

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatretslige området. Nr. 4/2007 - 9. årgang

ARBEIDSRETT

Stillingsvern, utestengelse, frister – Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 10. oktober 2007 (HR-2007-01721-U)

I stillingsvernet har frister materiellrettslig betydning. Det viser seg stadig, og undertiden i nye konstallasjoner. Saken her gjaldt en arbeidstager som hadde gått på midlertidige arbeidsavtaler i noen år. Etter en uenighet hadde hun sin siste arbeidsdag 8. desember 2006. Arbeidstageren reiste så søksmål 30. januar 2007. Hun anførte at det forelå midlertidig ansettelse i strid med arbeidsmiljølovens regler, og la ned påstand om at det som derfor ble hevdet å være oppsigelse/avskjed, var

ugyldig. Dessuten fremmet hun krav om gjeninntredelse i stillingen.

Lagmannsretten la til grunn at arbeidstageren var utestengt fra arbeidsplassen ihvertfall fra og med 1. januar 2007. Kravet om gjeninntredelse var dermed fremsatt etter utløpet av fireukersfristen i arbeidsmiljølovens § 15–1 femte ledd. Den fristen er absolutt, mente lagmannsretten, og gjeninntredelseskravet kunne derfor ikke føre frem. Kjæremålsutvalget sluttet seg til lagmannsrettens lovtolkning på dette punkt. Utvalget bemerket dessuten at selv om lovens § 15–1 tredje ledd, som spesielt gjelder midlertidig ansatte, ikke uttrykkelig fastsetter noen frist for å fremsette krav om å fortsette i stillingen, er det *ikke* til hinder for at § 15–1 femte ledd har anvendelse etter sin ordlyd. Tredje ledd har altså ikke noen «forrang» fremfor femte ledd. Kjæremålsutvalget gikk imidlertid ikke inn på lagmannsrettens bemerkninger om at det, med støtte i lovforarbeidene, må gjelde en fireukersfrist også etter § 15–1 tredje ledd. Det var ikke nødvendig for resultatet, hverken for utvalget eller for lagmannsretten.

Stein Evju

Innhold nr. 4:

Arbeidsrett	1
Litteratur	7
Arverett	7
Avtalerett	10
Litteratur	10
Erstatningsrett	11
Familierett	12
Husleierett	12
Immaterialrett	13
Varemerkerett	13
Kjennetegnsrett	14
Meddelelser	15
Selskapsrett	17
Litteratur	17
Tingsrett	17
Tomtefeste	18
Reindrift	21
Voldgift	22

e-post: jus@cappelen.no
<http://www.cappelen.no>

Arbeidsmiljølov, anvendelsesområde, arbeidstagerbegrep – Høyesteretts kjennelse 17. oktober 2007 (HR-2007-01774-A)

Efter en dykkerulykke med døden til følge ble et aksjeselskap, styrelederen og daglig leder gitt forelegg for overtredelse av arbeidsmiljøloven av 1977 § 85 jf. § 14, dykkerforskriften og internkontrollforskriften. Alle tre ble domfelt i tingrett og lagmannsrett. Høyesterett forkastet ankene.

Det første spørsmålet i saken var om dykkervirksomhet omfattes av arbeidsmiljøloven eller om den faller utenfor i henhold til unntaket i § 2 for «sjøfart». Her grep førstvoterende poengtert tilbake til forarbeidene til arbeidervernloven av 1936, som de senere lovene har bygget på. Forarbeidene pekte klart i retning av at dykkervirksomhet ikke er unntatt som «sjøfart», selv om aktiviteten utøves fra et skip. Det som finnes av senere holdepunkter i forarbeider, forskrifter

og rettspraksis, peker i samme retning. Konklusjonen var da ikke tvilsom generelt, og heller ikke konkret ut fra faktum i saken (jf. avsnitt 28–30).

Hvorvidt den forulykkede var «arbeidstaker» i lovens forstand, måtte «i et tilfelle som dette bero på en helhetsvurdering av de konkrete omstendigheter i saken», sa førstvoterende, og bemerket at det forelå momenter som pekte i begge retninger. Han hadde vært registrert som selvstendig næringsdrivende i foretaksregisteret og merverdiavgiftsregisteret, og vederlag hadde formelt vært erlagt slik det er typisk ved bruk av selvstendig oppdragstager. Dette kunne imidlertid ikke være avgjørende. Det samme gjaldt at han selv holdt en del av dykkerutstyret. Førstvoterende fremhevet at forholdet var organisert som et ordinært arbeidstagerforhold. Vedkommende var underlagt selskapsledelsens instruksjon, og reelt fikk han betalt for sin personlige arbeidsinnsats, ikke for et konkret resultat. Risikoen for resultatet lå altså hos selskapet, som hos en arbeidsgiver. Vedkommende måtte etter dette anses å ha vært arbeidstager; «det reelle forholdet ... [har] i sterkere grad ... preg av et ansettelsesforhold enn av et selvstendig oppdragsforhold» (avsnitt 39).

Kjennelsen byr ikke på prinsipielle nyheter. Men den viser en restriktiv holdning til å tolke unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljølovens § 2 (nu § 1-2 i loven av 2005) vidt, og en tilsvarende streng tilnærming til avgrensningen av arbeidstagerbegrepet.

Stein Evju

Aldersdiskriminering, pensjonsalder og aldersgrense – EF-domstolens dom 16. oktober 2007, sak C-411/05 Palacios de la Villa – Cortefiel Servicios SA
Palacios de la Villa er den første avgjørelsen fra EF-domstolen om aldersdiskriminering og aldersgrenser etter dommen i *Mangold* (C-144/04, EFD 2005 I-9981; jf. *Nytt i privatretten* nr. 1, 2006, s. 2). Domstolen tar en helt annen tilnærming og har et ganske annet syn på forståelsen av rettsgrunnlaget enn generaladvokaten la opp til i sin innstilling (jf. omtale i *Nytt i privatretten* nr. 1, 2006, s. 3). Domstolen legger til grunn at aldersgrensebestemmelser som medfører opphør av arbeidsforhold, er omfattet av Direktiv 2000/78/EF om ikke-diskriminering (som for dette temaet er gjennomført i norsk rett med arbeidsmiljøloven av 2005 § 13–1 flg.). Et neste spørsmål er så om slike aldersgrenser likevel kan være tillatelige.

Saken gjaldt aldersgrenser fastsatt ved kollektiv avtale (tariffavtale). Lovbestemmelser om pliktig fratredelse ved oppnådd aldersgrense ble i første omgang satt til side av den spanske forfatningsdomstolen. Nye lovregler innførte så et slikt regime fra 1995. Det ble avvirket i 2001, men etter ønske fra arbeidsmarkedspartene ble nok et nytt regime innført fra 2005. Etter loven er fratredelsesplikt betinget av at tariffavtalens formål er forenlige med sysselsettingspolitiske hen-

syn, og at arbeidstageren minst har oppfylt minimumstiden for innskuddsbetaling og fyller vilkårene for rett til pensjon. Det første punktet, om formål, var imidlertid ikke med i den overgangsregelen som konkret lå til grunn for den underliggende spanske saken. Det var likevel uomtvistet at også overgangsregelen var vedtatt som ledd i en nasjonal politikk for å fremme sysselsetting ved å fordele sysselsettingsmulighetene bedre mellom generasjonene (jf. bl.a. avsnitt 53).

I klar kontrast til generaladvokaten (innstillingens avsnitt 67) la EF-domstolen til grunn at aldersgrensebestemmelser som her er «ansettelses- og arbeidsvilkår, inkludert opphør av arbeidsforhold og vederlag» i den forstand det er tale om i direktivets art. 3 nr. 1 bokstav c (avsnitt 46). Domstolen pekte på at pkt. 14 i for-talen gir uttrykk for at direktivet ikke griper inn i «nasjonale bestemmelser som fastsetter pensjonsalder» («retirement ages»). Men dette, fremholdt domstolen, betyr bare at direktivet ikke berører medlemsstatenes kompetanse til å fastsette pensjonsalder. Nasjonale regler om vilkårene for opphør av arbeidsavtaler når en fastsatt pensjonsalder nås, er noe annet. Fortalens pkt. 14 kan ikke forstås slik at direktivet ikke skal omfatte slike regler (avsnitt 44). Den distinksjonen domstolen trekker her, er utvilsomt vesentlig.

Dernest slo domstolen kort og konsist fast at regler som innebærer at arbeidsforholdet opphører uten videre når en pensjonsalder er nådd, er direkte diskriminering i henhold til direktivets art. 2. Domstolens synspunkt er at slike regler innebærer at de berørte personer behandles dårligere enn andre arbeidstagere som har nådd samme alder (avsnitt 51).

Det som da var spørsmålet, var om forskjellsbehandlingen i et tilfelle som dette kunne bli stående ut fra unntaksbestemmelsen om saklig begrunnelse, legitime formål og proporsjonalitet. I direktivets art. 6 nr. 1 heter det for såvidt at medlemsstatene kan bestemme at «ulik behandling på grunn av alder ikke utgjør forskjellsbehandling hvis den er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål innenfor rammene av nasjonal rett, bl.a. legitime sysselsettings-, arbeidsmarkeds- og yrkesutdanningspolitiske mål, og hvis midlene til å oppfylle vedkommende formål er hensiktsmessige og nødvendige».

Gjennom et lengre resonnement fremholdt domstolen at den spanske lovreguleringen bygget på et legitimt formål. Siktemålet var å regulere det nasjonale arbeidsmarkedet, bl.a. med henblikk på å avskaffe arbeidsløsheten. Dette var utvilsomt et lovlig formål, og det var uten betydning at det ikke kom eksplisitt til uttrykk i de aktuelle lovbestemmelsene selv. jf. avsnitt 53–67, særlig 55–56 og 62–64. Det springende punkt til sist var da kravene til egnethet og proporsjonalitet. Domstolen poengterte at statene må ha en vid skjønnsmargin både med hensyn til hvilke formål av flere mulige man vil forfølge på det sysselsettings- og sosialpolitiske området, og ved valg av virkemidler for å

oppfylle det eller de valgte formål (avsnitt 68 jf. 71). Derne mente domstolen at det ikke var urimelig at staten vurderte det virkemiddelet som var tema i saken, som egnet for formålet. Fratredelsesplikten kunne heller ikke anses som disproportjonal, fordi den ikke var knyttet utelukkende til alder, men også er betinget av opptjent rett til en pensjon hvis nivå ikke kunne anses som urimelig (avsnitt 72–73).

EF-domstolen konkluderte således med at den spanske lovreguleringen var forenlig med Direktiv 2000/78/EF. Dommen har flere sider av interesse.

Den første er distinksjonen mellom fastsettelse av pensjonsalder/aldersgrense og virkningene for bestående arbeidsforhold. Her er formuleringene i dommen generelt holdt. Legger man til grunn at distinksjonen skal ha generell anvendelse, er konsekvensen at alle *aldersgrenser* i strikt forstand vil være omfattet av direktivets regler. Da er et neste spørsmål om det også kan generaliseres fra domstolens premisser om at fratredelsesplikt innebærer direkte diskriminering. Her er domstolens begrunnelse sterkere knyttet til den spesielle spanske ordningen som var tema i saken. Den gjaldt altså avtalebaserte aldersgrenser. Det kan nok argumenteres for at det ikke er like lett å klassifisere noe som direkte diskriminering dersom det gjelder aldersgrenser av mer generell rekkevidde. Videre kan det spørres om hvor stor betydning det har at nasjonale aldersgrenseregler kan knyttes spesielt til slike formål som er nevnt i direktivets art. 6 nr. 1, og hvor stort spillerom statene skal ha med hensyn til hva slike formål skal kunne anses å omfatte. Til sist står proporsjonalitetsvurderingen som et utpreget skjønsmessig kriterium. Det er imidlertid grunn til å merke seg domstolens poengtering av at fratredelsesplikt i dette tilfelle var kombinert med rett til en rimelig pensjon. Det kan ligge en snublestokk her; ordninger som er generelt akseptable, kan tenkes å ikke kunne anvendes overfor arbeidstagere som ikke har tilstrekkelig opptjening til å få en adekvat pensjon. Det, og meget annet, gjenstår å se. Debatten om dommen og rekkevidden av den er allerede i gang. Flere svar får vi ikke før flere prøveklu- ter har vært til behandling i Luxembourg.

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, økonomisk enhet og overdragelse – EF-domstolens dom 13. september 2007, sak C-458/05 Mohamed Jouini m.fl. – Princess Personal Service GmbH (PPS)

Dommen bidrar i første rekke til nyansering og et mer sammensatt rettskildetilbud når det gjelder kjerne- spørsmål om hva som kan være en «økonomisk enhet» som bevarer sin «identitet», spesielt med hensyn til overtagelse av en del av arbeidsstokken.

Saksforholdet knyttet seg til to bemanningsforetak. Det ene, A, hadde vel 180 ansatte. Av disse var ca. 60 leiet ut til C, som var As største og viktigste kunde. A

kom etterhvert i økonomiske vanskeligheter. Etter oppfordring fra C etablerte to i As ledelse et nytt bemanningsforetak, PPS. Dette overtok C som kunde. Til sammen omtrent en tredjedel av de ansatte i A gikk over til PPS, herav 40 av de 60 som var leiet ut til C. A fortsatte sin virksomhet med de resterende ansatte enda en stund, inntil selskapet ble tatt under insolvens- behandling. Spørsmålet om virksomhetsoverdragelse kom opp som følge av at 25 av de arbeidstagerne som var gått over til PPS, fremmet krav om lønn mot PPS for en periode de hadde vært i arbeid for A. Østerrikes høyesterett, som forela saken, stilte seg tvilende til om en virksomhet som per definisjon har få ansatte i sin egen organisatoriske «enhet», ettersom dens aktivitet går ut på å leie ut folk, kan være en «økonomisk enhet» i virksomhetsoverdragelsesdirektivets forstand (Direktiv 2001/23/EF).

EF-domstolen var ikke i tvil. Den bemerket at over- tagelse av et slikt antall arbeidstagere som det var tale om i saken, ikke kunne utgjøre en overdragelse av virksomheten som helhet. Det måtte være tale om overdragelse av en «del av virksomhet». Utgangs- punktet videre fulgte av tidligere rettspraksis. Det kre- ves ikke at et foretak har nevneverdige materielle eller immaterielle aktiva for at det skal kunne være tale om en «økonomisk enhet». Har man ikke andre produksjonsfaktorer, kan en organisert gruppering av arbeids- tagere som er varig tilordnet en felles oppgave, være en slik enhet. Og det, bemerket domstolen, gjelder ikke minst for bemanningsforetak. De er typisk sett karakterisert ved at de ikke har en ordinær organisa- sjonsstruktur, men arbeidstagere som skal leies ut og inngå i innleievirksomhetenes arbeidsorganisasjon (avsnitt 31–35). En gruppering som består av noen fra ledelsen, utleiearbeidstagere, samt know-how, kan utgjøre en «økonomisk enhet», og det kunne spesielt være tilfelle i den aktuelle saken, hvor det ved siden av noe administrativt personell var en tredjedel av utleie- arbeidstagerne som var overtatt (avsnitt 37).

Det var uten betydning at det ikke forelå noen munt- lig eller skriftlig avtale mellom A og PPS. Det var til- strekkelig at det hadde vært et visst samarbeid mellom de to, gjennom personer i ledelsen som gikk fra det ene til det andre foretaket, og formålet med samarbeidet hadde vært å få overført aktiva fra A til PPS. Det var nok til at det forelå en «overdragelse» («legal transfer»).

Dommen er forholdsvis kortfattet, men begrun- nelsen følger kjente linjer. Vurderingen av hva som kan utgjøre en «økonomisk enhet», er den mest interessante fasetten. Domstolen illustrerer igjen hvor lite som skal til for at det skal være tale om «enhet» og «identitet». Det må betraktes som utslag av *helsevurderingsnor- men* fra *Spijkers* (sak 24/85, EFD 1986 s. 1119). Dom- men kan dessuten sees som et bidrag til diskusjonen om hvor stor del av arbeidsstokken som må overtas sam- men med andre aktiva for at det skal være tale om en «enhet» («virksomhet»). Her var en tredjedel nok til at

det kunne foreligge overdragelse av «del av virksomhet». Det ligger nær å tenke seg at en mindre andel da kan anses tilstrekkelig hvis overdragelsen samtidig involverer mer av materielle og immaterielle aktiva. Dessuten er det et poeng at målestokken ikke nødvendigvis er gammel arbeidsgivers samlede arbeidsstokk. Ved deloverdragelser må vurderingen knytte seg til den delen av den gamle virksomhet som er basis for den «økonomiske enhet» som overtas.

