



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

INSTITUTT FOR PRIVATRETT

Forskningsprosjekt om engelske kontraktsmodeller og norsk bakgrunnsrett

Kommersielle kontrakter blir stadig oftere skrevet etter engelsk eller amerikansk mønster. Dette skjer selv om forholdet ikke har noen engelsk eller amerikansk tilknytning: Til og med kontrakter mellom to norske parter kan være skrevet med basis i common law kontraktsstil. Kontraktene er strukturert på en måte som er fremmed for norsk rettstradisjon, med høyt detaljnivå og ambisjon om å være uttømmende. Videre er terminologien og flere

rettsbegreper ikke nødvendigvis i samsvar med den norske rettssystematikk. Siden 2004 pågår ved Institutt for Privatrett et forskningsprosjekt, finansiert hovedsakelig av Norges Forskningsråd, som studerer fenomenet.

Prosjektet er basert på en liste av kontraktsklausuler eller rettsbegreper som forekommer i de fleste common law-inspirerte kontrakter uansett kontraktstype, og som ofte blir benyttet ukritisk selv når kontrakten reguleres av norsk rett. Prosjektets formål er å finne ut hva klausulene var ment å oppnå under den opprinnelige engelske eller amerikanske bakgrunnsrett, for så å vurdere om og i hvilken grad de samme virkningene kan oppnås når kontrakten reguleres av norsk rett.

De kontraktsklausulene som er gjenstand for prosjektets analyse er ment, på en måte som er fremmed for norsk rett, å styre kontraktens tolkning og virkeområde, samt å styre virkningene ved mislighold. Til førstnevnte gruppe tilhører klausulene *No Waiver, No Oral Amendment, Entire Agreement, Material Adverse Change, Subject to Contract, Sole Remedy, Conditions, Covenants*. Til annen gruppe tilhører klausulene *Liquidated Damages, Indemnity, Hold Harmless*. Til slutt analyserer prosjektet noen klausuler som importerer en detaljert kontraktsregulering, til tross for at området allerede er regulert av norsk rett: Klausulene *Representations and Warranties, Hardship* og *Force Majeure*. Om hver av disse klausuler er det blitt eller blir skrevet phd-avhandlinger og studentavhandlinger av vitenskapelige assistenter.

I tillegg til at prosjektet analyserer disse klausulene, deres opprinnelige funksjon og hvorvidt de er kompatible med norsk rett, er enkelte aspekter av sjøforsikringskontrakter og reinsurance blitt analysert ved Norsk Institutt for Sjørett, der vitenskapelige assistenter har skrevet avhandlinger om *Mortgagee's Interest Insurance, Norwegian Marine Insurance Plan* og *Reinsurance Clauses*.

Forutsetning for prosjektet er at kontrakten reguleres av norsk bakgrunnsrett. Der lovvalgsklausulen i kontrakten eller lovvalgsreglene utpeker norsk rett som bakgrunnsrett, blir det irrelevant om kontrakten er inspirert av common law – i internasjonal privatrett kan kontraktsstilen verken være et kriterium for å definere den nærmeste tilknytning eller anses som et implisitt lovvalg (med mindre kontrakten er skrevet med et for-

Innhold nr. 3/2008:

Institutt for privatrett	1
Arbeidsrett	4
Arverett	8
Boligrett	12
Erstatningsrett	15
Familierett	17
Forsikringsrett	23
Immaterialrett	23
Kjøpsrett	27
Rettsøkonomi	27
Tingsrett	28
Alternativ tvisteløsning	31
Disputas	31
Instituttets Skriftserie	31
Program for seminar	32

mular som åpenbart er regulert av et bestemt lands rett – hvilket ikke er tilfelle ved en diffus bruk av formuleringer og kontraktsteknikker som er typisk for en rettstradisjon – definert som anglo-amerikansk eller common law –, slik det skjer ved den kommersielle avtalepraksis som analyseres i prosjektet). Bakgrunnsrettens rolle er betydelig for et kontraktsforhold: Den begrenser avtalefriheten med sine preseptoriske regler, den utfyller kontrakten med sine deklatoriske regler, den styrer kontraktstolkningen med sin tolkningslære, den bestemmer beføyelsene i henhold til sine materielle og prosessuelle regler. Samspillet mellom kontrakten og bakgrunnsretten er forskningsprosjektets emne.

Mange av de analyserte klausuler har som hovedambisjon å skape den fulle avtalefriheten. Det som blir importert er ikke så mye forskjellige rettsinstitutter i engelsk eller amerikansk kontraktsrett, det er heller ett spesifikt aspekt av disse kontraktstradisjoner: Muligheten for å anse kontraktsdokumentet som den eneste regulering av forholdet mellom partene til fortrensel for bakgrunnsretten. Denne holdning – at kontrakten skal være seg selv nok til at alle spørsmål som springer ut derfra blir avgjort – blir dyrket spesielt i common law kontraktstradisjonen, men er ikke nødvendigvis ubegrenset selv i common law. Avtalepraksis ignorerer likevel de eventuelle begrensninger som common law setter og søker å løsrive kontraktsforholdet fullt fra bakgrunnsretten. Det er således ikke engelsk eller amerikansk bakgrunnsrett som med denne avtalepraksis importeres, men hensikten å utelukke anvendelsen av den engelske (eller annen) bakgrunnsrett.

Riktignok tilpasses avtalene engelsk bakgrunnsrett, for eksempel ved at kontraktsbøter struktureres som forhåndsfastsatt erstatning (*liquidated damages*) og ikke som mulkt (*penalties*) – av hensyn til engelsk rettsforbud av kontraktsbøter.

Engelsk kontraktsrett har dog ikke mange preseptoriske forbud eller påbud. Det finnes i engelsk rett en rekke beføyelser, *equitable remedies* og andre rettsinstitutter, som trer inn for å forhindre urimelige krav eller utfylle kontrakten, men de fleste er ikke preseptoriske og blir satt ut av spill med en tilstrekkelig klar kontraktsregulering.

Engelsk rett påvirker altså kontraktsskrivingen ved at klausulene formes med det formålet å utelukke anvendelsen av slike *equitable remedies*; formulering har altså engelsk rett for øyet, men hovedformålet er å utelukke at denne som bakgrunnsrett trer inn i kontraktsforholdet.

Som eksempel kan man nevne unntakene som engelsk rett har utviklet fra den tradisjonelle *parol evidence rule*: Regelen i sin opprinnelige utstrekning er i engelsk rett ment å forhindre at en skriftlig kontrakt blir utfyllt eller tolket i lys av omstendigheter som ikke er nedfelt i selve dokumentet. I de siste årene utviklet

engelsk rettspraksis flere unntak fra regelen. Gjennom denne utviklingen er det mulig, selv under engelsk rett, under visse omstendigheter, å integrere den skriftlige kontrakten med eksterne elementer. Dette er en uthuling av den sentrale rollen som den bokstavelige tolkning av det skriftlige dokumentet tradisjonelt spiller i engelsk rett. Disse unntakene til *parol evidence rule* er dog ikke preseptoriske og de skriftlige kontraktsvilkårene kan få tilbake deres tradisjonelle forrang hvis dette samsvarer med partenes vilje. En klausul som meget ofte skrives inn i kommersielle avtaler er ment nettopp å forhindre at engelsk bakgrunnsrett, gjennom de nyutviklede unntakene til *parol evidence rule*, begrenser den skriftlige kontraktens autonomi. En slik klausul er ofte henvist til som *entire agreement*-, *merger*- eller *integration clause*.

Gjennom denne klausulen er bakgrunnsrettens begrensninger til avtalefriheten satt ut av spill.

Et ytterligere eksempel er engelske beføyelser som *estoppel* eller *acquiescence*: Under visse omstendigheter kan en part miste muligheten til å håndheve sine rettigheter. En forutsetning for dette er at den annen part i god tro har stolt på at den første part ikke ville håndheve disse rettigheter. Disse beføyelser er en uthuling av avtalefriheten dersom rettighetene er nedfelt i kontrakten. Tilgang til beføyelsene kan dog utelukkes og rettighetene blir igjen håndhevbare hvis kontrakten gjør det klart at en ikke i god tro kan forvente at rettigheter nedfelt i kontrakten ikke blir håndhevet. En klausul som meget ofte skrives inn i kommersielle kontrakter har nettopp dette formålet og forhindrer at engelsk bakgrunnsrett, gjennom de ovennevnte beføyelser, begrenser den skriftlige kontraktens autonomi. Slik klausul er ofte henvist til som *no waiver clause*. Også denne klausulen setter bakgrunnsrettens begrensninger til avtalefriheten ut av spill.

Andre klausuler som er typisk for kommersielle kontrakter springer ut av og bekrefter den betydelige selvstendigheten som kontrakten nyter fra bakgrunnsretten i den engelske tradisjonen. Det er for eksempel vanlig å regulere i detalj hvilke konsekvenser et kontraktsbrudd skal ha og å utelukke at andre beføyelser enn dem som er nedfelt i kontrakten skal kunne være tilgjengelig (såkalt *sole remedy* klausul). En tilstrekkelig klar kontraktsregulering vil således bli håndhevet selv om dette skulle føre til resultater som ikke samsvarer med prinsippene i engelsk bakgrunnsrett og som til og med er urimelige.

Videre er det vanlig i kommersielle kontrakter å innta en rekke opplysninger om partene og kontraktsobjektet, såkalte *representations and warranties*. Disse skal anses som en uttømmende liste av de forhold som forutsettes i kontrakten. Det er nødvendig under engelsk rett å nedfelle i kontrakten slike forutsetninger, fordi engelsk rett ikke har tradisjon for å utfylle kontrakten med forutsetninger og heller ikke har en opplysningsplikt mellom partene i forhandlingsfasen. Hvis ikke forutsetninger og vilkår blir skrevet inn i kontrakten, blir de ikke en del av forholdet mellom partene. Listen

av *representations and warranties* bekrefter at kontrakten skal være den uttømmende og tilstrekkelige kilden for å regulere alle spørsmål som kan oppstå.

Et ytterligere eksempel er den såkalt *subject to contract* klausul, eller klausuler med lignende virkninger. Disse klausulene er tatt inn i intensjonsavtaler og andre prekontraktuelle dokumenter og er ment å bekrefte at det ikke oppstår noen forpliktelser mellom partene mens de er i forhandlingsfasen, ikke en gang lojalitetsforpliktelsen. Det vil allerede følge av engelsk rett at partene uten ansvar kan begynne eller fortsette forhandlinger uten å ha seriøse hensikter – for eksempel at man kan engasjere den andre part i eksklusive forhandlinger uten å ha til hensikt å inngå en kontrakt, men med det egentlige formålet å forhindre at den andre part inngår en kontrakt med andre. I og for seg er det derfor overflødig å innta en *subject to contract* klausul i dokumentet, fordi det ikke er nødvendig å nedfelle en ansvarsbegrensning der ansvaret likevel ikke oppstår under bakgrunnsretten. Fordi engelske kontrakter søker uttømmende å regulere partenes forhold, blir denne klausulen likevel inntatt i disse dokumenter – og bekrefter at kontrakten skal være den eneste kilde for å regulere alle spørsmål som kan oppstå.

Disse eksempler viser at hovedformålet med avtale-skrivingen er å forhindre at kontraktens vilkår blir påvirket av bakgrunnsretten. Alle de ovennevnte klausuler blir overført til norsk avtalepraksis uten særlig tilpasning og selv når avtalens bakgrunnsrett er norsk. Ønsket om en autonom kontrakt finner sin grobunn i engelsk rett, der avtalefriheten og hensyn til forutsigbarheten tradisjonelt står meget sterkt – selv om avtalefriheten ikke er helt ubegrenset i engelsk rett heller. Hvorvidt kontraktsklausulene faktisk får de tilsiktede virkninger i engelsk rett er imidlertid ikke det mest relevante for prosjektets emne: Det som er relevant er å etablere hvorvidt norsk bakgrunnsrett tillater at en kontrakt er uttømmende og autonom, og dermed fullt løst fra bakgrunnsretten.

Utgangspunktet for norsk rett er, som for common law, at kontraktene skal håndheves etter deres ordlyd. Samtidig gir norsk rett, i likhet med de rettsystemene som tilhører civil law og spesielt de som er inspirert av tysk rett, en sentral rolle til rimelighetsprinsippet. Rimelighetsprinsippet er grunnlaget for reglene om hvordan kontrakter skal tolkes, hvordan de skal oppfylles, og om eventuelle tilleggsforpliktelser mellom partene. Det er dette rimelighetsprinsippet som finnes igjen i arbeidet om harmonisering av europeisk kontraktsrett, med Principles of European Contract Law (PECL) i spissen. Spesifikke regler om reklamasjon eller opplysningsplikt er utslag av rimelighetsprinsippet, slik som mer generelle prinsipper om medvirkning, passivitet eller lojalitet. Tolkingslæren, koblet med et så fremtredende rimelighetsprinsipp, kan føre til innskrenkende tolkning av kontrakten selv uten å måtte ty til dramatiske tiltak som sensur.

Under slik bakgrunnsrett vil en *Entire Agreement*-klausul ikke kunne forhindre at dommeren vurderer

også elementer som ikke er nedfelt i dokumentet for å tolke kontraktens innhold. Dette vil gjelde både for det som er passert mellom partene før avtaleavslutningen og deres etterfølgende adferd. Videre vil kontrakten kunne integreres med bakgrunnsretten.

En *No Waiver*-klausul vil bli respektert langt på vei, men i ekstreme tilfeller som grenser til misbruk av kontraktsrettigheter, vil den trolig bli tolket slik at urimelige resultater kan bli unngått. En part lar for eksempel være å bruke sin kontraktsbaserte hevingsrett over en lengre periode i påvente av endringer i markedet, eller inntil den andre part mister mulighet til å inngå en tilsvarende kontrakt med en tredje part. Når utviklingen viser at det er lønnsomt å heve kontrakten, benytter førstnevnte part seg av den gamle hevingsretten, selv om den andre part i god tro hadde innrettet seg etter at avtalen ville fortsette. Det er nærliggende for en norsk dommer å tolke klausulen slik at den ikke finner anvendelsen som basis for spekulasjon.

Hvis kontrakten regulerer at mislighold av en bestemt forpliktelse medfører hevingsrett, vil en norsk dommer i utgangspunktet godta heving ved brudd av klausulen der forpliktelsen er nedfelt. Hvis misligholdet er av ubetydelig art og ikke har konsekvenser for den andre part, vil det dog vanskelig kunne foranledige en så dramatisk sanksjon som heving, til tross for at ordlyden i kontrakten synes å hjemle det.

Hvis kontrakten har en lang liste av *Representations and Warranties* i forbindelse med kontraktens objekt, vil disse opplysninger normalt utgjøre rammen for partenes ansvar i forbindelse med objektets kvaliteter. Hvis listen utelater ett aspekt av objektets kvaliteter som den ene part burde ha opplyst den andre om i henhold til bakgrunnsrettens opplysningsplikt, så vil denne part ikke bli frigjort av sin opplysningsplikt bare fordi kontraktens liste var ufullstendig.

Hvis partene inngår forhandlinger og skriver under en intensjonsavtale med en *Subject to Contract*-klausul, vil det som regel bety at ingen av dem vil bli holdt ansvarlig hvis den endelige kontrakten ikke blir inngått. Denne klausulen vil dog neppe kunne utelukke den generelle lojalitetsplikt i forhandlinger, og en part vil kunne bli ansvarlig for den andre parts tap hvis, for eksempel, forhandlingene ble inngått uten seriøse hensikter, men kun for å forhindre at den andre part innledet forhandlinger med en tredje part.

De ovennevnte eksempler viser ekstreme situasjoner der ordlyden i kontrakten sannsynligvis ikke vil bli fulgt nøyaktig av en norsk dommer; det må legges til at klausulene vil bli håndhevet bokstavelig i flertallet av situasjonene. Der en bokstavelig kontraktsanvendelse er knyttet til misbruk av rettigheter med spekulative hensikter eller ville føre til en betydelig ubalanse mellom partene, er det sannsynlig at klausulen blir tolket slik at urimelige resultater blir unngått. I de færreste tilfeller kan dette forventes å bli gjort med direkte sensur av kontrakten – mer sannsynlig er at den rause tolkningslæren gir rom for å unngå resultater som partene ikke kan forventes å ha ønsket.

Dette er ikke en særegenhet ved norsk kontraktsrett. De fleste civil law-systemer, og spesielt de som er basert på tysk rett, har en sammenlignbar struktur med hensyn til dommerens rolle ved tolkning av kontrakten, samt viktigheten av rimelighetsprinsippet. Det arbeidet som pågår mot harmonisering av europeisk kontraktsrett bygger også på disse prinsipper.

Prosjektet forutsetter forståelse av engelsk og amerikansk rett. Det vil videre virke berikende å studere hvordan andre rettssystemer enn det norske reagerer på samspillet mellom common law-klausulene og bakgrunnsretten. Derfor innhenter prosjektet bidrag fra utenlandske professorer, dommere og advokater, slik at vi kan bli kjent med hvordan de ulike rettssystemer tolker klausulene som er gjenstand for vår forskning.

Prosjektet samarbeider med jurister fra Sverige, Danmark, Finland, Tyskland, Frankrike, Italia, Ungarn og Russland.

For å sikre en korrekt forståelse av klausulenes opprinnelige funksjon i common law, har vi et fast samarbeid med Keble College, Universitetet i Oxford, og med juridisk ekspertise ved den amerikanske ambassade i Oslo.

For å sikre en riktig forståelse av avtalepraksis, samt å forhindre at forskningen blir lite praksisrelevant, har vi etablert en referansegruppe med advokater fra de største advokatfirmaer og internasjonal industri i Norge, som arbeider med kommersielle kontrakter i det daglige. Prosjektet organiserer jevnlig workshops med referansegruppen, de faste common law samarbeidspartnere og enkelte utenlandske bidragsytere, der klausulene, deres funksjon og de praktiske utfordringer knyttet til dem, blir diskutert.

Prosjektets emne er blitt drøftet i en rekke internasjonale publikasjoner og konferanser. Avhandlingene blir publisert på prosjektets hjemmeside og ved Institutt for Privatrettens skriftserie, Universitetet i Oslo, i en egen serie med tittel ANGLO-AMERICAN CONTRACT MODELS – første nummer i serien, nr. 169/2007, er min introduksjon til prosjektet. Fra høsten 2008 følger avhandlingene som er skrevet av vitenskapelige assistenter. Avhandlingene publiseres på norsk med engelsk utdrag. phd-avhandlingene blir publisert separat. Arbeidene fra de utenlandske bidragsyterne, samt forskning av prosjektets medlemmer, planlegges publisert i en egen bok i løpet av 2009.

Flere detaljer finnes på prosjektets hjemmeside: http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/.

Giuditta Cordero Moss

ARBEIDSRETT

Endring i arbeidsforhold, tips, reduksjon av fordel – Høyesteretts dom 11. juni 2008 (HR-2008-01041-A)

Dommen gjelder tvist om fordeling av tips ved Theatercafeen i Oslo. Fra 1930-årene hadde praksis vært at tips («drikkepenge») fra gjester tilfalt servitørene. Det var tale om anselige beløp for den enkelte, fra 150 000 til 200 000 kroner i året. Etter drøftelser som ikke førte til enighet besluttet ledelsen i 2005 at det skulle innføres deling av tips, slik at 65 % skulle beholdes av servitørene og 35 % skulle fordeles til kjøkkenpersonale og hovmester. For den enkelte servitør betød det en årlig reduksjon av inntekten på mellom 50 000 og 70 000 kroner. Den nye ordningen ble satt i verk fra 1. april 2006, etter at det var falt dom i tingretten. Servitørene gikk til søksmål med påstand om at arbeidsgiverens ensidige pålegg om tipsfordeling var uforpliktende for dem. De tapte såvel i tingrett som i lagmannsrett, og servitørene vant heller ikke frem i en enstemmig Høyesterett.

Utgangspunktet, slik førstvoterende formulerte det, var hva som kunne anses å følge av de individuelle arbeidsavtalene. Spørsmål om retten til tips var ikke regulert i tariffavtaler og heller ikke på noen måte skriftlig i arbeidsavtalene. Problemstillingen var da om arbeidsgiverens «styringsrett» måtte anses begrenset på annet grunnlag. Førstvoterende fremholdt *praksis i virksomheten* som det sterkeste argumentet for en begrensning. Ved Theatercafeen var det langvarig praksis – fra tipsordningen kom til i 1936 – at servitørene beholdt tips udelt. Dette og tipssummenes størrelse kunne nok skape forventninger om at ordningen ville bestå (avsnitt 39). Spørsmål om deling hadde også vært tatt opp flere ganger tidligere, men ledelsen hadde da gitt seg etter motstand fra servitørene. Det kunne imidlertid, etter førstvoterendes syn, ikke tas til inntekt for at servitørene hadde en beskyttet rett. Ledelsen måtte likevel «stå fritt til å velge den løsningen ledelsen så som den mest hensiktsmessige i en vanskelig konflikt-situasjon» (avsnitt 37). Og de forventninger servitørene kunne ha (avsnitt 39), ville Høyesterett ikke se som tilstrekkelige til å anse dem «beskyttet som avtalevilkår».

Her fremholdt førstvoterende flere momenter til støtte for en slik konklusjon. For det første «arten av godet» (avsnitt 41). Det var ikke tale om en ydelse fra arbeidsgiver, men en form for «frivillig gave» fra gjester, som førstvoterende ut fra mer alminnelige betraktninger mente det måtte være «nærliggende at arbeidsgiveren skal kunne regulere adgangen til å ta imot» – eller, som her, bestemme om fordelingen av. I sammenheng med dette pekte førstvoterende på utviklingen over tid og *praksis i restaurantbransjen* som tungtveiende. Hun bemerket at «de aller fleste restauranter» idag praktiserer tipsdeling – og det at dette vanligvis skjedde med samtykke fra servitørene, ville hun ikke se som uttrykk for at samtykke var sett som rettslig nødvendig. I tillegg bemerket førstvoterende at «[u]ndersøkelser viser at folk flest nå ser tipsdeling som det natur-

lige», og det var ikke noe som tydet på at dette stilte seg annerledes for Theatercafeens gjester (avsnitt 42). Konklusjonen ble således at arbeidsgiverens styringsrett var i behold – «restauranten hadde rettslig adgang til å treffe pålegget om tipsdeling» (avsnitt 43).

Høyesterett legger ikke listen høyt i denne dommen for å godta ensidig reguleringsadgang for arbeidsgiver. Resonnementene gir inntrykk av at underliggende rimelighetshensyn – én form for fordelingsrettferdighetsbetraktninger – har gjort seg gjeldende med tyngde. Førstvoterende karakteriserte det som en «vilkårlig fordel» om servitørene skulle ha rettslig krav på å opprettholde en meget fordelaktig tipsordning (avsnitt 42). Tankegangen i Høyesterett har muligens vært at ordningen fra først av, i 1936, eller på et eller annet senere tidspunkt, kunne ha blitt en annen. Men etter omtrent 70 års praksis er «vilkårlig» kanskje ikke den mest nærliggende betegnelse på ordningen, uansett. Når dette knyttes til hva gjester kanskje eller kanskje ikke «er klar over», forsterkes inntrykket. Det empiriske grunnlaget for å mene noe om hva restaurantgjester vet, tror eller forventer om hvem som nyter godt av tips de gir, har neppe særlig reliabilitet eller validitet. Det gjelder nok også det empiriske materialet om praksis i restaurantbransjen. Allerede førstvoterendes formuleringer formidler et visst inntrykk av egne antagelser og vurderinger. En vurdering av hensyn til «arbeidsmiljø» og andre ansatte skinner igjennom. Dette var et hensyn Theatercafeen hadde anført som begrunnelse for pålegget om tipsdeling. Begrunnelsen og hensiktsmessigheten av pålegget for såvidt tok Høyesterett ikke stilling til (avsnitt 45). Men i sin begrunnelse for at hun ikke tok samtykke som tegn på at dette var rettslig nødvendig der det var blitt enighet om tipsdeling, bemerket førstvoterende at «å oppnå enighet må åpenbart være heldig for arbeidsmiljøet» (avsnitt 42).

