

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatretslige området. Nr. 1/2007 - 9. årgang

ARBEIDSRETT

Midlertidig ansettelse, fortrinnsrett, ufravikelighet – Høyesteretts dom 28. november 2006 (HR-2006-02008-A)

Saken gjaldt i første rekke gyldigheten av en avtale om frafallelse av fortrinnsrett etter arbeidsmiljølovens (1977) § 67. Dommen befester den etablerte forståelse av ufravikelighetsregelen i lovens § 5, nå § 1-9 i arbeidsmiljøloven av 2005.

A ble sagt opp i 2002, sammen med en rekke andre arbeidstagere, på grunn av driftsinnskrenkninger. Han hadde da fortrinnsrett til ny stilling i virksomheten etter § 67 nr. 1 til 1. desember 2003. I mars 2003 gikk A til søksmål mot virksomheten med påstand bl.a. om å være ansatt på en bestemt oljerigg. Under forliksforhandlinger høsten 2003 krevet A forlengelse av sin fortrinnsrett. Det avslo selskapet. Saken ble løst ved at det ble inngått en forliksavtale 25. november 2003. Etter denne skulle A tilbys fem vikarturer offshore, hver av 14 dagers varighet, i løpet av 2004. I avtalen het det også at ved signeringen «av dette forlik anses

saken i sin helhet som endelig opp- og avgjort mellom partene, slik at ingen av partene har mer å kreve av hverandre».

Twisten i den aktuelle saken kom opp ved at A gjorde gjeldende at han var blitt sagt opp uten saklig grunn etter den femte arbeidsperioden i 2004, idet denne ikke var en vikartur, men en ulovlig midlertidig ansettelse. Arbeidsgiveren ble frifunnet både i tingretten og i lagmannsretten, men under dissens i begge instanser. For Høyesterett stod saken i en litt annen stilling. Det var akseptert fra As side at den femte turen var en lovlig midlertidig ansettelse. Temaet var bare om A hadde fortrinnsrett etter arbeidsmiljølovens § 67 nr. 1, og et nøkkelspørsmål var da om lovens § 5 var til hinder for at han med bindende virkning kunne fraskrive seg fortrinnsrett etter § 67.

Førstvoterende, for en enstemmig Høyesterett, bemerket at etter § 5 kan lovens bestemmelser ikke fravikes ved avtale til arbeidstagerens *ugunst* «med mindre dette er særskilt fastsatt». I § 67 er det ikke fastsatt noe særskilt om en adgang til fravikelse. Men førstvoterende fremholdt videre: «Etter min mening er ikke § 5 til hinder for at en arbeidstaker, etter å ha reist søksmål, kan avtale en minnelig ordning som går ut på at vedkommende frafaller for eksempel fortrinnsrett etter § 67. De bestrebelsene som ellers gjøres i samfunnet for å løse rettskonflikter i minnelighet, taler med styrke for at § 5 ikke stenger for minnelige avtaler som avviker fra lovens ellers ufravikelige bestemmelser etter at sak er reist. Et rettsforlik faller således etter mitt syn utenfor virkeområdet til arbeidsmiljøloven § 5. ...» (avsnitt 30 jfr. 29). Konkret var avtalen heller ikke i strid med avtalelovens § 36, og den femte turen ble ut fra bevisgrunnlaget ansett som en oppfyllelse av forliksavtalen. As anke førte således ikke frem.

Høyesteretts syn er, ihvertfall i utgangspunktet, i tråd med en langvarig og vel etablert oppfatning av arbeidsmiljølovens ufravikelighetsregel. Den er til hinder for forhåndsavtaler, men ikke for at man fraskriver seg rettigheter etter at den aktuelle begivenhet er inntrådt, f.eks. etter at en oppsigelse er gitt. Avtaler vil da kunne inngås også f.eks. under forhandlinger etter § 61 (nå § 17-3). Spørsmålet er om Høyesterett her har ment å trekke en snevrere grense ved å bruke

Innhold nr. 1:

Arbeidsrett	1
Arverett	4
Avtalerett	9
Erstatningsrett	12
Litteratur	13
Familierett	13
Litteratur	13
Forsikringsrett	13
Kjøpsrett	14
Opphavsrett	16
Tingsrett	17

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

uttrykket «etter at sak er reist». Det kan neppe antas. Riktignok er det ikke noen sikker høyesterettspraksis i motsatt retning. Men en slik avgrensning ville bety en vesentlig endring av en etablert rettsoppfatning. En slik løsning bør ikke legges til grunn uten sikrere holdpunkter. I saken her er det mer nærliggende å anta at uttrykket «etter at sak er reist» er en refleksjon av faktum, enn at det er en tilsiktet nyskapende grensdragning. En slik endring ville heller ikke harmonere godt med hensynet til å løse rettskonflikter i minnelighet, som førstvoterende fremhevet, og som ikke er mindre sentralt bak arbeidsmiljølovens regler om tvisteforhandlinger forut for søksmål i stillingsvern saker.

Stein Evju

Personopplysninger, medlemsdata, arbeidskamp – Arbeidsrettens dom 6. desember 2006 (Inr. 36/2006)

I statlig sektor gjelder en særavtale om lønns- og personalregistre. I en av dens bestemmelser heter det at staten «kan få opplysninger om medlemskap i forhandlingsberettiget organisasjon såfremt det i lov eller tariffavtale er knyttet noen bestemt rettsvirkning til slikt medlemskap». Bestemmelsen gav opphav til uenighet ved mellomoppgjøret i 2005. Da kom staten til enighet om lønnsreguleringer pr. 1. mai med de øvrige organisasjonene, men det ble brudd i forhandlingene med Akademikerne. Fra statens side ble det bedt om medlemslister fra Akademikernes lokale foreninger i forbindelse med at lønnsreguleringen pr. 1. mai skulle settes i verk for alle ansatte bortsett fra Akademikernes medlemmer. Dette satte Akademikerne seg imot.

Akademikerne vant ikke frem i Arbeidsretten (dissens 5–2). Det enkle utgangspunktet var at det *var* knyttet en rettsvirkning av tariffavtale til medlemskap. Akademikernes medlemmer skulle ha lønn etter de satser som gjaldt før 1. mai. Rettens flertall så ikke grunn til å fortolke særavtalens bestemmelse innskrenkende ut fra en tenkt risiko for at opplysningene kunne misbrukes til å svekke virkningene av en mulig streik i tarifforholdet mellom Akademikerne og staten (avsnitt 23 jfr. 22).

Det siste avspeiler et kjent tema, og dilemma, i diskusjoner om (vern av) streikeretten. Arbeidsrettens avveining i dette tilfellet må imidlertid anses forsvarlig. Det samme gjelder forholdet til personopplysningsloven. Fra statens side var det anført at særavtalens regel var lovlig etter lovens § 9 bokstav f om at sensitive opplysninger kan behandles når «behandlingen er nødvendig for at den behandlingsansvarlige kan gjennomføre sine arbeidsrettslige plikter eller rettigheter». Dette ble ikke bestridt av Akademikerne (avsnitt 18 jfr. 10). Retten gikk i det hele tatt ikke inn på spørsmålet.

Stein Evju

Drøftelsesplikt etter tariffavtale – Arbeidsrettens dom 7. desember 2006 (Inr. 37/2006)

Saken gjaldt tre tvister om hva som omfattes av plikten til å føre drøftelser etter kap. IX i hovedavtalen NHO – YS (2002-2005). Disse bestemmelsene er enslydende med dem i hovedavtalene mellom LO og NHO.

Det første spørsmålet gjaldt endringer i virksomhetens standard ansettelseskontrakt for vikariat og midlertidig ansettelse. Det følger av bransjens tariffavtale (sokkeloverenskomsten) at virksomhetene skal bruke en «standardkontrakt» ved ansettelse. Tvisten knyttet seg til hovedavtalens § 9-3 om «drøftelser om bedriftens ordinære drift», hvor bedriften, etter et av alternativene, plikter å føre drøftelser med de tillitsvalgte om «de alminnelige lønns- og arbeidsforhold ved bedriften». Arbeidsretten fremholdt at denne bestemmelsen rekker vidt, både sproglig og tariffrettslig. Det ligger en begrensning i vilkåret «alminnelige», men denne begrensningen hadde ingen betydning her. Retten viste til at det etter overenskomsten er en plikt å anvende en standardkontrakt, og fant det utvilsomt at disse kontraktens innhold omfattes av hovedavtalens uttrykk «alminnelige lønns- og arbeidsforhold». Retten tok imidlertid et forbehold for «uvesentlige endringer». Men det var det ikke tale om i dette tilfellet; her gjaldt det endringer av ikke uvesentlig lønnsmessig betydning (avsnitt 76). Ut fra bevisgrunnet ble arbeidsgiveren ansett å ha oppfylt drøftelsesplikten på dette punktet (dissens 5–2; jfr. avsnitt 77-82).