Stein Evju

Midlertidig ansettelse, ikke-diskriminering, lønn – EF-domstolens dom 13. september 2007, sak C-307/05 Yolanda Del Cerro Alonso – Osakidetza-Servicio Vasco de Salud

I denne dommen slår EF-domstolen fast at prinsippet om ikke-diskriminering i direktivet om midlertidig ansettelse, 1999/70/EF, også omfatter lønn. Det er en viktig avklaring i seg selv. Dommen gir dessuten en viktig avklaring og et viktig bidrag i en debatt som har pågått lenge om grensene for EUs kompetanse på det arbeidsrettslige området, i forhold til unntaket i EF-traktatens art. 137 nr. 5 for bl.a. lønn.

Saken gjaldt en kvinne som hadde arbeidet i mer enn 12 år som midlertidig ansatt i helsevesenet i Baskeerland. Hun fikk ikke ansiennitetstillegg i lønn for sin tjenestetid på samme måte som «fast» (tidsbegrenset) ansatte. Det sentrale spørsmålet i saken var om lønn faller inn under uttrykket «arbeidsvilkår» i direktivets art. 4 nr. 1 – hvilket er det samme uttrykk som er brukt i traktatens art. 137 nr. 1 bokstav b.

Det besvarte EF-domstolen altså bekreftende, med et visst ettertrykk og i direkte kontrast til generaladvokatens innstilling. Generaladvokat Poiares Maduro var klokkeklar: Han mente at direktivets bestemmelse *ikke* omfatter lønn. Reglens tekst gav etter hans syn ingen støtte for at lønn skulle være omfattet, og hans anså dessuten at noe slikt ville være helt uforenlig med EF-traktatens art. 137 nr. 5 (jf. *Nytt i privatretten* nr. 2, 2007, s. 3).

Domstolen poengterte derimot at art. 137 nr. 5 er en unntaksbestemmelse og derfor må fortolkes strengt, slik at den ikke urimelig innskrenker rekkevidden av kompetansereglene i art. 137 eller de formål som skal ivaretas ut fra art. 136. Unntaket i art. 137 for lønn har sin grunn i hensynet til medlemsstatenes kompetanse og arbeidsmarkedspartenes avtalefrihet (på kollektivt nivå). Men, understreket domstolen, unntaket kan ikke strekkes så langt at det omfatter ethvert spørsmål som har en eller annen tilknytning til lønnsforhold. Det ville innebære at flere av kompetansereglene i art. 137 nr. 1 ville bli fratatt mye av sitt innhold (avsnitt 39–41).

Domstolen fremhevet også at formålet med direktivets ikke-diskrimineringsprinsipp er å hindre arbeidsgivere fra å benytte midlertidige ansettelser for å frata arbeidstagere rettigheter som fast ansatte har. Og dette

er et «sosialrettslig prinsipp på fellesskapsnivå» som *ikke* kan undergis en restriktiv fortolkning (avsnitt 37–38). Domstolen understreket videre forskjellen mellom spørsmålet i denne saken og problemstillingene i tidligere avgjørelser om forholdet mellom arbeidstidsdirektivets (93/104/EF) regler og lønn (C-14/04 *Dellas*, EFD 2005, I-10253, og C-437/05 *Vovel*, kjennelse 11. januar 2007) (avsnitt 43–46).

EF-domstolen kom således til at et lønnelement (en del av en mulig samlet lønn) er et «arbeidsvilkår» etter direktivets art. 4 nr. 1. Under hensyn til ikke-diskrimineringsprinsippet hører lønnelementet som sådan under nr. 1, ikke nr. 5, i EFT art. 137 (avsnitt 47).

EF-domstolen landet med dette på samme standpunkt som, mindre reflektert, er lagt til grunn i den norske gjennomføringsbestemmelsen i § 13–1 tredje ledd i arbeidsmiljøloven av 2005 (jf. omtalen i *Nytt i privatretten* nr. 2, 2007, s. 3). Slik sett har ikke dommen i *Del Cerro Alonso* noen direkte betydning for hjemlig rett. Det som derimot har adskillig interesse, er om EF-domstolen vil legge et lignende restriktivt syn på fortolkningen av EFT art. 137 nr. 5 til grunn i forhold til retten til streik og lock-out. Det kan ha stor betydning for hvordan de kontroversielle spørsmålene om forholdet mellom nasjonal rett, fri bevegelighetsregler og generelle EF-rettslige normer vil bli bedømt, med de verserende *Vaxholm/Laval*- og *Viking Line*-sakene (C-341/05 hhv. C-438/05) som første testarena. Dette er spørsmål av ganske vesentlig betydning over hele EU/EØS-området.

Stein Evju

Stillingsvern ved graviditet og nedkomstpermisjon – EF-domstolens dom 11. oktober 2007, sak C-460/06 Nadine Paquay – Société d'architectes Hoet + Minne SPRL

Vernet av gravide og arbeidstagere i nedkomstpermisjon strekker seg langt. Direktiv 92/85/EF art. 10 krever at oppsigelse av en arbeidstager skal være «forbudt» fra begynnelsen av et svangerskap – hvilket betyr fra når arbeidsgiveren er underrettet – til utløpet av nedkomstpermisjon. Bestemmelsen bygger videre på rettspraksis knyttet til art. 2(1) og art. 5(1) i likebehandlingsdirektivet 76/207/EØF (nå endret ved Direktiv 2002/73/EF) om oppsigelse i slike faser som en form for direkte diskriminering.

Dommen her poengterer og presiserer rekkevidden av art. 10 i 1992-direktivet på to-tre punkter. Bestemmelsen forbyr ikke bare at et arbeidsforhold bringes til å opphøre i den vernede perioden. Den forbyr også at det *gis* oppsigelse (meddelelse om fremtidig opphør) på grunn av graviditet eller nedkomst i verneperioden. Men dernest skal art. 10 også være til hinder for at det i den samme perioden tas *forberedende skritt* til å treffe beslutning om slik oppsigelse. Det var nettopp det som hadde funnet sted i den belgiske saken som var fore-

lagt (avsnitt 38 jf. 19–22). Dessuten vil en meddelelse som gis etter utløpet av verneperioden også være utilitelig, etter art. 10 og art. 2(1) og 5(1) i 1976-direktivet, hvis oppsigelsen har sin grunn i graviditet eller nedkomst (avsnitt 54).

Dommen illustrerer også et poeng om sanksjoner ved overtredelse. Formuleringen i direktivets art. 10 om at statene skal «forby» oppsigelser, innebærer ikke et krav om at normstridige oppsigelser skal være ugyldige. Her er det sammenheng mellom art. 10 og art. 12 i 1992-direktivet og sanksjonsbestemmelsen i art. 6 i 1976-direktivet. Art. 6(2) krever at sanksjonen minst skal være «en reell og effektiv erstatning eller godtgjørelse» som skal ha preventiv virkning og stå i et rimelig forhold til lidt tap. Art. 12 i 1992-direktivet er langt vagere. Det poenget domstolen fremhevet i saken her, er at sanksjoner i nasjonal rett knyttet til 1976-direktivets art. 6 må være minst likeverdige med de sanksjoner man har i nasjonal rett til gjennomføring av 1992-direktivets art. 10 og 12 (avsnitt 54 jf. 49). På nasjonalt plan spiller imidlertid også «ekvivalensprinsippet» inn. Sanksjoner for brudd på EF-baserte normer kan ikke være svakere enn de sanksjoner som kan gjøres gjeldende for brudd på rent nasjonale regler av tilsvarende karakter.

Stein Evju

Likebehandling, omsorgs- og nedkomstpermisjon – EF-domstolens dom 20. september 2007, sak C-116/06 Sari Kiiski – Tampereen kaupunki

Nedkomstpermisjon er ikke bare en periode hvor arbeidstagere har et sterkt vern mot oppsigelse. Det er også en viktig og vernet rettighet i seg selv. EF-retten gir visse minimumsrettigheter, men i medlemsstaters nasjonale rett finner man ofte ordninger med mer omfattende permisjonsrettigheter. Det var tilfellet i saken her.

Kiiski var lærer ved et gymnas i Tampere kommune. Hun var da omfattet av en tariffavtale for offentlig ansatte med regler bl.a. om rett til såvel nedkomstpermisjon som omsorgspermisjon. I mai 2004 ble hun innvilget omsorgspermisjon fra 11. august samme år til 4. juni 2005, for å passe sitt barn født i 2003. Hun ble imidlertid gravid igjen før permisjonen startet, og søkte 1. juli 2004 om endring (utvidelse) av omsorgspermisjonen. Både denne søknaden og en senere søknad om endring av omsorgspermisjonen gjennom bruk av nedkomstpermisjon ble avslått. Kommunen fremholdt at det ikke forelå hjemmel i de gjeldende regler for endring i slike tilfeller som det var tale om. Den hevdet at avslagene ikke hadde sin grunn i graviditeten, men skyldtes at graviditet etter finsk rett ikke er en uforutsett grunn som kan gi berettiget grunn til avbrytelse av en omsorgspermisjon.

Generaladvokaten (tyske Juliane Kokott) pekte på at de nasjonale bestemmelsene var kjønnsnøytrale, og

tok til orde for at det ikke forelå hverken direkte eller indirekte diskriminering som rammes av Direktiv 76/207/EØF (2002/73/EF) jf. Direktiv 92/85/EF. I forhold til reglene om omsorgspermisjon skilte ikke Kiiskis situasjon seg vesentlig fra situasjonen for andre arbeidstagere, uansett kjønn (innstillingens avsnitt 34 flg.).

EF-domstolen så radikalt annerledes på saken. Den anla en annen tilnærming og tok utgangspunkt i Direktiv 92/85/EF. Domstolen gikk inn i dette via en lang drøftelse av arbeidstagerbegrepet (avsnitt 22–33), der poenget var å fastslå at Kiiski var arbeidstager i 1992-direktivets forstand selv om hun var i omsorgspermisjon. Dernest fremholdt domstolen at det må følge av formålet med direktivets regler at en arbeidstager må kunne påberope seg forhold som inntreffer etter at en permisjon er påbegynt, for å få en endring. Domstolen fremhevet at graviditet, i likhet med flere andre grunner, i alt vesentlig er uforutselig og innebærer grunnleggende endringer i familielivet (avsnitt 42–43). Retten til nedkomstpermisjon er derfor (særlig) viktig. Direktivet må derfor forstås slik at graviditet er en legitim begrunnelse som gir rett til endring (avsnitt 49–52). Alvorlig sykdom, barns eller ektefelles død, og skilsmisse var anerkjent som endringsgrunner. Det å ikke anerkjenne graviditet som endringsgrunn var da i strid med likhets- og ikke-diskrimineringsprinsipper. Og fordi en slik regel bare kan ramme kvinner, innebar den direkte diskriminering i strid med art. 2 i 1976-direktivet (avsnitt 52–57).

Dommen er illustrerende for hvordan formelt kjønnsnøytrale ordninger kan anses å ha kjønnsdiskriminerende virkninger. Den viser også hvordan EF-domstolen kan strekke vernehensyn i likestillingsretten langt; her illustreres det klart ved kontrasten til resonnementer og konklusjon i generaladvokatens innstilling.

Stein Evju

Utstasjonering, offentlige anbud, lønn – EF-domstolens sak C-346/06 Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert [’bobestyrer’] mot Land Niedersachsen, Generaladvokatens innstilling 20. september 2007

Saken gjelder vilkår om lokal lønn ved offentlige entreprisekontrakter og anvendelse av vertslandsregler ved utstasjonering av arbeidstagere (tjenesteydelse over landegrensene). Forholdet til direktivet om utstasjonering av arbeidstagere (96/71/EF) stod sentralt. Temaet har en parallell i Moderniseringsdepartementets rundskriv 16. juni 2005 om lønns- og arbeidsvilkår ved tjeneste og bygg/anleggskontrakter med staten, som bygger på ILO-konvensjon nr. 94 (1949) om arbeiderklausuler i offentlige arbeidskontrakter. Saken for EF-domstolen har ikke direkte referanse til konvensjonen, men essensen er den samme. Delstaten Niedersachsen krever med hjemmel i del-

statsloven om offentlige anskaffelser 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.

Rüffert 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 «kontraktsbot», en spesiell sanksjon for kontraktsbrudd med forankring i delstatsloven.

Det enkle utgangspunkt i saken er at avlønningsskravet innebærer at tjenestetilbydere fra andre medlemsstater må tilpasse seg lønnsnivået på arbeidsstedet i Tyskland og dermed normalt betale sine ansatte høyere lønninger enn ellers. Den foreleggende rett poengterte dessuten at de lønningene det er tale om, er mye høyere enn det minimumsnivået som gjelder for hele Tyskland etter loven om utstasjonerte arbeidstagere (*Arbeitnehmerentendegesetz*, AEntG) (avsnitt 44). Generaladvokaten (GA, *Bot*) transformerte spørsmålet fra den foreleggende rett til en kompakt problemstilling med flere elementer (avsnitt 46). Flere medlemsstater, og Norge, intervenerte i saken til fordel for Niedersachsen. Polen intervenerte derimot til fordel for ikke å tillate en slik ordning som det var tale om.

GA *Bot* pekte innledningsvis på direktiv 93/37/EØF (om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter), art. 23, men fant at det ikke gav veiledning for de sentrale spørsmål i saken. Det første hovedspørsmålet var om saksforholdet falt inn under anvendelsesområdet for utstasjoneringsdirektivet, 96/71/EF. Det mente GA uten synlig tvil at direktivet har, selv om delstatsloven ikke refererer seg spesielt til eller har som formål å regulere utstasjonering.

Det neste spørsmålet var da om utstasjoneringsdirektivet er til hinder for et slikt tiltak som den aktuelle delstatsloven representerer. GA *Bot* fremhevet at direktivet krever at visse nasjonale regler i vertslandet skal gjelde for utstasjonerte arbeidstagere; de er for såvidt preseptoriske verneregler. Disse omfatter bl.a. minstelønn fastsatt ved lov eller alment gjeldende tariffavtaler. Lønnsspørsmål er likevel ikke fullt ut dekket av direktivet. Men GA fremholdt at direktivets preseptoriske regler er minimumskrav; etter fortalens pkt. 17 og art. 3(7) skal de ikke være til hinder for anvendelse av regler som er gunstigere for arbeidstagerne. Det må bl.a. innebære at statene kan gi forbedret vern for arbeidstagere i emner som omfattes av «katalogen» i direktivets art. 3(1) (avsnitt 81–83). Og

det var en slik situasjon man hadde for seg i saken, mente *Bot*. Han pekte på at i Tyskland har man regler for «almengjøring» av tariffavtaler. Derved unngikk han den problematiske bestemmelsen i direktivets art. 3(8) og tok utgangspunkt direkte i art. 3(1). Her forelå det «almengjort» tariffavtale om minstelønn. Den gav adgang til å fastsette høyere lønninger ved andre tariffavtaler e.l. Og for slike forbedrende avtaler kan det ikke kreves at de skal være «almengjort», fremholdt *Bot*, med henvisning igjen til direktivets art. 3 (7) (avsnitt 86–97).

Det siste hovedspørsmålet var så om en slik ordning kan støte an mot EF-traktatens art. 49 (EØS art. 36). At vilkåret om tarifflønn er en «restriksjon», er utvilsomt, likeledes at det virker til å ivareta aksepterte «alment tvingende hensyn» (avsnitt 102–116). GA henholdt seg til etablert rettspraksis med hensyn til betydningen av den tyske lovgivningens eventuelle proteksjonistiske formål (avsnitt 116–117, jf. særlig *Wolff & Müller*, EFD 2004 I-9553). Og her mente han at det klart forelå en «reell fordel» i form av betydelig høyere lønn (avsnitt 118 flg.). Den ordningen man hadde i Niedersachsen, gikk ikke lengre enn nødvendig for å ivareta formålene om vern av arbeidstagere og vern mot «sosial dumping» (avsnitt 122–124). Avslutningsvis, og tilsynelatende nærmest som en påminnelse, pekte GA på at det fra tidligere av har vært anerkjent at sosiale krav kan inkluderes i offentlige anskaffelseskontrakter, og at dette nu er uttrykkelig ivaretatt i direktiv 2004/18/EF (om koordinering av prosedyrer for tildeling av offentlige kontrakter), art. 26 og pkt. 33 i fortalen (avsnitt 133). Noen strid med traktatens art. 49 forelå etter dette ikke.

