



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

INSTITUTT FOR PRIVATRETT

Forskning knyttet til fast eiendoms rettsforhold ved Institutt for privatrett

Ved Institutt for privatrett pågår det en ganske omfattende forskningsvirksomhet knyttet til fagområdet fast eiendoms rettsforhold. Faggruppen for tingsrett under instituttet har medlemmer som arbeider med spørsmål som: Rettigheter i fast eiendom. Fast eiendom som rettighetsobjekt. Registrering av eiendom og rettigheter i fast eiendom. Offentligrettslig regulering av fast eiendoms utnyttelse og rettighetenes konstitusjonelle vern. Naborett. Servitutter. Hevd mv. Sameie. Tomtefeste, husleie og

annen total bruksrett. Allemannsrett. Allmenningsrett. Former for eie av naturressurser og «formuerettsliggjøring» av naturressursforvaltningen. Siden fokus er på fast eiendoms rettsforhold, dekker vi ikke faget tredjemannsvern fullt ut. Til gjengjeld behandles enkelte emner som tradisjonelt hører under offentlig rett, og vi tar også opp ikke-dogmatiske emner som eiendomsrettens økonomi.

Faggruppen for tingsrett har følgende medlemmer (som er tilknyttet Institutt for privatrett hvis ikke annet er angitt): Professor Kirsti Strøm Bull (p.t. Senter for menneskerettigheter) arbeider med Finnmarksloven og en lang rekke andre emner knyttet til fast eiendoms rettsforhold, herunder en innføringsbok i faget. Professor Erling Eide arbeider blant annet med nåverdiproblemet ved ekspropriasjon av naturressurser og læremidler i tingsrettsøkonomi. Professor Erik Røsæg (Nordisk Institutt for Sjørett, heretter forkortet NIFS) arbeider blant annet med læreverk i faget Tredjemannsvern. Professor Thor Falkanger (NIFS) arbeider innen hele det tingsrettslige fagområdet. Professor Daniel Rogstad (Universitetet for Miljø- og Biovitenskap på Ås, heretter forkortet UMB) arbeider særlig med regulering av fast eiendom og miljø. Førsteamanuensis Endre Stavang arbeider med fast eiendoms rettsforhold generelt og med servitutter (særlig opphør) spesielt. Amanuensis Gert-Fredrik Malt arbeider, i tillegg til rettsteoretiske emner, med husromsrett, for tiden særlig eierseksjonsrett. Postdoktor Geir Stenseth arbeider med et postdoc-prosjekt om eiendomsretten i et utviklingsperspektiv. Stipendiat Marianne Reusch arbeider med en avhandling om allemannsretten. Stipendiat Katrine Broch Hauge arbeider med en avhandling om store næringstiltak (hyttefelt og småkraftverk) i utmark. Stipendiat Nikolai Winge (Institutt for offentlig rett, heretter forkortet IOR) arbeider med en avhandling om vindkraftutbygging og med en innføringsbok i fast eiendoms rettsforhold (sammen med Kirsti Strøm Bull). Vitenskapelig assistent Anja Ankerud (IOR) arbeider med en studentavhandling om reguleringsplaner og ekspropriasjonerstatning.

Fast eiendom er en viktig naturressurs. Dette er noe av bakgrunnen for at forskergruppen i naturressursrett ble opprettet ved dekanvedtak av 3. mai 2005 som et felles forum for faggruppene for tingsrett, miljørett og energirett. Denne forskergruppens fokus gjelder spørsmål som: Markedsmekanismer som virkemiddel i ressursforvaltningen, herunder om ny formuerett og eiendomsrettens rolle; offentlig og privat håndhevelse; staten som både eier

Innhold nr. 2/2008:

Institutt for privatrett	1
Arbeidsrett	2
Arverett	4
Boligrett	8
Erstatningsrett	10
Familierett	15
Forbrukerrett	17
Immaterialrett	18
Internasjonal privatrett	19
Konkurranserett	19
Kontraktsrett	21
Selskapsrett	22
Tingsrett	24
Litteratur- oppslagsverk	28

og regulator; forholdet mellom miljørett og sektorrett; betydningen av internasjonal rett og menneskerettigheter for norsk ressursforvaltning. Vertsinstitutt er Nordisk institutt for sjørett. Leder er professor i miljørett Hans Christian Bugge (IOR), som for øvrig også arbeider mye med plan- og bygningsrett.

Faggruppen for tingsrett var med og tok initiativet til og er integrert i Forskergruppe i Naturressursrett. Det pågår et løpende arbeid i forskergruppens regi med å generere prosjekter og å støtte individuell forskning som pågår innenfor eller som overskrider grensene for disiplinene tingsrett, miljørett og energirett i vid forstand (olje-, gass og vassdragsrett (kraftrett)). Som et eksempel kan nevnes at vi har oppnådd forskningsråds-finansiering av et klimajuridisk prosjekt (en doktorgradsstipendiat og en postdoc-stilling) om blant annet omsettelige kvoter som kan gi bidrag til forståelse av hvordan markeder og formuerett (eiendomsrett i vid forstand) kan bidra til en forsvarlig utnyttelse av våre naturressurser. Vi har også fått forskningsråds-finansiering av et miljørettsprosjekt som inkluderer et doktorgradsprosjekt (PhD) om bl.a. erstatningsrettslig verdsetting av miljøgoder. I tillegg har vi oppnådd forskningsråds-finansiering av et bredt anlagt tingsrettslig prosjekt knyttet til norsk utmark, jf. nærmere nedenfor.

Faggruppen har utover dette løpende kollokvievirk-somhet og informasjonsutveksling om tingsrettslige emner. Dette er naturlig siden tingsrett – i likhet med miljørett og energirett – er distinkte disipliner. Det er da hensiktsmessig at noe aktivitet skjer i mindre fora og ikke i plenum i Forskergruppe i Naturressursrett. Ved slike anledninger deltar også iblant Marit Halvorsen (IOR), Kåre Lilleholt og praktiserende jurister som arbeider mye med tingsrett.

Det er enkelte tema som vektlegges i naturressursgruppen hvor medlemmene i faggruppen for tingsrett vil møte utfordrende arbeidsoppgaver. Her nevnes først temaområdet *Erstatning for ulemper, rådgighetsreguleringer og ekspropriasjon*. Det har allerede vært arbeidet en del på dette området, og gruppen har skaffet eksternfinansiering av til nå tre vitenskapelige assistenter. Ytterligere finansiering kan påregnes. Dette temaet er illustrerende for hvordan tingsretten overskrider skillet mellom privatrett og offentlig rett og viser således vårt behov for overbygningen Forskergruppe i Naturressursrett.

Den største utfordringen for tingsrettsgruppen i de neste årene blir imidlertid det såkalte *Utmarksprosjektet*. Det er oppnådd forskningsråds-finansiering for et prosjekt om norsk utmark som har til formål å styrke tingsrettslig forskning. Dette representerer en kollektivt preget spissing av forskningen som vil prege arbeidssituasjonen til medlemmene av faggruppen for tingsrett spesielt. Spissingen kommer til uttrykk gjennom tematisk satsing på spørsmål knyttet til *rettsfellesskap i store utmarkstiltak*. Katrine Broch Hauges doktoravhandlingsprosjekt vil belyse dette via problemer knyttet til hyttebygging og småkraftverk. Videre skal stipendiat Nikolai Winge skrive om vindkraftprosjekter i utmark. Disse bidragene vil altså komme i tillegg til Geir Stenseths doktoravhandling om allmenningsrett og prosjektet til Marianne Reusch om allemannsrettigheter. Spissingen suppleres med planer om publisering av noe mer breddepregede antologier.

Til slutt nevnes at medlemmene av faggruppen for tingsrett ved instituttet følger internasjonaliseringstendensen i tiden med stor interesse. Det vil nok skje en viss europeisering også av dette rettsområdet, og tingsrettslige forfattere vil nok vise til andre lands rett i noe større grad enn før. I tillegg fører trolig økt kommunikasjon mellom tingsrettsforskere i ulike land til at teoretiske innfallvinkler vurderes høyere.

Endre Stavang

ARBEIDSRETT

Utstasjonering, offentlige anbud, lønn – EF-domstolens dom 3. april 2008, sak C-346/06 Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert [’bobestyrer’] mot Land Niedersachsen

Med dommen i *Ruffert* fører EF-domstolen linjen videre fra dommene i *Laval* og *Viking Line* (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 1, 2008). Domstolen holder fast ved en strikt fortolkning av utstasjoneringdirektivet og fellesskapsrettens tjenesteregler. I *Ruffert* ledet det til at vilkår i nasjonale lovregler om offentlige anskaffelser om at anbydere per kontrakt skal påta seg å sikre arbeidstagere «tariffvilkår», ble bedømt som uforenlige med EF-retten. Dommen fører seg derved til den pågående diskusjonen om «sosial dumping» og mulige virkemidler mot slike fenomener.

Utgangspunktet i saken (tidligere omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 4, 2007) var at den tyske delstaten Niedersachsen med hjemmel i delstatsloven om offentlige anskaffelser (*Landesvergabegesetz*) krever at anbydere skriftlig må påta seg å sikre at arbeidstagere som skal utføre arbeid som omfattes av en kontrakt, får minst samme lønn som fastsatt i den tariffavtalen som gjelder på det sted det aktuelle arbeid skal utføres. Det er da tale om tariffavtaler som ikke er «almengjort». Hovedentreprenørens ansvar omfatter også underentreprenører og deres ansatte. Herr Ruffert var likvidasjonsbestyrer for et byggefirma som hadde benyttet en polsk underentreprenør ved byggingen av et nytt fengsel. Kontrakten mellom delstaten og firmaet ble hevet da kontroll avslørte at den polske underentreprenørens folk ble underbetalt. Niedersachsen reiste søksmål mot hovedentreprenøren med krav om en forhøyet «kontraktbot», en spesiell sanksjon for kontraktsbrudd med forankring i delstatsloven.

Avlønningsskravet innebærer at tjenestetilbydere fra andre medlemsstater må tilpasse seg lønnsnivået på det aktuelle arbeidsstedet i Tyskland. Dermed må de i regelen betale sine ansatte høyere lønninger enn etter hjemstatens rett såvel som etter tysk rett ellers.

Domstolen tok et utgangspunkt i utstasjoneringdirektivets (96/71/EF) art. 3(8) som åpner for at bestemmelser i «almengjorte eller alment gyldige» tariffavtaler kan gis anvendelse for utenlandske tjenesteydere. Det var imidlertid på det rene at den tariffavtalen den tyske loven viste til, ikke kunne anses som en tariffavtale av en slik art (avsnitt 21, 22, 26). I sammenheng med dette poengterte domstolen at delstatsloven ikke gjorde avtalen anvendbar i hele bransjen, men bare for arbeider for «offentlige arbeider»

(avsnitt 29). Det implisitte poenget er klart. En slik ordning tilfredsstiller ikke kravet til «likebehandling» i direktivets art. 3(8) tredje ledd. I det ligger at offentlig sektor ikke kvalifiserer som en «sektor» i denne sammenheng.

Det gjenstående alternativ var da lovgivning. Domstolen tok kort og konsist stilling til dette. En lovregulering slik som den det var tale om, som ikke selv fastsetter noen minimumslønnssetninger, kan ikke anses å være en «lov» i den forstand det er spørsmål om i utstasjoningsdirektivets art. 3(1) (avsnitt 24).

Domstolen føyet dessuten til at reguleringsalternativene i direktivets art. 3(8) annet ledd (om «generelt anvendte» tariffavtaler m.v.) bare kan anvendes dersom staten ikke har noen ordning for almenyldigerklæring av tariffavtaler – hvilket Tyskland har (avsnitt 27)

I tillegg poengterte domstolen forholdet til utstasjoningsdirektivets art. 3(7) og art. 3(1). I forlengelsen av rettspremissene i *Laval* understreket domstolen at art. 3(1) ikke tillater at en vertsstat krever – eller åpner for å kreve – at en utenlandsk tjenesteyter skal oppfylle mer enn det som er det nasjonalt preseptoriske minimum for slike typer av vilkår som direktivet tillater å regulere. Art. 3(7) endrer ikke dette; den gjelder bare bedre vilkår som utstasjonerte arbeidstagerne måtte ha etter hjemstatens rett. Som et ekko av *Laval* fremholdt domstolen at en annen fortolkning av disse bestemmelsene ville bety at direktivet blir virkningsløst (avsnitt 33-34). Kontrastene til generaladvokatens resonneringer, som var vesentlig mer åpen for vertsstatsregulering, er sterke.

Dommen i *Rüffert* bygger ikke bare videre på *Laval*. Den byr dessuten på en tilleggsdimensjon som har direkte betydning for samtlige medlemsstater, såvel som for Norge og EØS. Problemstillingene har en side til direktivene om offentlige anskaffelser. Det er påtagelig at disse ikke er omtalt i dommen. Det samme gjelder ILO-konvensjon nr. 94 om «arbeiderklausuler» i offentlige kontrakter. Ti av EUs medlemsstater har ratifisert denne konvensjonen; det samme har Norge. Det har derimot ikke Tyskland, men hovedpoenget i Niedersachsens anbudslov svarer helt til det krav ILO-konvensjonen stiller til statene. Også dette gikk EF-domstolen fullstendig forbi. Det isolerte fri bevegelsefokus som rettspraksis på området gir inntrykk av, blir med det bare ytterligere forsterket.

Sett fra norsk side gir dommen et umiddelbart problem i forhold til bruk av «vilkårsklausuler» i offentlige kontrakter. Hos oss er slike klausuler forankret i § 11a i lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift 8. februar 2008 nr. 112. Ut fra domstolens resonnering i *Rüffert* vil ikke klausuler bygget på disse reglene være tillatelige etter fri bevegelsereglene og utstasjoningsdirektivets art. 3(1). Spørsmålet vil være hvilken betydning ratifikasjonen av ILO-konvensjon nr. 94 eventuelt kan ha. I EF-retten følger det med utgangspunkt i traktatens art. 307 at en motstridende folkerettslig forpliktelse må vike, eventuelt så snart som mulig. EØS-avtalen har ingen tilsvarende bestemmelse, og spørsmålet kan være diskutabelt. At det ikke gjør diskusjonen omkring «sosial dumping» enklere, er ikke desto mindre klart.

Stein Evju

Oppsigelse i «prøvetid», etatsopplæring, tjenestemannslovens § 8 – Høyesteretts dom 30. januar 2008 (HR-2008-174-A)

En tollaspirant ble sagt opp på grunn av promillekjøring. Det var syv måneder etter at han var ansatt, men aspiranten var i etatsutdannelse, som strekker seg over to og et halvt år fra ansettelse.

Det første spørsmålet i saken var om oppsigelsen kunne forankres i tjenestemannslovens § 8. Etter § 8 nr. 1 er prøvetiden i alminnelighet seks måneder. Lovens § 8 nr. 3 har en særskilt bestemmelse om oppsigelse av tjenestemenn som er ansatt med plikt til å gjennomgå en bestemt opplæring. Den knytter oppsigelsesgrunnen til at «opplæringen ikke er fullført på en tilfredsstillende måte». Med særlig henvisning til lovforarbeidene kom Høyesterett til at formuleringen må forstås utvidende. Det må være adgang til oppsigelse i opplæringsperioden også etter seks måneder, hvis det avdekkes relevante forhold (avsnitt 26-28). Slike kan også være forhold som ikke er direkte tilknyttet opplæringen (avsnitt 30-31).

Det andre hovedspørsmålet gjaldt domstolens rett til å prøve arbeidsgivers skjønn. Med referanse bl.a. til Rt. 2003.1071 og lovforarbeidene gav Høyesterett her et prinsipielt uttrykk for at domstolene skal være tilbakeholdne med hensyn til å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger av en arbeidstagers egnethet. Det man da viste til, er materiale knyttet til arbeidsmiljølovens regler. Men med støtte i forarbeidsuttalelser mente Høyesterett at synspunktet også kan overføres til tjenestemannslovens felt (avsnitt 36-41). Det kan det vanskelig være noe å innvende mot, isolert sett.

Høyesteretts synspunkter på prøvesretten her kan nok ellers sies å stå i en viss kontrast til den prinsipielle drøftelsen Høyesterett foretok og bygget på i «Haslund-saken» i Rt. 1984.1058. Det kan derfor være særlig grunn til å understreke både at uttalelsene i dommen her begrenser seg uttrykkelig til egnethetsvurderingen, ut fra et gitt faktum, og at retten trekker en grense mot «forhold som arbeidsgiver neppe har vesentlig bedre forutsetninger for å vurdere enn en domstol», så som «holdninger» og «vurderingsevne» slik det var tale om i saken. Med slike presiseringer har rettens innledende bemerkninger tross alt, og betimelig, begrenset rekkevidde.

Stein Evju

Organisasjonsfrihet, «tariffavgift» – Borgarting lagmannsretts dom 14. mars 2008 (07-089958ASI-BORG/03)

Norsk Sjømannsforbund (NSF) har tariffavtaler med bl.a. Norges Rederiforbund (NR). Etter avtalen med NR skal arbeidsgiveren trekke ansatte som ikke er medlemmer av NSF i lønn for en «tariffavgift», medmindre arbeidstagerne er tilsluttet en annen organisasjon som har tariffavtale som omfatter vedkommende arbeidsgiver. Tariffavgiften utgjør samme beløp som medlemskontingent til NSF, som ikke holder midlene adskilt fra andre midler.

Tre medlemmer av et konkurrerende forbund som ikke hadde tariffavtale som nevnt, gikk til sak for å få kjent trekket av tariffavgift ulovlig. Lagmannsretten kom til at

et slikt trekk i lønn ikke er rettsstridig. Konklusjonen står imidlertid på sand grunn.

Innledningsvis mente lagmannsretten at lønnstrekket overfor de ikke-tariffbundne arbeidstagerne var tillatelig etter sjømannslovens § 23. Den konklusjonen bygger på en sammenlegning av vilkårene i § 23 om skriftlig samtykke eller «fastsatt i tariffavtale». Det siste tolker lagmannsretten som om det skulle omfatte en arbeidsavtale som inkorporerer en tariffavtale. Det er en tvilsom utlegning.

Spørsmålet var dernest om trekk av tariffavgift vil være i strid med normer om organisasjonsfrihet. Lagmannsretten trakk her et skille mellom «prinsipper» om organisasjonsfrihet og EMK art. 11 nærmest som om EMK ikke skulle være norsk rett. Den drøftet først spørsmålet ut fra «prinsippet om den negative organisasjonsfriheten», uten å klargjøre hva dette er eller hvor det skulle komme fra. Retten vektla særlig at betaling av tariffavgift ikke innebærer medlemskap i organisasjonen, og at en avgiftsordning «har gode grunner for seg» som kompensasjon for NSFs arbeid med avtaleforhandlinger m.v. At avgiften beløpsmessig var lik medlemskontingent, gikk retten uttrykkelig ikke inn på.

Drøftelsen av EMK er begrenset til art. 11. Den er vaklende. Lagmannsretten gikk inn på EMDs dom i *Evaldsson m.fl. mot Sverige* (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2, 2007), men unnlot å gå inn på kjernepunktet i saken fordi en påstand ad dette var blitt prosessuelt avskåret. Det fører galt avsted når det brukes som grunnlag for å begrense rettsanvendelsen på punkter av betydning for påstander som tas under behandling. Lagmannsrettens avsluttende «raisonnement» om art. 5 i Den europeiske sosialpakt (RevESP), som Norge har ratifisert, er tillike grunnleggende galt. Kanskje har ikke anførselene vært til hjelp, men uansett er det påfallende at man overser sentrale forskjeller til EMK art. 11. Man har også oversett RevESP Complaint Case No. 12/2002, *Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden* (avgjort 2003), som gjelder en lignende problemstilling som i *Evaldsson*, med en rimelig klar konklusjon.

Når dette skrives, er lagmannsrettens dom ikke rettskraftig. Problemstillingene i saken kan fortjene å få sin dag i Høyesterett. Temaet dukker nå og da opp på ny i ulike sammenhenger.

Stein Evju

Litteratur

Helga Aune, Preben Mo Fredriksen, Norwegian Employment Law – an overview. Oslo: N.W. Damm & Søn AS, 2008. 142 s.

Denne lille boken presenterer seg som en fremstilling som skal gi en grunnleggende presentasjon av norsk «employment law» og en grunnleggende forståelse av det «collective system» med tariffavtaler m.v. Den er tenkt å skulle være til nytte både for deltagere i det norske arbeidsmarkedet som ikke selv snakker norsk, og for enhver som driver rådgivning på engelsk (forordet, s. 6). Hovedtyngden i

fremstillingen ligger i en gjennomgåelse av regler i arbeidsmiljøloven (kap. 3, s. 112-118). Kollektiv arbeidsrett og «other factors» er mer kortfattet behandlet (hhv. s. 119-128 og 129-132).

En bok som dette kan nok ha en nyttefunksjon. Men det stiller krav til innhold og form. Dessverre er denne utgivelsen langt fra å tilfredsstillende rimelige krav her. Fremstillingen er i overveiende grad regelstyrt og regelrefererende. En slik systematikk får ikke frem poengteringer som kan være nyttige eller nødvendige, ikke minst for lesere uten forhåndskjennskap til norsk rett på området. Materielt er det flere steder klare svakheter eller direkte feil – kanskje fordi man har villet være kortfattet. Sproget i fremstillingen er gjennomgående dårlig. Tidvis er det helt ubehjelpelig. Eksempelvis er «rettspraksis» blitt til «legal practice» (s. 88), som ellers betyr advokatpraksis, i stedet for det generelt brukte «case law»; og eventuell homofil samlivsform i arbeidsmiljølovens § 13-4 annet ledd er blitt til «sexual forms of cohabitation». Slikt fungerer ikke på engelsk. Terminologien svikter i mange sammenhenger. Det stikker seg ut når kollektiv arbeidsrett blir «collective employment law», ikke «collective labour law», og når almenngjøringsloven kalles lov om «Public Announcement of Collective Agreements», i stedet for det nasjonalt og internasjonalt innarbeidede «Extension» av tariffavtaler. Det virker også påfallende at der man skal gjengi norske tekster hvor det finnes bl.a. en engelsk grunntekst, som for EF-direktiver, brukes ikke grunntekstens terminologi, men en slags hjemmegjort oversettelse. Enn mer problematisk blir det når begreper brukes på en måte som ikke samsvarer med det meningsinnhold begrepene har i innarbeidet engelsksproglig terminologi. Når det sies at noe kan utgjøre «grounds for notice of termination or even dismissal» (s. 19), gir det inntrykk av at man mener oppsigelse med det første og avskjed med det annet. I fast etablert terminologi omfatter imidlertid «dismissal» begge deler – begrepsbruken er «dismissal with or without notice». Likeledes blir det galt når det i en kursorisk omtale av permitteringer sies at «A lay-off means a temporary suspension of the employment relationship» (s. 53). Etter gjengs arbeidsrettslig sprogbruk omfatter «layoff» både midlertidige og permanente tiltak; de siste er da oppsigelser som involverer «redundancy». I det hele virker det ikke som man har gjort bruk av det som finnes av tilgjengelige oppslagsverk m.v. om terminologi og begrepsforklaringer på fagfeltet. Ved siden av «sprogvaske» ville boken også fortjent grundig korrekturlesning. Forlaget har ikke fylt sin oppgave med denne utgivelsen.

