

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatretslige området. Nr. 2/2007 - 9. årgang

ARBEIDSRETT

Midlertidig ansettelse, ikke skriftlighetskrav. Rt. 2007 s. 129

Spørsmålet om skriftlig form er en betingelse for at et vilkår om midlertidighet i en arbeidsavtale skal være gyldig, har vært fremme tidligere. I Rt. 2004 s. 53 uttalte Høyesterett seg mot et skriftlighetskrav, men som et *dictum*. I Rt. 2005 s. 1395 bemerket Kjæremålsutvalget kort at kravet i arbeidsmiljølovens (1977) § 55 B første ledd om skriftlig arbeidsavtale «ikke er et krav av betydning for arbeidsavtalens gyldighet» (kjennelse 28. oktober 2005; jfr. *Nytt i privatretten* nr. 1, 2006). I dommen av 5. februar 2007 stod spørsmålet sentralt og ble drøftet i større bredde. Konklusjonen ble den samme som i kjennelsen fra 2005.

A ble opprinnelig ansatt som sesongarbeider ved kirkegårdene i Kristiansand, men fortsatte i 100 % stilling etter at sesongperioden var slutt høsten 2003. Fra januar 2004 gikk hun over på fast månedslønn. Hun hadde ikke fått noen ny arbeidsavtale, men ble forelagt en slik i oktober 2004. Ifølge denne skulle hun være vikar for B ut året. A aksepterte ikke dette

og hevdet at hennes arbeidsforhold ikke lenger var midlertidig. Det ble anført at det var et krav etter aml. § 55 B at avtaler om midlertidig ansettelse skal inngås skriftlig, og at et brudd mot dette innebærer at arbeidstageren får krav på fast ansettelse. Dette førte altså ikke frem.

Høyesterett (enstemmig) pekte på at et tidligere uttrykkelig krav om skriftlighet i lovens § 58 A ble tatt ut ved lovrevisjonen i 1997, da bestemmelsene i § 55 B flg. ble utvidet til å omfatte alle midlertidige ansettelser. Retten fremholdt videre at det EF-direktivet som § 55 B flg. bygger på, ikke krever skriftlighet som gyldighetsvilkår. Og Høyesterett fant ingen holdpunkter i lovforarbeidene for at meningen skulle være å gå lengre enn direktivet på dette punkt. Førstvoterende konkluderte med at «jeg [finner] det klart at unnlatelse av å etterleve skriftlighetskravet i § 55 B ikke i seg selv får som konsekvens at arbeidstakeren har krav på fast ansettelse» (avsnitt 45).

A fikk likevel medhold i sitt krav om fast ansettelse. Arbeidsgiver har en plikt til å sørge for klarhet om ansettelsens innhold, og i dette tilfellet hadde arbeidsgiveren hatt en særlig oppfordring i så henseende ved utløpet av den opprinnelige, midlertidige sesongarbeidsavtalen. A fikk derefter ingen uttrykkelig informasjon om at hun skulle være ansatt i et vikariat, før hun ble forelagt avtaleutkastet om dette i oktober 2004. Etter omstendighetene kunne hun ikke anses å ha akseptert midlertidig ansettelse ved konkludent adferd. (Jfr. avsnitt 46-53.)

Høyesteretts konklusjon i skriftlighetsspørsmålet befester Kjæremålsutvalgets standpunkt i Rt. 2005 s. 1395 og må anses som «riktig», samlet sett. Begrunnelsen er derimot haltende. Bruken av lovforarbeider er noe selektiv, og det skorter litt på stringensen. Manglene til tross, spørsmålet må nå anses klart løst. Og som bemerket i *Nytt i privatretten* nr. 1, 2006, er rettstilstanden på disse punkter ikke endret med den nye arbeidsmiljøloven av 2005, §§ 14-5 – 14-6 og § 14-9.

Stein Evju

Innhold nr. 2:

Arbeidsrett	1
Litteratur	3
Arverett	3
Barnerett	5
Erstatningsrett	7
Europarett	12
Odelsrett	14
Tingsrett	15

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

Retten til å fortsette i stillingen, prosess EMK art. 6 nr. 1 – Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 27. mars 2007 (HR-2007-00595-U)

Saken gjaldt et krav fra arbeidsgiveren om at arbeidstageren skulle fratres under behandlingen av en oppsigelsessak. Spørsmålet for Kjæremålsutvalget var om partene på grunnlag av EMK art. 6 nr. 1 kunne kreve at det skulle holdes muntlig forhandling om arbeidsgiverens krav om fratredelse.

Det er klart at en arbeidstagers rettigheter og plikter etter en arbeidsavtale omfattes av uttrykket «civil rights and obligations» i art. 6 nr. 1 (avsnitt 22). Men art. 6 nr. 1 gjelder *avgjørelsen* av borgerlige rettigheter og plikter. Kjæremålsutvalget bemerket at som utgangspunkt omfattes midlertidige avgjørelser om hvilken rett partene skal ha til tvistegjenstanden mens søksmålet står til behandling, ikke av bestemmelsen (avsnitt 20). Det betyr likevel ikke at art. 6 nr. 1 er uten betydning for midlertidige avgjørelser: «Selv om en midlertidig avgjørelse ikke har en slik varig karakter at bestemmelsen kommer til anvendelse på selvstendig grunnlag, må spørsmålet om hvordan begjæringer om midlertidige avgjørelser er blitt behandlet, inngå i totalvurderingen av om de krav som stilles til en rettferdig rettergang, er oppfylt» (avsnitt 21).

Utvalget unnlot å ta et generelt standpunkt til om en avgjørelse av et fratredelseskrav fra arbeidsgiver må anses som en «avgjørelse» av en «borgerlig rettighet eller plikt». På den ene side vil en avgjørelse i arbeidsgiverens favør avskjære arbeidstageren fra senere i prosessen å kreve gjeninntredelse. På den annen side blir spørsmålet om arbeidsforholdet skal opphøre, først *avgjort* i hovedsaken. I den konkrete saken var det berammet hovedforhandling for tingretten primo mai 2007, og Kjæremålsutvalget fant det da «klart at avgjørelsen om fratredelse ikke har en slik varig karakter at EMK artikkel 6 nr. 1 kommer til anvendelse på selvstendig grunnlag» (avsnitt 24 jfr. 23).

Selv om kjennelsen ikke gir noen skarp avklaring av når art. 6 nr. 1 kan få anvendelse på «selvstendig grunnlag» i slike saker, gir den en betimelig påminnelse om at EMKs rettssikkerhetsgaranti har betydning også her.

Stein Evju

Organisasjonsfrihet, «tariffavgift» – Den europeiske menneskerettighetsdomstolens dom 13. februar 2007 (sak 75252/01), Evaldsson m.fl. mot Sverige

EMK art. 11 om foreningsfriheten er i stadig utvikling i Menneskerettighetsdomstolens praksis. Vernet av den «negative» organisasjonsfriheten har gradvis blitt forsterket. Dommen i *Evaldsson* faller inn i et slikt mønster.

Problemstillingen knyttet seg til en tariffavtalt ordning i byggebransjen i Sverige. Arbeidstagerforbun-

det, Byggnads, har en rett til å utføre «granskning» av lønnsutbetalinger hos arbeidsgiverne. Forbundet anser at dette er av stor betydning for at arbeidstagerne skal få korrekt lønn i henhold til tariffavtalens regler og for å garantere deres lønnsnivå. I henhold til tariffavtalen har forbundet krav på en særskilt avgift, «granskningsarvode», som skal trekkes av lønnen – *også* for ansatte som *ikke* er medlemmer. Avgiften beløper seg nå til ca. 240 kr./mnd. (1,5 % av lønnen).

Domstolen avgjorde saken etter art. 1 i Tilleggsprotokoll nr. 1, om vern av eiendomsrett. Dommen gjelder derved ikke art. 11 direkte. Den har likevel interesse også her. Lønnstrekk som dette omfattes av protokollens bestemmelse i art. 1 om vern mot å bli berøvet sine eiendeler («possessions»). Domstolen anså at lønnsgranskningen kunne anses å forfølge et legitimt formål, men poengterte så kravet om proporsjonalitet. Det lot seg ikke fastslå om de beløpene som ble trukket, var større enn det som kunne tilskrives den tjenesten granskning utgjorde for de uorganiserte, eller om midlene i realiteten også bidro til finansiering av forbundets alminnelige virksomhet. Klagerne måtte anses å ha krav på tilstrekkelig informasjon til å kunne få klarhet i hva som var det rette forhold. Sverige ble ut fra dette felt på nærmest et bevis(byrde)messig grunnlag: Eftersom det ikke var sørget for tilstrekkelig «gjennomsiktighet» («transparency») til å sikre klarhet for klagerne, var trekkordningen disproportjonal og derved et brudd mot protokollens art. 1 nr. 1.

Domstolen fremholdt at en stat må gis en vid skjønnsmargin med hensyn til organiseringen av arbeidsmarkedet. Men dersom staten i realiteten delegerer eller overlater reguleringen av viktige spørsmål til uavhengige organisasjoner i arbeidsmarkedet, krever det at organisasjonene også holdes ansvarlige for sin virksomhet. Domstolen poengterte at dette er spesielt viktig i en sak som den aktuelle, der organisasjonene har inngått en tariffavtale med virkninger som også omfatter uorganiserte, og som forplikter disse til å bidra økonomisk til en spesiell virksomhet som drives av fagforeningen. Da må staten anses å ha en plikt til positivt å sikre vern for klagerens interesser.

Det er selvsagt et poeng i saken at det var staten, Sverige, som ble ansett å ha krenket konvensjonen. Hvilken virkning dette har mellom de private partene, om dommen skal ha «tilbakevirkning», om et system med granskningsarvode kan videreføres, osv., er følgespørsmål. De er under tildels livlig diskusjon i Sverige – og her er konklusjonene ennå ikke trukket. Den implisitte premisen i Menneskerettighetsdomstolens avgjørelse er imidlertid en viktig indikator: Utgangspunktet vil være at uorganiserte ikke kan pålegges å betale mer enn for en konkret identifiserbar og nyttig tjeneste; de skal ikke måtte risikere å bidra til den alminnelige virksomheten til en organisasjon de ikke er medlemmer av.

Stein Evju

Aldersdiskriminering, pensjonsalder og aldersgrense – EF-domstolens sak C-411/05 Palacios de la Villa – Cortefiel Servicios SA, Generaladvokatens innstilling 15. februar 2007

Efter den første avgjørelsen om aldersdiskriminering, i *Mangold* (jfr. *Nytt i privatretten* nr. 1, 2006), står flere saker nå til behandling for EF-domstolen. Ikke minst er spørsmålet om aldersgrenser brennbart. Det er tema i bl.a. *Palacios de la Villa*, som er den første av sakene som har kommet et skritt videre. Den gjelder tillateligheten av ordninger med plikt til å gå av ved oppnådd aldersgrense når man samtidig har en rett til pensjonsydelse. Generaladvokat Mazák går inn for å akseptere en slik ordning. I argumentasjonen går han ganske kritisk til felts mot domstolens resonneringer i *Mangold*, men understreker også forskjellen mellom problemstillingene der og i den foreliggende saken. Han argumenterer videre for at det ikke kan anses tilsiktet å ramme aldersgrenseregler med Direktiv 2000/78/EF, og at direktivet må fortolkes strengt forsåvidt gjelder aldersdiskriminering. Innstillingen diskuterer også diskrimineringsbegrepet og spørsmål om direktivers virkninger i nasjonal rett. Saken reiser spørsmål av betydelig interesse, og det er grunn til å vente oppmerksomt på EF-domstolens kommende avgjørelse.

Stein Evju

Midlertidig ansettelse, ikke-diskriminering, lønn – EF-domstolens sak C-307/05 Alonso – Osakidetza, Generaladvokatens innstilling 10. januar 2007

EF-direktivet om midlertidig ansettelse («fixed-term work») inneholder bl.a. en bestemmelse om ikke-diskriminering. Midlertidig ansatte skal ikke behandles mindre gunstig med hensyn til arbeidsvilkår enn fast ansatte bare fordi de er midlertidig ansatte (med mindre det er objektivt, saklig begrunnet; art. 4). Regelen er gjennomført i norsk rett med § 13-1 tredje ledd i arbeidsmiljøloven av 2005. Et springende punkt har vært hva som faller inn under direktivets uttrykk «arbeidsvilkår» («ansettelsesvilkår»). Generaladvokat Poiares Maduro er klokkeklar: Det omfatter *ikke lønn*. Reglens tekst gir ingen støtte for at lønn skulle være omfattet, og det ville også være helt uforenlig med EF-traktatens art. 137(5) som uttrykkelig holder dette utenfor fellesskapets lovgivningskompetanse. Det gjenstår å se om EF-domstolen vil være like skarp. Men kontrasten til den norske rettstilstanden er uansett påtagelig. I lovforarbeidene er det sagt klart at lønn skal omfattes av *lovens* bestemmelse, lønn er et «sentralt vilkår» i denne sammenheng. Det er mindre tydelig om det har vært tilsiktet å gi § 13-1 tredje ledd en videre rekkevidde enn direktivet på dette punkt. Sammenhengen taler imidlertid for at det har vært meningen. Arbeidslivslovutvalget så at spørsmålet kunne være tvilsomt i forhold til direktivet, men fler-

tallet gikk likevel inn for å la lønn være omfattet. Jfr. NOU 2004: 5 s. 282–283 og Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 199–200. Diskusjonen er imidlertid ikke særlig inngående.

Stein Evju

Litteratur

Susanne Fransson (red.): *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* Stockholm: Norstedts Juridik, 2007.