Det andre spørsmålet gjaldt kartlegging av kompetansebehov. Det er en oppgave virksomheten skal ivareta «i samarbeid med de ansatte» i henhold til hovedavtalens § 16-3, som inngår i Del B, Samarbeidsavtalen. Her knyttet tvisten seg til det første alternativet i § 9-3, om plikt til å drøfte «spørsmål som vedrører bedriftens økonomiske og produksjonsmessige stilling og utvikling». Arbeidsretten poengterte at ordlyden er vid, men den må forstås i sin sammenheng. Retten (5–2) fremholdt at «ansatte» i § 16-3 står i kontrast til «tillitsvalgte» i hovedavtalens kap. IX. Videre viser innledningsdelen i Samarbeidsavtalen bare til målsetningsbestemmelsen i § 9-1, ikke til bestemmelsene forøvrig i kap. IX. Det, mente rettens flertall, «indikerer at de øvrige bestemmelser om drøftelsesplikt i hovedavtalens kap. IX ikke har anvendelse». Paragraf 16-3 ble således ansett som en «spesialbestemmelse» som går foran de generelle bestemmelsene om drøftelsesplikt i kap. IX.

Det tredje spørsmålet gjaldt unnlattelse av å drøfte forut for at virksomheten gikk til midlertidige ansettelser av personell. Her knyttet tvisten seg spesielt til hovedavtalens § 9-4 om «drøftelser vedrørende omlegging av driften». Etter denne paragrafen skal bedriftens ledelse «så tidlig som mulig» drøfte bl.a. «sysselsettingsspørsmål, herunder planer om utvidelser og innskrenkninger» med de tillitsvalgte. Arbeidsretten bygget på at bruk av midlertidig ansatte *kan* omfattes av bestemmelsen, men poengterte at det ikke vil gjelde enhver slik bruk. Retten fremholdt at

omfanget av drøftelsesplikten vil «i det enkelte tilfelle ... måtte bero på hvilke ordninger som er etablert ved bedriften for drøftelser av sysselsettingsspørsmål». Ved den aktuelle bedriften var det etablert en ordning med månedlige og kvartalsvise møter om slike spørsmål. De konkrete engasjementene av midlertidig ansatte som det var tale om, var ikke så mange at de i lys av dette medførte plikt etter § 9-4 til å drøfte separat med de tillitsvalgte i særskilt møte. Derimot var unnlatsen av å drøfte i dette tilfellet et brudd på en stedlig særavtale; det var erkjent.

Stein Evju

Informasjon og drøftelser, masseoppsigelser; hvilke ansatte skal telle med – EF-domstolens dom 18. januar 2007, sak C-385/05 CGT, CFTD, CFE-CGC, CFTC og CGT-FO mot Premier ministre, Ministre de l'Emploi, de la Cohesion sociale et du Logement

Saken er på sitt vis celebrer, med Frankrikes fem største fagforeningsgrupperinger mot landets statsminister og arbeidsminister, forelagt EF-domstolen av Conseil d'État. Tvistespørsmålene er også viktige nok. De var to; begge dreier seg om statenes frihet til å regulere hvem som skal regnes med som arbeidstagere i forhold til regler som følger av EF-direktiver. I saken her gjaldt det to sentrale direktiver. Dels Rådsdirektiv 2002/14/EF om informasjon og drøftelse, som er gjennomført i norsk rett med arbeidsmiljølovens (2005) kap. 8. Dels Rådsdirektiv 98/59/EF om masseoppsigelser, nå gjennomført i arbeidsmiljølovens § 15-2.

Bakgrunnen for tvisten var et lovvedtak i juli 2005 som åpnet for å gi regler om beregningen av antall ansatte i virksomheter. Det ble så gjort ved en «ordonnance» (departementsvedtak om lovendring) i august samme år. Den føyet til et nytt ledd i Code du travail art. L.620-10, som nettopp gjelder beregning av antall ansatte i virksomheter i forhold til lovens regler. Endringen innebar at arbeidstagere under 26 år (ansatt etter 22. juni 2005) ikke skal regnes med før vedkommende har fylt 26 år. Dette unntaket skulle gjelde midlertidig, inntil 31. desember 2007. *Formålet* med endringen var klart. Unntaksreguleringen var ledd i et sett av sysselsettingstiltak og tok spesielt sikte på å avhjelpe en bekymringsfullt høy ungdomsarbeidsløshet.

Efter art. 3(1) er antallet ansatte avgjørende for om reglene i henhold til direktiv 2002/14 skal ha anvendelse. I bestemmelsen heter det også at *medlemsstatene* skal fastsette metoden for beregning om terskelverdiene for antall ansatte. EF-domstolen angrep problemstillingen langs kjente linjer med prinsipper som er vel etablert i rettspraksis. Den bemerket at statene har stor grad av frihet med hensyn til valg av virkemidler i sosial- og arbeidsmarkedspolitikken, men det kan ikke føre til at gjennomføringen av grunnleggende fellestaktsrettslige prinsipper, eller bestem-

melser gitt i henhold til dem, blir forpurret (avsnitt 28-29, jfr. 35). Retten pekte på at direktivets art. 3(1) angår metoden for beregning av antall arbeidstagere, ikke definisjonen av hvem som er arbeidstager. Direktivet skal i utgangspunktet omfatte alle som er arbeidstagere etter nasjonal rett, jfr. dets art. 2(d). Det krever derfor at alle disse skal regnes med, selv om det ikke avgjør på hvilken måte de skal medregnes. Hvis en særskilt kategori arbeidstagere utelukkes fra å bli tatt i betraktning, vil det både berøve dem det vern direktivet skal gi og kunne gjøre rettighetene etter direktivet ineffektive. Det hadde ingen betydning at utelukkelsen efter den franske lovgivningen var midlertidig. (Jfr. avsnitt 31-41.)

Spørsmålet vedrørende masseoppsigelsesdirektivet (98/59) gikk i realiteten ut på det samme, slik EF-domstolen så det. Problemstillingen knyttet seg til bestemmelsene om antallet arbeidstagere som basis for at reglene om masseoppsigelser skal ha anvendelse; jfr. direktivets art. 1(1)(a). Domstolen pekte treffende på at dersom en kategori ansatte utelukkes fra å bli tatt med i beregningen, kan det føre til at samtlige arbeidstagere i berørte virksomheter fratras det vern de skal ha. Også på dette punktet ble direktivet således ansett å være til hinder for slik lovgivning som den omtvistede franske.

Dommen kan ikke anses som særlig overraskende, sett i lys av eldre rettspraksis, bl.a. Storbritannia-dommen fra 1994 (sak C-383/92, EFD 1994 I-2479). Men den er en tydelig og nyttig påminnelse både om distinksjonen mellom arbeidstagerbegrep generelt og skiller mellom undergrupper, og om hensynet til effektiv gjennomføring av fellestaktsretten.

Stein Evju

Tiltak ved bedriftsnedleggelse – høringsnotat 8. desember 2006

Næringsdepartementet sendte ut et høringsnotat med dette som overskrift og emne primo desember i fjor. I notatet drøftes en rekke mulige tiltak, herunder også en rekke arbeidsrettslige spørsmål. Drøftelsene av slike spørsmål er gjennomgående ganske grunne. Bl.a. har man vurdert om det bør innføres regler om «arbeidstakerplan» (sosialplan) ved nedbemanning og nedleggelse, og om utvidet fortrinnsrett til nyansettelse, innenfor et konsern e.l. Begge deler er forkastet i notatet. Høringsnotatet konkluderer med to forslag. Det ene er innføring av en meldeplikt til myndighetene ved bedriftsnedleggelse. Dette er det temaet som er viet størst plass; det reiser da også en rekke tekniske såvel som (retts)politiske spørsmål. Det andre er å lovfeste en bestemmelse om drøftelsesplikt lik arbeiderhovedavtalen LO – NHO § 9-5 tredje ledd. Der heter det at: «Vurderer bedriften å nedlegge virksomheten, skal mulig videre drift, herunder om de ansatte vil overta virksomheten drøftes med de tillitsvalgte (arbeidsutvalg).» Forslaget er å føye bestemmelsen inn i arbeidsmiljølovens (2005) § 15-2 om masseopp-

sigelser, slik at den (bare) vil få anvendelse ved nedleggelse som medfører oppsigelse av ti eller flere arbeidstagere. Det gjenstår å se hvilken skjebne høringsnotatet og forslagene vil få. Høringsfristen løper ut 8. mars 2007.

Stein Evju

«Grønnbok» om arbeidsretten i EU – KOM(2006) 708 endelig

Den 22. november i fjor la EF-kommisjonen – omsider – frem sin varslede «grønnbok» om arbeidsrett, «Modernisering av arbeidsretten for å møte det 21. århundres utfordringer». Grønnboken er tonet noe ned i forhold til et utkast fra september 2006, som møtte adskillig motstand fra flere hold, bl.a. fra arbeidstager-siden. Grønnboken tar utgangspunkt i Lisboa-strategien for sysselsetting og vekst og en målformulering om at «Europas arbeidsmarkeder må gjøres mer fleksible for å fremme den økonomiske aktivitet og øke produktiviteten». Kommisjonen går inn for å fremme fleksibilitet i kombinasjon med trygghet for stilling og arbeid, uavhengig av ansettelsesformer. Stikkordet er den etterhvert velkjente termen «flexicurity». Hovedproblemstillingen er nettopp om arbeidsretten kan bidra til mer flexicurity. Grønnboken inviterer til en grunnleggende diskusjon om ulike ansettelsesformer og om utviklingen av de arbeidsrettslige reguleringer for å gi klarere rammer for virksomhetene, ikke minst de små og mellomstore. Her er det særlig bemerkelsesverdige at kommisjonen tar til orde for større fleksibilitet i «standardkontrakter» i lys av en økende bruk av «atypiske» ansettelse (deltid, midlertidig ansettelse, m.v.). Det vil i realiteten si redusert vern i ordinære faste ansettelsesforhold. I sammenheng med dette er formålet med grønnboken, heter det (s. 9), også å fremme diskusjonen om hvorvidt det er behov for mer fleksible reguleringer for å støtte arbeidstagerens muligheter, uansett ansettelsesform, til å hanskkes med omstillinger.