Stein Evju

ARVERETT

Skifte ved misbruk av uskifteboet – al. § 24 annet ledd. Borgarting lagmannsretts dom 31. mars 2008 (LB-2007-161466)

Gjenlevende ektefelles forvaltning av uskifteboet kan gi arvingene grunnlag for å kreve skifte. Etter al. § 24

annet ledd annet alternativ, kan arvingene kreve skifte hvis gjenlevende: «fer misleg åt så buet minskar unødige eller blir utsett for vesentleg minking». Bestemmelsen inneholder to vilkår. Det første viser til gjenlevendes atferd – «fer misleg åt». Det andre vilkåret dreier seg om konsekvensene av gjenlevendes atferd, jf. det lille ordet «så». Atferden må enten ha ført til unødige tap for boet eller utsatt det for fare for vesentlig reduksjon.

Det er lite rettspraksis om bestemmelsen. For Høyesterett har den kun vært oppe i én sak, Rt. 1998 s. 728, hvor skiftekravet ikke nådde frem. Inkludert Borgarting lagmannsretts dom 31. mars 2008, er det kun ti avgjørelser om bestemmelsen som er publisert på lovdata. Arvingene vant frem med skiftekravet i kun tre av disse sakene. Jeg tror forklaringen på at det ikke har vært flere saker om al. § 24 annet ledd for domstolene, primært beror på at partene har sett seg bedre tjent med andre virkemidler. Arvingene er i første omgang ofte bedre tjent med et omstøtelsesøksmål hvis det er overført gaver fra uskifteboet. Skifte tilfører normalt ikke boet midler, selv om arvingene kan få vederlag fra midler gjenlevende har utenfor boet etter al. § 27. Ofte er gaver eller gavelignende transaksjoner grunnlaget for konflikten mellom arvingene og gjenlevende. Andre former for misbruk eller vanskjøtsel av uskifteboet er mindre utbredt. For arvingene vil skifte vanligvis først bli aktuelt hvis omstøtelse ikke er mulig; fordi omstøtelsesfristene er gått ut, eller fordi gjenlevendes handlinger ikke kan klassifiseres som gavedisposisjoner.

Det var nettopp et tilfelle hvor arvingene ikke trodde de ville nå frem med et omstøtelseskrav som var oppe i Borgarting lagmannsretts dom 31. mars 2008. Gjenlevende ektefelle satt i uskifte med grunnlag i ektepakt om uskifte med særøie. I uskifteboet inngikk bl.a. en bygård i Oslo. Bygården hadde under ekteskapet vært førstavedes særøie. Før førstavedes død, hadde ekteparet opprettet felles testament, hvor det var bestemt at det som var igjen etter dem etter lengstlevendes død, skulle fordeles likt mellom deres tre barn, D, E og A. Datteren, E, skulle imidlertid ha rett til på sin arvelodd å utta bygården etter takst mot å godtgjøre boet det beløp som eiendommens verdi oversteg hennes arvelodd.

I 2006, under uskiftet, seksjonerte gjenlevende bygården i fire seksjoner; tre seksjoner i en bygning ut mot gaten, og én seksjon i en bygning i bakgården. I bygningen i bakgården hadde familien drevet bakeri i flere generasjoner. I uskifteperioden var hele bygården utleid. Bakeribygningen var utleid til sønnen, C, som drev bakerivirksomheten.

I april 2007 begjærte A uskifteboet skiftet. Han anførte at boet ble utsatt for vesentlig forringelse ved at moren var i ferd med å overføre seksjon 1–3 til E. Gjenlevende bestred at vilkårene for skifte var oppfylt. Oslo byfogdemøte avsa kjennelse 20. august 2007 om at skiftebegjæringen ikke ble tatt til følge. Kjennelsen ble anket inn for lagmannsretten. I ankesaken gikk D inn som hjelpeintervenient for den ankende part.

Lagmannsretten, som ga arvingene medhold i skiftekravet, tok utgangspunkt i at lengstlevendes rådighet ved livsdisposisjoner er meget fri, og at hun, med de begrensinger som følger av loven, kan avhende boets faste eiendommer. Det vises til at arvingene, etter al. § 24 annet ledd

annet alternativ, kan kreve uskifteboet skiftet hvor lengstlevende: «fer misleg åt så buet minskar unødige eller blir utsett for vesentleg minking». Lagmannsretten presiserer at det er de unødige og vesentlige reduksjoner som kan gi grunnlag for å kreve skifte – riktignok uten å presisere om dette er alternative eller kumulative vilkår. Videre legges det til grunn at det er *reduksjonen* som må være utilbørlig, og at det verken er et vilkår at handlingen objektiv sett trenger å være utilbørlig (jeg forstår dette som at handlingen under andre omstendigheter enn uskifte – eller det konkrete uskiftet – ikke nødvendigvis ville være utilbørlig), og at det ikke er et vilkår at gjenlevende kan bebreides. At det ikke er et vilkår at gjenlevende kan bebreides, trenger en nærmere presisering. Kriteriet «misleg» eller utilbørlig, innebærer at atferden er uakseptabel eller sterkt kritikkverdig. Det er imidlertid ikke et krav om at gjenlevende selv er klar over at atferden fortjener denne karakteristikken. Skifte kan heller ikke være utelukket i tilfeller hvor gjenlevende ikke er i stand til å se det utilbørlige ved sin atferd. I de mer alvorlige tilfeller av manglende innsikt, kan riktignok al. § 23 om skifteplikt ved umyndiggjøring komme inn. Umyndiggjøring iverksettes imidlertid særdeles sjelden i dag.

I saken var ikke boet redusert på tidspunktet da skifte ble begjært. Det hadde vært ført drøftelser med arvingene om overføring av seksjonene 1–3 til datteren. Overdragelsen skulle skje til markedspris. Det var innhentet verdigrundinger, men ikke oppnådd enighet mellom partene. Bakgrunnen for skiftebegjæringen var at et salg av seksjonene enkeltvis til E ville innbringe langt mindre enn et salg av eiendommen samlet. Tomteverdien lå i størrelsesorden 20–25 millioner. Samlet ville eiendommen kunne selges til en pris minst 50 % høyere enn ved et salg av seksjonene hver for seg. Det var trolig tomten som var eiendommens store aktivum.

Lagmannsretten kom til at et salg av de tre seksjonene i forgården til E, ville innebære en disposisjon som reduserte uskifteboet vesentlig og utilbørlig, selv om seksjonene ble solgt til markedspris. Da begjæringen om skifte ble fremsatt, var ikke disposisjonen gjennomført, og det ble derfor et spørsmål om vilkårene i al. § 24 annet ledd annet alternativ var oppfylt også i denne situasjonen.

Lagmannsretten tar, som Høyesterett i Rt. 1998 s. 728, utgangspunkt i at det må foretas en konkret helhetsvurdering, og at det har betydning om arvingene kan nå frem med alternative beføyelser. Lagmannsretten la til grunn at al. § 19 ikke kunne bli aktuell i denne saken, da den forutsetter at disposisjonen må innholde et gavemoment, noe som ikke er tilfellet ved salg til markedspris. Det vises til at det forhold at boet ikke selges samlet som et tomteobjekt, ikke vil være av betydning for vurdering av omstøtelse etter al. § 19.

Etter min mening bør al. § 19 kunne anvendes i et slikt tilfelle: Man trenger ikke å se isolert på om salget av hver seksjon inneholder et gaveelement, men om hele salget innebærer en gave overfor E. For en utenforstående tredje mann ville et salg av en enkeltseksjon ikke kunne anses som et gavesalg, forutsatt at den var solgt til markedspris. For Es del mener jeg det kan stille seg annerledes. Hun var i testamentet tilsagt en rett til å kjøpe hele eiendommen på skiftet til markedspris. En seksjonering og salg til henne

av seksjonene enkeltvis, ville innebære at hun kunne få eiendommen til en langt lavere pris gjennom flere transaksjoner under uskiftet, enn ved en utløsning av hele eiendommen etter lengstlevendes død. Når alle seksjonene er samlet på Es hånd, ville hun sitte med hele tomteverdien og ikke bare summen av verdiene av enkeltseksjonene. Ved praktiseringen av gaverregelen i al. § 19 er det lagt til grunn at man kan se på gavevirkningen i forhold til den begunstigede arvingen isolert sett, og at man ikke må vurdere vilkårene opp mot hva som ville være et salg til markedspris overfor utenforstående. Dette ble lagt til grunn av flertallet i Rt. 1982 s. 948 (dissens 3–2) hvor man så på hvilken betydning en bruksrett for gjenlevende i et sommerhus hadde for arvingen som overtok sommerhuset, fremfor å se på hvilken prisdempende effekt bruksretten ville ha ved et salg til utenforstående. Etter min mening ville en omgåelse av testamentets bestemmelse om naturlutlegg til markedspris av hele eiendommen, gjennom enkeltsalg av seksjoner til en samlet langt lavere pris til den som var begunstiget i testamentet, kunne anses som gavesalg i relasjon til al. § 19.

Lagmannsretten kan heller ikke se at al. § 27 om vederlag vil kunne avhjelpe den utilbørlige reduksjonen. Retten sikter da trolig til at ved bruk av al. § 27 ved et skifte etter lengstlevendes død, vil trolig reduksjonen allerede ha skjedd og at da det kun er felles livsarvinger ikke er en arvegruppe etter bare lengstlevende som vederlagskravet kunne rettes mot. Dessuten forutsetter vederlagsregelen at boet er vesentlig redusert, ikke bare at det er utsatt for reduksjonsrisiko.

Lagmannsretten legger, etter mitt syn riktig, til grunn at skiftebestemmelsen kan anvendes når gjenlevende har planlagt disposisjoner som kan påføre boet et vesentlig tap, og at det ikke kreves at disposisjonene faktisk er utført. Planen om overføring til datteren hadde to ledd; først seksjonering, så overføring. Når seksjoneringen allerede var gjennomført, og det var innhentet verddivurderinger, mener jeg gjenlevende hadde kommet så langt i forberedelsene at man kan si at boet var utsatt for fare for vesentlig reduksjon. Lagmannsretten fant det overveiende sannsynlig at overføringen til E ville gjennomføres dersom det ikke ble åpnet offentlig skifte.

I helhetsvurderingen av om skifte skal åpnes, trekker retten også inn i hvilken grad skifte vil være et sterkt eller urimelig inngrep overfor lengstlevende. Det legges til grunn at skifte ikke vil gripe inn i hennes hverdag, slik at behovene som uskifteordningen er ment å ivareta ikke blir oppfylt. Gjennom arvelodden etter førstavdøde ville gjenlevende være sikret tilstrekkelige midler til å klare seg økonomisk, og ingen av de faste eiendommer i boet tjente som bolig for gjenlevende. Saken er påanket.

John Asland

Spørsmål om gjenlevendes disposisjoner som arving etter gjensidig testament var i strid med testamentets ånd og formål – Høyesteretts dom 6. mars 2008 (HR-2008-453-A)

Spørsmålet i saken var om en gaveoverføring av fast eiendom var ugyldig fordi gaven var i strid med gjenlevendes disposisjonsrett etter et gjensidig testament. Høyesterett

kom enstemmig til at disposisjonen var gyldig, og at gaven verken var i strid med testamentet selv eller overskred grensene for disposisjoner som er illojale mot testamentets ånd og prinsipper.

Ektefellene D og E var barnløse, og hadde felleseie. I 1980 opprettet de gjensidig testament, hvorefter lengstlevende skulle arve «alt hva den først avdøde etterlater seg med full disposisjonsrett så lenge han eller hun lever». Etter lengstlevendes død skulle midlene deles likt mellom ektefellenes legalarvinger.

Etter Ds død i 1987 begjærte E uskifte. Ektefellenes gjensidige testament var tidligere oversendt skifteretten. Skifteretten utstedte skifteattest på bakgrunn av det gjensidige testamentet. I skifteattesten ble det imidlertid opplyst at det var gitt uskiftebevilling. Som førstvoterende påpeker (avsnitt 40) er de rettslige konsekvensene av skifterettens ordning, med både skifteattest og uskiftebevilling, usikre. Det kan ha medført at gjenlevende var underlagt både rådighetsbegrensningene i al. § 18 flg. og reguleringen av uskifteboets omfang i al. § 17. Hvis testamentet må forstås som at gjenlevende skal sitte i uskifte, kan det være riktig å presisere at gjenlevende skal sitte i uskifte i skifteattesten eller eventuelt å utstede uskifteattest. Hvis testamentet ikke kan forstås som en testamentarisk bestemmelse om uskifterett, slik Høyesterett kom til at var tilfellet i denne saken, bør skifteretten, før det utstedes uskifteattest, informere gjenlevende om konsekvensene av valget mellom uskifte og å tiltre testamentet. Slik faktum er fremstilt i saken, ser det ut til å ha vært uklart om testamentet ble tiltrådt direkte etter førstavdødes død, eller om gjenlevende satt i uskifte. Gjenlevende ser imidlertid ut til å ha lagt til grunn at hun satt i uskifte. Den tvil som rådet om dette spørsmålet, ble brakt av banen ved at gjenlevende begjærte skifte i 1995. Hvis ikke testamentet var tiltrådt før, ble det i hvert fall tiltrådt ved dette skiftet.

Eiendommen som var gjenstand for tvisten, var innkjøpt i 1986 og hadde vært ekteparets felles bolig frem til Ds død i 1987. Lånet på boligen ble senere innfridd av gjenlevende. I 1996, etter at gjenlevende hadde tiltrådt arven etter det gjensidige testamentet, overdro hun eiendommen som gave til sin bror C. Verdien av gaven er i skjøtet angitt til 150 000. Det fremgikk også av skjøtet at gjenlevende skulle ha vederlagsfri og eksklusiv boretts så lenge hun levde. Boretten ble utnyttet til 2003, da gjenlevende flyttet til et omsorgssenter.

Førstavdødes arvinger ble ikke informert om overdragelsen, og fikk først vite om hva som hadde passert i 2005. Arvingene – to søsken av førstavdøde – tok ut søksmål, og krevde at eiendommen skulle tilbakeskjøtes. Førstavdødes arvinger tapte både i tingretten og i lagmannsretten. For Høyesterett var saken begrenset til om rådighetsbegrensninger i testamentet selv, eller den ulovfestede læren om tilsidesettelse av disposisjoner som er illojale mot gjensidige testamenteres formål, kunne føre til at gaveoverføringen var ugyldig. Tidligere påstander om at avtalen var en dødsdisposisjon eller i strid med avtl. § 33 var frafalt.

Høyesterett tok utgangspunkt i ordlyden i testamentet. Ordlydens formulering «full disposisjonsrett», er en standardformulering som etter vanlig språkbruk angir at gjenlevende er eier av hele formuen, og står fritt til å bruke opp

det hele. Ved testamenter er imidlertid ikke ordlyden avgjørende, hvis testatorenes mening avviker fra vanlig språkbruk, jf. al. § 65 første ledd. Det presiseres at gjensidige testamenter må fortolkes ut fra begge ektefellers mening (avsnitt 29). Dette kan gi tolkningen et mer objektivt preg enn ved tolking av ensidige testamenter. Det vises også til at bakgrunnsretten med hensyn til livsdisposisjoner er fri eierrådighet for gjenlevende uten hinder av førstavdødes arvingers sekundærarverett, jf. al. § 67 nr. 1.

Førstavdødes arvinger hevdet at testatorene med «full disposisjonsrett» mente at gjenlevende skulle kunne disponere i samme omfang som under uskifte. Høyesterett fant ikke en slik fortolkning plausibel. I avsnitt 33 uttrykkes følgende:

«Hensett til at ektefellene hadde felleseie, at ingen av dem etter det som er opplyst hadde innbrakt større verdier enn den andre verken ved ekteskapets inngåelse eller senere ved arv eller gave, og at ingen av dem hadde livsarvinger, har det etter min mening formodningen mot seg at de ved å opprette et gjensidig testament skal ha ment å begrense gjenlevendes råderett over boet som ved uskifte. Jeg kan ikke se det annerledes enn at hensikten med det gjensidige testamentet var å gi gjenlevende en eiers råderett over boet i samsvar med presumsjonsregelen i arveloven § 67 nr. 1, og min konklusjon er at gaven ikke er i strid med testamentets ordlyd.»

At Høyesterett falt ned på en tolkning i overensstemmelse med testamentets ordlyd og bakgrunnsretten er ikke oppsiktsvekkende – særlig klart er det at dette måtte bli resultatet når testatorene er i den typiske målgruppen som lovens deklarasjonsregel tar sikte på å favne.

Spørsmålet om gaven var så illojalt mot testamentet at den kunne omstøtes, var langt mer tvilsomt. Høyesterett viser til, i avsnitt 35, at rettspraksis tidligere hadde satt til side disposisjoner fra gjenlevende ektefelle i tilfeller som er funnet å være klart illojale overfor et gjensidig testament, at de i arvelovens forarbeider (Ot. prp. nr. 36 (1968–69) s. 187) ikke er utelukket at arvingene vil ha et kompensasjonskrav i alvorlige misbrukstilfeller, og at det i teorien er enighet om at det gjelder en ulovfestet begrensning i lengstlevendes disposisjonsadgang etter et gjensidig testament.

Vurderingstemaet presiseres i avsnitt 36. Det fremheves at illojaliteten må være kvalifisert, jf. flertallets uttalelser i Rt. 1972 s. 892 på s. 895 om at man må underkjenne livsdisposisjoner som «klart betegner en illojalitet overfor testamentet». I illojalitetsvurderingen skal ikke bare det økonomiske resultatet vurderes, men også motivet bak disposisjonen. Det vises til at testamentets bestemmelse om sekundærarverett kan få betydning for vurderingen: «Er det fastsatt at bestemte gjenstander skal tilfalle navngitte personer, eller er navngitte personer innsatt som legatarer, vil det være lettere å konstatere misbruk når gjenlevendes disposisjoner vil gjøre oppfyllelsen av slike bestemmelser umulig.» Dette hensynet gjorde seg ikke gjeldende i saken, hvor testamentet kun inneholdt en generell bestemmelse om kvantitativ lik arverett for ektefellenes sekundærarvinger.

Sonringen mellom tilfeller hvor testamentet kun gir generelle bestemmelser om den kvantitative fordelingen, og tilfeller hvor testamentet spesifiserer bestemte legatarer,

er en viktig presisering. Hvor testamentet ikke spesifiserer bestemte legatarer, legger Høyesterett terskelen for når illojale disposisjoner blir ugyldig, at arvingenes vern, nærmest er illusorisk.

Utover at hun ønsket å berike sin bror, oppga gjenlevende tre motiver for gaveoverdragelsen. For det første ville hun bli fritatt for ansvaret med huset. For det andre ville hun forhindre uro om arveoppgjøret etter hennes død. For det tredje ville hun forhindre at B, en av førstavdødes brødre, som hun hadde et anstrengt forhold til, arvet henne. Som Høyesterett forsiktig antyder, indikerer det siste motivet at «gaveoverføringen kan være motivert av illojalitet overfor førstavdødes sekundærarvinger, iallfall B» (avsnitt 42).

De to øvrige motivene var det ingenting å utsette på. Når gjenlevendes beveggrunner var en symfoni av illojale og aktverdige motiver, ble det en helhetsvurdering av om de illojale motivene, og det resultat de har medført, skulle få betydning for disposisjonens gyldighet. Høyesterett kom til at gaveoverføringen ikke kunne anses som så *klart* illojal overfor testamentet at disposisjonen burde settes til side (avsnitt 45). I den oppsummerende vurderingen som gis i avsnitt 44, legges det noe vekt på at det hadde rådet en viss misstemning mellom gjenlevende og førstavdødes bror B etter at gjenlevende hadde lånt B penger som det var visse problemer med å få tilbake. Argumentet må her trolig være at det var reelle uoverensstemmelser mellom gjenlevende og B, og ikke ugrunnet illojalitet overfor førstavdødes slekt som var bakgrunnen for forbigåelsen av førstavdødes slekt. Videre legger Høyesterett vekt på at førstavdødes arvinger ville mottatt en forholdsvis liten andel av ektefellenes samlede formuer ved et skifte etter førstavdødes død, også dersom det ikke hadde foreligget testament.

Selv om dommen er enstemmig, er den trolig et grensetilfelle. At det ikke ble tilkjent saksomkostninger for Høyesterett (avsnitt 46), kan tyde på at også Høyesterett har vært i tvil om resultatet. Dommen går videre i den liberale retning overfor gjenlevendes disposisjoner som flertallet i Rt. 1972 s. 892 (dissens 3–2) la seg på. Etter min mening er 2008-dommen i visse henseende mer liberal enn 1972-dommen. I Rt. 1972 s. 892 ble det lagt vekt på at disposisjonene *ikke* begunstiget lengstlevendes *egne arvinger* på bekostning av førstavdødes arvinger. Lengstlevende hadde overført store aksjeposter i en bedrift, som førstavdøde hadde opparbeidet, til førstavdødes sønnesønn, som var førstavdødes særlivsarving. Disposisjonen gikk på bekostning av både førstavdødes øvrige særlivsarvinger og av lengstlevendes arvinger, herunder en niese som hadde vært ekteparets pleiedatter. Motivet bak overføringene til førstavdødes sønnesønn, var å styrke firmaet og bevare dets eksistens. Dessuten var det selv etter overføringene betydelige verdier til fordeling mellom de øvrige arvingene. I 2008-dommen derimot, kanaliseres *hele* formuen til en arving på *lengstlevendes side*. Både virkningen av disposisjonen i forhold til arvingene og retningen midlene kanaliseres, er således mer betenkelig i 2008-dommen enn i Rt. 1972 s. 892. På den annen side, var arvingene i Rt. 1972 s. 892 særlivsarvinger. Lengstlevende hadde overtatt hele boet etter førstavdøde takket være at førstavdødes særkullsbarn hadde samtykket i et testament som krenket deres pliktandel (mindretallet tolket samtykket som et samtykke til uskifte). Arvingene i 1972-

dommen, som var førstavdødes særlivsarvinger, og i utgangspunktet beskyttet av pliktdelsreglene, hadde større grunn til å gjøre anskrik enn førstavdødes søsken i 2008-dommen, som kun var utarvinger.

John Asland

Litteratur

Irene Nørgaard, *Arveret*, København 5. utg. 2008, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 384 s.