Boken er en antologi med ti bidrag fra både akademikere og praktikere. Det felles temaet er likelønn, lønnsdannelse og kjønnsdiskriminering. Problemstillingene omkring markedsbetingede lønnsulikheter, forskjeller i lønns- og arbeidsvilkår mellom ulike tariffavtaler, og metoder for lønnsvurderinger, er sentrale spørsmål. Så vel viktig svensk rettspraksis (som «barnmorskemålet» i AD 2001:13) som avgjørelser fra dansk og britisk rett og EF-domstolens «nøkkelavgjørelse» i *Enderby* (sak C-127/92) er gjenstand for diskusjon. Boken byr på mye nyttig informasjon og en rekke drøftelser av interesse på et felt som er stadig aktuelt også i norsk rett.

Stein Evju

ARVERETT

Grensen livs- og dødsdisposisjoner. Borgarting lagmannsrett 5. mars 2007 (LB-2005-125685)

Vi har en meget omfattende rettspraksis om grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Det har i lang tid vært klart at det avgjørende moment ved denne grensedragning er om en disposisjon har hatt realitet for arvelater i levende live. Særlig ved gaveoverføringer til en ektefelle kan også motivet være et viktig moment. Vi får dog stadig nye dommer om dette problemet og den siste er fra Borgarting lagmannsrett 5. mars i år.

Fakta: Arvelater D eide et hus hvor hun hadde bodd hele sitt liv. Hun hadde som sine arvinger en datter C og to barnebarn etter en avdød sønn. På slutten av 1970-tallet ble en tomt fradelt og gitt til sønnen som bygget hus der. Sønnen døde i 1982 og enken ble boende der med barna. Siden flyttet barna og svigerdatteren fikk en samboer. Forholdet mellom D og svigerdatteren forverret seg sterkt etter hvert. D hadde dårlig helse og led av leddgikt. Hun ble etter hvert avhengig av rullestol. I boligen var det en leilighet i annen etasje og i 1997 overførte D en ideell halvpart av eiendommen til C som gave. C hadde sin egen

bolig, men bodde deretter hos moren i helgene. I 2001 overførte så D den resterende halvdel av eiendommen til C for 200 000. D var da 75 år gammel. D forbeholdt seg vederlagsfri boretts så lenge hun levde. Samtidig med overføringen flyttet C permanent inn i boligen og brukte også en del av første etasje. Resthalvparten som ble overført hadde antagelig en markedsverdi på 1 mill. Kjøpesummen på 200 000 ble betalt. I 2004 opprettet D testament hvor hun bestemte at overføringen av tomten til sønnen skulle anses som forskudd på arv mens overføringen av en halvpart av boligen i 1997 til C ikke skulle anses som forskudd på arv. I tillegg testamenterte hun den frie tredjedel til C. D døde en måned senere i 2004 og etterlot et bo på 175.000. Arven til barnebarna ble dermed på bare 60 000. Avkortning var vel ikke aktuelt siden C også hadde fått en betydelig gave.

Problem og resultat: Barnebarna bestred ikke gyldigheten av gaven fra 1997, men mente overdragelsen i 2001 var en dødsdisposisjon. Både Oslo skifterett og Borgarting lagmannsrett kom til at overføringen var en oppfylt livsdisposisjon. Barnebarna måtte betale saksomkostninger for begge instanser.

Begrunnelsen: Lagmannsretten la til grunn at det forelå gavesalg. Retten presiserte at det avgjørende var i hvilken grad en disposisjon har realitet for den som disponerer i vedkommendes levetid og at det i tvilstilfelle kan være grunn til å legge vekt på motivet bak en disposisjon. Overføringen medførte ingen særlig faktisk endring i Ds bosituasjon. Om realitet uttalte retten så: «Disposisjonen medførte imidlertid at datteren C flyttet inn permanent. Lagmannsretten legger til grunn at det var overføringen som foranlediget at datteren flyttet inn fast. Etter Cs flytting til ... var situasjonen at hun, etter at hun om ettermiddagen kom hjem fra arbeid, laget middag til moren. Det er videre opplyst at hun la moren om kvelden, og bisto henne ved toalettbesøk etc. om natten. På dagtid, mens C var på arbeid, var det hjemmehjelp og hjemmesykepleie som hadde primæransvaret. Etter lagmannsrettens syn hadde overføringen i 2001, med datterens permanente innflytting i huset, en ikke ubetydelig grad av realitet for D i hennes levetid.» Retten presiserte at dette antagelig var tilstrekkelig til at disposisjonen måtte anses som en livsdisposisjon, men kommenterte allikevel motivet bak disposisjonen. Om dette heter det: «Lagmannsretten finner at motivet bak disposisjonen – slik lagmannsretten oppfatter det – uansett tilsier at man, etter en samlet vurdering, har å gjøre med en livsdisposisjon. Lagmannsretten legger til grunn at D, av hensyn til sin egen trygghet, ønsket at datteren skulle bo i huset permanent – og at overføringen skjedde for å realisere dette. Dette ønske om økt trygghet relaterte seg, slik lagmannsretten ser det, både til Ds dårlige helsetilstand og – i

hvert fall til en viss grad – til den pågående konflikten med naboene i ... (den utskilte delen).» Retten nevnte tilslutt at overføringen i 2001 nok også kunne vært motivert av et ønske om å redusere barnebarnas arv, men at dette ikke var avgjørende når man la til grunn at hensynet til egne interesser hadde vært motivevende i en ikke ubetydelig grad.

Kommentar: Dommen illustrerer flere viktige forhold. For det *første*: Når en arvelater overfører en bolig med forbehold om gratis boretts, vil motivet ofte være blandet. Arvelater ønsker å bli kvitt byrder og overlater ansvaret for boligen til den som overtar boligen. Samtidig ønsker arvelater å forfordle sine arvinger ved at den som overtar boligen – en ektefelle, samboer eller en livsarving – får betydelig mer av arven enn de andre livsarvinger. For det *andre*: I slike tilfeller kan retten velge hvilket motiv man skal legge avgjørende vekt på. Ønsker retten å komme til at overføringen er en livsdisposisjon, argumenterer man med at overføringen hadde realitet i live for arvelater og at motivet var å sikre egne interesser. For det *tredje*: Man har i mange dommer gått svært langt i å godta slike overføringer som livsdisposisjoner, selv om overføringen medfører en betydelig økonomisk forfordeling. I denne sak hadde det vært naturlig å kommentere størrelsen på gaven. Resteieendommen var verdt 1 mill. og gavemomentet var dermed 80 %. Kombinerer man de to overføringene ble gavemomentet over 90 %. Saken har en viss likhet med dommer om såkalte pleiekontrakter. Arvelater inngår en avtale hvor det bestemmes at en person skal få arvelaters bolig etter hans død mot å yte pleie og stell så lenge arvelater lever. Forutsatt en viss likevekt i ytelse anses slike kontrakter som livsdisposisjoner. I denne saken kan man stille spørsmålet om det virkelig var nødvendig å overdra eiendommen for så lite for å sikre seg at C flyttet permanent inn. Datteren fikk jo i realiteten hele boligen for 200 000 for å yte pleie og stell av moren. Hva motiv angår er det, grunnet testamentet fra 2004, opplagt at D ønsket å forfordle maksimalt. C arvet alt hun hadde bortsett fra ca. 60 000 som barnebarna arvet.

Peter Hambro

Arvelovens § 19 – omstøtelse av gave. Borgarting lagmannsrett 16. april 2007 (LB-2006-42753)

Al. § 19 begrenser retten til å gi gaver når man sitter i uskifte. I den omfattende rettspraksis vi har om § 19 er problemet som oftest hvorvidt det foreligger gavesalg. I denne dommen var problemene knyttet til al. § 22 og spørsmålet om gavemottageren hadde vært i aktsom god tro.

Sakens fakta: F døde i 1998 og hans gjenlevende ektefelle C overtok boet i uskifte. F og C hadde dog

opprettet et gjensidig testament. F etterlot en særkullssønn E som ga samtykke til at C kunne sitte i uskifte. Ektefellene hadde særeie. E døde i 2003 og etterlot som arving en samboer A som var hans enearving i henhold til et gjensidig testament. C trodde tydeligvis hun hadde overtatt boet etter testamentet og kontaktet en advokat med spørsmål om hun kunne gi gaver. Etter å ha mottatt et bekreftende svar ga hun bort en fritidseiendom til B i 2003. B var førstavdødes nevø og Es fetter. A reiste søksmål om omstøtelse av gaven. B hevdet at A ikke var arving etter E i al. § 19s forstand og at han hadde vært i aktsom god tro.

Resultat: Tingretten kom til at B hadde vært i god tro. Lagmannsretten kom til at A kunne påberope seg al. § 19 og at B ikke hadde vært i aktsom god tro. A fikk medhold i kravet om omstøtelse.

Begrunnelse og kommentarer. Etter al. § 9 første ledd kan gjenlevende sitte i uskifte med avdødes arvinger etter loven. Når en arving dør i uskifteperioden vil kretsen av arvinger gjenlevende sitter i uskifte med bli forandret. Dersom et særkullsbarn gir samtykke til uskifte, regnes barnets arv som falt arv etter al. § 22 første ledd andre punktum. Det betyr at om barnet dør i uskifteperioden, vil arven i uskifteboet inngå i vedkommendes dødsbo og gå videre til særkullsbarnets arvinger. Hvorvidt disse arvinger er legalarvinger eller testamentsarvinger etter særkullsbarnet kan ikke spille noen rolle når arven i uskifteboet tilhørte avdøde som falt arv. Man kan derfor oppleve at gjenlevende på grunn av et dødsfall i uskiftetiden ender opp med å sitte i uskifte med andre enn førstavdødes arvinger etter loven. Lagmannsretten uttalte om dette: «Lovens ordning etter arvelovens § 22 første ledd andre setning er som nevnt at arvelodd som er bundet i uskifteboet, blir ført videre til arvingens – Es – egen arving. Utgangspunktet er derfor at A kan kreve omstøtelse dersom hun vil være arving til midler ved skifte av uskifteboet. Hun trer da inn i Es sted for arv etter F.» ... «Det gjensidige testament må etter lagmannsrettens syn forstås slik at A overtok ... (Es) rett til arv ved skifte av uskifteboet og i kraft av denne posisjonen har hun rett til å kreve omstøtelse når det gis bort fast eiendom uten arvingens samtykke.»

Det spesielle i saken når det gjelder gavemottakers gode tro, var at gjenlevende trodde i 2003 hun hadde overtatt boet etter det gjensidige testament. (Det var selvsagt uaktuelt siden avdøde etterlot en livsarving.) Hun kontaktet derfor en advokat og hadde med seg testamentet. Advokaten undersøkte ikke om hun satt i uskifte og svarte at hun hadde full rett til gi bort fast eiendom. Uskiftebevillingen var tinglyst i grunnboken. Ifølge ektefellenes testament skulle hytta tilfalle E etter lengstlevendes død, men ved hans død bortfalt denne bestemmelsen. B hadde vært forberedt på å betale for eiendommen, men C sa at han kunne få den

vederlagsfritt. Retten uttalte om god tro: «Det må stilles krav til aktsomhet hos den som erverver fast eiendom fra en noe eldre person uten vederlag. Som utgangspunkt vil mottakeren vanskelig kunne høres med at han var ukjent med at avhenderen satt i uskifte. Med enkle undersøkelser kunne det vært brakt på det rene i dette tilfelle. Det B fikk vite av C, var at det «var i orden». Han fikk ikke opplyst grunnlaget for oppfatningen eller hva som hadde blitt drøftet mellom C og ... (advokaten) og hvilke opplysninger C hadde gitt til ... (advokaten). Etter lagmannsrettens syn skulle B ikke slått seg til ro med det han fikk opplyst, men gjort nærmere undersøkelser. Han hadde forventet å betale for hytta, og burde undersøkt tantens rett til å gi bort eiendommen som vederlagsfri gave.» Resultatet og begrunnelsen er etter min mening helt riktig. B var en slektning til førstavdøde og det bør stilles strenge krav til aktsomhet når det dreier seg om en ren gave. B visste at F var død og at gjenlevende hadde overtatt boet – enten i uskifte eller i kraft av testament. Al. § 19 ville miste noe av sin praktiske betydning om slike opplysninger fra gjenlevende skulle være tilstrekkelig til at gavemottakeren var i god tro slik at omstøtelse dermed er utelukket.

Peter Hambro

BARNERETT

Adopsjonssamtykke – Høyesteretts dom 20.04.07 (HR-2007-00732-A)

Høyesterett avsa 20.04.07 dom i en sak om adopsjonssamtykke etter barnevernloven § 4-20, den første siden 2001. I den forrige dommen, Rt. 2001 s. 14 (dissens 3-2), inntok Høyesteretts flertall en meget restriktiv holdning til adopsjon, og adopsjonssamtykke ble nektet. Den nylig avsagte dommen godtar derimot enstemmig fylkesnemndas adopsjonssamtykke. Selv om forholdene lå noe annerledes an her, går det fram av begrunnelsen at Høyesterett åpner for en større fleksibilitet i vurderingen av adopsjon som barnevernstiltak enn i dommen fra 2001.

Saken gjaldt en ni år gammel gutt som ble født syv uker for tidlig og i sine første levemåneder ble utsatt for omsorgssvikt og alvorlig mishandlet flere ganger, med hjerneblødning til følge. Foreldrene var heroinmisbrukere. Han ble plassert i beredskapshjem da han var ca. et halvt år gammel, og omsorgen ble overtatt fire måneder senere. Til sine nåværende fosterforeldre kom han da han var ett år og åtte måneder gammel. Moren og ikke minst hennes far og hans samboer hadde vanskelig for å akseptere fosterhjemsplasseringen, og dette hadde i lang tid skapt uro

og konflikter omkring plasseringen. Guttens far ønsket derimot at han skulle bli adoptert av fosterforeldrene.

Tingretten opprettholdt fylkesnemndas adopsjons-samtykke, mens lagmannsretten opphevet fratakelsen av foreldreansvaret og dermed også adopsjonssamtykket, ut fra en hovedregel om at adopsjon ikke skal tillates når fortsatt kontakt mellom foreldre og barn er ønskelig.