Forholdet til art. 49 isolert sett er ikke det mest sentrale eller interessante ved denne saken. Anvendelsen av utstasjoneringsdirektivets tildels intrikate regler har større interesse og potensiell slagkraft. Både fortolkningen av art. 3(8) og anvendelsen av art. 3(7) i generaladvokatens resonnement er spesielle, og særlig det siste fremstår som overraskende. Skal man legge et alminnelig «gunstighetsprinsipp» til grunn, viskes grensen mellom det pliktige og det tillatelige og grensen mot «alment gjeldende» reguleringer, i lov eller pr. tariffavtale, ut, mer eller mindre. Om domstolen følger generaladvokaten på disse punktene, åpner det seg nye diskusjonstemaer. Og det vil kanskje kunne sees som nok et skritt i retning av å gi større handlingsrom til vertsstaten, i sammenheng med dommen i sak C-490/04 *Kommisjonen mot Tyskland* (omtalt i *Nytt i privatretten* 2007 nr. 3, s. 2–3). Følger domstolen generaladvokaten, vil det også avsvekke endel av den tvil som forslaget i Ot.prp. nr. 7 (2007–2008) om endring i lov om offentlige anskaffelser er tuftet på, og kanskje dessuten gi mer av en avklaring av forholdet mellom EØS-retten og ILO-konvensjon nr. 94 (1949) som Norge ratifiserte så sent som i 1996.

Stein Evju

Ikke-diskriminering, seksuell legning, pensjon – EF-domstolens sak C-267/06 Tadao Maruko mot Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Generaladvokatens innstilling 6. september 2007

Rettspraksis om diskriminering på grunn av seksuell legning, som nu omfattes av Direktiv 2000/78/EF (arbeidsmiljølovens kap. 13), er sparsom på EF-nivå. I saken her anlegger generaladvokaten (Ruiz-Jarabo Colomer) en offensiv tilnærming.

Saken gjelder rett til etterlattepensjon fra en frivillig pensjonsordning for den gjenlevende i et homofilt parforhold. De to hadde levet i registrert partnerskap. Tysk rett anerkjenner ikke ekteskap mellom samkjønnede, men registrert partnerskap har rettslig status. Maruko fikk imidlertid avslag på sitt krav om pensjon etter sin avdøde partner fordi rett til etterlattepensjon etter pensjonsordningens regler bare tilfalt ektefeller.

Det første spørsmålet som aktualiseres, er om forholdet faller utenfor direktivets anvendelsesområde etter unntaket for «ordninger for sosial trygghet og sosialt vern hvis ydelser ikke er å anse som lønn i den forstand EFT art. 141 omfatter» (pkt. 13 i fortalen). Dette besvarer generaladvokaten med nei. Han vil anse ordninger i pkt. 13s forstand begrenset til offentlige ordninger der retten til ydelser bare er basert på at man er borger i vedkommende stat. Når det gjelder hva som regnes som lønn etter EFT art. 141, tar han utgangspunkt i at en motprestasjon er ett karakteristisk kjennetegn, og går oversiktsmessig igjennom den omfattende og mangefasettede rettspraksis på området. For pensjoner er det slik at tilleggspensjonsordninger som helt eller delvis finansieres av partene selv, i regelen er å anse som «lønn», uansett om ordningene er forankret i lovgivning. Ut fra dette anser generaladvokaten at den konkrete pensjonsordningen faller inn under direktivets anvendelsesområde.

Kortere og mer konsist er konklusjonen den samme i forhold til fortalens pkt. 22 om at direktivet ikke griper inn i statenes nasjonale rett «om sivilstand og de ydelser som avhenger av denne». Her er synspunktet særlig at selv om medlemsstatene selv kan regulere hva som skal regnes som ekteskap, ugift, enkestand, osv., må slike beføyelser utøves uten at fellesskapsretten krenkes. Synspunktet har klart slektskap med domstolens argumentasjon ad EFT art. 137 i *Del Cerro Alonso* (jf. foran her). Dertil er det grunn til å bemerke at generaladvokaten fremhevet at pkt. 22, likesom andre punkter i fortalen, ikke gir bindende normer, men bare er en støtte for fortolkningen av direktivets bestemmelser «hvis betydning ikke må overdrives» (avsnitt 76).

Avslutningsvis gjennomgår generaladvokaten først den rettspraksis som foreligger om diskriminering på grunn av seksuell legning. Det gir forsåvidt en nyttig oversikt. I det konkrete peker han på at det var rettslig umulig for Maruko og hans partner å inngå ekteskap. Etter nasjonal rett var registrert partnerskap imidlertid

omfattet av et system med rettigheter og plikter som ellers var analogt med ekteskap. Dette er et springende punkt. Uten en slik i det vesentlige likeverdig behandling ville man ikke kunne sammenligne – og derved heller ikke kunne konstatere diskriminering, etter generaladvokatens syn. Slik det stiller seg i saken her, foreligger det derimot indirekte diskriminering etter art. 2 i Direktiv 2000/78/EF.

Til sist byr saken også på et spørsmål om eventuell tilbakevirkning i tid (et «Barber»-spørsmål, etter dommen i C-262/88 *Barber*, EFD 1990 I-1889). Saken gir således domstolen mulighet til å skape klarhet på en rekke punkter av betydning.

Stein Evju

Litteratur

Tariffavtalen som formet Norge: Verkstedsoverenskomsten 100 år. (Med bidrag av: Helga Aune, Jan Balstad, m.fl.) Oslo: Pax Forlag A/S, 2007. 239 s.

Boken er et slags festskrift i anledning av at det er 100 år siden den første Verkstedsoverenskomsten ble inngått, i april 1907. Boken har en rekke ulike artikler fra bidragsydere knyttet til tariffpartene såvel som andre. Beholdningen er først og fremst riksmeglingsmann Svein Longvas bidrag om «Frontfagsmodellen og lønnsdannelse i en globalisert verden» og økonomiprofessor Kalle Moenes artikkel om «Den norske modellen», som også i hovedsak drøfter systemet for tariffavtaleforhandlinger og lønnsdannelse. Atle Tranøy («Tillitsvald i eit internasjonalt konsern») gir til beste skarpe og gode observasjoner fra et mangeårig virke som tillitsvalgt på toppnivå. Toril Brekke tar for seg historien frem til og etter vedtagelsen av den første overenskomsten i 1907 i bokens mest omfattende bidrag, «Glødende metall. Broer av vilje» (s. 13-93). Fremstillingen har imidlertid større vekt på mikronivået enn på det sentrale forhandlingsnivået og lange linjer. Bidragene ellers er nok en smule preget av formålet. De er mer flanerende enn analyserende, og tidvis skorter det mye på presisjon og begrepsmessig klarhet. Som helhet er boken imidlertid både lesverdig og en betimelig påminnelse om de lange linjer i arbeidsretten og det kollektivarbeidsrettslige systemet.

Stein Evju

ARVERETT

Uskifte og avkorting i arv – al. § 21. Borgarting lagmannsrett 8. oktober 2007 (LB-2006-187235)

Al. § 21 tredje ledd fastsetter at når en arving har fått særøppgjør som ikke er endelig arveøppgjør, skal det

ved senere skifte gjøres fradrag i hans arv etter reglene i §§ 39–42.

Hovedreglen om avkorting er al. § 38 som fastsetter at avkorting bare skal foretas når det er fastsatt av arvelateren eller avkorting vil være i samsvar med hans forutsetninger. I denne saken satt gjenlevende i uskifte da hun muligens ga gaver til en av sine døtre. Retten presiserte at alle overføringer utover kurante gaver fra en person som sitter i uskifte kan anses som arvelodd. Det heter videre: «Det er her ikke et vilkår at gaven står i misforhold til boets størrelse, men gaven må være betydelig. Dersom arvelateren ikke uttrykkelig har fastsatt at en gave skal være forskudd på arv, er det videre et vilkår at det blir godtgjort at avkorting vil være i samsvar med forutsetningene til arvelateren, jf arveloven § 38 første ledd.» Denne siste setning og henvisning til al. § 38 må bero på en misforståelse. Når gjenlevende sitter i uskifte blir arveoppgjør/avkorting for gaver gitt i uskiftetiden uttømmende regulert av § 21. Al. § 21 henviser ikke til § 38 og fastsetter kategorisk i tredje ledd at avkorting skal foretas. Poenget er nettopp at det ikke spiller noen rolle hva gjenlevende selv ønsker når vedkommende sitter i uskifte. Hvis avkorting bare skulle foretas når gjenlevende ønsket det, ville jo gjenlevende kunne forfordle arvingene så lenge al. § 19 ikke kan anvendes. Forholdet mellom al. § 21 og § 38 er i juridisk teori nylig behandlet av John Asland i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål nr. 2 2007 – Omstøtelse, arveforskudd og uskifte.

Peter Hambro

Formkrav for testamenter – al. § 49. Agder lagmannsrett 6. juli 2007 (LA-2007-39314)

Etter al. § 49 første ledd første setning skal testament opprettes skriftlig med to vitner som testator har godkjent og som er til stede sammen og vet at dokumentet skal være testament. Denne saken omhandlet blant annet hva som ligger i dette såkalte kunnskapskravet. Dokumentet som var underegnet av to vitner hadde tittelen «Erklæring» og lød så: «Det bekreftes med dette at kontonummer ... skal avsluttes og pengene overføres til kontonummer...» Deretter fulgte sted, dato og vitneunderskrifter.

Om kunnskapskravet uttalte retten: «Det er ingenting i dokumentets overskrift eller disposisjonstekst som forteller at det dreier seg om en testamentarisk disposisjon. Visse indikasjoner finnes i den del av teksten som gjelder bevitnelsen, først og fremst at det er to vitner. Setningen inneholder også deler av den vanlige vitnepåtegningen etter arveloven § 50. Det samlede inntrykk av overskriften og teksten er imidlertid etter vanlig lese måte neppe at man står overfor et testament.»

Om det ene vitnes kunnskaper het det: «... kjente ikke til disposisjonens innhold utover at det skulle

overføres et beløp fra ... bankkonto til ... bankkonto. Han hadde ingen kunnskaper om beløpets størrelse og disposisjonens art. Det fremgår av hans egen forklaring, og fremstår som nokså innlysende, at han ville ha opptrådt med skjerpet påpasselighet dersom han hadde kjent til at det dreide seg om en gave på vel 4,2 mill. kroner.»

Retten kom til at erklæringen var ugyldig som testament. Kunnskapskravet kan oppfylles på flere måter: dokumentet kan ha tittelen testament som vitnene ser, testator kan fortelle at det dreier seg om et testament eller vitnene kan lese dokumentet og det har et innhold og formulering som gjør det naturlig og rimelig å trekke den konklusjon at det dreier seg om et testament. I Rt. 1965 s. 1291 finnes et tilfelle hvor Høyesterett uttalte seg om kunnskapskravet. I dette tilfelle hadde dokumentet ikke overskriften testament, vitnene var ikke informert om hva de skulle bevitne og selve testamentet var blitt dekket over med et papir.

Høyesterett uttalte bl.a.: «Det er tvert imot på det rene at ektefellene ikke ville at vitnene skulle få vite hva dokumentet dreiet seg om: dokumentet ble holdt dekket av et papir. Etter min mening må det da i relasjon til formregelen i arvelovens § 50 utvilsomt kreves klare holdepunkter utenfor dokumentet for at man skal kunne legge til grunn at vitnene likevel hadde kjennskap til dokumentets egenskap av testament.»

Det sentrale her er at vitnene skal ha mulighet til å få kjennskap til dokumentets egenskap av testament. Dersom vitnene får lese dokumentet, men ikke blir fortalt hva det gjelder og dokumentet ikke har overskriften testament, kan de kun få den nødvendige kjennskap hvis testamentet har en ordlyd som gjør det rimelig klart at det dreier seg om et testament.

Peter Hambro

Tilbakekall av testament og arvepakt, al. § 56. Agder lagmannsrett 9. oktober 2007 (LA-2007-25864)

Et spørsmål i denne saken var om ugjenkallelighet kunne innfortolkes i et felles testament opprettet av to ektefeller. Ektefellene hadde fire barn, en sønn og tre døtre. I 1989 overdro de en dagligvareforretning til sønnen for en pris som inneholdt et betydelig gavement. Foreldrene opprettet da sammen et testament hvor sønnen i en påtegning erklærte at han ved et fremtidig skifte frasa seg videre arv. I testamentet var det bestemt at de tre døtrene skulle arve ektefellenes felles bolig, en annen ubebygd tomt og dele andre verdier likt mellom seg. Videre undertegnet foreldrene en erklæring hvor det ble henvist til salget til sønnen og testamentet og ble fastsatt salgsforbud på disse faste eiendommer. Erklæringen ble tinglyst på boligeiendommen. En del år senere fikk foreldrene behov for pleie og stell hvilket de fikk av den eldste datter. De ønsket at denne datter skulle flytte inn til dem, men

dette ville nødvendiggjøre en omfattende ombygging. I 2004 overdro foreldrene boligen til den eldste datter for 1. mill. kroner, ved to takster var den blitt verdsatt til 2,4/2,6 mill. kroner. Samtidig ble det tidligere testament tilbakekalt og et nytt testament opprettet hvor det ble bestemt at restboet skulle arves av de to yngste døtrene. Overdragelsen ble tinglyst og den tinglyste erklæring om salgsforbud ble avlyst.

De to yngste døtrene mente salget av boligen var ugyldig. Lagmannsrettens flertall mente testamentet ikke var en arvepakt i forhold til døtrene og at erklæringen ikke var til hinder for salg. Mindretallet mente erklæringen om salgsforbud var bindende for foreldrene og at eiendommen måtte tilbakeføres foreldrenes dødsbo.

Retten presiserte at hvorvidt testamentet ut fra en konkret vurdering kunne anses som en arvepakt måtte bero på en fortolkning. Retten mente videre at for ektefellene seg imellom kunne det være nærliggende å tolke det felles testament som å ha virkning som en arvepakt. Det heter her: «En må legge til grunn at testamentet ville hindret hver av ektefellene til på egen hånd å fastsette ved testament eller på annen måte foreta noe som ville hindre gjennomføringen av det ektefellene opprinnelig hadde avtalt og i fellesskap fastsatt i 1989-testamentet.» Forholdet var imidlertid annerledes overfor de to yngste døtrene – de kunne i høyden anses som en gavemottaker som kunne ha innrettet seg etter et løfte.

Det heter videre: «Når da de to testatorene senere blir enige seg imellom – noe retten ikke er i tvil om – å endre testamentet/arvepakten til skade for de yngste døtrene, samt å foreta en livsdisposisjon ved salget av boligen til ... slik at oppfyllelsen av det som de to ektefellene opprinnelig hadde fastsatt i 1989-testamentet ikke lenger var mulig, må foreldrene i utgangspunktet hatt full frihet til dette i forhold til døtrene. Det er ikke noe ved testamentet selv som tilsier at foreldrene overfor døtrene har ment at de skulle binde seg en gang for alle.»

Spørsmålet var så om erklæringen om salgsforbud skulle få noen innvirkning «som tolkningsfaktor i vurderingen av om testamentet binder foreldrene som et ugjenkallelig testament i forhold til døtrene.» En advokat som hadde bistått med å utforme dokumentene i 1989 hadde uttalt at etter hans mening var formålet med erklæringen om salgsforbud å sikre for fremtiden at huset ville tilfalle de tre døtrene i fellesskap.

Allikevel uttalte retten: «Avgjørende for tolkningen av om testamentet var å anse som en arvepakt i forhold til døtrene, blir like fullt en kombinasjon av at testamentet selv ikke inneholder noen reservasjoner om manglende endringsmuligheter eller andre objektive faktorer som kan peke i denne retning, at testamentet og øvrige dokumenter ikke var basert på eller ville utløse noen disposisjoner av rettslig relevans fra

døtrenes side, og endelig at foreldrene i 2004 ikke selv synes å mene at de i 1989 skulle ha bundet seg opp en gang for alle overfor de tre døtrene.»