Dommen plasserer seg på en linje med *Nøkk* (Rt. 2000 s. 1602) og *Kårstø* (Rt. 2001 s. 418). Den gir en ytterligere invitt til diskusjon av hva det generelle rimelighetssynspunktet i *Nøkk* leder til, om at når det gjelder avgrensning av styringsretten, må det ved «tolkningen og utfyllingen av arbeidsavtalene» legges vekt bl.a. på «hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen». Spørsmålet er hvor åpen døren dermed står. Kanskje kan dommen også inspirere til drøftelse av tips som rettsinstitutt. Det har det knapt vært skrevet noe om siden *Iherings* klassiske *Das Trinkgeld* (1882).

Stein Evju

Oppsigelse, utvelgelse, arbeidstilbud – Høyesteretts dom 28. mai 2008 (HR-2008-936-A)

Her gjaldt saken oppsigelse av en ansatt i Posten Norge AS i forbindelse med den langvarige rasjonaliseringsprosessen i virksomheten. Arbeidstageren hadde fått to tilbud om annet arbeid, i 2004 og 2005, men hadde avslått begge. Etter forhandlinger ble han så sagt opp i 2005.

Den generelle interesse i dommen ligger i en enstem-

mig Høyesteretts klare understrekning av den grunnleggende forståelsen av aml. § 60 nr. 2 første ledd, nu aml. 2005 § 15-7 annet ledd. Det var uomtvistet at de tilbudene arbeidstageren hadde fått, objektivt sett tilfredsstilte kravet om «passende arbeid». Førstvoterende poengterte at det «alminnelige utgangspunkt» er at arbeidsgivers plikt etter loven er oppfylt ved å tilby ett alternativt arbeid som er «passende». «Lovens ordning er ikke at den ansatte er berettiget til å velge mellom de ulike alternative arbeidsoppgaver som måtte være tilgjengelige, og som han er kvalifisert for» (avsnitt 36). Hva arbeidsgiveren kan velge å tilby, som «passende», må i utgangspunktet avgjøres ut fra situasjonen på oppsigelsestidspunktet. Men det kan også bero på virksomhetens størrelse og tidsperspektivet i en rasjonaliseringsprosess, og dessuten på arbeidstagerens helsemessige tilstand, i tråd med prinsippet i aml. § 13 nr. 2 (aml. 2005 § 4-6) om tilretteleggelse for arbeidstagerer med redusert arbeidsevne. (jfr. avsnitt 36 og 38.)

Hvis et relevant tilbud er avslått, har det konsekvenser for interesseavveiningen. Førstvoterende formulerte det alminnelige utgangspunktet klart: «Det blir klart mindre rom for en slik interesseavveining i de tilfeller der det er tilbudt annet passende arbeid.» Og han føyer til at det må være «klart at det skal meget til for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende når det rasjonaliseringstiltak som det er spørsmål om å gjennomføre, ... har store dimensjoner og omfatter en rekke ansatte» (avsnitt 40 og 41).

I saken var et spørsmål også om arbeidsgiveren ikke kunne bygge på arbeidstagerens avslag på grunn av arbeidstagerens psykiske helse. Høyesterett holdt åpent for at det kan tenkes, men konkret var det ikke grunnlag for noe slikt (avsnitt 39). Posten Norge ble etter dette frifunnet.

Dommen bringer ikke noe grunnleggende nytt med hensyn til lovforståelsen, men dens poengteringer er klargjørende på generelt viktige punkter.

Stein Evju

Utstasjonering, vertsstatens reguleringsadgang, «ordre public» – EF-domstolens dom 19. juni 2008, sak C-319/06 EF-Kommisjonen mot Luxembourg

Denne dommen er den fjerde i den nye føljetongen om utstasjonering og spillerommet for nasjonal regulering i vertsstater etter reglene om fri bevegelighet av tjenester (art. 49 EF/art. 36 EØS) og utstasjoneringsdirektivet 96/71/EF. *Luxembourg* gjelder en annen side av regelverket enn *Viking Line* og *Laval* (omtalt i *NiP* nr. 1, 2008) og *Rüffert* (*NiP* nr. 2, 2008), men knytter seg til problemstillinger som var fremme i de to siste av disse. Samtidig bygger *Luxembourg* på og forsterker vesentlige elementer i de foregående avgjørelsene.

Twisten i *Luxembourg* gjaldt den nasjonale lovgivningen om gjennomføring av utstasjoneringsdirektivet. Gjennomføringsloven inneholdt en rekke detaljerte bestemmelser, både om materielle vilkår og om kontrolltiltak. Kommisjonen hevdet at flere av disse lå

utenfor rammen av hva det er adgang til å gjøre gjeldende overfor utenlandske tjenesteydere og deres utstasjonerte arbeidstagere. Det gjaldt særlig krav om skriftlig informasjon om arbeidsvilkår («skriftlig arbeidsavtale») i samsvar med Luxembourgs regler om gjennomføringen av direktivet om slikt, 91/533/EF; automatisk indeksering av lønnssetser ut over minstelønn; regler om deltids- og midlertidig arbeid; etterlevelse av regler om kollektive avtaler («tariffavtaler») som lov m.v. viser til; meldeplikt til arbeidstilsyn før arbeid igangsettes, og krav om en representant med bopel i Luxembourg som skal ha de nødvendige dokumenter for at etterlevelsen av regelverket skal kunne kontrolleres (se avsnitt 4-7 jfr. 8-22).

Hvilke *emner* en vertsstat dels skal, dels kan, gi bestemmelser om, følger i utgangspunktet av utstasjoneringdirektivets art. 3 nr. 1. I motsetning til i *Laval* og *Rüffert* var det her ikke spørsmål om hvilke måter bestemmelser kan fastsettes på (efter art. 3 nr. 1 og 8). Men, i likhet med i begge de sakene var spørsmålet i *Luxembourg* om bestemmelsene om de spørsmål som er skissert ovenfor, lå utenfor den *emnemessige rammen* for hva som kan pålegges utenlandske aktører ved utstasjonering.

Domstolen tok utgangspunkt i, og rekapitulerte og forsterket derved, den grunnleggende forståelsen av direktivets art. 3 nr. 1 som den bygget på i de foregående sakene: «Listen», eller «den harde kjerne» av typer av vilkår som er regnet opp, i art. 3 nr. 1, er som alminnelig utgangspunkt *uttømmende* (avsnitt 26).

Den (eneste) åpningen som finnes for å gå ut over dette, ligger i direktivets art. 3 nr. 10. Der heter det at direktivet ikke er til hinder for at nasjonale regler kan gis anvendelse overfor nasjonale og utenlandske virksomheter, «i samsvar med [innenfor rammen av] traktaten» og uten forskjellsbehandling, så langt det er tale om «arbeids- og ansettelsesvilkår på andre områder enn dem som er nevnt i nr. 1 første ledd, når det dreier seg om bestemmelser om *offentlig orden*». Det uttrykket som er oversatt til norsk med «offentlig orden», er betegnet «ordre public», «public policy provisions», «öffentliche Ordnung» i andre sprogversjoner. Domstolen har ikke tidligere tatt stilling til fortolkningen og rekkevidden av uttrykket i relasjon til utstasjoneringdirektivet og dets art. 3 nr. 10; fra andre sammenhenger er det derimot et kjent tema.

I motsetning til generaladvokaten, som drøftet spørsmålet litt mer inngående, var domstolen ytterst kortfattet i sin behandling av det generell tolkningsspørsmålet. I realiteten uttalte ikke EF-domstolen seg positivt om forståelsen av «ordre public»-begrepet i art. 3 nr. 10, ut over en henvisning til en «forarbeidsuttalelse», men nøyet seg med å understreke at det er et fellesskapsrettslig begrep. Rekkevidden kan derfor ikke avgjøres av en medlemsstat eller dens nasjonalrettslige ordre public-begrep. Dertil er art. 3 nr. 10 en unntaksbestemmelse i forhold til art. 3 nr. 1 og må derfor fortolkes strengt – helt i tråd med domstolens alminnelige praksis når den klassifiserer noe som en unntaksregel. (Jfr.

avsnitt 27-33.) Domstolens syn på «ordre public» i denne sammenheng kom ellers bare til uttrykk gjennom dens bedømmelse av de enkelte reglene i Luxembourgs lovgivning som det var tvist om.

Kravet om anvendelse av nasjonale regler om «skriftlig arbeidsavtale» ble kontant satt til side. Krav som angitt i direktiv 91/533/EF gjelder også i utstasjonerte arbeidstageres hjemstat. De hensyn som skal ivaretas, er derved ivaretatt, og et krav om å følge vertsstatsregler om det samme i tillegg, kan ikke oppstilles (avsnitt 34-44). Bestemmelsen om automatisk indeksering av lønnssetser lå utenfor rammen av bestemmelsen om minstelønn i art. 3 nr. 1 og ble satt til side fordi Luxembourg ikke hadde ført bevis for at den kunne anses begrunnet i «ordre public». Kravene knyttet til regler om midlertidig ansettelse og deltidsarbeid lå likeledes utenfor rammen av art. 3 nr. 1 og ble ansett som utillatelige restriksjoner. Det samme gjaldt bestemmelsene om tariffavtaler. Kravene om meldeplikt til arbeidstilsyn og stedlig representant ligger utenfor arten av slike bestemmelser som direktivets art. 3 omhandler, og ble vurdert direkte i relasjon til EF-traktatens art. 49. Begge deler ble ansett som utillatelige restriksjoner. Det første kravet falt ikke minst fordi det både var diffust og vidtgående. Til det andre bemerket domstolen at for det første kan en vertsstat ikke kreve at dokumentasjon finnes på dens territorium etter at et oppdrag er avsluttet, for det annet kan dokumentasjon mens et oppdrag pågår, oppbevares av en utstasjonert arbeidstager, en bosatt stedlig representant er derfor unødvendig (avsnitt 85-96).

Dommen er interessant og viktig på flere måter. Punktet om «skriftlig arbeidsavtale» har direkte overføringsverdi til Norge. Her følger et slikt krav av forskriften av 16. desember 2005 nr. 1566 til aml. 2005 § 1-7 om utstasjonerte arbeidstagere (jfr. Evju i *Arbeidsrett* 2008, s. 13). Det kan ikke opprettholdes. Ellers er det domstolens syn på kontrollreglene som har størst interesse. Det gir næring til videre diskusjon om hvilke tiltak som kan iverksettes i vertsstaten innefor rammene av art. 49 EFT og direktivet, og dermed innenfor rammene av det mye omdiskuterte tjenestedirektivet. I et videre perspektiv er det domstolens kraftfulle fastholdelse av direktivfortolkningen som tiltrekker seg størst oppmerksomhet.

Stein Evju

Etnisk diskriminering, former og sanksjoner – EF-domstolens dom 10. juli 2008, sak C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV

Dommen gir et viktig bidrag til diskrimineringsretten på det mangefasetterte temafeltet hva som omfattes av hvilke deler av diskrimineringsbegrepet. Saken gjaldt en arbeidsgiver som i to medieintervjuer hadde uttalt seg under temapresentasjonen «kundene vil ikke ha marokkanere». Firmaet drev med installasjon av alarmsystemer m.v. i privatboliger. I intervjuene fremholdt arbeids-

giveren at kundene ikke ville ha immigranter til å utføre arbeidet. Ble de forespeilet det, avslo de å kontrahere. Derfor ville arbeidsgiveren ikke ansette slike immigranter; noe annet ville bety å ruinere sin egen virksomhet.

CGKR (Centrum voor gelijkheid ...) reiste søksmål mot arbeidsgiveren ved førsteinstansdomstolen i Bruxelles, som raskt forela flere spørsmål for EF-domstolen.

Hovedspørsmålet gjaldt diskrimineringsbegrepet. Arbeidsgiveren hadde ikke avslått noen søkere eller unnlatt å ansette noen ut fra de betraktninger han hadde latt komme til uttrykk. Problemstillingen var om uttalelsene likevel kunne fanges inn av begrepet om direkte diskriminering. Domstolen besvarte dette bekreftende. Den fremholdt at det ut fra bestemmelsene i rammedirektivet 2000/43/EF ikke er nødvendig at det finnes noen identifiserbar enkeltperson som kan påberope seg å være «offer». Noe annet ville bety en kraftig svekkelse av mulighetene for å oppnå formålet med direktivet. Uttalelser av en slik art som det her var tale om, er egnet til å virke slik at de avholder personer fra å søke stillinger og dermed hindre deres adgang til arbeidsmarkedet. Det, sa domstolen, er direkte diskriminering i direktivets forstand. Spørsmålet om hva som er (direkte) diskriminering, må holdes adskilt fra hvem som etter direktivets minimumskrav må ha adgang til rettslig prøvelse av påstått diskriminering, dvs. hva slags prosessregler som gjelder. (Jfr. avsnitt 22-28.)

Videre fremholdt domstolen at regelen om «delt bevisbyrde» har anvendelse også i tilfeller som dette. Det samme gjelder kravet om at nasjonal rett skal ha sanksjoner mot overtredelse som er effektive, forholdsmessige og svakrekkende (direktiv 2000/43/EF art. 15) (jfr. avsnitt 29-39).

Disse siste punktene er helt i tråd med domstolens alminnelige praksis. Betydningen av dommen ligger i den vide, formålsorienterte tilnærming til begrepet om hva som er direkte diskriminering som det hele bygger på i denne saken.

Stein Evju

Overdragelse av virksomhet, tariffbundethet – Arbeidsrettens dom 18. august 2008 (Inr. 15/2008), Forbundet ALT mot Næringslivets Hovedorganisasjon og StatoilHydro ASA

Dommen er den første om den nye bestemmelsen om fortsatt tariffbundethet og «reservasjonsrett» i arbeidsmiljøloven av 2005 § 16-2 annet ledd. Tvisten hadde sin bakgrunn i fusjonen mellom Statoil og Norsk Hydro. Generalforsamlingsvedtak i de to selskapene ble truffet 5. juli 2007; fusjonen og navneendringen ble gjennomført pr. 1. oktober 2007. Ved brev av 11. oktober samme år erklærte det nye selskapet seg ubundet av samtlige overenskomster med ALT «for så vidt angår Hydros petroleumsvirksomhet». Fristen for å erklære seg ubundet er tre uker fra «overdragelsestidspunktet».

Problemstillingen var hvordan uttrykket «overdragelsestidspunktet» i § 16-2 annet ledd annet punktum

skal forstås. Mens ALT hevdet at det er vedtakstidspunktet for fusjonen som er avgjørende, her 5. juli, anførte NHO og selskapet at det er gjennomføringstidspunktet, her 1. oktober, som er det relevante. Arbeidsretten kom til at det siste må anses som den rette løsning. Retten støttet dette dels på en sproglig utlegning. Loven definerer «overdragelse» som «overføring ...» (§ 16-1 første ledd), og «overføring» pekte etter rettens syn i retning av gjennomføring. Det mente man også hadde støtte i forarbeider og sammenheng (avsnitt 36-38), og likeledes i reelle hensyn (avsnitt 39-41).

Det er lite å innvende mot konklusjonen. Den korresponderer med den forståelse av overdragelsestidspunktetsbegrepet som ellers har vært lagt til grunn for reglene om virksomhetsoverdragelse. I lys av den diskusjon og praksis som foreligger om dette, er det mest bemerkelsesverdige ved dommen kanskje at dette ikke berøres, og at premissene ellers er knappe. Men, det er ikke nødvendigvis noen ulempe at domstolen også kan være kortfattet.

Stein Evju

Drøftelsesplikt, tidspunkt for drøftelser, tariffbrudd – Arbeidsrettens dom 1. september 2008 (Inr. 17/2008), Landsorganisasjonen i Norge, med Fagforbundet, mot KS, Moss kommune og Nord-Trøndelag fylkeskommune

Tariffavtaler har som regel bestemmelser om at omlegninger av virksomhet som kan ha betydning for arbeidstagerne, skal drøftes før beslutninger fattes. Hovedavtalen for kommuner har den sedvanlige formulering om at slike drøftelser skal føres så tidlig som mulig – «på et tidligst mulig tidspunkt». Arbeidsrettens behandling av om dette kravet var oppfylt i to saker som var forenet til felles behandling, var utpreget konkret. Retten reserverte seg uttrykkelig mot å «gå bredt inn på den generelle avtaleforståelsen» (avsnitt 79), men glimtet likevel til med noen bemerkninger av mer almen rekkevidde.

Arbeidsretten fremhevet at innholdet i «tidligst mulig»-kravet må fastlegges på grunnlag bl.a. av formålet med drøftelsesbestemmelsene, og poengterte at formålet er å sikre at argumenter kan virke inn i beslutningsprosessen (avsnitt 79). På den annen side bemerket retten at hovedavtalens bestemmelse ikke stiller opp «noe absolutt krav om at drøfting skal gjennomføres før endelig vedtak treffes». Hovedregelen er selvsagt at drøftelser skal føres ex ante. Men unntak kan tenkes, og ligger som uuttalt premiss for bestemmelsen, der vedtak treffes etter benkeforslag i et politisk organ uten ordinær saksforberedelse (avsnitt 87 jfr. 88). Ut fra dette ble Nord-Trøndelag fylkeskommune frifunnet for påstanden om tariffbrudd.

I tillegg bemerket retten at det ligger i kravets «natur» at et tariffbrudd ikke kan repareres ved efterfølgende handlinger. Slike handlinger vil ikke kunne endre det forhold at drøftelser ikke er blitt riktig ført; de kan eventuelt bare ha betydning for de rettslige konsekvenser av tariffbruddet (avsnitt 83). I saken mot Moss

kommune var dette utslagsgivende. Der hadde det foregått en administrativ saksbehandling hvor det også kunne vært ført drøftelser. Arbeidsretten poengterte at det er et arbeidsgiveransvar å sørge for at drøftelsesplikten blir overholdt. Unnlåtelsen av å sikre dette, uansett intensjoner, var tariffbrudd.

Stein Evju

ARVERETT

Livs-dødsdisposisjoner. Vi har en omfattende rettspraksis om grensen livs-dødsdisposisjoner. En variant av disposisjoner hvor det kan oppstå tvil er overføringer som innebærer en forfordeling av livsarvinger. Vi har nylig fått en ny dom om denne variant: Gulating lagmannsretts dom 29. mai (2008 LG-2008-24964)

Fakta

D, arvelater, var født i 1933 og hadde tre barn. Mannen døde i 1987 og hun satt i uskifte frem til 2000 da hun skiftet med barna. D eide en andel i et borettslag med boret til en leilighet på 60 kvm. Sommeren/høsten 1999 oppsto det en krangel mellom barna, B og C på den ene side og A på den annen. D ble involvert i denne konflikt og tok parti med A. Dette forårsaket for en viss tid et anstrengt forhold mellom D og B/C. I mai 2000, en måned etter at D hadde skiftet uskifteboet, overførte hun sin andel med tilhørende partialobligasjon vederlagsfritt til A. Leiligheten utgjorde da alt hun eide. Det ble inngått leiekontrakt mellom A og borettslaget og overdragelsen ble notert i borettslaget. Gavmelding ble først sendt i 2004. D betalte de kr. 5000 som noteringen i borettslaget kostet. Hun ble boende i leiligheten til sin død i 2007 og betalte alltid fellesutgiftene på leiligheten. A flyttet til Mo i Rana i 2001. Etter overdragelsen ble det foretatt visse oppussinger som D organiserte og betalte for. Kort etter Ds død solgte A andelen for 1.570 000 og av dette beløp ble 1.051.000 brukt til innfrielse av pantsikrede lån som A hadde.

Resultat

B og C mente denne overføring var ugyldig som en dødsdisposisjon mens A mente dette var en livsdisposisjon. Både tingretten og lagmannsretten kom til den konklusjon at overføringen var en dødsdisposisjon. A måtte betale saksomkostninger.

Begrunnelse

Lagmannsretten presiserte innledningsvis at det avgjørende i rettspraksis er om overføringen innebar noen realitet for giver i levende live. Den formelle gjennomføring vil være et moment i en slik vurdering. Om det rent formelle uttalte retten videre: «Selv om en formelt korrekt gjennomført overdragelse er et moment som taler for at det har funnet sted en reell overdragelse, er det

etter rettspraksis ikke en nødvendig eller i seg selv tilstrekkelig omstendighet til at man kan fastslå at det er tale om en livsdisposisjon.» Retten la videre vekt på at leiligheten representerte hele formuen til D og at hun kun hadde minstepensjon å leve av. Overdragelsen skjedde rett etter en konflikt i familien og etter at hun hadde skiftet uskifteboet. I realiteten dreide det seg om en disposisjon for å gjøre B og C arveløse og ikke for at D selv skulle gi avkall på verdien hun satt med. Leiligheten hadde kun ett soverom og det var tydeligvis ikke meningen at A skulle bo der med moren. En påstand om at moren hadde planlagt å flytte med A til Mo i Rana var ikke sannsynliggjort. Retten uttalte bl.a.: «Den formelle overføringen av leiligheten synes i første omgang helt å ha vært en papirovelse uten noen tilsiktet realitet for morens adgang til fortsatt å bebo den på vilkår som før.» Overdragelsen til A ble ikke kjent for de andre barn før i 2004. A hadde opptatt lån med sikkerhet i leiligheten, men dette var ikke blitt kjent for moren. Det var på det rene at A hadde brukt en stor del av verdien som han hadde fått ved overføringen av leiligheten ved forbruk av midler opptatt ved lån. A mente det var urimelig om han måtte gi fra seg forbrukte verdier. Retten uttalte at dette verken ut fra loven eller rettspraksis var et moment som kunne tillegges vekt ved avgjørelsen av om disposisjonen var en livs- eller dødsdisposisjon. Retten oppsummerte med å si at det ved overføringen ikke ble tilsiktet en realitet for giver innenfor hennes levetid og at overføringen var en dødsdisposisjon.

Jeg er enig i resultat og begrunnelse. Overføringen hadde ingen økonomisk eller annen realitet for D og motivet var åpenbart å gjennomføre en forfordeling blant barna. Dersom overføringen ble godtatt som en livsdisposisjon ville B og C bli gjort arveløse. Den eneste realitet overføringen innebar for D var at hun mistet den juridiske rådighet over leiligheten. A kunne – hvilket han gjorde – oppta lån med sikkerhet i leiligheten hvilket kunne skape problemer for D i fremtiden. Giver blir jo i slike tilfeller avskåret fra selv å oppta lån på sin leilighet og å bruke lånte midler til eget forbruk. Før i tiden var det vel uvanlig at eldre mennesker opptok lån for å dekke sitt daglige forbruk, men her har utvilsomt innstillingen forandret seg. I saker om livs-dødsdisposisjoner kan dette i fremtiden bli et moment som bør tillegges større vekt i vurderingen av kriteriet realitet.

Peter Hambro

Tolking av testamenter – Eidsivating lagmannsretts dom 6. august (2008 LE-2008-20042)

Etter al. § 65 er testamenter gjenstand for subjektiv fortolking. Det medfører nødvendigvis at resultatet i den enkelte sak har begrenset betydning i andre saker om fortolking. Et typetilfelle som vi har dommer om er hvorvidt testator har ment å disponere over hele boet eller om det er en rest som skal gå til legalarvingene.

Fakta

A ble født i 1926 og døde i 2007. Etter mannens død overtok hun deres bo i henhold til gjensidig testament. Hun hadde anledning til å disponere over hele boet ved testament. I 1992 opprettet hun testament med bistand fra advokat. Testamentet inneholdt en omfattende fordeling av mange spesifiserte eiendeler. I et punkt VII var det bestemt at resten av innbo og løsøre hun etterlot seg skulle tilfalle en svigerinne eller hennes livsarvinger. Punkt VIII i testamentet lød: «De øvrige verdier jeg måtte etterlate meg, dvs. bankinnskudd, eventuelle verdipapirer, bolighuset eller annen bolig jeg måtte skaffe meg isteden, ønsker jeg skal tilfalle Landsforeningen for Hjerte og Lungesyke.»

Etter dødsfallet viste det seg at A etterlot seg kr. 1 150 000 i kontanter oppbevart i en bankboks. På tidspunktet da testamentet ble skrevet hadde hun antagelig 350 000 i kontanter og resten av likvide midler på bankkonto.