Partene var enige om at guttens tilknytning til fosterhjemmet var slik at § 4-20 bokstav a var oppfylt, samt at fosterforeldrene var skikket, jf. bokstav c, og Høyesterett sluttet seg til dette. Moren gjorde gjeldende at det første alternativet i bokstav a ikke var oppfylt, idet hun ikke varig ville være ute av stand til å gi barnet forsvarlig omsorg. Under henvisning til den sakkyndige og til lagmannsrettens vurdering fant Høyesterett det utvilsomt at også dette vilkåret var oppfylt. Hun hadde vært under metadonbehandling i halvannet år og vært rusfri under behandlingen, og hun hadde hatt en positiv utvikling og utsikter til utdanning og arbeid. Men pga ubearbeidede erfaringer og store atferdsvansker i ungdomstiden ville hun måtte bruke sin kapasitet på egenutvikling, og muligheten for å gi et barn forsvarlig omsorg ville ligge mange år fram i tid.

Som i tidligere dommer er barnets beste-kravet i bokstav b det springende punkt. I den nærmere vurderingen av hva som rettslig sett ligger i dette, avviker den nye dommen fra den forrige på flere punkter. I dommen i Rt. 2001 s. 14 ble det ikke ansett tilstrekkelig at generelle erfaringssetninger om betydningen for fosterbarn av å bli adoptert, talte for adopsjon. Det måtte i tillegg foreligge spesifikke og individuelle forhold til fordel for adopsjon. I den siste dommen uttales derimot at det ikke kan trekkes «noe klart skille mellom generelle erfaringer og individuelle hensyn; generelle erfaringer kan være utformet mer eller mindre nyansert, for eksempel ut fra barnets alder ved fosterhjems plasseringen og hvor lenge plasseringen har vart og vil vare». Det vises til den sakkyndiges uttalelse om at adopsjon er det beste for barnets utvikling ved langvarig plassering av barn som er kommet til fosterhjemmet før de har etablert tilknytning til noen biologisk forelder. Høyesterett omtaler dette som en generell, men nyansert, erfaring, som må veie tungt. Eventuelle individuelle momenter som kan tale for eller mot adopsjon må vurderes i tillegg.

Det andre avviket fra dommen i Rt. 2001 s. 14 gjelder kravet om at saken må utgjøre et «ekstraordinært tilfelle». Høyesterett reiser tvil om et slikt krav kan utledes av praksis fra EMD, og begrunner sin tvil med en henvisning til blant annet avvísingsavgjørelsen av 10.10.02 i den andre saken Adele Johansen mot Norge. Det anses i alle fall som uklart hva kravet nærmere skulle innebære, ettersom langvarige foster-

hjems plasseringer gjerne vil forekomme nettopp når barnet er i en situasjon som man ellers vil betegne som ekstraordinær. I stedet nøyer Høyesterett seg med å utlede av EMDs praksis at adopsjon krever særlig tungtveiende grunner.

Om betydningen av samvær med biologiske foreldre, som var avgjørende for lagmannsretten, sier Høyesterett at det vil være et moment i helhetsvurderingen av barnets beste. Det konstateres at verken lovens ordlyd eller Høyesteretts praksis taler for at adopsjon er utelukket fordi samvær med biologiske foreldre er ønskelig. Uttalelsen i St.meld. nr. 40 (2001–2002) s. 145 om at adopsjon ikke bør tillates der det anses bra for barnet å ha kontakt med de biologiske foreldrene, tillegges liten rettskildemessig verdi fordi den ikke er kommet i forbindelse med en lovbehandling. Den betegnes dessuten som unyansert.

Praksis etter EMK anses for øvrig ikke å gi noe bidrag til løsningen av en slik sak utover det som følger av norsk høyesterettspraksis. Også EMD legger vekt på barnets eget ønske og barnets spesielle behov for sikre og rolige livsbetingelser i fosterfamilien.

Under vurderingen av den konkrete saken tas det utgangspunkt i at gutten ikke hadde etablert noen tilknytning til sin biologiske mor før plassering. Den generelle erfaringen om at adopsjon i slike tilfeller er bedre for barnet enn fortsatt fosterhjemmsforhold, finner Høyesterett treffende også i denne guttens tilfelle. Det fremheves i den forbindelse at han ut fra sine tidlige opplevelser er et sårbart barn. Han har behov for trygghet for at han hører til hos fosterforeldrene, og det er ønskelig å unngå den uroen som hans biologiske familie på morssiden fortsatt kan skape hvis han ikke blir adoptert. Trygghet på tilhørigheten kan bli enda viktigere i ungdomsårene, hvor han skal forholde seg til foreldrenes bakgrunn med narkotikamisbruk, for farens vedkommende også kriminalitet, og den mishandling de mistenkes for å ha utsatt ham for. Høyesterett viser til den sakkyndige som blant annet sterkt fremhever betydningen av absolutt emosjonell tilhørighet i denne forbindelse.

Det er uenighet om i hvilken grad gutten selv ønsker adopsjon. Men hans utsagn til den sakkyndige om at han vil at fosterforeldrene skal bestemme alt, også når han skal møte moren og halvbroren, tolkes som et uttrykk for et ønske om å bli adoptert.

At samvær er ønskelig, særlig med moren og halvbroren, er det enighet om. Fosterforeldrene har gitt biologisk familie samvær langt utover det de har hatt rettslig krav på, og alle instanser har vært sikre på at denne åpenheten for samvær vil fortsette. Når dette legges til grunn også av Høyesterett, får det mindre betydning i vurderingen av barnets beste at den juridiske retten til samvær faller bort ved adopsjon. Det vises forståelse for at det vil være følelsesmessig tungt for moren om gutten blir adoptert, men dette er

ikke tilstrekkelig til å veie opp for de momentene som taler for at adopsjon er til guttens beste.

Et moment i denne saken er også at faren ønsker at gutten skal bli adoptert av fosterforeldrene, etter en reflektert vurdering.

Alt i alt kommer Høyesterett til at det er best for gutten å bli adoptert. Dommen vitner om forståelse fra Høyesteretts side for hva det innebærer for et barn å være fosterbarn gjennom hele sin oppvekst. Gjennom et sitat fra den sakkyndige på slutten av dommen viser retten at spørsmålet om hvem som skal regnes som foreldre til et barn, må ses fra barnets ståsted. Det var viktig for denne gutten å få anerkjennelse for at fosterforeldrene er hans riktige foreldre, og det oppnår han gjennom dommen. Høyesterett trekker spesielt fram den sakkyndiges setning om at adopsjonssamtykke innebærer «å anerkjenne hans fulle rett til å være barn av sine foreldre».

Det har vært sagt i barnerettslitteraturen at adopsjon som barnevernstiltak er gått av moten etter dommen fra 2001 (Knut Lindboe, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2005 s. 195), og fra flere hold er det gitt uttrykk for bekymring for denne rettstilstanden. Adopsjon skal ikke brukes i utrengsmål, og forholdene i denne dommen lå godt til rette. Men med den rettstilstanden som nå er etablert, er det gitt rom for å ivareta det behovet som noen barn har for å bli adoptert av sine fosterforeldre.

Kirsten Sandberg

ERSTATNINGSRETT

Revisors ansvar for innbetaling av aksjekapital etter asl. § 2-19. Rt. 2007 s. 220

1. Høyesterett avsa den 15. februar dom i en sak vedrørende krav etter asl. § 2-19. (Dissens 4-1.) Asl. § 2-19 første ledd pålegger revisor et objektivt ansvar for det som «måtte mangle» av innbetalt aksjekapital i tilfeller hvor revisor har bekreftet innskuddet. Det oppstilles ikke vilkår om at det har oppstått et økonomisk tap. Ansvar, som kan fremstå som en mellomting mellom garantiansvar og erstatningsansvar, ble innført ved asl. 1997. Paragraf 2-19 nr. 1 lyder:

«Styrets medlemmer og revisor er solidarisk ansvarlig for det som måtte mangle av den aksjekapital som i meldingen til Foretaksregisteret er oppgitt og bekreftet innbetalt eller gjort opp på annen måte. Dette gjelder selv om det ikke er voldt skade.»

Bakgrunnen for bestemmelsen var ønsket om å øke beskyttelsen for kreditorer, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 36 (1993–94), s. 45. Tidligere bygget ansvaret i denne situasjonen på det alminnelige uaktsomhetsansvaret,

se Rt. 1993.1399 Ytternes og Rt. 1998.1924 Østerberg.

Faktum i saken var følgende: Konkursboet etter et IT-selskap hadde fremsatt krav om at revisor skulle dekke manglende innbetalt aksjekapital. Revisor hadde bekreftet innbetaling av kr. 500 000 i aksjekapital til det aktuelle aksjeselskapet. Pengene var imidlertid ikke innbetalt til dette selskapet, men til et annet selskap der tegner kontrollerte 40 %. Det siste selskapet hadde i sin tur overdratt leide lokaler, inventar og goodwill som tingsinnskudd til det nystiftede selskapet. Det var således på det rene at revisors bekreftelse av innbetaling var uriktig. Videre var det på det rene at reglene for tingsinnskudd, jf. asl. §§ 2-4 og 2-6, ikke var fulgt.

Revisor hadde dels gjort gjeldende at verdien av tingsinnskuddet måtte komme til fradrag i kravet etter § 2-19, dels at kravet var foreldet. Saken reiste således spørsmål om beregningen av det som «måtte mangle», jf. ordlyden i § 2-19, og videre spørsmål om hvilke foreldelsesregler som fikk anvendelse.

2. Revisor bestred ikke at det forelå ansvar etter § 2-19. Derimot ble det gjort gjeldende at tingsinnskuddet måtte hensyntas ved beregningen av det som «måtte mangle». Høyesterett tok utgangspunkt i at ansvaret ville utgjøre differansen mellom det som var bekreftet og det som faktisk var innbetalt. Om spørsmålet om det skulle gjøres fradrag uttales (avsn. 36-37):

«aksjeloven som allerede nevnt, i § 2-4 og § 2-6 inneholder detaljerte regler om at avtaler eller bestemmelser om slike innskudd skal tas inn i stiftelsesdokumentet, at det skal gis en separat redegjørelse blant annet for den verdivurdering som er gjort, og at redegjørelsen skal være bekreftet av revisor. Dette er bestemmelser som nettopp skal tjene til å sikre kreditorenes interesser, og som dermed har det samme formål som ansvarsregelen i § 2-19. Det ville unektelig gi liten sammenheng i den ordning som er etablert, om man ved vurderingen av ansvar for manglende aksjeinnskudd skulle godta et uformelt og ubekreftet tingsinnskudd som ikke kunne ha blitt akseptert som gyldig aksjeinnskudd ved anvendelse av de regulære bestemmelser om stiftelser av aksjeselskaper.

Jeg finner også grunn til å vise til bestemmelsen i § 2-19 første ledd annet punktum. Det ansvar som statures i første punktum, er uavhengig av om selskapet – eller i vårt tilfelle kreditorfellesskapet – er blitt påført noe økonomisk tap. Selv om det skulle være riktig at selskapet ble tilført reelle verdier, ville dette likevel ikke ha kunnet forhindre fullt ansvar for de manglende innbetalte kr 500.000.»

Dermed var revisor ansvarlig for hele beløpet på kr. 500 000, uavhengig av om kreditorfellesskapet faktisk hadde lidt tap. Høyesterett avviste eksplisitt at fradrag skulle skje selv om selskapet var tilført «reelle verdier».

3. For det andre oppstod spørsmål om kravet var foreldet. Kravet var fremsatt av boet, og det prinsipielle spørsmålet var om dette kravet var underlagt andre foreldelsesfrister enn kravet på selskapets hånd.

Høyesterett vurderte først spørsmålet om kravet var foreldet på selskapets hånd. Høyesterett kom til at selskapets krav fulgte reglene om foreldelse av krav som springer ut av kontrakt, jf. konkret foreldelsesloven § 3 nr. 2-4. Om dette heter det at (avsn. 41):

«Oppdraget som revisor for et aksjeselskap har sin bakgrunn i avtale med det aktuelle selskap. Bekrefnelsen for innbetalt aksjekapital er en handling som er knyttet til stiftelsen av selskapet og ikke til den løpende revisjon. Jeg kan likevel vanskelig se det annerledes enn at et eventuelt ansvar overfor selskapet knyttet til denne del av revisors oppdrag, har sitt grunnlag i avtaleforholdet mellom disse to parter. Foreldelsen av et slikt krav vil således starte fra det tidspunkt den uriktige erklæringen er et faktum.»

Det var på det rene at kravet etter disse reglene var foreldet (utgangspunkt for fristen var tidspunktet for den uriktige erklæringen). Det gjenværende spørsmålet var da om konkursboet likevel kunne gjøre kravet gjeldende, under henvisning til foreldelsesreglene for deliktsrettslige krav, jf. foreldelsesloven § 9. Førstvoterende la avgjørende vekt på at den ansvarsskjerpelse som asl. § 2-19 etablerte, tok sikte på å styrke kreditorenes interesser. Det konkluderes (avsn. 47):

«Ut fra det formål bestemmelsen har og de reelle hensyn som synes å være til stede, er jeg kommet til at kreditorfellesskapet i dette tilfellet, hvor selskapets interesser ikke har kunnet bli ivaretatt, må kunne fremme kravet etter § 2-19 på selvstendig basis. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om kreditorene allerede før konkursen ville kunne gjøre et slikt krav gjeldende, og da i tilfelle til fordel for aksjeselskapet. Kravet må i alle fall kunne fremsettes etter at selskapets bo er tatt under konkursbehandling.»

Kravet ble ansett å følge reglene om foreldelse av erstatningskrav utenfor kontraktsforhold, jf. foreldelsesloven § 9 (førstvoterende fant at fristens utgangspunkt ikke kunne være tidligere enn konkursåpning). Disse reglene ble fulgt til tross for at kravet «normalt ikke kan sies å være noe egentlig erstatningskrav» (avsn. 48).