4. utgave av denne bok utkom i 2004. Boken er lærebok i faget arverett ved Århus universitet. 5. utgave er en blanding av gammelt og nytt og det nye skyldes spesielt at man i 2007 fikk en ny arvelov i Danmark. Den danske og norske arvelov har i lange tider hatt mye felles slik at dansk litteratur og rettspraksis er av interesse for norske jurister. Blant annet har man i den danske arvelov – som i den norske – systemet med rett til uskifte for gjenlevende ektefelle. Både livsarvinger og gjenlevende ektefelle er beskyttet av pliktdelsreglene, men pliktdelen i Danmark er bare 1/4 av legalarven. I den nye loven har man nå innført det systemet man har hatt i Norge siden 1918 – en sumbegrensning på 1 mill kroner for pliktdelen for hver livsarving. Denne sumbegrensning blir dog indeksregulert. Pliktdelen er kun en kvantitativ beskyttelse idet arvelater kan bestemme at en livsarving skal få sin arv utlagt i kontanter. En nyhet i arveloven av 2007 er at det ikke gjelder noen formkrav for nødtestamenter; de kan opprettes på hvilken som helst måte. Samboere har ingen legalarverett, men de kan opprette det som betegnes som «udvidet samlevtestamente». Det betyr at de i testamentet bestemmer at de arvemessig skal stilles som ektefeller. Regler om naturalutlegg er tatt med i arveloven og stiller gjenlevende ektefelle meget sterkt. Er det ikke en gjenlevende ektefelle, kan en arving begjære overtakelse av aktiva til vurderingsbeløpet; ønsker flere samme eiendel avgjøres det ved loddtrekning. Tilbakekall av testamenter kan etter den nye loven bare foretas ved å følge fremgangsmåten for opprettelse av testamenter. Ødelegging godtas ikke lenger som gyldig tilbakekall. I bokens kapittel 19 behandles livsforsikring og pensjonssparing. At dette kapittel er på nesten 50 sider illustrerer hvor viktig forsikring og pensjon i dag er i arveretten. Rettspraksis er tatt med frem til høsten 2007.

Peter Hambro

BOLIGRETT

Kommunal forkjøpsrett ved overføring av andel i leiegårdsselskap – hjemmel og begrunnelseskrav – Høyesteretts kjennelse 18/1-2008 (HR-2008-88-A)

Innledning

I kjennelse 18/1-2008 har Høyesterett truffet en viktig avgjørelse om anvendelse av lov 29/4-1977 nr. 34 om kommunal forkjøpsrett til leiegårder (leiegårdsloven) ved indi-

rette overføring av andel i et leiegårdsselskap. Avgjørelsen handler dels om vilkårene for forkjøpsretten etter lovens § 2, herunder om selve begrepet «eiendomsselskap», og dels om kravene til begrunnelse i kommunale vedtak om forkjøp etter lovens § 6, jf. forvl. § 25.

Den lille loven av 29/4-1977 nr. 34 om kommunal forkjøpsrett til leiegårder har vist seg å være både *praktisk* og *rettslig spennende*. Ifølge loven har kommunen som hovedregel forkjøpsrett til leiegårder som blir overført til andre; og slik at kommunen kan bruke forkjøpsretten enten på egne vegne, på vegne av visse offentlige foretak, eller på vegne av leieboerne i gården, som ønsker å opprette borettslag eller seksjonssameie i den. Kommunen har imidlertid ingen plikt til å bruke forkjøpsretten – hvorvidt den vil gjøre det beror på kommunens frie skjønn. Både i Oslo og i andre store byer har loven vært hyppig brukt, særlig til fordel for leietakerne.

Loven selv er knapp. Etter en generalrevisjon i 1991 inneholder den, ut over grunnreglene om forkjøpsretten (§§ 1-4), bare tre sentrale paragrafer: § 5 om overføringsmelding og rådgighetsforbud etter rettens utløsning; § 6 om frister for forkjøpsvedtak, og § 7 om rettigheter og plikter ved gjennomføring av forkjøpsvedtak. Dette betyr at loven på viktige punkter må utfylles, direkte eller pr. analogi av *andre regelsett*. Loven suppleres imidlertid av forholdsvis omfattende *forarbeider*, og på noen – men langt fra på alle – punkter også av juridisk *litteratur*; se henvisninger i Norsk Lovkommentar 2007.

Rettspraksis er rik. Jeg selv har registrert mer enn 60 avgjørelser siden 1980 om forskjellige delemner ved anvendelse av loven: om grunnvilkårene etter §§ 1-4; om rettsforhold før forkjøpsrettens utløsning (ved foregripelse av denne); om rettsforhold i ventetiden etter utløsning av forkjøpsretten men før forkjøpsvedtak (dvs. omkring lovens §§ 5 og 8); om vedtaksfrist, saksbehandling og vedtaksform (dvs. omkring lovens § 6); om virkningen av at en utløst forkjøpsrett ikke benyttes; om partenes rettigheter og plikter og andre virkninger av forkjøpsvedtak før overtakelse (dvs. omkring lovens §§ 7 og 9); samt om ettervirkninger av et gjennomført forkjøp. Flere viktige avgjørelser er truffet av Høyesterett eller av kjæremålsutvalget. Mest kjent er nok Rt. 2004 s. 312 om leiegårdsbegrepet i § 1 og Rt. 1991 s. 282 (se nedenfor), samt Rt. 1984 s. 8 om vederlag for utlegg etter nåværende § 7 syvende ledd. Men det finnes mange andre; et eksempel gir den nyttige kjennelsen i Rt. 1989 s. 484, der leietakerne i en leiegård ble ansett å ha rettslig interesse i et søksmål om at forkjøpsrett forelå etter § 2 (i et tilfelle hvor gårdeier selv ikke sendte melding om overdragelsen etter § 5). Det finnes også flere artige avgjørelser om skjønnsreglene i § 7 niende og tiende ledd: I tillegg til Rt 2003 s. 1765 kan nevnes RG 2005 s. 1658 og Gul LRD& Kj. 16/6-2000 (LG1999-1538). I forlengelse av Rt 2004 s. 312 kan nevnes RG 2004 s. 1110. Det finnes også *uttalelser* om loven, både av Sivilombudsmannen og av Justisdepartementets lovavdeling.

Noen avgjørelser spesielt om forkjøpsrett ved overføring av andeler/aksjer i leiegårdsselskaper, er: Rt. 1982 s. 188 (rådgighet og representasjon i ventetiden); Rt. 1987 s. 896, jf. Eids LRD 25/11-1988 (rådgighet i ventetiden); RG 1990 s. 1251 (Eids LRD 28/2-1990) om etablering av

et familieselskap; Gulating LRD & Kj 16/6-2000 (LG-1999-153) om fisjon; og Borgarting LR Overskjønn 12/6-2002 (LB-2001-1566).

Saken

Sakens forhistorie var særlig i året 2001 sterkt fremme i mediebildet. Det handlet om 1700 tjenesteboliger på området for Ullevål Sykehus, som Oslo kommune som daværende sykehuseier, i mai 2001 solgte til et privat selskap, *Fredensborg Boligutleie ANS*, eid av *Vika Kapital AS* med 70 % og *Fredensborg Eiendomsselskap AS*, med 30 %. Kommunen mente at salget ikke var omfattet av reglene om forkjøp i leiegårdsloven. Men beboerne fikk ved en kjennelse i Oslo Namsrett slått fast at dette likevel var tilfelle; noe som i første omgang bare medførte at kommunen i et senere vedtak uttrykkelig vedtok at forkjøpsretten *ikke* skulle benyttes. I mellomtiden hadde imidlertid Fylkesmannen vedtatt å gi en klage over kommunens opprinnelige vedtak oppsettende virkning, bl.a. fordi ESA hadde nedlagt et stansningspåbud med sikte på en vurdering av forholdet til EØS-avtalens art. 61 (1). Senere trådte staten, som hele tiden hadde vært imot salget, inn som ny eier av sykehusene, og derfor ble eiendomsretten ikke straks og formelt overført til kjøperen; selv ikke etter at de midlertidige disposisjonsforbudene ble opphevet i 2005.

Før det var avklart om staten ville oppfylle kontrakten med *Fredensborg Boligutleie* skjedde det imidlertid noe nytt i saken; ved at den tidligere eneaksjonær i *Vika Kapital AS* solgte alle aksjene i dette selskapet til *Fredensborg Eiendomsselskap AS* (formelt: via hovedaksjonæren i dette), som derved ble ene-eier av *Fredensborg Boligutleie*. Da grep beboerne sjansen på nytt, ved at de i et brev til kommunen anførte at aksjeoverdragelsen utløste forkjøpsrett etter leiegårdsloven. Og denne gang hadde de mer lykke med seg, idet Oslo Bystyre i møte 14/12-2005 vedtok å benytte forkjøpsretten.

I mellomtiden var eiendomsretten til boligene endelig overført fra Staten til *Fredensborg Boligutleie*.

Oslo kommune fremsatte nå to begjæringer om skjønn basert på forkjøpsvedtaket, etter leiegårdslovens § 7 tredje og syvende ledd, jf. niende og tiende ledd. *Fredensborg Boligutleie* hevdet derimot på sin side at skjønnene skulle nektes fremmet; bl.a. fordi vilkårene for utløsning av forkjøpsrett ikke forelå. *Fredensborg Boligutleie* fikk medhold i tingretten (Oslo Tingrett, kjennelse 11/10-2006), da tingretten mente forkjøpsvedtaket ikke hadde hjemmel i leiegårdslovens § 2. Men selskapet tapte i lagmannsretten; Borg LR Kj 3/5-2007.

Lagmannsrettens avgjørelse ble påkjært videre til Høyesteretts kjæremålsutvalg, av *Fredensborg Boligutleie*, *Fredensborg Eiendomsselskap* og *ABG Sundal Collier ASA* (selgeren av *Vika Kapital*), som opptrådte som prosessfeller, med Oslo kommune som motpart. Både for lagmannsretten og for Høyesterett ble godtatt *hjelpeintervensjon* til fordel for kommunen, av 11 borettslag som var omfattet av skjønnet. Ved beslutninger av kjæremålsutvalget og Høyesterettsjustitiarius ble bestemt at kjæremålet i sin helhet skulle *avgjøres av Høyesterett* etter plenums § 6 II, med partsforhandlinger som ved anke.

I Høyesterett fikk kommunen enstemmig medhold.

Vilkårene for forkjøpsrett: Eiendomsrett til leiegård og begrepet om «leiegårdsselskap» etter § 2

Sakens materielle hovedspørsmål var om vedtaket om bruk av forkjøpsrett overhodet hadde tilstrekkelig hjemmel i leiegårdslovens § 2 første og annet ledd.

For lagmannsretten hadde det vært et tvistetema om overføring av aksjene i *Vika Kapital AS* overhodet kunne utløse forkjøpsrett etter § 2 annet ledd, *når selskapet* ikke selv drev eller skulle drive utleie av boliger, men *selv bare var deleier* i *Fredensborg Boligutleie ANS*. Lagmannsretten kom til at det var tilfelle, og tolkningen på dette punkt ble ikke videre anfektet.

Et første spørsmål for førstvoterende (avsnitt 43–50), var om det i saken, ved overdragelse av et medeierende selskap i *Fredensborg Boligutleie ANS*, derved også hadde skjedd en *overdragelse av eiendomsrett* (til boligene), i samsvar med den underliggende hovedregelen i § 2 første ledd. Det vanskelige spørsmålet var hvorvidt også en delvis overdragelse som her, av et selskap som umiddelbart bare hadde *rettighetene etter en avtale om salg* (kjøp) av en leiegård skulle omfattes av begrepet. Førstvoterende besvarte spørsmålet med et klart ja; dels med henvisning til at de to tilfellene hadde *de samme karaktertrekk*, og dels med henvisning til lovens *formål*, og herunder lovgivers ønske om å gjøre forkjøpsretten *vidtrekkende og effektiv*. Det kunne heller ikke anføres mot en slik løsning, at kommunen allerede tidligere (i 2001) hadde vurdert en lignende og mer direkte overføring; da kommunens vurdering til enhver tid bl.a. kunne avhenge av hvem som skulle overta eiendommen.

Et neste spørsmål (avsnitt 51–54) gjaldt hvorvidt *Fredensborg Boligutleie ANS*, med rette kunne forstås som et *leiegårdsselskap etter* annet ledd, selv i et tilfelle hvor selskapet på overføringstidspunktet *ennå ikke* eide noen boliger, men bare hadde inngått avtale om fremtidig erverv og forvaltning av slike. Også dette ble besvart bekreftende. Ifølge førstvoterende var det «naturlig å si at selskapet er et leiegårdsselskap selv om utleien først kan starte når selskapet har fått eiendomsretten til eiendommene overført til seg».

Samlet var etter dette kravene til hjemmel for forkjøpsretten oppfylt. Det kan virke som førstvoterende selv mente lovforståelsen fremsto som en presiserende, ikke som en utvidende lovtolkning av loven. Underforstått avviste kjæremålsutvalget også den kjærende parts anførsler, bl.a. om at tolkningen ville være i strid med legalitetsprinsippet eller med EMK- Første tilleggsprotokoll Art 1.

Forvaltningsrett: Kravene til begrunnelse ved kommunale forkjøpsvedtak

Bortsett fra hjemmelsangivelsene i § 2 har leiegårdsloven bare få egentlig *forvaltningsrettslige* regler om kommunale vedtak om bruk av forkjøpsrett. Nærmest til å regnes som dette er bestemmelsene i § 5 første ledd om *melding om erverv*, og i § 6 første ledd dels om *vedtaksfrist*. Viktig er også lovens forutsetning (i §§ 2, 3 og 6) om kommunens *frie skjønn*. Ut over dette må loven suppleres med andre skrevne og uskrevne rettskilder i alminnelig og spesiell forvaltningsrett, herunder reglene i *forvaltningsloven* og *kommuneloven*. Spesielt når det gjelder *kompetansespørsmål* i kommunene finnes det to eldre uttalelser av sivilom-

budsmannen, der det vises til noen domstolsavgjørelser om emnet. Bidrag til en forvaltningsrettslig betraktning av vedtakene gir også dommen i *Rt. 1991 s. 282*, om kommunens erstatningsansvar ved unnlatt forkjøpsvedtak (der kommunen i utgangspunktet ansås erstatningsansvarlig, men slik at økonomisk tap ikke ble ansett å foreligge), og for såvidt også dommen om fristoversittelse, i *Rt. 1999 s. 1273*. Men reglene om *saksbehandlingen* i slike saker har ellers vært lite behandlet av domstolene. Også på dette punkt gir saken her et nyttig bidrag.

For lagmannsretten ble spørsmålet om forvaltningsrettslig ugyldighet lagt bredt opp fra selskapenes side; bl.a. ved påstander om at forkjøpsvedtaket måtte være ugyldig etter alminnelig forvaltningsrettslige regler, som basert på *galt faktum* og på *manglende skjønn*. Overfor dette fremhevet lagmannsretten bl.a. at vedtak etter § 2 I, jfr. § 6 I, i *utgangspunktet er undergitt kommunens frie, politiske skjønn*; samtidig som retten tydelig forutsatte at også etablering av interne retningslinjer i kommunen for slike saker kunne oppfylle kravene til skjønn. Og lagmannsretten mente at kommunen alt i alt hadde tatt et riktig faktum i betraktning.

Både for lagmannsretten og for Høyesterett ble det imidlertid dessuten hevdet at vedtaket om forkjøpsrett uansett var ugyldig etter forvaltningsrettslige regler, da vedtaket ikke oppfylte *kravene til begrunnelse i forvl. § 25*. Men heller ikke her ble kjeremålet tatt til følge. Når det gjaldt *kravene til begrunnelse etter forvaltningsloven § 25*, ble det vist til retningslinjer utviklet i Høyesteretts praksis, herunder til en uttalelse i *Rt. 2000 s. 1156*, hvorefter kravene til begrunnelse måtte «bero på vedtakets karakter», og at kravet «må avpasses etter hvor inngripende vedtaket er». I et tilfelle som her ville vurderingen «være mer standardmessig og preget av politiske betraktninger» og selve inngrepet vil være mindre inngripende enn i jord- og skogbrukssaker, noe som innebærer at det her, i leiegårdssakene, ikke er «det samme behovet for å utpense begrunnelsen».

Vurdering av lagmannsrettens egne kjennelsesgrunner

For Høyesterett hevdet de kjærende parter også at lagmannsrettens kjennelse måtte oppheves pga. saksbehandlingsfeil, da utilstrekkelige kjennelsesgrunner ikke muliggjorde en kontroll av hvordan lagmannsretten hadde vurdert spørsmålet.

Efter en drøftelse av lagmannsrettens egen undersøkelse og kjennelsesgrunner, fant førstvoterende at det hverken forelå feil ved rettsanvendelsen eller ved kjennelsesgrunnene som kunne lede til opphevelse av lagmannsrettens avgjørelse.

Perspektiver

Høyesteretts avgjørelse er interessant og nyttig, på flere måter.

Mest påfallende er den likefremme måte å begrunne en vid tolkning av § 2 på (se ovenfor), ved at lovens ord suppleres av lovens formål og reelle hensyn; noe som naturlig gir en ledetråd, dels for andre spørsmål om vilkår for lov satt forkjøpsrett, dels også i retning av en praktisk (gjennomskjærende) forståelse av begrepet om eiendoms-

rett ved former for indirekte eller fremtidig (tilkommende) eie.

Avgjørelsen – supplert av lagmannsrettens avgjørelse, er også nyttig ved sin behandling av spørsmålet om forvaltningsrettslige normer og kommunens frie skjønn i slike saker (se her pkt 4); herunder for reglene om begrunnelse av vedtaket.

Gert-Fredrik Malt

ERSTATNINGSRETT

Pasientskadeerstatning. De midlertidige regler § 3. Spørsmål om adekvat behandling og akseptabel risiko – Høyesteretts dom 11. februar 2008 (HR-2008-00272-A)

Sakens bakgrunn

En pasient med alvorlig kreftsykdom fikk omfattende cellegifts- og strålebehandling. Cellegiftskurene førte til nærmest fullstendig regresjon av kreftsvulsten, og etter sjetten og åttende cellegiftskur ble påstartet sk. hyperfraksjonert strålebehandling mot området for den opprinnelige tumorutbredelsen. Etter strålebehandlingen fikk pasienten på ny behandling med cellegift.

Pasienten ble ansett helbredet for kreften, men ble påført svært alvorlige senskader – medførende 100 % uførhet – av behandlingen; brusken i strupehodet var delvis ødelagt, hvilket medførte behov for tracheostomi for å få lufttilgang, den nedre delen av svelget var blitt lukket, slik at næring måtte bli tilført via en kanal inn til magesekken, det var skader på tyggemuskulatur og vansker med å gape, han var blitt blind på ett øye, og kunne ikke lenger snakke, slik at kommunikasjon måtte skje via datamaskin.

Pasienten krevde erstatning fra Norsk Pasientskadeerstatning. Nemndas sekretariat traff 25. juli 2001 vedtak om at han ikke hadde krav på erstatning, og dette avslaget ble – under dissens 4-1 – opprettholdt ved nemndas vedtak av 20. september 2002. Saken ble 27. juni 2003 begjært gjenopptatt, men Pasientskadenemnda av slo 30. juni 2004 begjæringen. Avslaget ble brakt inn for Oslo tingrett, som frifant staten v/Pasientskadenemnda i dom av 20. desember 2005. Etter anke avsa Borgarting lagmannsrett 18. mai 2007 fastsettelsesdom, hvor staten v/Pasientskadenemnda ble funnet ansvarlig.

Staten v/Pasientskadenemnda påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett.

Temaet for Høyesterett

Pasientens skade var voldt før ikrafttredelsen av pasientskadeerstatningsloven av 2001 (i 2003), og saken skulle derfor vurderes ut fra de midlertidige reglene om pasientskadeerstatning som trådte i kraft 1. januar 1988, jf. pasientskadeerstatningsloven § 21. Det innebar også at det var erstatningskravet som materielt skulle prøves, og staten hadde for øvrig frafalt en anførsel som relaterte seg til at vedtaket som var angrepet med stevning til tingretten, var vedtaket angjeldende gjenopptakelse.

Det var utvilsomt og ubestridt at det forelå skade som

falt innunder hovedregelen om erstatning i reglenes § 2. Saken gjaldt unntakene i reglenes § 3a, hvorefter erstatning likevel ikke gis «når skaden er en følge av en risiko ved undersøkelse, diagnostikk eller behandling som er kjent og som ut fra den medisinske kunnskap på skadetidspunktet må aksepteres», og § 3d, hvorefter erstatning likevel ikke gis «når skaden skyldes behandling, og den behandlingsmåte som ble brukt ut fra etterfølgende vurdering fremstår som adekvat».

Høyesteretts utlegninger

Sammenhengen mellom unntakene i § 3a og 3d

Høyesterett påpeker innledningsvis at unntakene er kumulative, dvs. at erstatning kan tilkjennes for en skade som er en følge av risiko som ikke må aksepteres jf. § 3a, selv om pasienten har fått adekvat behandling, jf. § 3d. Dette følger ikke av ordlyden, men er lagt til grunn i praksis, jf. NOU 1992:6 s. 39 og Rt. 1998 s. 1336 på s. 1341 (avsnitt 36).

Unntaket for adekvat behandling i § 3d

Høyesterett behandler deretter først unntaket for adekvat behandling i § 3d.

Det påpekes at vilkåret om adekvat behandling gjelder både den *behandlingsmetode* som velges, og den konkrete *gjennomføringen* av den.

Videre sies at det nærmere innhold i begrepet adekvat, er noe uklart, jf. også Rt. 1998 s. 1336 på s. 1343, og det vises til at arbeidsgruppen som utarbeidet de midlertidige reglene på den ene side la til grunn at «det skal anvendes en faglig norm som er strengere enn en vanlig uaktsomhetsvurdering», mens det på den annen side ble uttalt at en behandling kan bli ansett som adekvat «selv om det skulle vise seg at en annen tilgjengelig behandlingsmåte hadde medført et bedre resultat».

Det påpekes at ulike medisinske sakkyndige nokså ofte kan ha ulike oppfatninger av både valg av behandlingsmetode og konkret gjennomføring, og etter Høyesteretts vurdering skal det da «noe *særskilt* til for at domstolene kan anse noen av disse alternativer for ikke å være adekvate behandlingsformer» (avsnitt 37, min uth.).

Hva gjaldt *valget av behandlingsform*, fant Høyesterett det på bakgrunn av sykehusets begrunnelse og støtten den fikk hos den rettsoppnevnte sakkyndige, «lite tvilsomt at den behandlingsform som sykehuset tok utgangspunkt i, har vært adekvat» (avsnitt 51), og om den konkrete *gjennomføring*, kunne – også under henvisning til sykehusets begrunnelse og den rettsoppnevnte sakkyndige – Høyesterett «ikke se det annerledes enn at behandlingen i dette tilfellet har vært gjennomført på en adekvat måte» (avsnitt 56).