Resultat

Slektsarvingene mente at hele kontantbeholdningen skulle tilfalle dem som arv etter loven mens LHL mente beløpet var dekket av pkt. VIII i testamentet. Både tingretten og lagmannsretten kom til at testator uttømmende hadde fordelt alt hun etterlot seg og at pengene derfor tilfalt LHL. Slektsarvingene måtte dekke saksomkostninger.

Begrunnelse

Retten presiserte innledningsvis følgende: «Når det ikke foreligger andre holdepunkter, vil testamentets ordlyd ha stor bevisverdi. Jo fjernere man kommer fra en naturlig forståelse av testamentets ordlyd, jo sterkere holdepunkter må det kreves for en annen løsning, jf. Rt 1999-1353.» Hva som skulle skje med kontante penger var ikke uttrykkelig omtalt og regulert i testamentet. Leieavtale for bankboksen ble først opprettet fem år etter opprettelsen av testamentet. Retten mente det fulgte av sekkebestemmelsen i pkt. VIII at de omtvistede 1.150 000 tilfalt LHL. Det ble uttalt: «Etter en naturlig forståelse av klausulen finner lagmannsretten at det bør legges til grunn en utfyllende fortolkning, slik at også de kontante penger avdøde måtte etterlate seg omfattes. Lagmannsretten legger ikke avgjørende vekt på at det er brukt begrepet «dvs» før oppregningen. Det er ikke holdepunkter for at oppregningen er ment å være uttømmende. Testamentet kan ikke leses slik at kontanter eller andre likvide midler enn de som er nevnt, ikke omfattes av testasjonen, og slik at disse midler istedet skal fordeles mellom avdødes arvinger etter loven.» Retten mente A hadde hatt til hensikt å disponere over alt hun etterlot seg og at testamentet var fullstendig. Det var på det rene at A hadde foretatt store kontantuttak fra banken i 1995 og 1997, men det var uklart hva motivasjonen var og dette var uansett ikke avgjørende for rettens syn. Retten fant det ikke sannsynliggjort at A med hensikt hadde holdt skjult for advokaten opplysninger om kontantene ved opprettelsen av testamentet og at hun skulle ha bygget

opp en kontantbeholdning i bankboksen med den hensikt å holde pengene atskilt fra testamentsarven til LHL.

Dersom kontantbeløpet skulle gå til legalarvingene, ville det bety at fjerne slektninger som heller ikke var tilgodesett i testament med gjenstander, ville ta arv.

Retten utelukket ikke at det kunne ha vært As ønske og vilje på et senere tidspunkt å tilgode en eller flere av slektsarvingene med et pengebeløp. Om dette ble det uttalt: «Dersom testator endret oppfatning med hensyn til hvordan det skulle forholdes med formuen etter opprettelsen av testamentet får det imidlertid ingen rettslig betydning. En endret oppfatning vil ikke være relevant for rettens vurdering av hvilken mening testator hadde ved opprettelsen av testamentet. Avdøde hadde på den annen side full anledning til å tilbakekalle eller endre testamentet, jf. arveloven § 55, men det er ikke gjort.»

Jeg er helt enig i resultatet. Testator hadde valgt å skrive et omfattende og detaljert testament. Alle eiendeler var disponert over og pkt. VII inneholdt for sikkerhets skyld en bestemmelse om resten av innbo. Pkt. VIII ble innledet med ordene «de øvrige verdier jeg måtte etterlate meg» og ordene ble så presisert med en oppregning av aktiva. Det var intet i saken som kunne forklare hvorfor A skulle ha ønsket å testamentere over alt hun eide bortsett fra kontanter. Kontantene utgjorde et påfallende stort beløp i dette boet. Om kontantene gikk til slektsarvingene hadde det vært svært naturlig å bestemme hvordan fordelingen skulle skje – etter lovens system eller etter hoder. Tatt i betraktning at alle gjenstander i boet – uansett verdi – var fordelt, ville det være eiendommelig at A ikke presiserte noe om fordeling av 1.150 000 kroner. At en nevø i USA som ikke var nevnt i testamentet skulle arve kontanter ville også være merkelig.

Peter Hambro

Omstøtelse etter al. § 19 i en sak hvor gjenlevende satt i uskifte med testamentsarvinger, og hadde begunstiget en av testamentsarvingene under uskiftet. Dommen berører ikke spørsmålet om det virkelig forelå et uskifte i den konkrete saken – Agder lagmannsretts dom 7. mars 2007 (LA-2007-14220)

To barnløse ektefeller hadde opprettet testament hvor de bestemte at lengstlevende «har rett til å sitte i uskiftet bo», og at gjenværende formue ved lengstlevendes død skulle fordeles mellom hustruens fire nevøer og nieser. Det er ikke opplyst i saken hvorvidt mannen hadde slektsarvinger. Etter mannens død i 2000, overtok enken felleseiet uskiftet. I uskifteboet inngikk bl.a. en rekkehusleilighet.

Lengstlevendes niese C, som var en av de begunstigede i testamentet, bygget på sin enebolig i 2003. Etter påbyggingen ble lengstlevende tilbudt en leilighet i sokkeletasjen i Cs enebolig. Lengstlevende solgte rekkehusleiligheten og flyttet inn i leiligheten hos C. I forbindelse med flyttingen ble det ved flere overføringer utbetalt beløp på til sammen NOK 800 000 til C fra

lengstlevendes konti. C hadde disposisjonsrett til disse konti. De øvrige testamentsarvingene ble ikke informert om overføringene. Overføringene ble heller ikke meldt til arveavgiftsmyndighetene.

Etter lengstlevendes død i 2006, ble det åpnet offentlig skifte. To av de øvrige testamentsarvingene hevdet at overføringene til C innebar en gave i strid med al. § 19, og saksøkte C. Tingretten frifant C, mens lagmannsretten kom til at det forelå en omstøtelig gave fra uskifteboet.

Det var ikke tvil om at det beløp som var overført sto i misforhold til formuen i boet. Overføringene utgjorde til sammen over 50 % av det opprinnelige boet. Det sentrale tvistes spørsmålet var om det forelå en gave, eller om overføringene måtte ses som ledd i en gjensidig bebyrdende avtale. Motytelsen for pengene som var overført ville da være at lengstlevende ble sikret fri bolig, pleie og omsorg for resten av livet.

Lagmannsretten kom, etter en konkret helhetsvurdering, til at det ikke var sannsynlighetsovervekt for at utbetalingen på til sammen NOK 800000 var ledd i en gjensidig bebyrdende avtale. Lagmannsretten viste innledningsvis til at det ikke forelå noen dokumentasjon for at det var inngått noen avtale. Videre la retten betydelig vekt på at C hadde gitt ulike og til dels motstridende forklaringer og karakteristikk av utbetalingene etter at offentlig skifte ble åpnet. Det var ikke grunnlag for å si noe sikkert om hvordan lengstlevende vurderte ordningen med C, men det var visse holdepunkter for at hun hadde hatt et ønske om å begunstige C.

I oppsummeringen av hvorfor retten kom til at det forelå en gave, og ikke en gjensidig bebyrdende avtale, påpekes også forhold som retten mener skiller saken fra Eidsivating lagmannsretts dom 10. april 2006 (LE-2006-25151). Oppsummeringen lyder som følger:

«Ordningen C hevder var avtalt, og som skulle sikre tanten en verdig alderdom, satte D [lengstlevende] i en utsatt rettslig posisjon. I realiteten hadde hun uten skriftlig avtale og uten noen form for sikkerhet frasagt seg sin egen rekkehusleilighet og disponert mer enn halvparten av uskifteboet til fordel for C. Dette svekker Cs anførsel om at det var tale om en gjensidig bebyrdende avtale. Hennes motytelse var en muntlig, ikke tinglyst boret. Heller ikke ytelsene som i flg. C skulle komme i tillegg til boretten er nedfelt skriftlig eller sikret på annen måte. Hertil kommer at også uskifteboets øvrige, gjenværende formue ble betydelig redusert i perioden fra innflyttingen i X til D døde i februar 2006. Slik sett skiller nærværende sak seg fra Eidsivating lagmannsretts dom LE-2006-25151 som ankemotparten har vist til. I denne dommen fremgår at partene hadde søkt bistand hos advokat, og at det forelå i hvert fall utkast til formell avtale. I vår sak må det faktum at C hadde disposisjonsrett til de to konti der D hadde det vesentlige av uskifteboets midler, kombinert med ordningen C hevder var avtalt m.h.t. boret skjerpe kravet til dokumentasjon. Behovet for dokumentasjon og notoritet underbygges ytterligere av at C åpenbart visste det var tre andre testamentsarvinger i tillegg til

henne selv. Bl.a. følger dette av at hun innkalte disse tre til møtet umiddelbart etter tantens død der C foreslo privat skifte, med seg selv som fullmektig.»

Lagmannsretten legger også til grunn at C var i ond tro. I og med at C hadde disposisjonsrett over lengstlevendes bankkonti, hadde hun full innsikt i boets formuesstilling og gavens forhold til denne. Hun burde også forstått at tanten satt i uskifte. Hun var blant lengstlevendes nærmeste slektninger, hadde nær kontakt med henne, og styrte med hennes økonomiske saker. Det legges også vekt på at overføringene ble holdt skjult for medarvingene, og at vissheten om at det var andre testamentsarvinger enn henne selv skjerper aktsomhetskravet.

Størrelsen på omstøtelseskravet ble ikke satt til hele beløpet som ble overført. Det ble gjort et fradrag for stipulert husleie i de månedene lengstlevende bodde i leiligheten hos C. Fradraget ble satt til 213 000 kroner. En anførsel fra Cs side om at omstøtelseskravet kun skulle omfatte det som oversteg terskelen «mishøve til formuen i buet», ble avvist. En slik omstøtelsesregel ville for øvrig være i strid med utgangspunktet om at omstøtelse innebærer et krav på full tilbakeføring av erlagte ytelser, se eksempelvis Rt. 1993 s. 1474, Rt. 2002 s. 127 og UfR 1993 s. 35 H.

Dommen ble påanket til Høyesterett. Ankeutvalget fant enstemmig at verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold tilsa at saken ble fremmet for Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-4.

Saken reiser enkelte spørsmål som ikke ble drøftet i dommen, og som kanskje har større betydning ut over den konkrete saken: Lengstlevende overtok boet uskiftet på bakgrunn av ektefellenes felles testament. Testamentet var ikke nødvendig for å sikre lengstlevende rett til uskifte. Ektefellene var barnløse og hadde, etter hva det er opplyst, kun felleseie. Testamentet, som ikke gir noen av ektefellene mer enn det de har krav på etter loven, ser først og fremst ut til å være opprettet med tanke på sekundærdisposisjonene. Uttrykket «uskiftet bo» er benyttet i testamentet, men jeg er ikke overbevist om at det var brukt for å vise til reglene i arvelovens kapittel 3. En vel så nærliggende tolkning er at testatorne har brukt ordene «uskiftet bo» fordi det ikke skulle foretas noe direkte skifte med andre etter førstavdødes død, men uten at de har hatt i tankene de begrensninger i lengstlevendes råderett som et uskifte medfører. Det er ikke uvanlig at testamenter bruker uskifteterminologi i tilfeller hvor de ikke har ment å innføre et rådighetsregime som det vi har under uskifte.

Det kan riktignok tenkes at ektefellene har brukt uskifteterminologien bevisst fordi de nettopp ønsket at lengstlevende ikke skulle ha mulighet til å forskjellsbehandle testamentsarvingene gjennom livsdisposisjoner. Det kan i utgangspunktet ikke være noe i veien for å innføre begrensninger på en testamentsarvings rådighet som tilsvarer de som gjelder under uskifte. Hvorvidt den ordningen som da opprettes er et legalt uskifte, hvor det skal utstedes uskifteattest, eller om det må anses som en testamentsbasert ordning hvor det skal

utstedes skifteattest til den første suksessoren, kan imidlertid være usikkert.

I saken har man den noe eiendommelige situasjonen at alle arvingene i den uskifteordningen som ble etablert ved testamentet, er lengstlevendes slektsarvinger. En slik ordning gir grunn til å reise spørsmålet om vi overhodet kan si at det foreligger et uskifte. Etter al. § 9 første ledd er uskifte en rett gjenlevende har overfor førstavdødes andre arvinger etter loven. Dette reiser spørsmål ved om det overhodet er mulig å etablere en legal uskifteordning hvor det kun er slektsarvinger etter lengstlevende. Dessuten er det etter den alminnelige oppfatning kun førstavdødes arvinger som kan gjøre gjeldende beføyelser mot de rådighetsbegrensninger arveloven oppstiller i §§ 18, 19, 21, 24 og 27. Testamentsarvingene er her lengstlevendes slektsarvinger. Dette behøver ikke å utelukke at de også kan anses som førstavdødes arvinger i relasjon til rådighetsbegrensningene, men det skaper en del uklarheter. Problemene illustreres kanskje best ved å vise til al. § 18 annet ledd om lengstlevendes testasjonskompetanse under uskifte. I testament kan gjenlevende «rå over ein så stor part av buet som skal gå til hans egne arvingar når han døy». Hele boet skal her gå til lengstlevendes egne arvinger, hvis lengstlevendes egne arvinger betyr lengstlevendes legalarvinger også når uskifteretten er fastsatt i testament med sekundærdisposisjoner. Hvis lengstlevende ved testament har full frihet til å begunstige en av disse, og å utelukke de andre, fremstår det som noe underlig om hun skal være avskåret fra dette gjennom livsdisposisjoner.

John Asland

Lovgivning

Ot.prp. nr. 73 (2007–2008) Om lov om endringer i arveloven mv. (arv og uskifte for samboere)

Ot.prp. nr. 73 (2007–2008) Om lov om endringer i arveloven mv. (arv og uskifte for samboere), ble avgitt 27. juni 2008. Proposisjonen viderefører i stor grad de forslag som ble fremsatt i Lovavdelingens høringsnotat av januar 2007, som igjen bygger på NOU 1999: 25 Samboerne og samfunnet, og på St.meld. nr. 29 (2002–2003) Om familien forpliktende samliv og foreldreskap. Hovedvekten av de nye reglene som angår arv og uskifte for samboere foreslås inntatt i et nytt kapittel III A i arveloven (§§ 28 a og 28 g).

Lovforslaget innebærer for det første at samboere med felles barn skal ha rett til arv etter hverandre direkte i kraft av loven. Lovforslagets legalarverett vil være begrenset til fire ganger folketrygdens grunnbeløp (G). Den lovbestemte arven skal gå foran livsarvingenes plikt-del. Dersom samboerne ønsker å tilgodese hverandre ut over legalarveretten, kreves testament. Legalarveretten skal gjelde hvor partene har, har hatt eller venter barn sammen. I proposisjonen (s. 47) presiseres det at vilkåret om felles barn er oppfylt også der en samboer som venter barn, dør i en ulykke slik at bar-

net også dør (ikke blir født). Høringsnotatets forslag om at også fem års samboerskap skulle gi rett til legalarverett, er ikke videreført. Departementet antok at samboere uten felles barn var en så vidt uensartet gruppe, at man ikke, som for samboere med felles barn, kunne legge til grunn en presumsjon om at samboerne ønsket å tilgodese hverandre ved død. Dessuten anses det som et selvstendig poeng at man har den samme avgrensingen av rettighetssubjektene for både arv og uskifte (proposisjonen s. 26).

For samboere som ikke har felles barn, men som har vært samboende i minst fem år, foreslås det i § 28 b første ledd annet punktum en adgang til å fastsette i testament at den andre parten skal ha rett til arv på opp til 4G. Testamentsarv på opp til 4G skal gå foran eventuelle særlivsarvingers pliktdelsarv. Barnløse samboere kan ellers, som i dag, disponere fritt til fordel for hverandre ved testament.

For det andre foreslås det at gjenlevende samboer som har, har hatt eller venter barn med avdøde, skal ha rett til å sitte i uskiftet bo. Uskifteboet vil etter forslaget omfatte felles bolig og innbo samt bil og fritidseiendom med innbo som har tjent til samboernes felles bruk (§ 28 c første ledd bokstav a og b). Dette innebærer en utvidelse i forhold til den uskifterett som ble foreslått av Samboerutvalget og i Høringsnotatet. Utvidelsen av uskifteboets omfang henger sammen med at gjenlevende samboer som tar over eiendeler uskiftet etter § 28 c, blir personlig ansvarlig for all gjeld som hvilte på avdøde (§ 28 d). Innbo kan god tenkes å være av høy verdi. Uskifteretten er ikke avgrenset til «vanlig innbo». Det er imidlertid i proposisjonen (s. 48) avgrenset mot ting som har tjent til gjenlevende eller avdødes personlige bruk, og mot samlinger og rene investeringsobjekter som oppbevares i boligen eller fritidsboligen. Biler som hovedsakelig brukes i næringsvirksomhet og firmahytter, omfattes heller ikke av uskifteretten.

Uskifteretten kan ved testament eller arvingenes samtykke utvides til også å gjelde andre eiendeler (§ 28 c første ledd annet punktum). Er den utvidede uskifteretten fastsatt i testament, må felles livsarvingers krav på pliktdelsarv vike. Særlivsarvingers arvekrav går imidlertid foran gjenlevendes uskifterett (§ 28 c annet ledd første punktum).

Uskifteretten kan ikke gjøres gjeldende hvor gjenlevende allerede sitter i uskifte etter en tidligere samboer eller ektefelle (§ 28 c tredje ledd annet punktum). Hvis avdøde satt i uskifte etter tidligere ektefelle eller samboer, må et slikt uskifte skiftes før det kan etableres uskifte med gjenlevende i det siste samlivet (§ 28 c tredje ledd i.f.). Dessuten er det foreslått at arvingene skal kunne kreve skifte når gjenlevende ektefelle som sitter i uskifte inngår samboerskap, og samboerskapet har vart i mer enn to år, eller samboerne har, har hatt eller venter barn sammen (nytt § 24 annet ledd annet punktum).

Etter § 28 c fjerde ledd, skal alt gjenlevende samboer blir eier av som hører naturlig sammen med eiendelene som er overtatt i uskifte, inngå i uskifteboet. Det etable-

res et tingsinnbegrepsbo hvor ny bolig, bil, fritidsbolig og innbo går inn i uskifteboet. Hvis bolig eller fritidsbolig selges og gjenlevende går til anskaffelse av noe rimeligere, skal, etter departementets syn, overskuddet inngå i uskifteboet (proposisjonen s. 42).

Ved skifte av uskifteboet, skal delingen foregå slik at boet skal deles i forhold til verdien av hver av samboernes eiendeler på det tidspunktet boet ble tatt over uskiftet (§ 28 e). Det er nettoverdier som legges til grunn for beregningen (proposisjonen s. 42). Ved livstidsskifte har gjenlevende krav på arv (inntil 4G) av førstavedes del.

De alminnelige uskifte reglene i arveloven kapittel III skal komme tilsvarende til anvendelse så langt de passer på samboeruskifte. Hvor det er gitt særlige regler for uskifte, skal særereglene gjelde. Trolig vil dette bety at i tilfeller hvor avdøde hadde eiendeler som i utgangspunktet er gjenstand for uskifte, men som ved bestemmelse fra giver eller arvelater er fastsatt at skal være særerie, vil uskifte med disse eiendelene være utelukket uten samtykke fra giver og/eller de som ellers nyter godt av særeriepåbudet (de andre arvingene).

Grunnvilkåret for både rett til arv og uskifte, er at man oppfyller vilkårene i samboerdefinisjonen i § 28 a. Av redaksjonelle og språklige grunner, er definisjonen av samboer knyttet til definisjonen av samboerskap. De som lever i et samboerskap slik dette er definert i § 28 a første og andre ledd, regnes som samboere i arvelovens forstand (§ 28 a tredje ledd). Samboerskap i lovens forstand kan bare ha to deltakere. Dette innebærer at en person ikke kan være samboer med flere samtidig, og at samboerbegrepet er snevrere enn husstandsfellesskapslovens definisjon av husstandsfelle. Det kreves at partene «lever saman» noe som innebærer at de må være permanent bosatt i samme husstand. Det er imidlertid presisert i annet ledd første punktum, at det ikke er til hinder for at partene anses som samboere at de midlertidig bor fra hverandre, for eksempel i forbindelse med utdanning, arbeid, sykdom, institusjonsopphold eller lignende forhold. Videre kreves det at partene må være minst 18 år, hvilket sammenfaller med myndighetsalder, ekteskapsalder og aldersgrensen for å gjøre rettigheter gjeldende etter husstandsfellesskapsloven. Det kreves at partene skal være ugift, ikke registrert partner eller samboer med noen annen. Dette kravet er satt for å unngå at man skal kunne få kollisjoner mellom flere rettighetshavere. Det kreves også at forholdet skal være ekteskapslignende. Hva som egentlig ligger i dette kravet kan være uklart, men det er på det rene at det i hvert fall ikke utelukker at både heterofile og homofile samboerskap omfattes. Hvis det foreligger et så nært slektskap at det ville utgjøre en ekteskaphindring etter ekteskapsloven § 3, kan partene heller ikke anses som samboere etter lovforslaget.

Både for rett til arv og rett til å sitte i uskifte foreslås det at samboerne kan innskrenke eller utvide hverandres rettigheter ved testament (§ 28 b annet ledd og § 28 c tredje ledd). Reglene etter forslaget vil med andre ord være fravikelige.

John Asland

BOLIGRETT

Borettslags salg av nye leiligheter etter rehabilitering; uriktig opplysning om fellesgjeld. avhl. § 3-8. – Høyesteretts dom 25. juni 2008 (HR-2008-1138-A)

1. Bakgrunn

1.1. Borettslaget *Dælenenggata 3* i Oslo, opprettet 1955, besluttet i 2003 å rehabilitere gården, bl.a. med en økning av antallet leiligheter fra 48 til 61, ved omgjøring av forretningslokaler til boliger og ved nyttegning av andeler i borettslaget.

En eiendomsmegler fikk i oppdrag å selge leilighetene. I en fire siders *salgsoppgave* av desember 2003 ble det opplyst bl.a. at «I henhold til opplysninger fra forretningsfører i brev av 10.12.03 er leilighetens andel fellesgjeld ca kr 60.000,-. I følge opplysninger fra samme er det stipulert med en endelig andel fellesgjeld på mellom kr 80-120.000,- etter rehabiliteringen.»

Fellesgjelden etter rehabilitering skulle fordeles likt mellom andelshaverne. Forsommeren 2004 ble leilighetene lagt ut for salg. Blant interessentene på *visning* var bl.a. Høye, som den 12/7 kjøpte en andel med leierett for 1,1 millioner kroner, og Schildmann, som kjøpte en tilsvarende andel den 1/9 for 990.000 kroner. Boligene ble solgt «som-den-er» (jfr. avhl. § 3-9). I begge *kjøpekontraktene* het det bl.a. at «Kjøper er kjent med at i tillegg til den forannevnte kjøpesum, overtas andel av borettslagets fellesgjeld, som ifølge forretningsfører pt. ikke er endelig fastsatt for denne bolig. Andel fellesgjeld betjenes gjennom betaling av husleien, som pr. d.d. for denne bolig er kr 1.750,- i henhold til opplysninger fra forretningsfører.»

I løpet av våren og sommeren 2005, ble først Schildmann og senere Høye gjort kjent med at fellesgjelden var om lag 170.000 kroner for hver andel. Kjøperne reklamerte (hhv. 19/5 og 29/8) og krevde erstatning for dette. Kravene ble avvist av borettslaget. I september ble det endelig opplyst at fellesgjelden var på 177.000 kroner pr. andel. I januar 2006 reiste de to kjøperne sak mot borettslaget, med krav om prisavslag, subsidiært erstatning.

1.2. Ved *Oslo tingretts dom 22/5-2006* fikk kjøperne medhold. Tingretten bygget sin avgjørelse særlig på regelen om selgers opplysningsansvar i avhl. § 3-8, jfr. § 3-9 1. pkt., og herunder tildels på opplysninger fra kjøperne, som ikke da ble bestridt av borettslaget, om at megleren under visningen hadde opplyst at fellesgjelden «ville være nærmere 80.000 enn 120.000».

