fremtre som en «tilfeldig fordel» om kjøperens valg er avgjørende for den endelige ansvarsfordelingen. Videre legges det vekt på prevensjonssynspunkter: Hvis kravet avskjæres ville det bety at takstmannen i praksis ble ansvarsfri, og at et eventuelt erstatningsansvar vil «kunne bidra til å skjerpe aktsomhetsnivået». Endelig vurderes argumentet om at et direktekrav kunne utløse en «bumerangeffekt» ved at selgeren på sin side kunne risikere regresskrav fra takstmannen og hans forsikringsselskap. På dette punkt hadde If vist til Rt. 2005 s. 870, der selger og eiendomsmegler var solidarisk ansvarlige for tap som følge av feil i salgsoppgaven, og særlig uttalelsene der om at megler ville ha regressrett mot selger. Høyesterett avviste dette argumentet, først og fremst på den bakgrunn at en bumerangeffekt ikke ville være aktuell i tilfeller hvor selger ikke var å bebreide, og at det i denne saken var takstmannens forhold som «fremstår som det dominerende trekket i saksforholdet». På denne bakgrunn fikk ACE medhold i sitt krav.

¹ Dommen er omtalt i Ristvedt: Informasjonsansvarsdommen – en ny rettstilstand for ansvarsforsikringsselskapets krav, LoR 2008 s. 579.

² Retten viser på dette punkt til Hagstrøms artikkel i TfR 1989 s. 196 og Lødrup: Lærebok i erstatningsrett, 5. utg. 2005.

³ Se for eksempel Hjelmeng: Interessevern og rene formuesskader, TFE 2007 s. 169 på s. 171 ff. Se også Tørum: Direktekrav s. 490-496, samt Filip Truyen: Aksjeanalyse og informasjonsansvar, TfR 2007 s. 85.

⁴ Jf. Hjelmeng: Revisors erstatningsansvar, s. 23 ff.

⁵ Se for eksempel Lødrup: 4. utg. (1999) s. 285, Truyen, TfR 2007 på s. 89, Hjelmeng, TFE 2007 s. 172.

⁶ På s. 1761.

Litteratur

Morten Kjelland: *Særlig sårbarhet i personskadeerstatningsretten – en analyse av generelle og spesielle årsaksregler*. Gyldendal Akademisk, 2008. 525 sider

Dr. juris Morten Kjelland forsvarte den 29. februar 2008 offentlig sin avhandling «Særlig sårbarhet i personskaderetten – en analyse av generelle og spesielle årsaksregler». Boken bærer samme tittel, og er en oppdatert og utvidet versjon av avhandlingen.

Hovedemnet for boken er, som tittelen tilsier, reglene om årsakssammenheng slik disse tolkes og anvendes i saker der skadelidte er særlig sårbar. Boken omhandler primært særlig sårbarhet ved personskade, der skadelidte på grunn av fysisk og/eller psykisk disposisjon er mer mottakelig for skade enn en normalt motstandsdyktig person. Skadelidte kan også være økonomisk sårbar, og tilfellene hvor en liten realskade påfører et unormalt stort økonomisk tap er derfor inkludert i behandlingen.

Utgangspunktet i norsk rett synes klart nok: Skadevolder må ta «skadelidte som han er». Men, selv om sårbarhetsprinsippet er velkjent både i rettspraksis og teori, er prinsippet tidligere kun fragmentarisk behandlet. I boken plasseres sårbarhetsprinsippet i *et mer helhetlig rettslig system*, ved at forfatteren tar for seg sårbarhetsvernets utgangspunkter og grenser i en analyse som går på tvers av ansvarsområder og skadetyper. Undersøkelsen belyser forholdet mellom sårbarhetsprinsippet og alminnelige årsaksregler (betingelselæren, adekvanslæren, uvesentlighetslæren m.v.), og plasserer prinsippet i forhold til prinsippet om full erstatning. Målsettingen er å klarlegge sårbarhetsprinsippets funksjon og rekkevidde. Boken inneholder også en kasuistisk analyse av sårbarhetsreguleringen, hvor utvalgte typetilfeller av fysisk, psykisk og økonomisk sårbarhet drøftes.

På personskaderettens område har Høyesterett de siste 10–15 årene avsagt en rekke dommer om årsakssammenheng. I boken blir dette domsmaterialet tolket og systematisert med sikte på å klarlegge mønstre i Høyesteretts argumentasjon. Skadelidtes sårbarhet er ingen særnorsk problemstilling, og i boken er fremmed rett inntatt som illustrasjon både av faktum og rettslig argumentasjon der norsk rett ikke gir noen klar anvisning.

Samlet sett gir avhandlingen en beskrivelse av så vel generelle som mer spesielle regler om årsakssammenheng i personskaderetten. Den kasuistiske analysen kan ses som en konkretisering av generelle årsaksregler, og bidrar dermed til å redusere avstanden mellom regelnivå og faktanivå, hvilket kan øke forståelsen av reglene og forenkle rettsanvendelsen. Bokens figurer er instruktive, og dens juridiske og medisinske stikkordsregister gjør den til et nyttig oppslagsverk. Boken bidrar slik ikke bare til den akademiske diskusjonen om årsaksspørsmål, men antas å

være av stor praktisk verdi for advokater, dommere og andre som sysler med disse spørsmålene.

Birgitte Hagland

Lovarbeid svensk rett

Nya ersättningsbestämmelser i expropriationslagen m.m. SOU 2008:99, Stockholm 2008. 540 sider

En svensk, offentlig oppnevnt komité har fremlagt forslag som innebærer en dramatisk endring i hvordan ekspropriasjonserstatning skal beregnes.

Komitéen tar som utgangspunkt at eiendomsretten skal ha god beskyttelse, og videre at erstatningsreglene så langt som mulig bør etterligne et fritt marked der grunneieren ikke kan utnytte sin monopolstilling og der det ikke foreligger noen trussel om ekspropriasjon. Et holdepunkt for drøftelsene er at en enkelt grunneier ikke vil selge sin eiendom frivillig om ikke prisen minst tilsvare hans eller hennes egen individuelle verdsettelse av eiendommen. Siden den individuelle verdi ikke kan fastsettes objektivt, foreslår komitéen at markedsverdien skal gis et sjablonmessig tillegg på 25 prosent. Det foreslås videre at i de tilfeller hvor formålet med grunnervervelsen i hovedsak er å drive virksomhet på markedsmessige betingelser, skal det skje en gevinstfordeling, slik at erstatningen også skal omfatte en post som avspeiler eiendommens verdi for eksproprianten.

Komitéen foreslår videre at den såkalte presumpsjonsregelen oppheves. Ifølge denne regelen skal forventningsverdier ikke erstattes om de ikke forelår minst ti år før ekspropriasjonssaken ble reist. Forslaget er delvis begrunnet med at flere av de forhold som bidro til at regelen ble innført, ikke lenger er til stede.

En hovedbegrunnelse for forslagene er at dagens regler innebærer en fare for at ekspropriasjon kan medføre en reduksjon i samfunnets velferd og dessuten til urimelige fordeler for ekproprianten på grunneierens bekostning. Begrunnelsen bygger på rettsøkonomiske analyser.

Komitéen fremhever at de har etterstrebet

- at ekspropriasjonserstatningen fastsettes på en måte som både er og oppfattes som rettssikre,
- at de nye erstatningsreglene skal være enkle å forstå og lette å anvende,
- at de skal egne seg til å lede til forutsigbare resultater og dermed lette frivillige løsninger.

Innstillingen har en rekke særuttalelser om enkeltspørsmål.

Erling Eide

Litteratur

Inge Lorange Backer: *Barneloven Kommentartutgave*, 2. utg. Universitetsforlaget, Oslo 2008. 870 sider

Det er en stor begivenhet for alle som er interessert i norsk barnerett at Inge Lorange Backer har kommet med en ny, omfattende kommentartutgave til barneloven. Den forrige kommentartutgaven kom ut i 1982, samme år som barneloven trådte i kraft, og mye har skjedd på barnelovens område siden den gang. Særlig den internasjonale utviklingen og fremveksten av humanmedisinsk bioteknologi har hatt stor betydning, men også endringer i familiestrukturen og i synet på barnets subjektive rettigheter. Den nye boken er på 870 sider, inkludert 90 sider med vedlegg og registre, nær det dobbelte av første utgave.

Barneloven var på flere måter en nyskapende lov da den kom i 1981, og etter mitt syn en meget god lov. Jeg har alltid trodd at Inge Lorange Backer, som lovkomiteens sekretær, har en god del av æren for dette. Kanskje var særlig reglene om barnets medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett radikale sett i internasjonal sammenheng, og disse tjente også som inspirasjon for artikkel 12 i FNs barnekonvensjon.

Rettsreglene om barn og foreldre, og ganske særlig reglene om foreldreansvar ved samlivsbrudd, har i de senere årene i høy grad blitt politikermat. Barneloven har vært gjenstand for 38 endringslover siden den ble vedtatt, og det arbeides nå med nye endringer. De fleste endringene er naturlige følger av den utviklingen som har funnet sted siden 1982, mens andre er initiert av forskjellige interessegrupper. Det er nå bare 17 av de 71 opprinnelige paragrafene i barneloven som er uendret, og det har ikke gjort det enklere at også terminologien på enkelte viktige punkter er endret. Nye begreper har også kommet til, som for eksempel «medmor» og «medmorskap» i § 4a.

Det kan raskt konstateres at Inge Lorange Backer med denne boken har gjennomført et stort og imponerende arbeid. Som vanlig er for kommentartutgaver, inneholder den lite av rettspolitiske drøftelser. Til gjengjeld viser mine stikkprøver at kommentarene til de enkelte paragrafene er meget utførlige, alle viktige dommer synes å være med, og referanser til annen litteratur og forarbeider er forbilledlig. Boken inneholder dessuten et viktig innledningsavsnitt, som blant annet gir en klargjørende oversikt over de forskjellige lovendringene som har funnet sted, og dessuten oversikter over forskjellige sider av samfunns- og rettsutviklingen etter at den nye barneloven ble vedtatt i 1981.