Et annet, og prinsipielt nytt, hovedpunkt er at grønnboken tar opp begrepene «arbeidstager» og «selvstendig næringsdrivende» (oppdragstager/avhengig oppdragstager), grensdragningen mellom dem og hvordan de bør defineres. Dette er sentrale begreper i nasjonal arbeidsrettslig regulering, og det er spørsmål som vanligvis ikke er gjenstand for EF-rettslig harmonisering. Skal de bli det, kan det ha inngripende virkninger – kanskje mer andre steder enn i Norden. Når temaet er tatt opp, kan det ha en bakgrunn i ILOS rekommandasjon nr. 198 om arbeidsforhold fra 2006. Den retter seg nettopp mot å klargjøre kriteriene for å ta stilling til hvorvidt et arbeidstagerforhold foreligger, ut fra bl.a. den betraktning at dette er av stor betydning i forbindelse med tjenesteydelser over landegrensene. Hvilken retning kommisjonen tenker seg en utvikling skal ta, er imidlertid uklart. Her er grønnboken uklar og spørsmålsstillingene vage.

Grønnboken tar også opp flere andre spørsmål, bl.a.

arbeidstageransvar i «trepartsforhold» (inn-/utleie, m.v.) og håndhevelse av arbeidsrettslige reguleringer, spesielt ved grenseoverskridende bevegelser. Samlet etterlater grønnboken et blandet inntrykk, uten klare perspektiver eller noen skarpt tegnet retning fremover. Det som blir spilt inn i høringsomgangen, vil utvilsomt også gi et broget bilde. Det er åpnet for en fri offentlig høring med mulighet for enhver til å gi sitt bidrag (se http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/green_paper_en.htm); EUs høringsfrist løper ut 31. mars 2007.

Stein Evju

ARVERETT

Eidsivating lagmannsretts dom 4. oktober 2006 (LE-2006-25151)

Dommen gjelder et tilfelle hvor gjenlevende satt i uskifte og solgte sin leilighet. Deretter overførte hun mesteparten av salgssummen til en datter mot å få en livsvarig borett i et nytt hus datteren bygget med en egen boenhet tilpasset moren. Etter morens død hevdet de øvrige arvinger at husleieloven kom til anvendelse og at dette var en ulovlig forskuddbetaling. Videre ble det anført at beløpet var en gave som måtte omstøtes etter al. § 19. Retten kom til at husleieloven ikke kunne anvendes og at det ikke forelå noen gave.

Sakens fakta: D satt i uskifte etter at mannen døde i 1987. Ektefellene hadde to felles barn. Mannen hadde et særkullsbarn som var død og etterlot seg fire barn. Disse barna samtykket i uskifte. Gjenlevende bodde i en leilighet som lå i fjerde etasje uten heis. Denne leilighet ble tungvint for henne og hun ønsket å skaffe seg en bolig på bakkeplan. Datteren C hadde siden 1991 bodd i en enebolig. I løpet av 1999/2000 bestemte C og ektemannen seg for å bygge en ny bolig med plass til D i en egen boenhet i første etasje. C solgte sin bolig i 2002 og det nye huset var ferdig i oktober 2003. I forbindelse med en sykehusinnleggelse i 2002 fikk D vite at hun hadde en blodsykdom som medførte at hun jevnlig måtte få blodoverføringer. Ds leilighet ble i august 2003 solgt for netto 959.000 kroner. Av denne sum ble 153.000 kroner brukt til å innfri et lån som sønnen hadde med sikkerhet i leiligheten. Resten, 806.000 kroner, ble overført til C og benyttet til finansiering av byggeprosjektet. Før ferdigstilling av byggeprosjektet hadde C oppsøkt advokat og det var utformet en avtale som gikk ut på at D skulle ha livsvarig borett mot en engangsinnbetaling på 806.000 kroner. Summen fremkom ved at man satte en månedlig husleie på 6.900 kroner som så ble kapitalisert etter § 13 i arveavgiftsloven. Avtalen var udatert og ble aldri undertegnet. D flyttet inn i den nye bolig i oktober 2003. I løpet av 2004 utviklet hennes sykdom seg til leukemi og hun døde i april 2004.

Retten vurdering av husleieloven: Hvorvidt det forelå en ulovlig forskuddsbetaling i strid med husll. § 3-2 var avhengig av om avtalen falt innenfor husleielovens anvendelsesområde, jf. lovens § 1-1 første ledd. Retten gjennomgikk lovens forarbeider om § 1-1 og så også hen til lovens formål. Retten oppsummerte slik: «Det er fastsatt at det ikke skal betales løpende leie eller for øvrig dekkes utgifter til strøm. Avtalen er etter sitt innhold personlig og uoppsigelig i Ds levetid. At engangsvederlaget ble beregnet ut fra en kapitalisering av antatt utleieverdi, innebærer etter lagmannsrettens syn ikke at forholdet får karakter av et ordinært leieforhold. Det som kan utledes av stiftelsesgrunnlaget for boretten, tilsier at avtalen mellom D og familie C faller utenfor husleielovens anvendelsesområde... Konstruksjonen har klare likhetstrekk med de tilfeller som i rettspraksis er antatt å falle utenfor lovens anvendelsesområde, og formålene bak leievernet i husleieloven slår ikke til. Husleieloven § 3-2 kan ut fra dette ikke gi selvstendig grunnlag for å kreve engangsvederlaget tilbakeført til dødsboet.»

Retten vurdering av al. § 19: Retten mente avtalen mellom D og C var en gjensidig bebyrdende avtale som måtte vurderes ut fra forholdene på avtaletidspunktet. Avtalen om at D skulle skyte inn midler fra salg av sin leilighet ble inngått før oppstart av byggeprosjektet og den endelig beslutning var tatt i 1999/2000. Byggeprosjektet ble satt i gang utelukkende for å dekke morens behov. Retten hadde ingen innvendinger mot den fremgangsmåte som ble brukt til å regne ut innskuddet for boretten. Det ble videre lagt vekt på de fordeler det innebar å bo hos datteren. «Ved vurderingen av verdien på den gjenytelse D fikk, må det videre ses hen til den verdi som lå i at hun ved å flytte inn hos datteren, sikret egne interesser ved å skaffe seg nødvendig pleie, omsorg og trygghet i sine siste leveår, sml. Rt. 1982 s. 1165. Behovet for pleie og omsorg ville øke etter hvert som D ble eldre. Ut fra Ds helsesituasjon og boligforholdene på ... bakken, fremstår den valgte løsningen som fullt ut velbegrunnet ut fra ønsket om å sikre seg på sine eldre dager og ivareta behovet for en trygg alderdom.» Når det gjaldt Ds sykdom mente retten man måtte foreta en vurdering av om avtalen inneholdt noe gaveelement ut fra forholdene på den tid avtalen ble inngått og løsningen med å bygge ny bolig ble valgt før D fikk diagnostisert sykdommen. Retten uttalte om dette: «Heller ikke Ds helsestilstand på avtaletidspunktet tilsa derfor at det var urealistisk å basere avtalen på at hun hadde mange år igjen å leve. En kapitalisering av verdien på boretten ut fra statistisk levealder, i tråd med reglene i arveavgiftsloven, innebar derfor ikke i seg selv et gaveelement.»

Retten kom for øvrig til at hver av partene måtte bære egne saksomkostninger både for tingretten og lagmannsretten fordi saken hadde «vært så vidt tvilsom». Det kan virke som om det var anvendelsen av husleieloven som var tvilsom.

Dommen illustrerer hvor langt gjenlevende kan gå i

å disponere over et uskiftebo i egen interesse. Resultatet ble at mesteparten av uskifteboet ble brukt opp fordi gjenlevende valgte en bestemt løsning. Retten vurderte overhodet ikke hvilke alternativer gjenlevende hadde hatt. For det første kunne hun ganske enkelt kjøpt en ny leilighet på bakkeplan. Etter det opplyste i saken hadde hun da leiligheten ble solgt ikke behov for pleie og stell. Hun kunne også plassert pengene i bank og betalt leie til datteren. Denne løsningen var dog ikke praktisk siden C trengte midler til finansieringen. D kunne lånt C pengene uten renter og avdrag eller blitt sameier i den nye bolig. Dette ville skape problemer for C når moren døde siden et lån da måtte tilbakebetales eller arvingene kjøpes ut av et sameie. C ville dog arve en del av det lånte beløpet. Setter man lånebeløpet til 800.000 kroner ville C arve 5/12 av dette beløp, 333.000 kroner. (Gjenlevendes halvpart av uskifteboet ville deles på to barn og førstavdødes halvpart på 3 barn. C ville arve 1/4 pluss 1/6, totalt 5/12.) Hun måtte da låne 467.000 kroner ved morens død og renten på det beløpet ville ikke være mer enn ca. 20.000 i året. Med en utleieinntekt på 83.000 kroner i året ville hele lånet kunne nedbetales på 5–6 år. C ville da sitte igjen med en mer verdifull bolig og en utleieinntekt som ville sikre henne og mannen en solid biinntekt. C ville også få hele verdiøkningen på boligen så lenge moren levet. Retten har tydeligvis ansett det som klart at gjenlevende fritt kan velge den løsning som vedkommende selv foretrekker uten hensyn til reduksjonen av uskifteboet og interessene til de øvrige arvingene. Resultatet kan bli tilsvarende om gjenlevende selger en bolig og kjøper seg en livrente. Et annet eksempel som forekommer i dag er at gjenlevende selger sin bolig til et forsikrings-selskap, forbeholder seg livsvarig boret og får utbetalt en fast månedlig sum resten av livet. Dommen viser at anvendelsen av det vanlige gavebegrepet kan føre til urimelige resultater i en uskiftesituasjon. Etter den tradisjonelle definisjon forutsetter gave en formuesoverføring i gavehensikt. Gavehensikt forelå vel ikke i dette tilfelle, men C ble beriket på bekostning av de andre arvinger.