1.3. Dommen ble påanket av borettslaget til *Borgarting lagmannsrett*, som i *dom 29/10-2007* frifant borettslaget. Lagmannsretten mente at kjøperne ikke kunne bygge et krav på § 3-8, idet salgsoppgaven da den ble laget ikke var uriktig, og idet forbeholdet i den om at fellesgjelden var «stipulert» ga mulighet for en senere økning i gjel-

den; samtidig som kjøperne, etter bevisførselen om dette, heller ikke kunne bygge en berettiget forventning på meglerens uttalelser. Heller ikke *avhl. § 3-7* kunne føre til ansvar for borettslaget. Riktignok måtte borettslaget ved kontraktsinngåelsene kjenne til at felleskostnadene ville bli høyere enn tidligere antatt. Men ut fra usikkerheten som fremdeles heftet ved tallene, og ut fra forbeholdet i salgsoppgaven når det gjaldt beløpens størrelse, var disse opplysninger som kjøperne etter omstendighetene ikke hadde grunn til å regne med å få, og som de selv var nærmest til å ta forbehold om i kontraktene.

1.4. På tidspunktet for kjøpet (sommeren 2004) var den nye borettslagsloven av 2003 og den tilhørende endringen i *avhl. § 1-1a* ennå ikke trådt i kraft; noe som ifølge både tingretten og lagmannsretten innebar at *avhendingslova ikke kunne brukes direkte* på forholdet. Rettene la imidlertid til grunn at «prinsippene i avhendingslova» (LRs formulering) i stor grad likevel kunne legges til grunn på forholdet, og brukte deretter lovbestemmelsene på vanlig måte.

1.5. For tingretten og lagmannsretten var det også tvist om hvorvidt kjøperne hadde *reklamert* i tide, og om det omstridte *kravets størrelse*. For Høyesterett godtok partene her tingrettens avgjørelse, som innebar at reklamasjonen ble ansett rettidig og at det ble utmålt et skjønsmessig *prisavslag* etter *avhl. § 4-12*, inkludert renter, på kr 60.000 for hver av partene.

2. Høyesteretts dom – oversikt

2.1. Høyesterett fant det enstemmig *klart* at anken fra kjøperne måtte tas til følge, først og fremst ut fra regelen om selgerens ansvar for uriktige opplysninger etter *avhl. § 3-8*.

2.2. Innledningsvis (avsnitt 29) ble nevnt at *avhendingslova ikke direkte* kom til anvendelse, men at partene hadde lagt til grunn at «prinsippene i § 3-7 og § 3-8 om når manglende eller uriktige opplysninger medfører at eiendommen har en mangel, også gjelder for avtaler om avhending av andeler i borettslag inngått før ikrafttreden», noe førstvoterende sa seg enig i. I det følgende anvendte førstvoterende også disse bestemmelsene på vanlig måte (se nærmere her pkt. 3.2).

2.3. Når det gjaldt realiteten, tok førstvoterende (avsnitt 30) utgangspunkt i formålet med § 3-7 og § 3-8, «at kjøper skal kunne stole på at selger gir riktige og fullstendige opplysninger om faktiske og rettslige forhold av betydning», og påpekte at dette også gjaldt for opplysninger i annonser, salgsprospekt eller annen markedsføring på vegne av selgeren, jfr. § 3-8; samtidig som han viste til takstmanndommen (Rt. 2001 s. 369) når det gjaldt risikoen for tilstandsrapporter og til at «selgers strenge opplysningsplikt» også ble underbygget av § 3-10 tredje ledd. Saken ble deretter drøftet nærmere ut fra vilkårene i § 3-8.

2.4. Det første spørsmålet ble formulert som et spørsmål om opplysninger om fellesgjelden i salgsoppgaven fra desember 2003 var uriktige da de ankende parter kjøpte sine andeler i juli og september 2004, jfr. § 3-8 første ledd (avsnitt 30 i.f.). I så fall skulle den før avtalene ble inngått vært rettet på en tydelig måte eller kjøperne gjort kjent med dette på annen måte», jfr. § 3-8 annet ledd (2. komma). Førstvoterende mente det ikke var tvilsomt at nettopp det førstnevnte var tilfelle – og at retting ikke hadde skjedd. (Avsnitt 31 til 34.)

Anførselene fra borettslaget om *forbeholdene* i salgsprospektet og i kjøpekontraktene ble nærmest avfeid av førstvoterende, med en bemerkning om at spørsmålet (bare) var det angitte, «om opplysningene om fellesgjelden i salgsoppgaven er uriktige og utgjør en mangel etter § 3-8», og at det avgjørende var om opplysningene fra 2003 *fortsatt var riktige* da avtalene om kjøp ble inngått; noe de altså utvilsomt ikke var.

Det ble bl.a. fremhevet at økningen i byggekostnadene ble rapportert til styret en gang hver måned og det ble løpende fremlagt en status med fremdrift og økonomi. Styret hadde ikke grunnlag for å anta at de økte byggekostnader ville bli kompensert av økte salgsinntekter. Førstvoterendes «konklusjon» ble etter dette at «styret visste at opplysningene om fellesgjelden i salgsoppgaven ikke lenger var korrekte da kjøpekontraktene ble inngått».

2.5. Neste spørsmål var da *om de uriktige opplysninger i salgsoppgaven hadde virket inn på avtalen*, jfr. § 3-8 andre ledd (1. komma). Også dette mente førstvoterende var tilfelle. (Avsnitt 35 til 37.)

For det første var det *generelt sett åpenbart* at en økning av fellesgjelden i forhold til opplysningene i salgsoppgaven har betydning for kontantvederlaget. Det var *ingen forskjell mellom fellesgjeld og annen gjeld som kjøper etter kjøpsavtalen skal overta*. Førstvoterende «tilføyet» også at «den nye eiendomsmeidlerloven [av 2007] § 6-7 tredje ledd bestemmer at ved formidling av sameieandeler og eierseksjoner skal den skriftlige oppgaven fra megler inneholde blant annet lånevilkårene for nedbetaling av fellesgjeld og beregning av månedlige felleskostnader samt andre kostnader som knytter seg til dette. Det følger av bestemmelsen at størrelsen på eventuell fellesgjeld må opplyses». (Etter samme bestemmelse gjelder dette også for borettslagsandeler, min tilføyelse.)

Selger hadde (her) ikke ført noe bevis for at kjøperne i dette tilfellet ikke la vekt på fellesgjeldens størrelse. Økningen av fellesgjelden fra 120.000 kroner til 177.000 kroner hadde betydning for kontantvederlaget. Det var uten betydning at økningen ikke førte til høyere fellesutgifter til rente, nedbetaling, vedlikehold og drift.

2.6. Ut fra dette forelå da etter § 3-8 en mangel som gav rett til prisavslag. Partene var enig om prisavslagets størrelse (se foran pkt. 1.5); og kjøperne ble tilkjent *fulle saksomkostninger* for alle tre instanser (avsnitt 38).

3. Noen enkeltspørsmål

3.1. Høyesteretts bruk av *avhendingslovas* § 3-8 fremstår i utgangspunktet som en tradisjonell anvendelse av bestemmelsen; med særlig vekt på spørsmålene om opplysningenes uriktighet og kausalitet (innvirkning på avtalen), se foran pkt. 2.4 og 2.5. Dommen gir et interessant eksempel på alt dette, som anvendt på et spørsmål utenfor kjerneområdet for bestemmelsen – her ved opplysninger om fellesgjelden som en form for felles heftelse på eiendommen.

Påfallende med dommen er bl.a. fremhevelsen av § 3-8 som en regel om *selgers strenge opplysningsplikt*, koblet til en *nedbetoning* av selgerens forbehold (avsnitt 32, her pkt. 2.4), i retning av en ytterligere *objektivert* anvendelse med vekt på kjøperes *typiske forventninger* (avsnitt 36-3, her pkt. 2.5), og i en formell behandling av fellesgjeld i borettslag som enhver annen pengeheftelse, uavhengig av dens virkning for leiesummen.

Men tendensen til objektivert er ikke helt entydig. Måten § 3-8 omtales på i saken, viser at det til dels også er mulig å trekke inn selgerens *subjektive* hensikter osv., som argument, etter en form av analogi fra § 3-7; se i denne retning særlig avsnitt 33–34 (her pkt. 2.4.i.f.).

3.2. Et viktig utgangspunkt for dommen, som kan bli borte ved en rask lesning av den, er den særlige *rettskildesituasjonen*, ved at *avhendingslova* ble hevdet å komme til anvendelse i saken *ikke direkte*, men bare som uttrykk for antatt foreliggende *rettsprinsipper* (se ovenfor pkt. 1.5 og 2.2). Ingen av instansene gav en nærmere redegjørelse for hvordan prinsippene nærmere kunne identifiseres, eller for hva det kunne innebære å bygge på dem. For så vidt er det påfallende *hvor liten betydning* nettopp dette utgangspunktet ble tillagt: I praksis nøyde alle instanser, og kanskje aller mest Høyesterett, seg med å bruke loven akkurat som vi er vant til – ved finlesning og anvendelse, punkt for punkt, av de enkelte lovbestemmelsene (her særlig § 3-8) – idet det ble tatt for gitt at dette også svarte innholdsmessig til de angitte prinsippene, og at prinsippene var fullt anvendelige i saken.

Et grunnleggende spørsmål som dommen reiser, er hvorvidt det er og bør være *så enkelt* å ty til og anvende prinsippene, generelt og i vår sak. Spørsmålet har iallfall to sider; dels mer spesifikt når det gjelder forholdet til særlige regler for borettslag (pkt. 3.3), og dels når det gjelder forholdet mellom strenghet og fleksibilitet (pkt. 3.4).

3.3. Noe som ikke ble påberopt eller omtalt i saken, var de særlige reglene om *ervert av andeler med leierett til bolig ved nytegnning i borettslag ved utvidelse av andelsantallet*. De någjeldende reglene om dette knytter direkte og bevisst an til *avhendingslova*, se dennes § 1-1a (evt. tilsvarende til *bustadoppføringslova*), idet tanken nettopp er at kjøpere av borettslagsleiligheter skal behandles likt med andre boligkjøpere. Men før ikrafttredelsen av den nye borettslagsloven, fantes det enkelte særregler om dette i den gamle borettslagsloven, *lov 4/2-*

1960 nr. 2 kap. 5. Kapitlet, og også de fleste rettsavgjørelsene om det, handlet først og fremst om *bygge- og finansieringsplan og borettsinnskudd* samt om senere endringer i planene, ved *fullstendig nydannelse* av borettslag i nylagde eller gamle boliger; herunder ved boligbyggelagets salg av andeler i kontorstiftede borettslag (jfr. lovens § 40). Men reglene kom også til anvendelse ved *delvis nydannelse*, så som i vår sak, ved en senere utvidelse av andelsantallet etter ombygging (se i denne retning tydelig også Grini og Lilleholt: *Borettslovene*. Kommentartutgave. 3. utg. Oslo 1993 s. 383 note 6). Praktisk i begge tilfeller var bl.a. reglene i borl. § 26, jfr. § 29, om andelseierens beføyelser i tilfeller hvor borettslaget misligholdt avtalen eller handlet i strid med bygge- og finansieringsplanen. Loven bygget der bl.a. på en forutsetning om at borettslaget i en viss utstrekning *kunne* foreta senere endringer i bygge- og finansieringsplanen, både mht innskuddet og mht. en uttrykkelig forespeilet fellesgjeld, uten at det medførte misligholdsvirkninger for borettslaget eller for boligbyggelaget. (Ett av spørsmålene som ble reist, men besvart benektende, var om § 29 om andelseierens hevningsrett i visse slike tilfeller var uttømmende, særlig i tilfeller hvor boligbyggelaget uaktsomt hadde oppgitt for lave beløp eller senere påført borettslaget tap. To klassiske dommer om emnet er Rt. 1972 s. 1171 og Rt. 1979 s. 81.) Utviklingen gikk nok allerede før den nye borettsloven i retning av en skjerpelse av ansvaret. Men helt til det siste har det vært en tendens til å behandle borettslaget, dets forretningsfører og andre involverte tredjemenn mildere enn andre selgere; også i tilfeller hvor rettsforholdet ved ervervet ble betraktet uavhengig av kap. 5 og ansett som et *kjøp* etter kjøpslovens (nå *avhendingslovas*) regler. Dette gjaldt særlig (fra først av) i tilfeller hvor borettslaget solgte andeler til en form for selvkost, men også i noen tilfeller ut over det, hvor situasjonen tilsa en mildere norm. I rettspraksis finnes det flere tilfeller hvor en for lavt oppgitt fellesgjeld *ikke* har medført ansvar for selgeren i slike tilfeller, også i tilfeller som minner om vår sak; se som eksempel Eids LR-dom 18/10-1995 (ved salg fra kommunen); RG 2004 s. 1650 (Hålogaland) (ved salg fra privat utbygger); og kanskje særlig Oslo tingrett – d 7/7-2006 (ved salg fra borettslaget selv).

Etter den nye borettsloven, og nå altså også ifølge Høyesteretts dom etter eldre rett, behandles salg av borettslagsboliger som salg av alle andre boliger etter avhl., også ved salg fra borettslaget selv. At reglene i borl. 1960 kap. 5, som formelt gjaldt for forholdet i vår sak, ifølge opplysninger fra partenes prosessfullmektiger, ikke engang ble *nevnt* noen gang under saken, hverken av dem selv, i dommene eller (iallfall utad) av noen av de involverte dommerne, viser kanskje mer enn noe den lange veien borettslagsretten har gått, fra 1960 til i dag.

3.4. Et annet spørsmål som denne saken reiser, er hvorvidt og eventuelt på hvilken måte anvendelsen av uskrevne *rettsprinsipper* kan og bør likestilles med anvendelsen av (evt. ufravikelige) *lovbestemmelser*:

Intuitivt virker det klart at prinsipper i større utstrekning enn loven selv kan og bør kunne åpne for særlige løsninger og tilpasninger til andre regelsett, dvs. for fleksibilitet i rettsanvendelsen, f.eks. ut fra en påberopelse av særlige reelle hensyn generelt eller i den enkelte sak. Anvendt på regler som dem i avhl. § 3-8, kunne det f.eks. innebære å åpne for påberopelse av skyldbetraktninger (etter analogi fra § 3-7), eller for påberopelse av prinsipper om utvekslingsrettferdighet og berettigede forventninger, (etter analogi fra forbrukerkjøpsl. § 15 annet ledd pkt b eller for så vidt etter analogi fra en antitese fra avhl. § 3-9 annet punktum; kanskje også etter analogi fra den gamle borettsloven kap. 5 som nevnt). I vår sak – som i andre lignende saker – kunne det i tråd med dette f.eks. hevdes at sålenge borettslaget behandlet alle andelseiere likt (her: ved å fordele fellesgjelden likt mellom gamle og nye andelseiere) og ikke ensidig «skor seg» på andelskjøperens bekostning, så bør man lettere kunne godta visse endringer i forhold til en opprinnelig bygge- og finansieringsplan.

På den annen side kan prinsipper også gi en oppfordring til nettopp å hevde prinsippets styrke ved *prinsippfasthet*, selv i tilfeller hvor løsningen fremstår som firkantet og formalistisk.

Umiddelbart – med et forbehold når det gjelder forholdet til § 3-7 (se ovenfor pkt. 3.1 i.f.), virker det som Høyesterett her har valgt den strengeste varianten; både ved at retten overhodet ikke har synes synd på borettslaget, og ved en forutsetning om at *bordet* (ordet) *fanger*; ja endog ved å anse sakens utfall som *klart*. Også her er tendensen i retning av den nye borettslovens system tydelig: Borettslagene og deres hjelpere er trukket inn i markedets fold. I denne saken kan det, bl.a. ut fra allmennpreventive hensyn – hevdes at avgjørelsen som konkret avgjørelse var både riktig og god nok. Men signalene den gir om anvendelsen av rettsprinsipper som formell rett kan diskuteres.

Gert-Fredrik Malt

ERSTATNINGSRETT

Rettsvern mot bruk av personfotografier i trykt skrift

Retten til å bruke personbilder i trykt skrift, begrenses av flere rettsregler. En spesialregel om rett til eget bilde fremgår av åndsverklovens § 45c, som bestemmer at fotografi som avbilder en person ikke kan «gjengis eller vises offentlig uten samtykke». Herfra gjøres enkelte unntak, bl.a. for tilfelle hvor bildet har «aktuell og allmenn interesse». Bruk av personbilder kan videre støte an mot vernet for privatsfæren, jf. bl.a. straffelovens § 390 og EMK artikkel 8, eller mot det ulovfestede «personlighetsvernet», jf. Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer). Ved vurderingen av om en gjengivelse er rettsstridig, må det særlig legges vekt på hvorledes og i hvilken sammenheng den har funnet sted, og på hvor

sterke allmenninteresser, herunder interessen i frie ytringer, som kan anføres til støtte for billedbruken. Hvis det har skjedd en krenkelse, kan den avbildede kreve erstatning for økonomisk tap, samt eventuelt oppreisning for ikke-økonomisk skade etter reglene i skadeserstatningslovens § 3-6 eller åndsverklovens § 55.

To nyere avgjørelser fra de høyeste domstolene i Norge og Danmark, er egnet til å belyse hvor grensen skal trekkes for den lovlige publisering av fotografier. Den norske saken (HR-2008-1480-A) gjaldt en «kjendisreportasje» i ukebladet Se og Hør, som omtalte og viste bilder fra bryllupet til skuespillerinnen Andrine Sæther og musikeren Lars Lillo-Stenberg. Selve vielsen skjedde på en holme, utenfor Grapan pensjonat på Tjøme, og bildene var tatt med kraftig telelinse, fra en odde omlag 200–250 meter fra det stedet hvor vielsen fant sted. Saken må betraktes som et utpreget grensetilfelle, hvilket også illustreres av at Høyesterett delte seg i et flertall på tre dommere, og et mindretall på to.

Flertallet og mindretallet var enige om den generelle forståelsen av rettsreglene på området: Bilder som har en personlig karakter er vernet mot publisering etter straffelovens § 390 og EMK artikkel 8, men det må innfortolkes i bestemmelsene en *rettsstridsreservasjon*, som innebærer at det skal foretas en avveining mellom hensynet til privatlivet og de allmenne interesser som taler for publisering. Flertallet og mindretallet var videre enige om at også «kjendiser» har krav på et vern mot meddelelser om personlige forhold, og om at «kjendisstoff» som ikke har noen allmenn interesse ut over underholdningsverdien, stiller svakt i forhold til vernet for ytringsfriheten.

Grunnlaget for uenigheten synes først og fremst å ha vært ulikheter i den konkrete bedømmelsen av situasjonen og beskyttelsesbehovet. Mens førstvoterende, på vegne av flertallet, beskrev vielsesseremonien som «spektakulær» (avsnitt 51), og mente at dette talte for et mer begrenset vern enn det som tilkommer mer ordinære bryllup, så annenvoterende på rammene omkring seremonien som en del av det «personlige preget brudeparet har ønsket å gi bryllupet» (avsnitt 65). Og mens førstvoterende fremhevet at stedet for vielsen var allment tilgjengelig, pekte på at området var åpent for alminnelig ferdsel etter friluftsløven og dessuten nevnte at det «i august er mange folk på Tjøme» (avsnittene 50 og 51), la annenvoterende større vekt på at holmen lå i tilknytning til pensjonatet hvor bryllupsfesten skulle finne sted, og mente at de «ytre rammer [fremsto] som en markering av at bryllupet var noe paret ønsket å holde for seg selv og sine gjester» (avsnitt 64).

En kan spørre hva dommen innebærer for ukepressens adgang til å bruke bilder av kjente personer til illustrative formål i forbindelse med underholdningsstoff. Både flertallet og mindretallet understreket at vernet for ytringsfriheten ikke har særlig tyngde på dette området (avsnittene 39 og 67). Likevel kan man spørre om det ikke er skjedd en viss glidning i synet på den

«kulørte presse», fra det som kom til uttrykk i saken i Rt. 1995 s. 1948 – som verken nevnes av førstvoterende eller annenvoterende – hvor Se og Hør ble dømt for å ha publisert bilder av ekteparet Diana Ross og Arne Næss, sammen med parets barn. «Medias omtale av hendelser i inn- og utland er – og har lenge vært – svært bred,» fremholdt førstvoterende den gangen, «og jeg ser ingen grunn til å legge et snevert syn til grunn ved fortolkningen, i den forstand at hendelsen må ha spesielt stor nyhetsverdi eller være av interesse for en stor del av befolkningen. Men et visst minstemål av generell nyhetsverdi må kreves» (s. 1953). Og dette minstemål vil ikke være oppfylt ved den typiske «kjendisreportasje»: «likt og ulikt fra kjente personers liv. Vanlige hendelser – som bare har interesse fordi de angår kjente personer – slås ofte stort opp, og pressen skaper til dels «nyheter» av helt trivielle ting, uten virkelig informasjonsverdi for allmennheten. At det er interesse for dette stoffet, er etter min mening ikke i seg selv tilstrekkelig til å gi «nyheter» av denne art karakter av «dagshending» i lovens forstand. På dette området må terskelen ligge relativt høyt, uten at jeg her vil innlate meg på å trekke opp en grense. Den vil avhenge av hvilken person som omtales, og hendelsens karakter» (s. 1953–1954).

Det kunne kanskje vært mulig å forklare forskjellen i resultat med at et bryllup har større interesse blant allmennheten enn mer ordinære hendelser i kjente personers liv (jf. RG 1997 s. 390, Borgarting, om Ole Paus' bryllup), men en slik distinksjon er problematisk, og det er heller ingen ting i førstvoterendes votum som tyder på at det var dette som ble ansett som avgjørende. Heller ikke ble det trukket frem noen andre allmenninteresser som talte for publisering. Flertallet tar ikke stilling til om fotografiene hadde «et visst minstemål av generell nyhetsverdi», i den forstand dette uttrykket ble brukt i Rt. 1995 s. 1948, og pekte heller ikke på noen samfunns-hensyn som talte for en rett til publisering. Snarere synes det å ha vært *fraværet av sterke personvern hensyn* som var utslagsgivende for flertallet. Slik sett kan flertallets standpunkt oppfattes som uttrykk for at det nå er *presserfriheten*, og ikke personvernet, som skal anses som utgangspunktet og hovedregelen, og at det er begrensningene i presserfriheten som krever en særskilt begrunnelse. Et slikt synspunkt kan generelt ha en del for seg (jf. nærmere Are Stenvik, «Rettsbeskyttelse av personlig særpreg», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2003 s. 601–647, på s. 627–631), men er problematisk når det gjelder nettopp *personfotografier*. Åndsverklovens § 45c er utformet på den motsatte måte, slik at det er *retten til eget bilde* som er hovedregelen, og bruken av bildet som må kunne begrunnes ut fra en «aktuell og allmenn interesse». Selv om det er vanskelig å finne særlig mange spor av dette særlige vernet for personfotografier i førstvoterendes votum, bør man holde fast ved at slike bilder har et sterkere vern mot publisering enn f.eks. tegninger og verbale beskrivelser.

På det praktiske plan blir konsekvensen av flertallets standpunkt at personfotografier som hovedregel kan

publiseres. Unntak kan begrunnes f.eks. med at fotografiene er «usanne», med at de viser en situasjon som er særlig belastende for objektet eller med at fotografiene viser objektet i en spesielt intim eller personlig situasjon. Unntak bør dessuten gjelde for fotografier som er skaffet til veie på ulovlig eller etisk klanderverdig måte. På nettopp det siste punktet kan det være grunn til å melde en viss uenighet med flertallets vurdering av måten fotograferingen fant sted på: «For brudeparet hadde det likevel ikkje vore noko betre om fotograferinga hadde skjedd på kortare hald,» mente førstvoterende, «og då eventuelt ein stad der fotograf og journalist kunne observerast av brudefølgjet. I så fall kunne heile vigselen vorte uroa» (avsnitt 52). Det er imidlertid vanskelig å se noen grunn til å legge vekt på at ukebladet kunne ha opptrådt enda mer hensynsløst, og gjort større skade. Poenget er vel heller at den fordekte fotograferingen viste at ukebladet var på det rene med at objektene ønsket å beskytte seg mot allmennhetens innsyn, slik mindretallet la til grunn (avsnitt 69), og slik det har vært lagt til grunn i tidligere saker, jf. f.eks. Rt. 1987 s. 1082. Fordekte journalistiske metoder kan være på sin plass i noen sammenhenger, men ikke når det gjelder de rene «kjendisreportasjer». Det er ikke ønskelig med en rettsutvikling som stimulerer «paparazzi-journalistikk». I et grensetilfelle som det foreliggende, kunne dette momentet meget vel ha vært tillagt avgjørende vekt.