Boken anbefales på det varmeste til alle som arbeider med rettsspørsmål som omfattes av barneloven. Jeg vil tro at man vil kunne føle seg trygg på at alt

vesentlig rettsstoff på området her er med, og de mange referansene til annen litteratur og til forskjellige forarbeider vil også lette fordypning i enkeltspørsmål. Jeg vil også fremheve godt språk, og den nøkterne, juridiske stilen som ikke alltid preger barnerettslige fremstillinger.

Lucy Smith

IMMATERIALRETT

Varemerkerett

Høyesterettsdom 2. oktober 2008. – Dissens – Rt. 2008 side1268

EF-rett og norsk rett. Gyldigheten av en varemerkeregistrering kan ikke prøves av domstolene i en inngrepssak, men vernets omfang kan prøves som en del av rettsanvendelsesskjønnet. Forvekselbarhet, varemerket opptok i seg et eldre, vernet varemerke. «Gjennomsnittsfbrukeren» og norsk varemerkepraksis. Direkte og indirekte forveksling. Tjenestelagslighet. Friholdelsesbehov.

Søtt + Salt AS fikk etter søknad inngitt 14. april 2005 registrert varemerket søtt + salt for bl.a. tjenester i klasse 43, Bevertning og tilbringning av mat og drikke. Pascal AS fikk etter søknad inngitt 20. september 2005 registrert merket pascal søtt & salt for bl.a. de samme tjenester.

søtt + salt

PASCAL
søtt & salt

Søtt + Salt reiste inngrepssak med påstand om forbud mot Pascals bruk av pascal søtt & salt som kjenne-tegn, og ugyldigkjennelse av Pascals varemerkeregistrering, og fikk medhold i Oslo tingrett. Pascal anket og fikk medhold av lagmannsrettens flertall. Søtt + Salt anket denne dommen til Høyesterett, som med 4 mot 1 stemme stadfestet tingrettens dom.

Førstvoterende i Høyesterett fant foranledning til å redegjøre for visse grunnleggende prinsipper som vurderingen måtte bygge på. Saksområdet lå innenfor EØS-avtalen. Dette innebar at Norge var forpliktet til å inkorporere bestemmelser innen varemerkeretten, bl.a. Varemerkedirektivet av 21. desember 1988. Førstvoterende kunne imidlertid ikke se at de spørsmål som saken reiste, fikk andre løsninger etter EU-retten enn det man etter norsk rett ville ha kommet til uten EU-retten. Betydningen av EU-retten for den foreliggende sak ville først og fremst bestå i at man ville kunne finne eksempler fra EF-domstolens praksis som belyste de problemstillinger saken reiste og den vurderingsnorm som skulle anvendes.

Førstvoterende konstaterte deretter at det ikke var

reist ugyldighetssøksmål mot registreringen av søtt + salt. Den måtte da legges til grunn som gyldig uten overprøving. Førstvoterende fant det her tilstrekkelig å vise til førstvoterendes uttalelser i Rt. 1999 s. 641 SUPERLEK: Gyldigheten av en varemerkeregistrering kan ikke prøves av domstolene i en inngrepssak. Det vern som er oppnådd ved registreringen må da respekteres av domstolene så langt vernet rekker. Domstolene vil imidlertid kunne prøve vernets omfang som en del av rettsanvendelseskjønn, og kan således ta stilling til om et element i et sammensatt merke omfattes av vernet. Dette spørsmålet måtte klarlegges ved en undersøkelse av elementets særpreg isolert sett. På bakgrunn av at domstolene ikke prejudisielt kan prøve registreringsvedtakets gyldighet kunne det måtte trekkes en grense for hvor langt domstolene i en inngrepssak kan frakjenne elementer i et varemerke distinktiv karakter. Domstolene kunne trolig ikke gå så langt at varemerket i realiteten ble berøvet ethvert vern. Saken ga ikke foranledning til å komme nærmere inn på dette.

Selve forvekselbarhetsspørsmålet inneholdt flere elementer. Som utgangspunkt skal det her skje en skjønnsmessig helhetsvurdering med grunnlag i de konkrete forhold. De sentrale momentene ville være graden av likhet i vareslag og i kjennetegn, men det ville være et innbyrdes avhengighetsforhold mellom momentene. Førstvoterende viste her til EF-domstolens avgjørelse i sak C-342/97 *Lloyd*, premiss 19 – en svak grad av likhet mellom ytelsene kunne oppveies av en høy grad av likhet mellom varemerkene og omvendt.

Det har i norsk rett vært vanlig å si at forvekselbarhet foreligger dersom det må regnes med at «en ikke ubetydelig del av omsetningskretsen» vil kunne ta feil. I dommer fra EF-domstolene hadde det vært vanlig å se på hvordan «gjennomsnittsforbrukeren» av den aktuelle produkttype ville oppfatte varemerkene. Førstvoterende kunne ikke se at det lå noen realitetsforskjell i de to tilnæringsmåtene. Det avgjørende i den foreliggende sak ville således være, slik tingretten uttrykte det, «om en alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og vel informert forbruker av gourmetmat og restauranttjenester m.v. vil kunne blande merkene sammen».

Det var vanlig å operere med to former for forveksling – direkte og indirekte. Direkte forvekslingsfare foreligger dersom merkene er så like at omsetningskretsen kan komme til å blande kjennetegnene eller deres innehavere sammen – kunden velger en vare fra en merke innehaver i den tro at den skriver seg fra den andre. I den foreliggende sak var partene enige om at forskjellen mellom merkene var så markert at det ikke forelå fare for direkte forveksling.

Den aktuelle problemstilling var derfor om det forelå fare for indirekte forveksling – for at en ikke ubetydelig del av omsetningskretsen ville kunne få inntrykk av at det besto en forretningsmessig forbin-

delse eller et kommersielt fellesskap mellom merkens innehavere. Det måtte her presiseres at det ikke ville være nok til å konstatere indirekte forveksling at forbrukeren stilt overfor det ene merket gjenkaller i sin erindring det andre merket, eller får assosiasjoner til dette. Det måtte kreves at merkelikheten var av en slik karakter at forbrukeren ville kunne få en forestilling om at det forelå en kommersiell forbindelse mellom innehaverne.

Ved den konkrete vurderingen i den foreliggende sak var spørsmålet altså om det var fare for at gjennomsnittsforbrukeren av de aktuelle varer og tjenester kunne komme til å tro at det forelå en kommersiell forbindelse mellom de to kjennetegnernes innehavere.

Førstvoterende ville i første omgang vurdere forvekslingsfaren med utgangspunkt i varemerkelovens § 4 – om det forelå et inngrep i den beskyttelsen som Søtt + Salt hadde fått ved registreringen.

At Søtt + Salt drev sin virksomhet i Bergen, mens Pascal drev i Oslo, var ikke avgjørende. Vernet for et registrert varemerke gjelder for hele riket og er uavhengig av geografisk avstand mellom virksomhetene, jfr. Rt. 1979 s. 1117 *Cash & Carry* på s. 1121–1122.

Om vareslagslikheten sluttet førstvoterende seg til en uttalelse i tingrettens dom, som også lagmannsretten hadde erklært seg enig i: «Både saksøker og saksøkte driver restaurant- og cateringsvirksomhet innen sjangeren gourmetmat. Begge anvender dyre råvarer av beste kvalitet. Begge har godt utdannede og velansatte kokker, og begge henvender seg til en kundekrets som er villig til å betale ekstra for høy kvalitet ... Det er således ikke tvilsomt at selskapene henvender seg til samme kundekrets. Det legges også til grunn at partene er i et direkte konkurranseforhold, og behovet for varemerkebeskyttelse gjør seg derfor særlig sterkt gjeldende ... Retten finner det således ganske klart at det her er nærmest identitet mellom både de varer og tjenestetyper som tilbys av de respektive parter, og de varer og tjenester som de respektive merkene er registrert for» (avsn. 48, jfr. 49).

Når det gjaldt kjennetegnslikheten pekte førstvoterende på at Pascals merke besto av to elementer: egennavnet «pascal» og ordsammenstillingen «søtt & salt». Ordsammenstillingen inneholdt de samme ord som i «søtt + salt». Forskjellen var tegnet som bandt ordene sammen. Det var en viss ulikhet i typografisk utforming ved at skriften i Pascals merke var lett skråstilt. Etter førstvoterendes skjønn var «de nevnte ulikheter i liten grad egnet til å gi et visuelt inntrykk av at dette elementet i Pascals varemerke i særlig grad skiller det fra Søtt + Salts varemerke». Det måtte i denne forbindelse tas utgangspunkt i den situasjon forbrukerne normalt ville stå overfor, der det ville være bildet som var lagret i den enkeltes minne, som dannet sammenligningsgrunnlaget. Det var all grunn til å tro at det ville være sammenstillingen av ordene søtt og salt som dominerte erindringsbildet, og at utforming og tegnbruk var detaljer

som i mindre grad ville bli gjenkalt i erindringen. Dette til forskjell fra en situasjon der merkene samtidig blir presentert side om side.

Likheten var særlig stor rent fonetisk. Selv om det var brukt ulike tegn til å binde sammen ordene søtt og salt, fant førstvoterende det sannsynlig at gjennomsnittsforbrukerens uttale ville bli den samme, nemlig «og».

Dersom Pascal hadde brukt bare søtt & salt som varemerke, ville det klart ha vært et inngrep i Søtt + Salts varemerke. Spørsmålet ble da hvilken betydning det fikk at Pascals kjennetegn også inneholdt elementet «pascal». Dette ville bero på en helhetsvurdering der begge elementene i varemerket ble sett i sammenheng. Det innbyrdes styrkeforholdet mellom de to elementene ville her stå sentralt. Rent visuelt var ordet «pascal» sterkt fremhevet i varemerket, ved at det var fremstilt i et format som var flere ganger større enn elementet «søtt & salt». Slik sett var det ikke tvil om at det var «pascal» som var det mest iøynefallende trekket ved merket. Elementet «søtt & salt» fremsto visuelt mer som et underordnet tillegg.