4. Mindretallet, dommer Lund, kom til at boets krav var foreldet. Det ble lagt til grunn at boets krav var avledet av selskapets krav. Lund viste til dekningsloven § 2-2 jf. § 1-4, og uttalte at «Konkursboet trer etter bestemmelsen inn i alle krav som tilhørte debitor og får, i mangel av annen bestemmelse, ikke større rett enn debitor selv hadde.» Deretter uttales (avsn. 60):

«Slik jeg oppfatter førstvoterende, mener han at dette ikke gjelder for boets krav i medhold av aksjelo-

ven § 2-19, i hvert fall ikke i et tilfelle som det foreliggende der særlige hensyn gjør seg gjeldende. Det er jeg ikke enig i. Det er i og for seg ingen uenighet om at den lovbestemte plikt revisor har til å bekrefte at aksjekapitalen er innbetalt, har som et hovedformål å beskytte kreditorenes interesse, jf. hva som sies om dette i Ytternesdommen, Rt-1993-1399 på side 1406, som førstvoterende gjengir. Men jeg kan vanskelig se at det som følge av revisors pliktforsømmelse oppstår et selvstendig krav på kreditorenes hånd, eventuelt fordi selskapets organer ikke tidligere kan antas å ha vært interessert i å forfølge kravet.»

Siden kravet således ble ansett å være avledet av selskapets krav, var konsekvensen at det ble regulert av foreldelsesreglene for krav som springer ut av kontrakt. Det ble følgelig ansett som foreldet.

5. Dommen er den første høyesterettsavgjørelsen om ansvarsregelen i asl. § 2-19. Resultatet understreker realiteten i at det ikke oppstilles krav om økonomisk tap. Revisors anførsel om at selskapet ville oppnå en tilfeldig fordel (verdien av tingsinnskuddet + erstatningssummen), ble ikke tatt til følge. Fraværet av krav om økonomisk tap, kombinert med ansvarets objektivitet, tydeliggjør at ansvaret snarere kan klassifiseres som et garantiansvar mer enn et erstatningsansvar, jf. også førstvoterendes uttalelse i avsnitt 46.

Det prinsipielle spørsmålet, der det også var dissens, er forholdet mellom selskapets og konkursboets krav. Lignende problemstillinger har vært oppe i Rt. 1993.20, Rt. 1993.987, samt Rt. 1993.1399 Ytternes som gjaldt revisors ansvar.

Flertallet fant at boets krav mot revisor var uavhengig av selskapets krav, og at foreldelsesreglene derfor var ulike. I hovedsak ble dette, jf. ovenfor, begrunnet i hensynet til å beskytte kreditorenes interesser. I Ytternesdommen var spørsmålet om boet kunne identifiseres med selskapets eneaksjonær for så vidt gjaldt medvirkning. Dette ble besvart benektende. I Ytternesdommen ble det uttalt (på s. 1407):

«Når erstatningskravet baseres på konkursboets rett til selskapsmidlene, kan det ikke komme konkursboet til skade at eneaksjonæren Tom Henriksen selv i høy grad hadde et medansvar for at registrering skjedde uten at aksjekapitalen var innbetalt. Heller ikke kan det i forhold til konkursboet bli tale om noen ansvarsreduksjon ut fra medvirkningssynspunkter. Dette kunne nok ha stillet seg annerledes om G-F Eiendom A/S ikke hadde vært insolvent, og det var selskapet selv som hadde reist erstatningskravet mot revisor, men det behøver jeg ikke gå inn på.»

Det er på det rene at Ytternesdommen bekreftet at kreditorene nøytt godt av et selvstendig erstatningsrettslige vern etter tidligere ansvarsregler. Dette vernet ble ikke innskrenket av klanderverdige forhold selskapet måtte være ansvarlig for. Det må anses i samsvar med prinsippet om at kreditorenes rett til sel-

skapsformuen nyter godt av et selvstendig vern når Høyesterett nå kommer til at krav etter § 2-19 er gjenstand for en egen foreldelsesfrist på boets hånd.

Med hensyn til bruken av § 9 er det på det rene at denne i utgangspunktet ikke passer på de foreliggende tilfellene, idet det er skadelidtes kunnskap om «skaden» som er fristutløsende. Bestemmelsen i § 2-19 oppstiller intet krav om en slik skade. Dermed vil det være kunnskapen om at erklæringen er uriktig som vil måtte være avgjørende. I foreliggende sak fant Høyesterett at fristen tidligst startet å løpe ved konkursåpning. I realiteten innebærer dette at revisor vil kunne være ansvarlig i forhold til konkursbo i lang tid etter at erklæring er avgitt og oppdraget utført.

Erling Hjelmeng

Rikstotodommen – Høyesteretts dom 19. mars 2007 (HR-2007-00521-A)

(1) Tvisten

Saken gjelder krav om erstatning av en uteblitt spillegevinst som følge av feilinformasjon fra Rikstoto. Skadelidte hadde fylt ut 41 V5-kuponger til et lunsjtrav på Bjerke Travbane. På forhånd sjekket han Norsk Rikstotos tipsside på Internett, og her var det angitt med fet skrift at bongene skulle merkes L2. Bongene ble merket i samsvar med denne informasjonen. Skadelidte leverte bongene på en Hydro-Texacostasjon, men totomaten avviste å registrere bongene. Han henvendte seg da til Rikstotos kundeservice som kunne opplyse at bongene skulle ha vært merket B, og ikke L2 som oppgitt på Internett. Det ble forsøkt fylt ut nye bonger med riktig merking, men tiden fram til første løp startet tillot ikke dette. For å sikre bevis i tilfelle gevinst ble de avviste bongene lagt i kommisjonærens safe. Senere viste det seg at bongene ville ha gitt en gevinst på 676 462 kroner.

I tingretten fikk skadelidte medhold, en dom som senere ble stadfestet i lagmannsretten. Rikstoto anket lagmannsrettens dom inn for Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.

(2) Den rettslige problemstillingen

Partene var enige om at det ikke var inngått noe veddemål og erstatningskravet kunne dermed ikke base- res på et kontraktsrettslig grunnlag, se avsnitt 31.

Når skadelidte likevel krevde tap av spillegevinsten erstattet, står man overfor et prekontraktuelt erstatningsansvar. Høyesterett innleder med å anføre at «Oppfyllelsesinteressen i en prekontraktuell fase har tradisjonelt ikke blitt ansett å ha erstatningsrettslig vern», se avsnitt 32. (Dette gjelder selv om de tradisjonelle vilkårene for erstatning er oppfylt, så som ansvarsgrunnlag og adekvans.)

Deretter går Høyesterett over til å drøfte om det foreligger særlige hensyn som likevel kan tale for et slikt ansvar.

(3) Effektiviseringshensyn

Et naturlig utgangspunkt for drøftelsen er Nucleusdommen, Rt. 2001 side 1062, hvor en forbigått anby- der ble tilkjent erstatning for sitt fortjenestetap (opp- fyllelsesinteressen).

Høyesterett slår fast at dommen ikke åpner «for erstatningsrettslig vern av oppfyllelsesinteressen på generelt grunnlag», se avsnitt 34. Når den forbigåtte anbyder vant fram i saken, skyldtes dette tungt- veiende grunner for å effektivisere den tvingende anbudslovgivningen.

Slike hensyn foreligger etter Høyesteretts oppfat- ning ikke ved tap av en spillegevinst. Tvert imot, påpeker Høyesterett, taler «hensynet til effektivise- ring av sikkerheten ved pengespill mot å erstatte tap av gevinst på bonger hvor veddemål ikke er inngått», se avsnitt 35.

Høyesterett føyer også til at man ved veddemål ikke står overfor «normale forventninger om fortje- neste», men om «en fjerntliggende mulighet for gevinst», som kan bli «særdeles høy». Hvor tungt- veiende de sistnevnte bemerkningene er, kan diskute- res. Rikstotos ståsted dreier seg om statistiske stør- relser som er satt i system.

(4) Prevensjons- eller reparasjonshensyn

Høyesterett anser heller ikke prevensjons- eller repa- rasjonshensyn for å holde spillarrangør ansvarlig. Det pekes på at «en rekke andre forhold kan føre til at den enkelte ikke får inngått veddemål».

(5) Hensynet til spillernes tillit

Videre trekker Høyesterett fram et særlig hensyn som taler mot å gi kravet erstatningsrettslig vern, nemlig hensynet til spillernes tillit til at spillet skjer i samsvar med spillreglementet, se avsnitt 39. Dersom det ble gitt erstatningsbeskyttelse av krav selv om det ikke var inngått et veddemål, vil rettstilstanden kunne «invitere til fusk».

(6) Informasjonsmengden

Til slutt trekker Høyesterett fram det forholdet at Rikstoto må utgi en stor mengde informasjon til publikum om detaljer i forbindelse med totalisator- spill. Førstvoterende anfører at «Det er vanskelig å sikre seg helt mot at det oppstår feil, og etter mitt syn er det begrenset hvor omfattende tiltak det er grunn til å kreve at arrangøren iverksetter for å hindre mulige feil.»

(7) Forholdet til tidligere rettspraksis

Avslutningsvis framhever Høyesterett at konklusjo- nen – at skadelidte ikke har erstatningsrettslig vern – ikke står i strid med tidligere dommer om formuestap, se avsnittene 41 og 42.

I tippedommen, Rt. 1955 side 1132, var det inngått en avtale (kupongene var levert og betalt) med kom-

misjonæren. Når det gjaldt tippeselskapsdommen, Rt. 1978 side 1019, ble tipperens krav avvist så vel på kontrakts- som deliktsmessig grunnlag. Det er derfor ingen ting i denne dommen som skulle tilsi at oppfyllelsesinteressen er beskyttet i saken om spill og veddemål.

Høyesterett slår dessuten fast at heller ikke Rt. 2006 side 690 – kollisjon mellom to godstog ved Lillestrøm – underbygger skadelidtes krav om erstatning.

Når det gjelder sistnevnte dom, omhandler også denne formuesskader. Her følges imidlertid tradisjonen fra Rt. 1973 side 1269 Flymanøverdommen, hvor ansvaret avgrenses ved at det kreves «en viss nærhet i årsakssammenheng, uavhengig av den konkrete påregnelighet». Som et generelt utgangspunkt uttaler Høyesterett, med henvisning til Rt. 2005 side 65, avsnitt 49, KILEdommen, at «det etter norsk rettspraksis skal mye til for at et tredjemannstap har erstatningsrettslig vern», se avsnitt 55. I den aktuelle saken fant Høyesterett at formuestapene stod tilstrekkelig nær den inntrådte integritetskrenkelsen.

Denne nærhetsproblematikken benyttes derimot ikke i saker om prekontraktuelt ansvar. Det grunnleggende spørsmålet er om tap av en kontraktgevinst overhodet har erstatningsrettslig vern, og det avgjøres ut fra en sammensatt rettspolitisk vurdering om det foreligger tilstrekkelig tungtveiende hensyn for et ansvar av denne typen.

Lasse Simonsen

Pasientskadeerstatning – standardisert erstatning til barn etter skadeserstatningsloven § 3-2a – prinsipper for fastsettelse av invaliditetsgrad. Rt. 2006 s. 871

1. Sakens bakgrunn og temaet for Høyesterett

Saken sprang ut av en behandling av hjernesvulst hos et barn, hvilket – noen dager etter selve svulstfjerningen – innebar behov for ventrikkeldrenasje, dvs. uttak av hjernevæske til en oppsamlere (pose). Drenasjeposen, som var festet til barnets seng, falt ned, slik at for mye væske ble tatt ut, hvilket bl.a. ledet til akutte hjerneblødninger.

Ansvarsgrunnlag etter den midlertidige pasientskadeordningen var ikke bestridt.

Skadelidte var på skadetiden 2,5 år. Det eneste og nokså rendyrkede prinsipielle spørsmål for Høyesterett var hvordan den erstatningsmessige medisinske invaliditet iht. skadeserstatningsloven § 3-2a om standardisert erstatning til barn, skulle fastsettes, og herunder forholdet mellom den medisinske invaliditet som forelå på domstidspunktet og den medisinske invaliditet som hjernesvulsten før behandlingsskaden innebar. Høyesterett tok, som partene, utgangspunkt i at det måtte tas stilling til ett av tre mulige prinsipper for invaliditetsgradfastsettelsen.

Førstvoterende beskrev i dommens avsnitt 7-9 de tre prinsipper slik:

«Med *bruttoprinsippet* menes at erstatningen fastsettes ut fra den samlede medisinske invaliditet, uten at det blir gjort noe fradrag for den forutgående invaliditeten, også beskrevet som inngangsinvaliditeten eller grunnskaden.

Etter *differanseprinsippet* fastsettes erstatningen ut fra differansen mellom den medisinske invaliditeten etter skaden og den invaliditet som grunnskaden isolert sett hadde utgjort.

Når *separasjonprinsippet* anvendes, ser man bort fra grunnskaden og vurderer isolert hvilken medisinsk invaliditet den etterfølgende skadevoldende handling har påført skadelidte. Erstatningen beregnes ut fra denne invaliditeten.»

Pasientskadenemnda hadde anvendt separasjonsprinsippet, og vurderte de erstatningsmessige følgene av behandlingsskaden til 65 % medisinsk invaliditet. Tingretten og lagmannsretten anvendte begge bruttoprinsippet, og vurderte den samlede erstatningsmessige medisinske invaliditet til 95 %. Norsk pasientskadeerstatning anket.

2. Høyesteretts dom

Høyesterett tok utgangspunkt i at både utmåling av fremtidig ervervstap og fastsettelse av invaliditetsgrad etter den alminnelige regel i norsk rett fastsettes ut fra en differansebetraktning. Følgelig var spørsmålet om skadeserstatningsloven § 3-2a innebar unntak fra dette.

Først ble det reist spørsmålet om det var grunnlag for et bruttoprinsipp, slik lagmannsretten hadde lagt til grunn.