Også den danske saken gjaldt (danske) Se og Hør, men en litt annerledes form for billedbruk (dom 24. februar 2004 i sak V 44/03). Etter at det danske kvinnelandslaget vant Europamesterskapet i håndball i 2002, brakte ukebladet en plakat i stort format, som vedlegg til bladet, med på den ene siden et fotografi av laget og seierstrofeet, og på den andre siden av målvakten Karin Mortensen. Ingen vil vel bestride at også den «kulørte presse» kan bringe bilder av idrettsfolk til illustrasjon av redaksjonell omtale av idrettsbegivenheter. På den andre siden kan også idrettsstjerner, som andre personer, motsette seg at deres bilder blir brukt i reklame og kommersiell virksomhet. Den danske saken illustrerer at det finnes en gråson mellom redaksjonelt stoff og kommersiell utnyttelse. På samme måte som Sø- og handelsretten, kom Højesteret til at plakaten ikke kunne anses som en del av den redaksjonelle deklaringen av begivenheten. Den hadde ingen sammenheng med redaksjonelt stoff inne i bladet, men måtte snarere karakteriseres som «idolplakat», og – ifølge Sø- og handelsretten – som en «snylting på kvindelandsholdets og Karin Mortensens bekendthetsgrad med henblik på markedsføring af Se og Hør». Som eksempler på mer utpregede grensetilfelle kan nevnes Oslo tingretts dom i NIR 2003 s. 615, som gjaldt bilder av skuespilleren Per Christian Ellefsen i Den norske bokklubben medlemsblad, Bokspeilet, og den amerikanske avgjørelsen *Hoffman v. Capital Cities* (F.Supp.2d 867), som gjaldt et tilfelle hvor Los Angeles Magazine hadde publisert manipulerede bilder av Dustin Hoffman over 15 sider, i en fotoreportasje som viste antrekk fra kjente og

eksklusive designere, med et visst innslag av redaksjonelle kommentarer. I begge de to sistnevnte tilfellene ble billedbruken ansett som lovlig.

Are Stenvik

FAMILIERETT

Tilbakelevering av barn etter barne bortføringsloven – Høyesteretts kjennelse 13. juni 2008 (HR-2008-1054-U), Rt. 2008 s. 829

Avgjørelsen gjaldt videre anke i en sak om tilbakelevering av barn etter barne bortføringsloven (bbfl.). Denne loven transformerer Haagkonvensjonen 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barne bortføring (HK) til norsk rett.

Lovens og konvensjonens hovedregel er at barn som er bosatt i en annen konvensjonsstat og som er ulovlig bortført eller tilbakeholdt her i landet straks skal tilbakeleveres, bbfl. § 11(1). Reglene er de samme for bortføring og tilbakeholdelse. Fra denne tilbakeleveringsplikten er det noen få, restriktivt formede unntak i § 12. I tilbakeleveringssaken skal det ikke foretas noen vurdering av barnets beste. Tilbakeleveringsavgjørelsen innebærer ikke noen avgjørelse om foreldreansvar eller fast bosted for barnet, hensikten er at dette skal avgjøres i en senere barnefordelingssak i bostedslandet etter tilbakelevering.

Sakens faktum

En gutt som var født i 1997 bodde sammen med faren i USA, mens moren bodde i Norge. Faren hadde den daglige omsorgen for barnet etter en rettskraftig amerikansk avgjørelse. Gutten var på sommerferie hos moren i Norge i 2007, og da ferien var over tilbakeholdt hun ham her i landet og viste til at gutten selv ikke ønsket å reise tilbake til faren i USA. Faren krevde sønnen tilbakelevert til USA etter Haagkonvensjonen.

Tingretten påla tilbakelevering til USA, ved tingrettens kjennelse 12. desember 2007. Det ble ikke avholdt rettsmøte i saken. Tingrettsdommeren hadde en samtale med gutten, der han ga uttrykk for at han ikke ønsket å reise tilbake. Moren fremla rapport fra en psykolog som hadde hatt samtaler med gutten, der gutten også fortalte at han ikke ønsket å reise tilbake til USA. Moren anførte at faren praktiserte en ekstrem barneoppdragelse blant annet med husarrest, og at dette var barne mishandling. Men retten fant at verken barne bortføringsloven § 12 (b) om at tilbakelevering medfører alvorlig risiko for skade eller en situasjon som ikke kan godtas, eller § 12 (c) om at barnet selv motsetter seg tilbakelevering og har nådd en alder og modenhetsgrad som gjør det naturlig å ta hensyn til barnets mening kom til anvendelse i saken.

Moren påkjærte kjennelsen til lagmannsretten. Lagmannsretten fant det ikke nødvendig å innkalle til muntlige forhandlinger. Lagmannsrettens flertall fant at gutten motsatte seg tilbakelevering, og hadde nådd slik

alder og modenhet at det var naturlig å ta hensyn til hans mening. Tilbakelevering ble derfor avslått etter bbfl. § 12 c, ved Gulating lagmannsretts kjennelse 29. februar 2008. Mindretallet kom til samme resultat som tingretten.

Faren anket kjennelsen inn for Høyesteretts ankeutvalg. Ankeutvalget opphevet kjennelsen fordi «det var en saksbehandlingsfeil at det ikke ble avholdt muntlige forhandlinger for å sikre at saken ble best mulig opplyst. Det vises til at den ankende part har anført at han ikke har fått mulighet til å representere seg selv» (kjennelsens punkt 21).

Ankeutvalgets avgjørelse reiser flere interessante spørsmål i forhold til saksbehandling, saksopplysning og barnets uttalelser i tilbakeleveringssaker. Disse punktene vil bli gjennomgått og kommentert i det følgende.

Avveining mellom saksopplysning og hurtighet

Haagkonvensjonens hovedregel er at et barn som er ulovlig bortført eller tilbakeholdt skal leveres tilbake straks, HK art. 12 (1). De juridiske eller administrative myndigheter skal foreta raskest mulig saksbehandling for å få barn levert tilbake, HK art. 11 (1). I barne bortføringsloven er det understreket at saken skal behandles uten opphold. Hvis saken ikke er avgjort innen seks uker, skal retten redegjøre for årsaken til forsinkelsen dersom saksøkeren ber om det, bbfl. § 16. I Justisdepartementets Rundskriv om Europarådskonvensjonen og Haagkonvensjonen om barne bortføring (G-136/91, se www.barne bortforing.no) heter det at av hensyn til barnets interesser skal saker etter konvensjonene gis høy prioritet (s. 48).

Høyesteretts kjæremålsutvalg har også understreket betydningen av at saken behandles raskt. I en sak hadde lagmannsretten brukt åtte måneder på å behandle kjæremålet over namsrettens tilbakeleveringsbegjæring. Kjæremålsutvalget uttalte i Rt. 1991 s. 1051:

«Etter loven av 8. juli 1988 påhviler det norske domstoler en plikt, som er traktatfestet, til å sørge for at saker om tilbakelevering av barn etter § 11 blir behandlet uten opphold. Etter kjæremålsutvalgets oppfatning er det av stor betydning at denne plikt blir etterlevd. På denne bakgrunn er det beklagelig at lagmannsrettens avgjørelse – som det påpekes i kjæremålet – har trukket så lenge ut. Dette kan imidlertid ikke i seg selv føre til opphevelse av avgjørelsen» (s. 1054-1055).

Dette kravet til hurtighet må i den enkelte sak avveies mot hensynet til en forsvarlig saksbehandling. I en tilbakeleveringssak i Rt. 1993 s. 881 hadde det vært muntlige forhandlinger i namsretten. Begge partene og en psykiater som hadde hatt samtaler med den eldste datteren (på 9 år) uttalte seg. Dommeren hadde også en samtale med den eldste datteren utenfor rettsmøte. Namsretten fastsatte at tilbakeleveringsbegjæringen ikke skulle tas til følge. Etter kjæremål stadfestet lagmannsretten denne kjennelsen, uten å avholde nye muntlige forhandlinger eller oppnevne ny sakkyndig. Kjæremål over denne saksbehandlingen ble forkastet. Kjæremålsutvalget uttalte:

«Disse sakene skal behandles raskt og dette setter grenser for hvor omfattende saksforberedelsen kan bli.»

I vår sak nevnte ikke Ankeutvalget kravet om rask saksbehandling i tilbakeleveringssaker. Det ser ikke ut til at dette hensynet ble vektlagt, på tross av Norges folkerettslige forpliktelse til å behandle begjæringer etter Haagkonvensjonen raskt.

Muntlige forhandlinger

Konvensjonen regulerer ikke hvorvidt det skal avholdes muntlige forhandlinger i tilbakeleveringssaker. Det er ulik praksis mellom konvensjonsstatene her. I flere lands rett er det begrenset adgang til muntlige forhandlinger, for å sikre at saken kan behandles raskt. I en anbefaling fra Haagkonferansen heter det at for å sikre en rask prosedyre bør det vurderes å legge vekt på skriftlige bevis slik at muntlig bevisførsel ikke er nødvendig, og at det bør vurderes om det vil forsinke saken at saksøkeren møter personlig (Guide to good practice Part II punkt 6.5.2 og 6.5.3, se www.hcch.net). Derimot følger det av et særskilt EU-regelverk på området at ved barne bortføringer EU-landene imellom skal søkeren høres før tilbakelevering avslås (Brussel II bis-forordningen art. 11(5)).

I Justisdepartementets rundskriv om barne bortføring heter det at rettsmøte bare avholdes dersom retten beslutter det. Ønsker saksøkeren i utlandet å møte for retten i Norge for å avgi forklaring, bør det som regel innkalles til rettsmøte. Har saksøkeren advokat her i landet uten selv å være til stede, bør det innkalles til rettsmøte dersom advokaten ber om det, og kan møte på kort varsel. Saksøkeren, eventuelt ved advokat, og saksøkte bør så vidt mulig være til stede samtidig. Rettsmøte bør på de samme vilkår også avholdes etter begjæring av saksøkte eller dennes advokat (s. 52).

Ankeutvalgets avgjørelse gjaldt spørsmålet om lagmannsretten som kjæremålsinstans burde ha avholdt muntlig forhandling, men i denne saken hadde heller ikke tingretten avholdt rettsmøte, og avgjørelsen må nok derfor leses med bakgrunn i at faren ikke for noen rettsinstans hadde fått anledning til å forklare seg direkte for retten.

Utvalget tok utgangspunkt i tvistemålsloven § 403 tredje ledd om at muntlige forhandlinger kan besluttes dersom «særlige grunner taler for det». Lagmannsrettens kjennelse gjaldt et kjæremål innkommet til retten 24. desember 2007, og det ble derfor regulert av tvistemålsloven. (Regelen er videreført i tvisteloven § 29-15 (2) om at muntlig forhandling holdes når hensynet til forsvarlig og rettferdig rettergang tilsier det.) Denne regelen gjelder for tilbakeleveringssaker, jf. bbfl. § 18 (1) siste punktum og tvangsfullbyrdsloven § 2-12. Ankeutvalget uttalte at det avgjørende er hva hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier. Utvalget henviste så til Rt. 1999 s. 1569 og Rt. 2000 s. 234. Til dette skal bemerkes at begge disse avgjørelsene gjaldt straffeprosessloven § 387, og det var i begge tilfeller snakk om svært viktige avgjørelser (henholdsvis spørsmålet om en tidligere siktet hadde sannsynliggjort at hun ikke hadde forvoldt et barns død, og spørsmål om en bot på

500.000 kr. i foretaksstraff for en avis fordi redaktøren hadde nektet å etterkomme rettskraftig pålegg om å utlevere upublisert fotomateriale som hadde betydning som bevis i etterforskningen av en drapssak). I disse sakene var hensynet til rask saksbehandling ikke relevant, mens dette er av stor betydning i tilbakeleveringssaker.

Ankeutvalget la også vekt på at plikt til å avholde muntlige forhandlinger kan følge av Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 6 nr. 1, men at denneplikten ikke er absolutt, jf. Rt. 2008 s. 257. Menneskerettsdomstolen har avsagt flere dommer om tilbakeleveringsavgjørelser etter Haagkonvensjonen, men har ikke tatt stilling til spørsmålet om muntlige forhandlinger i slike saker. Generelt har Domstolen stilt krav om rask saksbehandling og effektiv fullbyrding av tilbakeleveringsavgjørelser, en viktig prinsippavgjørelse er *Ignaccolo-Zenide mot Romania* (klage nr. 3167/96, dom 25. januar 2000).

Ankeutvalget la vekt på at den ankende part selv hadde anført at han ikke har fått mulighet til å representere seg selv. Sammenholdt med anbefalingen i Rundskrivet, må dette innebære at dersom saksøker krever det, skal det avholdes rettsmøte i tilbakeleveringssaker. Som nevnt er dette også i tråd med EU-regelverket på området. Hvorvidt lagmannsretten skal avholde rettsmøte når dette allerede er gjort i tingretten, må bero på en konkret vurdering av om dette er nødvendig for å få frem om saken er «forsvarlig» opplyst, slik tvisteloven krever. I kjennelsens punkt 21 uttaler utvalget at det var en saksbehandlingsfeil at det ikke ble avholdt muntlige forhandlinger for å sikre at saken ble «best mulig» opplyst. Denne uttalelsen kan neppe tas helt på ordet.

Oppnevning av sakkyndig

Retten hadde ikke oppnevnt noen sakkyndig i tilbakeleveringssaken, men lagmannsretten hadde lagt vekt på forklaringen til en psykolog som var engasjert og betalt av moren. Ankeutvalget uttalte at lagmannsretten burde ha vurdert om det i lys av farens innvendinger mot den privat engasjerte psykolog, var behov for retten til å oppnevne en sakkyndig.

Fra Haagkonferansen er det understreket at bruken av sakkyndige må avveies mot hensynet til rask saksbehandling og må avgrenses til spørsmål som er direkte relevante for selve tilbakeleveringsspørsmålet (Rapport fra Spesialkommisjonen i 2001 punkt 3.7, se www.hcch.net).

Justisdepartementet skriver i Rundskrivet at bortsett fra bruk av sakkyndig medhjelper under dommeravhør av barnet, bør det bare rent unntaksvis komme på tale å oppnevne sakkyndig til å foreta en mer fullstendig utredning av barnets og partenes forhold før avgjørelsen treffes. Departementet peker på at det vil være nødvendig å foreta undersøkelser hos og ha samtaler med saksøkeren i utlandet for at den sakkyndige skal kunne danne seg et noenlunde samlet bildet av barnets situasjon før og etter bortføringen, og at dette vil ta svært lang tid og medføre betydelige kostnader. Depar-

tementet antar at sakkyndig under enhver omstendighet bare bør oppnevnes i de tilfeller som er omhandlet i § 12 (b). Nytten av den sakkyndige uttalelsen må avveies mot tiden som vil gå og kostnadene dette vil medføre (s. 56).

Kjæremålsutvalget har tidligere tatt stilling til spørsmålet om en sakkyndig i en tilbakeleveringssak i Rt. 1997 s. 506. En gutt på 9 år var ulovlig bortført fra Italia til Norge av sin mor. Faren krevde tilbakelevering. I namsretten møtte begge parter til muntlige forhandlinger, dommeren hadde en samtale med gutten utenfor rettsmøte, og det var oppnevnt en sakkyndig som uttalte seg i saken, men uten å avgi noen skriftlig rapport. Namsretten fastsatte tilbakelevering. Etter kjæremål opprettholdt lagmannsretten kjennelsen, uten å avholde nytt rettsmøte eller oppnevne ny sakkyndig. Kjæremålsutvalgets *flertall* fant at dette utgjorde en saksbehandlingsfeil. Utvalget antok at den sakkyndiges vurdering hadde spilt en helt sentral rolle for sakens utfall i namsretten. Siden det ikke var avgitt noen skriftlig rapport, kunne ikke lagmannsretten danne seg noe selvstendig bilde av den sakkyndiges inntrykk og konklusjoner, og hadde derfor ikke forsvarlig grunnlag for en selvstendig vurdering av det helt sentrale spørsmål i saken. Lagmannsrettens kjennelse ble opphevet. *Mindretallet* la vekt på at namsretten hadde foretatt en meget grundig saksbehandling, og at barne bortføringslovens hovedregel var tilbakelevering, med bare svært begrensede unntak. På bakgrunn av dette mente mindretallet at det ikke kunne stilles særlig høye krav til saksbehandlingen og begrunnelsen i kjæremålsinstansen, når retten kom til samme resultat som første instans og det der forelå en grundig saksbehandling som hadde ført til en avgjørelse overensstemmende med lovens og konvensjonens normalordning.

Rettens plikt til å høre barnet

I tilbakeleveringssaker skal retten gjøre seg kjent med barnets egen oppfatning, når dette ikke er umulig, særlig i lys av barnets alder og modenhet, bbfl. § 17. Konvensjonen pålegger ikke retten noen plikt til selv å gjøre seg kjent med barnets mening når dette ikke påberopes av partene. Konvensjonen bruker uttrykket «naturlig å ta hensyn til», mens loven bruker «ikke umulig». Lovens regel går derfor lenger enn konvensjonen, både med hensyn til rettens plikt til å gjøre seg kjent med barnets mening av eget tiltak, og i hvilke tilfeller barnet skal høres. Det er den norske lovregelen som her er på linje med nyere rettsutvikling. FNs barnekonvensjon understreker barnets rett til å bli hørt i alle forhold som vedrører barnet i art. 12. Ved barne bortføringer mellom EU-landene er det en regel som tilsvarende den norske lovregelen (Brussel II bis-forordningen art. 11 (2)), og for engelsk rett har House of Lords i en avgjørelse uttalt at forordningens prinsipp om å høre barnet bør anvendes generelt, og ikke bare når barnet er bortført fra et annet EU-land (*Re D (a child) (abduction: foreign custody rights)* [2006] UKHL 51).

Konvensjonen stiller ikke krav til hvordan barnet skal høres. Det ligger her en bevisst fleksibilitet, som

gjør at domstolene i de ulike konvensjonsstatene kan anvende den prosedyre og praksis de legger til grunn i andre saker, for eksempel interne barnefordelingssaker. Både når og hvordan barn høres vil derfor gjerne farges av konvensjonsstatens interne rett, og varierer en del fra stat til stat.

I Rundskrivet heter det at departementet antar at man som et veiledende utgangspunkt bør la barn fra 7 års alder få anledning til å uttale seg. Etter vanlig praksis i barnefordelingssaker bør barnet få uttale seg for dommeren utenfor rettsmøte, og uten parter eller prosessfullmektiger til stede. Departementet presiserer at avhør av barn i slike saker, og spesielt i bortførings saker, må skje så skånsomt som overhodet mulig (s. 54).

I vår sak hadde førsteinstansdommeren hatt en samtale med barnet, slik at barnet hadde fått anledning til å uttale seg direkte for dommeren. Det fremgår ikke nærmere av Ankeutvalgets sakssammendrag hvordan denne samtalen hadde foregått.

Anvendelse av unntaksreglene

Unntaksreglene i loven og konvensjonen tolkes restriktivt, slik at det skal mye til for at barnet får bli i Norge. Det er sterke føringer for en slik tolking i den forklarende rapporten til konvensjonen (Perez-Vera rapporten, se www.hcch.net), forarbeidene til den norske loven (Ot.prp. nr. 52 (1987–88) s. 10) og utenlandsk rettspraksis. Høyesteretts kjæremålsutvalg har gitt uttrykk for en slik tolking blant annet i Rt. 1993 s. 881 og Rt. 2002 s. 715, som Ankeutvalget henviste til. Begge disse avgjørelsene gjaldt unntaksregelen om alvorlig risiko for skade eller situasjon som ikke kan godtas i bbfl. § 12 (b). Det er i disse tilfellene ikke tilstrekkelig at det ville være best for barnet å bli værende hos bortføreren i Norge. Også unntaket i bbfl. § 12 (c) om barnets motstand tolkes strikt. Det er ikke tilstrekkelig at barnet ønsker å bo fast hos bortføreren i Norge, det kreves at han eller hun motsetter seg selve tilbakeleveringen.

Med henvisning til de to nevnte avgjørelsene uttalte Ankeutvalget at det også er krav om «relativt klar sannsynlighetsovervekt» for at vilkårene i en unntaksbestemmelse er oppfylt. Det skal her bemerkes at begge de to tidligere avgjørelsene gjaldt unntaksregelen i bbfl. § 12 (b). Ifølge Justisdepartementets rundskriv skal det stilles relativt strenge krav til bevisene for at en unntaksbestemmelse er oppfylt, dette gjelder spesielt i forhold til § 12 (b) der det kreves «alvorlig risiko». I enkelte konvensjonsstater (blant annet USA) er det lovfestet slike kvalifiserte beviskrav («clear and convincing evidence») i tilbakeleveringssaker, men dette gjelder bare unntaket om alvorlig risiko for skade eller situasjon som ikke kan godtas, og ikke når barnet motsetter seg tilbakelevering. I vår sak hadde både tingretten og lagmannsretten vurdert begge unntakene. Etter mitt skjønn er det grunn til å lese uttalelsen slik at det fremdeles kan skilles mellom beviskravene for de ulike unntaksreglene, uten at Ankeutvalget har ment å innføre strengere beviskrav også for de tilfellene der et barn motsetter seg tilbakelevering.

Kritikk mot den konkrete avgjørelsen

Etter mitt skjønn er det svært uheldig at behandlingen av en barnebortførings sak tar så lang tid som i saken her. Gutten saken gjelder ble ulovlig tilbakeholdt i Norge etter sommerferien 2007. Det fremgår ikke av avgjørelsen på hvilket tidspunkt faren fremmet tilbakeleveringskravet. Tingretten avsa kjennelse 12. desember 2007 og lagmannsretten 29. februar 2008. Allerede på dette tidspunktet hadde saken tatt mye lenger tid enn de seks ukene konvensjonen omtaler. Det gikk så ytterligere 3 1/2 måned før Ankeutvalget avsa kjennelse. Saken ble ved denne kjennelsen sendt tilbake til lagmannsretten der det må avholdes rettsmøte. Lagmannsretten skal også vurdere om det skal oppnevnes en sakkyndig. Det betyr at saken ikke vil bli endelig avgjort før det har gått over ett år siden bortføringen; dersom det oppnevnes en sakkyndig, antakelig atskillig lenger.

Norge har en folkerettslig forpliktelse til å behandle tilbakeleveringssaker raskt. Denne forpliktelsen ble ikke nevnt eller hensyntatt i saken. Ankeutvalget henviste til Menneskerettskonvensjonen for så vidt gjaldt plikten til å avholde muntlige forhandlinger, men ikke til Menneskerettsdomstolens avgjørelser om effektiv saksbehandling og fullbyrding av tilbakeleveringsavgjørelser. Utvalget nevnte et par tidligere avgjørelser der det ble stilt krav om muntlige forhandlinger i forbindelse med saker etter straffeprosessloven, men har ikke lagt vekt på tidligere avgjørelser der det er understreket at tilbakeleveringssaker skal behandles raskt.

Gutten som saken gjaldt har i hele denne perioden bodd hos moren i Norge. Han går på skole her, deltar antakelig i fritidsaktiviteter, får venner og etablerer seg i sitt nye miljø. Dette er momenter som taler mot en tilbakelevering av bortførte barn; hensyn som ligger bak unntaksregelen i bbfl. § 12 (a) om at tilbakelevering kan nektes dersom det går mer enn ett år fra bortføringen og til tilbakeleveringssak anlegges og barnet har funnet seg til rette i sitt nye miljø. Tiden som går mens saken er til behandling i mottakerlandets rettssystem er ikke relevant etter denne bestemmelsen.