I tillegg kom at «pascal» i seg selv var et meget godt innarbeidet varemerke innenfor bransjen. Navnet var vel kjent også ut over den omsetningskretsen som sokner til selskapets etablissemeter. Dette hadde sammenheng med at innehaverens virksomhet hadde ry for sine særegne kvalitetsvarer innenfor konditorfaget. Førstvoterende fant derfor å måtte bygge på at ordet «pascal» ville representere et sterkt element i den samlede vurdering som skulle foretas.

At Pascals varemerke inneholdt et slikt sterkt element knyttet til navnet Pascal, var imidlertid i seg selv ikke nok til å konstatere at det ikke foreligger forvekslingsfare. Dette måtte ses i sammenheng med styrken av den del av merket som har likhetstrekk med Søtt + Salts registrerte merke.

Førstvoterende viste her til EF-domstolens avgjørelse i sak C-120/04 *Thomson Life*, premissene 32 til 37, der det uttales om situasjonen hvor et merke er sammensatt av elementer hvorav ett utgjøres av et eldre kjennetegn som tilhører en annen, at «the finding that there is a likelihood of confusion should not be subject to the condition that the overall impression produced by the composite sign be dominated by the part of it which is represented by the earlier mark». Selv om det er den andre delen av merket som er det dominerende trekket, vil forvekslingsfare kunne foreligge dersom elementet fra det eldre merket på grunn av sitt særpreg likevel kan gi forbrukeren grunn til å tro at det består en kommersiell forbindelse mellom innehaverne av de to merkene.

Det var fra Pascals side fremhevet at varemerket søtt + salt måtte anses som beskrivende for de varer merket var registrert for, og som både Søtt + Salt og Pascal tilbød. Søtt skulle her stå for søte retter som desserter, kaker og andre konditorvarer, mens salt sto for lunsj- og middagsretter.

Førstvoterende bemerket at dersom uttrykket søtt + salt hadde et slikt innhold som Pascal hevdet, ville varemerket ikke gi forbrukeren assosiasjoner eksklusivt til Søtt + Salts virksomhet, men til enhver virksomhet som tilbyr varer og tjenester av denne art. Et slikt merke mangler særpreg og gir liten eller ingen forvekslingsfare når det kombineres med et annet merkeelement. Førstvoterende viste her til Rt. 1979 s. 1117 Cash & Carry. Der la Høyesterett til grunn at uttrykket beskrev et forretningskonsept som tilbød sine varer etter selvbetjeningssystemet, og ga ikke grunnlag for å tro at den aktuelle forretning hadde tilknytning til den såkalte CC-kjeden.

Det fulgte av bevisføring at bruk av «søtt og salt» i den mening Pascal la i uttrykket, forekom blant fagfolk innen restaurantbransjen. Uttrykket hadde imidlertid ikke karakter av å være et utbredt bransjeuttrykk med et klart og entydig innhold. Viktigere var at førstvoterende ikke fant det bevist at uttrykket som varemerke eller som del av varemerke av «det vanlige publikum» – og heller ikke av gjennomsnittskunden innen partenes omsetningskrets – ville bli oppfattet i denne betydningen, nemlig som en beskrivelse av virksomheten og de ulike former for mat som virksomheten tilbyr. Uttrykket «søtt og salt» sto slik sett i en annen stilling som varemerke enn Cash & Carry i Rt. 1979 s. 1117. I denne sammenheng la førstvoterende ikke særlig vekt på en mulig større merkebevissthet blant kundene i restaurant- og cateringbransjen enn det som ellers er vanlig i omsetningslivet. Det var heller ikke gitt at dette ville tale i Pascals favør. Det kunne således være grunn til å tro at det ville være de merkebevisste som i særlig grad ville feste seg ved elementet «søtt & salt», og dermed kunne få assosiasjoner til virksomheten i Bergen.

Lagmannsrettens mindretall hadde gitt følgende karakteristikk av uttrykket «søtt + salt»: «Slik mindretallet ser det, blir søtt og salt i det alt vesentlige benyttet og oppfattet som adjektiver som beskriver egenskaper ved mat. ... Når begrepet brukes som varemerke gir det diffuse, men klart positive assosiasjoner til mat, og fremstår mer som et slagord enn som en beskrivelse av hva slags mat som tilbys.» Førstvoterende fant at lagmannsrettens mindretall her ga en treffende karakteristikk av uttrykket. Det var kort og fengende samtidig som det hadde en viss originalitet. Slik sett hadde det egenskaper som gjorde det vel egnet til å gi kundekretsen assosiasjoner til en bestemt virksomhet.

Når førstvoterende så vendte tilbake til Pascals varemerke og så nærmere på det helhetsinntrykket som det ga, var han enig med lagmannsrettens flertall i at elementet «pascal» fremsto som det mest dominerende trekket. Han kunne imidlertid ikke være enig i at uttrykket «søtt & salt» – med de klare likhetstrekk dette har til varemerket «søtt + salt» – ikke hadde en selvstendig og uavhengig rolle som del av varemerket. Uttrykket var således etter førstvoterendes

mening tilstrekkelig særpreget til at mange i omsetningskretsen ville kunne få den forestilling at Pascals virksomhet hadde en forretningsmessig forbindelse til Søtt + Salt i Bergen. At det kunne konstateres en slik fare for forveksling, var tilstrekkelig til at varemerkeloven § 4 første ledd var overtrådt, selv om det var ordet Pascal som var mest dominerende i merket, jfr. det gjengitte fra EF-domstolens dom i Thomson Life-saken og Rt. 1999 s. 641 Superlek på s. 646.

Den forvekslingsfare som Pascals varemerke forårsaket, tilsa at registreringen var i strid med varemerkeloven § 14 første ledd nr. 6, slik at den måtte kjennes ugyldig.

Den dissenterende dommer var i hovedsak enig med førstvoterende når det gjaldt den generelle forståelsen av varemerkeloven og varemerkedirektivet, men hadde et annet syn på den konkrete rettsanvendelsen med hensyn til forvekslingsfaren. Han anførte bl.a.:

«Varemerket «søtt + salt» er gyldig registrert. Det må da legges til grunn at det har et særpreg som er egnet til å skille virksomhetens varer og tjenester fra andre virksomheters varer eller tjenester, jf. varemerkeloven § 1 annet ledd og § 13 første ledd første punktum. Særpreget ligger i sammenstillingen av ordene «søtt» og «salt», og bruken av et matematisk tegn – plusstegnet – som bindeledd, i stedet for «og». Ordene i merket er ikke entydige. De betegner blant annet to av grunnsmakene. De henspeiler [sic] også på søte og salte hovedgrupper av matretter, slik som blant annet kaker og desserter på den søte siden, og smørbrød, kjøttpålegg og ulike småretter på den salte siden. Ut fra bevisførselen legger jeg til grunn at man fra tid til annen også taler om henholdsvis «det søte» og «det salte» kjøkken – og at varemerket «søtt + salt» kan gi assosiasjoner om at det tilbys mat fra begge.

Varemerket «søtt + salt» består av ordinære ord og tegn. Ingen av elementene har hver for seg noen form for distinktivitet. Jeg finner i denne forbindelse grunn til å minne om at vernet knytter seg til den nøyaktige sammenstillingen slik den er registrert, uten endringer eller tillegg. Merkets ikke distinktive elementer – det vil si alle enkeltelementene; «søtt», «salt» og det matematiske tegnet «+» – forblir naturligvis frie, jf. varemerkeloven § 15 første ledd.

Det ligger etter mitt syn også i sakens natur at det innenfor den aktuelle bransjen er et åpenbart og legitimt behov for friholdelse av ordene «søtt» og «salt». Det er tale om klart vare- og tjenestebeskrivende uttrykk. Jeg viser i denne forbindelse også til varemerkeloven § 13 første ledd annet punktum som er til hinder for registrering av varemerker som «utelukkende eller bare med uvesentlige endringer eller tillegg gi[r] uttrykk for varens art, beskaffenhet, mengde, formål, pris eller stedet eller tiden for tilvirkningen». Når et varemerke – som her – er registrert, vil innslaget av slike beskrivende elementer hvor det er behov for friholdelse, få betydning for rekkevidden av det vernet registreringen gir.

Jeg nevner ellers at det ved utformingen av varemerket er brukt en enkel skrifttype med utelukkende små bokstaver. Det visuelt mest iøyenfallende er nok det matematiske tegnet «+».

Varemerket «søtt + salt» må slik det er registrert samlet sett oppfattes som svakt og med lav distinktivitet. Ut fra bevisførselen legger jeg til grunn at varemerket heller ikke gjennom innarbeidelse har fått karakter av et sterkere merke. Rettighetshaveren må da tåle at andre legger sine varemerker tett opp til, uten at det foreligger forvekslingsfare i lovens forstand.

Det registrerte varemerket «pascal søtt & salt» er utformet slik at «pascal» står med forholdsvis store bokstaver, med «søtt & salt» i vesentlig mindre bokstaver på linjen under. Jeg er i og for seg enig med førstvoterende i at det ikke kan tillegges stor vekt at i Pascals varemerke er ordene «søtt» og «salt» bundet sammen av tegnet «&», ikke «+». I uttale vil man nok lett bruke «og» for begge variantene og ikke henholdsvis «pluss» (+) og «et» (&). Men forskjellene i tegnbruken er samtidig ikke helt uten interesse for helhetsvurderingen: Som jeg var inne på tidligere, er plusstegnet nok det mest karakteristiske trekket ved merket «søtt + salt». Dette er altså ikke kommet med over i Pascals varemerke. Saken ligger slik sett annerledes enn Rt-1979-1117 (Cash & Carry).