Høyesterett la i denne sammenheng først til grunn at § 3-2a «fremstår som en ren utmålingsregel, uten innslag som tyder på at det var meningen å fravike de erstatningsregler som ut over særreguleringen der, fulgte av de to foregående paragrafene», §§ 3-1 og 3-2, som før 1987 regulerte utmålingen av tap i fremtidig erverv og menerstatning også for barn under 16 (avsnitt 33).

Høyesterett tok så utgangspunkt i Ot.prp. nr. 81 (1986–87) s. 25–26 som fikk tilslutning i Innst.O. nr.19 (1987–1988) på s. 4, hvor det tas til orde for et bruttoprinsipp i noen sammenhenger. Høyesterett fant imidlertid at dette «bare gjelder de tilfeller der skadelidte er ufør allerede på skadetidspunktet, og dette fører til at den nye skaden får større konsekvenser enn hva den ellers ville ha fått» (avsnitt 36), og fordi et generelt bruttoprinsipp ville være et så vidt klart brudd med de alminnelige regler som § 3-2a skulle erstatte, er det «grunn til å anta at dette ville ha kommet klarere til uttrykk» i forarbeidene enn det som var tilfellet (avsnitt 37).

Formålet med lovendringen, å skape «lik erstatning for lik skade, uavhengig av lidet tap i det konkrete

tilfellet», jf. Innst.O. nr.19 (1987–1988) s. 2, kunne heller ikke tilsi noen utmåling etter bruttoprinsippet (avsnitt 38). Videre forelå heller ikke andre rettskilder, og da heller ikke Dani-dommen i Rt. 1997 s. 771 – som kommenteres nærmere nedenfor –, som kunne tilsi bruk av bruttoprinsippet (avsnitt 39).

Etter å ha underkjent bruttoprinsippet gyldighet i dette tilfellet, ble det så reist spørsmål om det riktige ville være «differanseprinsippet» eller «separasjonsprinsippet» (avsnitt 40).

Høyesterett falt ned på separasjonsprinsippet. Begrunnelsen var at departementet i Ot.prp. nr. 81 (1986–87) s. 25–26 nokså klart gav uttrykk for separasjonsprinsippet i tilfeller «der skadelidte fra før av var 100% medisinsk ufør», og at det ville skape «best sammenheng i regelverket om det samme prinsipp – altså separasjonsprinsippet – anvendes også» i «de tilfellene invaliditeten forut for skadetilfellet var lavere enn 100%» (avsnitt 42). At en separat vurdering av invaliditeten lett vil «kunne fremstå som både teoretisk og skjønsmessig», kunne ikke stenge for den anvendelse av prinsippet som retten hadde «blitt stående ved som det riktige» (avsnitt 43).

Om den konkrete utmåling av invaliditetsgrad i saken ble det uttalt at det var tale om «skadefølger som dels kan være overlappende, og hvor en summering av invaliditetsprosentene kan gi et for høyt tall», men det var «ingen uenighet mellom partene om at den totale medisinske invaliditet i dag er 100%» (avsnitt 49). Etter den samlede vurdering ble førstvoterende «stående ved at den 95% medisinske invaliditet som lagmannsretten har lagt til grunn ved erstatningsutmålingen ved å anvende bruttoprinsippet, må kunne opprettholdes også ved den invaliditetsvurdering som nå skjer etter separasjonsprinsippet» (avsnitt 51).

Anken førte altså ikke frem i resultat.

3. Betraktninger om dommen og dens konsekvenser

Dommen er klargjørende for utmåling av standardisert erstatning til barn hvor det foreligger forutgående invaliditet som ikke er knyttet til en ansvarsbetingende handling, og hvor barnet følgelig ikke har motatt erstatning før. Dommen fastsetter da at også i tilfeller hvor det foreligger en forutgående invaliditet som ikke er 100 %, så er hovedregelen ved barneerstatning separasjonsprinsippet. Hvis det imidlertid er et tilfelle hvor en forutgående skade og medisinsk invaliditet fører til at den nye skade får større konsekvenser enn den ellers ville ha fått, så gjøres det unntak fra dette, og bruttoprinsippet anvendes. Dommen fremstår så vidt prinsipiell i sin utforming at det p.t. er vanskelig å se rom for differanseprinsippet ved den standardiserte erstatningen etter § 3-2a, så lenge det ikke er utbetalt erstatning for tidligere skade.

Ansvarsgrunnlaget var de midlertidige regler om pasientskadeerstatning, men disse bygget – slik pasi-

entskadeloven også gjør – på de alminnelige utmålingsregler, slik at dommen klart har generell rekkevidde for forståelsen av skadeserstatningsloven § 3-2a.

Det kan derfor være naturlig å se dommen i relasjon til visse andre mer generelle spørsmål.

Det kan for det første være naturlig å se dommen noe i relasjon til Dani-dommen i Rt. 1997 s. 771. Saken gjaldt et barn som ble lam fra livet og ned i en trafikkulykke. Under behandlingen på sykehuset oppstod komplikasjoner som ledet til at barnet måtte amputere begge bena. Bilansvarsselskapet hadde betalt ut maksimal barneerstatning med 40 G, og spørsmålet var i hvilken grad fylkeskommunen eventuelt heftet for ytterligere barneerstatning, idet ansvarsgrunnlag ikke var bestridt. Høyesterett utmålte menerstatning etter § 3-2 for «tilleggsinvaliditet». Dani-dommen må antagelig anses å fastsette en særregel begrenset til nettopp dette tilfelle – en særregel som sier at menerstatning i et slikt tilfelle kan utmåles i tillegg til full barneerstatning, uavhengig av om det er tale om skader som forsterker hverandre osv. For de tilfeller hvor barnet har fått utbetalt standardisert barneerstatning tidligere, men ikke med 100 %, kan Dani-dommen derimot trolig ikke anses å gi en klar løsning.

For det annet kan påpekes at de ulike prinsippene som omtales i dommen kan ses som et valg av den «årsakslære» som skal gjelde i utmålingsfasen, dvs. etter at det er avklart årsakssammenheng – i tråd med alminnelig (modifisert) betingelsesteori, jf. især Rt. 1992 s. 64 P-pille dom II – mellom ansvarsgrunnlaget og en «personskade». Dommen tar utgangspunkt i at det i forhold til voksne ved § 3-1 gjelder et «differanseprinsipp» i utmålingsfasen, jf. dommens avsnitt 32, hvilket kan ses som et utslag av prinsippet om dekning av fullt økonomisk tap. Er det tale om menerstatning etter skadeserstatningsloven § 3-2, som er erstatning for ikke-økonomisk skade, må på samme måte først den fysiske skade som ansvarsgrunnlaget har ført til, ettersøkes. Her gjelder fortsatt vår (modifiserte) betingelsesteori, og grunnspørsmålene er om ansvarsgrunnlaget har vært en nødvendig og ikke helt uvesentlig betingelse for en fysisk skade samt i hvilket omfang. I utmålingsfasen ved menerstatning har man derimot intet mål for vurderingen som ved økonomisk tap. Utmålingen gjøres imidlertid etter foreliggende praksis med utgangspunkt i fastsettelse av en invaliditetsgrad, og her kommer altså de ulike «prinsippene» som Rt. 2006 s. 871 omhandler inn. For voksne gjelder på dette punkt som hovedregel et «differanseprinsipp» også for fastsettelse av invaliditetsgrad, jf. dommens avsnitt 32 (sml. også Dani-dommen, som uttrykker det samme).

Det kan for det tredje være naturlig å si noe om tabellarisk invaliditetsfastsettelse og terminologien i den forbindelse. I Rt. 2006 s. 871 bruker Høyesterett

via den foreliggende sakkyndigerklæringen Sosialdepartementets invaliditetstabell i forskrift av 21. april 1997 (yrkesskadeforskriften) til å fastsette invaliditetsgraden. Forskriften gjelder yrkesskadeerstatning etter folketrygdloven, og skadeserstatningsloven § 3-2a viser ikke til denne, herunder ikke til tabellen. Det må antas at tabellen ikke er bindende ved barneerstatning, heller ikke på sedvanegrunnlag. Likevel synes det stort sett, og med støtte i forarbeidene, å ha vært forutsatt at hvor tabellen omhandler den skade som den aktuelle sak gjelder, så legges den til grunn, jf. f.eks. Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett* (2005) s. 368, som uttaler at «uføregraden ofte [vil] kunne konstateres direkte ut fra de invaliditetstabeller som er fastsatt av Sosial- og helsedepartementet 21. april 1997 med hjemmel i ftrl. § 13-17», og i lys av dette og øvrig rettspraksis er det av noen interesse at det innen trygderetten brukes en «reduksjonsmetode» eller «reduceringsmetode» ved anvendelse av invaliditetstabellen. Dette menes hjemlet i yrkesskadeforskriften § 2 hvor det heter at «[d]ersom en person har fått flere skadefølger etter samme yrkesskade eller etter flere yrkesskader som er godkjent etter folketrygdloven, fastsettes invaliditetsgraden ut fra en samlet vurdering». I RTV-rundskrivene til yrkesskadekapittelet i folketrygdloven fremkommer at dette skal være hovedregelen, mens unntak gjøres i de tilfeller der en har å gjøre med skadefølger som gjensidig forsterker hverandre, som ved flerfingerskader og skader på «parvise organer» som øyne og hørselsorganer, og dette unntaket betraktes og betegnes som en «differansemetode», som da er en noe avvikende terminologi fra Rt. 2006 s. 871. Den sk. «reduksjonsmetoden» går ut på at en først fastsetter en invaliditetsprosent for de enkelte skadefølger hver for seg. Deretter trekkes den største skade fra i 100 %, den nest største trekkes fra i den gjenstående differanse, osv. På dette vis blir summen ikke over 100 %. Dette gjelder altså ved yrkesskadeerstatning etter folketrygdloven. I praksis blir imidlertid også reduksjonsmetoden brukt i tilfeller hvor menerstatning måles ut etter skadeserstatningsloven § 3-2. Formentlig er dette som et utgangspunkt riktig, bl.a. i lys av at utmålingen i tråd med lovforarbeid og høyesterettspraksis i det vesentligste skjer ved at man bruker de standardiserte regler tillagt en tredjedel (jf. bl.a. Rt. 1977 s. 782 og Rt. 1981 s. 138), men det er tvilsomt hvor langt dette utgangspunktet kan rekke. Det kan dertil være nødvendig med en viss oppmerksomhet om dette i forhold til barneerstatning etter § 3-2a, siden praksis er så vidt tett knyttet til menerstatningsutmåling. At en slik reduksjonsmetode kan gi veiledning «innenfor den separerte skade», er ikke helt utenkelig. Høyesterett berører spørsmålet så vidt i dommens avsnitt 49, hvor det heter at det er «tale om skadefølger som dels kan være overlappende, og hvor en summering av invaliditetsprosentene kan gi et for høyt tall», men

noen nærmere veiledning for skjønnet er vanskelig å utlede. Det er forøvrig ikke urimelig å anta at advokater, domstoler, forsikringsselskaper og andre som har behov for sakkyndige utredninger i denne type saker heretter får en viss pedagogisk utfordring når mandat til spesialistene skal utformes.

Foranstående vil oppsummert vise at det er nokså vanskelig å sammenligne den standardiserte barneerstatningen etter § 3-2a særlig med individuell utmåling etter § 3-1 fordi man ikke har samme målestokk i «økonomisk tap», og fordi vår vanlige (modifiserte) betingelsesteori alminneligvis bidrar til at skadelidte som hovedregel får full dekning for tapet av ervervsevne til tross for inngangsinvaliditet eller foreliggende sårbarhet, i den grad denne ikke allerede har gitt seg utslag i lavere ervervsevne eller skadevolder gjør det overveiende sannsynlig at den vil gjøre det (med mindre den påstått ansvarlige årsak er så uvesentlig at det ikke er naturlig å knytte ansvar til den eller relasjonen er inadekvat). På denne måte får man ved utmåling etter § 3-1 ivaretatt det faktum at det er den *samlede* funksjonsnedsettelse som i praksis er avgjørende for skadelidtes grad av ervervsevne. Dommen illustrerer at dette praktisk viktige forhold er vanskelig å fange inn i en standardisering som er knyttet til medisinsk invaliditetsgrad. Denne problematikken er berørt av Peter Lødrup i *Lov, dom og bok* (Festskrift til Sjur Brækhus 1988) s. 366–368, og de rettspolitiske betraktninger der har fortsatt gyldighet selv om de materielle spørsmål i større grad er avgjort. Dertil kommer som forsterkende moment at invaliditetsgraden i praksis fastsettes ut fra et tabellverk utarbeidet for yrkesskader, og følgelig for voksne.

Bjarte Thorson

EUROPARETT

Norsk boplikt og EF-rettens prinsipp om fri flyt av kapital

I det senere har det vært mye diskusjon om norske konsesjonsregler i lys av dommen fra EF-domstolen 25. januar om den danske boplikten ved kjøp av landbrukseiendommer. De som håper dommen betyr slutten for de norske reglene gleder seg kanskje for tidlig. Den danske saken dreide seg om tyske Uwe Kay Festersen som kjøpte en landbrukseiendom på litt over 30 mål i Danmark. Boenheten med omkringliggende tomt på 2,4 mål var utskilt som et eget matrikelnummer. Han ble pålagt boplikt (bopælspligt) med hjemmel i den danske landbruksloven, men oppfylte den ikke. For dette ble han satt under tiltale. Under straffesaken rettet Veste Landsret en anmodning til EF-domstolen om prejudisiell avgjørelse etter EF-traktaten artikkel 234 med spørsmål om de danske reglene

var i samsvar med EF-rettens prinsipper om etableringsfrihet og frie kapitalbevegelser (EF-traktatens artikler 43 og 56).