Gutten har antakelig levd i stor usikkerhet med hensyn til om Norge blir hans fremtidige bostedsland, eller om han vil bli sendt tilbake til faren i USA. En slik usikkerhet kan være svært vanskelig å takle, og etter hvert som tiden går får han et fjernere forhold til USA, til skole, venner, nærmiljø der og kanskje også til engelsk som dagligspråk. Til slutt kan man komme til et punkt der en tilbakelevering vil sette barnet i en situasjon som ikke kan godtas, slik at tilbakelevering må avslås etter bbfl. § 12 (b).

Et særlig viktig moment i saken er at gutten ikke har hatt noen kontakt med faren i det året som er gått. Faren anførte for Ankeutvalget at han ikke er blitt innvilget noen rettigheter av norske domstoler, at han er blitt nektet kontakt med sønnen og at han ikke har fått noen samværsrett (kjennelsens punkt 9). Et slikt brudd i kontakten mellom et barn og den forelder han hittil har bodd fast hos vil i de fleste saker være svært uheldig. For de aller fleste barn er det av stor positiv verdi å ha

løpende god kontakt med begge foreldre. I tilbakeleveringssaken kan en slik manglende kontakt øke risikoen for at barnet blir utilbørlig påvirket fra bortførerens side. En tilbakelevering vil oftest bli vanskeligere for barnet når det ikke har vært noen jevnlig kontakt mellom barnet og den gjenværende forelder som barnet nå skal tilbakeføres til. Den europeiske menneskerettsdomstol har understreket at det bør legges til rette for kontakt mellom barnet og den gjenværende forelder, og at dette er et viktig skritt for å forberede tilbakelevering, blant annet i *Ignaccolo-Zenide mot Romania*. Norske domstoler har hjemmel for å treffe en midlertidig samværsavgjørelse i barnebortføringsaker, jf. bbfl. § 18 (1).

Min konklusjon blir derfor at norske domstoler burde ha avgjort denne saken langt raskere. Det må være mulig å behandle barnebortføringsaker mer effektivt, også når det skal avholdes rettsmøte i saken. I barnebortføringsaker som likevel trekker noe ut i tid, bør retten vurdere å treffe en midlertidig avgjørelse om samvær mellom barnet og gjenværende forelder.

Torunn Kvisberg

Verdsettelsestidspunktet ved overtagelse av sameie-bolig, jf. ekteskapsloven § 69 annet ledd og husstandfelleskapsloven § 3 – Høyesteretts dom 6. mai 2008 (HR-2008-806-A), Rt. 2008 s. 627

Twisten og saksgangen

Saken gjaldt tvist mellom to samboere, A og B, om tidspunktet for verdsettelsen av boligen som var i sameie mellom dem, og som kvinnen A skulle overta. Ekteskapsloven § 69 annet ledd regulerer dette spørsmålet for oppgjøret mellom ektefeller, og den får etter husstandfelleskapsloven § 3 siste ledd også anvendelse for samboere. Ved dette får dommen og de rettssetninger den bygger på også gyldighet ved skifte mellom ektefeller.

Ved kjøpet av boligen i 1999 var partene samboere, og de hadde avtalt at de skulle ha den i sameie med en halvpart på hver. Samboerforholdet ble oppløst 1. juli 2002. A ble boende i huset sammen med barna, mens B frivillig flyttet ut etter at A i slutten av juli hadde begjært midlertidig forføyning med krav om bruksrett til boligen og rett til å utøve eierrettighetene til den. A dekket hele tiden utgiftene ved lånene på huset og utgiftene til vedlikehold. Det oppsto en rekke tvister om det økonomiske oppgjøret mellom partene, og ved stevning i januar 2005 anla A sak mot B med krav om å få overta eiendommen. Dette fikk hun medhold i, idet B ble dømt til å overskjøte sin ideelle halvpart til A, mot oppgjør satt ved skiftetakst til eiendommens omsetningsverdi på avhjemlingstidspunktet for skiftetaksten. A anket, idet hun mente at verdsettelsen prinsipielt skulle skje etter verdien ved samlivsbruddet i 2002. Allerede da var det etter hennes mening «bestemt» at hun skulle overta eiendommen, jf. el. § 69 annet ledd. Subsidiært hevdet hun at B hadde akseptert hennes overtagelse ved

tilsvaret i februar 2005, atter subsidiært mente hun at verdien måtte knyttes til tidspunktet for hovedforhandlingen for tingretten.

Borgarting lagmannsrett kom til at verdsettelsen skulle settes til tidspunktet for lagmannsrettens dom. Etter dette ble det i februar 2007 holdt skiftetakst som satte eiendommens verdi til kr. 6 050 000 – 26. januar 2006, kr. 5 310 000 – 16. februar 2005 og kr. 4 450 000 – 1. juli 2002. Skjønnnet er ikke rettskraftig, idet dette av B er anket til lagmannsretten. A på sin side anket over (den del av) lagmannsrettens dom som gjaldt verdsettelsestidspunktet til Høyesterett, hvor hennes prinsipale og subsidiære påstand var som for tingretten (avsnitt 26). B påsto på sin side at lagmannsrettens avgjørelse om verdsettelsestidspunktet ble stadfestet.

I en enstemmig Høyesterett fikk A medhold i sin atter subsidiære påstand, dvs. at verdsettelsestidspunktet ble satt til 26. januar 2006, dvs. tidspunktet for hovedforhandlingen hvor B erkjente at A hadde rett til å overta eiendommen etter husstandfellesskapsloven § 3. Saksomkostninger ble ikke tilkjent for noen instans, idet saken delvis ble vunnet og delvis tapt for den ankende part, jf. tvml. § 180 annet ledd, jf. § 174 første ledd.

Høyesteretts vurderinger

Førstvoterende, dommer *Tønder*, gir først er generell oversikt over rettskildebildet og knytter i den forbindelse noen generelle bemerkninger til tolkningen av § 69 annet ledd (avsnitt 37-60). Deretter ser han på de konkrete forhold i saken (avsnitt 62-83) og vurderer disse mot den lovforståelse han har gitt uttrykk for. Sakens kjerne var hva som skal kreves for at det kan sies at det er «bestemt» at en av partene skal overta eiendommen. Dette må, heter det hos førstvoterende, (avsnitt 46) «bero på en tolking av lovbestemmelsen». Men som det heter videre, er det begrenset hva man «kan slutte ut fra selve uttrykket «bestemt». Forarbeidene gir liten veiledning, utover at det i Ot.prp.nr. 28 (1990-1991) heter at tidspunktet er når partene «ble enige» om overtakelsen. Deretter slås det fast at hvorvidt man kan si at noe er «bestemt», må bero på «en konkret vurdering av den situasjon som foreligger. Ut fra bestemmelsens formål må det kreves at *avgjørelsen om hvem som skal overta eiendelen er bindende mellom partene i den forstand at den ikke ensidig kan omgjøres*» (avsnitt 54, uthevet her). Etter dette blir spørsmålet når partene må anses bundet, en vurdering som allerede ble prøvet i Rt. 1982 s. 906, og hvor de ytre forhold ble tillagt vesentlig betydning for tolkningen av den inngåtte avtale. Førstvoterende bemerker videre at: «Dette tilsier at det må være en viss fasthet over forholdet – partene må definitivt være kommet ut av forhandlingsstadiet og ha konkludert med hensyn til overtakesspørsmålet. Jeg er således enig med lagmannsretten når den uttaler at «partenes enighet må komme klart til uttrykk». Det naturlige utgangspunktet er at en slik enighet har et skriftlig grunnlag, enten i form av et avtaledokument eller gjennom korrespondanse mellom partene. Det vil være naturlig å se det som er

framkommet skriftlig, i sammenheng med partenes faktiske innrettelse.»

Hvorvidt det må være enighet om pris eller hvordan prisen skal fastsettes, ble besvart benektende: «Et sentralt spørsmål i saken har vært om det også må være enighet om pris/verdsettelse av eiendelen. Et slikt krav ville gjøre bestemmelsen overflødig og kan ikke oppstilles. På den annen side vil bestemmelser i avtalen om pris/verdsettelse være forhold som taler for at partene har kommet til enighet om overtakelsen, samtidig som fravær av slike bestemmelser vil kunne indikere at man ennå ikke har kommet til en endelig konklusjon» (avsnitt 57 og 58).

Til slutt heter det: «Enigheten om hvem som skal overta, må være uforbeholden. Er det stilt betingelse om bestemt oppgjørstidspunkt eller lignende, må betingelsen være akseptert. Er det imidlertid enighet om at det skal holdes takst for fastsetting av omsetningsverdi, vil overtakelsen anses «bestemt», selv om takst ennå ikke er avholdt. Et slikt forbehold har ikke annet innhold enn det som følger av lovens deklatoriske regel, jf. ekteskapsloven § 69 første ledd, og vil ofte ligge som en underforstått forutsetning mellom partene, jf. Rt-1984-992 (avsnitt 59).

Etter en gjennomgang av de faktiske forhold slik dette hadde utviklet seg etter samlivsbruddet, kom førstvoterende til at det først under hovedforhandlingen for tingretten kunne sies at det ble bestemt at A skulle overta boligen.

Noen bemerkninger til dommen

At Høyesterett som en grunnleggende forutsetning slår fast at det i «bestemt» ligger en avtale som ingen av partene kan gå fra, er det lett å gi sin tilslutning, og har også vært den alminnelige oppfatning. En annen regel kunne bl.a. medført en spekulasjonsmulighet som ikke ville være akseptabel. Det er videre lett å være enig i at partene kan være bundet selv om det ikke er enighet om prisfastsettelsen. Her må man falle tilbake på den deklatoriske regel om at verdsettelsen skal knyttes til omsetningsverdien, og fastsettes ved skiftetakst. At avtalen ikke inneholder noe om pris og måten for prisfastsettelsen, betyr at man da må legge lovens verdsettelsesregler til grunn. Men dette må ikke få tanken vekk fra det forhold at det er en avtale som skal tolkes, og at lovens regel kommer inn hvor avtalen ikke gir noe tolkningsresultat. I denne saken synes hverken pris eller verdsettelsesmåten å ha vært gjenstand for oppmerksomhet under den hovedforhandlingen hvor det ble «bestemt» at A skulle overta eiendommen. Men at den avtale som da dannet grunnlaget for domsresultatet ikke ble vurdert, kan synes forbausende – verdsettelsestidspunktet var jo sakens tema. At B uten videre hadde akseptert et annet tidspunkt enn det som han prosederte på, søker en forklaring som dommen ikke gir.

For den som regner med verdistingning på eiendommen, vil – selv om alt taler for at den andre er den som skal overta eiendommen som den eneste praktiske løsning – kunne blokkere en enighet ved at å ta forbehold

ved avtaleinngåelsen. Når førstvoterende stiller som – et tilsynelatende ubetinget – vilkår for at enigheten må være uforbeholden, vil et forbehold om for eksempel minstepris eller oppfyllelsestidspunkt innebære at verdsettelsestidspunktet skytes ut. Det må nok antas at også forbehold som knyttes til andre spørsmål under oppgjøret vil ha denne virkning. B kan for eksempel sette som vilkår for at A får overta boligen at B får overta andre eiendeler til en bestemt pris. I slike tilfelle vil det ikke være «bestemt» hvem som skal overta boligen før A samtykker i dette. I denne forbindelse må det erindres at verdsettelsesreglene i § 69 annet ledd for ektefeller ikke bare gjelder for boligeiendommer, men alle aktiva som ikke er i den enkeltes ene-eie. For samboere er derimot situasjonen at denne bestemmelsen bare gjelder eiendeler som omfattes av husstandfelleskapslovens § 3. Disse må for andre eiendeler følge de alminnelige sameierettslige regler for oppgjøret, med mindre annet skulle være avtalt.

Ved siden av dommen i Rt. 1984 s. 906 er dommen i Rt. 2001 s. 360 av interesse for tolkingen av ekteskapsloven § 69 annet ledd. Den sistnevnte dommen er omtalt av Tone Sverdrup i *Nytt i privatretten* 2001 hefte 2.

Peter Lødrup

Skjevdeling når gavemidler benyttes til nedbetaling av boliglån, og tolkning av ektepakt – Høyesteretts dom 30. mai 2008 (HR-2008-958-A)

I de senere år har Høyesterett tatt stilling til flere viktige tolkningsspørsmål vedrørende skjevdelingsregelen i ekteskapsloven § 59. Bestemmelsens første ledd gir ektefellen rett til å holde verdier utenfor likedelingen som «klart kan føres tilbake» til midler ektefellen hadde da ekteskapet ble inngått eller senere har ervervet ved arv eller gave fra andre enn ektefellen. I denne saken hadde hustruen benyttet gavemidler til nedbetaling av boliglån. Spørsmålet om en ektepakt om delvis særøie kunne forstås slik at det var gitt avkall på retten til skjevdeling av felleseie, ble også reist i saken.

Hustruen mottok i 1993 en gave fra sine foreldre på 400 000 kroner som hun brukte til nedbetaling av lån på en boligeiendom som partene hadde kjøpt noen år tidligere. Nedbetalingen forrykket ikke partenes eierandeler i boligen. Ved skilsmisseoppgjøret i 2004 hevdet hustruen at, ikke bare de 400 000 kronene, men også en tilsvarende del av verdistigningen på boligen siden nedbetalingen «klart kunne føres tilbake til» gaven. I teorien har det vært noe ulike oppfatninger om skjevdelingsretten i det hele er i behold når arvemidler mv. benyttes til nedbetaling av lån på eiendeler. Høyesterett konstaterer innledningsvis at skjevdelingsretten er i behold i slike tilfeller, og viser blant annet til at boligens nettoverdi har økt som følge av nedbetalingen.

Derimot fikk hustruen ikke medhold i at en forholdsmessig andel av boligens verdistigning kunne skjevdeles. Høyesterett forankrer resultatet i lovens ordlyd og viser til at økningen i markedsverdien ikke har

sammenheng med den gaven som ble benyttet til nedbetaling av lånet. Retten peker på at det ikke var noe som tydet på at partene ved anskaffelsen hadde hatt en konkret forventning om arv eller gave som kunne ha bidratt til finansiering av boligen. Boliglånet representerte med andre ord ikke noen forskuttering av arv eller gave, og dermed var det ingen årsakssammenheng mellom gaven og verdistigningen. Men Høyesterett fant at beløpet måtte justeres for nedgangen i pengeverdien (inflasjonen), og hustruen fikk dermed skjevdelt 500 000 kroner. Retten peker på at utgangspunktet i loven er nåverdien, og det vises også til forarbeidenes uttalelse om at skjevdelingsretten omfatter verdistigning som er en følge av den alminnelige prisstigning.

Etter mitt syn er inflasjonsjustering den rimeligste løsningen i dette tilfellet. Ektefeller som bruker arv til å nedbetale boliglån, har nok ofte en forestilling om at dette er en form for investering. Dersom boligen senere stiger i verdi, kan de derfor sies å ha en berettiget forventning om at pengene iallfall beholder sin kjøpekraft slik at de ikke kommer dårligere ut enn om beløpet f.eks. var satt inn på en høyrentekonto, jf. Lødrup/Sverdrup *Familieretten* 2004 s. 268 hvor det åpnes for indeksregulering i dette typetilfellet.

Hva så hvis boligen i stedet hadde sunket i verdi – kan det også da kreves et inflasjonsjustert beløp? Etter mitt syn må svaret bli nei. Det følger av lovens ordlyd at en ektefelle ikke kan holde tilbake større verdier enn det som finnes på ektefellens hånd på skiftetidspunktet, og en forholdsmessig andel av boligens nåverdi må derfor representere den øvre grense for hva som kan kreves skjevdelt. Førstvoterende er inne på dette: «Det er mulig det må gjøres unntak for gjeld som knytter seg til formuesgoder som har falt i verdi, men dette er det ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på.» (avsnitt 78).

Ektemannens prinsipale påstand var at hustruen hadde gitt avkall på retten til skjevdeling for gavebeløpet i en ektepakt som ektefellene inngikk i 2002. Mannen viste til at når ektepakten gjorde flere verdier til hustruens særøie, deriblant en hytte hvor han hadde ytt bidrag, forutsatte dette at hustruen ikke skulle utøve noen skjevdelingsrett i boligen som fremdeles var felleseie. Ektefellene hadde ikke uttrykkelig avtalt at skjevdelingsretten skulle falle bort, slik det er adgang til etter el. § 44, men mannen mente at det ikke kunne kreves spesielt sterke holdepunkter for å utlede en slik forståelse av ektepakten. Dette fikk han ikke medhold i. Høyesterett utelukker ikke at et unntak fra skjevdelingsretten også kan anses å følge av en tolkning av ektepakten, men uttaler at det i så fall må foreligge «klare holdepunkter» for en slik løsning. Etter en konkret vurdering fant retten at slike klare holdepunkter ikke fantes i denne saken.

Tone Sverdrup

Litteratur

Trine-Lise Wilhelmsen og Hans Jacob Bull: *Handbook in Hull Insurance*, Gyldendal Norsk Forlag 2007. ISBN 978-82-05-38381-4. 380 sider.

Boken er en håndbok i kaskoforsikring for skip. Den er først og fremst basert på Norsk Sjøforsikringsplan av 1996, Versjon 2007 og norsk lovgivning. På bakgrunn av det engelske sjøforsikringsmarkedets internasjonale betydning, gis det på viktige punkter også en komparativ fremstilling av engelske vilkår og rettsregler. Hovedtemaet er kaskoforsikring for havgående handelsskip.

Siktemålet med boken er dels at den skal fungere som en håndbok for aktører i sjøforsikringsmarkedet, både i Norge og internasjonalt, og dels skal den tjene som hovedlitteratur i det nye sjøforsikringskurset (Marine Insurance) ved Nordisk Institutt for Sjørett.

Det er til sammen 14 kapitler i boken. De første omhandler rettskilder og enkelte forhold knyttet til selve forsikringskontrakten. Deretter gis det en fremstilling av hva forsikringen omfatter, den forsikrede interessen og forsikringssummen, og forsikringens dekningsfelt. Opplysnings- og omsorgspliktene behandles i et av bokens mest omfattende kapitler, etterfulgt av et lite kapittel om medforsikring. Videre behandles forsikringselskapets ansvar for redningsomkostninger, og deretter totaltap, skade og sikredes ansvar for sammenstøt og støtning. Bokens siste kapitler omhandler erstatningsoppgjøret, totaltapsforsikring og krigsforsikring.

Boken har litteraturregister, register over lover, konvensjoner og standardvilkår, samt domsregister og stikkordsregister.

Kaja de Vibe

IMMATERIALRETT

Patentrett

Ekvivalenslæren – Borgarting lagmannsretts dommer LB-2006-186315 (sertralin) og LB-2007-9840 (lansoprasol)

Etter patentlovens § 39 bestemmes patentvernet av patentkravene. Det har imidlertid lenge vært lagt til grunn at vernet ikke er begrenset til det som følger direkte av patentkravene, men også omfatter visse likeartede tekniske løsninger, såkalte ekvivalenter. Ekvivalenslæren er nylig blitt bekreftet – og dens innhold utdypet – ved Borgarting lagmannsretts avgjørelser 30. januar 2008 i sertralinsaken og 28. april 2008 i lanso-

prasolsaken. Begge dommene ble påanket, men ankene ble nektet fremmet ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutninger 16. mai 2008 (HR-2008-00880-U) og 18. august 2008 (HR-2008-01402-U), under henvisning til at «verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold tilsier at saken blir fremmet for Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-4». I lansoprasolsaken tilføyde Ankeutvalget at «de spørsmål anken reiser, forutsetter en fagkyndig bedømmelse av fakta som vil være vanskelig tilgjengelig for Høyesterett», og at saken hadde fått «en tilfredsstillende behandling i de tidligere instanser, som har vært satt med fagkyndige meddommere».

Begge sakene gjaldt analogifremgangsmåter til fremstilling av legemidler. Patenter på analogifremgangsmåter ble meddelt her i landet for nye legemidler som ble patentsøkt før forbudet mot produktpatent på legemidler ble opphevet, med virkning for søknader inngitt fra 1. januar 1992. Analogifremgangsmåtepatenter er således særegne, ved at patentvernet etter patentkravene er knyttet til *fremgangsmåtene*, til tross for at det nye og patentbegrunnende lå i *produktene*.

Både sertralinsaken og lansoprasolsaken gjaldt tilfelle hvor partene var enige om at de saksøktes fremgangsmåter ikke var omfattet direkte av patentkravenes ordlyd. Til tross for forskjellene måtte imidlertid fremgangsmåtene anses å være omfattet av patentvernet. I sertralinsaken viste lagmannsretten til at «ekvivalenslæren først og fremst har vært et virkemiddel for domstolene til å skjære gjennom overfor uvesentlige modifikasjoner», og at det er bred tilslutning til at det ved vurderingen skal legges vekt på tre kriterier: «Inngrepsgjenstanden må løse samme problem som oppfinnelsen. De modifikasjoner som er gjort, må ha vært nærliggende for en fagperson. Endelig må inngrepsgjenstanden ikke tilhøre den frie teknikk.» Denne rettsoppfatningen fikk tilslutning i lansoprasolsaken. Etter å ha sammenlignet de to fremgangsmåtene, kom lagmannsretten i den saken til at det forelå «vesentlige likhetstrekk», og at det «var nærliggende for en fagmann som hadde satt seg inn i patentkravene og som var i besittelse av fagets alminnelige kunnskap, å forsøke den fremgangsmåten som [saksøkte] har fulgt for å fremstille lansoprazol». Det kunne ved ekvivalensvurderingen ikke legges avgjørende vekt på at de saksøktes fremgangsmåter også var patentert.

Are Stenvik

Varemerkerett

Konsumpsjonsregelen i varemerkedirektivet – EFTA-domstolens avgjørelse 8. juli 2008 i forente saker E-9/07 og E-10/07 (REDKEN)

EFTA-domstolens avgjørelse i REDKEN-saken gjaldt spørsmålet om konsumpsjonsregelen i varemerkeretten må være EØS-regional, eller om den også kan være global, slik den tradisjonelt har vært i norsk varemerkerett. Konsumpsjonsregelen er hos oss ikke inntatt i varemer-

keloven, men følger av sikker og langvarig rettsoppfatning. Konsumpsjon inntreffer når en vare er brakt på markedet av merkehaven, eller med hans samtykke, og innebærer at varemerkeretten ikke kan påberopes overfor den videre utnyttelse av varen. Den viktigste følgen av konsumpsjon er at produkter som er brakt på markedet i et annet land (med lavt prisnivå), kan kjøpes der av en tredjepart og importeres til Norge (hvor prisen er høyere), uten merkehaveverens samtykke, såkalt *parallellimport*. Det har aldri eksistert noen tvil om at merkevarer kan parallellimporteres fra andre EØS-land. Usikkerheten har knyttet seg til om det samme gjelder for produkter med opprinnelse utenfor EØS.

Etter varemerkedirektivets art. 7 nr. 1 kan merkehavever ikke «forby bruken av [varemerket] for varer som av innehaveren selv eller med dennes tillatelse er brakt på markedet i Fellesskapet under dette varemerket». Det er klart at dette er et *påbud om regional konsumpsjon*, i den betydning at det ikke er tillatt for EØS-landene å nøye seg med nasjonal konsumpsjon. Det er ikke like klart om det også var et *forbud mot internasjonal konsumpsjon*, dvs. et forbud mot å anvende konsumpsjonsregelen for varer som er brakt på markedet utenfor EØS.

Da varemerkedirektivet skulle gjennomføres i Norge, valgte lovgiver å holde spørsmålet åpent, i påvente av en avklaring på europeisk plan. I forarbeidene ble det fremholdt at direktivets art. 7 «ikke krever endringer i den norske varemerkeloven etter departementets syn ... Det er klart at EØS-avtalen forbyr nasjonal konsumpsjon. Det er imidlertid uklart om den også vil forby internasjonal konsumpsjon ... Siden internasjonal konsumpsjon er den løsning som skaper størst priskonkurranse på det norske marked og derfor er best for norske forbrukere, bør en etter departementets mening ikke ta sikte på å gå over til EØS-regional konsumpsjon før spørsmålet eventuelt er blitt nærmere avklart i fremtidige konsultasjoner eller av EFTA-domstolen eller EF-domstolen» (Ot. prp. 72 (1991–92) s. 54–55).