Når jeg har et annet syn på faren for forveksling enn førstvoterende, er det helt sentrale for meg at Pascals varemerke ikke fremstår som en kombinasjon av to selvstendige og sidestilte elementer. Både visuelt/typografisk og fonetisk fremstår «pascal» som det dominerende. Jeg utelukker ikke at det kan foreligge fare for forveksling selv om et eldre merke – eller noe som ligger svært tett opp til dette – ikke har en dominerende plass i det yngre merket, jf. blant annet EF-domstolens avgjørelse i Sak C-120/04 Thomson Life, premiss 37. Forutsetningen i følge premiss 30 i nevnte dom må likevel være at det eldre merket har en selvstendig og markert funksjon i det yngre merket. Jeg viser her også til Rt-1999-641 (Superlek), hvor det eldre merket ble oppfattet som «et selvstendig, atskilt og likestilt element», og fungerte som et «sekundært forretningskjenne tegn eller varekjenne tegn på linje med» det yngre. I Pascals varemerke utgjør «søtt & salt» mest et underordnet og beskrivende tillegg. Både for øyet og i uttale er «pascal» tyngdepunktet, og det den gjennomsnittlige kunde vil feste seg ved. Dette forsterkes av at «pascal» allerede før den omstridte registreringen var et godt innarbeidet varemerke for så vidt gjaldt konditorvarer, og slik sett allerede var etablert i bruk i hvert fall i deler av det aktuelle markedet. Saken ligger også på dette punktet annerledes enn Rt-1979-1117, hvor det var det eldre merket «Cash & Carry» som var innarbeidet før registreringen ...».

Det er overraskende at flertallet ikke kommenterer dissensens bemerkning om «åpenbart og legitimt

behov for friholdelse». Dette fremtrer for leseren som tung argumentasjon, som man etter flertallets standpunkt i saken kunne ha ventet en imøtegåelse av.

Birger Stuevold Lassen

Patentrett

Domstolsprøving av kravet om oppfinnelseshøyde – Høyesteretts dom 17. november 2008 (HR-2008-1991-A)

Norsk Hydro ASA søkte 28. juli 1999 patent på et laksefôr som var kjennetegnet ved tilsetningen av en viss mengde av aminosyren histidin (søknad nr. 1999 3678). Histidin er en essensiell aminosyre, som må tilføres fisken fordi organismen ikke kan produsere den selv. Formålet med å tilsette histidin var å hindre utvikling av katarakt i oppdrettslaks. Katarakt («grå stær») er en øyesykdom som fører til at fisken mister synet, og dermed får problemer med å ta til seg næring. Sykdommen ble for alvor et problem i norsk lakseoppdrett fra sommeren 1997, etter at det var blitt innført forbud mot å bruke blodmel, hvor histidin utgjør en viktig bestanddel, i fôr til oppdrettsfisk. Søknaden ble senere overdratt til det danske selskapet Biomar AS.

Søknaden ble avslått av Patentstyrets 1. avdeling 8. oktober 2003, som følge av at kravet om oppfinnelseshøyde ikke ble ansett å være oppfylt, jf. patentlovens § 2 første ledd. Patentstyrets 2. avdeling stadfestet avslaget 28. november 2005 (sak nr. 7476). Avslagsvedtaket ble brakt inn for Oslo tingrett, som stadfestet det, mens Borgarting lagmannsrett, under dissens, kjente det ugyldig (LB-2007-52921). Staten anket lagmannsrettens dom, som enstemmig ble opphevet av Høyesterett.

Det prinsipale, selvstendige patentkrav som forelå ved avgjørelsen i Patentstyrets 2. avdeling, lød slik: «Fôr for laksefisker hvor fôret inneholder standard fôringredienser som fett, protein, inkludert aminosyrer, mineraler, vitaminer etc., for å redusere forekomsten av stær, karakterisert ved at fôret inneholder 1,15–2 vektprosent histidin av det totale fôr.»

Ved vurderingen av om løsningen på problemet var nærliggende, tok 2. avdeling utgangspunkt i at «gjennomsnittsfagmannen ... ville gjennomført en generell undersøkelse av litteraturen om årsaker til katarakt hos dyr, og eventuelt hos mennesker. I en slik situasjon ville det være helt fagmessig å gå til medisinsk litteratur for å finne slik informasjon, og fagmannen ville da enkelt finne frem til motholdene ... som 2. avdeling mener er sentrale i denne forbindelse.» Et særlig spørsmål var om det var nærliggende å ta i betraktning et mothold som gjaldt katarakt hos kattunger, ved løsningen av kataraktproblemet hos laksefisk. Dette besvarte 2. avdeling bekreftende: «Annen avdeling er ... av den oppfatning at

1) når man vet at fiskeøyne ikke anatomisk er annerledes enn øyne hos pattedyr, og

2) når man vet at det er oppnådd positive effekter hos kattunger (og andre pattedyr) med hensyn til katarakt ved en tilsetning av histidin i fôret, ville det være nærliggende å forsøke en tilsetning av histidin i fiskefôr. Det må videre legges til grunn at en fagmann ville forsøkt en slik tilsetning med en rimelig forventning om suksess, dvs. at han ville regnet med en rimelig grad av sannsynlighet for at tilsetning av histidin ville løst problemet. Det kan heller ikke ses å ha foreligget noen risikomomenter eller usikkerhet knyttet til histidin, som ville avholdt fagmannen fra å forsøke denne løsningen.»

I Høyesteretts dom gis innledningsvis en generell redegjørelse for kravet om oppfinnelseshøyde, herunder for den imaginære fagperson som skal legges til grunn som standard ved vurderingen av om oppfinnelsen var nærliggende. Avgjørelsen av om oppfinnelseshøyde foreligger beror på et «faglig skjønn», som er «lovbundet», slik at domstolene har «full prøvingsadgang» (avsnitt 38). Deretter fremkommer dommens viktigste uttalelse: «Skjønnets fagtekniske karakter tilsier likevel at domstolene viser tilbakeholdenhet ved den rettslige prøvingen.» Synspunktet om tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets skjønnsutøvelse har sin bakgrunn i dommen i Rt. 1975 s. 603 (Swingball), men har senere vært omdiskutert, og en undersøkelse utført av tingrettsdommer Knut Kleppestø, publisert i NIR 2007 s. 552–560, viste at prinsippet har hatt begrenset innflytelse på avgjørelser fra Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett. Mange har nok tenkt at prinsippet hadde tapt meget av sin kraft, og det er derfor betydningsfullt at Høyesterett nå klart, og uten forbehold, stadfester den såkalte «Swingball-doktrinen».

Begrunnelsen for domstolenes tilbakeholdenhet ligger «ikke minst ... i at Patentstyret vil ha et bredt erfaringsgrunnlag knyttet til hvor grensene går for de ulike patentvilkår» (avsnitt 40). Synspunktet er trolig at Patentstyret vil ha bedre forutsetninger enn domstolene for å anvende de patentrettslige normene konsistent i enkeltsaker. Det kan dermed sies å være hensynene til forutsigbarhet og likebehandling som slår inn. I tillegg kan det pekes på at uten en slik tilbakeholdenhet, vil man over tid risikere en kontinuerlig senking av terskelen for patenterbarhet, som samfunnsøkonomisk vil være lite gunstig.

I den gjengitte formuleringen fra avsnitt 40 viser førstvoterende til «de ulike patentvilkår». Dette må oppfattes som uttrykk for at prinsippet om tilbakeholdenhet ikke er begrenset til vilkåret om oppfinnelseshøyde, men kan slå inn også ved andre vurderinger, f.eks. ved vurderingen av nyhet (§ 2 første ledd) eller ved vurderingen av om beskrivelsen av oppfinnelsen er tydelig nok (§ 8 annet ledd). Det følger imidlertid av sammenhengen at tilbakeholdenhet bare skal utvises når det er spørsmål om å fravike skjønnsmessige

vrderinger av patentfaglig karakter. Tilbakeholdenhet er ikke på sin plass ved prøving av Patentstyrets lovtolkning, bevisvurdering eller saksbehandling. Videre må det være en forutsetning at det faktiske grunnlaget for skjønnsutøvelsen er i det vesentlige det samme for domstolen som ved den administrative avgjørelsen. Det vil normalt være situasjonen i *avslagsaker*, hvor avslagets gyldighet skal vurderes på grunnlag av det saksforholdet som forelå ved Patentstyrets avgjørelse av søknaden. I *ugyldighetsaker* vil det ofte være annerledes, fordi saksøker har anledning til å påberope nye mothold, og patenthaver har adgang til å endre patentkravene. I slike tilfelle skal den patentrettslige norm appliseres på et nytt faktum, og det kan da være nokså uinteressant hvorledes Patentstyret har utøvd skjønnet på et annerledes faktum.

Det at domstolene skal vise «tilbakeholdenhet» betyr ikke at prøvingen skal være mindre grundig, eller at domstolene kan unnlate å ta selvstendig standpunkt til grunnlaget for skjønnsutøvelsen. Som regel vil en grundig og selvstendig vurdering av saksforholdet være nødvendig for å gi domstolen et forsvarlig grunnlag for å avgjøre om det i det konkrete tilfellet er berettiget å bygge på Patentstyrets faglige skjønn. I praksis betyr prinsippet om tilbakeholdenhet formentlig først og fremst at domstolene, i tilfelle hvor det ikke kan påvises noen feil ved Patentstyrets bevisvurdering, og hvor subsumsjonen fremstår som forsvarlig, skal legge Patentstyrets konklusjon til grunn. En slik oppfatning av «Swingball-doktrinen» harmonerer godt med Høyesteretts avgjørelse i den foreliggende sak. Førstvoterende gikk grundig gjennom både Patentstyrets avgjørelse og det viktigste motholdsmaterialet, og konkluderte deretter med at Patentstyret hadde «faglig grunnlag» for sine konklusjoner (avsnitt 47), og at det ikke med rette kunne gjøres noen «innvendinger» mot vurderingene (avsnitt 50).