Peter Hambro

Tolking av testament fra gjenlevende ektefelle i uskifte. Høyesteretts dom 8. januar 2007 (HR-2007-00038-A)

Saken dreier seg om tolking av testament. D som døde 4. oktober 2003 satt i uskiftet bo etter sin ektefelle E som døde 7. september 2002. Ektefellene hadde hatt fullstendig felleseie. De etterlot seg to felles livsarvinger, A og B. Forholdet mellom D og sønnen, A, hadde i mange år vært dårlig, og 12. mars 2003, mens D satt i uskiftet bo, opprettet han testament hvor følgende passuser inngikk:

«Undertegnede D som sitter i uskifte etter min ektefelle E, bestemmer herved følgende om deling av min del av boet ved død. Min sønn, A, skal ha lovens plikt-

delsarv, begrenset til kroner 1 million, etter meg som utredes i penger. Resten av boet skal tilfalle min datter B med 2/3 og hennes sønn C med 1/3. Forut for dette skal F ha utbetalt kr 200.000.-...».

I tillegg var det bestemmelser om hva som skulle utlegges på Cs lodd og hvordan Cs lodd skulle forvaltes. Gyldigheten av testamentet var bestridt for tingretten, men ikke for lagmannsretten og Høyesterett.

Det oppstod tvist om denne tilsynelatende klare formuleringen i testamentet da det under bobehandlingen dukket opp en større formue i utlandet. D som hadde drevet forretninger i Norge og i Sveits, hadde parallelt med at han opprettet testamentet i Norge, opprettet en stiftelse – Foundation – i Liechtenstein. Foundation etter liechtensteinsk rett er noe litt annet enn en norsk stiftelse, blant annet kan stifteren selv være første begunstigede i stiftelsen. For enkelhets skyld omtaler jeg allikevel formuesmassen i liechtenstein som stiftelse i den videre fremstilling av saken. Stiftelsens formål var å tilgodese D så lenge han levde, og deretter B og C. Det var noe uklart hvor store midler som inngikk i stiftelsen, men det var opplyst at den i alle fall inneholdt bankinnskudd på 1,5 millioner sveitserfranc, som på domstidspunktet utgjorde ca. 9,6 millioner norske kroner. Uskifteboets aktiva i Norge var anslått til en verdi av ca. 15 millioner kroner. I tillegg var det mindre verdier i Sveits, ca. 100 000 i norske kroner.

Det ble åpnet offentlig skifte i boet etter D og E. Under bobehandlingen oppstod det en rekke tvister. Skiftetvistene ble besluttet overført til søksmåls form. Trondheim tingrett avsa dom og kjennelse 1. desember 2005. Det er to punkter i tingrettens avgjørelse som er av interesse for spørsmålet som senere ble behandlet av Høyesterett og for det som skal behandles her. I dommens punkt 2 kom retten til at Ds opprettelse av og overførsel av midler til trusten Y Foundation i Liechtenstein var en dødsdisposisjon. I punkt 5 kom retten til at Ds testament datert 12. mars 2003 omfattet hele formuen etter D (dvs. også stiftelsen i Liechtenstein). Tingretten tolket testamentet og omstendighetene i forbindelse med opprettelse av dette slik at arvelaters hensikt var å disponere over sin samlede formue, og at han ønsket å begrense As farsarv til lovens minimum. Opprettelsen av stiftelsen måtte ses på som et ledd i denne planen.

A påanket blant annet dommens punkt om at testamentet omfattet stiftelsen til Frostating lagmannsrett. Lagmannsretten kom til at testamentet *ikke* omfattet den utenlandske del av formuen etter D. Bakgrunnen for at lagmannsretten kom til at testamentet ikke omfattet utenlandsformuen var at testamentet og stiftelsens vedtekter var innbyrdes uforenlige til tross for at D hadde arbeidet parallelt med opprettelsen av testamentet og stiftelsen. Retten viste også til at D hadde hatt to strengt adskilte formueskomplekser, til at stiftelsen skulle holdes hemmelig ikke bare for A, men også for B og hennes sønn lenge etter Ds død, og til at stiftelsen var opprettet for å omgå norske arveregler. Lagmannsretten avgjorde også enkelte andre spørsmål

som ikke ble brakt videre til Høyesterett. B og C anket lagmannsrettens avgjørelse av spørsmålet om hvilke deler av formuen som var omfattet av testamentet.

Høyesterett kom enstemmig til at testamentet måtte forstås slik at det omfattet hele Ds formue, også midlene som lå i stiftelsen i Liechtenstein. Innledningsvis i førstvoterende, dommer Bruzelius', redegjørelse for sitt syn på saken (avsnitt 30) vises det til at tingretten rettskraftig har avgjort at opprettelsen av stiftelsen er en dødsdisposisjon. Videre sies det at hele uskifteboet inkludert midlene i stiftelsen har en nettoverdi på ca. 25 millioner kroner.

At tingretten kom til at opprettelsen av stiftelsen var en dødsdisposisjon, og at midlene i stiftelsen var en del av uskifteboet, kan ha vært en stor fordel for B og C. De har da sluppet å bli konfrontert med at opprettelsen av stiftelsen, eller begunstigelsene av B og C var gaver som kunne omstøtes etter al. § 19. Det blir også vanskeligere å argumentere for at uskifteboet er minsket gjennom misbruk av uskifteboet eller annen utilbørlig atferd etter al. § 27, noe som kan gi grunnlag for vederlagskrav. Det andre grunnlaget for vederlagskrav, at gjenlevende har brukt midler fra uskifteboet til å øke formuen utenfor uskifteboet, eller til å «vinne rettar eller ting som etter sitt slag er unntatt frå skifte», blir det også vanskeligere å nå frem med når stiftelsen anses som en del av uskifteboet. Jeg vil nedenfor på mer generelt grunnlag drøfte rådighetsreglene i uskiftekapittelet opp mot opprettelse av stiftelser i utlandet. Jeg har ikke hatt tilgang til tingrettens dom og sett dens begrunnelse for at opprettelsen av stiftelsen var en dødsdisposisjon. Selv om opprettelsen av stiftelsen sett med norske briller kanskje er en dødsdisposisjon – selv om den for virkning i stifterens liv ved at han er begunstiget – er det ikke gitt at slike disposisjoner klassifiseres som dødsdisposisjoner etter liechtensteinsk rett. Hvilket lands regler om grensedragningen mellom livs- og dødsdisposisjoner som skal benyttes er et uklart spørsmål innenfor norsk internasjonal privatrett, se Thue, *Internasjonal privatrett* s. 526–528.

I avsnitt 30 vises det også til at bostyrer hadde vært i kontakt med stiftelsens styre for å få midlene tilbakeført til Norge, men at dette hadde blitt avvist. En endring av stiftelsens vedtekter etter stifterens død og i strid med hans intensjoner var ikke mulig etter liechtensteinsk rett.

Retten presiserer i avsnitt 31 hva som skal avgjøres: «Saken gjelder om testamentet som D opprettet 12. mars 2003, også gjelder formuen i utlandet slik at beløpsbegrensningen på 1 million kroner etter arveloven § 29 første ledd også omfatter denne del av arven etter D.» At D ved testament ikke kunne gripe inn i As arv etter E var ikke omtvistet. Det følger også av al. § 18 annet ledd jf. § 26 første ledd.

Førstvoterende tar utgangspunkt i al. § 65 om at testamenter skal tolkes «i samsvar med det testator meinte». Videre i avsnitt 32 redegjøres det nærmere for hva som ligger i det subjektive tolkingsprinsipp: «For å finne frem til testators vilje, skal det legges vekt

på bevismidler av enhver art, dvs. at man ikke er bundet til bare å legge vekt på de tolkingsdata som måtte fremgå av testamentet. Tolkningen skal – i samsvar med lovteksten – skje for å finne frem til hva testator mente, og for å nå dette formålet står fortolkeren fritt så lenge det er forenlig med testamentet som en formbunden disposisjon. Testators hypotetiske vilje kan trekkes inn ved tolkingen – hva ville han ha ment om han hadde hatt kunnskap om bestemte forhold, jf. også bestemmelsen i § 65 annet ledd. Dersom visse forhold er inntruffet etter at testamentet ble opprettet, kan en vesentlig forutsetning for testamentet være borte. Den som skal tolke et testament, må da sette seg inn i testators situasjon og søke å komme frem til hva han ville ha bestemt om han hadde kunnet forutse situasjonen.»