Unntaket ved akseptabel risiko i § 3a

Høyesterett påpeker om dette innledningsvis at lagmannsretten upresist hadde uttalt seg om hvorvidt «skaden» var akseptabel, hvilket opplagt ikke er en treffende problemformulering.

Om innholdet viser Høyesterett først til notatet fra arbeidsgruppen som utarbeidet de midlertidige reglene. Gruppen uttalte at

»[u]ndersøkelse, diagnostikk og behandling innebærer

ofte risiko for skade. De mulige skader kan være større og mindre. Likeledes kan risikoen for at de inntreffer, variere. Risiko for skade kan aksepteres enten fordi skadene er uvesentlige eller fordi sjansen for at de skal inntreffe er liten. Ubetydelige skader som med større eller mindre sannsynlighet vil inntreffe, bør falle utenfor ordningen. Er den mulige skaden av større omfang, vil grensene for hva som anses som akseptabel risiko snevres tilsvarende inn. Alvorlige skader vil derfor oftere kunne føre til erstatning p.g.a. uakseptabel risiko.

Men både skadens omfang og sjansen for at den skal inntreffe må ses i sammenheng med sykdommens art. I noen tilfelle må man akseptere en alvorlig skade som ikke er til å unngå ved den undersøkelse eller behandling som foretas f.eks. for å redde pasientens liv eller helbred. I disse tilfellene vil situasjonen som regel være den at man ikke har noe valg med hensyn til undersøkelsen eller behandlingen. Pasientene bør da ikke ha rett til erstatning.

Ved sjeldne, men alvorlige skader, som står i sterkt misforhold til størrelsen på inngrepet og sykdommens art, jfr. §3 bokstav a, kan man ikke si at det foreligger en risiko som må aksepteres ut fra den medisinske kunnskap på skadetidspunktet» (notatets s. 24, dommens avsnitt 58).

Deretter viser Høyesterett til NOU 1992:6 s. 39, og at de tre sentrale momenter i vurderingen er *viktigheten av inngrepet (indikasjonsstilling)*, *skadehyppighet og skadens omfang* (avsnitt 59).

Under henvisning til at pasientskadeerstatningsloven av 2001 beholdt «de grunnleggende trekk» ved den midlertidige ordning, selv om systematikken var annerledes, ble også forarbeider til loven ansett relevant. Om lovens § 2 tredje ledd, som i så måte er videreføringen av de midlertidige reglenes § 3a, men noe annerledes bygget opp, sies i Ot.prp. nr. 31 (1998–1999) at den skal være en «sikkerhetsventil» og at «rimelighetsklausulen er en unntaksbestemmelse som må gis begrenset anvendelse i praksis». Videre fremkommer det at om det er «nødvendig å utsette en pasient for fare for å redde livet, utløses ... ikke erstatningsansvar om faren manifesterer seg. Skaden er i dette tilfelle en kalkulert risiko» (s. 68, dommens avsnitt 60).

Etter disse generelle presiseringer, sies om den konkrete skade at selv om risikoen for skadefølgene i saken av de sakkyndige var anslått til mindre enn 1%, var den likevel å regne som «kjent» i § 3a sin forstand (avsnitt 61).

Videre fremholdes at begrunnelsen i Pasientskadenemndas eget vedtak, hvor det var uttrykt at selv om en pasients skader har fått «et større og mer alvorlig omfang enn hva man anser som ventet og påregnelig», så må risikoen aksepteres på bakgrunn av at «man ved behandling av *sykdommer som i seg selv er livstruende*, i håp om helbredelse må anvende *behandlingsmetoder som i seg selv er risikofylte*», og da må det også aksepteres «*en relativt høy risiko for alvorlige komplikasjoner*». Videre at det i pasientens tilfelle ikke forelå alternative behandlingsmetoder. (avsnitt 62, mine uth.). Dette var samsvarende med uttalelser i tidligere vedtak fra nemnda, og Høyesterett påpeker under henvisning til Rt. 2006 s. 1217 at nemndas egen praksis må tillegges vekt «i den utstrekning de kan tas som uttrykk for, eller har gitt seg utslag i en fast og konsistent praksis» (avsnitt 63). Høyesterett tar imidlertid ikke stilling til den generelle rekkevidden av nemndas

uttalelser, men nøyer seg med å slutte seg til dem i den konkrete sak.

Etter dette ble nemnda frifunnet.

Betraktninger om dommen og dens konsekvenser

Dommen manifesterer og klargjør hovedsakelig synspunkter på innholdet i unntakene i § 3a og d, uten at de generelle synspunktene nødvendigvis er svært omstridte.

Et generelt synspunkt som imidlertid var omstridt mellom partene, var hvorvidt det i vurderingen av om risikoen er akseptabel, kan tas hensyn til tvil om hvorvidt en behandling er adekvat. Lagmannsretten hadde lagt en slik forståelse til grunn. Høyesterett gir vel ikke en helt direkte og eksplisitt avklaring av det. Premissene – som er grunnene om de generelle utgangspunkter for både sammenhengen mellom unntaksreglene og innholdet i dem isolert – antyder likevel at synspunktet ikke ble funnet å ha noe for seg, og det bestyrkes formentlig av at Høyesterett viser til at lagmannsretten «en rekke steder [hadde] uttrykt seg upresist» om innholdet i unntaket for akseptabel risiko.

Hva gjelder adekvat behandling, er kanskje særlig å merke seg at Høyesterett fremholder at det skal noe «*særskilt*» til for å ikke anse en behandling som adekvat i situasjoner hvor de sakkyndige er uenige om spørsmålet. Som Høyesterett selv sier, er det formentlig ganske ofte tilfelle, og i så fall er det i praksis et viktig utgangspunkt.

Hva gjelder akseptabel risiko, er å merke seg at Høyesterett rettskildemessig åpner for bruk av kilder i tilknytning til pasientskadeerstatningsloven § 2 tredje ledd ved forståelsen av de midlertidige reglenes § 3a. Dermed kommer – i hvert fall i noen grad – betraktninger om bestemmelsen som en «sikkerhetsventil» og en «unntaksbestemmelse som må gis begrenset anvendelse i praksis» inn. Dertil at Høyesterett – men kun i den konkrete sak, og ikke på generelt grunnlag – gir tilslutning til nemndas betraktninger om at ved livstruende skader, må det anvendes risikofylte behandlingsmetoder, og at det da må aksepteres «en relativt høy risiko for alvorlige komplikasjoner».

Bjarte Thorson

Oppreisning – Høyesteretts dom 6. november 2007 (HR-2007-01852-A), Rt. 2007 s. 1537, Høyesteretts dom 10. desember 2007 (HR-2007-02076-A), Rt. 2007 s. 1777, Høyesteretts dom 17. januar 2008 (HR-2008-00083-A)

I Tidsskrift for erstatningsrett 2006 s. 211–237 under tittelen Oppreisning – et praktisk rettsinstitutt, behandlet jeg bruken av oppreisning i de senere års rettspraksis, i det vesentlige fra Høyesterett. I de siste 20 årene har Høyesterett behandlet 31 saker om oppreisning, mens tallet for de foregående 40 år var, så vidt jeg kunne konstatere, null. De 28 første sakene er alle omtalt i artikkelen i TfE; de tre siste skal omtales her.

Først er det grunn til å nevne at Høyesterett siden dommen i 1988 s. 532 har slått fast at for visse overgrep skal oppreisningen normeres, med mindre det foreligger sterke grunner for å fravike den fastsatte norm. Normen er for voldtekt satt til 100 000 kroner, Rt. 2003 s. 1580 og Rt. 2003 s. 1586, og for uaktsomt drap (dersom uaktsomheten var grov) til avdødes foreldre 75 000 kroner, Rt. 2006 s.

61, «Lekeapparatdommen». Av de tre dommer som skal omtales her, gjaldt en av dem oppreisning til avdødes foreldre fra den grovt uaktsomme drapsmann mens de to andre gjaldt voldtekt. I alle dommene var spørsmålet om normene skulle fravikes, og i alle tre ble svaret benektende av Høyesterett.

I dommen i Rt. 2007 s. 1777 var gjerningsmannen A dømt til fengsel i 30 dager, og anken gjaldt oppreisningen til foreldrene som var satt til 20 000 kroner til hver av dem. Saksforholdet var i seg selv meget enkelt, idet to venner i hver sin hurtiggående motorbåt kjørte etter en annen båt «og lekte seg med å hoppe på bølgene etter båten. På et tidspunkt kjørte de opp på hver sin side av Æge, foretok en u-sving og kjørte på skrå inn bak hekken på fartøyet på hver sin side. As båt traff båten til B på babord side akterut, og gikk så over båten fra babord til styrbord side. A ble kastet i sjøen, mens B ble liggende igjen om bord i sin båt med store skader i bryst og hode. Han døde senere samme dag av skadene» (avsnitt 4). A bestred ikke at hans kjøring var grovt uaktsom.

For Høyesterett forelå det to spørsmål: Om normen på 75 000 kroner i utgangspunktet burde komme til anvendelse, og i tilfelle om den helt burde reduseres på grunn av den omkomnes forhold. I «Lekeapparatdommen», hvor dette beløpet ble lagt til grunn, var barnet 12 år, mens B i denne saken var 22 år og hadde etablert egen bolig. Denne forskjell medførte etter Høyesteretts syn at oppreisninger til hver av foreldre burde reduseres noe; den burde da «i alminnelighet settes til 60 000 kroner» (avsnitt 24). Det innføres med andre ord en ny norm for «voksne» barn. Til spørsmålet om det burde skje en reduksjon av dette beløpet på grunn av skadelidtes eget forhold, bemerket førstvoterende dommer *Tønder* at det ikke ville være i strid med prinsippet om normert erstatning å legge vekt på dette. «En annen sak er at ordningen med normert erstatning tilsier at det skal en del til før dette er tilfellet» (avsnitt 26). Avdødes atferd i denne saken hadde imidlertid hatt en slik karakter at reduksjon burde finne sted, og oppreisningen til hver av foreldrene ble etter dette satt til 35 000 kroner.

Dommen – som er enstemmig – gir grunnlag for enkelte bemerkninger.

For det første bygger Høyesterett her videre på sin linje med normert erstatning. Etter dette er det lagt følgende trinn for den normerte erstatning til foreldre (som kan fravikes i særlige tilfeller): Ved forsettlig drap er utgangspunktet 120 000 kroner, Rt. 2001 s. 274. Men barnets alder skal tillegges betydning, jf. bl.a. Rt. 2004 s. 274, hvor det var 33 år og normen ble da satt til 100 000 kroner. Ved grovt uaktsomt drap er som nevnt for mindre barn normen 75 000 kroner, mens linjen fra 2004 om en viss reduksjon for voksne barn altså ble fulgt i denne saken, og satt til 60 000 kroner. Med de argumenter for normert erstatning som er trukket frem i praksis etter 1988-dommen, jf. hertil artikkelen i TfE på s. 222 flg., synes det som grunnlaget for en viss reduksjon av antallet tvister om oppreisningens størrelse bør kunne reduseres er til stede.

For det annet kommer Høyesterett med noen prinsipielle bemerkninger om betydningen av skadelidtes forhold for erstatningsutmålingen. Hvor det er forsørgertapet som er tvistetemaet, er det noe uklart i hvilken grad den

omkomnes medvirkning til skaden skal tillegges betydning, eller om dette kravet skal stå på egne ben. Her har jeg forsøkt å yte et bidrag i retning av det sistnevnte alternativ, noe som har fått en noe blandet mottakelse av Høyesterett. (Se her Innst.O. nr. 92 (1984–85) s. 6 og bakgrunnen for dette *Lødrup* i LoR 1998 s. 242 flg. hvor Rt. 1997 s. 149 «Sæterøy» omtales. I denne dommen ble forsørger- tapserstatningen redusert med 50 %.) Det er derfor med en betydelig interesse jeg konstaterer at førstvoterende uttaler at når det «gjelder er erstatning for tap av forsørger er man i rettspraksis – på bakgrunn av justiskomiteens uttalelser i Innst. O. nr. 92 (1983–84) side 6 i anledning lovendringen i 1985 – lite tilbøyelig til å legge vekt på avdødes forhold, jf. Rt. 1990 side 829 og Rt. 1997 side 149. Etter mitt syn står imidlertid oppreisning til de etterlatte – hvor utmålingen etter loven skal skje på grunnlag av rimelighet – i denne sammenheng i en annen stilling enn erstatning for tap av forsørger, hvor utgangspunktet etter loven er full erstatning for det tap som er lidet» (avsnitt 27). Dette siste er det lett å være enig i, og jeg vil håpe at den første uttalelsen vil svekke betydningen av den 50 % reduksjon som ble foretatt i Rt. 1997 s. 149 «Sæterøy».

Den andre dommen, som også var enstemmig, gjelder krav om oppreisning etter voldtekt i et samboerforhold. Gjerningsmannen var her dømt til fengsel i 4 1/2 år. Oppreisningen var i tingretten og lagmannsretten satt til 100 000 kroner, som er den normerte satsen etter tidligere praksis, Rt. 2003 s. 1580 og Rt. 2003 s. 1586. Høyesterett stadfestet lagmannsrettens dom. Selv om voldtekten – noe som straffutmålingen viser – var grov og varte i flere timer – fant førstvoterende dommer *Coward* ikke grunnlag for å fravike normen: «Det følger av dommene der normen for oppreisningsbeløpet til voldtekts ofre ble fastsatt, at det skal atskillig til før man går over – eller under – normen på 100 000 kroner. Fordelene ved en norm blir lett borte hvis den bare skal anvendes på voldtekter som vurderes å ligge nær opp til et gjennomsnitt – en vurdering som for øvrig kan være vanskelig å foreta. Man må godta at normen blir brukt også ved voldtekter som skiller seg noe ut – alvorligere eller noe mindre alvorlige» (avsnitt 25). Resultatet og begrunnelsen for det er det lett å gi sin tilslutning.

Den tredje dommen gjaldt oppreisning etter en gruppevoldtekt. Seks menn hadde voldtatt en kvinne «etter tur og noen gjentatte ganger» ifølge tiltalebeslutningen (avsnitt 2). Sakens detaljer er det liten grunn til å gå inn på her, men det bør nevnes at sak mot en av dem aldri ble fremmet, og at detaljene for de øvrige avviker noe fra hverandre. Dette har imidlertid ingen betydning for det prinsipielle spørsmålet i saken: Skulle oppreisningsbeløpet utmåles for hver enkelt, og skulle ansvaret ilegges solidarisk eller pro rata? I lagmannsretten ble de fem idømt et solidarisk ansvar på 200 000 kroner, og fornærmede anket over denne rettsanvendelsen. Hun hevdet at hver av de fem hadde påført henne en skade som hver enkelt var ansvarlig for. Her kan det minnes om det som innledningsvis er nevnt om at den normerte erstatning for voldtekt er 100 000 kroner. Det bør videre påpekes at hvis først solidaransvar ble resultatet, hadde ingen angrepet lagmannsrettens beløp på 200 000 kroner, og Høyesterett kunne da ikke prøve beløpets størrelse (avsnitt 56). Førstvoterende la videre til grunn at det var «vanskelig å forstå påstanden

for lagmannsretten eller i anken til Høyesterett slik den ankende part har påstått omfanget av den enkeltes ansvar innen et solidarisk ansvarsbeløp begrenset, slik ankemotpartene har anført for Høyesterett. Jeg mener således at lagmannsrettens domsslutning må stadfestes» (avsnitt 59).

Under dissens 4-1 ble lagmannsrettens dom stadfestet. Det grunnleggende skillet mellom flertallet og mindretallet lå allerede i utgangspunktet: Sto man her overfor en eller flere krenkelser? Det vil si: Forelå det her «samme skade» i forhold til skl. § 5-3 nr. 1, som lyder: «Flere som plikter å betale erstatning for samme skade, svarer en for alle og alle for en. Det samme gjelder den som plikter å betale oppreisning for samme skade». Flertallet kom til at det her forelå «samme skade», noe førstvoterende dommer *Bruzelius* begrunnet slik: «Det er ikke tvilsomt at G ble utsatt for en rekke krenkelser i leiligheten i ...veien. Fire av ankemotpartene hadde samleie med henne, og en av dem mer enn en gang. C bet henne i brystet da hun forsøkte å sette seg til motverge. Jeg kan imidlertid vanskelig se at det i forhold til ankemotpartene foreligger mer enn en – stor – skade som G kan kreve erstatning for. Etter mitt syn vil det være vanskelig å fastsette oppreisningsansvar særskilt for hver av de fem skadevolderne. De har alle hver på sin måte bidradd til skaden. Og slik jeg ser det, er krenkelsen av henne blitt større fordi ankemotpartene samlet har forgrepet seg mot henne. De har også medvirket til hverandres overgrep» (avsnitt 55). Med dette standpunkt fant flertallet konklusjonen for gitt; lagmannsrettens dom måtte stadfestes, jf. ovenfor.

Mindretallet dommer *Skoghøy* var ikke enig i at anken var begrenset til ansvarsformen. Når det var krevd et særskilt oppreisningsansvar for hver av gjerningsmennene, er ikke dette «bare spørsmål om ansvarsform, men først og fremst et spørsmål om de krenkelser G har vært utsatt for, gir opphav til ett eller flere oppreisningskrav» (avsnitt 70). I sin begrunnelse for at man her sto overfor fem krenkelser, trakk mindretallet frem at det ved utmålingen av oppreisningen skulle tas hensyn til subjektive forhold hos gjerningsmannen (avsnitt 74), om gjerningspersonenes krenkelser kan skilles fra hverandre (avsnitt 75) og hvordan fornærmede opplevde krenkelsene (avsnitt 77). Ut fra overgrepens karakter mente mindretallet at man burde gå noe over normen og satte oppreisningsbeløpet til 120 000 kroner for fire av dem, og under normen til 50 000 for den femte.

Det som slår en ved studiet av dommen, er at flertallet konsentrerer ordbruken om lovens «samme skade», mens mindretallets vurdering er knyttet opp mot spørsmålet om en eller flere krenkelser. Lovens terminologi er i første rekke utformet mot det økonomiske tapet skadelidte er påført, og hadde spørsmålet vært ansvar for dette tapet, ville det vært, så vidt jeg kan se, klart at det skulle utmåles et solidaransvar for dette tapet, og at vi sto overfor «samme skade». Skadelidte skulle bare ha erstattet dette tapet en gang. Men erstatning for det ikke-økonomiske tapet har en annen karakter, og mot denne bakgrunn står for meg mindretallets syn som det jeg vil gi min tilslutning. Det er ubestridelig riktig at de alle, som førstvoterende sier, at «alle på sin måte har bidradd til skaden». Men det kan ikke være avgjørende for oppreisningens del, selv

om flertallet for så vidt har støtte i forarbeidene for sitt syn, se avsnitt 49 og 50. På den annen side er jeg ikke særlig begeistret for at mindretallet betegner flertallets løsning som en «kvantumsrabatt». I et tilfelle som dette finner jeg det naturlig å hver enkelt gjerningsmann i oppreisning skal betale den norm som er fastsatt for vedkommende handling. Jeg deler derfor ikke førstvoterendes bekymring over at det vil være vanskelig å fastsette oppreisningen for hver enkelt gjerningsmann. Saksforholdet i denne saken var noe særpreget ved at voldtektene fant sted gjennom en hel natt, og at det var seks gjerningsmenn. Tar vi som eksempel at det var to, og at voldtektene fant sted med et par timers mellomrom, kan vi stå overfor «samme skade» med hensyn til det økonomiske tapet, mens det for meg ville være fremmed ikke å utmåle den normerte erstatning fullt ut for begge.

I et slikt tilfelle oppstår spørsmålet om det skal oppstå et pro rata ansvar eller et solidarisk ansvar, i sistnevnte tilfelle for hvor meget. I denne saken hadde ikke fornærmede nedlagt påstand om solidaransvar, og mindretallet var derfor avskåret fra å gå inn for denne løsning, som imidlertid solidarregelen i skl. § 5-3 nr. 1 etter hans syn skulle tilsi (avsnitt 91). Til dette vil jeg melde en tvil. Når først hver gjerningsmanns handling anses som en krenkelse, virker det kunstig å si at vi står overfor «samme skade» i oppreisningsmessig henseende med virkning for ansvarsformen.

Det er ett fellestrekk ved disse tre dommene. Høyesterett understreker i de alle normeringen for de handlinger det gjelder. Det bidrar til å redusere tvister om oppreisnings størrelse. På den annen side må det konstateres at så vel tingrettene som lagmannsretten i mange tilfeller kommer til at det foreligger slike «særegne forhold» som tilsier at den fravikes. I RG 2007 s. 1420 (Borgarting) ble normen for oppreisning til foreldre ved forsettlig drap fraveket i gjerningsmannens favør, fra 120 000 (som bestemt av tingretten) til 100 000 kroner. De klare signal fra Høyesterett om normeringens betydning bør tilsi at terskelen for å fravike normen er høy.

Peter Lødrup

Avkortning for passasjer som ble skadet ved promillekjøring – Høyesteretts dom 3. april 2008 (HR-2008-600-A)

Skadelidte var blitt 87 % medisinsk invalid og 100 % ervervsmessig invalid etter en trafikkulykke, hvor han hadde sittet på med en sterkt beruset sjåfør. Skadelidte var også selv beruset, og hans forhold ble betegnet som grovt uaktsomt. Til tross for egen medvirkning til ulykken, ble erstatningen redusert med bare 40 %, i motsetning til det som gjaldt frem til 2001, da retten til erstatning i et slikt tilfelle ville falt bort i sin helhet, jf. Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I). Avgjørelsen viser klart hvorledes EØS-retten på dette området har ført til en styrking av skadelidtes erstatningsrettslige stilling.

Før lovendringen i 2001 fastsatte bilansvarslovens § 7 tredje ledd bokstav b at en passasjer som frivillig lot seg kjøre i den motorvogn som gjorde skade, ikke kunne få erstatning «utan at særlege grunnar er for det, dersom han ... visste eller måtte vite at vognføraren var påverka av alkohol

eller andre rusande eller døyvande råder (jf. vegtrafikklova § 22 første ledd)». Etter at Høyesterett i plenumsdommen i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) kom til at bestemmelsen var i strid med EØS-direktivene om motorvognforsikring, ble den opphevd. Etter endringen skal slike tilfelle bedømmes etter den alminnelige medvirkningsregelen i § 7 første ledd, som lyder slik: «Har skadelidaren medverka til skaden med vilje eller i aktløyse, kan retten minka skadebotkravet eller lata det falla heilt bort, så nær som når skadelidaren kan leggast berre lite til last. Avgjerda skal retta seg etter åtfërda på kvar side og tilhøva elles.»