Et aspekt ved saken var at Biomar var blitt meddelt europeisk patent på samme oppfinnelse (EP 1 199 947), med følgende selvstendige krav: «Feed for salmonids, comprising standard feed ingredients characterised in that the feed contains 1.15 to 2 wt%, based on the total weight of the feed, of histidine or corresponding amounts of histidine pre-cursors or histidine derivatives.» Selv om dette patentet er uten rettsvirkning i Norge, mente Biomar at det måtte tillegges vekt ved vurderingen av oppfinnelsens patenterbarhet. Til dette bemerket førstvoterende: «jeg er enig i at også i en situasjon som i saken her er det av stor betydning at utviklingen innen Europa er preget av ensartede regler og praktisering innenfor patentområdet. Likevel må det bero på en selvstendig vurdering og ikke minst på hvilken instans i EPO som har truffet avgjørelsen, hvilken vekt denne skal tillegges. Jeg er enig med Patentstyret i at det europeiske patentet ikke bør tillegges avgjørende vekt i denne saken» (avsnitt 51).

Are Stenvik

Luganokonvensjonen – vernetig – kontraktsbrudd – Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse 25. september 2008 (HR-2008-1651-U)

Saken gjelder uriktig vernetig i henhold til Luganokonvensjonen og reiser et viktig spørsmål om tolkning av konvensjonen. Luganokonvensjonen er gjennomført i norsk rett ved luganoloven 8. januar 1993 nr 21.

Luganokonvensjonen er parallell til Brusselkonvensjonen av 27. september 1968 og dens formål er å utvide til EFTA-landene det regime om vernetig og anerkjennelse av utenlandske sivile dommer som Brusselkonvensjonen etablerte for EF-landene. For fullstendighetens skyld kan det her nevnes at Brusselkonvensjonen ble, innenfor EF, erstattet av forordning nr 44/2001 av 22. desember 2000, og at en ny versjon av Luganokonvensjonen som gjenspeiler endringene ble signert i 2007 og ventes å tre i kraft. Brusselkonvensjonen er altså meget relevant til Luganokonevnsjonen, hvilket medfører at EF-domstolens avgjørelser om Brusselkonvensjonen bør tas hensyn til ved anvendelse av Luganokonvensjonen i henhold til dens protokoll nr 2.

Statene som har signert Luganokonvensjonen, herunder Norge, har forpliktet seg i protokoll nr 2 til å anvende konvensjonen på en mest mulig ensartet måte. Domstolene skal blant annet ta hensyn til relevante dommer avgitt i andre land og unngå avvik.

I saken som omtales her tok Steni AS ut stevning mot Sundolitt AB ved Larvik tingrett med krav om erstatning for mislighold av kontrakt. Steni AS hevdet at Sundolitt AB ikke hadde overholdt en kjøpsgaranti fastsatt i kontrakten. Saken ble anført ved Larvik tingrett under henvisning til Luganokonvensjonen artikkel 5 (1). Det ble vist til at leveringsstedet for varene i henhold til kontrakten var Steni AS' fabrikk i Lardal.

Etter artikkel 5 (1) kan en person som har bosted i en konvensjonsstat, i saker om kontraktforhold, saksøkes ved domstolen på det sted hvor den forpliktelse tvisten gjelder, skal oppfylles.

Kjæremåltutvalget tok først stilling til spørsmålet om anvendelse av artikkel 5 (1) utelukkes av at saksøkte bestrider kontraktens eksistens. Under henvisning til svensk litteratur antok utvalget at det er tilstrekkelig med en prejudisiell sannsynliggjøring av at det faktisk foreligger en kontraktsforpliktelse. Dette er i tråd med både Høyesteretts og EF-domstolens praksis.

Videre påpekte utvalget at det som er avgjørende for valg av vernetig, er oppfyllesesstedet for forpliktelsen som kravet er basert på. I denne saken betyr det at riktig vernetig er ved oppfyllesesstedet til kjøpers betalingsforpliktelse. Også dette er i tråd med både Høyesteretts praksis og EF-domstolens. Det kan nevnes her at domsforordningen og den nye Lugano-

konvensjonen har endret dette for kjøps- og tjenestevtaler, slik at det er oppfyllelsesstedet av den ytelse som er karakteristisk for kontraktstypen som er avgjørende for verneting.

Utvalget observerer så at dersom det ikke foreligger noen avtale om betalingssted, må dette bestemmes av den lov som etter domstollandets internasjonale privatrett styrer kontrakten, såkalt *lex causae*. Dette er i tråd med både Høyesteretts og EF-domstolens praksis. Det kan nevnes at resultatet i denne saken ikke avhenger av om kontraktens bakgrunnsrett er norsk eller svensk, fordi etter både norsk og svensk rett skal vanlige pengeforpliktelse oppfylles på kreditors hjemsted dersom annet ikke er avtalt.

Utvalget gjorde så en tilføyelse som bryter med både egen og EF-domstolens praksis og sa at selv om svensk rett skulle komme til anvendelse på tvistegenstanden, blir prosessuelle spørsmål likevel å behandle etter domstollandets rett (såkalt *lex fori*). Spørsmål om søksmålskompetanse er ifølge Utvalget klart et prosessuelt spørsmål som hører under domstollandets rett.

Dette er ikke i tråd med EF-domstolens praksis, som allerede i 1976 fastslo at oppfyllelsesstedet som basis for riktig verneting skal avgjøres etter kontraktens bakgrunnsrett (12/76, Tessili mot Dunlop).

Senest i Rt. 2006 s. 1008 tok Utvalget stilling til en lignende situasjon og fulgte EF-domstolens praksis: Saken gjaldt betaling av agentprovisjon, og Utvalget gikk til verks for å finne agentavtalens bakgrunnsrett og å besvare spørsmålet om oppfyllelsesstedet deretter.

Avgjørelsen som omtales her avviker således ikke bare fra EF-domstolens, men også fra egen praksis. Utvalget henviser til Skoghøy, *Tvistemål 2*. utgave s. 36 med en generell uttalelse om internasjonal kompetanse. Tolkning av Luganokonvensjonen artikkel 5(1) er imidlertid omtalt spesifikt av Skoghøy på s. 39. Der heter det at oppfyllelsesstedet skal avgjøres etter *lex causae*, og dette er i tråd med EF-domstolens praksis og Høyesteretts tidligere praksis.

Etter dette synes det ikke å være tungtveiende argumenter som tilsier at norske domstoler ved anvendelse av Luganolovent artikkel 5(1) bør følge kjennelsen av 25. september 2008. Kritisk mot Utvalgets avgjørelse er også Henrik Bull, *Norsk Lovkommentar*, note 28 til Luganolovent (21. oktober 2008).

Giuditta Cordero Moss

KJØPSRETT

Litteratur

Margrethe Buskerud Christoffersen: *Kjøp og salg av virksomhet – risiko og ansvar for mangler*.

Gyldendal Akademisk, Oslo 2008. 687 sider

Margrethe Buskerud Christoffersen disputerte 24. april 2008 på emnet «Kjøp og salg av virksomhet», med undertittelen: «risiko og ansvar for mangler». Avhandlingen foreligger nå i bokform. Den behandler ulike kjøps- og avtalerettslige spørsmål som kan oppstå i forbindelse med mangler ved en solgt virksomhet. Fremstillingen omfatter både kjøp av aksjer i selskapet som driver virksomheten og direkte kjøp av selve virksomheten (innmatkjøp).

Det sentrale emnet i boken er omfanget av virksomhetssegers risiko, det vil si hvilke situasjoner det foreligger mangler ved virksomhet. Forfatteren behandler både avtaleklausuler og rettsregler som gjelder virksomhetskjøpers egen risiko (due-diligence undersøkelser mv.), ulike kontraktsmekanismer som søker å regulere selgers risiko med hovedvekt på selgers objektive garantier, bakgrunnsrettens regler om selgers risiko, samt hvilke økonomiske krav en virksomhetskjøper kan gjøre gjeldende i tilfelle der det foreligger mangel. Boken gir en grundig analyse av både avtaleklausulene og deres betydning samt bakgrunnsretten.

Geir Woxholth

ODELSRETT

Litteratur

Erlend Baldersheim: *Objektet for odelsrett og åsetesrett. Ein kritikk av Høgsterett sin praksis*,

Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2008. 184 sider

Skal en eiendom kunne odelshevdes, stiller odelsloven av 28. juni 1974 nr. 58 visse krav. Etter § 1 må det dreie seg om en eiendom som kan «nyttast til landbruksdrift og har ein viss storleik». I § 2 sies det så at en eiendom er odelsjord når «jordbruksarealet er minst 20 dekar» (med unntak som det ikke er nødvendig å komme inn på her). Det som en gang har vært odelseiendom, kan i medhold av § 23 tape sin status som odelsjord når eiendommen «etter skifte i tilhøva ikkje lenger fyller vilkåra for odlingsjord etter § 2».

Hva som skal til for slikt tap, har vært bragt inn for Høyesterett flere ganger i de senere år. Her nevnes: (1) Rt. 1987 s. 1052 (fjellgården Havradalen i Vinje), (2) Rt. 1987 s. 1231 (Hjelmeland), (3) Rt. 1998 s. 450 (Vesterøya i Tysfjord), (4) Rt. 2000 s. 1634 (Store Døvik i Strand kommune), (5) Rt. 2001 s. 561 (Nord-

tveiten i Bykle), (6) Rt. 2002 s. 112 (Gisløys i Vinje) og (7) Rt. 2007 s. 552 (Lid i Lindås). I sak (2) og (4) ble odelsretten ansett for å være i behold, men ikke i de øvrige fem.

Det er sakene (3) til (7) som er temaet i boken, og som det fremgår av undertittelen er forfatteren kritisk overfor Høyesterett. Det dreier seg om et engasjert og velskrevet – jeg må vel helst bruke ordet angrep – på Høyesteretts rettskildebud, både hva angår lovtekst og forarbeider. Og dette er gjort på en slik måte at det dreier seg om en diskusjon som er av interesse ut over de odelsrettslige spørsmål.