At tolkingen må være forenlig med testamentet som en formbunden disposisjon, må vel være en henvisning til at disposisjonene må ha en forankring i testamentet, slik at for eksempel en begunstigelse som helt sikkert ville være ønsket av testator, men som det ikke er noen holdepunkter for i det forbundne dokument, ikke kan innfortolkes i testamentet. I siste del av det siterte avsnittet viser førstvoterende til forutsetningssvikt hos testator, både *uriktige* forutsetninger og *bristende* forutsetninger. Arveloven regulerer etter sin ordlyd uriktige forutsetninger i § 65 annet ledd mens bristende forutsetninger, som bortfallsgrunn, reguleres i § 57 annet ledd annet punktum. Loven oppstiller imidlertid forskjellige beviskrav i disse to bestemmelsene, hhv. «klårlagt» i § 65 annet ledd og «tvilsløst» i § 57 annet ledd annet punktum. Dommen går ikke inn på forholdet mellom disse to bestemmelsene.

I den konkrete tolkingen av testamentet viser førstvoterende innledningsvis til at D hadde drevet separate forretninger i Norge og i Sveits. For å avklare testators vilje og testamentets innhold har etter førstvoterendes syn Ds dårlige forhold til sønnen stor betydning (avsnitt 34). Det vises til at det fremgår av vitneførselen til advokaten som opprettet testamentet at det var Ds sterke ønske å gjøre sønnen arveløs. Han ønsket å gjøre sønnens arv minst mulig, og var klar over at testamentet gjaldt alt han etterlot seg. Retten legger i avsnitt 36 til grunn at «D var klar over at testamentet var slik utformet at det omfattet alt som ville inngå i hans del av uskifteboet – også det som måtte befinne seg i utlandet.» Retten viser videre til (avsnitt 37) at det «er intet i testamentets ordlyd som begrenser det til utelukkende å gjelde Ds del av uskifteboet i Norge,» og at det er «nærliggende å forstå testamentet i samsvar med ordlyden, dvs. at det gjelder arven etter ham».

I avsnitt 39 flg. går retten over til drøfte spørsmålet om den strenge oppdelingen i en norsk og en utenlandsk formue og det faktum at stiftelsen som ble opprettet noe etter testamentet, må lede til at «min del av boet» i testamentet må tolkes innskrenkende slik at det ikke omfatter midlene i stiftelsen. Utbetalingstidspunktene til de tilgodesette i stiftelsen og fordelingen av midlene etter stiftelsens vedtekter avvek fra forde-

lingen som var fastsatt i testamentet. Høyesterett kunne ikke se at disse forholdene skulle lede til et annet tolkningsresultat. Begrunnelsen var denne:

«(43) Opprettelsen av stiftelsen har, slik jeg ser det, tjent flere formål. D har nok ønsket å sørge for at midlene fortsatt forble ukjent for norske myndigheter, men han har også villet begrense sønnens arv ved at en ikke ubetydelig del av verdiene i uskifteboet ble overført til stiftelsen. Opprettelsen av stiftelsen var ikke nødvendig for å begrense sønnens arv etter faren. Det hadde D allerede oppnådd gjennom testamentet. Det sentrale var da – ved siden av å holde formuen skjult for norske myndigheter – å unndra A deler av morsarven.

(44) Lagmannsretten har i domspremissene vektlagt at utbetalingene fra stiftelsen til B og C og fordelingen mellom disse ikke synes å gjenspeile fordelingen mellom dem etter testamentet. Etter min vurdering har de to disposisjonene samme bærende hovedtrekk – å minimalisere sønnens arv. Den innbyrdes fordelingen mellom datter og dattersønn er etter min mening uten betydning for tolkingen av om testamentet også omfatter disse midlene når de først er trukket inn i uskifteboet. Jeg finner heller ikke å kunne legge avgjørende vekt på vilkåret i vedtektene om at arbeidet med boet i Norge måtte være avsluttet før C fikk den første utbetalingen. Dette fremstår som et utslag av det hemmelighold som midlene var forutsatt omgitt med, og av at D har vært klar over at han gjennom stiftelsen søkte å holde deler av morsarven unna sønnen.

(45) Hensett til at en bærende tanke med opprettelsen av stiftelsen var å begrense sønnens arv etter moren, er det etter mitt syn ikke tvilsomt at D dersom han hadde vært klar over at stiftelsen ville bli en del av det norske uskifteboet, ville ha ment at begrensningen av sønnens arv etter faren også skulle gjelde midlene i stiftelsen.»

Høyesterett la altså til grunn at det bærende hovedtrekk ved opprettelsen av både stiftelsen og testamentet var å minimalisere sønnens arv. At det er visse innbyrdes motsetninger mellom stiftelsens vedtekter og testamentet blir da underordnet. Det ville unektelig vært en noen underlig ordning om testamentet skulle tolkes innskrenkende til gunst for sønnen på bakgrunn av at faren hadde opprettet en stiftelse utenlands for å begrense sønnens arv ut over det norsk lov tillater. At opprettelsen av stiftelsen er en omgåelse av norske arverettslige og skatterettslige regler vil Høyesterett ikke trekke inn i tolkingen av testamentet (avsnitt 46).

Høyesterett sier i avsnitt 46 at «det forhold at stiftelsens midler er en del av uskifteboet sikrer at A får sin rettmessige morsarv». Hvordan han skal få sin morsarv, når store deler av boet er låst i en stiftelse som bostyrer ikke kan få overført midlene fra, sier dommen imidlertid ingenting om. Det pågår visstnok en tvist for Trondheim tingrett om hvordan uskifteboet skal fordeles. Denne fordelingen kan by på store utfordringer.

For at A skal bli sikret sin rettmessige morsarv, når stiftelsen er låst i Liechtenstein, må han på en eller annen måte få hele sin andel av arven av den del av uskifteboet som er i Norge. Etter al. § 26 jf. § 1, har A krav på halvparten av den halvpart av uskifteboet som skal tilfalle Es arvinger. E hadde ikke opprettet testament, og det er bare to livsarvinger. I tillegg skal A ha en million etter D som beløpsbegrenset pliktdel etter testamentet.

Når retten har kommet til at opprettelsen av stiftelsen er en dødsdisposisjon, er det al. § 18 annet ledd som regulerer den kvantitative og kvalitative testasjonskompetansen. Kvantitativt kunne D rå over den del av boet som skulle gå til hans egne arvinger. I dette tilfellet, med fullstendig felleseie, vil det si halvparten av boet. Videre vil pliktdelsreglene sette begrensninger, men med en så vidt stor formue som det her er snakk om, vil ikke den beløpsbegrensede pliktdelsarven sette stopper for opprettelse av en stiftelse på 2/5 av totalformuen når boet er på 25 millioner og det kun er to barn. Kvantitativt innebærer således ikke opprettelsen av stiftelsen noe brudd på testasjonskompetansen etter al. § 18 annet ledd. Den kvalitative begrensningen i § 18 annet ledd annet punktum er heller ikke noe problem, da utenlandsformuen er brakt inn i felleseiet av D. Man kan si at stiftelsen ikke går ut over det D kunne råde over ved testament under uskifte.

For fordelingen av formuen i boet vil da A og B kunne få sin morsarv av formuen i Norge. A og B vil trolig også kunne få sin pliktdelsarv på 1 million av midlene i Norge. For friarven etter D som skal deles mellom B og C, må man så finne en fordeling ut i fra de to testamentene (det norske testamentet og stiftelsen). Etter tolkningspresumsjonen i al. § 66 nr. 5, går det yngste (stiftelsen) foran, med mindre det er grunn til å tro at testator «meinte noko anna».

En annen mulig løsning kan være å utlegge A arv av midlene i Norge etter skifteloven § 61 annet ledd (en form for naturalutlegg). Det blir da en avveining av om han har gode grunner til det og om det er rimelig grunn for de andre loddeierne til å sette seg imot det. Det bør være en god grunn for A å få arven utlagt i midlene i Norge at han ikke vil ha mulighet til å få del i utenlandsformuen. Men det kan jo tenkes at B og C også har berettigede ønsker om å få en størst mulig del av sin arv raskt, og uten å vente på utbetalinger fra stiftelsen mange år frem i tid.

Det er mulig at også vederlagsreglene i al. § 27 kan komme A til unnsetning. Bestemmelsen regulerer i første ledd tilfeller hvor uskifteboet er vesentlig redusert fordi gjenlevende har «vanstyrt sine økonomiske saker, misbrukt retten til å råde over uskifteboet eller bore seg misleg åt på anna vis». Det kan være slik at opprettelse av en stiftelse i utlandet som unndrar eller søker å unndra store deler av boet fra skifteoppjøret i Norge innebærer misbruk av uskifteretten. Det må videre være klart at 2/5 av boet må være vesentlig i relasjon til § 27. Et problem med bruk av § 27 ligger i at også stiftelsen anses som en *del* av uskifteboet.