Bestemmelsen må leses med EF-domstolens praksis som bakgrunn. Den sentrale avgjørelsen er *Candolin*-saken (C-537/03) fra 2005, som gjaldt en foreleggelse fra Högsta domstolen i Finland angående adgangen til nedsettelse eller bortfall av retten til erstatning for passasjerer som hadde latt seg kjøre av en beruset bilfører. Saksforholdet har likhetstrekk med det som forelå til pådømmelse i Finanger I-saken (Rt. 2000 s. 1811). På samme måte som i Norge, var utgangspunktet etter den finske loven opprinnelig at retten til erstatning falt bort om passasjerer visste eller burde forstått at føreren var beruset, men det kunne tilkjennes erstatning hvis særlige grunner forelå. Både tingrätten og hovrätten hadde kommet til at passasjerene burde forstått at føreren var beruset, og at det heller ikke forelå særlige grunner for å tilkjenne dem erstatning. Spørsmålet var om en slik løsning var forenlig med motorvognforsikringsdirektivene, og særlig med art. 1 i det tredje direktivet, som bestemmer at forsikringen skal dekke personskade for alle passasjerer utenom føreren.

EF-domstolen konstaterte at direktivene ikke tar sikte på å harmonisere nasjonal erstatningsrett, og at medlemslandene derfor «på fællesskapsrettens nuværende utviklingstrin frit kan fastsette, hvilken erstatningsansvarsordning der skal gælde for skader, der forvoldes ved færdsel med motorkøretøjer» (premiss 24). Herav kan man imidlertid ikke slutte – slik enkelte regjeringer, bl.a. den norske, hadde hevdet – at fællesskapsretten ikke medfører noen som helst begrensninger for vurderingen etter nasjonal erstatningsrett av skadelidtes medvirkning. Nasjonale myndigheter, herunder domstolene, må «udøve deres kompetence under overholdelse af fællesskapsretten, ... som har til formål at sikre, at alle de passagerer, som har lidt skade ved et uheld forvoldt af et motorkøretøj, kan få erstattet skaden af den lovpligtige ansvarsforsikring for motorkøretøjet. – Nationale retsfor skrifter om erstatning af skader som følge af trafikulykker kan således ikke fratage nævnte bestemmelser deres effektive virkning» (premissene 27–28).

Candolin-avgjørelsen er basert på EF-rettens generelle effektivitetsprinsipp, som innebærer at fællesskapsrettens formål lojalt må søkes realisert på nasjonalt plan, i tråd med bestemmelsen i EF-traktatens art. 249. Hva dette betyr i form av konkrete tolkningsresultater, kan nok ofte være uklart. Men i betraktning av at det er et hovedformål med direktivene å sikre skadelidte passasjers stilling, og at de ikke nevner noe om at allmennpreventive eller alkoholpolitiske hensyn kan begrunne en begrensning av retten til erstatning for den som lar seg føre av en beruset sjåfør, var det rimelig å regne med at utgangspunktet måtte være det

motsatte av det som gjaldt etter tidligere finsk – og norsk – rett, nemlig at skadelidte skal ha full erstatning. Skadelidte kan ikke nektes erstatning, og erstatningen kan heller ikke nedsettes uforholdsmessig, på grunnlag av generelle og abstrakte kriterier. Bare «under særlige omstendigheter» («in exceptional circumstances»), og etter en individuell vurdering, kan erstatningen reduseres (premiss 30). Se også den senere avgjørelsen i sak C-356/05 *Farrell*, som gjaldt nedsettelse eller bortfall av erstatning for en passasjer som hadde oppholdt seg i en varebils lasterom.

Etter å ha redegjort for EF-domstolens avgjørelser oppsummerte førstvoterende rettstilstanden slik: «Disse dommene av EF-domstolen må det [etter] min mening forstås slik at spørsmålet om det skal foretas avkorting av erstatning etter trafikkuulykke på grunn av medvirkning, som utgangspunkt reguleres av nasjonal rett. ... Nasjonale medvirkningsregler kan imidlertid ikke praktiseres slik at EØS-direktivene om motorvognforsikring blir fratatt deres effektive virkning. Dette innebærer blant annet at en passasjer ikke kan nektes erstatning eller få erstatningen redusert bare fordi han kjente eller burde ha kjent til at føreren var påvirket av alkohol eller annet rusmiddel. Avkorting av erstatning på grunn av medvirkning må være konkret og reelt begrunnet, og dersom det finnes grunnlag for avkorting, må denne være forholdsmessig. Det er ikke adgang til å benytte regler om avkorting på grunn av medvirkning utelukkende i sanksjonsøyemed. Dette samsvarer etter min mening godt med de retningslinjer for praktisering av avkortingsregelen i bilansvarsloven § 7 første ledd som er gitt i norske lovforarbeider. Avkorting skal blant annet tjene et preventivt formål, men dette kan ikke være den eneste begrunnelse for avkorting: Det må foreligge en reell medvirkningssituasjon, og det kan ikke gjennomføres avkorting med mer enn det som tilsvarende skadelidtes bidrag til ulykken. Og under enhver omstendighet kan avkorting ikke gjennomføres på en måte som virker sosialt urettferdig eller urimelig» (avsnitt 52).

Etter en konkret vurdering kom Høyesterett, som nevnt, til at erstatningen måtte reduseres med 40 %. Det ble lagt vekt på at passasjerens hadde opptrådt grovt uaktsomt, selv om føreren hadde spilt en mer sentral rolle i det begivenhetsforløp som utløste skaden. Det ble også lagt vekt på at konsekvensene for skadelidte var særdeles alvorlige – han var blitt lam fra brystet og ned – og på at de rammet ham særlig hardt fordi han «var ung og hadde livet foran seg».

Are Stenvik

Kapitaliseringsrenten som juristskapt virkelighet (HR-2008-00225-A)

I en ankesak om fastsettelse av bruksverdiestatning av skog inviterte grunneierne Høyesterett til å revurdere «prejudikatrenten» på fem prosent. Dommen (HR-2008-00225-A) kan gi en ny tolkning av Peter Wilhelm Zappfes eksamensbesvarelse om at «et præjudikat er en høiesteretsdom – stort mere man ikke kan sige derom».

I den foreliggende dom henvises det til Rt. 1997 s. 428 (Torsæterkampen) som ifølge Høyesterett gir uttrykk for den rettsanvendelse angående kapitaliseringsrenten som har utviklet seg gjennom en rekke avgjørelser. Der vises

det videre til Ølbergdommen (Rt. 1993-1524), hvor det er «fastslått at [...] rentesatsen ikke bør settes lavere enn 5 %». Holdbarheten av «prejudikatrenten», som senere er blitt anvendt både ved personskaade og ekspropriasjon, vil derfor stå og falle med begrunnelsen i Ølbergdommen.

Spørsmålet dreier seg om hvilken rentesats som må anvendes for at den erstatningsberettigede skal bli kompensert for forventet inflasjon. I Sevaldsen-dommen (Rt. 1981 s. 138) fastslo Høyesterett at inflasjonskompensasjon ikke skulle gis. I Noem-dommen (Rt. 1986 s. 178) tok Høyesterett farvel med dette syn, og i Ølbergdommen (Rt. 1993 s. 1525) ble det klart og eksplisitt stadfestet at det skulle gis full kompensasjon for forventet fall i pengeverdien. Dette kompensasjonsprinsipp krever bruk av en realrente, men til enhver økonoms forbauselse ble rentesatsen satt så høyt som 5 prosent. Det er fagøkonomisk konsensus om at en passende risikofri realrente må ligge vesentlig lavere, mellom 2 og 4 prosent.

Høyesterett begrunnet rentesatsen med at et erstatningsbeløp kan investeres i en rekke ulike former for kapitalplassing som det ikke knytter seg noen særlig risiko til, og som på lang sikt gir inflasjonskompensasjon. Som eksempler nevnes «investering i fast eiendom, livrente, obligasjoner, aksje- og rentefond eller plassering på ulike former for høyrentekonti i bank». Historien viser at det er mer enn tvilsomt at det ikke knytter seg særlig risiko til flere av disse plasseringene. Dessuten er det hevet over tvil at de sikreste av de nevnte alternativene, for eksempel høyrentekonti, på lang sikt gir en vesentlig lavere realavkastning enn 5 prosent. (Se f.eks. Erling Eide: Kapitaliseringsrenten – ny episode, *Lov og Rett* 1995, s. 351–358.)

Høyesteretts hovedpremiss for valg av rentesats i Ølbergdommen er således en ubegrunnet antagelse. Og den er i strid med fagøkonomisk innsikt. Ølbergdommens kapitaliseringsrente er uholdbar, og de påfølgende dommer som bygger på denne «prejudikatsrenten» faller, faglig sett, som dominobrikker.

I den siste saken ble Høyesterett invitert til å drøfte sine begrunnelser, men valgte å henvise til de tidligere dommer. «Prejudikatrenten» synes å være et eksempel på juristskapt virkelighet uten rot i den virkelighet fagøkonomer og folk flest lever i.

Dommen gir grunnlag for nyfortolkning av Zappfe: «Et præjudikat er en høiesteretsdom – og retten finner intet at sige derom.» Noe tankevekkende fortsetter Zappfe:

»Og Høiesteret er al ære verd, den er trygg og forstandig i all sin ferd.»

Erling Eide

FAMILIERETT

Ot.prp. nr. 33 (2007–2008)

Vi har i lengre tid vært vitne til en debatt om «ny ekteskapslov» eller «en felles ekteskapslov» for heterofile og homofile par. Ved Ot.prp. nr. 33 (2007–2008) fremmes det forslag Om lov om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par).

Proposisjonen er – uansett hva man måtte mene om de konkrete forslag – grundig og leseverdig. For alle som er opptatt av familieretten og dertil knyttede problemstillinger er den et utmerket utgangspunkt for å forme egne meninger om de kontroversielle spørsmål som tas opp. Den kunnskap som gis, ikke minst om fremmed rett og erfaringer fra andre land, er verdifull.

Proposisjonen inneholder to grunnleggende problemstillinger som strengt tatt ligger på svært ulike plan. Den første gjelder om ekteskapslovens regler om vigsel, og dermed ekteskapsinngåelse, skal åpnes for homofile par. Ekteskapslovens regler om de materielle rettsvirkninger av ekteskapet berøres ikke – rettsvirkninger som allerede fullt ut gjelder homofile par som har inngått partnerskap. I debatten om «ny ekteskapslov» har det særlig vært den andre problemstillingen som har vært fremme, nemlig forholdet til barna og deres vilkår, dvs. reglene i barneloven hvor barnet kan få to mødre, adopsjon og bioteknologi. I prinsippet er det ingen nødvendig sammenheng mellom disse to problemstillingene; sammenhengen mellom adgangen for homofile par til å inngå ekteskap ligger i de konsekvenser man ønsker å trekke av det når det gjelder forholdet til barna. Og omvendt kunne disse konsekvensene vært trukket selv om man ikke hadde endret ekteskapsloven, men beholdt partnerskapsloven. Hertil kommer at det særlig fra kirkelig hold er motstand på prinsipielt grunnlag mot at lovgivningen skal åpne adgang for homofile til å inngå ekteskap – ekteskapet er forbeholdt forhold mellom mann og kvinne.

Her skal jeg begrense meg til kort å omtale forslagene til endringer i ekteskapsloven, som det må antas vil bli vedtatt i vårsesjonen.

Selv om ikke gjeldende lov setter krav om at brudefolkene må være heterofile, jf. ekteskapslovens vigselbestemmelse i § 12, er det sikker rett at et slikt krav må stilles. Endringen som foreslås er gitt i en ny § 1: *To personer av motsatt eller samme kjønn kan inngå ekteskap.* At denne bestemmelsen er gitt i § 1, må ses som en prinsipperklæring siden den blir lovens åpningsbestemmelse. Et alternativ – som etter mitt syn er like bra eller bedre – vil være å føye til et nytt annet ledd i § 11 om at brudefolkene kan være av motsatt eller samme kjønn. Da ville man også unngå at den grunnleggende bestemmelsen i nåværende § 1 blir en ny § 1 a.

Som følge av at det åpnes adgang for to av samme kjønn til å inngå ekteskap, er det nødvendig med en del mer teknisk betonte følgeregler, samtidig som forholdet til partnerskapsloven må avklares.

Paragraf § 7 h om dokumentasjon for at det ikke foreligger ekteskaphindringer for en som ikke er fast bosatt i Norge gis et tillegg «*eller dersom slik dokumentasjon ikke kan legges frem, dokumentasjon som viser at han eller hun ikke er registrert som gift eller registrert partner i sitt hjemland*». Praktisk viktig etter hvert som stadig flere land åpner for registrert partnerskap, er tilføyelser til § 18 a første ledd som nye annet og tredje punktum. «*En regulert samlivsform i utlandet som i hovedsak har samme rettsvirkninger som ekteskap i inngåelseslandet, anerkjennes som ekteskap her i landet, når begge parter skriftlig har samtykket i dette*.» Videre gis departementet hjemmel for i forskrift å bestemme hvilke samlivsformer dette er.

I forbindelse med den nye tvisteloven ble reglene om ekteskapsaker overført til ekteskapsloven, og regler om når ekteskapsak kan reises i Norge reguleres nå av § 30 b. Her kommer er ny bokstav f: «*når ekteskap er inngått her i landet, og det godtgjøres at saksøkeren ikke vil kunne reise sak i det landet han eller hun er statsborger eller har bopel*.»

Særlige spørsmål reiser seg når det gjelder forholdet til de som allerede er registrerte partnere. Når disse lovendringene trer i kraft, oppheves partnerskapsloven. Dette innebærer at for personer av samme kjønn blir ikke partnerskap et alternativ; de må inngå ekteskap om de ønsker sitt forhold formalisert. Nærmere regler er her foreslått i en ny § 95. Først kan merkes at for de som allerede har inngått partnerskap her i landet, vil partnerskapet «*etter samtykke fra begge parter gjelde som ekteskap*», se femte ledd. En begjæring om dette skal settes frem overfor folkeregisteringsmyndigheten, som så skal utstede attest for dette. For de som ikke ønsker en slik endring, bestemmer første ledd «*at et registrert partnerskap med de unntak som følger av denne bestemmelsen (dvs. § 95) har samme rettsvirkninger som ekteskap*.» Dette gjentas i annet ledd, hvor det heter at «*norsk lovgivning som omhandler ekteskap og ektefeller, gjelder tilsvarende for registrert partnerskap og registrerte partnere*.» I annet ledd annet punktum oppstilles det eneste unntaket fra første ledd, nemlig reglene i adopsjonsloven, dog slikt at adopsjonsloven § 5 a annet ledd som gir en registrert partner adgang til å adoptere den andre partnerens barn, fortsatt skal gjelde.

Tredje ledd gir norske domstoler en unntaksfri kompetanseregulering for oppløsning av et registrert partnerskap inngått her i landet.

Fjerde ledd omhandler anerkjennelse av partnerskap inngått i utlandet. Dette anerkjennes i Norge «*dersom partnerskapet er gyldig inngått i inngåelseslandet*». Her tas det imidlertid forbehold for de tilfelle «*dette åpenbart ville virke støtende på norsk rettsorden (ordre public)*». Videre gis § 18 a annet ledd tilsvarende anvendelse. Umiddelbart virker dette ledd noe overraskende, idet det her ikke sies mer enn i § 18 a, og som uansett vil komme til anvendelse etter første og annet ledd.

I § 13 foreslås det en tilføyelse om at en kirkelig vigslar ikke bare kan nekte vigsel hvor en av brudefolkene har vært gift før, *men også hvor «brudefolkene er av samme kjønn»*.

Peter Lødrup

Litteratur

Anders Agell og Margareta Brattström: «Äktenskap Samboende Partnerskap», Fjärde upplagan, Iustus Förlag, Uppsala 2008. 309 s.

Anders Agells svenske lærebok i familierett, *Äktenskap Samboende Partnerskap*, kom i tre utgaver mellom 1995 og 2004. Nå foreligger en fjerde utgave hvor Margareta Brattström er medforfatter. Den nye utgaven er resultat av et samarbeid mellom de to forfatterne, hvor Brattström er ansvarlig for den endelige utformingen, samt for omarbeiding av enkelte kapitler. Dette gjelder blant annet behand-

lingen av pensjoner på skifte som er gitt en mer utførlig fremstilling i denne fjerde utgaven. Ikke så overraskende, kanskje, da pensjonsrettigheter også var emnet for Brattstrøms doktoravhandling fra 2004. I all hovedsak er struktur og hovedinnhold beholdt fra tidligere utgaver. Også i den fjerde utgaven er det lagt stor vekt på å klargjøre de bærende prinsippene i lovgivningen og belyse rettsutviklingen og de rettspolitiske problemene.

Tone Sverdrup

FORBRUKERRETT

Nytt forbrukerkredittdirektiv vedtatt av EF

Den 7. april 2008 godtok Rådet de siste endringene i Parlamentet i utkastet til nytt forbrukerkredittdirektiv, og den formelle vedtakelsen av direktivet kan dermed ventes med det første. Den omforente teksten kan finnes som sak P6_TA(2008)0011 på Parlamentets hjemmesider.

Kjernen i forbrukerverntiltakene etter det nye direktivet er informasjon om kredittbetingelsene som skal gis både før og ved inngåelse av kredittavtalen, forbrukerens angrerett og nye bestemmelser om kredittavtaler som er tilknyttet en avtale om vare- eller tjenestekjøp.

Fullharmonisering på direktivets område

Ønsket om sterkere harmonisering av medlemslandenes rett har ledet til en vesentlig retts teknisk forandring i forhold til det eksisterende direktiv 87/192/EØF: Det nye direktivet er på mange områder et såkalt fullharmoniseringsdirektiv. Mens minimumharmoniseringen har pålagt medlemslandene bare å oppnå et visst minstenivå i forbrukervern, jf. gamle art. 14 (1), stenger fullharmonisering også for at medlemslandene gir forbrukere sterkere vern enn direktivet tilsier, jf. ny art. 22 (1). Ifølge direktivets preambel nr. 9 og 10 er direktivet dog ikke i veien for regulering av forbrukervern på de områder som ligger utenfor direktivet.

Anvendelsesområdet for direktivet blir justert. Det vil favne kreditter med samlet kredittbeløp mellom 200 og 75.000 EUR, jf. nye art. 2 (2) lit. c). Unntatt fra direktivet er rentefri henstand, kreditt for kjøp av fast eiendom eller med sikkerhet i fast eiendom og noen andre spesielle typer kreditt. Det omfatter heller ikke forlik inngått i retten eller et lignende sted, jf. art. 2 (2). Så slipper næringsdrivende å opplyse de forliksvilkår de er villig til å gå med på før rettsmøtet. Definisjonene på partene i forbrukerkredittavtalen er uforandret i den nye art. 3 lit. a), b), men kredittformidlers plikter overfor forbrukere er tatt inn i den nye art. 21.

Informasjon m.m. forut for avtalen

Allerede i det hittil gjeldende direktivet er informasjonsplikter sentrale, og det nye direktivet utvider dem på flere måter, også i forhold til gjeldende norsk rett.

Det vil som hovedregel ikke lenger være tilstrekkelig å oppgi effektiv årlig rente i reklame for kreditt, se den nye art. 4. Reklame som benytter opplysning om rentesats eller andre kredittkostnader, må etter den nye art. 4 inne-

holde såkalte «standardopplysninger». Det er opplysninger om både effektiv og nominell årlig rente og detaljene angående alt som går inn i kredittkostnadene, kredittens (maksimums)beløp og løpetid, det samlede beløpet lånetageren må betale ifølge kredittavtalen, og beløpene for de enkelte nedbetalingene, ved avbetalingskjøp også kontantprisen og evt. det beløp som skal betales kontant. Dessuten må det i tilfelle angis hvilke ytterligere avtaler, f.eks. konto- eller forsikringsavtaler, som må inngåes for å få kreditten, og hva de koster.

I tillegg skal kredittgyteren gjøre informasjonen anskuelig ved et representativt eksempel, noe som kan være nyttig, men også by på usikkerhet om når et eksempel er representativt.

For å oppnå at forbrukeren kan sammenligne ulike kreditttilbud og kjenne til kredittvilkårene når han inngår avtalen, blir det innført en plikt til å opplyse om kredittvilkårene og andre forhold angående kredittavtalen i god tid før avtalen undertegnes av forbrukeren, jf. nye art. 5. Prinsippet er kjent fra finavtl. § 46 og kjkr. § 5, men pliktene utvides: Etter den nye art. 5 må kredittgyter gi 19 ulike opplysninger om alt av rettslig relevans om og rundt låneavtalen. Deriblant er de nevnte standardopplysninger, tilleggssytelser og andre avtaler som forbrukeren er nødt til å betale for å få lånet, sikkerheter, evt. bruk av notar, følgene av mislighold av betalingsforpliktelsene, forbrukerens rettigheter overfor kredittgyteren, f.eks. angreretten og retten til tilbakebetaling før forfall, samt hvordan disse rettighetene brukes og hvilke følger de har. Dessuten skal kostnader etter avtale og lov oppgis detaljert sammen med mulighetene for endring av slike kostnader. For å sikre at alt gjøres riktig kan kredittgytere bruke et fire siders skjema «Standardiserte europeiske forbrukerkredittopplysninger», jf. direktivets bilag II. Meningen med et skjema som er likt i hele EØS, er at man ikke en gang behøver å forstå språket som brukes ordentlig for å sammenligne ulike tilbud. Dette skal fremme muligheten for låneopptak over medlemslandenes grenser.

Kredittgyteren må dessuten bistå forbrukeren ved vurderingen av om den foreslåtte kreditten passer for vedkommendes behov og finansielle situasjon. Om medlemslandene får pålegge kredittgytere en direkte frarådningsplikt som den i finavtl. § 47, eller om art. 22 (1) vil hindre dette, går ikke klart frem av direktivet.

Etter den nye art. 8 plikter kredittgytere å vurdere forbrukerens kredittverdighet. Til dette må de evt. innhente informasjon bl.a. fra relevante databaser. Medlemslandene plikter ifølge den nye art. 9 å sørge for at kredittgytere fra andre medlemsland får nødvendig tilgang til de relevante databasene.

Avtaleinngåelsen

Det er overlatt til medlemslandene å regulere de avtalerettslige spørsmål og, om og i tilfelle hvordan, kredittgyter ensidig kan endre kredittvilkår, jf. direktivets art. 10 (2) 2 og preambel nr. 25, 30 og 32.

Direktivet krever at kredittavtaler skal utferdiges på papir eller et annet varig medium, jf. ny art. 10. Etter direktivets art. 10 (2) 1 skal forbrukeren få et eksemplar av avtalen, og det er faktisk nødvendig: Kredittavtalen må inneholde 22 ulike opplysninger. I tillegg til den informa-

sjonen som skal gis allerede før avtaleinngåelse, kommer detaljopplysninger om forbrukerens betalinger samt hvordan de godskrives på ulike forpliktelser, evt. forbrukerens rett til gratis nedbetalingsplan, og fremgangsmåten ved oppsigelse av avtalen, og ved tilknyttede kredittavtaler også om forbrukerens rettigheter etter art. 15 (se nedenfor).