Her må jeg nøye meg med å nevne at Høyesteretts tolkning av lovteksten omtales s. 24–36, hvorefter forarbeider gjennomgås s. 37–56 – med den konklusjon «at det er gode grunner som talar for at uttrykket «kan nyttast til landbruksdrift» ikkje har noko sjølvstendig innhald der eigedomen oppfyller de øvre arealgrensa i odelslova § 2, men at Høgsterett har sett dette nokså annleis» (s. 57). Deretter omtales landbruksdrift «som 'ein pårekeleg bruksmåte'» (s. 57–70), og § 23 som bortfallsgrunn (s. 71–78) – med relativt sterk kritikk, dels av Høyesteretts tolkning av ordlyden i § 23, dels av at forarbeidene ikke er omtalt. Sidemessig er avsnittet om «rettsutvikling og legislative vurderinger» størst (s. 79–125). Forfatteren er også innom åsetesretten (s. 126–135) før han omtaler «grenser for Høgsterett si rettsutviklande verksemd» (s. 136–158). Til slutt kommer «status og konklusjon» (s. 159–165). Med utgangspunkt i sitat fra Carsten Smith om rettsavgjørelsers «rettslige lysvirkninger» kommer denne kraftsalven vedrørende Høyesteretts håndtering av §§ 1 og 2, jf. § 23:

» ... som ein samla konklusjon, må det vera riktig og naudsynt å seia at Høgsterett mest har ført uklårleik og grå skodde til det som var meint å vera eit opplyst rettsleg spørsmål med eit skarpskore rettsleg svar».

For egen del vil jeg mene at de resultater Høyesterett er kommet til, er forsvarlige, dog med en viss reservasjon overfor hva Høyesterett har sagt om avkastningskrav og tilleggsverdier som kan kompensere for «manglende» jordareal. Men les selv og ha gleden – eller forargelsen – over et friskt og sterkt rettskildeinnlegg!

Thor Falkanger

SELSKAPSRETT

Uttreden gjennom fisjon: Rekkevidden av fisjonsbegrepet i aksjeloven § 14-2. Rt. 2008 side 438 (HR-2008-580-A)

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2008 side 438 gir et bidrag til den nærmere forståelsen av det aksjerettslige fisjonsbegrepet, og dermed hvilke transaksjoner som er

«fisjoner» i aksjelovens forstand. Skatterettslig har dette betydning fordi en fisjon som skjer etter reglene i aksjeloven (asl.) kapittel 14 er skattefri, jfr. skatteloven (sktl.) § 11-4.

Det aksjerettslige fisjonsbegrepet defineres i aksjeloven (asl.) § 14-2. Etter asl. § 14-2 første ledd er en deling av et aksjeselskap en «fisjon» dersom selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal fordeles på selskapet selv (det overdragende selskap) og ett eller flere overtakende selskaper mot at aksjonærene i det overdragende selskapet får et fisjonsvederlag i form av aksjer, eller i form av aksjer og et kontanttillegg som ikke må overstige 20 % av det samlede vederlaget.

En fisjon gjennomføres tradisjonelt ved at eiendelene, rettighetene og forpliktelsene slik de fremgår av balansen i det overdragende selskapet, fordeles mellom det overdragende selskapet og ett eller flere overtakende selskaper. En fisjon som gjennomføres på denne måten faller innenfor kjerneområdet til fisjonsbegrepet i asl. § 14-2 første ledd. Utover lovens vilkår om at «eiendeler, rettigheter og forpliktelser» i en fisjon skal deles mellom et eller flere aksjeselskaper, stiller imidlertid loven ingen nærmere krav til hvordan fordelingen av aktiva og passiva skal skje.

Det er heller ikke noe vilkår at fisjonsvederlaget fordeles mellom aksjonærene i det overdragende selskapet i forhold til størrelsen på deres aksjeinnehav i dette selskapet. Asl. § 14-6 tredje ledd forutsetter at det er tillatt med en skjev fordeling av fisjonsvederlaget: såkalt skjevdelingsfisjon.

I denne saken ønsket man å bruke fisjonsformen for å utløse en aksjonær, som pga sviktende helse ikke lenger kunne være aktiv i selskapets virksomhet. Blant aksjonærene var det enighet om at denne aksjonæren skulle få tre ut, og at han ved uttreden skulle få ta med seg sin andel av nettoverdiene i selskapet.

I en situasjon hvor aksjonærene er enige om uttreden og om adgangen til å få ta med seg en andel av nettoverdiene i selskapet, gjennomføres uttreden som hovedregel ved at aksjene til den uttredende aksjonæren innløses ved nedsettelse av aksjekapitalen etter reglene i asl. kapittel 12. Aksjonæren som trer ut blir i slike tilfeller beskattet etter reglene om gevinstbeskatning ved realisasjon av aksjer, jfr. sktl. §§ 10-30 flg.

Her ble uttreden i stedet gjennomført ved å fisjonere ut aksjonærens aksjepost i Licentia AS (det overdragende selskap). Generalforsamlingen i Licentia besluttet å utføre fisjonen ved å stifte et nytt aksjeselskap, Modd AS. Den uttredende aksjonæren skulle ha 100 % av aksjene i Modd. Deretter skulle en del av Licentia tilsvarende størrelsen på aksjeposten til den uttredende aksjonæren (25 %) fisjoneres ut fra selskapet og overføres til Modd. Virksomheten i Licentia skulle fortsette uendret og samtlige eiendeler i Licentia var pantsatt. Fisjonen ble derfor gjennomført ved at Modd fikk overført en fordring på Licentia. Fordringen ble etablert av generalforsamlingen i Licentia

samtidig med at fisjonen ble besluttet, og tilsvarte den underliggende verdien av den uttrede aksjonærens aksjepost i Licentia.

Fisjonen ble så utført i to hovedtrinn i løpet av en tidsperiode på cirka ett år. Til sammen mottok Modd fordringer til en verdi av kr 9 millioner. Beløpet utgjorde verdien av den uttrede aksjonærens aksjepost i Licentia, med tillegg av hans andel av selskapets egenkapital. Etter at transaksjonene var gjennomført besto egenkapitalen i Modd av en aksjekapital på NOK 750.000 og et overkursfond til en verdi av NOK 8,25 millioner. Overkursfondet ble i tre trinn brukt til å forhøye og nedsette aksjekapitalen, og det nedsatte beløpet ble utbetalt som utbytte til aksjonæren. Utbyttet ble beskattet etter reglene om utbytte-skatt, jfr. sktl. §§ 10-10 flg.

Ligningsmyndighetene aksepterte ikke denne måten å dele et selskap på som en skattefri fisjon etter sktl. § 11-4. Ligningsmyndighetene mente at vilkåret i asl. § 14-2 første ledd (om at deler av det overdragende selskaps «eiendeler, rettigheter og forpliktelser» skal overføres til et overtakende selskap) ikke var oppfylt i et tilfelle som dette hvor det eneste som ble overført fra det overdragende selskapet var en fordring på selskapet som ikke inngikk i selskapets balanse før fisjonen. Det kan synes som om ligningsmyndighetenes vilje til å la saken gå helt til Høyesterett, etter å ha vunnet i tingretten og tapt i lagmannsretten, ble påvirket av at det overtakende selskap ble stiftet uten noe annet formål enn å fungere som et redskap for å kunne gjennomføre en aksjonærs uttreden fra det overdragende selskapet.

Høyesterett kom enstemmig til at fisjonen var i samsvar med asl. § 14-2 første ledd, og derfor unntatt fra beskatning i henhold til sktl. § 11-4 første ledd. I begrunnelsen legger Høyesterett vekt på flere forhold som til sammen etterlater et inntrykk av at Høyesterett selv anser domsresultatet som ledd i en utvikling av fisjonsbegrepet som er skjedd over tid. Retten tar utgangspunkt i at verken loven eller forarbeidene stiller krav til hvordan fordelingen av eiendeler og nettoformue skal skje. Selv om deling av det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser nok har vært det primære ved en fisjon, utelukker verken lovtekst eller forarbeider at det overdragende selskap blir sittende med alle de balanseførte midler og forpliktelser og at det eneste som overføres til det overtakende selskap er en fordring på det overdragende selskapet.

Høyesterett legger vekt på at formålet med fisjon slik det er kommet til uttrykk i skatterettslige forarbeider er at det bør være mulig å skille verdier fra et selskap uten at den virksomheten som drives i selskapet splittes opp. Videre fremhever Høyesterett at lovgiver uttrykkelig har avvist at skattefri fisjon er betinget av at det overtakende selskap skal videreføre deler av det overdragende selskaps virksomhet, og at det heller ikke er knyttet et slikt uttrykkelig krav til det selskapsrettslige fisjonsbegrepet.

Når verken lovtekst eller forarbeider stiller krav til den nærmere fordelingen av det overdragende selskaps aktiva og passiva, eller til at det overtakende selskap skal videreføre deler av virksomheten til det overdragende selskapet, legger dette forholdene til rette for å gjennomføre fisjonsprosesser på forskjellige måter, og dermed anvende fisjon som et instrument for omstruktureringer i ulike situasjoner. Det har tidligere vært akseptert bruk av fisjonsfordring hvor det har vært vanskelig å få til en deling av aktiva som har stemt med delingen av aksjekapitalen. I praksis har tilfeller hvor det overdragende selskap tar opp et lån og utfisjonerer kontantene, og tilfeller hvor en fordring på det overdragende selskapet utgjør 95 % av verdiene som overføres fra det overdragende selskapet, vært godtatt som fisjon etter aksjeloven. Høyesterett synes ikke å se noen avgjørende forskjeller mellom det foreliggende tilfellet – hvor fisjonsfordringen utgjorde hele vederlaget – og tidligere praksis. Konklusjonen ble dermed at fisjonen falt inn under det selskapsrettslige fisjonsbegrepet i asl. § 14-2 første ledd og således var skattefri etter sktl. § 11-4 første ledd.

Det kan virke som om Høyesterett mente situasjonen var vel innenfor rammene av asl. § 14-2 første ledd: retten avslutter med en oppfordring til lovgiver om å endre det aksjerettslige fisjonsbegrepet eller endre vilkårene for skattefri fisjon dersom lovgiver mener resultatet er uheldig. Det kan således synes som om Høyesterett selv mente at lovreguleringen slik den er i dag ikke gav rom for et annet resultat enn det Høyesterett faktisk kom til. Signalet til lovgiver om eventuelt å endre det aksjerettslige fisjonsbegrepet kommer dog tilsynelatende uten at Høyesterett har gått særlig i dybden av den selskapsrettslige analysen av fisjonsbegrepet på bakgrunn av de aksjerettslige reglene og forarbeidene til disse.