Men, man kan kanskje tolke vederlagsregelen utvidende slik at ikke bare tilfeller hvor det er formue som ligger *utenfor* uskifteboet rammes, men også tilfeller hvor boet i realiteten ikke kan nyttiggjøre seg midlene omfattes. Annet ledd i bestemmelsen kan i så fall også være aktuell hvis man ser på disposisjonen som en måte å «auke formuen sin utanfor buet». Det er vel også mulig å argumentere for at opprettelse av stiftelsen er en måte å «vinne rettar eller ting som etter sitt slag er unntatt frå skifte», all den stund stiftelsen er utenfor bostyrers rekkevidde, og arvelater selv er tilgodesett gjennom stiftelsen.

Det har vært noe uklart om al. § 27 kunne benyttes ved et skifte etter lengstlevendes død. Det er imidlertid i dag enighet i teorien om at man kan det, se Lødrup, *Arverett*, 4. utg. s. 368; Augdahl/Hambro, *Arveloven* s. 111 og Unneberg, *JV* 1997 s. 252–253. Augdahl/Hambro nevner som eksempel at gjenlevende øker sitt eget særeie for å begunstige egne særlivsarvinger. Vederlag etter § 27 måtte dersom det skulle være aktuelt i et slikt tilfelle gjøres på den måten at A fikk vederlag av boet som ble avregnet i B og Cs lodd.

Saken reiser spørsmål om forholdet mellom de alminnelige rådighetsreglene under uskifte, al. §§ 19 og 24, og opprettelse av stiftelser i utlandet som er uanngripelige eller vanskelige å nå for norske dødsbo. Stiftelsen er et eget rettssubjekt, og kan ses på som gavemottaker i forhold til al. § 19. De som tilgodeses gjennom stiftelsen kan også ses på som gavemottagere. Det er imidlertid enkelte problemer knyttet til et omstøtelseskrav mot de begunstigede. Selv om arvelater har gjort sitt for å yte gaven – og at den fra hans side kan være ugjenkallelig – vil stiftelsens bestemmelser kunne innebære at de som tilgodeses av stiftelsen ikke får midlene før det har gått flere år etter stifterens død. Omstøtelse overfor *stiftelsen* reiser spørsmål av internasjonal privatrettslig karakter.

Når gaven ikke er blitt overført til mottagerne ennå vil det være vanskelig å få midlene omstøtt, selv om gaveløftet trolig kan omstøtes eller settes til side som ugyldig. Det er riktignok ikke noe krav for omstøtelse at det er gavegjenstanden som skal føres tilbake. I Rt. 2002 s. 127 ble det godtatt at arvingene kunne kreve verdien av gaven tilbakeført til boet. Gaven i den saken var en fast eiendom. Den faste eiendom var ikke lenger i gavemottagernes besittelse, da den i mellomtiden hadde blitt løst på odel. I forhold til de begunstigede i stiftelsen kan det være problematisk med omstøtelse så lenge de ikke har fått midlene overført til seg. Da er det verken et gavebeløp eller et surrogat for gavebeløpet som kan omstøtes. Fristene for omstøtelse kan kanskje også by på utfordringer. Det kommer an på om fristen løper fra arvingen får kunnskap om stiftelsens begunstigeelse eller om den først begynner å løpe etter at gaven er utbetalt.

Man kan også tenke seg at opprettelse av en slik stiftelse vil være i strid med al. § 24 om misbruk av uskifteboet. Selv om opprettelse av stiftelsen ikke medfører at penger forsvinner, så vil de i alle fall van-

skeligere kunne trekkes inn i uskifteboet for fordeling mellom arvingene etter al. § 26. Det kan da argumenteres for at disposisjonen har *utsett* buet for vesentleg minking.

Hvis ikke noen av de rådighetsbegrensingene som finnes i uskiftekapittelet er anvendelige på et slikt arrangement, aktualiserer det i så fall spørsmålet om rådighetsbegrensingene må suppleres med et ulovfestet forbud mot disposisjoner som er illojale mot uskifteboet. Høyesterett var i utgangspunktet avvisende til en ulovfestet lojalitetsregel i dommen i Rt. 2004 s. 777, men de satte døren på gløtt.

John Asland

AVTALERETT

Avtaleinngåelse. Avtaletolkning. Høyesteretts dom 8. desember 2006 (HR-2006-02061-A)

1. Saken gjelder spørsmål om det mellom to budgivere er inngått en bindende, muntlig samarbeidsavtale om kjøp og rett til like andeler av skog- og andre utmarksarealer, og – hvis svaret er nei – om erstatningsansvar for brudd på lojalitetsplikten under avtaleforhandlingene.

Høyesterett kom under dissens – 4-1 – til at bindende avtale var inngått. Mindretallet måtte ta stilling til om erstatningsvilkårene var oppfylt, og la til grunn at så ikke var tilfellet. (Dette spørsmålet må jeg av plasshensyn unnlate å forfølge i det følgende.)

2. Før jeg går nærmere inn på sakens faktum og rettens begrunnelse, kan det være grunn til å si noen ord om dommens betydning i en mer alminnelig avtalerettslig sammenheng. Dommen er basert på en konkret gjennomgang av sakens bevisligheter, og er ikke prinsipiell i den forstand at den *direkte* tar stilling til avtalerettslige grunnspørsmål. Likevel er den et klart eksempel på at Høyesterett også i typisk kommersielle kontraktsforhold ikke føler seg bundet av noen grunnleggende tese om at det *minst* må være enighet om (den omstridte) avtalens hovedpunkter, for at en muntlig inngått avtale skal være forpliktende. På denne måten har dommen atskillig interesse når det gjelder rettskildebruken i spørsmål om avtalebinding. Jeg kommer tilbake til dommens betydning i en bredere avtalerettslig sammenheng nedenfor, jfr. pkt. 19 flg. Først skal det gis en oversikt over sakens faktum og flertallets begrunnelse skal kommenteres mer i detalj.

3. I 2001 utlyste Norske Skogindustrier ASA (Norske Skog) store utmarksarealer i Nord-Trøndelag for salg. Det var utarbeidet to prospekter; det ene benevnt Skogene i Namdalen («Van Severen») på 1 167.000 dekar, det andre benevnt Skogene i Verran («Folla Bruk» eller «Verran») på 190.000 dekar. Arealene er fordelt

på 39 teiger og omfatter betydelige områder produktiv skog og gir muligheter for utbygging av småkraftverk, uttak av grus, salg/utleie av jakt- og fiskerettigheter, hyttebygging, tomteutleie mv. Noen bygninger og arbeidsgiveransvar for ansatte ville følge med i et salg. Partene i denne saken, ekteparet Anne Ulvig og Anders Kiær (Ulvig/Kiær) og Ola Mæle, innga bud. Salg kom imidlertid ikke i stand.

4. I 2003 ble eiendommene igjen lagt ut for salg. Det ble gjennomført flere budrunder, og blant budgiverne var både Ulvig/Kiær og Mæle. Budrundene viste at kjøpesummen ville bli høy, og Ulvig/Kiær fryktet at de ikke ville kunne finansiere et kjøp. Med dette som bakgrunn ønsket de seg en samarbeidspartner og det ble oppnådd kontakt med Mæle. Den «kritiske» tidsperioden når det gjelder partenes disposisjoner under forhandlingene skjedde i tiden mellom fredag 31. oktober og mandag 10. november 2003. I denne perioden var det både skriftlig og muntlig kontakt mellom partene. Den skriftlige kontakten skjedde via fax og e-post. Partene møttes ikke under forhandlingene.

5. Det første innspillet kom fra Kiær. Den 2. november satte han opp en liste over momenter til en samarbeidsavtale om kjøp av Van Severen. Han noterte at det burde opprettes et aksjeselskap, som partene skulle eie med 50 prosent hver, og hver av partene skulle kunne ta ut skog/utmark av selskapet på bakgrunn av en prioritering, som i grove trekk gikk ut på at Mæle tok nordre og Ulvig/Kiær søndre del av området. Prisforholdet mellom skog og annen utmark var angitt, likeledes håndteringen av kraftutbyggingspotensialet. I siste avsnitt het det: «Partene legger hver seg inn separate bud. Den part som ikke får antatt sitt bud kan kreve inntreden i det antatte bud etter denne avtalen.»

6. Også det andre innspillet kom fra Kiær. Den 3. november sendte Kiær til Mæle et utkast til en «Opsjonsavtale» om kjøp av Van Severen. Det skulle inngis separate bud, og den part som ikke fikk antatt sitt bud, skulle kunne «kreve inntreden i det antatte bud etter denne avtalen». Partene kommuniserte også muntlig denne dagen. Kiær utarbeidet senere på dagen et revidert utkast om «fordeling av eiendom hvor partene byr i fellesskap eller gjennom en av partene», fortsatt begrenset til Van Severen. Som tidligere var det forutsatt plikt til fordeling med inntil 50 % på hver. Utkastet ble sendt Mæle sammen med underretning om at Norske Skog forventet bud innen kl 0930 neste dag.

7. Det første innspillet fra Mæle kom den 4. november i form av et avtaleutkast oversendt Kiær om «samarbeid og fordeling av eiendommer». Utkastet omfattet også et eventuelt kjøp av Verran. Bud skulle inngis i fellesskap. Forslaget innholdt videre en oppregning av hvilke eiendommer hver av partene skulle ha førsterett til å erverve, og eiendommer som begge hadde uttrykt

interesse for, samt forslag til videresalg. Også andre forhold var forskjellige fra det Ulvig/Kiær hadde foreslått. Utkastet ville gi Mæle rett til en langt større andel av eiendommene enn en halvpart. Ulvig/Kiær mottok dette forslaget før de sendte sitt bud på Van Severen og Verran, et bud som beløpsmessig tilsvarte det Mæle sendte, og som utgjorde kr 153 millioner.