Retten kom enstemmig til at testamentet av 1989 ikke var å anse som en arvepakt. Dissensen skyldtes vurderingen av om erklæringen om salgsforbud isolert sett begrenset foreldrenes rett til å foreta disposisjoner over eiendommen i forhold til døtrene. Flertallet la avgjørende vekt på at erklæringen om salgsforbud var å anse som en ensidig bebyrdende disposisjon som «foreldrene – i likhet med andre gaveløfter og alminnelige testamentsdisposisjoner – må ha stor frihet til i fellesskap å kunne omgjøre etter eget forgodtbefinnende.» At erklæringen var kommet til døtrenes kunnskap, var uten betydning.

Mindretallet la bl.a. vekt på erklæringens ordlyd og at den ble tinglyst som en heftelse. Mindretallet mente også at ordningen med testament kombinert med erklæringen om salgsforbud ville bli meningsløs i forhold til det som var hensikten med transaksjonene i 1989 dersom salgsforbudet skulle kunne tilbakekalles etter foreldrenes eget forgodtbefinnende. Erklæringen ble sendt til hver av døtrene på deres daværende hjemadresser. Mindretallet hadde også et annet syn på de avtalerettslige virkninger av et gaveløfte. Det ble uttalt: «Men, de grunnleggende avtalemekanismer, løfte/kommet frem til løfteadressat og aksept er de samme. ...I dette tilfellet er det imidlertid ingen tvil som gjør at særskilte regler for gaveløfter får anvendelse.»

Dommen er et eksempel på at domstolene er svært forsiktig med å innfortolke ugjenkallelighet i testamenter. Dette er i tråd med tidligere rettspraksis og juridisk teori. Spørsmålet om ugjenkallelighet kan innfortolkes i et testament er grundig behandlet av Torstein Frantzen i TfR 1996 s. 85 flg. Jeg er enig i rettens vurdering av om testamentet kunne anses som en arvepakt. Derimot har jeg problemer med å følge flertallets syn når det gjelder betydningen av erklæringen om salgsforbud. Jeg er enig med mindretallet i at det er vanskelig å se noen hensikt i en erklæring om salgsforbud som tinglyses, dersom utstederen står fritt til å tilbakekalle erklæringen senere. Flertallet går også noe langt i å anse et løfte som uforpliktende utelukkende fordi det dreier seg om et gaveløfte.

Peter Hambro

Bortkommet testament, elektronisk lagrede kopier – al. § 69. Borgarting lagmannsrett 20. august 2007 (LB-2006-27667). Dommen er anket til Høyesterett. Saken gjaldt rett til arv etter et bortkommet testament. Det var uklart hvordan originaltestamentet var kommet bort og det fantes ikke noen papirkopier, derimot et antall elektronisk lagrede og elektronisk sendte eksemplarer av testamentet. D hadde en samboer C, de var forlovet og skulle gifte seg påsken 2005. D døde i

februar 2005. D var ganske formuende og etterlot testament til fordel for C. Retten mente ut fra vitneforklaringer at det var på det rene at formkravene ble fulgt da testamentet ble opprettet. Spørsmålet var så om testamentet var tilbakekalt og om elektronisk lagrede eksemplarer kunne brukes som bevis for testamentets innhold. Dette siste spørsmålet er så vidt jeg vet ikke tidligere behandlet av domstolene og er høyst praktisk i dag.

Om elektronisk dokumentlagring uttalte retten først generelt:

«Innledningsvis er det grunn til å påpeke at arveloven er gitt i en tid da elektronisk tekstbehandling, dokumentlagring, epost etc. ikke fantes. ... Det er likevel klart at utviklingen på itsektoren ikke vil være uten betydning i forhold til testamenter og testamentsarv som bevis i forhold til arveloven § 69. Det er imidlertid grunn til da å være oppmerksom på de svakheter slike bevis har og de muligheter for feilslutninger som derved kan oppstå. Således vil f. eks. endringer i elektroniske dokumenter fjerne det som rettes slik at det endrede dokument fremstår som et tilsynelatende uendret eksemplar av originalen. Er et testament først lagret elektronisk vil det også kunne bli gjenfunnet selv om testator tilbakekaller testasjonen, både ved å ødelegge originaldokumentet og å slette det elektroniske eksemplaret fra lagringsstedet. Ved hjelp av forholdsvis enkle teknikker vil slettede dokumenter kunne finnes og rekonstrueres.

For å sikre notoritet omkring arvelaters siste vilje er det derfor grunn til å håndheve fast de strenge beviskrav som gjelder i forhold til bortkomne testamenter etter arveloven § 69...»

Retten uttalte videre om § 69: «Det er en forutsetning for å ta arv etter et bortkommet testament at dette er gyldig opprettet, ikke tilbakekalt og at innholdet lar seg klarlegge, jf vilkårene i arveloven § 69. Spørsmålet om disse lovvilkårene er til stede, vil bero på konkrete bevisvurderinger. Bevisbedømmelsen er fri og det kreves ikke at det nødvendigvis må foreligge en kopi av selve originaleksemplaret. ... Lar det seg føre fullgodt bevis for at arvelater har opprettet et gyldig testament, som ikke senere er trukket tilbake og hvor det ikke er tvil om innholdet, skal hans siste vilje oppfylles.»

I dette tilfellet var IT Ds fag og det var høyst naturlig for ham å benytte seg av elektronisk dokumentbehandling. Retten la til grunn at testamentet var opprettet som dokument på Ds pc 4. november 2003. Dokumentet var ikke blitt åpnet etter 7. november det året og retten mente originaleksemplaret ble skrevet ut og underskrevet sammen med vitner den dagen. Samme dag sendt D en epost til sin forlovede C med testamentet som vedlegg. Testamentet ble videre funnet på backupfiler, lagret på særskilte harddisker, som D hadde oppbevart i sin safe og i en bankboks. Kort tid før han døde hadde D sendt testamentet med epost til

familiens advokat. Alle steder var dokumentet datert 7. november 2003. Lagmannsretten konkluderte derfor med, i likhet med skifteretten, at de likelydende dokumenter som ble funnet etter Ds død, var identiske med det gyldig opprettede originaltestamentet som var bortkommet.

For selve sluttkonklusjonen la lagmannsretten avgjørende vekt også på at testamentet hadde et innhold som fremsto som helt logisk og at det ikke forelå noen holdepunkter for at testamentet var trukket tilbake. C hadde derfor «bevisført i en slik grad som må kreves etter arveloven § 69, at D etterlot seg et gyldig opprettet testament, som ikke var tilbakekalt, og at innholdet er klarlagt.»

Elektronisk lagrede dokumenter kan altså brukes som bevis for innholdet i et bortkommet gyldig opprettet testament og de eventuelle svakheter av rent teknisk art som retten påpekte vil være et moment i den samlede bevisvurdering.

Peter Hambro

AVTALERETT

Litteratur

Ny doktoravhandling: *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold av Henriette Nazarian*

I løpet av de siste årene har det blitt innlevert fire doktoravhandling med den generelle lojalitetsplikten som tema i Skandinavia. Den senest publiserte av disse avhandlingene er Henriette Nazarians avhandling *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, som i høst utkom på Cappelen Akademisk Forlag. De tre andre avhandlingene er i kronologisk publiseringsrekkefølge Anders Holms *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten: en allmän rättsprincip*, Jori Munukkas *Kontraktuell lojalitetsplikt* og Erika P. Björkdahls *Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden: en civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter*. Alle de tre sistnevnte er svenske doktoravhandling.

Henriette Nazarians avhandling kan sies å være delt i tre hoveddeler. I den første hoveddelen (del I-IV) får man en introduksjon til emnet, hvor lojalitetsplikten plasseres i en rettslig og historisk sammenheng, og hvor også enkelte metodiske spørsmål drøftes. I den andre hoveddelen (del V-VII) finner man en fremstilling av den generelle lojalitetsplikten, før hun i den siste hoveddelen (del VIII) går over til en behandling av lojalitetsplikten i enkelte kontraktstyper. De kontraktstypene som behandles er kjøp, franchising og arbeidsforhold.

Herman Bruserud

Spørsmål om fradrag i yrkesskadeforsikring – Høyesteretts dom 12. oktober 2007 (nordsjødykkerdommen)

Saken gjaldt spørsmålet om det skulle gjøres fradrag i yrkesskadeforsikringen for beløp som var utbetalt etter særskilte støtteordninger etablert for pionérdykkerne i Nordsjøen. Under dissens (4–1) kom Høyesterett til at det bare skulle gjøres et begrenset fradrag i erstatningen for tapt inntekt, mens mindretallet var av den oppfatning at beløp under statlige støtteordninger skulle fratrekkes fullt ut, og beløp under en privat støtteordning (Statoil-ordningen) skulle fratrekkes delvis.

Partene – dykkeren og Yrkesskadeforsikringsforbundet – var enige om at vilkårene for erstatning etter lov om yrkesskadeforsikring var oppfylt, og om erstatningens omfang. Uenigheten gjaldt utelukkende avkortningsspørsmålet. Dykkeren hadde fått utbetalt kr 200 000,- etter en statlig kompensasjonsordning som var etablert i 2000, og ca. kr 2,4 mill. etter en ny statlig kompensasjonsordning som ble etablert i 2004 (40 G-ordningen). Kravet mot Statoil-ordningen ble avslått fordi søknaden var fremsatt for sent, men Statoil ble senere dømt til å betale kr 500 000,- på erstatningsrettslig grunnlag.

Kravet etter yrkesskadeforsikringsloven var fordelt med ca. kr 800 000,- for lidt inntektstap og ca. kr 2,2 mill. for tap i fremtidig erverv og ménerstatning. Utmåling av erstatning for lidt inntektstap baseres på en individuell vurdering, mens erstatning for tap i fremtidig erverv og ménerstatning skjer etter standardiserte utmålingsregler i yrkesskadeforsikringsforskriftens § 3-2 og § 4-1. Etter flertallets mening innebærer *standardiseringen* av erstatningen for tap i fremtidig erverv og ménerstatning «at det overhodet ikke kan kreves fradrag for utbetalinger som går inn under fradragreglene i skadeserstatningsloven § 3-1 tredje ledd». Den utmålte standarderstatning er med andre ord å betrakte som en nettoerstatning, hvor det allerede er tatt hensyn til at skadelidte kan ha mottatt trygd og annen økonomisk støtte.

Frdrag kunne heller ikke gjøres på *ulovfestet grunnlag*. Førstvoterende uttalte at det riktignok har utviklet seg en «lære om at det ved utmåling av erstatning på nærmere bestemte betingelser skal gjøres fradrag for fordeler («compensatio lucri cum damno»)), men for «pengeytelser som tar sikte på å kompensere for inntektsbortfall eller redusert livsutfoldelse», må fradragreglene i skadeserstatningslovens § 3-1 tredje ledd oppfattes som uttømmende. Ved utmåling av personskadeerstatning vil den ulovfestede regel om fradrag for fordeler (berikelsesregelen) følgelig regulere betydningen av skadelidtes *besparelser* o.l. som følge av skaden, men ikke spørsmålet om det skal gjøres fradrag for *pengeytelser* av nevnte karakter.

Heller ikke kunne det gjøres fradrag basert på *prinsippet om at en skade ikke skal erstattes to ganger*. Hvis skadelidte hadde krevd og fått erstatning fra en ansvarlig skadevolder (jf. yrkesskadeforsikringslovens § 8 tredje ledd), kunne han ikke ha krevd det samme tapet dekket av yrkesskadeforsikringen. Utbetalinger «ex gratia» – dvs. utbetalinger som ikke har skjedd på erstatningsrettslig grunnlag – hindrer derimot ikke krav mot yrkesskadeforsikringen. Utbetalingene under de statlige støtteordningene måtte anses å tilhøre den sistnevnte kategori; de bygde ikke på en erkjennelse av at staten var erstatningsansvarlig, men på en oppfatning om at staten hadde et moralsk ansvar for å gi pionérdykkerne en gunstig kompensasjonsordning, og hindret dermed ikke dekning under yrkesskadeforsikringen.

Spørsmålet om fradrag skulle gjøres i erstatningen for lidt inntektstap – som ikke er standardisert – måtte vurderes etter bestemmelsen i skadeserstatningslovens § 3-1 tredje ledd annet punktum, som bestemmer at det «kan» gjøres fradrag for bl.a. «annen vesentlig økonomisk støtte». Her måtte utbetalingene fra såvel de statlige ordninger som fra Statoil anses som vesentlige i forhold til skadelidtes tap. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til at det skal gjøres fradrag. Det sentrale vurderingstema er «hvor langt disse utbetalingene tar sikte på å kompensere for» den samme skaden, dvs. for inntektsbortfall i den aktuelle perioden. Alle de aktuelle støtteordningene ble ansett å være i en viss utstrekning kompensasjonsrelevante, og erstatningen for lidt inntektstap ble redusert med omlag halvparten.

Mindretallet tok utgangspunkt i at den statlige støtteordningen fra 2004 (40 G-ordningen) «av Stortinget var ment ikke å skulle komme i tillegg til utbetalinger etter yrkesskadeforsikringsloven». Dette var riktignok ikke sagt uttrykkelig, men det fremgikk etter mindretallets oppfatning av innstillingen til Stortinget og av stortingsdebatten at ordningen var ment som den øvre ramme for erstatningen, og ikke som et supplement. Mindretallet la også vekt på hensynet til likebehandling av dykkere som ble arbeidsuføre før 1. januar 1990 (som ikke hadde rett til yrkesskadeforsikring) og dykkere som ble arbeidsuføre senere. Med dette som bakgrunn, kom mindretallet til at utbetalingene under støtteordningene måtte behandles som *erstatningsutbetalinger*, selv om det ikke forelå noen ansvarserkjennelse, og selv om ansvarsspørsmålet var uavklart. Etter mindretallets oppfatning måtte derfor betalingene under støtteordningene komme til fradrag fullt ut, basert på prinsippet om at samme skade ikke kan kreves erstattet to ganger.

Are Stenvik

Finst det reelle ekteskap? Refleksjonar på bakgrunn av Rt. 2006 s. 1657

I Rt. 2006 s. 1657 kan det synast som om eit par fekk dom på at ekteskapet deira var «reelt», rett nok med dissens 3–2. Saka galdt eit vedtak av Utlendingsdirektoratet, stadfesta av Utlendingsnemnda, om å nekte familiesameining. Søkjaren var gift med ein norsk statsborgar, og både fleirtal og mindretal i Høgsterett var samde om vurderingstemaet: «Det avgjørende spørsmål er altså om det ekteskap som A inngikk i 2001 var reelt» (avsnitt 37, jf. avsnitt 30 og 44). Etterpå presiserer førstvoterande temaet slik: «Ville han på dette tidspunktet [tidspunktet for ekteskapsinngåinga] ha inngått ekteskapet dersom denne utsikten [til å få opphalds- og arbeidsløyve] ikke hadde vært til stede? At ekteskapet var og også senere har vært reelt for ektefellen, kan i denne forbindelse ikke ha noen betydning» (avsnitt 37). Uttrykk som at ekteskapet var inngått «pro forma», blir også nytta i avgjerda.

Det er lett å sjå kva saka galdt: Gav ekteskapet slik tilknytning til riket at løyve måtte gjevast etter utlendingslova § 9? Det var altså ei sak om tolking og bruk av utlendingslova med forskrifter, ikkje om familierettsleg status. Men det seier ikkje Høgsterett med reine ord, og dei mange formuleringane om «reelt» ekteskap og «pro forma» ekteskap kan skapa eit inntrykk av at det eventuelt var ekteskapet det var noko gale med.

Alle ekteskap er «pro forma» – ekteskapet er nettopp eit spørsmål om formell, rettsleg status. I høve til ekteskapslova er ein anten gift eller ikkje gift, noka mellomstilling finst ikkje. Det skal som kjent ikkje så mykje til for å bli gift, heller (sjå ekteskapslova § 11). I nokre få tilfelle kan ein få fastsett ved dom at ekteskapet er ugyldig (ekteskapslova § 16), men ein meir eller mindre tvilsam motivasjon for å gifte seg er heldigvis ikkje mellom ugyldiggrunnane. Ingen av dommarane i den aktuelle saka ville nok tenkje seg å rekne partane som ugifte i høve til reglar om formuesforhold, reglar om bigami osv. Men ein kan ikkje sjå bort frå at resonnementet hadde vorte klårare om spørsmålet hadde vore stilt på ein betre måte, som eit spørsmål om tilstrekkeleg tilknytning til riket. Når førstvoterande trekker inn slikt som aldersskilnad og utsiktene til å få barn som ledd i vurderinga av om ekteskapet er reelt, kan tankane lett gå i andre retningar enn til utlendingslova.