Avgjørelsen i Rt. 2008 side 438 bekrefter at fisjon er et dynamisk instrument med et bredt nedslagsfelt som gjør det mulig for aksjeselskaper å tilpasse selskapsstrukturen til gjeldende faktiske forhold og behov. Sett i lys av det tradisjonelle formålet med fisjon, nemlig å la aksjeselskaper utøve deler av virksomheten gjennom nye selskaper, underbygger Høyesteretts avgjørelse at fisjon også er anvendelig langt utenfor sitt tradisjonelle anvendelsesområde.

At fisjon gjør det mulig for aksjeselskaper å restrukturere selskapet når generalforsamlingen finner det hensiktsmessig, kan i seg selv bidra til å styrke aksjeselskapets posisjon som et fleksibelt og konkurransedyktig instrument for virksomhetsutøvelse. Med avgjørelsen i Rt. 2008 side 438 kan vi derfor si at Høyesterett er på linje med den europeiske utviklingen i retning av å anerkjenne behovet for fleksibilitet og enklere regler for selskap og aksjonærer, fremfor regler som begrenser friheten deres til selv å strukturere virksomheten ut i fra egne ønsker og behov.

Hedvig Bugge Reiersen og Beate Sjøfjell

**Norsk filial av utenlandsk foretak (NUF).
Partsevne – Høyesteretts dom 16. desember 2008
(HR-2008-2150-A)**

Per 31. desember 2008 var det registrert 13344 norske filialer av utenlandske foretak (NUF) i Foretaksregisteret. Et økende antall norske virksomhetsutøvere vurderer det som mer lønnsomt å drive virksomhet i Norge gjennom en filial av et selskap stiftet i for eksempel England eller på Seychellene, enn det er å drive virksomheten gjennom en norsk sammenslutningsform. I takt med at antallet norske filialer av utenlandske selskaper stiger her til lands, gjør også filialene sitt inntog i norske rettssaler. Et spørsmål det har hersket usikkerhet om er hvorvidt en norsk filial av et utenlandsk selskap har partsevne i en sivil sak. Praksis har på dette punkt vært sprikende, og det har virket noe tilfeldig om en filial har vært behandlet som part eller ikke. Til nå har Høyesterett ikke foretatt noen prinsipiell drøftelse av spørsmålet om norske filialer av utenlandske selskaper generelt har partsevne. Høyesteretts dom 16. desember 2008 (HR-2008-2150-A) gir derfor en velkommen avklaring av spørsmålet: Norske filialer av utenlandske selskaper har ikke partsevne i sivile saker.

Den faktiske bakgrunnen for saken var mislighold av en avtale om arbeidsutleie. Avtalen var inngått mellom utleieren og et selskap som var eiet av et norsk ektepar. Ekteparet drev virksomhet i Norge gjennom to ulike sammenslutninger: Et norsk aksjeselskap og en norsk filial av et aksjeselskap som var registrert på Seychellene. Avtalen om arbeidsutleie var muntlig, og partene var ikke enige om avtalen var inngått med det norske aksjeselskapet eller med det utenlandske selskapet v/ den norske filialen. Det norske aksjeselskapet gikk konkurs, og utleieren rettet kravet mot filialen av det utenlandske selskapet. Filialens representanter mente avtalen var inngått med det norske aksjeselskapet, og bestred derfor kravet. Forlikrådet dømte filialen til å betale kravet fra utleieren. Filialen anket avgjørelsen, og gjorde prinsipielt gjeldende at filialen ikke hadde partsevne. Tingretten og lagmannsretten behandlet den norske filialen som part, og dømte filialen til å betale pengekravet. Lagmannsretten la tidligere rettspraksis til grunn, og påpekte særlig at norske filialer av utenlandske selskaper bør ha partsevne fordi det er så mange slike filialer her til lands.

Høyesterett gir på den annen side en grundig og prinsipiell drøftelse av spørsmålet om norske filialer og deres partsevne i sivile saker. I sin begrunnelse tok retten utgangspunkt i det grunnleggende vilkåret for sammenslutningers partsevne, nemlig at sammenslutningen må være et selvstendig rettssubjekt. En norsk filial av et utenlandsk selskaper er ikke et selvstendig rettssubjekt, men kun en integrert del av det utenlandsk registrerte hovedforetaket. I henhold til dette skiller man som hovedregel for eksempel ikke mellom formuesmassen i hovedforetaket og i filialen

og det er ikke noe krav om at filialen skal ha et eget styre eller lignende, jfr. foretaksregisterloven § 3-8 første ledd nr. 8. Utgangspunktet om rettssubjektivitet som vilkår for partsevne gjenspeiler seg også i tvisteloven § 2-1 første ledd som regulerer spørsmålet om alminnelig partsevne. Bestemmelsen gir partsevne bare til selvstendige rettssubjekter, og norske filialer av utenlandske selskaper nevnes således ikke der. Spørsmålet for Høyesterett var dermed om det fantes et annet grunnlag for norske filialers partsevne, jfr. tvisteloven § 2-1 første ledd bokstav f. Retten fant ikke noe slikt særlig grunnlag. Ved vurderingen av tidligere praksis, la retten særlig vekt på at avgjørelser som gjaldt partsevnen til norske filialer av utenlandske forsikringsselskaper ikke var relevant for den aktuelle saken på grunn av regelen i forsikringsloven § 14-2 om at filialen skal ha en generalagent som fast representant for filialen. Bestemmelsen der synes å ha vært avgjørende for resultatet i Rt. 2005 side 451 som anerkjente en norsk filial av et utenlandsk forsikrings-selskap som part. Avgjørelser hvor filialer av finansieringsforetak har vært behandlet som part (for eksempel Rt. 2005 side 1229), samt også avgjørelser som verken gjelder forsikrings- eller finansieringsforetak, ble også avvist av Høyesterett som relevante for spørsmålet om partsevne for filialer generelt fordi praksisen ikke vurderer eller problematiserer spørsmålet om partsevne i tilstrekkelig grad.

Grunnen til at norske filialer av utenlandske forsikringsforetak har blitt behandlet som part er som nevnt at filialen har en leder for filialen her i Norge. At det ikke gjelder noe alminnelig krav om at norske filialer av utenlandske selskaper skal ha en leder her i Norge er på den annen side blitt anført som et hovedargument mot å gi filialer alminnelig partsevne. Denne begrunnelsen slår ikke helt til i de tilfeller hvor filialen faktisk har en fast representant. Høyesterett avviser likevel at spørsmålet om partsevne skal kunne avgjøres særskilt i det konkrete tilfellet avhengig av om filialen har en fast representant eller ikke (premiss 36).

I sine anførsler fremhevet ankemotparten behovet for å gi norske filialer av utenlandske selskaper partsevne. Høyesterett ser ikke dette behovet. Filialer har alminnelige verneting her i Norge, slik at det utenlandske hovedforetaket kan saksøkes for norske domstoler. Videre legger retten vekt på at medkontrahenter i praksis vil være informert om at de forholder seg til en filial av et utenlandsk selskap, for eksempel på grunn av regelen i foretaksregisterloven § 10-2.

Spørsmålet om partsevnen til norske filialer av utenlandske foretak har med Høyesteretts avgjørelse fått en avklaring. På bakgrunn av de foreliggende rettskildene, er det også lett å slutte seg til begrunnelsen og resultatet. Resultatet i dommen kan også sees på som et signal til lovgiver om et ønske om en lovregulering av spørsmålet (se særlig premiss 36). En slik reguleringen vil nok bli tatt godt i mot av alle de som på ulike grunnlag, frivillig eller ufrivillig, for-

holder seg til en filial av et utenlandsk selskap. Den faktiske virkeligheten med en utstrakt bruk av norske filialer av utenlandske selskaper er sammensatt: En filial av et utenlandsk foretak kan enten bare drive næringsvirksomhet i Norge, såkalte «norske» NUF, eller drive næringsvirksomhet både i Norge og i hovedforetakets hjemland, såkalte «reelle» NUF (se Lena Johnsen, «Konkursbehandling av Norsk filial av Utenlandsk Foretak», *Nordisk Tidsskrift for Selskapsrett*, 2007: 4 side 52- 63) og det er kanskje et landskap det med fordel kan ryddes litt opp. Det burde være ønskelig også for alle de seriøse aktørene som driver virksomheten sin gjennom filial av et utenlandsk foretak fordi filialer i noen grad er i ferd med å bli litt «uglesett» nettopp fordi den rettslig reguleringen ikke alltid er helt klar.

Hedvig Bugge Reiersen

TINGSRETT

Litteratur

Øyvind Ravna: *Rettsutgreiing og bruksordning i reindriftsområder. En undersøkelse med henblikk på jordskiftelovgivningens virkemidler*. Oslo 2008

Boken er en bearbejdet versjon av forfatterens juridiske doktoravhandling som ble forsvart i Tromsø 22. april 2008. Her drøfter han hvordan jordskiftedomstolen og jordskifterettene kan løse konflikter som involverer vinterbeitende rein innbyrdes eller som inkluderer sommerbeitende rein på den ene siden og bufe (sau og geiter) på den andre. I fokus står hensiktsmessigheten av jordskiftereguleringene. Som følge av de rettsavklaringsprosesser som er påstartet i Finnmark, og behovet for å etablere hensiktsmessige beitebruksregler i reindriftsområdene, er boken svært aktuell.

I innledningen (kapittel 1) skriver forfatteren blant annet at retten til å drive reindrift er utledet av nomadisk bruk fra alders tid. Bokens tema er om jordskifte (rettsutgreiing og bruksordning) kan bli et virkemiddel for å avklare rettsforhold og skape mer tjenlig beitebruk i reindriftsområder. Både rettskildelære og en rettspolitisk tilnærming nyttes i undersøkelsen.