8. Det er ubestridt at avtale om at begge skulle by kr 153 millioner ble inngått 3./4. november. Ulvig/Kiær hevder at enigheten bare gjaldt dette å by samme beløp i den aktuelle budrunden, mens Mæle hevder at avtalen ikke var begrenset slik, men skulle gjelde så lenge de forhandlet, og at den omfattet rett til å kreve av den andre inntil 50 prosent av eiendommene til selvkost.

9. *Retts flertall* foretar først en presisering av problemstillingen (pkt. 45). Det uttales at det ved vurderingen av om det 4. november var kommet i stand noen avtale mellom partene ut over selve budstørrelsen, er flere omstendigheter som må tas i betraktning. Det fremholdes at kjøpet gjaldt meget store verdier, og det var tale om samarbeid mellom personer som verken hadde møtt hverandre eller samarbeidet tidligere. Flertallet presiserer at det er spørsmål om en muntlig avtale på et område der en normalt ville forvente skriftlighet. Det kanskje mest vesentlige var likevel, påpeker flertallet, at det dreier seg om en avtale som bare regulerer en del av forholdet mellom partene etter et eventuelt kjøp: Viktige spørsmål er overlatt til etterfølgende drøftelser. Flertallet uttaler så at disse forholdene ikke utelukker at partene kan anses bundet «i denne spesielle saken». Det flertallet her gjør, er i realiteten å si at det ikke føler seg bundet av noe synspunkt om at det kreves enighet om hovedinnholdet i en avtale på et kommersielt område for å anse binding istandbragt.

10. Flertallet går deretter over til en vurdering av avtalens *formål*, og trekker frem at det er sentralt for bedømmelsen at partene gjennom lengre tid hadde vært konkurrenter. Formålet med å gå inn i forhandlinger var etter flertallets oppfatning for begge parter å oppnå større sikkerhet for erverv av eiendommene og til en for begge overkommelig pris. Når partene innga like høye bud, kan det etter flertallets oppfatning ikke forstås slik at de bare ville hindre en budkamp, og at det gjaldt å vinne tid for å forsøke å komme frem til enighet om en konkret fordeling av eiendommene. Flertallet påpeker at en slik begrensning ikke kunne være i noen av partenes interesse. Argumentasjonen avsluttes spissformulert ved at flertallet anser det som «helt usannsynlig at de skulle være villige til å gi avkall på muligheten til å inngi det høyeste budet, uten å få noe igjen» (pkt. 47). Avtalens formål ble etter dette ansett som et meget vektig argument i favør av Mæles måte å forstå den på.

11. Flertallet la også en viss vekt på at forslaget om samarbeid kom fra Ulvig/Kiær. Det påla dem en særlig plikt til å redegjøre for hvor de sto og til å gi klart uttrykk for det dersom de oppfattet avtalen slik at den som fikk tilslaget i budrunden, skulle stå fritt i eventuelle etterfølgende forhandlinger (pkt. 48). Dette synspunktet er således begrunnet i lojalitets- og culpasantakelsesbetraktninger.

12. Flertallet hadde et behov for å begrunne at det ikke la noen særlig vekt på at vesentlige momenter i avtalenforholdet var muntlige. Grunnen er åpenbart at det ellers er en presumsjon for at det at en muntlig «form» er valgt i et komplisert, kommersielt kontraktsforhold, kan tilsi at partene ikke har ment å binde seg, jfr. Woxholth, *Avtalerett*, sjette utgave, Oslo 2006, s. 111. Flertallet uttaler (pkt 49):

«Jeg kan ikke se noe påfallende i at denne avtalen ble gjort muntlig i den spesielle situasjon som her forelå. Samarbeidet ble innledet 31. oktober, og kort tid etter ble det klart at Norske Skog forventet bud innen kl 0930 den 4. november. Partene var derfor under et betydelig tidspress, og samarbeidsavtalens to elementer var i seg selv ikke kompliserte. Hensikten med avtalen var ene og alene å sikre hverandre en lik posisjon før de egentlige – og utvilsomt vanskelige – forhandlinger om fordeling av verdier tok til.»

13. Høyesteretts flertall går deretter over til å vurdere den måten Ulvig/Kiær forholdt seg til Mæles avtaleutkast 4. november (pkt. 50), som ville gi ham en vesentlig større andel enn 50 prosent. Det påpekes fra flertallets side at de to ikke protesterte mot det. Tvert imot, påpeker flertallet, sendte de ham dagen etter et nytt utkast basert på hans forslag, med spesifisert fordeling av eiendommene ut fra en førsterett til kjøp av bestemte eiendommer for hver part. Forutsetningen om felles eller like høye bud ble opprettholdt.

Flertallet legger etter dette vekt på at det oppsto en form for passivitet og en aktiv handling fra Ulvig/Kiær, som ikke var egnet til å frata Mæle berettigede forventninger om at avtale om fordeling var kommet i stand, poenget er snarere tvert imot – Mæles berettigede forventninger ble ved dette styrket. Argumentasjonen er parallell med den som ligger til grunn i dommen i Rt. 2001 s. 1288 (Gate Gourmet), jfr. Woxholth, *Avtalerett*, sjette utgave, Oslo 2006, s. 117–118.

14. Samme dag som Ulvig/Kiær sendte sitt avtaleutkast av 5. november, ba Norske Skog om stadfestelse av bud, splittet på Van Severen og Verran, uten forbehold og innen 10. november 2003 kl 1200. Dette foranlediger at flertallet stiller spørsmål om den avtale det mente forelå, kan ha blitt endret eller fragått. Dette diskuterer flertallet i pkt. 53-60. Flertallet bemerker at et nytt initiativ fra Mæle 7. november måtte anses som et uforpliktende «forhandlingsinnspill».

15. Deretter går flertallet over til en vurdering av den betydning det har at Ulvig/Kiærs bankforbindelse nærmest frarådet et samarbeid med Mæle. Det er åpenbart at flertallet anså dette som en situasjonsbetinget «kuvending» fra ekteparets side, i den forstand at de nå hadde et motiv for å fortsette løpet alene, men at dette etter flertallets mening var for sent i forhold til forpliktelsesspørsmålet. Flertallet uttaler således: «Som lagmannsretten legger jeg til grunn at møtet representerte et vendepunkt i forholdet til Mæle» (pkt. 56).

16. Flertallet tar med utgangspunkt i dette så standpunkt til hvilken betydning det har hatt at Kiær deretter tok kontakt med Mæle og la igjen en telefonbeskjed, før begge parter stadfestet sitt bud på kr 153 millioner den 10. november 2003 (pkt 60). Flertallet legger til grunn at dette ikke har hatt noen betydning for bindingsspørsmålet. Flertallets utgangspunkt var at Ulvig/Kiær sto fritt til å avbryte forhandlingene med Mæle, men påpekte at dersom de ville det, måtte de gjøre det helt klart før budfristen løp ut. Flertallet uttaler at telefonbeskjeden, jfr. foran, var høyst uklar og ikke egnet til å formidle at Ulvig/Kiær ville stå fritt. Flertallet legger til at det også må anses for sent å komme med en slik beskjed tre kvarter før budfristen utløp, slik denne saken ellers lå an.

Det reelle innholdet i flertallets begrunnelse på dette punkt er et culpasanksjonssynspunkt. I dette ligger at Ulvig/Kiær selv må ta konsekvensene av at de ikke har gjort det som var rimelig og naturlig å kreve for å frata Mæle hans berettigede forventning om at avtale om fordeling var kommet i stand.

17. Til slutt går flertallet inn på om Mæles etterfølgende opptreden kan tilsi at han har forstått eller burde ha forstått at Ulvig/Kiær ikke kan ha ment å binde seg endelig til det omfattende avtaleforholdet (pkt. 63-64). Dette mener flertallet etter en konkret vurdering ikke kan ha vært tilfellet.

18. *Mindretallet* kommer til at det ikke foreligger avtalebinding. Også mindretallets argumentasjon er konkret knyttet til sakens bevisligheter, men innledningsvis (pkt. 68) gis det et mer prinsipielt syn på hva som skal til for at avtale kan anses kommet i stand i kompliserte kommersielle avtaleforhold, der meget gjenstår som uavklart. Mindretallet uttaler således at hun har kommet til et annet resultat enn førstvoterende, «kanskje særlig fordi jeg legger større vekt på ønsket om klare kriterier for når noe skal anses avtalt» (pkt. 70). I sin vurdering legger mindretallet betydelig vekt på begivenhetsnære bevis, men det avgjørende for hennes standpunkt er nok likevel at hun legger noe annet i avtaleformålet enn flertallet, som mente at det ikke var mulig å forene dette med Kiær/Ulvings forståelse av avtalen, jfr. mindretallets uttalelse i pkt. 74.