I nordisk juss har vi ingen vanskar med å godta at ord og uttrykk kan tolkast ulikt frå lovføresegn til lovføresegn. Ei anna sak er at utlendingslovgjevinga godt kunne ha vist tydelegare at det ikkje alltid er nok å vera gift. Da ville ein sleppe misvisande diskusjonar om reelle ekteskap.

Kåre Lilleholt

Verkeområdet for husleigelova og faren med legaldefinisjonar – Rt. 2007 s. 1090

I Rt. 2007 s. 1090 kom Høgsterett til at ein bruksrett til bustad for resten av brukarens levetid ikkje var eit leigeforhold som var omfatta av husleigelova, fordi pleie og omsorg – ikkje bruksretten – var det vesentlege i avtaleforholdet, jf. husleigelova § 1–1 andre ledd andre punktum.

Avtalen gjekk ut på at ei mor skulle ha ein burett for resten av levetida i ein ny bustad som dottera var i ferd med å skaffe. Etter avtalen skulle mora ikkje betale leige og heller ikkje betale for straum, men ho skulle betale eit eingongsvederlag på vel 800 000 kroner. I avtalen var det gjort greie for at denne summen kom fram ved kapitalisering av eit månadleg vederlag. Mora var sjuk da avtalen vart gjord, og ho døydde sju månader etter at ho hadde flytta inn hos dottera. Andre arvingar kravde tilbakeføring av mesteparten av vederlaget for buretten. Grunnlaget var prinsipielt at det galdt eit vederlag i strid med forbodet i husleigelova mot forskotsbetaling, subsidiært at det var ei gåve i strid med arvelova § 19. For Høgsterett galdt spørsmålet berre det prinsipielle grunnlaget.

I husleigelova § 1–1 første ledd heiter det at lova gjeld «avtaler om bruksrett til husrom mot vederlag». Isolert sett gjekk den aktuelle avtalen inn under denne formuleringa. Førstvoterande viste til ein føresetnad i førearbeida om at bruksrettar som er avtala i samband med avhending av fast eigedom, ikkje utan vidare er omfatta av lova – i tråd med tidlegare rettspraksis. Førstvoterande kom likevel til at vår avtale skilde seg frå slike bruksrettar, og uttala: «Uten holdepunkter i forarbeidene viker jeg derfor tilbake for å la avtaler som den i vår sak, omfattes av same prinsipp som avtaler om borettsforbehold ved salg (avsnitt 34). Derimot fann ho altså at innslaget av pleie og omsorg var sterkt nok til at avtalen kunne kallast ein «sammensatt avtale», og at bruksretten ikkje var det vesentlege i avtaleforholdet.

Resultatet er det ikkje noko å seie på. Men saka viser at det kan ha sine ulemper å fastsetje verkeområdet for ei lov med reine ord. Husleigelova frå 1939 galdt for «ethvert leieforhold», og så vart det opp til rettspraksis og teori å finne ut kva det kunne tyde (forfattaren av desse linene ofra meir enn femti sider på det i boka *Personskifte i husleieforhold* frå 1986). Same teknikken er nytta til dømes i kjøpslova. Med den meir presise formuleringa i husleigelova frå 1999 kravde altså Høgsterett klare haldepunkt i lovtekst eller førearbeid (det siste var tydeleg tilstrekkeleg) for å gjera unntak. Det kan innvendast at det ikkje står i husleigelova § 1–1 første ledd at lova nødvendigvis gjeld for alle avtaler om bruksrett til husrom mot vederlag, og drøftinga i førearbeida av bruksrettar som ledd i

avhending illustrerer det poenget. Ein kan ha sympati for den meir fleksible haldninga i lagmannsrettsavgjerda: «Uttalelsene [om bruksrett som ledd i avhending] gir imidlertid anvisning på at vurderingen av om loven kommer til anvendelse på bruksretter m.v. må skje på bakgrunn av en tolkning av stiftelsesgrunnlaget for den aktuelle bruksrett. Det er etter lagmannsrettens syn ikke holdepunkter for å anta at forarbeidene har ment å gi en uttømmende angivelse av tilfeller som faller utenom loven, slik de ankende parter har fremholdt.»

Kåre Lilleholt

IMMATERIALRETT

Varemerkerett

Bruk av foretaksnavn som varemerke – EF-domstolens avgjørelse i sak C-17/06 (Céline)

Etter varemerkelovens § 3 kan enhver bruke sitt navn eller foretaksnavn som varekjennetegn, «når det ikke skjer på en slik måte at det blir egnet til å forveksles med et varemerke ... som allerede er vernet for en annen». Motsetningsvis er det ikke lov å bruke foretaksnavn som varemerke om det fører til risiko for forveksling, med mindre unntaksregelen i § 5 annet ledd kommer til anvendelse. Etter denne kan foretaksnavn brukes i den utstrekning det er «i samsvar med god forretningsskikk».

Når et foretaksnavn tas i bruk ved omsetning av varer eller tjenester, oppstår dermed følgende spørsmål: Brukes foretaksnavnet *som varemerke* (herunder som kjennetegn for tjenester)? Hvis så er tilfellet, må man spørre videre: Er foretaksnavnet identisk med det beskyttede varemerket, og brukes det for de samme varer eller tjenester, eller foreligger det en slik likhet mellom kjennetegnene eller varene at det kan oppstå *risiko for forveksling*? Og hvis et av disse spørsmålene besvares bekreftende: Er bruken likevel lovlig fordi den er i samsvar med *god forretningsskikk*?

EF-domstolens avgjørelse 11. september 2007 i *Céline* gjelder det første og det siste av de nevnte spørsmålene. Til spørsmålet om et foretaksnavn er tatt i bruk som varemerke, slik at det potensielt kan krenke bestående varemerkerettigheter, sa Domstolen at varemerkebruk er bruk som tar sikte på å skille innehaverens varer eller tjenester fra andres varer eller tjenester. Bruk av et foretaksnavn, et handelsnavn eller en betegnelse på en forretning utgjør ikke i seg selv varemerkebruk. Men hvis et slikt navn brukes «in such a way that a link is established between the sign which constitutes the company, trade or shop name ... and the goods marketed or the services provided», vil det være tale om varemerkebruk (premiss 23). Et slikt syn

harmonerer godt med det Høyesterett bygde på i dommen i Rt. 2006 s. 1423 (livbøye), hvor førstvoterende uttalte at varemerkebruk tar sikte på å «identifisere varen eller tjenesten i forhold til dens opphav – hvor den stammer fra – for at de som etterspør varen eller tjenesten skal kunne skille den fra andres varer eller tjenester» (avsnitt 31).

Plikten til å opptre i samsvar med god forretningsskikk, innebærer at den som bruker sitt foretaksnavn som varekjennetegn, må ta tilbørlig hensyn til varemerkehaverens legitime interesser. Hvorvidt dette vilkåret er oppfylt, beror på en helhetsvurdering, der det bl.a. skal tas hensyn til (i) i hvilken utstrekning omsetningskretsen, eller i det minste en betydningsfull andel («significant section») av omsetningskretsen, oppfatter kjennetegnsbruken som hentydende til en forbindelse mellom varene eller tjenestene til innehaveren av foretaksnavnet og varemerkehaveren, (ii) i hvilken utstrekning innehaveren av foretaksnavnet burde vært oppmerksom på en slik virkning, og (iii) om varemerket nyter anseelse som innehaveren av foretaksnavnet kan dra fordel av (premiss 34). Det er nasjonale domstolers oppgave å avgjøre om kjennetegnsbruken er i strid med god forretningsskikk, basert på en helhetsvurdering, hvor alle relevante omstendigheter tas i betraktning.

Avgjørelsen representerer en videreføring av Domstolens tidligere avgjørelse i C-245/02 *Anheuser-Busch*. Fra norsk praksis kan nevnes Oslo tingretts dom 22. juli 2005 (Braastad), som finnes omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 3/2005.

Are Stenvik

Tegn som kan utgjøre varemerke

Oppregningen i direktivets art. 2 av tegn som kan utgjøre varemerke er ikke uttømmende, men et «merke» som i virkeligheten består av en ordinær egenskap ved vedkommende vare, skal ikke kunne registreres. EF-domstolens dom 25. januar 2007 i sak C-321/03. Søkeren hadde markedsført gjennomslittige oppsamlingsposer for plassering utenpå støvsugere, og hadde et faktisk monopol på slike varer. Han søkte nå registrering av varemerker som ble beskrevet slik: Varemerket «består af en gennemsiktig beholder eller opsamlingskammer, som er placeret udvendigt på en støvsuger som vist på afbildningen». High Court var i tvil om merkene kunne ha ervervet særpreg gjennom bruk (direktivets art. 3(3)), idet søkeren – *Dyson* – på søknadstidspunktet var alene om å levere slike poser, og forbrukerne derfor oppfattet støvsugere uten pose som *Dyson*-støvsugere, men ikke hadde drevet aktiv reklame for den utvendige posen *som varemerke*.

Selv om spørsmålet ikke hadde vært reist i saken, og ikke formelt var omfattet av High Courts foreleggelse, anså Domstolen seg beføyet til å vurdere om det

søkte merket var et «tegn» som omhandlet i direktivets art. 2.

Domstolen pekte på at artikkelens oppregning av eksempler på «tegn» ikke var uttømmende, men hvis betingelsen «tegn» ikke skulle fratras ethvert innhold, kunne det ikke tillates at enhver varemerkesøknad nødvendigvis måtte anses å utgjøre et «tegn» som omhandlet i art. 2 (premiss 33). Formålet med kravet om «tegn» var særlig å hindre at varemerkeretten ble misbrukt for å oppnå en urettmessig konkurransemessig fordel (34). I den foreliggende sak var søknadsgjenstanden ikke en særlig type utvendig plassert oppsamlingsbeholder, men generelt og abstrakt enhver tenkelig utformning av en slik oppsamlingsbeholder. Her kunne Dyson ikke gjøre gjeldende at søknadsgjenstanden kunne oppfattes visuelt. Det som forbrukeren kunne identifisere ved synet, var nemlig ikke søknadsgjenstanden, men to av dennes grafiske gjenfigelser. Disse kunne ikke anses for det samme som søknadsgjenstanden, idet de – som gjentatte ganger understreket av søkeren – kun var eksempler. Det fulgte av dette at søknadsgjenstanden kunne dekke en rekke forskjellige utforminger, og således ikke var bestemt.

«I betragtning af den eneret, der er uadskilleligt forbundet med varemærkeretten, ville indehaveren af et varemærke for en sådan ubestemt genstand – i strid med det formål, der forfølges ved direktivets artikel 2 – opnå en uretmæssig konkurrencemæssig fordel, da han retmæssigt kunne hindre sine konkurrenter i at udbyde støvsugere med enhver type udvendig genemsiktig opsamlingsbeholder, uanset beholderens form.» (38)

Det følger heraf, at genstanden for den omhandlede ansøgning ... i virkeligheten består i en ordinær egen-skab ved den pågældende vare, og at den derfor ikke udgør et «tegn» i henhold til direktivets artikel 2 (jf. i denne retning *Libertel-dommen*, præmis 27). (39)

Den foreliggende rets spørsmål må derfor besvares med, at direktivets artikel 2 skal fortolkes således, at genstanden for en ansøgning som ... [den foreliggende], som vedrører enhver tenkelig form for genemsiktig beholder eller opsamlingskammer, som er plassert utvendigt på en støvsuger, ikke udgør et «tegn» i henhold til denne bestemmelse, og at den følgelig ikke kan udgøre et varemærke i bestemmelsens forstand.» (40)

Under disse omstendigheter var det ikke foranledning til å fortolke direktivets art. 3(3).

Birger Stuevold Lassen

Markedsundersøkelse som bevis for innarbeidelse av varemerke

I kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 11. desember 2006 i sak nr. 7456 ble et varemerke bestående av bokstaven M ansett for å ha ervervet det nødvendige

særpreg gjennom bruk i meget stort omfang gjennom mer enn 40 år. En markedsundersøkelse der majoriteten av de spurte assosierte M med merkebrukeren eller hans sjokolade, ble imidlertid ikke tillagt avgjørende vekt. «Slike markedsundersøkelser vil alltid være beheftet med usikkerhetsfaktorer. Det er vanskelig å stille spørsmålene slik at man får frem intervjuobjektene syn på spørsmålet om varemerket oppfattes som et særmerke for én næringsdrivende. Videre vil konteksten spørsmålene stilles i, og de svaralternativer som gis, kunne ha stor betydning for resultatene som oppnås.» Når det dreide seg om et merke som hadde vært brukt i slikt omfang som i den foreliggende sak, ville imidlertid slike usikkerhetsmomenter måtte få underordnet betydning for resultatet.

I sak 24/05 P *Storck* for EF-domstolen hadde OHIM nektet registrering av et tredimensjonalt merke, utsendet av et sukkertøy, på grunn av manglende særpreg. Avgjørelsen ble opprettholdt av Førsteinstansretten og appellen over dennes dom forkastet av Domstolen 22. juni 2006. Søkeren hadde fremlagt en markedsundersøkelse med sikte på å bevise at varemerket var velkjent. Retten fant at kjennskapet til merket ikke var godtgjort ervervet på grunnlag av formen, men på grunnlag av det ledsagende produsentnavn (Retten premis 66). Domstolen viste til at Retten hadde konstatert at de fremlagte markedsundersøkelser ikke kunne utgjøre bevis for at merket var kjent, og bemerket at «Sådanne opinionsundersøgelser skelner imidlertid ikke mellom de situationer, hvor forbrukerne er blevet konfronteret med varemærket» (premiss 75).

Birger Stuevold Lassen

Kjennetegnsrett

Foretaksnavns identitet og forvekselbarhet

Krav om administrativ opphevelse etter foretaksnavnelovens § 3-6 kan bare grunnes på at registreringen er i strid med lovens § 2-6. Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 11. desember 2006 i sak nr. 7642.

Foretaksregisteret registrerte foretaksnavnet BEAUTYCARE AS for engroshandel med parfyme og kosmetikk, idet man fant at navnet ikke var identisk med det tidligere registrerte BEAUTY CARE AS for et foretak i samme bransje. Innehaveren av BEAUTY CARE AS begjærte opphevelse av registreringen ved administrativ overprøving, idet han fremholdt at navnene var egnet til å forveksles. Patentstyrets 1. avdeling fant at BEAUTY CARE ikke hadde slikt særpreg at det hadde vern etter foretaksnavnelovens § 2-6 nr. 4, og bemerket at konsekvensen av å velge et rent beskrivende foretaksnavn var at man ikke kunne hindre at andre fikk registrert et foretaksnavn som «er likt, men ikke identisk».

Patentstyrets 2. avdeling fant det klart at BEAUTY CARE AS og BEAUTYCARE AS i foretaksnavne-

lovens forstand er identiske foretaksnavn, og at BEAUTYCARE AS således var registrert i strid med lovens § 2-1. Det var riktignok fremholdt i foretaksnavnelovens forarbeider at bestemmelsen om at foretaksnavn ikke må være identiske, skal tolkes bokstavelig – et tall eller en bokstav måtte være tilstrekkelig til å skille ellers like foretaksnavn. Men i fortsettelsen var det gjort en reservasjon: «Ortografiske tegn, dvs. komma, punktum eller lignende vil imidlertid ikke ha tilstrekkelig adskillende evne» (Ot. prp. nr. 43 (2002–2003) s. 47). Dette måtte innebære at BEAUTY CARE AS skulle ha vern mot BEAUTY, CARE AS, mot BEAUTY.CARE AS, og vel også mot BEAUTY-CARE AS. Annen avdeling fant det da vanskelig å forstå at BEAUTYCARE skulle stå i en annen stilling – det som skjedde når man skrev BEAUTYCARE i stedet for BEAUTY CARE, var, rent språklig sett, at man fjernet et ortografisk tegn, mellomrommet.

En registrering kunne imidlertid ikke oppheves ved administrativ overprøving fordi lovens § 2-1 var overtrådt. Krav om administrativ overprøving etter § 3-6 kunne bare grunnes på at navnet var registrert i strid med lovens § 2-6. Første avdelings beslutning om å nekte opphevelse av registreringen måtte derfor stadfestes.