EF-domstolen slo fast at de danske bopliktreglene ikke innebar noen forskjellsbehandling mellom danske borgere og borgere fra de øvrige av EUs medlemsstater eller EØS-borgere. Domstolen understreket likevel at boplikt slik den er etter de danske reglene innebærer begrensninger for fri kapitalbevegelse. Slike regler må begrunnes ut fra tvingende hensyn, og være proporsjonale for at de skal være lovlige i forhold til EF-retten. EF-domstolen anerkjente at statene kan legge restriksjoner på kapitalbevegelser for å bevare selveiet landbruksjord, å opprettholde en fast bosatt befolkning i landdistriktene og å bekjempe prispress på landbruksarealer. EF-domstolen uttalte blant annet at (avsnitt 33):

«...bopælsplikten kan nedsætte antallet av potensielle kjøbere av landbrugseiendomme og dermed kan mindske presset på markedet for disse eiendomme. Det må således erkendes, at en national lovgivning, der innebærer en sådan plikt, som har til formål at undgå, at landbruksjord erhverves i rent spekulativt øjemed, og som således skal bidrage til, at disse jorder først og fremmest erhverves af personer, der ønsker at drive dem, opfylder et alment hensyn i en medlemsstat, hvori landbruksjord ubestridt udgør en begrænset naturressource.»

Domstolen kom likevel i det konkrete tilfellet til at en straffesanksjonert personlig boplikt ikke var egnet til å hindre avfolkning av distriktet når eiendommen kunne kjøpes av lokale uten boplikt. Den var heller ikke egnet til å holde landbruksjord i hevd så lenge det ikke var driveplikt på så små eiendommer. En personlig boplikt måtte vurderes som en vidtgående restriksjon siden den gjør inngrep i retten til å velge bosted som er et anerkjent prinsipp i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Den danske landbruksloven stiller krav om boplikt i åtte år. Den danske regjeringen anførte at formålet med ordningen blant annet er å hindre prispress på produktiv landbruksjord som følge av at jorden blir investeringsobjekt for folk som bare har kapitalplassering for øye, fremfor bønder som driver produksjonslandbruk. EF-domstolen ga uttrykk for at boplikt ikke var en nødvendig foranstaltning for å oppnå dette formålet, og uttalte videre (avsnitt 41):

«Selv hvis det forudsættes, at denne forpligtelse anerkendes som en nødvendig foranstaltning for at opfylde det forfulgte formål, fordi den i sig selv har en positiv indvirkning på ejendomsmarkedet (i betragtning af de omkostninger, enhver ændring af bopæl indebærer, hvilket har en dæmpende virkning på spekulative ejendomstransaktioner), bemærkes, at eftersom der til denne forpligtelse er knyttet en betingelse om, at bopælen skal opretholdes i mindst otte år, er det åbenbart, at en sådan supplerende

betingelse går ud over, hvad der kan anses for nødvendigt, navnlig idet den indebærer en langvarig suspension af udøvelsen af den grundlæggende frihedsrettighed til at vælge sit opholdssted.»

I norsk rett har vi regler om boplikt hovedsakelig i konsesjonsloven og også i odelsoven. Konsesjonsloven har til formål å regulere og kontrollere omsetningen av fast eiendom for å oppnå et effektivt vern om landbrukets produksjonsarealer og slike eier- og bruksforhold som er mest gagnlige for samfunnet, blant annet for å tilgodese fremtidige generasjoners behov, landbruksnæringen, behovet for utbyggingsgrunn, hensynet til miljøet, allmenne naturverninteresser og friluftsinnteresser og hensynet til bosettingen. Alt dette er lovlige hensyn i forhold til EF-retten og kan derfor begrunne begrensninger i kapitalens frihet. Det avgjørende er således hva slags ordninger myndighetene bruker for å tilgodese disse hensynene.

Utgangspunktet ved erverv av konsesjonspliktige bebygde eiendommer er boplikt, se konsesjonsloven § 6 jf. § 5 annet ledd. Videre er det et utgangspunkt at det er driveplikt for konsesjonspliktige landbruks-eiendommer, altså jord- og skogbrukseiendommer med et totalareal på over 100 mål, eller der mer enn 20 mål er fulldyrket. Bo- og driveplikt etter de norske reglene er likevel ikke, som etter de danske reglene personlige, i alle sammenhenger. Etter konsesjonsloven kan konsesjonsmyndighetene bare fastsette at plikten skal være personlig når det anses nødvendig. Nødvendighetskriteriet kan være oppfylt dersom det for eksempel er klart at personlig boplikt i fem år bedre ivaretar hensynet til en stabil bosetting på eiendommen i et langsiktig perspektiv enn om andre enn eieren bor der. Det samme gjelder dersom en kommer til at gården og bygningene blir bedre tatt vare på om eieren selv bor der enn om andre bor der og at personlig boplikt på eiendommen øker aktiviteten i lokal-samfunnet.

Det følger således ikke av EF-domstolens avgjørelse i Festersens sak at de norske reglene om bo- og driveplikt er ulovlige. Siden de norske reglene er forskjellige fra de danske, må lovligheten vurderes for seg. De norske reglene er ikke like inngripende. For det første har konsesjonsplikten en annen og mindre omfattende rekkevidde i Norge enn i Danmark. For det andre krever ikke de norske reglene alltid personlig oppfyllelse av boplikten. De elementer som EF-domstolen fant uforholdsmessige ved de danske reglene foreligger derfor ikke uten videre i forhold til de norske.

Landbruks- og matdepartementet opplyser på sine nettsider at de norske reglene skal gjennomgås med tanke på om uttalelsen fra EF-domstolen kan få betydning her i landet som følge av EØS-avtalen. Noen offisiell uttalelse fra departementet foreligger ikke ennå.

En interessant side ved dommen er måten menneskerettighetskonvensjonen brukes i den proporsjonalitetsvurderingen EF-domstolen gir anvisning på i forhold til kapitalreglene. Det er et velkjent krav fra fellesskapsretten at adgangen for en medlemsstat til å gjøre bruk av en traktatfestet derogasjon eller av læren om allmenne hensyn er at den nasjonale reguleringen respekterer menneskerettighetene. Menneskerettighetene utgjør på denne måten en skranke også etter fellesskapsretten for medlemsstatenes kompetanseutøvelse. I Festersensaken ble ikke EMK brukt som en skranke, og EF-domstolen tok derfor ikke stilling til om de danske reglene stred mot konvensjonen. I stedet sa domstolen at det forholdet at det finnes en konvensjonsbeskyttet rettighet som de nasjonale regler må vurderes i forhold til, må komme i betraktning ved den fellesskapsrettslige proporsjonalitetsvurdering med den virkning at restriksjonen må anses som ekstra byrdefull, dvs. at det stilles ekstra strenge krav for at den nasjonale regelen kan anses som proporsjonal. Potensielt utvider en slik tilnærming den overprøvingen som EF-domstolen foretar med medlemsstatenes rettslige handlinger, idet rettigheter i EMK får betydning ikke bare når det foreligger brudd, men også som krav til innholdet av reguleringen utover disse tilfellene. Det kan synes som om EF-domstolen med dette signaliserer at den vil pålegge medlemsstatene å optimere beskyttelsen av grunnleggende rettigheter, ikke bare å holde seg over et minstenivå. Det gjenstår å se om dette blir siste ordet fra domstolen eller fra medlemsstatene.

Hans Petter Graver

(Deler av kommentaren er tidligere publisert i Nationen 9. februar 2007)

ODELSRETT

Odlingsjord – nok en gang – Høyesteretts dom 19. april 2007 (HR-2007-00725-A)

En forutsetning for odelsrett er at eiendommen har landbruksarealer av en viss størrelse og at den er egnet for landbruksdrift – enkelt sagt: Når eiendommen har et jordbruksareal på mer enn 20 dekar – som er den nedre grense for den rene jordbrukseiendom – vil en fornuftig person erverve denne med tanke på å utnytte den som en landbrukseiendom? I våre dager melder spørsmålet seg helst i en litt annen form: Har den eiendom som utvilsomt i sin tid var odelsjord, tapt sin karakter av odelsjord? At den kan det, fremgår av odelsloven av 28. juni 1974 nr. 58 § 23: «Eiendom som etter skifte av tilhøva ikkje lenger fyller vilkåra for odlingsjord etter § 2 i denne lova, kan ikkje

løysast på odel.» Her innskytes at det er fastslått at selv om det bare henvises til § 2 (som definerer arealkravene), går odelsretten tapt også der vilkåret i § 1 (som «kan nyttast til landbruksdrift») ikke foreligger.

I løpet av de senere år har vi fått en rekke avgjørelser – også av Høyesterett – vedrørende eiendommer som fyller arealkravene i § 2, men påstås ikke lenger å tilfredsstille kravet i § 1 om at eiendommen må kunne «nyttast til landbruksdrift». Den underliggende konflikt er ofte kampen om det som etter dagens forhold reelt sett er en bolig- eller fritidseiendom. Konflikten blir gjerne ytterligere skjerpet ved at den som måtte vinne frem med påstanden om odelsrett, kan kreve overtagelse av eiendommen etter prinsippene i odelsloven § 49, og de fører titt til en pris som ligger vesentlig under det en sammenlignbar odelsfri eiendom kan selges for.

Siste bidrag fra Høyesterett til avklaring av dette problem som har mange underspørsmål, er dom av 19. april 2007 (2007-00725-A). Stridens eple var denne gang eiendommen Lid i Lindås kommune. Den hadde vært i en slekts eie i lang tid inntil den i 2004 ble solgt ut av slekten, hvilket førte til at selgerens datter gikk til løsnings sak. Eiendommen ligger ca. 12 km fra kommunesenteret og ca. 35 km fra Bergen sentrum. Den er 140 dekar stor, med et jordbruksareal på 19 dekar og et skogareal på 113 dekar skog, hvorav 95 dekar produktiv skog. Eiendommen har endel eldre bygninger som er blitt opprustet og i det vesentlige er brukt for boligformål. Selgeren hadde i sin 30-årige eiertid – ved siden av fullt arbeide utenfor gården – forsøkt med forskjellige former for landbruksdrift: sauavl, bringebærproduksjon, hesteoppdrett. De seneste år hadde det bare vært gressproduksjon på eiendommen, hvilket ikke gav noe overskudd.

Tingretten fant under en viss tvil at eiendommen ikke lenger fylte kravet om «kan nyttast til landbruksdrift»; lagmannsretten kom til motsatt resultat – i det vesentlige fordi man regnet med en årlig inntekt fra eiendommen på noe over kr 30.000, fordelt med kr 20.000 på husleieinntekter og kr 10.000 fra skogsdrift.

En enstemmig Høyesterett kom, uten å uttrykke tvil, til samme resultat som tingretten.

Tidligere praksis gjennomgås, med utgangspunkt i Rt. 1998 s. 450 (Vesterøya), Rt. 2001 s. 561 (Nordtveiten) og Rt. 2002 s. 112 (Gisløys), og det fastslås at bruk som ikke gir noe vederlag for den arbeidsinnsats som nedlegges, ikke fyller vilkåret om å kunne «nyttast til landbruksdrift». Lagmannsretten hadde lagt vekt på en mulig bedret avkastning fra jordbruksdriften på lengre sikt. Høyesterett fant at en mulig positiv utvikling var forbundet med så stor usikkerhet at den «vanskelig kan tas i betraktning». For så vidt angår skogen finner Høyesterett at lagmannsrettens vurdering av avkastningen er for høy. Anslaget over utleieinntektene legges til grunn, men i samsvar med utta-

lelsene i Gisløysdommen kan slike inntekter, når inntekten fra den egentlige landbruksdrift – her fra skogen, ikke er større enn i det foreliggende tilfelle, kan utleieinntektene ikke føre til at eiendommen ansees som en landbrukseiendom.

Avslutningsvis nevner Høyesterett NOU 2003: 26 med forslag til endringer i odelslovgivningen, bl.a. om økning av arealkravet og sløyfing av kriteriet «kan nyttast til landbruksdrift». Høyesterett tilføyer at § 1 i gjeldende lov er «prosessdrivende. Det er i saker hvor det er tvilsomt om en eiendom fremdeles har karakter av å være landbrukseiendom, som det oppstår tvister. For å hindre kostbare rettssaker er en retsteknisk enklere løsning ønskelig».

Så får vi se om Landbruksdepartementet vil følge odelslovutvalget og Høyesterett når proposisjon om endringer i odelslovgivningen formodentlig blir fremlagt i en ikke altfor fjern fremtid.

Thor Falkanger

TINGSRETT

Borttauing av kjøretøyer – rettmessighet og tilbakeholdsrett for omkostningsdekning m.v. Rt. 2006 s. 1348

Biler parkert uten grunneiers tillatelse er ofte til betydelig sjenanse for grunneieren. På den annen side: Bileieren som kanskje etter kort tids fravær finner at bilen er fjernet, kan i mange tilfeller representere en viss fare for egen og omgivelsenes velferd. Men hva er jusen her?: Kan grunneieren «med loven i hånd» få fjernet bilen og deretter kreve omkostningene dekket? Og er reglene de samme der bilen er etterlatt på offentlig grunn?

Mange av disse spørsmålene er blitt avklart gjennom Høyesteretts dom av 3. november 2006, der utgangspunktet riktignok var litt særlig:

Østlandske Autoberging foretar på oppdrag fra private grunneiere og Oslo kommune borttauing av ulovlig parkerte kjøretøyer. De plasseres på selskapets tomt og blir i alminnelighet ikke utlevert uten at fjerningsutgifter, lagerleie og kontrollavgift er betalt. Klage til forbrukermyndighetene fordi kjøretøy ble holdt tilbake inntil betaling hadde funnet sted, ledet til avgjørelse av Markedsrådet med forbud for Østlandske Autoberging til «å nytte avtalevilkår som innebærer tilbakeholdelse av fjernet kjøretøy inntil betaling av fjerningskostnader og/eller kontrollgebyr er utført». Hjemmelen for vedtaket er markedsføringsl. § 9a:

«Vilkår som nyttes ... i næringsvirksomhet overfor forbrukere kan forbys når de finnes urimelige overfor forbrukerne, og det finnes at forbud tilsies av allmenne hensyn.