Senere fikk man de etterlyste avklaringer fra både EFTA-domstolen og EF-domstolen. I 1997 fikk man en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen (sak E-2/97 MAGLITE), og i 1998 en dom fra EF-domstolen (sak C-355/96 SILHOUETTE, Sml. 1998 s. I-4799). Problemet var bare at de to domstolene avklarte spørsmålet i hver sin retning. I MAGLITE-saken sa EFTA-domstolen at varemerkedirektivets art. 7 nr. 1 «skal, i EØS-sammenheng, tolkes slik at den overlater til EFTA-statene å bestemme om de ønsker å innføre eller opprettholde prinsippet om internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter når det gjelder varer med opprinnelse utenfor EØS», mens EF-domstolen i SILHOUETTE-saken uttalte: «Artikel 7, stk. 1 ... er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter der indtræder konsumption af de rettigheder, der er knyttet til et varemærke, for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført uden for Det Europæiske Samarbejdsområde under dette mærke.»

Avgjørelsen i SILHOUETTE-saken skapte usikker-

het om hva som skulle anses som gjeldende rett i Norge, og i en tvist mellom L'Oréal og de norske butikkjedene Nille og SmartClub, om parallellimport av REDKEN-produkter fra USA, ble spørsmålet på ny brakt inn for EFTA-domstolen. Nå endret EFTA-domstolen mening, og kom – på samme måte som EF-domstolen i SILHOUETTE – til at varemerkedirektivets art. 7 må anses å forby internasjonal konsumpsjon. EFTA-domstolen viste til at EØS-avtalens hovedformål er å opprette et ensartet EØS, og at homogenitetsprinsippet leder til en presumpsjon for at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i EF-retten, også skal fortolkes på samme måte (avsnitt 27). Den viste videre til det institusjonelle systemet, hvoretter EFTA-domstolen etter ODA-avtalens art. 3 nr. 2 skal ta «tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser» fra EF-domstolen (avsnitt 28). Mot denne bakgrunn kom EFTA-domstolen til at «EØS-retten bør tolkes i samsvar med nyere rettspraksis fra EF-domstolen uten hensyn til hvorvidt EFTA-domstolen tidligere har truffet avgjørelse om spørsmålet» (avsnitt 29). Unntak kan tenkes når forskjeller i virkeområde og formål mellom fellesskapsretten og EØS-retten utgjør «tvingende grunner for innbyrdes avvikende tolkninger» (avsnitt 31). Noen slike grunner forelå imidlertid ikke i det foreliggende tilfelle. Norge hadde bl.a. argumentert med at EØS-avtalen ikke omfatter en felles handelspolitikk mot tredjeland, og mente derfor at direktivet burde tolkes slik at det ikke innskrenker EFTA-statenes frihet til å fastsette konsumpsjon av varemerkerettigheter for varer med opprinnelse utenfor EØS. Til dette bemerket imidlertid EFTA-domstolen at EØS-avtalen selv fastsetter at reglene om immaterielle rettigheter skal gjelde for «alle varer og tjenester, med mindre annet er særskilt angitt» (art. 65 nr. 2), og at noen slik særskilt angivelse av at varemerkedirektivets konsumpsjonsregel ikke skal gjelde for varer med opprinnelse i tredjeland, ikke finnes i avtalen eller vedleggene. Tvert imot bestemmes det uttrykkelig i protokoll 28 art. 2 nr. 1 at EFTA-statene skal fastsette «samme opphør for opphavsrettigheter som er fastsatt i fellesskapsretten» (avsnitt 33).

Det forventes en ny, norsk varemerkelov neste år, og da vil det trolig bli lovfestet en konsumpsjonsregel som er i tråd med direktivets. Allerede nå må imidlertid en slik regel, med det innholdet som følger av EFTA-domstolens avgjørelse, legges til grunn som *gjeldende rett* her i landet. Dette følger av prinsippet om at norsk rett, så langt det er mulig, skal praktiseres i tråd med de forpliktelser som følger av EØS-avtalen, jf. bl.a. Høyesteretts dom i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I). Dette innebærer av merkehavere i kraft av sin varemerkerett kan motsette seg innførsel til, og omsetning av, merkevarer med opprinnelse utenfor EØS. Hva som var gjeldende rett forut for EFTA-domstolens avgjørelse i REDKEN-saken, har vært omdiskutert. Spørsmålet har interesse for handel med parallellimporterte varer som fant sted forut for REDKEN-avgjørelsen. Legalitet-

sprinsippet innebærer at straffansvar under enhver omstendighet må anses utelukket, og dette må gjelde for alle handlinger som gjennomføres før konsumpsjonsregelen i den nye varemerkeloven trer i kraft. Erstatningsansvar kan derimot i prinsippet være pådratt, også for handlinger forut for EFTA-domstolens avgjørelse i REDKEN. Det kan imidlertid tenkes at avgjørelsen i MAGLITE må anses å ha skapt en slik uklarhet om tolkningen av varemerkedirektivet, og dermed om hva som var gjeldende rett her i landet, at såvel staten som parallellimportører går fri for ansvar som følge av «unnskyldelig rettsvillfarelse».

Are Stenvik

Markedsføringsrett/varemerkerett

Champagneria – første akt. Oslo tingretts dom 26. mai 2008 (saknr: 08-016631TVI-OTIR/02).

Spørsmål om geografisk opprinnelseskjennetegn Champagne er til hinder for at norsk restaurant kaller seg Champagneria.

Den 26. mai 2008 avsa Oslo tingrett dom i den mye omtalte «Champagneria-saken». Restauranten Champagneria hadde som forretningsidé å fokusere på champagne og annen musserende vin for å utnytte den stigende interessen for slike drikkevarer. Restaurantens salg av champagne utgjorde ca. 15 % av omsetningen, mens musserende vin for øvrig utgjorde vel 20 %. Eierne av restauranten hadde registrert foretaksnavnet Champagneria AS i Foretaksregisteret i 2004. Registreringen ble påklaget av Comité Interprofessionel du Vin de Champagne (CIVC) som er en sammenslutning av de vinhusene og druedyrkerne i distriktet Champagne som har rett til å bruke betegnelsen Appellation d'Origine Contrôlée (AOC) Champagne. Patentstyret, som er klageorgan for saker om foretaksnavn, opprettholdt registreringen. Registreringen av foretaksnavnet ble ikke påklaget til Patentstyrets 2. avdeling. Champagneria AS hadde også søkt registrering av Champagneria som varemerke, men denne søknaden ble avslått av Patentstyret.

CIVC og Institut de l'origine et de la Qualité (INAO) som er et organ underlagt det franske landbruksdepartementet som blant annet skal ivareta franske AOCs interesser utenlands, saksøkte Champagneria AS, etter først å ha forsøkt gjennom forhandlinger å få Champagneria AS til å slutte å bruke navnet. Saksøkerne krevde at Champagneria skulle forbys i sin forretningsvirksomhet og markedsføring å anvende benevnelsen «Champagneria» eller annen benevnelse der ordet «Champagne» inngår som del av betegnelsen på forretningsvirksomheten. Videre krevde saksøkerne at Champagneria skulle forbys renommésnylting og utvanning av kjennetegnet Champagne, at markedsføringsmaterieill hvor ordet «Champagneria» ble brukt skulle destrueres og at domenenavnet champagneria.com skulle overføres til CIVC. De rettslige grunnlagene som ble anført var markeds-

føringsloven (mfl.) §§ 1 og 2, TRIPS-avtalen og andre folkerettslige (EØS-rettslige) forpliktelser.

Tingretten slår innledningsvis fast at de franske regler om AOC ikke har direkte betydning for saken. Videre gir retten uttrykk for at verken EFs rådsforordning nr. 1493/1999 av 17. mai 1999 om den felles markedsordning for vin, eller TRIPS-avtalens artikkel 22, gir noen beskyttelse ut over det som følger av markedsføringsloven. Tingretten legger deretter til grunn at hovedspørsmålet i saken blir om Champagneria AS har brutt bestemmelsen i mfl. § 1 om kravet til god forretningsskikk næringsdrivende imellom.

Saksøkerne hadde påberopt seg en lang rekke rettsavgjørelser fra forskjellige europeiske land til inntekt for sitt syn. Tingretten la til grunn at dommer fra Frankrike og Tyskland hadde liten interesse i saken på grunn av forskjellig lovgrunnlag for beskyttelse av geografiske betegnelser. Frankrike og Tyskland ga beskyttelse overfor både varer og tjenester, mens Norge kun ga beskyttelse for varer. Avgjørelser fra England, Sverige og Danmark ble «distiguished» fra Champagneria-saken ved at de enten gjaldt helt andre produkter enn vin, eller gjaldt tilfeller hvor betegnelsen var brukt på spansk vin, mens Champagneria-saken gjaldt tjenester. En spansk avgjørelse ble ansett lite relevant fordi den gjaldt et tilfelle hvor en bar brukte ordet champagne i navnet til tross for at den ikke solgte champagne, men kun Cava (en musserende vin produsert i bestemte områder i Spania).

Retten oppfatter den utenlandske rettspraksis slik at bruken av ordet «Champagne», eller avledede ord som «Champagneria», må bedømmes ut fra om det selges champagne eller ikke på det angjeldende sted, og at bruken av navnet da gir et mer eller mindre riktig bilde av hva slags virksomhet som drives. Hvorvidt dette er treffende for hva som skal være vurderingstemaet når man vurderer om bruken av den geografiske betegnelsen er villedende eller i strid med god forretningsskikk, kan diskuteres.

Tingretten anser Mozelldommen i Rt. 1995 s. 1908 som den mest relevante avgjørelsen for saken. I Mozelldommen kom Høyesterett til at det norske varemerket Mozell for mineralvann ikke innebar noen villedende eller urettmessig henspilling på den geografiske vinbetegnelsen Mosel. Høyesterett fant at verken ordmerket eller figurmerket var i strid med varemerkelovens §§ 14 første ledd nr. 2 (villedelse) og 13 første ledd (manglende distinktivitet) eller mfl. §§ 1 og 2.

Tingretten fant parallell til Mozelldommen ved at det i begge saker dreier seg om hvorvidt et geografisk kjennetegn er til hinder for at en norsk virksomhet tar i bruk et liknende navn i sin virksomhet, og at Høyesterett kom til at det ikke forelå forvekslingsfare. Tingretten kan ikke se noen aktuell mulighet for at Champagnerias aktuelle og potensielle kunder skulle forbinde foretaksnavnet med det geografiske kjennetegnet Champagne. Denne uttalelsen kan forstås på to måter, enten slik at muligheten er liten for at kundene

vil assosiere til ordet og begrepet Champagne, eller slik at muligheten er liten for at det foreligger en eller annen form for kommersiell forbindelse mellom restauranten og produsentene av champagne eller CIVC.

Argumentasjonen er, etter mitt syn, ikke overbevisende uansett hvilken av disse to forståelser som ligger til grunn for tingrettens uttalelse. Trolig har tingretten neppe ment at det er usannsynlig at kundene vil assosiere til Champagne. At kundene vil få en slik assosiasjon og at det er tilsiktet at de skal få en slik assosiasjon, kan det neppe være tvil om. Det er dessuten klare forskjeller i faktum mellom Mozell-saken og i Champagneria-saken. For det første er det klare fonetiske og ortografiske forskjeller mellom fantasordet Mozell og den geografiske betegnelsen Mosel, mens Champagneria kun er en avledning av den geografiske betegnelsen Champagne. For det andre var Mozell et alkoholfritt mineralvann mens Mosel var en vin. Selv om Champagneria er navnet på en tjenesteyter, og ikke en vare, er den nettopp en tjenesteyter som for en stor del av sin omsetning baserer seg på salg av champagne. At det ikke skulle være noen aktuell mulighet for at Champagnerias aktuelle og potensielle kunder skulle forbinde foretaksnavnet med den geografiske betegnelsen, fremstår ikke som klart for meg. Når en forretning bærer samme navn som de varer de selger, er det etter mitt syn en ganske nærliggende tanke at det foreligger en eller annen form for kommersiell sammenkopling mellom utsalgssted og produsent (varemerkeinnhaver). Man kan tenke seg at utsalgsstedet er et offisielt utsalgssted, en merkeforhandler eller franchisetager, eller rett og slett at det er produsentens eget utsalgssted.

Etter mitt syn er Rt. 2004 s. 1474, Volvoimport-dommen, vel så relevant for spørsmålet i Champagneria-saken som Mozelldommen. I Volvoimport-dommen var spørsmålet om bruk av «volvoimport.no» som domenenavn og sekundært forretningskjennetegn krenket rettighetene til innehaverne av det registrerte varemerket VOLVO. I den saken var det nettopp spørsmål om et tilfelle hvor foretaket som ble saksøkt solgte den varen som varemerket knyttet seg til. Høyesterett kom til at bruken av domenenavnet og det sekundære forretningskjennetegnet skapte en sterk forventning hos publikum om at det var tilhørighet eller i alle fall en forretningsmessig forbindelse mellom bilimportøren og Volvokonsernet.

Tingretten kom til at Champagne ikke kunne anses innarbeidet som fellesmerke i Norge. Retten la, som Patentstyret tidligere hadde gjort, til grunn at Champagne er kjent som en geografisk betegnelse eller som en generisk betegnelse på musserende vin, men ikke som et særlig kjennetegn for saksøkernes varer. Når retten kom til at Champagne ikke var beskyttet som fellesmerke, trakk de den konklusjon at det heller ikke forelå kodakvern etter vml. § 6 annet ledd, som kan gi beskyttelse mot bruk av tegnet på andre varer eller tjenester uavhengig av om det foreligger vareslagslikhet.

Dersom den geografiske betegnelsen ikke anses

innarbeidet som fellesmerke, er det opplagt at den ikke nyter vern direkte i kraft av vml. § 6 annet ledd. Det er derimot ikke like opplagt at vml. § 6 annet ledd ikke kan anvendes analogisk, eller at ikke mfl. § 1 kan tenkes å gi et tilsvarende vern for velkjente geografiske betegnelser som det vml. § 6 annet ledd gir velkjente varemerker. De legislative hensynene bak kodakregelen, hensynet til vern av goodwill og anseelse og eksklusivitet, kan også anføres for å gi et tilsvarende vern av velkjente og velrenomerte geografiske betegnelser. Disse spørsmålene hadde fortjent en særskilt drøftelse i saken.

I vurderingen av om bruken av navnet Champagneria er i strid med god forretningsskikk og mfl. § 1, vil ikke retten legge særlig vekt på at salget av champagne kun utgjør 15 % av omsetningen i restauranten. Derimot vektlegges det at ingen andre serveringssteder i Norge har en salgsandel av champagne som utgjør mer enn 15 %. Retten fokuserer således på at det selges mye champagne, og ikke at det selges mer av andre «mindreverdige» konkurrerende produkter.

Når det særlig gjelder spørsmålet om Champagnerias virksomhet innebærer en utvanning av den geografiske betegnelsen Champagne, peker retten på at det vil innebære en ulempe for saksøkerne at en fremmed aktør vil få enerett til å benytte firmanavn som er direkte avledet av deres geografiske kjennetegn. Dette mener imidlertid retten at oppveies ved at Champagnerias virksomhet medfører at det selges mer champagne, og at restauranten bidrar til å øke folks oppmerksomhet på champagnens særegenhet. Det påpekes også at Champagneria har inngått leveringsavtale med flere champagneprodusenter gjennom deres agenter i Norge, noe som vel må ses som et argument om at i hvert fall deler av champagneindustrien anser Champagnerias virksomhet som positiv. Retten fremhever også at Champagneria har en interesse i å benytte forretningskjennetegnet for å få frem at de selger champagne og fremme salget av champagne.

Ved spørsmålet om villedelse etter mfl. § 2, noyer retten seg med å påpeke at serveringsstedet faktisk selger champagne i stort omfang, og at det er gjort tydelige tiltak i markedsføringen for å skille champagneutvalget fra annen musserende vin. At det kunne foreligge villedelse med hensyn til kommersielt fellesskap mellom Champagneprodusentene og Champagneria hadde retten allerede avvist under sin omtale av Mozelldommen.

Dommen er påanket, og siste ord er neppe sagt om saken verken fra domstolene eller fra spaltene i *Nytt i privatretten*.

John Asland

Kjøp av boligeiendom. Rotteplager – Høyesteretts dom 25. juni 2008 (HR-2008-1138A)

Høyesteretts enstemmige dom 25. juni 2008 gjelder spørsmålet om rotteangrep og rotteskader, som ble oppdaget 3 1/2 år etter overtakelsen, utgjorde mangler som selgeren og hans eierskifteforsikringsselskap var ansvarlig for.

Boligen ble kjøpt «som den er» i 2001 for 5,1 millioner kroner. Rotteangrepet og rotteskadene ble oppdaget i 2004. Det ble lagt til grunn at rottene var kommet inn i bygningen som følge av en konstruksjonssvakheter i forbindelse med utbygging av krypkjeller i 1995, uten at utbyggingen var i strid med datidens byggeskikk eller regelverk. Det ble samtidig lagt til grunn at mangel ikke kunne gjøres gjeldende på grunnlag av avhendingslovens (avhl.) 1§§ 3-7 eller 3-8 om tilbakeholdte eller uriktige opplysninger. Spørsmålet var etter dette om eiendommen var i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med, jfr. § 3-9 annet punktum.

Problemstillingen ble av Høyesterett presisert slik at «avgjørende for vurderingen av mangelspørsmålet blir om boligen ved overtakelsen led av upåregnelige bygningstekniske mangler av en slik art at de innebar en uakseptabel høy risiko for rotteangrep» (avsnitt 28). Det måtte foretas «en objektiv vurdering av risikoøkningen for rotteangrep på grunn av de bygningsmessige svakheter ved boligen» (avsnitt 36). Resultatet av vurderingen var at «risikoøkningen for rotteangrep på grunn av de bygningsmessige svakheter, ikke var av en slik tyngde at det forelå mangel etter avhendingsloven § 3-9 annet punktum» (avsnitt 37). Det ble tilføyd at dette «gjelder også når jeg tar i betraktning at skadene ved et rotteangrep lett kan bli store, slik denne saken har vist».

Det følger av avhl. § 3-1 tredje ledd at selgeren er ansvarlig også for «mangel» som oppstår etter overtakelsen, dersom årsaken til denne er avtalebrudd fra selgerens side. Ved vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum var det likevel ikke de endelig konstaterede skader som var avgjørende, men derimot risikobildet slik det rent objektivt sett fortonte seg på overtakelsestidspunktet. Et vilkår for å holde selgeren ansvarlig for «mangel» som oppstår eller utvikler seg etter overtakelsen, er at man kan konstatere avtalebrudd i form av mangel allerede ved overtakelsen. For denne vurderingen er det forholdene på overtakelsestidspunktet som er avgjørende. Det måtte derfor vurderes om risikobildet på overtakelsestidspunktet var slik at boligen på dette tidspunkt måtte anses å være i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med. I denne vurderingen var risikoen for rotteangrep et moment, uten at det rotteangrepet som senere oppsto, var avgjørende i denne sammenheng. Som nevnt kom Høyesterett til at vesentlighetsvilkåret ikke var oppfylt ut fra forholdene på overtakelsestidspunktet.

I dommen slår Høyesterett også fast at det ikke med-

førte en risikooverføring til kjøperen at salgsdokumentasjonen inneholdt en opplysning om at en del av eiendommen ikke var blitt inspisert. Taksten, som var en del av salgsdokumentasjonen som kjøperen fikk før kjøpet, opplyste uttrykkelig at «Ikke utgravd kjeller er ikke inspisert». Lagmannsretten la til grunn at kjøperne tok en «bevisst sjans ved å kjøpe huset uten i det hele tatt å vite noe om tilstanden i krypkjelleren», og at kjøperne derfor hadde overtatt risikoen for bygningsmessige svakheter og dermed økt risiko for rotteangrep. Høyesterett tok uttrykkelig avstand fra disse uttalelsene, idet takstens opplysning ikke ga «noen indikasjon på at et var spesiell grunn til å være bekymret for krypkjelleren» (avsnitt 35).

Trygve Bergsåker

RETTSØKONOMI**Litteratur**

Erling Eide, Endre Stavang: *Rettsøkonomi*, Cappelen Damm Oslo 2008. 615 sider. Pris kr. 648,-.

Boken *Rettsøkonomi* er resultatet av et langvarig rettsøkonomisk samarbeid forfatterne imellom, som har resultert i tre tidligere utgivelser. I *Rettsøkonomi* gir forfatterne en samlet fremstilling av rettsøkonomien som dekker både privatrett og offentlig rett, den første i sitt slag i Norge.

Boken gir innledningsvis en generelt anlagt redegjørelse for rettsøkonomien og de analyseverktøy og metoder som benyttes innenfor fagfeltet. Forfatterne lykkes godt i å gjøre rettsøkonomiens grunnlag tilgjengelig også for lesere som ikke er trent i økonomi. For jurister som har lyst til å gjøre seg kjent med rettsøkonomien som fag gir den generelle redegjørelsen et godt utgangspunkt.

Rettsøkonomi underkaster sentrale rettsområder en grundig rettsøkonomisk analyse. De privatrettslige områdene som behandles er tingsrett, erstatningsrett og kontraktsrett. De offentligrettslige områdene som behandles er skatterett, sivilprosess og strafferett. Miljøretten er underlagt en egen behandling i bokens siste del under overskriften «Anvendt rettsøkonomi». Miljøretten brukes som illustrasjon på hvordan rettsøkonomien kan brukes til å analysere og løse problemene på sentrale samfunnsområder fra et lovgivnings- og et domstolsperspektiv. Analysen av anvendt rettsøkonomi, og boken, avsluttes med at trådene samles i sentrale perspektiver knyttet til forholdet mellom jus og rettsøkonomi.

Rettsøkonomi bør være obligatorisk lesning for alle som har befattning med de rettsområder boken dekker. Men boken favner videre. Den gjør tilgjengelig for alle jurister et grunnleggende analyseverktøy for å foreta rettsøkonomiske analyser. Boken oppfyller således på en god måte sin målsetning om å være en grunnbok i faget rettsøkonomi. Med boken som springbrett kan man gå videre til mer spesialiserte rettsøkonomiske analyser av rettsområder og rettsspørsmål.

Rettsøkonomien har som fagdisiplin ekspandert kraftig de senere år. Dette har allikevel ikke gitt seg utslag i en tilsvarende ekspansjon i bruken av rettsøkonomi i jusen. *Rettsøkonomi* legger vel til rette for at en slik ekspansjon kan skje. Så er det opp til leserne å gripe muligheten.

Olav Kolstad

TINGSRETT

Grunneierrett og allemannsrett – nye brikker på plass

Kartet over det juridiske landskapet for allmennhetens frie ferdselsrett inneholder mange hvite flekker i form av uavklarte rettsspørsmål og uoppgåtte grenseganger. Nedenfor kommenteres to av de nyeste presiserende bidragene fra to ulike instanser.

Høyesteretts dom 4. juni 2008 – (HR-2008-981-A) (Kongsbakke)

De siste ti årene har Høyesterett gjennom flere prinsipavgjørelser avklart grensen mellom allmennhetens ferdsels- og oppholdsrett og grunneierens rett til å ekskludere andre fra eiendommen. Alle sakene vedrørende ferdselsrett har vært i strandsonen. Skal man peke på en trend etter disse sakene, kan det være at grensen mellom allmennhetens og grunneierens rettigheter gradvis har forskjøvet seg i favør av allemannsretten. Særlig har utviklingen gått i retning av å stadfeste at ferdsel i strandsonen har prioritet. I en nokså fersk avgjørelse fra juni i år ga Høyesterett grunneieren medhold i at grensen så å si var nådd, og at allmennheten lovlig kunne stenges ute fra å ferdes mellom fritidsboliger på vei til og fra stranden. Den aktuelle eiendommen var på 67 mål og beliggende i kystkommunen Larvik. Bebyggelsen på eiendommen besto av tre sommerhytter, alle tilbaketrukket fra strandområdet. Ett av dommens prinsipielle elementer er nettopp om de særlige retningslinjene som er meislet ut gjennom rettspraksis for ferdsel i strandsonen, også kommer til anvendelse andre steder. Uttalelser i dommen tyder på at Høyesterett legger til grunn at strandsonen er det samme som 100-metersbeltet langs sjøen. Om strandoneprinsippenes anvendelse i andre områder sier Høyesterett (avsnitt 48): «(...) betraktningmåten vil ha betydning også for det innenforliggende området i den utstrekning begrunnelsen for en særlig behandling av eiendommene i strandsonen slår til».