Birger Stuevold Lassen

MEDELELSER

Norsk Forening for Komparativ Rett

Norsk Forening for Komparativ Rett er nylig stiftet og har sete ved Institutt for Privatrekt, UiO. I startfasen skal foreningen samle og formidle informasjon om allerede pågående komparativ forskning og undervisning i Norge, samt de internasjonale nettverk knyttet til dem. Foreningens styre er norsk nasjonalkomiteé i International Academy of Comparative Law og i International Association of Legal Sciences og tar også ellers sikte på å fremme norsk komparativrettslig forsknings deltagelse i internasjonale fora.

Komparativ rett er studie og sammenligning av flere rettssystemer med det formålet å bedre kunne forstå rettens struktur. Komparativ rett er mer enn studiet av utenlandsk rett: En fremstilling av flere rettssystemer er ikke komparativrettslig så lenge den nøyer seg med å gjengi hvert systems egen struktur og egne juridiske kategorier. Dette er fordi hvert system har sin egen struktur og tradisjon, og regelverket forstås fullt ut kun i sammenheng med den; hvis dette ikke blir erkjent, risikerer man å overse underliggende likheter som skjules av avvikende strukturer eller å forutsette lik anvendelse av liklydende regler til tross for avvikende rettstradisjoner.

Som illustrasjon for førstnevnte risiko kan man

nevne den engelske tradisjon å forklare kravene ut fra deres prosessrettslige håndheving, mens kontinentalrettslig tradisjon heller ser på den underliggende materielle rettighet. Foreldelsesinstituttet, for eksempel, er i norsk rett (og i de fleste rettssystemer som tilhører den såkalte Civil Law-familie) ansett som en del av den materielle retten; i Common Law-systemer blir den definert som prosessrettslig. En fremstilling av privatretten som tar utgangspunkt i hvert systems egen struktur ville derfor mislede en kontinental jurist til å konkludere med at kravene ikke foreldes i engelsk rett, fordi man ikke ville finne tilsvarende regulering i engelsk privatrett. Sett fra et engelsk ståsted, ville en fremstilling av kontinental prosessrett føre til den konklusjon at kravene alltid kan fremmes, fordi man ikke ville finne tilsvarende regel i norsk prosessrett. I realiteten har begge systemer en regulering som sørger for at krav ikke kan håndheves etter en viss periode; men man finner reguleringen i forskjellige deler av rettssystemene og de juridiske mekanismer som iverksetter den er tilsvarende forskjellig. Det ville ikke være korrekt å hevde at den engelske foreldelsesregel ikke har et tilsvarende motstykke i norsk rett fordi man i norsk prosessrett ikke kjenner til de samme tekniske sperrer som engelsk prosessrett har. Den korrekte metode er å konstatere hvordan reguleringen er i hvert system, for så å abstrahere det underliggende hensyn fra de respektive juridiske mekanismer. Finner man ut at hensynene er de samme, kan man konkludere med at begge systemer har sammenlignbare reguleringer, selv om de har forskjellige betegnelser, finnes i ulike deler av rettssystemet, og beror på ulike iverksettelsesmekanismer. Dette forblir uttalt ved en ren beskrivelse av et rettssystem basert på systemets egne begreper og strukturer. Bruk av rettssystemenes egne kategorier og definisjoner kan derfor virke som et hinder for forståelsen av reglens kjerne.

Omvendt; en fremstilling av flere rettssystemer som utelukkende er basert på systemenes egne selvbeskrivelser, kan overskygge at liklydende formuleringer kan føre til vidt forskjellige resultater avhengig av rettstradisjonen i de respektive systemer. I de fleste rettssystemer finner man for eksempel alminnelige regler om at kontrakter kan utfylles slik at de kan fungere etter partenes hensikt; likevel ville det være misvisende å konkludere med at for eksempel engelsk og norsk (eller tysk) rett har de samme regler om utfylling av kontrakter. Engelsk rett har en langt mer restriktiv anvendelse av kriteriet *business efficacy*, som brukes for å rettferdiggjøre en utfylling av kontrakten. Å bruke formuleringene uten å verifisere deres anvendelse i hvert rettssystem, kan derfor føre til at man forutsetter underliggende likheter der disse i realiteten ikke finnes.

Kunnskap om regelverket i flere rettssystemer er derfor kun første skritt i en komparativ analyse. Etter at kunnskap er ervervet, må opplysningene om hvert

rettssystem reduseres til sammenlignbare enheter for at komparasjonen kan begynne. Dette kan medføre bruk av terminologi eller taksonomi som ikke trofast gjenspeiler hvert systems egne begreper eller kategorisering, men som fremhever de underliggende hensyn og mekanismer.

De misforståelser som kan følge av en ren parallell fremstilling av forskjellige rettssystemer kan unngås ved å anvende den såkalte saksbaserte eller funksjonelle metode. Det første omfattende komparative arbeidet som anvendte en saksbasert metode, Cornell Studies on Formation of Contracts, startet i 1957 under ledelse av Rudolf Schlesinger og resulterte i 1968 i den fortsatt meget vel ansette bok om Formation of Contracts. Grunnlaget for arbeidet var tallrike spørreskjemaer som presenterte forskjellige saksforhold. Disse skjemaene ble besvart av representanter fra forskjellige rettssystemer ved å angi hvordan saken ville ha blitt avgjort i det respektive system. Sakene ble utformet slik at de fleste juridiske problemstillinger i alle systemer kunne bli fanget opp, og de ble presentert uten å bygge på noen definisjoner eller begreper med juridiske implikasjoner. Også resultatene skulle bli presentert uten å forutsette at leseren skulle bruke noen juridiske begreper. På denne måten var både spørsmålene og svarene sammenlignbare; de juridiske forklaringene som fulgte med svarene kunne derved bli vurdert på en felles basis og de reelle likheter og forskjeller mellom systemene kunne bli avdekket. At man bør forlate en trofast holdning til rettssystemenes egen selvframstilling er blitt utførlig argumentert for og begrunnet av Rodolfo Sacco og hans meget vel ansette komparativrettslige skole i Torino og Trento, Italia (med forgreninger i England, Tyskland og USA). I Trento utgis det en publikasjonsserie som avdekker de underliggende likheter i privatretten innenfor Europa, «The Common Core of European Law», og flere lignende initiativer florerer nå også andre steder.

I de siste tiårene er denne komparative metode blitt mer og mer brukt i arbeidet mot en harmonisert rett, ikke minst i forbindelse med PECL, Principles of European Contract Law, og lignende initiativer med rettsharmonisering som formål. Bestrebelsen etter en felles regulering kan dog iblant føre til det å legge overdreven mye vekt på substansielle likheter som kan forevises i enkelte tilfeller. Det kan hende at enkelte likheter blir generalisert og behandlet som uttrykk for et underliggende prinsipp som er felles. Dette skjer spesielt når kontinentale jurister ser på engelsk rett, som har en grunnleggende ulik behandling av kontrakter enn den som finnes for eksempel i norsk rett og de systemer som er preget av tysk rett (forskjellene mellom engelsk rett og de systemer som er preget av fransk rett synes å være mindre, men de er fortsatt betydelige). Så kan man bli ledet til å undervurdere betydningen av at engelsk rett opererer med en meget

formell kontraktsrett, der avtalene tolkes bokstavelig og partene ikke har noen generell lojalitetsplikt mot hverandre, verken under forhandlingene eller i forbindelse med avtaleoppfyllelsen. Man kan bli ledet til å fremheve heller at det finnes et deliktsansvar for *misrepresentation* som i noen grad tilsvarende det prekontraktuelle ansvar som vi kjenner i norsk rett og tyskbaserte rettssystemer, og at det finnes enkelte forpliktelser til å opptre redelig (*fiduciary obligations*) i forbindelse med visse kontraktstyper. Fra dette utledes en generell likhet med de rettssystemer der lojalitetsplikten er mer utbygget. Denne generalisering av enkelte regler synes imidlertid å være uten fundament. Riktignok har også engelske dommere begynt å tolke kontrakter på en mer fleksibel måte og de legger mer vekt på kontraktens formål enn de gjorde før; likevel tar de fortsatt ikke hensyn til det som passerte mellom partene i løpet av forhandlingene, eller til etterfølgende adferd (og har et meget snevert rom for utfylling). Resultatet av kontraktstolkingsprosessen kan derfor fortsatt bli veldig forskjellig i England og i Norge eller Tyskland. Videre er det riktig at det i England er lovfestet at uriktige opplysninger avgitt av en av partene under forhandlingene kan gi grunnlag for erstatningsansvar, men det å holde tilbake relevante og vesentlige opplysninger faller ikke under kategorien *misrepresentation* og fører derfor ikke til erstatningsansvar. Det er altså fortsatt en stor forskjell mellom det prekontraktuelle ansvar som vi kjenner i norsk og tysk rett og ansvaret under *Misrepresentation Act* i England. Videre er det riktig at engelsk rett stiller krav om redelighet i visse kontraktstyper der det oppstår et spesielt tillitsforhold mellom partene, men disse hører til unntakene og kan ikke utvides til å gjelde de fleste kontraktstyper. Det er altså intet generelt redelighetsprinsipp i engelsk rett som styrer kontraktstolkning eller -oppfyllelse. En part kan for eksempel håndheve en kontraktsbasert beføyelse selv om den reelle grunn for håndhevingen ikke er knyttet til kontrakten og konsekvensen ikke står i forhold til partenes interesser.

En generalisering av sporadiske likheter kan bli nyttig i et perspektiv *de lege ferenda*, for eksempel i forbindelse med utarbeidelse av en enhetlig regulering som kan støtte seg på ikke helt ukjente prinsipper; men en slik generalisering ville være misvisende i forbindelse med en kartlegging *de lege lata*.

Foreningen har som formål å fremme interesse for den komparativrettslige metode og å støtte virksomheten på dette feltet. Flere opplysninger om foreningen finnes på http://folk.uio.no/giudittm/NFKR_home.html

Giuditta Cordero Moss

Litteratur

Karl-Anders Grønland: *Selskapers handel med egne aksjer*. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2007. 200 sider inkludert registre.

ISBN 978-82-02-26454-3

Boken er en utvidet og ajourført utgave av boken *Selskapers erverv av egne aksjer* fra 1998. Boken behandler spørsmål som oppstår når et selskap ønsker å erverve eller avhende egne aksjer eller aksjer i datterselskaper, med hovedfokus på ervervsreglene. I tillegg til at boken behandler reglene i aksjeloven og allmennaksjeloven kapittel 9, behandles også tilgrensende problemstillinger.

Etter innledning og et oversiktskapittel om internasjonale forpliktelser, foretas en grundig gjennomgang av ervervs- og pantebegrepet (kap. 3). Deretter behandles vilkårene for at selskapet kan bli eier av inntil en tiendedel av egen aksjekapital (kap. 4). Videre tar forfatteren for seg de tidsbegrensede unntakene fra forbudet mot erverv av egne aksjer (kap. 5), øvrige avtale- og børs- og verdipapirrettslige krav, samt selskapets råderett over egne aksjer (kap. 6). I tillegg behandles virkninger for selskapet av en overtredelse av forbudet (kap. 7), erstatningsansvar for selskapets tillitsmenn (kap. 8), salg av egne aksjer (kap. 9), samt en kort oversikt over historikk og fremtidige utviklingsscenarier (kap. 10).

Spørsmålene går rett i kjernen av spenningen mellom ulike aksjerettslige hensyn som egenkapitalvern, hensynet til behov for fleksibilitet og handlekraft og hensyn til likebehandling av aksjeeierne. I tillegg til de aksjerettslige problemstillinger, behandler forfatteren også tilgrensende avtalerettslige, verdipapirrettslige og børsrettslige problemstillinger.

Boken vil være en nyttig oppslagsbok både for jurister, økonomer og andre som arbeider med aksjerettslige spørsmål. Boken har litteratur-, stikkords- og domsregister.

Gina Bråthen

TINGSRETT

Nytt rundskriv til friluftsløven

I forbindelse med at friluftsløven rundet femti år i juni, presenterte Miljøverndepartementet et nytt rundskriv som skal være en veileder til loven. Det nye rundskrivet T-3/07 erstatter den ti år gamle forgjengeren T-6/97. Det nye rundskrivet gir – ifølge seg selv: «en samlet informasjon og veiledning om tolking og anvendelse av friluftsløvens regler i praksis, rettet mot

de myndigheter som har et ansvar for å ivareta og fremme friluftslivsinteressene. Det tar sikte på å kunne styrke forståelsen av friluftsløven og dens nære sammenheng med praktiseringen av andre lover.» Det er altså ingen liten oppgave dette rundskrivet har ambisjoner om å løse. Nyhetene i rundskrivet knytter seg vesentlig til spørsmål som har tilknytning til ferdsel og opphold i strandsonen. For andre uklare og vanskelige tolkingsspørsmål i friluftsløven bringer rundskrivet ikke så mye nytt. Men synspunktene som er videreført fra 1997-rundskrivet vil fremdeles være nyttig for lovens praktiske anvendelse.

Departementet fremhever i rundskrivet at «det har lenge vært bred politisk enighet om at det er viktig å unngå bygging nærmest sjøen for å sikre de viktige interessene som knytter seg til strandsonen». Samtidig ser det ut som man etter hvert har begynt å ta inn over seg at virkelighetsbildet mange steder ser ganske annerledes ut. Det er velkjent at parallelt med denne «brede politiske enigheten» har det pågått en utbredt dispensasjonspraksis i mange kommuner, som nettopp har ført til utbygging i strandsonen. Utbygging av utmarksområder innenfor rammene av gjeldende reguleringsbestemmelser, er i seg selv spørsmål som ligger utenfor rekkevidden av friluftsløven. En innstramming i den utglidende dispensasjonspraksisen for bygging i strandsonen, har imidlertid også vært ledsaget av en mer aktiv innsats fra kommunene for å rydde opp i ferdselshindringer som strider mot friluftsløven. Til bruk i dette arbeidet vil trolig det nye rundskrivet kunne være et godt hjelpemiddel.

Viktige endringer i det nye rundskrivet er i første rekke at føringer fra Høyesterett etter det siste tiårets tre viktige dommer om ferdsel og opphold i strandsonen er innarbeidet. Dette gjelder sakene i Rt. 1998 s. 1164 (Furumoa), Rt. 2005 s. 805 (Hvaler) og Rt. 2007 s. 102 (yxney). Disse sakene har bidratt til presiseringer i spørsmål som forståelsen av hustomtbegrepet, betydningen av om bebyggelsen benyttes til bolig eller fritidsformål, følgen av alternative ferdselstraseer, eksistensen av brygger, moloer, flaggstenger og deres innvirkning på utmarksbegrepet m.v. På disse punktene har rundskrivet fått et godt løft.

Som nevnt bringer rundskrivet ikke fullt så mye nytt utover strandsonespørsmålene, annet enn at behovet for en oppdatert veiledning er understreket og at det er pekt på noen nye utfordringer. Det er naturlig nok også vist til noen nykomne lovbestemmelser innenfor dette feltet, blant annet bestemmelsen i fritids- og småbåtloven § 40 tredje ledd om forbud mot bruk av vannscooter utenfor områder der det er særskilt tillatt. Terrenngsykling og frikjøring på snøbrett og ski trekkes frem som eksempler på nye aktivitetsformer i naturen. Til forskjell fra det forrige rundskrivet, vektlegges i den reviderte utgaven at nye former for friluftsliv og bruk av natur kan gi konflikter og skade på naturen. I lys av dette er det et savn at rundskrivet

ikke går mer konkret til verks med veiledning om hvordan slike nye problemstillinger kan angripes og løses. Nytt er at rundskrivet veileder om det ikke helt upraktiske spørsmålet om ferdselsrett på golfbaner: «Dersom forholdet ikke er særlig regulert, vil en golfbane være å betrakte som like med innmark når den er i bruk. Ferdselelen må trolig likevel være fri (innenfor rimelige begrensinger om skade på plener og andre anlegg) til tider da den mer eksklusive bruken ikke skjer. Vinterstid må en golfbane normalt betraktes som innmark – det vil si at ferdselsretten gjelder med tilsvarende begrensninger som for innmark (...).» Vurderingen er fremsatt uten nærmere drøftelse, forankring, eller begrunnelse. Standpunktet synes blant annet vanskelig å forene med Høyesteretts uttalelse i Rt. 1998 s. 1164 om at uttrykket *dyrket mark* henspeler på markens produktive evne. Gressplen på golfbanen burde derfor på denne bakgrunn ikke uten videre regnes som innmark. Skal rundskrivet tas på ordet på dette punktet, har man oppfunnet en helt ny regel med ferdselsrett i innmark når området ikke er i aktiv bruk. Noe slikt kan jeg ikke se at friluftsløven åpner for. Hvilke holdepunkter departementet nærmere grunner sitt standpunkt på er imidlertid ikke opplyst. Eksemplet kan vel først og fremst tjene som en nyttig påminnelse om et rundskrivs rettskildemessige betydning. Det kan nok være viktig å huske på at synspunktene først og fremst skal gi praktisk veiledning, og ikke nødvendigvis ta ansvar for noen dypere analyse av de mer kompliserte detaljspørsmålene.