Ved rimelighetsvurderingen skal det legges vekt på hensynet til balanse mellom partenes rettigheter og plikter og på hensynet til klarhet i kontraktsforhold.»

I den konkrete sak som lå under, dreide det seg om inntauingsomkostninger, lagerleie, kontrollavgift og merverdiavgift på i alt kr 2.650.

Avgjørelsen ledet til rettssak om Markedsrådets kompetanse til å nedlegge forbud. Tingretten fant vedtaket ugyldig, lagmannsretten kom til motsatt konklusjon. For Høyesterett hevdet inntauingsfirmaet prinsipalt at Markedsrådet ikke hadde kompetanse til å nedlegge forbud. Kompetansen gjelder «avtalevilkår», og mellom firmaet og eieren av den enkelte inntauede bil er det ikke noe avtaleforhold. Subsidiært ble det anført at det ikke var noe grunnlag for å nedlegge forbud. Om allmenne hensyn forelå, hører under Markedsrådets frie skjønn, men domstolen må kunne prøve om vilkåret er urimelig, hvilket firmaet bestred. Tilbakeholdsretten samsvarer med et uomtvistet krav mot kjøretøyets eier: Besittelsen er her lovlig, og kravet er direkte knyttet til den ulovlige parkering som førte til besittelsen. Ved helhetsvurderingen er det imidlertid ikke nødvendig å ta definitivt standpunkt til hvor langt de privatrettslige regler rekker. Ved rimelighetsvurderingen må det legges vekt på at føreren bevisst har parkert ulovlig. Og videre: Veitrafikkloven § 37 gir det offentlige inntauingsrett; det er ingen god grunn til at det skal være annerledes ved privat inntauing – et system som har vært praktisert siden midten av 1980-årene.

Staten bestred at Markedsrådet hadde overtrådt sin kompetanse. Når biler taues inn fra skiltet område, foreligger det en «avtale», og de senere påberopte vilkår er «avtalevilkår». Det konkrete skjønn kan ikke prøves, men skulle det være adgang til det, kan det ikke kreves klar urimelighet for at vilkåret skal være «urimelig». I tilfelle av prøvelse av det konkrete skjønn ble det bl.a. henvist til manglende forholdsmessighet, tilfeldig fordel ved å bruke tilbakeholdsretten som pressmiddel, ingen individuell prøving av om inntauingsvilkårene er til stede, ingen klageordning.

I Høyesteretts enstemmige dom fastslås det først at Markedsrådet var kompetent til å vurdere rimeligheten i det aktuelle vilkåret. Paragraf 9a kan «anvendes overfor næringsdrivende som anvender slike vilkår, og som privatrettslig er i en posisjon som gjør det mulig å stille vilkår overfor personer som kan anses å ha innlagt seg med vedkommende. Dette er etter min mening tilfellet for førere som parkerer i strid med forbudsskilt.»

Det neste hovedspørsmål gjaldt hvorvidt vilkåret «urimelig» er undergitt prøvelsesrett, og det ble besvart bekreftende med støtte i forarbeidene og under henvisning til at domstolene har «like gode forutsetninger som Markedsrådet til å vurdere det aktuelle kriteriet».

Og dermed var man fremme ved det tredje hovedspørsmål i saken: Var vilkåret om å utøve tilbakeholdsrett «urimelig»?

Førstvoterende har først noen prinsipielle uttalelser om at vurderingen av balansen i et vilkår er enklest når det er tale om utveksling av ytelser. Er vilkårene utformet etter forhandlinger med en interesseorganisasjon for motparten, vil det normalt ikke være grunnlag for å gripe inn. Forbrukerhensyn tilsier at det normalt ikke skal kreves «særlig stor ubalanse før Markedsrådet kan gripe inn». Men i det foreliggende tilfelle er det mer tale om et enten-eller, hvilket gjør det vanskelig å si generelt hva som ligger i vilkåret.

Ved den konkrete vurdering, sies det, er det av stor betydning om det på privatrettslig grunnlag lovlig kan utøves tilbakeholdsrett ved inntauing av ulovlig parkerte biler. Førstvoterende gir sin tilslutning til Brækhus, *Omsetning og kreditt 2* (3. utg. ved Høgetveit Berg) s. 568 om at det er en sedvanerettslig hjemmel for tilbakeholdsrett: «Besitteren av en løsøre gjenstand har i prinsippet tilbakeholdsrett i gjenstanden til sikkerhet for sine fordringer på eieren ... dersom det er en naturlig sammenheng (konksitet) mellom fordringen og etableringen av besittelsen.»

I saken var partene enige om at grunneieren har rett til å fjerne biler som er parkert i strid med et forbudsskilt, og førstvoterende var enig i det. Dvs. at inntauingsfirmaet var i lovlig besittelse av kjøretøyet. Utgiftene til inntauing og lagerleie ble ansett som «en nødvendig konsekvens» av inntauingen og oppbevaringsansvaret for firmaet. Kontrollavgiften har en fjernere tilknytning, men tilbakeholdsrett ble likevel godtatt også for denne. Etter gjennomgang av en omfattende, langvarig praksis, med såvel det offentlige som private som aktører, samt reglene i veitrafikkloven § 37 konkluderes det med «at fjerningsselskapene i kraft av sedvanerett har tilbakeholdsrett i ulovlig parkerte kjøretøyer som de har inn-taet».

Dermed ble spørsmålet om Markedsrådet kunne nedlegge forbud mot vilkåret under henvisning til at det er «urimelig». Forsåvidt tas det utgangspunkt i at ved inntauing fra skiltet område har føreren forsettlig eller uaktsomt satt seg i den situasjon som førte til inntauingen. Etter forarbeidene er to momenter viktige ved vurderingen: at vilkåret er klart, og at innholdet er rimelig. For det første moments vedkommende kunne større klarhet gjennom skilting vært ønskelig: Men i lys av den langvarige praksis, kan tilbakeholdsretten neppe ha vært overraskende. Umiddelbart kan det virke urimelig at kanskje meget verdifulle kjøretøyer holdes tilbake for de utgifter det her er tale om. Slike verdiforskjeller har man imidlertid også i andre tilfeller der tilbakeholdsrett utøves, og det har fått lovgivers aksept gjennom veitrafikkloven § 37. Den

private inntauing skiller seg fra den offentlige ved at det ikke er en offentlig tjenestemann som tar standpunkt, og det er ingen klageordning. Til tross for slike forskjeller ansees vilkåret ikke urimelig. Firmaet har utvilsomt tilbakeholdsrett og det foreligger «et reelt og langt på veg godt begrunnet behov for å holde kjøretøyene tilbake inntil utgiftene til inntauing mv. er betalt».

Thor Falkanger

Med rett til å forskjellsbehandle – Høyesteretts dom 26. februar 2007 (HR-2007-00387A)

Det offentliges reguleringsmyndighet etter plan- og bygningsloven innebærer en lovbestemt rett til forskjellsbehandling. Denne må imidlertid være saklig og konkret begrunnet i reguleringsformålet. Innenfor et planområde kan ellers sammenlignbare private grunneiere bli behandlet svært ulikt. En slik forskjellsbehandling er en opplagt nødvendighet for at samfunnsplanleggeren skal kunne løse sine oppgaver og imøtekomme fellesskapets behov. Kan det imidlertid tenkes at forskjellsbehandlingen slår så grovt urimelig ut for en enkelt grunneier at reguleringsvedtaket av den grunn er ugyldig? Denne problemstillingen ble forelagt Høyesterett i en sak fra februar i år. I et privatrettslig perspektiv er det interessant å se hvordan et reguleringsvedtak av denne typen påvirker grunneierposisjonen.

Den aktuelle eiendommen ligger i strandsonen i Strand kommune i Rogaland. Eiendommen er på snaue 500 kvadratmeter, bebygget med et enkelt naust og med 35 meter strandlinje. Grunneierens sønn driver barnehage fra naboeiendommen, og barnehagen benytter den omtvistede strandparsellen som uteareal. Kommunen har, blant annet i forbindelse med tildeling av investeringstilskudd, forutsatt at den aktuelle strandparsellen skal disponeres av barnehagen. Selve naustgrunnen ble i 2001 regulert til «byggeområde, naust», mens eiendommen for øvrig ble regulert til friområde, slik den hadde vært tilbake fra 1980. Den reguleringsplanen kommunen vedtok i 2001 gjaldt for hele strandsonen inn til Jørpeland sentrum. Reguleringsformålet var byggeområde for naust med innslag av enkelte friområder. Saken for Høyesterett gjaldt den delen av den ankende parts eiendom som etter reguleringsplanen fra 2001 var utlagt til friområde med hjemmel i plan- og bygningsloven § 25 nr. 4. Bestemmelsen lyder slik:

«§25. Reguleringsformål

I reguleringsplanen avsettes i nødvendig utstrekning:

...

4. Friområder: Parker, turveger, leirplasser, anlegg for lek, idrett og sport og områder i sjøen for slik virksomhet.»

Kommunens begrunnelse for regulering til friom-

råde bygget på ønsket om å bryte opp naustrekken og sikre utsyn mot sjøen. Grunneieren påberopte seg blant annet at reguleringsvedtaket var grovt urimelig og at han ble utsatt for usaklig forskjellsbehandling, fordi mange av de andre nærliggende eiendommene ble regulert til byggeområde for naust. Høyesterett ga i dommen en klar vurdering av at tilfellet ikke var å anse som usaklig forskjellsbehandling. Uttalelsen fremkommer som et obiter dictum, fordi retten avgjorde saken på et annet grunnlag. Men den illustrerer likevel at kommunen som planmyndighet har en betydelig skjønnsmargin når det gjelder hvilke kvaliteter ved eiendommene som skal vektlegges og hvilke prioriteringer i et planområde som for øvrig vurderes hensiktsmessige. I uttalelsen, som altså ikke var nødvendig for å begrunne resultatet, understreket førstvoterende at det innenfor lovens rammer hører til forvaltningens frie skjønn å vurdere reguleringsformål for de forskjellige eiendommene. I det aktuelle reguleringsvedtaket var det et poeng for kommunen å bryte opp rekken av naust med grøntområder og friarealer. En nødvendig følge av et slikt utgangspunkt er nettopp at noen av eiendommene blir undergitt regulering til naustbebyggelse og andre til friareal. Den konkrete vurderingen og innbyrdes fordelingen av reguleringsformål innenfor planen er spørsmål som ikke kan overprøves av domsstolene.

I tingretten vant grunneieren frem med at reguleringsvedtaket for hans vedkommende innebar et uforholdsmessig inngrep i strid med Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (p 1-1). Også for Høyesterett ble det påberopt at reguleringsvedtaket var i strid med vernet om eiendomsretten etter EMK p 1-1. Det kunne vært interessant å få se hvordan Høyesterett ville angrepet denne anførselen. Jeg vil tro det skal nok så mye til at det offentlige skjønnsmargin hadde blitt ansett som overskredet i forbindelse med et lovhjemlet reguleringsvedtak. Grunneieren gjorde for Høyesterett også gjeldende at kommunen – når arealet var regulert til friområde – måtte ha plikt til å innløse det. Heller ikke det spørsmålet er drøftet av Høyesterett idet saken ble avgjort på annet grunnlag. Ettersom det rettslige grunnlaget saken ble avgjort på ikke var anført av grunneieren, kan man på sett og vis si at han ble reddet av gongongen.

Valg av reguleringsformål

Den omtvistede eiendommen var som nevnt regulert til friområde, men samtidig av kommunen forutsatt benyttet som uteområde for en barnehage. Høyesterett vurderte at disse formålene var uforenelige. I reguleringen til friområde ligger det at området skal være tilgjengelig for allmennheten. Bl.a. vil rett til fri ferdsel være et karakteristisk trekk ved friområder, se dommen avsnitt (47). Dette reguleringsformålet har

således en klar forbindelseslinje til friluftslovens regler om rett til ferdsel i utmark.

Å benytte det samme området som uteareal for en barnehage, passet dårlig med et friområdes karakter. Det ville etter Høyesteretts syn være vanskelig å føre tilstrekkelig oppsyn med barna som hører til i barnehagen om strandeiendommen samtidig skulle være allment tilgjengelig som friområde. Når kommunen forutsatte at arealet skulle brukes som uteareal for barnehagen, kunne det ikke lovlig utlegges som friområde etter § 25 nr. 4. Korrekt regulering for slik faktisk bruk ville være «byggeområde – uteareal til barnehage» etter § 25 nr. 1, jf. dommen avsnitt (59).

Dommen avdekker også det som synes å være en klar misforståelse fra kommunens side. Den hadde lagt til grunn at bruken til uteareal for barnehagen ikke ville kompliseres som følge av fri ferdsel på friområdet, ettersom kommunen antok at «så lenge området ikke er innløst, vil det ikke være ferdselsrett på området etter friluftsløven». Som kjent er det etter friluftsløven uten betydning for ferdselsretten hvem som eier området. Ettersom Høyesterett konkluderte med at friområdet ikke lovlig (i reguleringssammenheng) kunne kombineres med uteareal for barnehage, var det ikke nødvendig for retten å vurdere nærmere om det var et utmarksareal slik at allmennheten faktisk ville hatt ferdselsrett.

Jura novit curia – Retten kjenner jusen

Høyesterett løste saken på et annen rettslig grunnlag enn det den ankende part hadde påberopt. På sett og vis gjør dette avgjørelsen mer prinsipiell. Det har klart nok betydning utover den aktuelle saken å få slått fast at man ikke kan kombinere de to formene for arealbruk som kommunen hadde gjort under samme reguleringsformål i plan- og bygningsloven § 25 nr. 4. En vurdering fra Høyesterett om konkret rimelighet og forskjellsbehandling i reguleringssak ville ikke nødvendigvis fått like stort nedslagsfelt. Høyesteretts rettsanvendelse i saken viser også at prinsippet i tvistemålsloven § 191 om at retten av eget tiltak skal anvende de korrekte rettsreglene er høyst levende og har praktisk betydning. Det kan se ut til at grunneierens advokat helt hadde oversett det grunnlaget Høyesterett avgjorde saken på. Heldigvis var han ikke oppe til prøve.