Kongsbakke-saken er som den første i Høyesterett avgjort i grunneierens favør etter den såkalte «sekkebestemmelsen» i friluftsløven § 1a. Det følger av friluftsløven at allmennheten ikke har ferdselsrett over innmark. Essensen i dette er at man ikke kan gå over dyrket mark, og innenfor den private sonen rundt hus og hytter (hustomt). I Kongsbakke-saken fant Høyesterett at det omtvistede området ikke var «hustomt» fordi det hadde et klart utmarkspreget (dommens avsnitt 55 og 56). Sek-

kebestemmelsen i friluftsløven sier at ferdselsretten heller ikke gjelder «liknende område hvor almenhetens ferdsel vil være til utilbørlig fortrensel for eier eller bruker». I sin konklusjon om at det omtvistede området falt i denne kategorien, ser Høyesterett ut til å ha vektlagt særlig to momenter som er nye i forhold til tidligere saker. For det første la Høyesterett vekt på at bygningene på eiendommen var arrondert i tunløsning. Ferdsel mellom bygningene ville derved etter Høyesteretts oppfatning være mer sjenerende for hyttebrukerne enn avstandsangivelsene alene kunne tyde på (dommens avsnitt 54). Det andre momentet var betydningen av alternativ adkomst til den nedenforliggende strandsonen. Det har så langt på dette feltet vært usikkert om – og i hvilken grad – alternative ferdselsårer skal tillegges vekt når allmennhetens ferdselsrett over et område skal fastlegges. I Rt. 2005 s. 805 (Hvaler) ble dette momentet vektlagt slik at en alternativ sti ville kunne bidra til å dempe presset på den omtvistede stien som derved ikke var til utilbørlig fortrensel for eieren (dommens avsnitt 71). I en dom fra Borgarting lagmannsrett fra 2007 – LB-2005-182833 (Lillevann) – ble det lagt vekt på at allmennheten hadde muligheten for å komme seg inn i skogen ved hjelp av en alternativ trasé, en lite trafikkert bilvei. I Kongsbakke-saken gir Høyesterett en avklaring ved at det legges *betydelig vekt* på at det allerede var etablert en god alternativ adkomst til de nedenforliggende strandarealene (dommens avsnitt 59).

Med fire høyesterettsdommer på ti år om ferdsel i strandsonen, og avgjørelser både i allmennhetens og i grunneierens favør, skulle man tro at rettstilstanden på dette feltet nå var nokså avklart. Det kan likevel vise seg at summen av rettsavgjørelsene så langt er vanskelige å omsette i praksis. Dommen i Rt. 2005 s. 805 (Hvaler) åpner for eksempel for ferdsel mellom en hytte og anneks, langs en sti som har minsteavstand til hytta med 20 meter og til annekset med 7,5 meter. I årets dom er konklusjonen at det ikke er tillatt med ferdsel mellom to hytter som ligger 50-60 meter fra hverandre, med minsteavstand til nærmeste hytte på 12,5 meter. Begge eierdommer er det man vil kalle «hytter ved sjøen». Den utslagsgivende nyanseforskjellen er kanskje at mens førstnevnte eiendom ligger i 100-metersbeltet langs stranden, så ligger sistnevnte mer tilbaketrukket.

Allmennhetens rett til ferdsel i naturen er et rettsområde der reglene nettopp henvender seg til alle og enhver. Dette er også på et livsområde hvor det ikke er naturlig at man søker profesjonelle juridiske råd før man legger i vei. Rettsutviklingen så langt kan neppe ha gitt den alminnelige turgåer økt innsikt i hva som er lov og ikke lov. Slik situasjonen i øyeblikket er, tror jeg resultatene av rettsavgjørelsene kan være krevende å omsette fra teori til praksis, utover de enkelte sakene. Dette var man i og for seg inne på allerede da friluftsløven ble utformet for over 50 år siden. Men lovproposisjonen fra 1957 s. 23. slo fast at: «... folk flest (er) så fortrolige med sonderingen at de stort sett i de aller fleste tilfelle umiddelbart og uten særlig vanske vil være klar over om de står overfor innmark eller utmark». Rettsut-

viklingen har imidlertid introdusert flere vurderings-temaer enn bare en vurdering av terrenget. I dag kan momenter som muligheten for alternativ sti og om flere bygninger tilhører samme bruksenhet tillegges vekt. Slike forhold vil det ikke være lett for en turgåer uten lokalkunnskap å ta stilling til.

Denne usikkerheten er kanskje prisen man må betale for å ha fleksible og skjønnsmessige regler som gir rom for samfunnsutvikling. Rettsutviklingen på dette feltet gir likevel grunn til å reflektere over om man med Høyesterett i siste instans skal fortsette å meisle ut små detaljer i rettsanvendelsen av innmarks- og utmarksbegrepene i frilufsloven. Det kan settes spørsmålsteget ved om det er hensiktsmessig å la domstolsapparatet stake ut kursen ved hjelp av konkrete vurderinger i enkeltsaker som munner ut i dommer med vanskelig tilgjengelig verbalbeskrivelser av bebyggelse og terrengforhold uten ledsagelse av kart eller bilder. Kanskje det er tid for en revurdering av de rettslige mekanismene som benyttes for å fastlegge området for allmennhetens ferdselsrett?

Miljøverndepartementet mars 2008: Reguleringsplan kan ikke benyttes til å begrense ferdselsrett i utmark/friområder (Konglungen)

Et helt annet allemannsrettslig spørsmål havnet under lupen da Miljøverndepartementet i mars i år vurderte spørsmålet om adgangen til å begrense frilufslovens ferdselsregler gjennom restriksjoner i reguleringsplan.

Bakgrunnen for saken var at kommunen hadde inngått avtale med en grunneier. Avtalen inneholdt blant annet bestemmelser som åpnet området opp for allmenn ferdsel, men også bestemmelser om ferdsel uten oppholdsrett og tillatelse til at stengsler kunne bli stående. Avtalen ble senere forsøkt gjennomført ved at kommunen inkorporerte avtalebestemmelsene i reguleringsplan for området. Deler av denne reguleringsplanen ble så undergitt legalitetskontroll med hjemmel i kommunelovens § 59 etter krav fra tre medlemmer av kommunestyret. I forbindelse med legalitetskontrollen vurderte Miljøverndepartementet at området der planen aksepterte gjerder, var utmark. Departementet påpekte at en mulig hjemmel for bestemmelser om ferdselsbegrensning i utmark er plan- og bygningsloven § 26 som åpner for restriksjoner i områder regulert til landbruk eller naturvern. Det aktuelle utmarksområdet var i planen avsatt til naturvern/frilufsområde. Departementet fant at det ikke var spesielle naturkvaliteter i området som kunne begrunne restriksjoner på den frie ferdselsretten, og uttalte:

«... kommunen (kan) ikke begrense ferdselen eller atkomsten i regulerings bestemmelser eller avtale med grunneiere, uten at det er saklige grunner til det».

Les om saken på Miljøverndepartementets nettsider: http://www.regjeringen.no/nb/dep/md/dok/andre/Brev/Utvalgte_brev/2008/reguleringsplan-for-konglungen-i-asker-k.html?id=504730

Marianne Reusch

Sverige: Heflig debatt rundt lovendringsforslag om strandskyddet

Sveriges Miljödepartement fremsatte i mars i år et lovendringsforslag vedrørende vernereglene for den svenske strandsonen. Forslaget har skapt høye bølger hos høringsinstansene og overskrifter i svenske medier.

Utredningen som heter *Stranden – en värdefull miljö* (Ds 2008:21) ble lansert som et forslag til videreutvikling av det eksisterende strandvernet. Mange av høringsinstansene mener å kunne påvise at de foreslåtte endringene tvert om vil kunne lede til ytterligere nedbygging av sårbar kyst- og vassdragsnatur.

Dagens svenske regler om strandskyddet er lovfestet i Miljöbalken (MB) 7 kapittel, §§ 13-18. Vernet om strandsonen i Sverige ble etablert på 1950-tallet. Først gjennom en midlertidig «lag om tillfälligt byggnadsförbud innom vissa strandområden» av 15. desember 1950. Denne ble erstattet av «strandlagen» av 30. mai 1952. Senere er disse lovvedtakene beskrevet som fremsynte politiske beslutninger, som også har dannet skole for frilufslovgivningen i Norge. Prinsippene i den midlertidige svenske strandloven fra 1950 ble i stor grad lagt til grunn for utkastet til den midlertidige strandloven i Norge, lov av 4. juni 1954, som senere ble tatt opp i frilufsloven. I Norge ble mer generelle regler om byggerestriksjoner i strandsonen etablert med strandloven av 25. mai 1965. Reglene har senere funnet veien til plan- og bygningsloven hvor vi i dag i § 17-2 finner bestemmelsene om byggeforbudet i 100-metersbeltet langs kysten.

På samme måte som i Norge, har også det svenske systemet vært utsatt for kritikk fordi det er for dårlig samsvar mellom lovens formelle vern, og det faktiske resultatet av hvordan reglene praktiseres. Mange tusen innvilgende dispensasjoner i Sverige hvert eneste år, taler et tydelig språk. Det svenske strandskyddet innebærer en vernesone på 100 meter fra strandlinjen, både langs kysten og langs innsjøer og vassdrag i innlandet. Verneområdet kan på bestemte vilkår utvides til 300 meter. I vernesonen er all nybygging, og også vesentlig bruksendring av eksisterende bebyggelse forbudt. I vernesonen er det heller ikke tillatt med anlegg og innretninger som hindrer allmennhetens frie ferdselsrett (§ 16). Länsstyrelsen er dispensasjonsmyndighet, og dispensasjon krever særlige grunner. I praksis er imidlertid dispensasjonsadgangen i stor utstrekning delegert til kommunene.

I hovedtrekk går det nye svenske lovendringsforslaget ut på at reglene om strandskydd flyttes over fra miljøbalken til plan- og bygningsloven. Dette er ment å fremme en mer effektiv håndtering av reglene. Noe av bakgrunnen for endringsforslagene skal være å skape et mer differensiert system mellom tettbygde strøk og mer landlige områder. Det er ønske om å øke den lokale innflytelsen over arealbruken og gjøre det enklere å bygge i strandsonen i grigrendte strøk. Forslaget ble lansert som en delvis skjerpelse av vernet om den svenske strandsonen. Men mange har tatt til orde for at endringene i realiteten vil ha motsatt effekt.

Flere høringsinstanser har gått hardt ut mot loven-dringsforslaget. Torgny Håstad som både er justitieråd (høyesterettsdommer) i Högsta domstolen og ordfør-erande (styreleder) i Sveriges turistforening har uttalt: «Kommunerna tillämpar bestämmelserna på ett sätt som inte är avsett. Dispenser ges alltför lättvindigt eftersom äganderätt och kortsiktiga lokala interessen väger tyngre än naturvärden och allemansrätten. De föreslagna lagändringarna är inte utformade så att den kommunala dispensgivningen blir mer restriktiv i vik-tiga områden för friluftslivet.»

Dersom forslaget går gjennom, vil det nærmest være et skritt i motsatt retning av utviklingen i Norge hvor den lokale beslutningsmyndigheten stadig innskrenkes til fordel for overordnet styring. I den regionen med landets høyeste utbyggingstrykk – Oslofjordregionen – har man benyttet rikspolitiske retningslinjer for ramme-regulering av det kommunale spillerommet i saker om dispensasjon fra byggeforbudet i 100-metersbeltet. Samme fremgangsmåte er delvis også benyttet for strandsonen langs vann og vassdrag i innlandet. Forskriften om rikspolitiske retningslinjer for vernede vassdrag fra 1994 medfører at lokalforvaltningen er bundet opp i håndtering av enkeltsaker innenfor forskriftsområdet.

Både i Sverige og i Norge opplever man altså at liberal dispensasjonspraksis har uthullet et generelt forbud mot bygging i strandsonen. Likevel ser det ut til at de to landene velger å gå i hver sin retning for å finne en lø-sning på dette. Mens man i Norge stadig strammer inn lokal beslutningsmyndighet til fordel for overordnet styring, er det i Sverige lagt et forslag på bordet om å beholde en større del av beslutningsmyndigheten på dette området lokalt. Det skal bli spennende å følge utviklingen.

Høringsfristen for det svenske lovendringsforslaget utløp i juli, og det forventes en proposisjon fra Riksdagen om strandskyddsspørsmålet i løpet av høsten 2008. For videre lesing, se f.eks. www.naturvårdsverket.se eller www.regeringen.se og videre til miljødeparte-mentet, naturvård og strandskydd.

Marianne Reusch

Danmark har fått sin første nasjonalpark

Den første danske nasjonalparken ble åpnet ved Thy på Vesterjylland i august i år. Begivenheten fant sted nær-mere 100 år etter at Europas første nasjonalparker ble etablert i Sverige i 1909. På disse hundre årene har bety-delige landarealer i alle de nordiske landene blitt berørt av ulike vedtak om naturfredning. Verneregulering og fredningsbestemmelser over privat grunn har etterhvert blitt en faktor av betydning for innholdet i eiendomsret-ten. En interessant observasjon fra Danmark er at den nye nasjonalparklovgivningen langt på vei ser ut til å ønskes velkommen fra grunneierhold.

Det danske Folketinget vedtok *Lov om nationalpar-ker* i mai 2007. Lovens formål er angitt gjennom en lang smørbrødtype. Ved siden av det å sikre større

sammenhengende naturområder og ivareta naturmang-fold, er også kulturhistorisk vern, fremme av forskning og tilrettelegging for friluftsliv løftet frem blant formå-lene. Både boligområder og næringsvirksomhet kan ligge innenfor grensene til danske nasjonalparker. I Norge knyttes begrunnelsen for å opprette nasjonalpar-ker tettere opp til mer rendyrket naturvern. Den norske naturvernloven § 3 gir hjemmel for å etablere nasjonal-park i urørte, egenartede eller vakre naturområder og vern av naturmiljøet er hovedformålet. Hensynet til ivaretagelse av kulturhistorie og mulighet for friluftsliv vil nok likevel ofte være viktige sideformål.

Danmarks første nasjonalpark på Jyllands vestkyst er på 244 kvadratkilometer og beskrives av danskene som: «Et enormt og uspoleret naturområde» og «Dan-marks største villmarksområde». Ser man størrelsen i lys av Danmarks landareal for øvrig, må beskrivelsen sies å være dekkende. Vår egen nyåpnede Hallingskar-vet nasjonalpark er til sammenligning på 450 kvadrat-kilometer.

I Norge kan nasjonalparker bare opprettes på stats-grunn og eventuelt tilgrensende privat grunn, jf. natur-vernloven § 3. Noe slikt vilkår finnes ikke i den danske nationalparkloven. Hvis nasjonalparkreguleringen medfører restriksjoner i jordbrukets drifts- og utvik-lingsmuligheter, har grunneieren krav på erstatning (miljøbeskyttelsesloven § 26a). Ellers retter nasjonal-parkreguleringen seg i stor grad mot kommune- og lokalforvaltningen. For Nationalpark Thy er det for eksempel gitt bestemmelser om begrensnings i oppret-telse av nye byggeområder for boliger og sommerhus, restriksjoner for veibygging, utvidelse av trafikkanlegg og forbud mot vindmølleparker (Lovbekentgørelse nr 840 af 18/08/2008). Foranstaltninger som kan bedre naturforholdene er tillatt.

For allmennheten er innholdet i den danske nasjonal-parkreguleringen annerledes enn vi er vant til. Riktig nok finnes likhetstrekk som at den som vil nyte natur-kvalitetene ønskes velkommen til fots, per sykkel eller til hest. Men lokale tilpasninger er foretatt, og i Natio-nalpark Thy ønskes man også velkommen med bil. En informasjonsbrosjyre om nasjonalparken forteller: «Hvis det danske vejr driller, eller man har lyst til en komfortabel opdagelsesrejse, er det oplagt at se natio-nalparken gennem bilruderne(...) Kør for eksempel ad Kystvejen langs havet mellem Hanstholm og Klitmøl-ler.»

I løpet av 2008 og 2009 forventes ytterligere fire danske nasjonalparker åpnet: Mols Bjerge, Skjern Å, Vadehavet og Kongernes Nordsjælland.

Lovteksten til nasjonalparkloven og de enkelte nasjonalparkforskriftene finnes på: www.retsinforma-tion.dk

Les mer om de danske nasjonalparkene på skov- og naturstyrelsens sider: www.skovognatur.dk

Marianne Reusch

Litteratur

Per M. Ristvedt og Ola Ø. Nisja: *Alternativ tvisteløsning*, Cappelen Akademisk Forlag 2008. 694 s. inkl. register

Alternativ tvisteløsning av Per M. Ristvedt og Ola Ø. Nisja, på utgivelsestidspunktet begge advokater i advokatfirmaet Wikborg Rein, er en samlet fremstilling av alternativ tvisteløsning i norsk rett. Boken slår fast at majoriteten av sivile tvister i Norge løses utenom domstolene. Muligheten for minnelig løsning er oppmuntret i tvisteloven og betydningen av alternativ tvisteløsning antas å øke ytterligere i fremtiden. Innledningsvis nevner boken en rekke fordeler ved å løse saker på en annen måte enn gjennom de alminnelige domstoler. Blant de fordelene som er nevnt er at en utenomrettslig løsning kan være raskere og billigere, at utfallet kan formes på en smidigere måte og at fremgangsmåten kan ta mer hensyn til fremtidige relasjoner mellom partene.

De førstnevnte karakteristikker, hurtighet og kostnadsbesparelse, kan etter mitt syn ikke uten videre anses som typisk for alle former for alternativ tvisteløsning. Tenker man på voldgift, vil prosessens lengde og kostnad variere betydelig avhengig av hvor komplisert saken er. Det kan være besnærende å se på tvisten som løst i kun én instans; voldgiftsdommen er riktig nok endelig etter én instans, men den kan fortsatt være gjenstand for ugyldighetssøksmål, og det ved alle rettergangens instanser. Videre kan det bli nødvendig å tvangsfullbyrde voldgiftsdommen, som også medfører rettergang. Ugyldighetsgrunner og grunner til å nekte tvangsfullbyrdelse er unntaket og ikke normen, og de skal anvendes med ekstrem tilbakeholdelse. Likevel er det blitt en klar trend for tvister av betydelig verdi, spesielt internasjonale tvister, å benytte seg av alle prosessuelle muligheter til å motsette seg og utsette voldgiftsdommens håndheving. Ikke sjelden fører perspektivet av rettergang i flere instanser til at den vinnende part nøyer seg med å godta betaling av en brøkdel av verdien som den ble tilkjent i voldgiftsdommen, selv om ugyldighetssøksmålet eller innsigelsene mot tvangsfullbyrdelsen er ubegrunnet. Fenomenet forekommer foreløpig spesielt ved internasjonal voldgift, mens partene ved intern voldgift i Norge er mer nøkterne i den henseende. Hvis hurtigheten og kostnadene ikke uten videre kan anses som en fordel for internasjonal voldgift, er det likevel sterke grunner som taler for at partene bør velge voldgift for internasjonale tvister. Jeg tenker spesielt på den anerkjennelse av voldgiftsavtaler og av voldgiftsdommene som følger av New York Konvensjonen av 1958, ratifisert i cirka 150 land. En slik anerkjennelse finnes for sivile dommer kun ved Luganokonvensjonen, som har sitt anvendelsesområde i EU og EFTA. Vil en norsk part skape forutsigbarhet og mulighet til tvangsfullbyrdelse i en tvist med en part som ikke tilhører EU og EFTA-områdene, er voldgift den sikreste tvisteløsningsmekanisme.

Voldgift er dog ikke den eneste form for alternativ tvisteløsning: Boken omtaler også rettsmekling og spesielt forhandlinger. Også mindre utbredte metoder som minitrial og oppmannsavgjørelse er fremstilt.

Boken behandler sitt tema fra advokatens innfallsvinkel og dreier seg om advokatens rolle og fremgangsmåte i de forskjellige tvisteløsningsmekanismer.

Analysen av advokatens rolle og funksjon som forhandler er bokens største del; den er en oppdatering og videreføring av Ristvedts bok av 2004, *Advokaten som forhandler i sivile tvister og kommersielle rettsforhold*, og den benytter seg i stor utstrekning av amerikansk litteratur om forhandlinger.

Forfatterne er praktiserende advokater som åpenbart har kunnet bygge videre på egen og firmaets erfaringsmasse. Basert på en slik empirisk innsikt fremstiller boken forskjellige avveininger som advokaten gjør i forbindelse med valg av tvisteløsningsmetode, beregning av prosessrisiko, vurdering av forhandlingsstil og forhandlingsstrategi.

Boken er i hovedsak en håndbok for praktikere; fototeapparatet med henvisninger til den viktigste litteratur og domspraksis gjør at boken er egnet som utgangspunkt i et mer akademisk perspektiv.

Giuditta Cordero Moss

DISPUTAS

Stipendiat *John Asland* vil fredag 17. oktober 2008 kl. 1015 offentlig forsvare sin avhandling: «Uskifte» for graden ph.d. Disputasen vil finne sted i Gamle Festsal, Domus Academica.

1. opponent: Professor Peter Lødrup, Oslo
2. opponent: Dosent Anna Singer, Uppsala

Nye utgivelser – Institutt for privatretts Skriftserie

SKRIFTSERIE 171

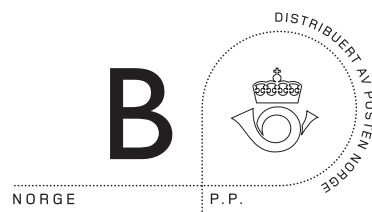
**BYGGHERRENS BRUKSTAKELSE AV
KONTRAKTSARBEIDET - ETTER NS 8405**
Stian Kahr Revheim

SKRIFTSERIE 172

**AVBRYTELSE AV FOREDELSESFRISTEN VED RETTSLIGE
SKRITT - VILKÅR OG VIRKNINGER**
Marte Kjørven

Seriene kan bestilles på:
www.jus.uio.no/ifp/stensilserie/index.html
eller kjøpes direkte hos Akademika Juss,
Karl Johans gt. 47, 0162 Oslo

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Program for seminar i Familie- og arverett ved Institutt for privatrett – Høst 2008

Torsdag 9. oktober 2008 kl. 1530-1700:

Underdirektør *Narve Amundsen* ved Brønnøysundregistrene:

«Tinglysning av ektepakter – fremgangsmåte, avvsningsgrunner, hvilke opplysninger som ofte er mangelfulle mv.»

Det vil bli tid til spørsmål og diskusjon.

Seminalet vil finne sted i Instituttets nye lunsjrom. Veien dit vil bli merket.

Det vil bli en enkel servering.

Påmelding og spørsmål ellers om seminaret rettes til

Björg Bachke på mail: b.k.bachke@jus.uio.no eller tlf. 22 85 97 06.

Neste seminar er satt til 20. november – samme tid og sted. Program vil bli meddelt senere.

Program for seminarrekke ved Institutt for privatrett – Høst 2008

Følgende tema vil bli tatt opp:

Tirsdag 7. oktober kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00 – Aud. 13, DM

Selskapet som part i aksjonæravtale

Innledning ved professor *Mads H. Andenæs*, Institutt for privatrett

Koreferenter: advokat *Gudmund Knudsen*, Advokatfirma BAHR og

advokat dr. juris *Kristin Normann*, Advokatfirma Selmer

Tirsdag 18. november kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00 – Aud. 13, DM

Advokat dr. juris *Margrethe B. Christoffersen*, Oslo

Presenterer sin doktoravhandling: Kjøp og salg av virksomhet – selgers

risiko og ansvar for mangler

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 (2008) 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@cappelen.no
<http://www.cappelendamm.no>

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2008

Neste utgave kommer november 2008