En annen aktivitetstype som nærmere behandles i det nye rundskrivet er hesteriding. Her synes jeg departementet fint får frem rundskrivets veilederfunksjon, fremfor å gi det skinn av å være en autoritativ fremstilling av gjeldende rett: «Kommersiell og/eller organisert ridevirksomhet, ofte i regi av rideskoler, har i visse tilfeller skapt konflikter lokalt, særlig om lovligheten av ridning på private veier og slitasjeskader på slike veier. En del mennesker kan føle redsel ved møte med ryttere, særlig om de rir samlet i grupper. Det er derfor viktig at de som arrangerer organisert ridning kontakter berørte grunneiere og kommunen slik at konflikter kan forebygges.»

En liten kuriositet ved rundskrivet – som ikke er nytt med denne versjonen – er at det inneholder et eget avsnitt om høstingsrettene; Retten til plukking av ville bær og blomster, sanking av ved, fiske- og jaktrett osv. Høstingsretten er en utvilsom del av allemannsretten, men friluftsløven har ingen regulering av disse spørsmålene. Det som finnes av lovregulering på området finnes spredt som enkeltbestemmelser i diverse andre lover. Selv om spørsmålene systematisk hører sammen med en behandling av allemannsretten, er det likevel ingen selvfølge at dette hører hjemme i en veileder til friluftsløven.

Avsnittet om betaling i forbindelse med friluftsliv er vesentlig omredigert og oppdatert med det nye rund-

skrivet. Problemstillinger fra dette området har vært gjenstand for en del medieoppmerksomhet i forskjellige sammenhenger, og rundskrivets presiseringer og oppsummering vil her klart nok kunne ha nyttefunksjon. Departementet er, slik jeg ser det, på trygg grunn når det blant annet fremheves at man fritt kan ferdes i alpinanlegg, og at det bare er heistjeneste og lignende det kan tas betalt for. Men sett i sammenheng med departementets syn på golfbaner som innmark, virker dette noe inkonsekvent. Både golfbaner og alpinbakker er områder som er kultivert for et annet formål enn å utnytte markens produktive evne. Samtidig er det på begge disse områdene opplagt behov for å kunne begrense alminnelig ferdsel av sikkerhetshensyn mens den aktuelle aktiviteten pågår. At golfbaner og alpinbakker skal plasseres i hver sin kategori innenfor innmarks- og utmarksvurderingen synes ikke umiddelbart å harmonere så godt. Men det er vanskelig å kommentere det nærmere så lenge rundskrivet ikke gir noen begrunnelse for standpunktene. Spørsmålet om allmennhetens ferdselsrett på både golfbaner, i alpinanlegg, og også på mange andre typer områder lar seg ofte ikke besvare bare utfra en vurdering av om området skal betraktes som innmark eller utmark. Ved å søke løsningen i friluftsløven alene, vil det kunne gi et for snevert inntak til problemstillingene.

Rundskrivet til friluftsløven er et dokument som brukes mye i praksis. Det er et viktig arbeidsredskap for lokale forvaltningsmyndigheter, har en viktig opplysningsfunksjon overfor blant annet friluftslivsorganisasjonene og det benyttes som støtte for advokater som prosederer tvistesaker fra dette fagområdet for domstolene. I lys av utbredelsen, er det godt at departementet legger arbeid i en slik revisjon. Og med tanke på den raske utviklingen som skjer på dette rettsområdet, er det å håpe at nye utgaver vil følge uten alt for mange års mellomrom. Rundskrivet er ikke trykket, men foreligger bare i elektronisk form. Det må man si er et sympatisk tiltak, både av hensyn til naturmiljøet og kontormiljøet!

Marianne Reusch

Tomtefeste

Grunneierens vern etter Grunnlov og EMK ved tvungen forlengelse og innløsning – tre plenumsdommer (HR-2007-01593-P, HR-2007-01594-P og HR-2007-01595-P)

Problemane

Ved tomtefesteløven av 1975 fikk vi vår første lovregulering av tomtefesteinstituttet, hvilket er noe overraskende når man erindrer hvor utbredt tomtefesteforment har vært og fortsatt er hos oss. Hva angår feste for bolig og fritidshus – og det er slike forhold som holdes for øye i det følgende – bar løven i mangt og

meget preg av å være en beskyttelseslov for tomtefesteren. Denne tendens ble forsterket i gjeldende lov av 1996, slik den opprinnelig lød og især med de endringer som kom i 2004. Denne tomtefesterbeskyttelse er i betydelig utstrekning blitt gjort gjeldende også for eldre festeforhold, og spørsmålet har derfor naturlig nok meldt seg om hvor langt lovgiveren kan gå i denne retning uten å komme i konflikt med Grunnlovens regler – eller reglene i EMK.

Høyesterett har i tre plenumsdommer i september d.å. tatt standpunkt til viktige sider av dette problemkompleks:

Kan lovgiveren bestemme at festeren i et eldre kontraktsforhold kan kreve forlengelse av festeforholdet «på same vilkår som før» der det dreier seg om et feste for bolig eller fritidshus? Det var problemet i sak 1 og 2 (Ullern Terrasse- og Rollagdommene) om tomtefestel. § 33. Og når festeren i henhold til en eldre kontrakt krever innløsning av tomten, kan han istedenfor å betale oppjustert årlig festeavgift multiplisert med 30, kreve frikjøp mot å betale 40 prosent av råtomtverdien? Dette var spørsmålet i sak nr. 3 (Ryfylkedommen) knyttet til bestemmelsen i tomtefestel. § 37. Alle tre saker ble bragt direkte inn fra tingrett til Høyesterett – som her var et sterkt redusert plenum fordi storparten av dommerne ble ansett inhabile (jf. Rt. 2007 s. 705). Tomtefesterforbundet og NORSKOG opptrådte som hjelpeintervenienter, og staten møtte i medhold av plenumsloven § 5.

I det følgende skal det kort redegjøres for hovedelementene i resonnement og for domsutfall i den antydede domsrekkefølge.

Forlengelse «på same vilkår» ved boligfeste

Øvre Ullern Terrasse er fester av et areal på ca. 20 dekar, bebygget med 54 terrasseleiligheter. Da den femtiårige kontrakt utløp i 2006, tilbød bortfesteren i samsvar med kontrakten forhandlinger om ny festeavgift eller kjøp av tomten. Men festerne krevet etter tomtefestel. § 33 forlengelse på «same vilkår», dvs. med fortsatt betaling av årlig festeavgift som da var kr 475000. Kapitalisert gir dette kr 9,5 mill., mens eiendomsverditakster gikk fra kr 41 mill. (festers takstmann) til kr 77 mill. (grunneiers takstmann).

Det var akseptert at forlengelse kunne kreves. Tvissten gjaldt «same vilkår».

I den enstemmige dom uttales det at grunnlovsvernet beror på rettsregelens karakter. Her hvor det dreier seg om vern av økonomiske rettigheter, er vernet svakere enn der det gjelder «enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet». Lovgiverens vurdering av grunnlovsmessigheten av en bestemmelse er av stor vekt der det er rimelig tvil om en bestemmelse er grunnlovsstridig. Men det formuleres et kvalitetskrav: Stortingets oppfatning må være basert på «et overveid syn» og eventuelle «misforståelser kan ha betydning for hvilken vekt Stortingets standpunkt tillegges».

På dette punkt rettes det ingen kritikk mot Stortinget, og Høyesterett bemerker at Stortingets syn ikke kan underkjennes fordi man gav uttrykk for en annen oppfatning i 1996.

Et sentralt spørsmål ble om grunnlovsmessigheten skulle vurderes i forhold til Grl. § 97 eller § 105. Til tross for at det her dreier seg om overføring av rådigheit, fant Høyesterett det «klart» at § 97 var avgjørende. Ikke bare har lovgiver sett det slik, «men reglene om forlengelse griper inn i en situasjon som partene *selv har skapt* ved festeavtalen. Avtalen gjør det *nødvendig* at festerne får ha sine bygg på tomten i svært lang tid etter at den avtalte festetid er utløpt. Det er en regulering – med tilbakevirkning – direkte knyttet opp til avtalen, eller rettere sagt til begrensningene i den, som bestemmelsen gir» (mine kursiveringer).

Det sies at dette er i samsvar med «vår rettstradisjon», noe som belegges med henvisning til Knoph: *Rettslige standarder* (1939) s. 160–162, samt til rettspraksis – især til Rt. 1962 s. 369 (Gullklausuldommen) og Rt. 1990 s. 284 (Selsbakk).

Dermed er vi over i «standardteorien», som sies å være «fremherskende i dag». Det innebærer en «helhetsvurdering». I det foreliggende tilfelle er «en velbegrunnet forventning om at lovgiveren beskytter [festerens] *faktiske* situasjon» (min kursivering) tungtveiende. Det vises her til en rekke lovgiverinngrep: i leilendings- og husmannsforhold på 1920-tallet, husleieloven av 1939 § 38 med oppsigelsesvern i § 38 og husleiereguleringen vi har hatt fra første verdenskrig og som delvis fortsatt består. For bortfesteren er det først og fremst spørsmål om adgangen til å forhøye festeavgiften, men han måtte være forberedt på at lovgiveren ville gripe inn i så henseende, slik at hans forventninger ikke tillegges synderlig vekt. At regelen medfører at en økning i tomteverdi (ut over hva endring i konsumprisindeksen tilsier) tilfaller festeren, må være akseptabelt «i den situasjon som forelå».

Oppsummeringen er at når bestemmelsen ikke ansees grunnlovsstridig, er det lagt særlig vekt på følgende:

«Bestemmelsen er begrunnet i *tungtveiende boligsosiale hensyn*. Det forelå et *klart* beskyttelsesbehov for *en rekke* festere, og bortfesterne *hadde ingen rimelig forventning* om å kunne nyte godt av den *helt særegne* prisstigningen på tomtegrunn» (mine kursiveringer).

Forlengelse «på same vilkår» ved fritidshusfeste

Med dette utfall for boligfeste er det ikke så overraskende at heller ikke bortfesteren av grunn for fritidshus kunne vinne frem med anførsel om at § 33 er i strid med Grunnloven. Begrunnelsen i Rollagsaken – vedrørende et 40-årig festeforhold fra 1968 – er kort. Lovgiveren har ment at feste for bolig og fritidshus skal behandles likt, og det må veie tungt. Og det legges til fra Høyesteretts side at selv om «sosiale omsyn» særlig gjelder i forhold til bolig, «har det også stor vekt for trivsel og velferd å kunne ha ein fritidsbustad».

Retten for festeren til å innløse mot å betale 40 prosent av råtomtverdien

Den tredje sak – Ryfylkesaken – gjaldt en boligtomt, bortfestet i 1966 for 99 år. Da festeren forlangte innløsning, gav bortfesteren tilbud om innløsning etter 30-gangerregelen som ville gitt en innløsningssum på kr 318 000. Men festeren krevet innløsning etter 40-prosentregelen, hvilket etter fradrag for festerens påkostninger og med en tomtepris på kr 300 pr kvm gav en innløsningssum på kr 93 000.

Med seks mot én fastslo Høyesterett at 40-prosentregelen var grunnlovsstridig.

Flertallet fant at innløsning til 40 prosent er et ekspropriasjonsinngrep som må vurderes mot Grl. § 105. Lovgiverens oppfatning av grunnlovsmessighet må, der man er i gråsonen, tillegges vekt, men forutsetningen er at det er skjedd en kvalitetsvurdering. Det som sies om dette i Ullern Terrasse-dommen, tilspises nok noe:

«... vesentlige konsekvenser av en lov, som klart fremstår som problematisk i forhold til Grunnloven § 105, må være overskuet og grunnlovsmessigheten vurdert under lovforberedelsen. Fremgår ikke dette, kan uttalelser holdt på et generelt plan om at forholdet til Grunnloven er vurdert og funnet i orden, vanskelig tillegges avgjørende vekt av domstolene.»

Når festetiden er ubegrenset, jf. Ullern Terrasse-dommen, er grunneierværdien den kapitaliserte årsavgift, som her var kr 10 000, altså kr 200 000 med en kapitaliseringsrente på 5 prosent.

Førstvoterende sier videre at departementets forslag var basert på at 20 som kapitaliseringsfaktor ville gi full erstatning, men 30-gangerregelen ble valgt fordi det måtte tas hensyn til at festeavgiften i mange kontrakter ikke gjenspeiler den nåværende tomteverdi. Dertil var det satt en minimumsgrense på kr 50 000 (som skulle inflasjonsjusteres). Hvis departementets forslag var blitt godtatt, «ville det ikke oppstått noe spørsmål i forhold til Grunnloven § 105 i denne saken». Deretter foretas det en detaljert gjennomgang av hva som skjedde i justiskomiteé og Storting. Forslaget fra Høyre og Kristelig Folkeparti om at bortfesteren minst skulle ha 40 prosent av råtomtverdien, endte med en regel om at begge parter kunne kreve 40-prosentregelen lagt til grunn.

Førstvoterende peker på at 40-prosentregelen her fører til en innløsningssum på mellom kr 64 600 og 86 000 når man bygger på de tomteverdier som tingretten angav, mot over kr 200 000 ved en kapitalisering av årsavgiften. Innløsning etter 40-prosentregelen finnes «utvilsomt» å komme i strid med § 105 når den leder til lavere innløsningssum enn ved vanlig kapitalisering. Betydningen av Stortingets syn har her «begrenset vekt», idet det ikke kan sees at konsekvensene av regelen «er overskuet og vurdert i forhold til Grunnloven».

Mindretallet vurderer bestemmelsen i forhold til

Grl. § 97. I realiteten dreier det seg ikke om «en rådighetsoverføring, men en regulering av det oppgjøret som skal finne sted ved kontraktens avslutning», og denne regulering er innenfor de rammer som Grunnloven setter.

Ryfylkedommen og 30-gangerregelen

Når 40-prosentregelen ikke kunne anvendes, hevdet bortfesteren at lovens hovedregel – 30-gangerregelen – måtte anvendes (hvilket tingretten hadde gjort). Men Høyesterett fant det best i samsvar med «Stortingets intensjoner» at bortfesteren ikke skulle ha slik «overkompensasjon» som denne regel innebærer. Bortfesteren må finne seg i oppgjør i henhold til vanlige kapitaliseringsregler – hvilket innebar at saken ble sendt tilbake til tingretten. Og det betyr vel at kapitaliseringsrenten settes til 5 prosent – altså anvendelse av en 20-gangerregel.

EMK-spørsmålet

Tilleggsprotokoll nr. 1 til EMK har regler til vern om eiendomsretten, og disse regler ble påberopt fra bortfesterens side og drøftet av Høyesterett i Ullern Terrasse-dommen. Det foretas en forholdsvis kortfattet drøftelse med utgangspunkt i Menneskerettighetsdomstolens avgjørelse i saken James mot Storbritannia (1979) der grunneieren ikke fikk medhold i at en lov om rett til innløsning i et sammenlignbart forhold var konvensjonsstridig. De norske regler ansees etter dette ikke å komme i konflikt med EMK.

Sammenfatning

Loven gir fester av grunn for bolig eller fritidshus rett til å kreve forlengelse, selv om kontrakten har tidsmessige grenser. Forlengelsen skjer «på same vilkår som før», og det vil først og fremst si med betaling av samme festeavgift regulert i samsvar med § 15.

Kreves det innløsning, er hovedregelen at det betales 30 ganger festeavgift oppregulert (jf. § 15) til det tidspunkt innløsning kreves. Bestemmelsen om at festeren kan nøye seg med å betale 40 prosent av råtomtverdien, er ikke gyldig der dette fører til at grunneieren får mindre enn den kapitaliserte verdi av årsavgiften – i praksis mindre enn 20 ganger årsavgiften. Og der 40-prosentregelen etter dette ikke kan anvendes, gjelder ikke 30-gangerregelen; løsningssummen skal her fastsettes etter vanlige kapitaliseringsregler – altså i praksis etter 20-gangerregelen.