Dessuten skal avtalen ha opplysninger om tilsynsmynndighet og om forbrukerens klagemuligheter utenom domstolssystemet.

Angrerett

Det nye direktivets art. 14 gir forbrukeren rett til å angr innen fjorten dager regnet fra det tidspunktet da avtalen er inngått, og låntageren har fått opplysningene etter art. 10. Formkrav kan avhenge av bevisregler i nasjonal rett, og slike krav er i tilfelle visstnok omfattet av de opplysningene som skal gis i avtalen (opplysninger som det nok kan kreves årvåkenhet for å finne i et firesiders skjema).

Etter å ha avsendt erklæring om bruk av angreretten har forbrukeren 30 dager på seg for å betale tilbake hele lånet samt rente påløpt inntil tilbakebetalingen skjer, pluss evt. omkostninger kredittyster måtte ha betalt til myndigheter i sammenheng med kredittavtalen. Ytterligere kostnader kan ikke pålegges. Forbrukeren blir fri fra tilleggsavtaler, f.eks. om føring av kredittkonto, men angreretten rører ikke ved de avtaler lånet evt. tjente til å finansiere. Dette gjelder også hvor det dreier seg om en kredittavtale som er tilknyttet et kjøp av varer eller tjenester. Dette vil hindre noen forbrukere i å utøve angreretten, fordi de så blir nødt til å betale kjøpesummen med andre midler. Men resultatet er rimelig overfor en leverandør som evt. ikke kan vite at det er en kredittavtale knyttet til den avtalen han inngår.

Tilknyttede kredittavtaler

Tilknyttede kredittavtaler er kredittavtaler hvor kreditten utelukkende tjener til å finansiere en avtale om kjøp av bestemte varer eller bestemte tjenesteytelser, og der kredittavtalen i tillegg objektivt sett utgjør en økonomisk enhet med den finansierte avtalen. Økonomisk enhet foreligger dersom kredittyster og selger er samme person, eller kredittyster benytter seg av selgeren ved forberedelse eller inngåelse av kredittavtalen, eller dersom kredittavtalen uttrykkelig nevner varen eller tjenesten som finansieres, jf. nye art. 3 lit. n) ii), som bygger på definisjonen i tysk rett. Definisjonen favner situasjoner der det ut fra forbrukerens synspunkt er nær funksjonell sammenheng mellom kredittavtalen og den finansierte avtalen, og der kredittyster kan kjenne til det når han binder seg til å gi kreditten. Derfor ansees det som rimelig at forbrukeren kan gjøre de rettigheter han har mot selger eller tjenesteyter pga. hans ikke-oppfyllelse, gjeldende også overfor kredittyster etter å ha gjort dem gjeldende overfor leverandøren uten suksess, jf. nye art. 15 (2), som viderefører det gamle direktivets art. 11 og har et omtrentlig motstykke i krklj. § 8.

Dersom forbrukeren utøver en EF-rettslig foreskrevet angrerett angående det finansierte varekjøpet eller den finansierte tjenesteavtalen, er han etter ny art. 15 (1) heller ikke lenger bundet av den tilknyttede kredittavtalen.

Andre tiltak

Liksom etter det gamle direktivets art. 8 har forbrukeren rett til å tilbakebetale lånet helt eller delvis før avtalt forfallstid og ved dette å oppnå en rimelig reduksjon av kredittens samlede kostnader: Reduksjonen består i renter og kostnader for den delen av låneavtalens løpetid som er igjen, jf. ny art. 16. Etter den nye art. 16 (2) – (5) kan kredittyster under visse vilkår i tillegg kreve en rimelig og objektivt begrunnet kompensasjon for omkostninger som måtte følge av den førtidige tilbakebetalingen.

Reduserte krav

Ved kortvarig kassakreditt, kredittavtaler med visse organisasjoner og ved nyordning av kredittforholdet som antas å avverge rettssak etter mislighold fra forbrukeren, gjelder bare noen deler av direktivet. Her er opplysningskravene før og ved avtaleinngåelse litt annerledes, og det finnes et annet skjema, jf. det nye direktivets art. 6 og bilag III. Ved disse kredittyster og ved avtaler inngått under medvirkning av offentlig notar, er det dessuten opp til medlemslandene om de vil utelukke angreretten. Ved kreditt i form av overtrekk behøver kredittyster bare å opplyse om renten og endringsmulighetene for den ved åpning av kontoen, jf. ny art. 18 (1), 6 (1) lit. e). Dessuten må han varsle om kostnadene dersom alvorlig overtrekk av kontoen har vart i mer enn én måned, jf. ny art. 18 (2).

Dersom avtalen etter forbrukerens ønske inngås via telefon eller annen fjernkommunikasjon som ikke gjør det mulig å gi de nevnte opplysninger, gjelder reduserte opplysningsplikter, men kredittyster må gi forbrukeren fullstendig informasjon straks etter avtaleinngåelsen.

Julia Wiedemann

IMMATERIALRETT

Varemerkerett

Merkehavers enerett og betydningen av friholdelsesbehovet. EF-domstolens avgjørelse i sak C-102/07 (Adidas II)

Sportsutstyrproduzenten Adidas har i en rekke land registrert varemerker bestående av tre parallelle striper i kontrastfarge. På grunnlag av en slik registrering hadde Adidas i Nederland innledet søksmål mot Marca Mode, C&A, H&M og Vendex, som alle hadde solgt sports- og fritidsklær utstyrt med *to* parallelle striper i kontrastfarge. De saksøkte virksomhetene anførte bl.a. at deres stripemønster hadde et utelukkende dekorativt formål, og at det ved bedømmelsen av beskyttelsesomfanget for Adidas' varemerker måtte tas hensyn til det behov som andre næringsdrivende har for å benytte lignende tegn for dekorative formål. Den nederlandske domstolen besluttet å forelegge tre spørsmål for EF-domstolen, som alle dreide seg om relevansen av det såkalte friholdelsesbehovet ved fastsettelsen av varemerkers beskyttelsesomfang.

Det følger av etablert praksis at friholdelsesbehovet er blant de relevante hensynene ved vurderingen av om et varemerke oppfyller vilkårene for registrering etter vare-

merkedirektivets art. 3, som tilsvarende varemerkelovens § 13, jf. avgjørelsen i forente saker C-108/97 og C-109/97 *Windsurfing Chiemsee*, se også de senere avgjørelsene i forente saker C-53/01 til C-55/01 *Linde* og sak C-104/01 *Libertel*. Friholdelsesbehovet spiller også en viktig rolle ved anvendelsen av art. 12, som fastslår at en varemerke-registrering skal kjennes ugyldig dersom merket etter registreringsdagen, som følge av merkehaverens handlinger eller passivitet, er blitt en vanlig betegnelse for vedkommende vare eller tjeneste (har degenerert). Ved fastsettelsen av beskyttelsesomfanget etter art. 5, som tilsvarende varemerkelovens § 4 og § 6, kom EF-domstolen derimot frem til – i motsetning til Generaladvokaten – at friholdelsesbehovet *ikke* skal tas i betraktning.

Det avgjørende kriterium etter art. 5 er om det foreligger en *risiko for forveksling*, eventuelt – dersom det dreier seg om et velkjent merke – en risiko for at gjennomsnittsforbrukeren vil forbinde tegnet med varemerket, samt at bruken av tegnet vil medføre risiko for skade på, eller urimelig utnyttelse av, det velkjente varemerket. «Den omstendighet, at der for de erhvervsdrivende er et behov for at friholde tegn, kan ikke udgøre en del af disse relevante faktorer. Som det nemlig følger af ordlyden af direktivets artikel 5, stk. 1, litra b), og af ovennævnte retspraksis, bør svaret på spørsmålet, om der er risiko for forveksling, baseres på den opfattelse, som offentligheden dels har af varer omfattet af varemærkeindehaverens varemærke, dels har af varer omfattet af det tegn, som tredjemand bruger» (premiss 30). Når det gjaldt tolkningen av art. 5(2), nøyde Domstolen seg med å vise til at friholdelsesbehovet «hverken har noget at gøre med vurderingen af graden af lighed mellem det renommerede varemærke og tegnet, som bruges af tredjemand, eller med den sammenheng, som den berørte kundekreds kan skabe mellem det nævnte varemærke og det nævnte tegn. Friholdelsesbehovet kan derfor ikke have nogen relevans for efterprøvelsen af, hvorvidt bruken af tegnet ville medføre en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé» (jf. premiss 43).

Dette betyr imidlertid ikke at det utelukkende er graden av likhet mellom tegnet og varemerket som vil være relevant. Det skal foretas en helhetsvurdering, hvor det bl.a. vil få betydning hvor kjent varemerket er i markedet: «Jo mere kendt et varemærke er, desto flere erhvervsdrivende vil der nemlig være, som vil bruge lignende tegn. Forekomsten på markedet af en stor mængde varer, som er omfattet af lignende tegn, vil kunne skade varemærket i det omfang den risikerer at minske varemærkets grad af særpræg og bringe dets væsentligste funktion i fare, som er at garantere de pågældende varers oprindelse over for forbrugerne» (premiss 36). Det etablerte prinsippet om at et «svakt» varemerke bare kan gjøre krav på et nokså smalt beskyttelsesomfang, mens et «sterkt» merke nyter godt av et forholdsmessig bredere verneområde, må derfor antas å stå ved lag, jf. avgjørelsen i sak C-251/95 *Sabel v. Puma* (premiss 24).

Heller ikke bestemmelsen i art. 6 kunne komme de saksoekte til hjelp i et tilfelle som det foreliggende. Etter art. 6(1)(b) kan en merkehaver ikke nekte andre næringsdrivende å benytte betegnelser på varens art, kvantitet, kva-

litet, formål osv. i samsvar med god forretningskikk, jf. varemerkelovens § 5. Denne bestemmelsen – understreket EF-domstolen – gir andre næringsdrivende en rett til å bruke deskriptive betegnelser («descriptive indications»), men den kan ikke, under hensyn til friholdelsesbehovet, hjemle andre begrensninger i merkehaverens enerett enn dem som er uttrykkelig angitt i bestemmelsen. Bestemmelsen i art. 6 kunne derfor ikke påberopes som grunnlag for de saksoektes bruk av striper, som ikke hadde til hensikt å beskrive karakteristika ved varene, men som utelukkende var av dekorativ karakter.

Are Stenvik

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Litteratur

Lars Anders Heimdal: Erstatning ved grenseoverskridende personlighetskrenkelser – med utgangspunkt i Bokhandleren i Kabul-saken, Fagbokforlaget, Bergen 2008. 177 s. inkludert registre. Boken er en internasjonal privatrettslig fremstilling som behandler lovvalget ved «grenseoverskridende personlighetskrenkelser». Fokus ligger på Afghanistan og særlig det saksforhold som springer ut av boken «Bokhandleren i Kabul» av Åsne Seierstad. Bakgrunnen for at det tas utgangspunkt i dette saksforholdet er «å illustrere den internasjonale privatrettens praktiske betydning og grenseoverskridende personlighetskrenkelsers aktualitet i norsk rett».

Etter en innledning og en beskrivelse av rettssystemet i Afghanistan behandles hhv. jurisdiksjon og rettsvalgsspørsmålene i to separate kapitler. Størst oppmerksomhet er viet rettsvalget som behandles over ca. 60 sider. På dette punkt gis det en verdifull gjennomgang av prinsippene for rettsvalg i erstatningssaker som gjelder under den norske internasjonale privatretten. Fremstillingen er oppdatert med Roma II-forordningen (Rfo. 864/07) om lovvalgsregler for forpliktelse utenfor kontrakt.

Boken inneholder også to kortfattede kapitler om Renvoi og Inngrep i rettsvalget.

Fremstillingen er en noe utvidet utgave av forfatterens studentavhandling. Den gir en nyttig og interessant fremstilling av rettsspørsmål som, i informasjonsteknologiens og globaliseringens tidsalder, i økende grad vil aktualiseres.

Erling Hjelmeng

KONKURRANSERETT

Hvitbok om privat håndhevelse av EFs konkurranseregler

Den 2. april publiserte Kommisjonen den lenge varslede Hvitboken om privat håndhevelse av konkurransereglene (COM(2008) 165 fin.). Hvitboken bygger på Grønnboken

om samme tema som ble publisert i 2005 (COM(2005) 672). Formålet med Kommisjonens initiativ er å effektivisere håndhevelsen av EUs konkurranseregler, ved å legge til rette for øket privat håndhevelse.

Slik privat håndhevelse, dvs. at konkurransereglene håndheves gjennom søksmål om forbud, ugyldighet eller erstatning for nasjonale domstoler, spiller en begrenset rolle i europeisk konkurranseret, selv om flere stater, bl.a. Sverige og Tyskland, har lovfestet egne erstatningsregler i sine respektive konkurranselover. Også innenfor EU-retten (og EØS) er det sikker rett at private prinsipielt sett er erstatningsrettslig beskyttet av konkurransereglene, og at EF- og EØS-retten legger overordnede føringer på utforming av erstatningsvernet, jf. for statens erstatningsansvar under EØS-retten Finanger II, Rt. 2005.1365. Temaet er behandlet i Hjelmeng: *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Fagbokforlaget 2003.

De grepene Kommisjonen foreslår er dels av materiell, dels av prosessuell karakter, og det er grunn til å vente at enkelte av dem vil bli ansett som kontroversielle. For norsk rett er enkelte av de prosessuelle forslagene særlig interessante på bakgrunn av den nye tvisteloven.

De materielle grepene gjelder fire områder:

- Regulering av kravet til skyld
- Erstatningsutmåling
- Passing-on (overveltning av overpris)
- Foreldelse

Mht. *skyld* er reguleringen et svar på at enkelte medlemslands rett krever påvisning av «fault» utover selve bruddet på konkurransereglene. Krav om «fault» vanskeliggjør ifølge Kommisjonen vellykkede erstatningssøksmål. Etter forslaget vil ansvar likevel være utelukket der overtreder gjorde en «excusable error», noe som må anses å være på linje med kravene etter norsk rett ved overtreddelse av skrevne handlingsnormer.

Utmåling foreslås regulert gjennom kodifisering av kravet om full erstatning. Samtidig ønsker Kommisjonen å utarbeide et ikke-bindende verktøy for å lette utmålingen, bygget på «approximate methods of calculation or simplified rules on estimating loss».

Passing-on foreslås regulert slik at overtreddere fremdeles skal kunne påberope seg at overprisen er veltet videre, men at foretaket selv skal bære bevisbyrden her. For kjøperne i senere ledd skal det oppstilles en «rebuttable presumption» om at overpris ble veltet videre «in its entirety».

Foreldelse foreslås regulert slik at foreldelsesfristen ikke starter å løpe før en overtreddelse er brakt til opphør, og uansett ikke før skadelidte kan «reasonably be expected to have knowledge of the infringement and of the harm it caused him.» Der en sak leder til et endelig vedtak fra en konkurransemyndighet skal en ny toårsfrist begynne. (Ikke ulikt ettårsfristen i straffesaker etter norsk rett.)

I forhold til norsk rett er det neppe grunn til å se på disse tiltakene som særlig kontroversielle, selv om lovfestede presumsjoner knyttet til fordelingen av tap nok må anses som en nyskapning.

De prosessuelle grepene omfatter fire hovedgrupper tiltak:

- Kollektive eller representative søksmål
- Bevisfremleggelse
- Rettskraftvirkninger av myndighetsavgjørelser

– Saksomkostninger

Kommisjonen ønsker tilgang til *kollektive eller representative søksmål* for å legge til rette for at søksmål anlegges og at ofre for konkurranseovertreddelser faktisk kompenseres. På dette punkt ligger forslaget tett opp til ordningen i den nye tvisteloven. Det legges ikke opp til særskilte finansieringsordninger eller prosentbasert salær, også dette i likhet med tvistelovens system. Sannsynligvis vil fraværet av denne typen ordninger svekke potensialet som ligger i denne typen søksmål.

Forslaget søker også å legge til rette for søksmål gjennom et initiativ rettet mot regler om *saksomkostninger*, der Kommisjonen oppfordrer medlemsstatene til å legge til rette for rettsforlik, senke rettsgebyr samt gi domstolene mulighet til å gi saksøker særskilt beskyttelse mot krav om saksomkostninger hvis saken tapes. Ingen av tiltakene innenfor saksomkostninger virker etter mitt syn særlig lovende.

To tiltak tar sikte på å gjøre det enklere for skadelidte å etablere at en overtreddelse har funnet sted. For det første ønsker Kommisjonen at endelige avgjørelser fra tilsynsmyndigheter eller domstoler som slår fast en overtreddelse skal gis virkning som «irrebuttable proof» for overtreddelse i senere sivile erstatningssøksmål (follow-on suits). Forslaget her kan synes kontroversielt, men i alle fall for så vidt gjelder virkninger av kommisjonsbeslutninger og EF-domstolsavgjørelser i EUs medlemsland går det neppe lenger enn gjeldende rett, jf. forordning 1/2003 art 16. (Den norske EØS-krll. (2004/11) § 8 inneholder også en bestemmelse som forbyr norske domstoler å avgjøre saker i strid med vedtak fra EFTAs overvåkingsorgan.) Mer problematisk vil det nok kunne være å tillegge avgjørelser fra nasjonale tilsynsmyndigheter en form for rettskraftvirkning.

For det andre skal det sikres «that across the EU a minimum level of disclosure *inter partes* for EC antitrust damages cases should be ensured». Det foreslås at domstolene skal ha kompetanse til å pålegge saksøkte eller tredjepersoner «to disclose precise categories of relevant evidence». Forslaget er begrenset til pålegg rettet mot saksøkte eller tredjeperson, og omfatter således ikke etterforskningsskritt (typisk ransaking) på vegne av private saksøkere. Forslaget viser til reglene om bevisfremleggelse og sikring av bevis i direktivet om håndhevelse av immaterialrettigheter (Parlaments- og Rådsdirektiv 2004/48, art. 6 og 7).

Det foreslås at søknader om leniency (lempning eller strafferabatt) skal skjermes for slik fremleggelsesplikt. Dette skyldes ønsket om ikke å undergrave leniencyinstituttet med private søksmål.

Med sitt forslag griper Kommisjonen inn både i de nasjonale privat- og prosessrettsordninger, områder som i begrenset utstrekning har vært gjenstand for lovgivning på fellesskapsplan. Både EF- og EØS-retten har imidlertid for lengst trent seg inn på områdene, bl.a. gjennom krav til effektive sanksjoner ved brudd på fellesskapsrettslige rettigheter. Iht. til Staff Working Paper (SEC(2008) 404) kapittel 11 varsles det et fellesskapsrettslig lovgivningsinitiativ på området, som i alle fall vil omfatte det som må anses som «*aquis communautaires*» på området og enkelte av punktene ovenfor. Et slikt regel-

verk må antas å bane veien for en ytterligere uniformering av privat- og prosessrettslige konsekvenser av EF-regler også på andre områder. Også av denne grunn vil det ikke være overraskende om forslaget slik det nå fremstår vil møte motstand.

En eventuell lovregulering av området vil sannsynligvis være EØS-relevant, idet den gjelder implementeringen av regler som finnes i EØS-avtalens hoveddel. Prosessen i EU er imidlertid ennå i startgroen, og det vil nok ta flere år før en endelig regulering foreligger. På de fleste punktene ovenfor er det også på det rene at norsk rett allerede oppfyller de kravene som evt. vil stilles.

Erling Hjelmeng

KONTRAKTSRETT

Tiltransport av sideentreprenører. Rt. 2007 s. 1489

Twisten

Sommeren 2002 innbød Oslo kommune til en åpen anbudskonkurranse angående de bygningsmessige arbeidene ved tilbygg og ombygging av Linderud skole. Av prosjektbeskrivelsen (bok 0) framgikk det at kommunen i første omgang selv ville engasjere entreprenører for de tekniske fagene, men at disse senere ville bli tiltransportert den valgte bygningsentreprenøren. Med tiltransport menes at sideentreprenørene ville bli underlagt den bygningsmessige entreprenøren som underentreprenører slik at den bygningsmessige entreprenøren ville få fullt framdrifts- og utførelsesansvar for deres arbeider. På anbudstidspunktet var de tekniske entreprenørene ikke engasjert, og det var på det rene at dette ikke ville skje før etter at anbudskonkurransen for de bygningsmessige arbeidene var avgjort. JM Byggholt AS (heretter bare Byggholt) innga det laveste tilbudet på 40 828 295 kroner eks mva og fikk kontrakten med kommunen.

Twisten i saken gjaldt om tilbudssummen til Byggholt inkluderte honorar for tiltransport av de tekniske entrepriser. Oslo kommune anførte at tilbudet, rett fortolket, omfattet et slikt honorar. Byggholt framholdt derimot at det ikke var tatt med påslag for tiltransport. Bakgrunnen for dette var at konkurransegrunnlaget måtte forstås slik at vederlaget for tiltransporten først ville bli fastlagt senere – som en påslagsprosent – når entreprenørene for de tekniske fagene var engasjert. Dermed var Byggholt berettiget til å fremme et tilleggskrav på vederlag for tiltransporten av de tekniske entreprenører.

Oslo kommune anførte også enkelte subsidiære grunnlag for sitt standpunkt om ikke å akseptere et tilleggskrav fra Byggholt.

Hvorvidt tilbudet inkluderte påslag for tiltransport

Innledning

Det grunnleggende spørsmålet i saken var hvordan tilbudet til Byggholt skulle forstås når det gjaldt honorar for til-

transporten av de tekniske entrepriser. Siden tilbudet bygget på konkurransegrunnlaget, besto oppgaven først og fremst i å tolke dette grunnlaget. Oslo kommune erkjente at konkurransegrunnlaget kunne ha vært utformet klarere, se kommunens erkjennelse på dette punktet i avsnitt 38, men at grunnlaget lest i sammenheng gjorde det klart at anbyderne skulle ta med honorar for tiltransport i sine tilbud.

Høyesterett tolket imidlertid avtalen til fordel for Byggholt og ga dermed firmaet adgang til å tilleggsfakturere for tiltransporten av de tekniske entrepriser. Flere av de tolkingsprinsippene som Høyesterett benyttet for å nå dette resultatet, er av betydelig prinsipiell og praktisk interesse.

Klarhetsregelen

Hovedsynspunktet til Høyesterett – og det synspunktet som trolig har størst generell interesse – bygger på en tilstrammet forfatterregel (eller uklarhetsregel). I avsnitt 62 presenteres tolkingsprinsippet:

«Det vil på denne bakgrunn være av vesentlig betydning at anbudsgrunnlaget som legges fram for anbyderne, er grundig gjennomarbeidet med sikte på å få fram en klar og presis prosjektbeskrivelse. Det samme gjelder for de enkelte utgiftsposter som forutsettes priset. ... Det sier seg selv at det vil være byggherren som ved utformingen av anbudsgrunnlaget vil måtte bære ansvaret for at en slik målsetting blir oppnådd.»