Marianne Reusch

Tolking av avtale om veirett – bilkjøring til fritidsbruk – Høyesterettsdom 24. april 2007 (HR-2007-00751A)

I april i år behandlet Høyesterett en sak som gjaldt spørsmålet om en avtalt veirett til et småbruk også gjaldt når stedet ikke lenger var bebodd og drevet som landbruk, men kun benyttet som fritidseiendom. Saken er et eksempel på at mange av tingsret-

tens rettsspørsmål har en side til avtalerett. Fast eiendoms rettsforhold kjennetegnes langt på vei av bilaterale forhold med avtalefrihet som utgangspunkt, og med den fravelige bakgrunnsretten som supplement.

Saken gjaldt spørsmålet om veirett til småbruket Heggelia i Ringerike kommune. Heggelia er på noe over 26 dekar og omgis på alle kanter av Carl Otto Løvenskiolds skogeiendom. Heggelia ble i 1989 ervervet av den tidligere brukerfamilien, ved en avtale inngått under trussel om ekspropriasjon. Løvenskiold eier og forvalter den 430 000 dekar store skogeiendommen beliggende i Osloregionen, som for en stor del utgjøres av Nordmarka og Krokskogen. Skogeiendommen innbefatter en rekke småbruk, plasser, koier m.v. som er utleid både til bolig og fritidsformål. Innenfor området ligger også enkelte plasser som har andre eiere. Dette er i hovedsak private seterbruk, samt bruk som er ekspropriert av tidligere drivere med hjemmel i jordloven av 1955 § 20, den såkalte husmannsparagrafen. Da kjøpekontrakten for Heggelia og den tilknyttede avtalen om veirett ble inngått, var det en forutsetning at stedet skulle benyttes til bolig og jordbruk. Denne forutsetningen falt senere bort, blant annet fordi Landbruksdepartementet vedtok å frita fra bo- og driveplikt på bruket. Med den nye konsesjonsloven av 2003 ble konsesjonsgrensen hevet til 100 dekar for bebygget eiendom, og Heggelia ville etter dette kunne selges konsesjonsfritt som fritidseiendom.

Kortversjonen av Høyesteretts avgjørelse i saken er at avtale inngått under trussel om ekspropriasjon, skal tolkes i lys av ekspropriasjonstrusselen. Dersom ekspropriasjon ville blitt gjennomført i denne saken, ville veiretten fulgt med selv om boplikten og gårdsdriften etter hvert hadde blitt avvirket. Den frivillige avtalen om veirett måtte da også tolkes slik at den gis et tilsvarende innhold. Avgjørelsen ble avsagt under dissens (4-1).

Saken var anlagt som et fastsettelsessøksmål hvor eieren av Heggelia fremsatte krav om veirett over Løvenskiolds eiendom. Eieren av Heggelia tapte saken i tingretten, men vant frem i lagmannsretten. Etter Løvenskiolds oppfatning var veiretten bortfalt fordi eiendommen ikke lenger var i bruk som landbruk og bolig, og dette standpunktet lå til grunn for anken til Høyesterett. Påstandene var utformet slik at spørsmålet for Høyesterett var om Heggelia etter dagens situasjon hadde veirett eller ikke. Ankende part hadde ikke utformet noen subsidiær påstand om veiretts innhold og omfang, for det tilfellet at hovedsynspunktet ikke førte frem. Dette kan synes å ha vært et noe risikabelt prosessopplegg. Særlig fordi det fra Løvenskiolds side ble gitt uttrykk for et ønske om, blant annet av hensyn til friluftslivet i marka, å innordne veiretten til Heggelia under det kjøreregimet som gjelder for de øvrige veiberettigede i områ-

det. Prosessuelt ville nok Høyesterett hatt adgang til å gi dom for begrensninger eller presiseringer i veiretts omfang og innhold. Men når partene ikke direkte inviterer til det, har retten heller ikke noen oppfordring til å gripe fatt i slike spørsmål. Fra et rettsvitenskapelig ståsted gikk man ved det kanskje glipp av Høyesteretts syn på for eksempel om kjørebegrensninger av hensyn til friluftslivet ligger innenfor de relevante hensynene når «tida og tilhøva» i servituttloven § 2 skal vurderes. En rekke avgjørelser har slått fast at samfunnsutviklingen kan begrunne en utvidelse av veirett, med overgang fra hest og kjerre til bil. Det ligger nær å tenke seg at den alminnelige samfunnsutviklingen også kan lede til det motsatte, nemlig en mer restriktiv tolking av retten til bilkjøring på private veier i utmark etter hvert som allmenhetens mulighet for friluftsliv i pressområder tillegges større vekt. Det kunne vært interessant å få se en dypere drøftelse fra Høyesterett av slike spørsmål innenfor rammen av servituttloven § 2.

Dommen berører forholdet til servituttloven § 2 ganske kort, men da til støtte for at veiretten fremdeles er i behold og ikke for å presisere rettens omfang (avsnitt 52):

«Det må med stor rett kunne hevdes at «tida og tilhøva» tilsier at veiretten gis et nytt innhold når eiendommens bruksmåte er endret. Veiretten er i dette tilfellet et nødvendig aksessorium til eiendomsretten. Det opprinnelige formålet med veiretten – som eiendomsretten – er falt bort, og det er etter min mening vanskelig å se noe urimelig i at den i et tilfelle som det foreliggende gis et nytt formål i samsvar med småbrukets nye funksjon. Dette vil være i samsvar med «tida og tilhøva.»

Denne uttalelsen fra Høyesterett vil avgjort kunne ha betydning også utover den foreliggende saken.

Avtale inngått under trussel om ekspropriasjon

Dommens mest prinsipielle poeng er at avtaler som er inngått under trussel om ekspropriasjon ikke alene kan undergis en avtalerettslig tolkning, men må forstås i lys av ekspropriasjonstrusselen. I slike avtaler er det grunneieren (den presumptivt sterkeste part) som er «truet», mens husmannen (den presumptivt svake part) er den som «truer». Etter avtalerettens tolkningsregler skulle derved uklarheter ved avtalen gått utover eieren av Heggelia. Trussel om ekspropriasjon er et sterkt, men likevel fast innarbeidet uttrykk for den situasjonen at en part påberoper seg ekspropriasjonsrett. Slik uttrykket vanligvis brukes, dekker det situasjonen både før og etter at ekspropriasjons- eller odelsløsningssaker er innledet. Det vil si at en slik «trussel» kan være både godt og mindre godt begrunnet. Utfallet av ekspropriasjonssaken kan i noen tilfeller være ganske sikkert, i andre tilfeller mer usikkert. Dommen opplyser at partene var enige om at ekspropriasjon var eneste alternativ i denne saken. I lys av det

skal da avtalen gis samme virkning som om ekspropriasjon hadde funnet sted (dommens avsnitt 40). Når det gjelder dommens rekkevidde på dette punktet, tror jeg ikke man kan utlede en helt generell regel om at avtaler inngått under trussel om ekspropriasjon skal forstås som om ekspropriasjonen var gjennomført. Det vil i hvert enkelt tilfelle være nødvendig å undersøke realiteten i trusselen og vurdere sakens alternative utfall.

Marianne Reusch

Erstatning for risiko for personskade ved overskridelse av grannelova § 2 – Høyesteretts dom 28. mars 2007 (HR-2007-00607-A)

Når grannelova § 2 overskrides, kan naboen etter omstendighetene kreve erstatning, jf. grannelova § 9, vederlagslova § 8 og forurensningsloven § 57. Overskridelse av grannelova § 2 impliserer at eiendomsretten i naboforhold er krenket, dvs. at en tålegrense er overskredet. Hvor tålegrensen går, avgjøres ved å holde faktum opp mot de rettslige kriteriene «urimelig» og «unødig» skade, ulempe eller fare. Hva som nærmere ligger i disse kriteriene, beror på en anvendelse av annet til fjerde ledd i grannelova § 2 og den rettspraksis som viser hvordan disse retningslinjene skal praktiseres.

I dom av 28. mars 2007 vurderte Høyesterett rettsanvendelse og saksbehandling i et overskjønn om erstatning til grunneiere ved anlegg av et høyspent overføringsanlegg. Hovedspørsmålet var om magnetfelt på 0,4 mikro Tesla eller mer i bolighus innebærer en urimelig eller unødig fare, jf. grannelova § 2. Høyesterett avgjorde at slik eksponering ikke skaper fare tilstrekkelig til at erstatning kan kreves, jf. vederlagslova § 8.

Høyesterett anla som hovedsynspunkt at det ikke kan fastsettes en generell grense i form av en teknisk verdi for elektromagnetisk stråling som kriterium for når tålegrensen i grannelova er overskredet (77). Dette er opplagt riktig, all den stund tålegrensen er et tolkningsresultat av hele grannelova § 2, jf. ovenfor.

Videre avgjorde Høyesterett at den konkrete påvirkningen av magnetfelt ikke var stor nok i dette konkrete tilfellet til at farekriteriet var oppfylt. Naboene i saken bodde om lag 50 meter fra ledningene, og faren for personskade i form av barneleukemi var beskjedne. Retten la til grunn at den aktuelle strålingen statistisk sett vil gi en økning i antall sykdomstilfeller fra 280 til 281 over en syv-åtteårs-periode, noe som impliserer ett ekstra dødsfall hver 100. år (78). Denne risikoøkningen er for liten til at erstatning kan komme på tale (77). Uten at det egentlig hadde betydning for avgjørelsen, bemerket retten også at den aktuelle risikoøkningen var meget liten sammenlignet med den risiko dagliglivet ellers utsetter barn for (80).

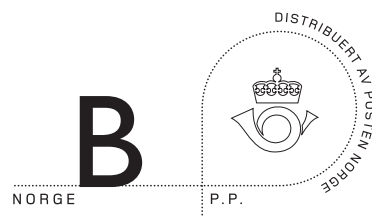
Retten gikk ikke inn i en nærmere vurdering av de enkelte retningslinjene i grannelova § 2. For eksempel ble det ikke eksplisitt vurdert om den beskjedne risikoen kunne vært unngått med bruk av enda mer beskjedne ressurser til å forebygge den, jf. annet ledd. Indirekte kan man likevel si at dette var et tema, siden retten la vekt på at myndighetene ikke har funnet grunn til å fastsette forbud mot bygging av boliger mv. på arealer som er eksponert for magnetfelt fra kraftledninger (79).

I juridisk litteratur har det vært hevdet at naborettslige tålegrenser ikke er anvendelige når den krenkede interesse er folks helse. Dette har alltid vært et urealistisk synspunkt, all den tid støy – som rutinemessig vurderes etter en tålegrensevurdering – er en sykdomskilde. Og med denne dommen om barneleukemi må det være klart at slike grenser er relevant også ved fare for død og alvorlige personskader.

En annen sak er at de naborettslige tålegrenser ikke alltid er så lette å fastlegge på basis av § 2 alene. Ved risiko for død og alvorlig personskade aktualiseres vanskelige verdsettingsspørsmål som ikke blir særlig lettere av at slike ulemper skal veies mot kostnadene ved å unngå dem, se annet ledd. Det er derfor ikke særlig overraskende at Høyesterett viser til offentlige myndigheters reguleringspraksis som støt-teargument. I et obiter dictum trakk retten således fram at Statens strålevern har anbefalt en minste horisontal avstand på 18 meter for boliger, barnehager, skoler mv. ved anlegg av slike kraftledninger som i denne saken (420 kV). Førstvoterende Gussgard sier om dette: «Jeg er tilbøyelig til å mene at byggegrensene ved en 420 kV-linje langt på vei ivaretar tålegrensen i granneloven § 2.» Dette peker i retning av at naborettens tålegrensebetraktninger etter omstendighetene kan bli influert av hva den offentlige forvaltning bestemmer, noe som ikke bryter med erstatningsretten ellers, jf. forholdet mellom offentligrettslige sikkerhetsforskrifter og culpavurderingen.

Etter mitt skjønn er det imidlertid betenkelig å gå særlig langt i retning av å erstatte de nyanserte vurderingene basert på momentene i grannelova § 2 med en subsumsjon under en offentlig anbefaling. Dette strider mot ordlyden i bestemmelsen, og reelle hensyn taler for å beholde et nyansert tema. Den offentlige forvaltning arbeider riktignok for å forebygge skader, ulemper og fare, men det kan ikke utelukkes at en nærmere granskning i forbindelse med konfliktløsning kan bringe fram et bedre avgjørelsesgrunnlag enn forhåndskontrollen av skader og ulemper makter alene. Erstatningskrav av den typen som her er aktuelle, utfyller forvaltningsretten og kan etter omstendighetene – litt enkelt sagt – være et korrektiv til en forvaltning som ikke alltid produserer ideelle resultater. For at privatretten skal kunne vareta folks rettigheter og fylle disse funksjoner, er det prinsipielt vik-

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Postboks 350 Sentrum, 0101 Oslo



ting at ikke tema forvitrer eller reduseres til et offentlig-rettlig, reguleringsteknisk spørsmål. Den linjen som Høyesterett har lagt seg på i støysaker har altså mer for seg, og man må således forholde seg nokså selvstendig i forhold til offentligrettslige krav ved

avgjørelser på basis av grannelova § 2, jf. Rt. 2006 s. 486 (76). Overholdelse av offentligrettslig regulering er ikke fritaksgrunn de lege lata, og et slikt «regulatory compliance defence» er ikke vel begrunnet de lege ferenda.

Endre Stavang

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 internettsider:
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 september 2007