Det synes rimelig å forvente en nærmere lovregulering nå som Høyesterett har trukket opp de grunnlovsmessige rammer.

Thor Falkanger

Reindrift

Ny lov om reindrift

Den 1. juli i år trådte en ny lov om reindrift i kraft, lov av 15. juni 2007 nr. 40. Loven erstatter reindriftsloven av 9. juni 1978 nr. 49. Lovarbeidet kom i gang etter krav fra Norske Reindriftsamers Landsforbund (NRL). NRL ønsket klarere regler for de interne forhold i reindriften og et sterkere vern for reindriftsarealene. Regjeringen gikk i 1998 med på å nedsette et utvalg (Reindriftslovutvalget) men med et begrenset mandat. Utvalget skulle gjennomgå 1978-loven med sikte på endringer i reglene for styring og forvaltning av reindriften og de interne forhold i reindriften. De mer grunnleggende rettighets spørsmål for reindriften skulle vurderes i forbindelse med videreføringen av Samerettsutvalgets arbeid. Samerettsutvalget II ble først nedsatt i 2001.

Reindriftslovutvalget avga sin innstilling i 2001, se NOU 2001:35. Det ble foreslått betydelige endringer når det gjaldt de interne forhold i reindriften, endringer som det redaksjonelt var vanskelig å innpasse i 1978-loven. Det ble derfor nødvendig å legge fram forslag til ny lov.

Seks år etter at Reindriftslovutvalget avga sin innstilling fremmet regjeringen våren 2007 proposisjon til ny lov, se Ot.prp. nr. 25 (2006-2007). Under arbeidet med proposisjonen ble det fra nyåret 2006 holdt konsultasjonsmøter med Sametinget og NRL i henhold til ILO konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater artikkel 6 og konsultasjonsavtalen mellom Regjeringen og Sametinget som ble inngått i 2005 kgl. res. av 1. juli 2005.

Under disse konsultasjonene ble det enighet om ikke nå å foreta forandringer i reglene om styring og forvaltning av næring. Når det gjelder bestemmelsene om de interne forhold i reindriften bygger de nye reglene for det alt vesentlige på Reindriftslovutvalgets forslag.

Reglene i 1978-loven ga reindriftsmyndighetene en meget vid adgang til å gripe inn i enkeltspørsmål internt i reindriften. Reglene i 1978-loven hadde først og fremst et offentligrettslig preg med vide fullmakter til reindriftsforvaltningen. Det var få regler som sa noe om rettigheter og plikter reineierne imellom. Loven ga det inntrykk at det først var etter vedtak fra reindriftsmyndighetenes side at reineierne hadde plikter overfor hverandre; noe som ikke var i samsvar med gamle sedvaner innenfor reindriften.

Lovutvalget så det som viktig å utarbeide regler som bygget på kulturen og tradisjonene innenfor reindriften, og som samtidig ivaretok rettssikkerheten for den enkelte reineier. Ikke minst var det viktig å gi *siida* en sentral rolle ved regelutformingen.

Reindrift drives ikke alene. Flere reineiere har gjerne sine dyr i en felles flokk og eierne har et arbeidsfellesskap når det gjelder tilsyn, flytting og

andre arbeidsoppgaver knyttet til flokken. Dette utgjør *siida*en, se den nye lovens § 51. En *siida* er ikke nødvendigvis den samme året rundt. *Siida*ene som etableres om vinteren kan være andre enn de som dannes om sommeren. Men *siida*ene dannes gjerne innen familier og følger tradisjoner som har røtter langt tilbake. De enkelte *siida*er vil gjerne ha sine faste tradisjonelle beiteområder i de ulike årstider, noe som ikke minst skyldes at reinen er et vanedyr som trekker til de samme beiteområder året rundt og vanskelig lar seg flytte til nye områder.

I reguleringen av forholdene internt i reindriften tok 1978-loven utgangspunkt i den reineier som hadde driftsenhet (en konsesjonsordning innført i 1978) og det distrikt reineieren tilhørte. Dette var mange steder ikke i samsvar med reindriften organisering. De fleste steder er reinbeitedistriktene så store at de ikke utgjør et naturlig arbeidsfellesskap. Treffer man innenfor slike distrikt beslutninger, for eksempel om reintall, uten å ta hensyn til *siida*ene og deres tradisjonelle områder, kommer man galt av sted. Den viktigste endringen ved 2007-loven er da også den plass *siida*en har fått. Det er ikke her plass til å redegjøre for alle endringer, men jeg skal trekke frem noen eksempler som viser hvilken betydning *siida*en nå har fått.

De tidligere reglene om *valg av distriktstyre* kunne innebære at bare noen få *siida*er, ja noen steder bare én *siida* – og dermed bare noen familier - innenfor distriktet fikk en dominerende stilling. De nye reglene skal sikre at alle *siida*ene blir representert i styret. I store distrikt med mange *siida*er der ikke alle kan være representert i styret, er det gitt regler som sikrer at medlemskap i styret går på omgang mellom *siida*ene, se § 43 annet ledd.

En av distriktstyrets oppgaver er å lage *beitebruksregler* som blant annet vil omfatte beitetider for de ulike årstidsbeiter, kjerneområdet for den enkelte *siida* på vinterbeitet, regler om flytteleier gjennom andres vinter- og sommerbeiteområder, se lovens kap 7. Reglene om beitebruk skal bygge på den tradisjonelle bruken av arealene og utarbeides i samarbeid med *siida*ene, § 58. Ifølge § 59 må reglene om beitebruk ikke være i strid med en *siida*s rettigheter etablert gjennom særskilt rettsgrunnlag som for eksempel alders tids bruk.

Myndighetenes syn var lenge at alle reineiere innenfor et distrikt hadde den samme tilgang til distriktets hele areal. Men dette var ikke i tråd med oppfatningen innenfor reindriften. I boken *Lappiske rettsstudier* fra 1933 beskriver Erik Solem reindriftsamenes oppfatning om dette spørsmål. Han skriver følgende om vintersiidaene i de store vinterbeitedistriktene i Finnmark:

«Fordelingen av vinterbeiteplassene mellom de forskjellige *sii'dáer* er sikkert av gammel opprinnelse og har «gjort sig sjøl». Det betraktes nu som en temmelig avgjort sak at den og den *sii'dá* skal ha vinterbeite i

den og den bestemte trakt. [D]et er sikkert at det anses for en nokså simpel trafikk å trenge sig inn på *sii'dás* gamle beitestrakt uten streng nødvendighet. Da det oftest er slik at barna fortsetter i den *sii'dá* som foreldrene har hørt til, vil beiteplassene på den måten gå i arv i slektsledd.» (s. 190)

Tilsvarende vil det være på sommerbeiteområdene, og i Rt. 2000 s. 1558 er det lagt til grunn at en sommer-siida må holde seg til sitt tradisjonelle område innenfor distriktet.

Også når det gjelder fastsettelse av *reintallet* skal man nå ta utgangspunkt i siidaen og det areal den disponerer, se § 60.

Som nevnt ble det ved 1978-loven innført en ordning med såkalt driftsenhet, en konsesjon gitt av myndighetene. Driftsenheten kunne overføres videre til en person i nær familie. De siste 15–20 årene har det knapt vært tilstått nye driftsenheter. Ved den nye loven blir driftsenhet erstattet med *siidaandel*. Ved enighet innad i siidaen kan en ny siidaandel etableres. Myndighetene skal kunne kontrollere slik nyetabling, men innenfor langt strammere rammer enn tidligere, se § 11.

Selv om loven av 15. juni 2007 nr. 40 fremstår som en helt ny lov om reindrift, er det som nevnt bare begrensede deler av den gamle loven som har vært gjenstand for revisjon. Reglene i lovens kap. 3 *Reindriftsrettens innhold*, kap. 8 *Forholdet til annen bruk* og kap. 9 *Ansvar for skade* er en videreføring av de gamle reglene der det bare er gjort redaksjonelle endringer. Som nevnt innledningsvis er dette regler som Samerettsutvalget II er bedt om å vurdere. Utvalget kommer med sin innstilling i begynnelsen av desember og vil der foreslå endringer i disse bestemmelsene.

Kirsti Strøm Bull

VOLDGIFT

UNCITRAL – Arbeidsgruppe om Voldgift

Norge er nettopp blitt oppnevnt i Arbeidsgruppen om Voldgift ved FNs kommisjon om internasjonal handel UNCITRAL. Arbeidsgruppen er for tiden opptatt med revisjon av de velkjente UNCITRAL Voldgiftsregler. Voldgiftsreglene ble vedtatt i 1976 og dette er første gang de blir revidert. Voldgiftsreglene er brukt til å regulere de prosessuelle og organisatoriske aspekter av voldgift og blir hyppig valgt av parter til å regulere ad hoc voldgift eller sågar institusjonell voldgift, til foretrekkelig for den valgte voldgiftsinstitusjonens regler. I Norge foregår voldgift for det meste i ad hoc form, og ofte velger parter ingen voldgiftsregler, ikke engang UNCITRAL Voldgiftsregler. Mange prosessuelle problemer kunne imidlertid unngås hvis partene nevnte disse regler i sine voldgiftsavtaler. Som kjent er

den norske voldgiftsloven basert på UNCITRAL Modelloven. Voldgiftsreglene er designet for å kunne anvendes uansett om bakgrunnsretten er i overensstemmelse med UNCITRAL Modelloven eller ei. Likevel er en koordinering mellom Modelloven og Voldgiftsreglene ønskelig. Revisjonen som Arbeidsgruppen er i gang med er derfor spesielt viktig i lys av at UNCITRAL Modelloven ble endret i fjor. Arbeidsgruppens mandat er å tilpasse Voldgiftsreglene til den nye versjon av Modelloven, samt å foreslå de endringer som synes nødvendig av moderniserings-hensyn. Mandatet er meget restriktivt og understreker at det kun er nødvendige endringer som skal foretas, og at Voldgiftsreglenes struktur og ånd bør forbli uendret. Voldgiftsreglene har hatt og har stor suksess i hele verden og nyter høy anseelse som et balansert og effektivt verktøy. Endringene bør ikke påvirke dette.

Arbeidsgruppen møttes i 47. sesjon i september i år. Blant de viktigste temaer som ble diskutert var spørsmålet om voldgiftsrettens myndighet til å avsi midlertidige tiltak skulle bli utvidet. De fleste delegasjoner støttet en endring som gjenspeiler noen av de nye reglene innført i Modelloven. Modelloven ble endret i 2006 ved å erstatte den opprinnelige artikkel 17 med et nytt kapittel IVa. Blant de viktigste endringer er innføringen av en mekanisme for anerkjennelse og fullbyrdelse av voldgiftsrettens midlertidige tiltak på lik linje med voldgiftsdommer. Ellers spesifiserer en rekke regler rammene og vilkår for begjæringen og avsigelse av midlertidige tiltak. Utvidelse av Voldgiftsreglene til sistnevnte ble støttet av de fleste delegasjoner.

De vedtatte endringer til Modelloven åpner også for at voldgiftsretten kan avsi midlertidige tiltak uten at den andre part ble gitt anledning til å fremme innsigelser. Etter en lang diskusjon ble det ingen konsensus i Arbeidsgruppen om å innføre en tilsvarende regulering i Voldgiftsreglene. Hovedargumentet mot en slik utvidelse av Voldgiftsreglene er at disse har samme status som en avtale mellom partene og er underlagt retten i landet hvor voldgiftten finner sted; forutsetningene for voldgiftsrettens myndighet til å avsi midlertidige tiltak er noe som skal reguleres på lovgivningsnivå og ikke med avtale. Av hensyn til Voldgiftsreglenes effektivitet og troverdighet i et høyst mulig antall rettssystemer bør en unngå å innføre reguleringer som risikerer å være i strid med en rekke bakgrunnsretter. Derfor er det ingen motsetning mellom Arbeidsgruppens tidligere avgjørelse om å regulere dette i Modelloven på den ene side, og på den andre side nåværende konsensus om ikke å regulere dette i Voldgiftsreglene.

Et ytterligere spørsmål som ble omfattende diskutert er hvorvidt Voldgiftsreglene skal inneholde automatisk avkall på alle ankemuligheter mot voldgiftsdommen, inklusivt ugyldighetssøksmål. Dette ville bety at partene, ved å velge UNCITRAL Voldgiftsregler, kan anses å ha avtalt at de ikke skal kunne anke eller

anlegge ugyldighetssøksmål mot voldgiftsdommen. Spørsmålet må deles i to, for det første: Er det mulig for partene å frafalle enhver ankemulighet på forhånd gjennom valget av prosessuelle regler? For det annet: Gitt at en slik forhåndsfrafallelse er mulig, ville det være ønskelig at valg av UNCITRAL Voldgiftsregler fører med seg slikt avkall? En ytterligere deling er nødvendig: På den ene siden er det særegne ankemuligheter som finnes i noen rettssystemer og gir domstolene adgang til å revurdere voldgiftsdommen i forbindelse med faktum eller lovanvendelse, på den andre side er det ugyldighetsgrunnene som vanligvis er listet opp uttømmende i voldgiftsloven og er preseptorisk.

Særegne ankemuligheter finnes for eksempel i UK og er et alvorlig hinder mot voldgift ettersom de motarbeider dens fundamentale karakteristikk som er å være endelig. En slik automatisk frafallelse er gyldig etter engelsk rett og er meget ønskelig av hensyn til harmonisering. Det ble bred konsensus om at en slik forhåndsfrafallelse av særegne ankemuligheter er ønskelig.

Ugyldighetssøksmål er vanligvis preseptorisk, jf. Modelloven art. 34 og for norsk rett voldgiftsloven § 42–43. En forhåndsfrafallelse i Voldgiftsreglene ville derfor ikke ha virkning i forhold til det. Imidlertid har noen rettssystemer åpnet for at under visse omstendigheter skal selv ugyldighetssøksmål kunne bli frafalt på forhånd, for eksempel Sverige, Sveits og Belgia. I disse systemene er dog valg av prosessuelle regler ikke tilstrekkelig til å frafalle ugyldighetssøksmål, det kreves en særskilt erklæring. En forhåndsfrafallelse i

Voldgiftsreglene ville derfor ikke ha virkning og skape forvirring for de parter som ikke kjenner til rettspraksis eller forarbeider i disse land med deres begrensinger til forhåndsfrafallelse.

Skulle rettspraksis bli mer liberal eller skulle flere rettssystemer åpne for forhåndsfrafallelse av ugyldighetsgrunner, er neste spørsmål hvorvidt det er ønskelig at UNCITRAL Voldgiftsreglene medfører slikt automatisk avkall. Dette er i strid med prinsippene som underligger UNCITRAL Modelloven, der ugyldighetsgrunner er preseptorisk. Videre er dette mot Modellovens og Voldgiftsreglenes hensyn om harmonisering, ettersom Voldgiftsreglene ville ha forskjellige virkninger avhengig av bakgrunnsretten. Til slutt er spørsmålet så viktig for rettssikkerhet at det ikke kan overlates en automatisk virkning som partene ikke nødvendigvis var bevisst da de valgte de prosessuelle regler.

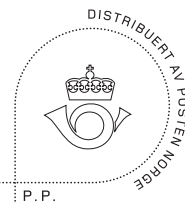
Diskusjonen viste en klar vilje til å ikke avvike fra UNCITRAL Modelloven: Derfor vil valg av Voldgiftsreglene kunne anses som forhåndsfrafallelse av de særegne ankemuligheter som avviker fra Modelloven, men ikke av ugyldighetsgrunnene. Ordlyden i Voldgiftsreglene må gjenspeile dette med tilstrekkelig klarhet, slik at valg av Voldgiftsreglene ikke vil medføre avkall av ugyldighetsgrunner selv om et rettssystem i fremtiden skulle anse det som mulig å inngå slikt avkall gjennom valg av prosessuelle regler.

Arbeidsgruppens revisjon fortsetter i neste sesjon i februar 2008.

Giuditta Cordero Moss

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Postboks 350 Sentrum, 0101 Oslo

B
NORGE



Nytt i privatretten

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

Hovedredaktør: Peter Lødrup
Forlagsredaktør: Eirik Spillum

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:
www.cappelen.no

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Akademisk Forlag, telefon 22 98 58 25 eller telefaks 22 98 58 45

Et årsabonnement (2007) 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
Postboks 350 Sentrum
0101 Oslo
E-post: jus@cappelen.no
<http://www.cappelen.no>

Nytt i privatretten © J.W. Cappelens forlag AS 2007

Neste utgave kommer februar 2008