Synspunktet sammenfattes senere i avsnitt 75, hvor det heter:

«Som jeg tidligere har påpekt, er det anbudsinnbyderens ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag.»

Avvik fra standarder

Høyesterett fant også støtte for sitt syn i enkelte andre prinsipper. Det er i entrepriseretten utviklet en egen standard – NS 3420 – for utarbeidelse av beskrivelsestekster som grunnlag for prising av ytelser. Oslo kommunes standpunkt forutsatte et avvik fra denne standarden uten at det var markert på foreskrevet måte med et 9-tall i koden. Det er heller ikke vanlig å prise tiltransport av sideentreprenører slik kommunen hevdet. Avvik fra standarder – og (dermed) det som er vanlig praksis – forutsetter med andre ord klar tale fra forfatteren av konkurransegrunnlaget.

Objektivitetsprinsippet

Dessuten ble et annet viktig prinsipp som gjelder i anbudskonkurranser, trukket fram. Med henvisning til Rt-2003-1531 Feilprisingsdommen (Veidekke) anla førstvoterende et strengt objektivitetsprinsipp. Lagmannsretten, som hadde avgjort saken i favør av kommunen, hadde lagt avgjørende vekt på at Byggholt skulle ha «gitt et signal om at noe kom i tillegg til rundsummen». Høyesterett delte ikke denne oppfatningen, at man påla anbyder å avklare uklarheter i anbudsgrunnlaget. Førstvoterende framholdt følgende i avsnitt 74:

«Jeg kan vanskelig se at anbyders subjektive oppfatning bør være avgjørende her. Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyderens intensjon framstår

ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget.»

Og i avsnitt 75 oppsummerte han sitt syn som følger:

«Som jeg tidligere har påpekt, er det anbudsinnbyderens ansvar å sørge for et klart og entydig anbudsgrunnlag. Jeg finner det da ikke riktig å pålegge anbyderen risikoen for uklarheten med mindre det ut fra en objektiv betraktning framstår som klart hva anbudsinbyderen har ment.»

Høyesterett anlegger her et temmelig vidtgående objektivitetsprinsipp. Anbyder har ingen plikt til å informere anbudsinnbyder om en uklarhet i konkurransegrunnlaget han har blitt klar over, verken før tilbudsfristens utløp eller i form av en presisering i tilbudet. Det er først når objektive elementer i konkurransegrunnlaget klart peker ut hva anbyder mente, at en slik plikt inntreffer. Umiddelbart kan denne dommen synes å være i god samklang med avgjørelsen i Rt-2003-1531 Feilprisingsdommen (Veidekke). Ved en nærmere analyse kan det likevel stilles et spørsmål ved parallelliteten mellom de to sakene. Bruk av objektivitetsprinsippet i feilprisingsdommen ble nok først og fremst benyttet for å unngå manipulering av tilbudsprisene fra anbydernes side. Motarbeidelse av manipuleringer synes ikke å ligge bak bruk av objektivitetsprinsippet i nærværende sak. Dessuten vil det ikke sjeldent kunne være tvil om hva som er tolkningsresultatet ut fra en objektiv fortolkning.

Subsidiært grunnlag for å nekte tilleggsvederlag – NS 3430 punkt 28.3.4

Som et subsidiært grunnlag for å nekte å betale tilleggsvederlag for tiltransport, anførte kommunen at kravet var foreldet etter NS 3430 punkt 28.3.4. Etter denne bestemmelsen må entreprenøren bringe en tvist inn for domstolene innen 6 måneder etter at han har mottatt avslag på sitt krav.

Høyesterett fant imidlertid ikke at bestemmelsen var anvendelig på det foreliggende tilfellet, hvilket ikke var en overraskende konklusjon. Bestemmelsen i standarden var designet for tvist om hvorvidt «et nærmere bestemt arbeid» er en del av entreprenørens forpliktelser etter avtalen. Tvisten mellom Byggholt og Oslo kommune gjaldt et annet forhold.

Atter subsidiært grunnlag – fradrag i påslaget

Atter subsidiært gjorde kommunen gjeldende at det måtte gjøres fradrag for den del av ansvaret ved tiltransporten som var tatt med ved prisingen under post 01.B22.10.

Heller ikke dette standpunktet førte fram da Høyesterett fant at ingen del av vederlaget for tiltransporten var tatt med ved prisingen av post 01.B22.10.

Lasse Simonsen

Litteratur

Skriftserie 171 – 2008. Stian Kahr Revheim: *Byggherrens brukstakelse av kontraktsarbeidet – etter NS 8405*

»Byggherrens brukstakelse av kontraktsarbeidet« er skrevet som spesialoppgave av Revheim. Arbeidet redegjør for reguleringen og virkningene av byggherrens lovlige og ulovlige brukstakelse av kontraktsarbeidet etter reglene i NS 8405. Lasse Simonsen har vært veileder for Stian Kahrs Revheim.

Disputas

Cand. jur. *Margrethe Buskerud Christoffersen* forsvarte torsdag 24. april offentlig sin avhandling «Kjøp og salg av virksomhet – selgers risiko og ansvar for mangler» for den juridiske doktorgrad.

Kjøp og salg av virksomheter preger i dag både norsk og internasjonalt næringsliv. En virksomhet er en kompleks kjøpsobjekt, bestående av ulike eiendeler, rettigheter og forpliktelser, og det er ganske så praktisk at kjøper etter overdragelsen avdekker forhold ved virksomheten som ikke tilfredsstillter hans forventninger. I slike tilfelle vil det oppstå spørsmål om virksomhetskjøper kan gjøre gjeldende mangelskrav overfor selger. Dette, virksomhets selgers risiko og ansvar for mangler, er avhandlingens emne.

I prinsippet gjelder kjøpsloven for virksomhetskjøp, men lovens regler om fysiske mangler er ikke uten videre tilpasset de faktiske realiteter ved virksomhetskjøp. En viktig del av avhandlingen er derfor å ta stilling til om og hvor langt de enkeltstående reglene i kjøpsloven får anvendelse. En annen sentral del av avhandlingen er å behandle garantier og andre kontraktsvilkår som er spesielt tilpasset virksomhetskjøp, særlige disses rekkevidde, herunder forholdet til kjøpslovens deklatoriske regler. Endelig er det et viktig anliggende for doktoranden å drøfte ulike ansvarsfraskrivelser og disses gyldighet, innhold og rekkevidde.

Geir Woxholth

SELSKAPSRETT

Rekkevidden og tolkning av vedtektsfestede omsetningsbegrensninger i aksjeselskap – Høyesteretts dom 21. februar 2008 (HR – 2008-00358-A)

Aksjer kan i utgangspunktet omsettes fritt. Dette grunnleggende aksjerettslige utgangspunktet følger i dag av aksjeloven 1997 § 4-15 første ledd og allmennaksjeloven § 4-15 første ledd. Et tilsvarende utgangspunkt var også lovfestet i aksjeloven 1976 § 3-3 første punktum.

Omsetteligheten av aksjer kan likevel være begrenset som følge av bestemmelse i lov, selskapets vedtekter eller

aksjonæravtale (jf. aksjeloven 1997 § 4-15 første ledd og allmennaksjeloven § 4-15 første ledd). Bestemmelser om forkjøpsrett for eksisterende aksjeeiere, samtykke fra styret ved overdragelse av aksjer (samtykkeklausuler) og krav om at aksjeeiere skal ha visse egenskaper (såkalte personklausuler) er typiske eksempler på hvordan aksjeomsetteligheten kan reguleres. Disse reguleringsmåtene gir selskapet og aksjeeierne mulighet for å kontrollere eierstrukturen i selskapet både i form av *hvem* som skal kunne eie aksjer i selskaper, og *fordelingen* av aksjer mellom aksjeeiere.

Aksjeloven 1997 lovfester to typer omsetningsbegrensninger: Erverv av aksjer krever i utgangspunktet styresamtykke (jf. § 4-15 annet ledd) og eksisterende aksjeeiere har i utgangspunktet forkjøpsrett ved eierskifte av aksjer (jf. § 4-15 tredje ledd). Utover disse lovfestede omsetningsbegrensningene står selskapet fritt til å regulere aksjeomsetningen i vedtektene innenfor lovens rammer. Adgangen til å vedtektfeste personklausuler følger uttrykkelig av aksjeloven 1997 § 4-1 første ledd annet punktum. I allmennaksjeloven er det ikke lovfestet omsetningsbegrensninger slik som i aksjeloven. Her er ordningen at begrensninger i aksjeomsetteligheten er avhengig av vedtekts- eller avtalebestemmelse om dette.

Reguleringen i aksjeloven 1997 skiller seg fra tidligere lovregulering. I aksjeloven 1976 gjaldt det således ikke noe lovbestemt utgangspunkt om styresamtykke og forkjøpsrett. Loven tillot likevel å vedtektfeste omsetningsbegrensninger med et likt innhold, og dette var også de eneste formene for vedtektfestede omsetningsbegrensninger som var tillatt (jf. 1976-aksjeloven § 3-2 annet punktum jfr. §§ 3-3 og 3-4). Under 1976-loven var slike vedtektsbestemmelser utbredt.

Høyesteretts dom 21. februar 2008 (HR- 2008-00358-A) gjelder rekkevidden og tolkningen av omsetningsbegrensninger i vedtektene til Halden Arbeiderblad AS (heretter Halden Arbeiderblad). Halden Arbeiderblad har under overskriften «*Aksjonærer, begrenset omsettelighet*» vedtektfestet tre former for innskrenkninger i omsetteligheten av selskapets aksjer: For det første en personklausul (aksjeeierne må ha en nærmere bestemt form for tilknytning til fag- og arbeiderbevegelsen), for det andre et krav om styresamtykke ved overdragelse av aksjer og for det tredje forkjøpsrett for aksjeeierne. Vedtektsreguleringen sikrer selskapet og aksjeeierne en stor grad av kontroll med eierstrukturen i avisen. For det første sikrer personklausulen at eierne av Halden Arbeiderblad er tilknyttet arbeider- og fagbevegelsen. Vedtektsklausulen om styresamtykke ved aksjeoverdragelse gir i tillegg styret mulighet til å føre kontroll med og nekte aksjeerverv som ikke er i selskapets interesse. Forkjøpsrettsklausulen og de dertil hørende reglene om fordelingen av aksjer i forkjøpsrettsomgangen gir den enkelte aksjeeier mulighet til å kontrollere hvem som kommer inn i selskapet og til å forsvare sin eierandel i selskapet. De tre ulike omsetningsbegrensningene ivaretar således forskjellige hensyn, og utfyller derfor hverandre.

Majoritetseierne i Halden Arbeiderblad har helt siden avisen ble stiftet som andelslag i 1929 vært lokale organisasjoner med tilknytning til Arbeiderpartiet og fagbevegelsen. A-pressen (nå: A-pressen Nasjonale Medier AS),

og dets forgjenger Norsk Arbeiderpresse AS, har imidlertid lenge hatt en minoritetspost som i dag er på 41%.

I forbindelse med overdragelsen av to aksjeposter i Halden Arbeiderblad i 2003 oppsto det tvist om forståelsen og rekkevidden av de ovenfor nevnte vedtektsfestede omsetningsbegrensningene. Etter at overdragelsen til den opprinnelige erververen var godkjent av styret i Halden Arbeiderblad gjorde fem aksjeeiere, derunder A-pressen, gjeldende den vedtektfestede forkjøpsretten. På grunn av A-pressens store aksjepost og vedtektenes bestemmelser om fordeling av aksjene når forkjøpsretten blir utøvet av flere, ville samtlige av de omsatte aksjene i utgangspunktet tilfalle A-pressen som dermed ville øke sin forholdsmessige eierandel i selskapet. Med grunnlag i vedtektenes samtykkeklausul fattet imidlertid styret vedtak om ikke å godkjenne A-pressens erverv på grunnlag av forkjøpsretten. A-pressen godtok ikke nektelsen, og gikk til sak mot Halden Arbeiderblad hvor den angrep gyldigheten av styrevedtaket. Høyesterett avsa dom i saken 21. februar 2008 (HR – 2008-00358- A). Saken gjelder en av flere tvister med utspring i en langvarig eierstrid i Halden Arbeiderblad på grunn av motsetninger i synet på eierstrukturen i avisen. A-pressen har således flere ganger, og på ulike måter, forsøkt å øke sin eierandel i selskapet med det mål å innlemme Halden Arbeiderblad i A-pressekonsernet. Dette har avisens styre og de lokale aksjeeierne motsatt seg fordi de ønsker å videreføre det lokale majoritetseierskapet.

A-pressen fikk ikke medhold i de lavere rettsinstansene. For tingretten og lagmannsretten anførte A-pressen to grunnlag for hvorfor styrevedtaket var ugyldig. Prinsippalt gjorde den gjeldende at det vedtektsbestemte samtykkekravet ikke gjaldt ved erverv med grunnlag i den vedtektsbestemte forkjøpsretten, og at styret derfor manglet kompetanse til å nekte A-pressens erverv. Subsidiært gjorde A-pressen gjeldende at styrevedtaket om å nekte A-pressen samtykke til erverv av aksjene ikke var saklig begrunnet, og at styret derfor heller ikke av den grunn hadde kompetanse til å nekte A-pressen aksjeervervet. Saklighetskravet fremgikk av aksjeloven 1976 § 3-4 tredje ledd tredje punktum som er videreført i aksjeloven 1997 § 4-16 annet ledd første punktum. I sin dom fant tingretten, som lagmannsretten sluttet seg til, at det lå innenfor styrets skjønn ved utøvelsen av samtykkemyndigheten å legge avgjørende vekt på ønsket om å opprettholde et lokalt eierskap i avveiningen mot A-pressens mål om å oppnå flertall på generalforsamlingen. Spørsmålet om ønske om å opprettholde en fastlagt eierstruktur kan utgjøre en saklig grunn for å nekte godkjenning av aksjeerverv, er tidligere prøvet av Høyesterett i Rt. 1999 side 1682 (Østlendingen). Høyesterett la der til grunn at hensynet til å opprettholde selskapets eierstrategi kan være en saklig grunn for styret til å nekte aksjeerverv. A-pressen frafalt sin subsidiære anførsel for Høyesterett slik at spørsmålet her bare var det mer prinsipielle spørsmålet om hvorvidt samtykkeklausulen gjaldt ved erverv med grunnlag i forkjøpsretten. Spørsmålet har ikke tidligere vært prøvet av Høyesterett.

A-pressen gjorde gjeldende to grunnlag for at det vedtektsbestemte samtykkekravet ikke gjaldt ved erverv som hadde grunnlag i forkjøpsrett: For det første at vedtektene måtte *tolkes* slik at de ikke gav styret kompetanse til å

nekte samtykke i forkjøpsrettsomgangen. For det andre at 1976- aksjeloven utgjorde en skranke for samtykkeklausulens rekkevidde. Vedtektene i Halden Arbeiderblad ble vedtatt i 1983, slik at aksjeloven av 1976 er den relevante bakgrunnsretten, jfr. 1997- aksjeloven § 21-2 nr. 25.

Høyesterett vurderer først forholdet mellom vedtektsbestemmelsen og aksjeloven 1976 (avsnitt 28). Retten tar utgangspunkt i at aksjeloven 1976 begrenset selskapets adgang til å gjøre innskrenkninger i aksjenes frie omsettelighet i noe større grad enn aksjeloven 1997. Etter 1976-loven var det ikke adgang til å vedtektsfeste omsetningsbegrensninger i større grad enn det loven ga hjemmel for. Spørsmålet for Høyesterett var dermed for det første om 1976-lovens § 3-4 som hjemlet vedtektsfestede samtykkekrav ved «overdragelse» også omfattet aksjeervert med grunnlag i vedtektsfestet forkjøpsrett.

Lovforarbeidene til aksjeloven 1976 presiserer at samtykkekravet bare kan omfatte frivillige overdragelser («en frivillig eiendomsoverføring fra aksjeeierens side», jfr. Innstilling til lov om aksjeselskaper (mars 1970) side 83). A-pressen mente at overdragelse til en forkjøpsberettiget ikke var en slik frivillig overdragelse.

Høyesterett legger til grunn at aksjeervert med grunnlag i forkjøpsretten ut ifra en naturlig språklig forståelse av ordlyden var omfattet av lovebestemmelsen. Retten fant heller ingen holdepunkter i forarbeidene for at ordlyden ikke omfattet aksjeervert med grunnlag i forkjøpsretten, og la til grunn at aksjeloven 1976 § 3-4 ikke var til hinder for at vedtektenes styresamtykkekrav gjaldt i forkjøpsrettsomgangen.

Til støtte for sitt syn gjorde A-pressen gjeldende at hvis samtykkeklausulen gjaldt i forkjøpsrettstilfellene, ville dette gi styret myndighet til å overprøve vedtektenes fordeling av aksjer blant de som gjør forkjøpsrett gjeldende. Det ville være i strid med aksjelovens system. Høyesterett avviser at anvendelsen av den ene vedtektsbestemmelsen må skje på bekostning av den andre. Retten understreker tvert imot at de to bestemmelsene virker side om side for å ivareta ulike hensyn. Kravet om saklig grunn innebærer at styret ikke etter fritt skjønn kan gripe inn i fordelingen av aksjene blant dem som gjør gjeldende forkjøpsrett. Innenfor rammene av saklighetskravet, kan derfor styret med grunnlag i samtykkebestemmelsen hindre at en aksjeeiers utøvelse av forkjøpsretten skaper situasjoner som er i strid med selskapets interesse.

Retten konkluderer etter dette med at styrets anvendelse av samtykkeklausulen overfor A-pressen ikke var i strid med aksjeloven 1976 (avsnitt 37).

Spørsmålet var så om det vedtektsfestede kravet om styresamtykke må tolkes slik at det også gjelder ved ervert på grunnlag av forkjøpsrett (avsnitt 38). A-pressen gjorde gjeldende at vedtektskravet om styresamtykke ved «overdragelse» etter ordlyden bare gjelder ved frivillige overdragelser, og at ervert med grunnlag i forkjøpsretten ikke er en slik frivillig overdragelse i vedtektenes forstand.

Når Høyesterett tolker vedtektsbestemmelsen, tar den utgangspunkt i de tradisjonelle prinsippene for vedtektsstolkning som Høyesterett tidligere har redegjort for i blant annet Rt. 1994 side 471. Det blir således som hovedregel lagt stor vekt på ordlyden når innholdet i

aksjeselskapsvedtekter skal fastlegges. I vår sak legger retten til grunn at en «naturlig forståelse» av en «forholdsvis klar ordlyd» (avsnitt 40 og 41) er at kravet om styresamtykke også gjelder ved ervert med grunnlag i forkjøpsretten. Retten finner ikke å kunne legge avgjørende vekt på anførte reelle hensyn som taler for en annen forståelse av ordlyden, og konkluderer med at styresamtykkekravet gjelder i forkjøpsrettsomgangen (avsnitt 41). Høyesterett peker i denne sammenheng på at en slik vedtektsfortolkning også er i samsvar med forståelsen av den tilsvarende ordlyden i aksjeloven 1976 § 3-4. Høyesterett legger derfor til grunn at styret i Halden Arbeiderblad hadde kompetanse til å anvende samtykkeklausulen da A-pressen forsøkte å ervert aksjer på grunnlag av forkjøpsrett.

Høyesteretts avgjørelse gjelder direkte tolkning av vedtekter på bakgrunn av aksjeloven 1976. Avgjørelsens betydning for den nå lovfestede samtykkebestemmelsen i aksjeloven § 4-15 annet ledd jfr. § 4-16 må derfor vurderes nærmere. Spørsmålet er om samtykkebestemmelsen kan anvendes på aksjeervert som har grunnlag i forkjøpsretten etter § 4-15 tredje ledd jfr. § 4-19.

Etter sin ordlyd gjelder samtykkeregelen i § 4-15 annet ledd jfr. § 4-16 ved «ervert» av aksje, og ikke som etter den tidligere loven ved «overdragelse» av aksje. Den lovbestemte samtykkeregelen etter den någjeldende loven omfatter derfor etter sin ordlyd også «ufrivillige» aksjeervert, se Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*, 2. utgave 2006 side 183 jfr. side 157 og Aarbakke mfl., *Aksjeloven og Allmennaksjeloven. Kommentartutgave*, 2. utgave 2004 side 256. I den grad ordlyden etter aksjeloven 1976 skulle gjøre det tvilsomt om forkjøpsrettssituasjonen var unntatt fra samtykkekravet, er det ikke lenger grunnlag for denne tvilen. Forarbeidene til aksjeloven 1997 gir ingen holdepunkter for at forkjøpsrettssituasjonen er unntatt (NOU 1996:3 side 72 og 118, Ot.prp. nr. 23 (1996–97) kapittel 8.5, Inst.O nr 80 (1996–97) s. 23). Det ligger dermed nær å avslutte med at Høyesteretts dom ikke bringer med seg noe avgjørende nytt for forståelsen av den någjeldende loven, men kan likevel underbygge den tolkingen av den någjeldende loven som følger av ordlyden og forarbeidene.

Hedvig Bugge Reiersen

TINGSRETT

Tingsrett – servitutter – villaklausul: Når faller strøkservitutt om eksempelvis villamessig bebyggelse bort som følge av en reguleringsplan? – Høyesteretts dom 11. mars 2008 (HR-2008-484-A)

Saken gjaldt spørsmålet om en 100 år gammel strøkservitutt på Vinderen var falt bort som følge av at en ny reguleringsplan åpner for en utvikling som servitutten stenger for. I et videre perspektiv reiser saken spørsmål om hvilken rolle privat planlegging og regulering av arealbruk skal ha, og om private rettigheter skal ha vern mot offentlig regulering.

Litt om saksgangen og sakens faktiske side

Byggeprosjektet gjaldt oppføring av fire boligblokker på tre og fire etasjer med i alt 25 til 30 leiligheter. Dette var i tråd med fortettingsformålet med områdets reguleringsplan («småhusplanen») og i samsvar med det private forslaget til reguleringsplan som ble godkjent ved rammetilatelset av 23. desember 2003 (4 og 7).

Byggeprosjektet syntes å stride mot strøkservitutt om nærmere angitt «villamessig bebyggelse», og naboen krevde stans i prosjektet ved begjæring om midlertidig forføyning, men tapte (2, 8 og 9).

Naboen gikk til søksmål med krav om riving av arbeider som allerede var igangsatt, men tapte i tingretten (11 og 12). Siden byggingen senere ble ferdigstilt, endret naboen påstanden i forbindelse med anken til at de fire boligblokkene er rettsstridige. I lagmannsretten fikk naboen medhold i dette (18).