I kapittel 2 om reindriften beskriver Ravna reindriftens rettsgrunnlag. Her gis et historisk tilbakeblikk, og forfatteren omtaler så vel reindriftsloven av 1978 som senere rettspraksis og lovendringer i 1996. Gjeldende rett drøftes særlig med utgangspunkt i Rt. 2001 s. 769 og reinv. § 4. Videre sies det noe om reindriftens naturgrunnlag (litt om reinen og beiten samt om sammenhengen mellom årstidsbeitene). Endelig drøftes reindriftens organisering.

Kapittel 3 gir en innføring i jordskifte som bakgrunn for senere undersøkelser. Her drøftes bl.a. hva jordskifte er, hensikten med jordskifte, jordskiftehis-

torikk, de grunnleggende materielle vilkårene for jordskifte, skifte- eller delingsgrunnlaget og de enkelte jordskiftetvirkemidlene.

I kapittel 4 drøftes reindrift og jordskifte i gjeldende rett. Her noteres at utmarkskomiteen (oppnevnt i 1939) i likhet med Beitekomiteen betraktet beiterett på annen manns eiendom som en hemsko for rasjonell utnyttning av utmarkene. Det som er spesielt for Norge, er at jordskifte er organisert innenfor domstolssystemet. Jordskiftelovens bestemmelser om vern av eiendom må antas å rekke like langt som folkerettens bestemmelser om det samme.

Problemstillinger i kapittel 5 er: Kan rettsutviklingen forklare hvorfor reindriften i liten grad er omfattet av jordskiftelovgivningen? Hvilken betydning har de varierende oppfatningene av reindriftsrettens karakter hatt for gjeldende lovgivning om bruksordning etter jordskifteloven i reindriftsområder? Er det materielle begrensninger i reindriftens karakter som tilsier at bruksordning ikke kan avholdes internt i reindriften? Undersøkelsen inneholder bl.a. en sedvaneretts-spørreundersøkelse, og en viktig observasjon er at siidaen utgjør en bestemt krets med rettigheter knyttet til et eller flere bestemte arealer.

Et utgangspunkt for kapittel 6 er jordskiftedomstolens forholdsvis begrensede saklige kompetanse i allmenninger, jf. bygde- og statsallmenningslovene hhv. § 1-4 og § 4-2 og jordskifteloven § 33 annet ledd. Problemstillingen er om det er andre sider av reindriftsretten som danner skranke for bruksordning. Her drøftes om reindriftssamenes bruksrett er av en karakter som kan sammenliknes med beiterett i allmenning. Ut fra lovgivning og lovforarbeid synes imidlertid reindriftssamenes bruksrettigheter i større grad å kunne sammenliknes med bruksrettigheter i allmenning, enn med servitutter eller andeler i sameie.

Kapittel 7 handler om bruksordning internt i reindriften. Spørsmålet er hvordan de grunnleggende materielle vilkår for jordskifte, herunder ikke-tapsgarantien, kan prøves i bruksordning mellom reindriftsutøvere. Rettsutgreiing og grensegang drøftes, og det spørres hvordan visse typer av beitebruksordning etter vilkårene for jordskifte kan tenkes gjennomført mellom de som utøver reindrift. Hensiktsmessigheten av å ordne beitebruk internt i reindriften, samt muligheten for en reindriftsdomstol, drøftes også.

I kapittel åtte sammenfatter forfatteren så hva undersøkelsen har vist, og han understreker spesielt bakgrunn og motivasjon for gjeldende lovgivning, gjeldende lovgivning, samt rettsutviklingens betydning, særlig med henblikk på bruksordning internt i reindriften.

Boken er på til sammen 590 sider og er utstyrt med samisk og engelsk sammendrag, kilderegistre, samt stikkordregister.

Endre Stavang

Forkjøpsrett til småbruk. Venneråsen (rettskraftig) Avtalefrihet og løsningsrett – Borgarting lagmannsrett (LB-2007-125636)

Tingsretten og kontraktsretten har mange forbindelseslinjer. Vi befinner oss her i et rettslig landskap med både rik lovregulering og høyt innslag av fravikelig- het. Kontraktene ligger i bunnen. Men de bilaterale avtalene kan ofte bare inngås og utvikles innenfor lovbestemte og ufravikelige rammer. Denne saken gir gode illustrasjoner både på avtalefriheten og -begrensningene i tingsrettslige kontraktsforhold.

I saken figurerte to ulike forkjøpsretter, avtalt med nærmere 40 års mellomrom. Eier av en stor skogeiendom i Oslo-området fradelte og solgte i 1939 et småbruk, med forbehold om forkjøpsrett dersom bruket ble solgt til andre enn eierens barn. I 1976 overdro eierens enke i uskiftet bo småbruket til ekteparets sønn, med forkjøpsrett for hans to søstre. Hovedspørsmålet i saken var om denne siste forkjøpsretten var personlig for søstrene, eller om den også kunne gjøres gjeldende av deres livsarvinger. Forkjøpsrettsspørsmålet ble aktualisert da eiendommen ble overdratt til en fjern slektning i 2003. Skogeienen gjorde da sin forkjøpsrett fra 1939 gjeldende.

Lov om løysingsrettar av 1994 opererer med et skille mellom løsningsretter generelt, og forkjøpsrettigheter som er en snevrere kategori. Sistnevnte aktualiseres kun når eiendommen selges.

Hovedregelen i løysingsrettsloven § 7 er at en forkjøpsrett ikke kan overføres eller gå i arv. Bestemmelsen er fravikelig, jf § 4. I saken var spørsmålet hvordan den konkrete forkjøpsrettsklausulen skulle tolkes. Lagmannsrettens konklusjon var at bestemmelsen om forkjøpsrett for søsken måtte tas på ordet. Den ene søsterens datter kunne således ikke gjøre forkjøpsretten gjeldende. Forkjøpsretten ble vurdert som en personlig rett, som ikke kunne overdras eller arves.

Følgende hovedpunkter om avtaletolkningen er fremhevet av lagmannsretten: De alminnelige avtalerettslige prinsipper legges til grunn. Sentralt er avtalens ordlyd, bakgrunnen for avtaleinngåelsen og avtalens formål. Forholdene rundt avtaleinngåelsen, par- tenes kvalifikasjoner, deres innbyrdes forhold og etterfølgende atferd er også av betydning. Mer spesi- fikt uttalte også lagmannsretten at bestemmelse om forkjøpsrett i tvilstilfelle bør tolkes innskrenkende.

Det var også anført at skogeienens bruk av for- kjøpsrett var ugyldig fordi det forelå et misbruk, her- under at prisen var for lav. Lagmannsretten fant ingen holdepunkter for dette.

Marianne Reusch

TVANGSFULLBYRDELSE

Litteratur

Vibeke Løvold: *Utleggstrekk*, Gyldendal Akademisk, 2008. 286 sider

Utleggstrekk – eller lønnstrekk – er et særdeles prak- tisk og viktig inndrivelsesmiddel for mange typer av krav. Reglene ble «konsolidert» ved vedtagelsen av tvangsfullbyrdelsesloven av 1992 – slik at vi i dag i det vesentlige har tre kilder: Dekningsloven av 1984 kap. 2 har de materielle regler om utleggstrekk: Hvilke midler kan beslaglegges og i hvilket omfang? Tvangs- fullbyrdelsesloven kap. 7 har regler om fremgangsmå- ten: Her defineres tvangsgrunnlag, hvem begjæring om utleggstrekk skal rettes til med regler om den nær- mere fremgangsmåte. Dette er i det alt vesentlige på tilsvarende vis som ved utleggspant, men med den vik- tige forskjell at utleggstrekk innebærer at kreditor får penger, og videre at kap. 7 pålegger arbeidsgiveren plikter m.h.t. trekk og håndtering av det trukne beløp. Den tredje kilde er spesiallovgivning om enkelte sær- lige kravstyper, med særnamsmenn.

Dette regelverket byr på sine utfordringer. En solid veileder har vi nå fått gjennom Vibeke Løvdolds bok om utleggstrekk. Det er en systematisk fremstilling som faller i tre hoveddeler: innledning og historikk (s. 13-40), de materielle regler (s. 41–204) og saksbe- handling- og ansvarsregler (s. 205–270). Boken har domsregister (som viser at tvister ikke er upraktisk), lovregister og stikkordregister.

Forfatteren – rådgiver i Lovavdelingen, for tiden lagdommer – har lang erfaring fra arbeide med insol- vensrett, og har nå fremlagt et solid arbeide som sik- kert mange flere enn undertegnede vil ha stor nytte av.

Thor Falkanger

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



DISPUTAS

Advokat *Torunn Elise Kvisberg* forsvarte fredag 30. januar offentlig sin avhandling «Internasjonale barnefordelingssaker. Internasjonal barnebortføring» for graden Ph.d.

Nye utgivelser fra Institutt for privatrett Skriftserie

Skriftserie 173 – 2008

Christian Jordal: *Sykehusapoteket i markedsstaten - EØS-rettslige rammer for organisering av offentligeide sykehusapotek*

Skriftserie 174 – 2009

Anne Kristine Lindseth: *Offentlig privat samarbeid – i lys av «OPS-avtalene for Høybråten skole»*

Seriene kan bestilles på:
www-jus.uio.no/ifp/stensilserie/index.html
eller kjøpes direkte hos Akademika as Jus
St. Olavs plass 5
0165 Oslo

Program for seminarrekke ved Institutt for privatrett Vår 2009

Tirsdag 3. mars kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00

Konstituert lagdommer Phd John Asland, Oslo:
Presenterer hovedpunkter fra sin Phd-avhandling: **Uskifte**

April
Carl Jacob Arnholms Minneforelesning
Vil bli annonsert senere

Seminarene finner sted i Auditorium 13, Domus Media, Østfløyen, inngang fra Søylehallen 2. etg. Påmelding kan skje via Instituttets hjemmeside: <http://www.jus.uio.no/ifp/>

Nytt i privatretten

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

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

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets internettsider: 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 mai 2009