Enigheten i Høyesterett om spørsmålene knyttet til servituttløven § 4 og rettslig interesse

Etter servituttløven § 4 er det et vilkår for å påberope seg en servitutt at denne kan være til nytte for eiendommen til saksøker. Det var litt uklart om denne bestemmelsen var blitt tilstrekkelig vurdert i lagmannsretten, men Høyesterett kom enstemmig til at vilkårene i bestemmelsen var blitt vurdert. Det forelå dermed ingen saksbehandlingsfeil på dette grunnlaget.

Det var også enighet i Høyesterett om at søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven § 54 var oppfylt. Avgjørelsen beror på en helhetsvurdering av om partene har tilstrekkelig tilknytning til søksmålsobjektet, om saken gjelder et rettsforhold eller en rettighet og om naboen har et reelt behov for avklaring. I tillegg ble det lagt vekt på at forholdet mellom reguleringsplan og negativ servitutt reiser spørsmål av prinsipiell interesse. Naboen hadde derfor tilstrekkelig interesse i en fastsettelsesdom for at byggene var rettsstridige. Saken kunne derfor ikke avvises.

Litt om Gjensidige-dommen og Bortelid-dommen

Det har hersket usikkerhet om hvordan forholdet mellom reguleringsplaner og negative servitutter skal være, så vel de lege lata som de lege ferenda. Høyesterett forsøkte å skjære igjennom i Gjensidige-dommen i Rt. 1995 s. 904. Spørsmålet var om en gjennomført utbygging av en eiendom i Oslo var i strid med negative servitutter over eiendommen, og i så fall om rettighetshaverne kan ha et erstatningskrav. Retten kom på tre ulike grunnlag til at servituttene ikke hindret utbygging, og at naboen derfor ikke hadde rett til erstatning. For det første måtte servituttene tolkes slik at de ikke var til hinder for oppføring av bygget. For det andre var servituttene uansett bortfalt pga. at strøket hadde endret karakter. Og for det tredje var bygget oppført i henhold til en reguleringsplan: «Negative servitutter som hindrer utbygging i samsvar med slik plan, faller bort, uten at det gir grunnlag for noe erstatningskrav fra rettighetshavere i en tilsvarende stilling som ankemotpartene i denne saken.»

Når det gjelder det tredje grunnlaget for bortfall – motstrid med reguleringsplan – viste retten til at bortfall følger av lovgivningen om arealplanlegging og virkningen av reguleringsplaner. I den forbindelse viste retten også til Kongsøredommen i Rt. 1953 s. 1360.

Gjensidige-dommens tredje grunnlag – motstrid mellom servitutt og plan – var ikke nødvendig for å begrunne resultatet, men retten valgte å behandle dette spørsmålet først. Dette understreker at meningen med dette obiter dictum var å signalisere en tydelig løsning på et spørsmål som lenge hadde vært ansett som tvilsomt.

Uttalelsene i Gjensidige-dommen ble modifisert i Rt. 2002 s. 145 Bortelid. Spørsmålet i saken var om negative servitutter inntatt i festekontrakter til festegrunn faller når utbygging i samsvar med vedtatt reguleringsplan iverksettes. Retten kom til at servituttene var til hinder av fortetting av et hytteområde på 1800 dekar med 600 hytter, selv om ny plan åpnet for det. Følgende momenter ble tillagt vekt: (1) området fremstår som et utbygd hytteområde, og kommunen har ikke endret syn på hva området skal benyttes til; (2) opprettholdelse av servituttene innebærer ikke en meningsløs «ikke-bebyggelse» av området eller et utilsiktet hinder; (3) planprosessen og reguleringsbestemmelsene viser at en også tok sikte på å ta hensyn til hytteeierens interesser.

Det kan være litt usikkert i hvilken grad Bortelid-dommen annullerer Gjensidige-dommens obiter dictum. Selv sier retten at Gjensidige-dommens obiter kanskje «passer best på byggeservitutter som har vært mer aktuelle i tidligere tider, men som nå fremstår som lite tilpasset dagens utbyggingsbehov, som strøkservitutter som båndlegger areal til et annet formål enn det reguleringsplanen har, deleforbud i eldre villastrøk og bestemmelser om byggegrenser mv., slik det har vært tale om i Rt. 1900 s. 147, Rt. 1903 s. 417 og Rt. 1953 s. 1360.»

Flertallets standpunkt og begrunnelse

Flertallet mener at byggene er rettsstridige fordi de strider mot servituttene, som ikke har bortfalt som følge av reguleringsplanen. Begrunnelsen tar utgangspunkt i følgende oppsummering av rettsstillingen (83):

»Jeg finner på denne bakgrunnen at den helt generelle setningen i Gjensidigedommen om at negative servitutter faller bort i den utstrekning de strider mot bestemmelser i reguleringsplaner, ikke kan opprettholdes. På den annen side kan det ikke være tvilsomt at reguleringsplaner kan medføre at servitutter faller bort. De klareste tilfeller er det gitt eksempler på i Borteliddommen, nemlig hvor det er direkte strid mellom formålene i servitutt og reguleringsbestemmelse, og hvor etterlevelse av servituttene på annen måte vil føre til meningsløs ikke-bruk eller utilsiktede følger. Utover dette er det vanskelig å stille opp noen mer presise retningslinjer.»

Etter dette vurderes forholdet mellom den negative servitutt og reguleringsplanen konkret. Flertallet bygger på tre betraktninger: For det første er det ikke ut fra ressursbrukshensyn nødvendig å la servituttene bortfalle. Både reguleringsplanen og servituttene fastsetter boliger som formålet med reguleringen, og det vil være mulig å fortette området innenfor servituttens rammer (85 og 86). For det annet kan man ikke bygge på at servitutter av reguleringsmessig karakter generelt skal ha svakere vern enn servitutter av individuell karakter. En slik rettssetning krever lov-hjemmel, både ut fra vanlige rettskildebetraktninger og av retts tekniske grunner (87). Regler om dette bør eventuelt gis av lovgiver (88).

For det tredje anføres i avsnitt (89):

»Jeg vektlegger også at karakteren av en servitutt kan være av vesentlig betydning ved vurderingen av om servituten har falt bort i utviklingens medfør etter tingsrettslige regler. Også klausulens alder vil være av stor betydning her. Men som jeg tidligere har fremhevet, er spørsmålet om den negative servituten i den foreliggende sak er falt bort i utviklingens medfør, ikke tema for Høyesterett.»

Poenget er vel at retten normalt vil vurdere bortfall på grunnlag av endrede forhold, og at dette (sammen med tolkningslæren) dekker behovet for bortfall uten kompensasjon.

Mindretallets standpunkt og begrunnelse

Mindretallet mener at servituten er falt bort fordi det er kommet en reguleringsplan som åpner for en utvikling av eiendommen som servituten stenger for. Den formelle begrunnelsen er at servituten hører under det som sies i Borteliddommen om at Gjensidigedommens bortfallsregel passer best på byggeservitutter som har vært mer aktuelle i tidligere tider, men som nå fremstår som lite tilpasset dagens utbyggingsbehov (105).

Hvilke reelle momenter legger flertallet vekt på når de foretar denne subsumsjonen? To momenter synes å stå sentralt. For det første mener mindretallet at naboene har blitt hørt gjennom den kommunale saksbehandlingen, og da er det ønskelig at kommunens interesseavveining slår igjennom (106). For det andre mener mindretallet at servitutter som dette ikke gir noen sikkerhet i praksis og normalt vil ha mistet sin økonomiske verdi i forbindelse med omsetning av fast eiendom (104). Slike strøkservitutter har derfor utpilt sin rolle som sin tids forsøk på regulering av utnyttelsen av større områder (103).

Avsluttende kommentarer

I kjølvannet av dommen dukker det opp flere spørsmål. For det første kan man spørre hvordan dommen passer med hvordan forholdet mellom reguleringer og private rettigheter er fastlagt på nærliggende rettsområder. Hvordan ville dette vært hvis bygget skulle vurderes etter naboloven §§ 2, 9 og 10? Grovt sagt vil da ville rettigheten være i behold tross reguleringen og tillatelsen, siden naboretten bygger på det tosporede system. Dommen passer godt med denne hovedtendensen.

For det annet kan man spørre hvordan dommen passer med holdningen til dette spørsmålet i andre land. Høyesterett nevner selv rettsstillingen i Danmark. For dansk rett hevder Vinding Kruse i 1962 (TfR) at negative servitutter må gå foran. Nå bestemmer imidlertid lovgivningen at: (1) en eier må ha samtykke fra kommunen for å behefte sin eiendom med servitutter som angår slike forhold som kan reguleres i en lokalplan; (2) det er forbudt å etablere forhold som strider mot en lokalplans bestemmelser, og at dette innebærer et automatisk bortfall av tilstandsservitutter hvis servitutt og plan strider mot hverandre på en slik måte at det er umulig å oppfylle begge; (3) det i lokalplan kan bestemmes at visse tilstandsservitutter skal opphøre hvis servituten vil stride mot planens formål og ikke vil bortfalle automatisk (von Eyben, Mortensen og Pagh, *Fast ejendom. Rådighed og regulering*, 2. utg. København 2003 s. 105).

I svensk rett kan servituten endres hvis servituten hindrer en hensiktsmessig utnyttelse av den tjenende eiendommen eller hvis servituten hindrer eiendommens bruk etter detaljplan, fastighetsplan eller områdebestemmelser, se fastighetsbildningslagen kap 7 § 4 (Nilsson og Sjödin, *Servitut. En handbok*, andre opplagan, Stockholm 2003 s. 98).

I engelsk rett står servituttene seg stort sett. Negative servitutter ble møtt med skepsis i 1970-årene, men nå vurderes de som mulige virkemidler for å utvikle og bevare god lokal miljøkvalitet, delvis i kontrast til en eiendomsutvikler-vennlig reguleringsrett (Gray and Gray, *Elements of Land Law*, 4th ed., Oxford 2005 s. 1407). Også i amerikansk rett står servituttene seg: «The more stringent regulation applies», sies det gjerne. Dette synes å være et hovedsynspunkt også i tysk rett.

Etter dette ser det ut til at det ikke kan utledes noe generelt prinsipp per induksjon fra det internasjonale materialet, selv ikke dersom man tar for gitt at harmonisering i og for seg skulle være ønskelig (noe som heller ikke er opplagt). Men som flertallet sier, kan rettsstillingen i Sverige og Danmark tas til inntekt for at en bortfallsregel eventuelt bør gis ved lov.

Mot denne bakgrunn kan man for det tredje etterspørre en lovgivningspolitisk vurdering. Bør vi ha lovregler som gir hjemmel for å la servitutter falle bort vederlagsfritt når de stenger for en utvikling av fast eiendom som reguleringsplaner åpner for? Eller bør vi tvert om ha en lovregel som klart knesetter det tosporede system? Planlovutvalget (NOU 2001:7 og NOU 2003:14) har ikke drøftet spørsmålet, og i utkast til ny plan- og bygningslov (Ot. prp. nr. 32 (2007–2008)) er det ikke tatt inn forslag til lovbestemmelser om dette. I Ot. prp. nr. 45 (2007–2008) avgitt 4. april sies det: «Forholdet mellom private servitutter og reguleringsplaner har i de senere år vært behandlet i flere høyesterettsavgjørelser som Bygningslovutvalget gjennomgår i NOU 2005: 12 punkt 9.6.3 følgende. (Rt. 1995 s. 904, Rt. 2002 s. 145, Rt. 2004 s. 883.) Utvalget konkluderer med at «på grunn av den rettsutvikling som har vært på området bør det anses å falle utenfor bygningsmyndighetenes oppgave/ansvar å vurdere om det foreligger private rådighetsforbud, og å ta stilling til om disse for eksempel er strøkservitutter eller ikke og om de kan være falt bort.»».

Endre Stavang

Prinsipper for utmåling av bruksverdierstatning for skog – Høyesteretts dom 5. februar 2008 (HR-2008-225-A) (Regionsfelt Østlandet)

En enstemmig Høyesterett opphevet den 5. februar 2008 et overskjønn om utmåling av bruksverdierstatning avsaugt av Eidsivating lagmannsrett (LE-2006-62262).

Høyesterettssaken reiser flere spørsmål knyttet til utmåling av bruksverdierstatning for skog. Av prinsipiell interesse er særlig forståelsen av vederlagslovens § 6 første ledd annet punktum samt valg av kapitaliseringsrentefot ved neddiskontering av fremtidig avkastning til nåverdi.

I 1997 ble det tilføyd et nytt annet punktum i vederlagslovens § 6 første ledd om bruksverdierstatning. Bestemmelsen som regulerer verdsettelsen av naturressurser, her-

under standskog, grusforekomster, jord mv., ble tilføyd på grunnlag av et privat lovforslag fremsatt av Fremskrittspartiet, Høyre, KrF, Senterpartiet og Venstre.

Av forarbeidene fremkommer det at ovennevnte partier oppfattet dagens verdsettelsespraksis av naturressurser som grovt urimelig. Det var særlig praktiseringen av tilpasningsplikten som utløste disse reaksjonene i Stortinget. Ved ekspropriasjon av naturressurser som standskog og grus, ville tilpasningsplikten slik den ble praktisert tidligere, føre til en sterk neddiskontering av de eksproprierte ressursene, ved at man la til grunn at ekspropriaten utnyttet de båndlagte ressursene sist, etter at de resterende ressursene hadde blitt utnyttet.

Bestemmelsens ordlyd og forarbeider gir begrenset veiledning, og tolkningssspørsmål ble derfor umiddelbart brakt inn for avklaring i Høyesterett. Usikkerheten har særlig knyttet seg til to spørsmål. For det første om – og i hvilke tilfeller – bestemmelsen griper inn i den grunnleggende regelen om tilpasningsplikt, og for det andre hvordan bestemmelsen forholder seg til påregnelighetsvurderingen i vederlagslovens § 6 første punktum.

Før lovendringen var det sikker rett at erstatning for grunnverdier forutsatte at utnyttelsen var påregnelig på grunneiers hånd. I den forbindelse skulle man foreta en konkret vurdering av når grunneier ville ha utnyttet grunnverdien, og ut fra påregnelig avvirknings- eller utvinningstidspunkt neddiskontere fremtidig avkastning/inntekt.

Forholdet til tilpasningsplikten ble avklart ved Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1999 s. 458. I denne avgjørelsen slår Høyesterett fast at man ikke med hjemmel i tilpasningsplikten kan legge til grunn at grunneier utnytter de båndlagte eller eksproprierte ressursene sist. Om lovendringen også innebærer at erstatning for standskog ikke skal neddiskonteres med utgangspunkt i *påregnelig* avvirkningstakt, fremgår ikke like klart av Rt. 1999 s. 458, og det er denne problemstillingen Høyesterett tar stilling til i nærværende sak.

Flertallet i lagmannsrettens overskjønn konkluderte med at tilføyelsen av vederlagslovens § 6 første ledd annet punktum griper inn i rammene for påregnelighetsvurderingen, ved at standskog skal verdsettes med utgangspunkt i slaktverdien uten neddiskontering, uavhengig av påregnelig avvirkningstakt på grunneiers egen hånd.

Høyesterett kom ikke overraskende til motsatt resultat, jf. «Det var innholdet i tilpasningsplikten ved ekspropriasjon av naturressurser Stortinget ville endre». Forarbeidene viser etter min mening klart at Stortinget ikke ville endre det grunnleggende utgangspunktet om at det er ekspropriatens tap som skal erstattes. Dersom man ser bort fra at ressursen først ville blitt utnyttet flere år etter ekspropriasjonen og unnlater å neddiskontere, får ekspropriaten en høyere erstatning enn sitt tap. Hva gjelder rammene for påregnelighetsvurderingen er således rettstilstanden uendret. Avvirkningstakten skal fortsatt underlegges en konkret vurdering, hvor den påregnelige avvirkningen på grunneiers hånd, sett at inngrepet tenkes bort, skal legges til grunn for verdsettelsen.

Det andre materielle hovedspørsmålet i saken knytter seg til valg av rentefot ved neddiskontering av fremtidstap til nåverdi. Valg av kapitaliseringsrentefot har vært prøvd

av Høyesterett ved flere anledninger de siste 30 årene. Sentrale er særlig plenumsdommen inntatt i Rt. 1986 s 178 (Noem), Rt. 1994 s. 557 (Flåmyra) og Rt. 1997 s. 424 (Torsæterkampen). I førstnevnte avgjørelse slår Høyesterett fast at det ved bruksverdiestatning for skog skal anvendes en «... felles, objektivisert langtidsrente...» for eiendommer av den art det gjelder, og i Rt. 1994 s. 557 løsriver Høyesterett seg fra ekspropriasjonstilfellene ved å sammenligne med kapitaliseringsrentesatsen i personskadesaker hvor det etter Rt. 1993 s. 1524 (Ølbergdommen) anvendes en rentefot på 5 %. I avgjørelsen inntatt i Rt. 1997 s. 424 åpner imidlertid Høyesterett for å anvende en lavere rentesats enn 5 %, når det for den enkelte eiendom er opplyst «spesielle forhold» som kan gi grunnlag for å avvike normalrentesatsen. Kort oppsummert har ovennevnte Høyesterettsavgjørelser blitt tolket dit hen at man i utgangspunktet skal legge til grunn en rentesats på 5 %, med mindre særlige individuelle forhold ved den enkelte eiendom begrenser grunneierens handlefrihet.

Flertallet i lagmannsrettens overskjønn anvendte en kapitaliseringsrentefot på 4 %. Avviket fra «prejudikatsrentesatsen» på 5 % ble blant annet begrunnet i generelle forhold i skognæringen.

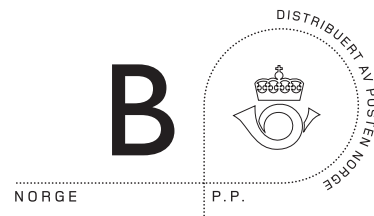
Høyesterett konstaterer innledningsvis at det i utgangspunktet skal anvendes en rentesats på 5 % jf. «Etter min mening foreligger det nå en fast høyesterettspraksis for at det i saker om erstatning ved ekspropriasjon eller fredning av fast eiendom, personskadesaker og andre saker hvor det må foretas en neddiskontering av et fremtidstap som hovedregel anvendes en kapitaliseringsrentefot på fem prosent Jeg forstår imidlertid Høyesteretts praksis slik at det skal mye til før skjønsretten kan anvende en lågere rentesats enn normalrentesatsen på fem prosent.»

Som nevnt åpner Rt. 1997 s. 428 (Torsæterkampen) for å anvende en lavere rentesats når særlige forhold ved den enkelte eiendom begrunner dette. Som det for så vidt følger allerede av ovennevnte avgjørelse må en lavere rentesats være begrunnet i forhold ved den enkelte eiendom, og ikke i generelle forhold. Høyesterett bekrefter at dette er en riktig forståelse også i denne nye avgjørelsen, ved å uttale følgende om generelle forhold i skognæringen som grunnlag for å anvende en lavere rentefot: «Denne rettstilstanden avviker etter min mening fra den rettstilstand som følger av Rt-1994-557 og Rt-1997-428: Som nevnt er det i disse avgjørelsene fastsatt at en lågere kapitaliseringsrentesats enn fem prosent forutsetter en «særlig vurdering» av de spesielle forhold ved den enkelte eiendommen. Lagmannsrettens flertall har derimot begrunnet den lågere rentesatsen i generelle forhold i skognæringen.» Hva gjelder prinsippene for fastsettelsen av kapitaliseringsrentesatsen befester Høyesteretts avgjørelse fra februar i år, at det i utgangspunktet skal anvendes en rentesats på 5 %, og at adgangen til å anvende en lavere rentesats, jf. Rt. 1997 s. 428 (Torsæterkampen), forutsetter spesielle forhold ved den enkelte eiendom.

Oppsummeringsvis er Høyesteretts avgjørelse verken revolusjonerende eller overraskende hva gjelder sakens to materielle hovedspørsmål. Hovedprinsipper slått fast i tidligere praksis bekreftes og videreføres både for valg av kapitaliseringsrentefot og for påregnelighetsspørsmålet.

Ingrid Wang Andersen

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



LITTERATUR – OPPSLAGSVERK

Buflod, Sannes og Aasebø (red.), *Folkerettslig tekstsamling 1883–2007*, Cappelen 2008, 4. utg., 967 s.

»Den sentrale traktatsamlingen for jusstudiet. Med norske titler, toppetekster og registre» – Med denne løfterike undertittelen på bokens forside, bygges forventninger om et nyttig sidehjelpemiddel som skal stå sammen med den tradisjonelle røde lovsamlingen. Min smule innledende skepsis henger nettopp sammen med mine endrede brukervaner for lovsamlingen: Tidligere ble nye utgaver raskt forvandlet til godt innleste eksemplarer som slo opp seg selv på de relevante lovene. I dag ligger den røde kolossen nærmest uåpnet på skrivebordet, tilsidesatt av hyppige besøk hos Lovdata. Med dette bakteppet er spørsmålet om en traktatsamling mellom stive permer egentlig er nødvendig? Ligger ikke alt materialet lett tilgjengelig på internett?

Nei, så enkelt er det nok ikke. Traktatsamlingen er absolutt et nyttig hjelpemiddel for den som sysler med rettsspørsmål der traktater utgjør del av rettskildet. Og det gjelder jo etter hvert de aller fleste rettsområder. Den første og den siste traktaten i den nesten 1000 sider

omfattende boken, gir et godt bilde på spennvidden. Her tas vi med fra Pariskonvensjonen om immaterielle rettigheter fra 1883 og frem til FN-erklæringen om urfolks rettigheter fra 2007. Et fylldig stikkordregister og tematisk register over traktatene så vel på norsk som på engelsk, gir en enkel inngang til traktattekstene. Når det hele topes med et register der samtlige traktater er ordnet alfabetisk, så har vi her fått et hendig hjelpemiddel for navigering i traktatens vide verden – som for øvrig på mange måter er et avtrykk av den virkelige verden. Traktatsamlingen besøker, her ved noen eksempler ordnet i alfabetisk rekkefølge; Afghanistan, Antarktis, Barentsregionen, Bosnia-Herzegovina, Bouvetøya, Europa, Grønland, Haag, Irak, Israel, Jan Mayen, Nürnberg, Peter den I's øy, Rio og verdensrommet. Tematisk er man innom, her ved eksempler som ikke er ordnet alfabetisk; trafficking, dødsstraff, apartheid, tropisk tømmer, forurensing, piratvirksomhet og kjemiske våpen. Alt pent innpakket i delikat lay-out. Men – trolig forårsaket av omfanget på tekstene – satt med den samme mikroskopske skrifttypen som lovsamlingen. Dette lar seg forsvare så lenge boken ikke skal leses fra perm til perm, og resultatet er at hele pakken kommer innen rammene av ett bokbind.

Marianne Reusch

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 oktober 2008