19. I pkt. 2 foran tar jeg det utgangspunkt at dommen ikke er prinsipiell i den forstand at den tar direkte stil-

ling til avtalerettslige grunnspørsmål. Slik sett står dommen i harmoni med avgjørelsen i Rt. 1998 s. 946 (Vinagenturdommen). Dommen går imidlertid enda lenger enn Vinagenturdommen i retning av å godta at det foreligger en avtaleforpliktelse i et saksforhold der det er flere og vesentlige forhold det ikke var oppnådd enighet om og som partene bevisst hadde holdt utenom sine forhandlinger. I et slikt perspektiv har dommen krav på interesse også i en mer prinsipiell avtalerettslig sammenheng.

20. Saksforholdet er ellers karakteristisk for hvordan forhandlingsavtaler kommer i stand i det kommersielle liv. Det som konstituerer avtalen består av en rekke disposisjonskriterier som må ses i sammenheng, og som omfatter forhandlingsinnspill «begge veier», «følere», tilbakemeldinger på den annen parts tidligere innspill, der innspillene dels er ubetingede og dels betinget av at den annen part kommer tilbake med nye innspill eller et endelig standpunkt til avtaleutkastet. Det er med andre ord tale om å bedømme spørsmålet om binding har kommet i stand som en prosess over tid, der avtaleformålet, partenes forutsetninger og sanksjonssynspunkter tillegges betydelig vekt. Uten at det sies direkte, er det åpenbart at det overordnede spørsmål er om Mæle kan sies å ha fått berettigede forventninger om en avtale med det innhold han pretenderer er inngått, og om Ulvig/Kiær har gjort det som er rimelig for å svekke slike forventninger, jfr. om forventningsprinsippets betydning, Woxholth, *Avtalerett*, sjettede utgave, Oslo 2006, s. 31 flg.

21. Det er også karakteristisk for kommersielle forhandlingsavtaler at partene er enige om noe. Så også i dette tilfellet, der partene var enige om at det var inngått avtale om å legge inn bud på samme størrelse for å få tilslaget på en stor skogseiendom. Ulvig/Kiær anførte at intet ut over dette var avtalt, mens Mæle anførte at avtalen omfattet rett til å kreve av den andre inntil 50% av eiendommene til selvkost, om den annens bud ble antatt. På sett og vis kan det derfor diskuteres om saken egentlig gjelder et spørsmål om avtaleinngåelse eller et spørsmål om avtaletolkning, jfr. Rt. 1995 s. 543 (Selsbakkhøgda borettslag), se nærmere Woxholth, *Avtalerett*, sjettede utgave, Oslo 2006, s. 46-47.

22. Den part som mener at avtale er kommet i stand, vil kunne se det tjenlig å prosedere saken som et spørsmål om avtaletolkning; noe som forutsetter en binding til noe. Spørsmålet blir da til hva (tolkningsspørsmålet). Psykologisk – og kanskje også reelt i forhold til domstolen – kan en slik innfallsvinkel innebære at man inviterer retten til å «hoppe over gjerdet der det er lavest» ut fra det syn at det bevis- og argumentasjonsmessig er lettere å nå frem med at en omstridt avtale har et visst innhold, enn at det er etablert en avtale i et omstridt og komplisert anliggende der partene har opptrådt uformelt.

23. Den part som anser at avtale ikke er kommet i stand, vil derimot gjerne formulere tvistetemaet som et spørsmål om avtale overhodet er kommet i stand, og betone at det kreves meget før en muntlig avtale i et kommersielt og komplisert kontraktsforhold overhodet kan anses kommet i stand.

24. I denne saken har partene valgt hver sin innfallsvinkel, helt i tråd med forannevnte resonnement. Høyesterett la i alle fall ikke formelt noen vekt på denne ulike innfallsvinkelen. Flertallet uttaler seg ikke direkte om det, men mindretallet fant grunn til å kommentere det, jfr. pkt. 69:

«Som førstvoterende starter jeg med å se på spørsmålet i Ola Mæles motanke – altså avtalespørsmålet. Mens dette fra Anders Kiær og Anne Ulvigs side er formulert som et spørsmål om hvorvidt avtale er inngått, er det fra Ola Mæle formulert som et spørsmål om tolkningen av en avtale. Kiær og Ulvig har ikke bestridt at partene muntlig har avtalt at de innen den 5. november 2003 skulle inngi like høye bud på eiendommene Van Severen og Verran. Det som Mæle hevder, men som de benekter, er at det også ble avtalt muntlig at hvis en av partene får tilslaget, har den andre rett til å «overta for selvkost inntil 50 % av de eiendommer og ressurser» som er kjøpt. Hvorvidt man skal si at uenigheten gjelder om det er inngått noen avtale, eller hva avtalen går ut på, ser jeg da mer som et spørsmål om ordbruk enn om realitet. – Jeg har forstått at førstvoterende har samme oppfatning.»

Geir Woxholth

ERSTATNINGSRETT

Statens erstatningsansvar. Høyesteretts dom 28. november (2006 HR-2006-02007-A)

Høsten 2001 etablerte Statoil en støtteordning for tidligere dykkere som har utført dykkeroppdrag på norsk sokkel i Nordsjøen. Vilkår for støtte var at dykkeren hadde fått redusert arbeids- og ervervsevne som følge av dykking i Nordsjøen før 1990. Søkere som mottok uførepensjon skulle motta støtte med inntil 750.000 kroner etter uføregrad. De øvrige skulle gis støtte med inntil 750.000 kroner avhengig av gjennomsnittlig inntekt de siste tre årene. Dersom den gjennomsnittlige årlige inntekten oversteg 350.000 kroner, var støtte utelukket. Søknadsfristen var 1. februar.

A søkte den 27. januar 2002 om støtte. Det var ikke omtvistet at den gikk inn under ordningen og at han ville hatt krav på 750.000 kroner dersom han ble vurdert som 100 % varig ufør.

Da A søkte om støtte hadde han helsesertifikat som kreves for å utføre dykkeroppdrag. Den 5. februar ble han undersøkt av sin fastlege som konkluderte med at sertifikatet for tiden ikke kunne fornyes. A ble dermed

sykmeldt. Den 9. april ble han på ny undersøkt av fastlegen, som konkluderte med at han var varig arbeidsufør.

Samme dag henvendte A seg til Karmøy trygdekontor, hvor B hjalp ham med å fylle ut søknadsskjema om uførepensjon. A informerte samtidig B om at saken hastet, idet støtte fra Statoil basert på uførhet forutsatte at det var truffet vedtak om uførepensjon før siste møte i den nemnden Statoil hadde opprettet for å behandle og avgjøre søknadene. Likevel traff ikke trygdekontoret vedtak før 5. juni, for sent til at A kom inn under støtteordningen til Statoil.

I tillegg til opplysningen A ga om at saken hastet da han leverte søknaden, var han flere ganger selv i kontakt med trygdekontoret. Det ble også via Nordsjødykkeralliansen rettet henvendelse til trygdesjefen som lovet å gjøre maksimalt for å ivareta As interesser. På grunn av intern kommunikasjonssvikt ved kontoret fikk ikke saksbehandleren greie på verken As henvendelser eller trygdesjefens løfte.

Høyesterett tilkjente erstatning etter skadeserstatningsloven § 2-1 nr. 1 første punktum. Vurderingen var forholdsvis konkret.

Selv om resultatet bygget på en konkret vurdering, er det et forhold i begrunnelsen som kan fortjene en nærmere ettertanke. Førstvoterende behandler på mer generelt grunnlag forvaltningens plikt til å foreta en prioritering av hvilke saker som skal behandles først i avsnitt 38 hvor han sier: «Spørsmålet er etter dette hvilke krav A kunne stille til prioritering av saken, og om disse kravene er etterlevd. Etter min mening er det ikke tvilsomt at forvaltningen har adgang til å prioritere visse saker uten å bryte likhetsprinsippet. Tvert om er det god forvaltningsskikk å ta hensyn til at det foreligger særlige grunner som tilsier at saken prioriteres, med mindre det vil ha uheldige konsekvenser for fremdriften av andre saker. I enkelte saker må det også kunne legges vekt på om vedtaket har betydning for partens øvrige rettsstilling – herunder hvilken virkning det er tale om. Det er ikke omtvistet at den prioriteringen som A ba om og etter hvert ble lovet, ikke ville hatt noen negative konsekvenser for andre saker.»

Det sies med andre ord helt klart at forvaltningen kan fravike den rekkefølge sakene kommer inn i når det gjelder behandlingen av dem. Dette er noe stadig flere forvaltningsorganer har begynt å gjøre som ledd i utviklingen av mer rasjonelle og effektive saksbehandlingsrutiner. Det er nå fastslått at dette ikke er brudd på noe likhetsprinsipp. Men Høyesterett går lengre enn dette ved å vise til at det er god forvaltningsskikk å ta hensyn til om det foreligger særlige hensyn som tilsier at saken prioriteres. Dette er interessant da det antyder at forvaltningen i sin prioritering må ha plikt til å ta hensyn til hva slags betydning avgjørelse har for parten, og ut fra dette ta saken ut av «bunken». Dette må sies å være et ganske stort skritt i retning av å gjøre forvaltningen mer «brukerrettet», og vil kunne innebære ganske høye krav til forvaltningen avhengig av hvilke rettslige konsekvenser domstolene i fremtiden vil trekke av dette kravet til god forvaltningsskikk.

Hans Petter Graver

Litteratur

Erling Hjelmeng: *Revisors erstatningsansvar – en analyse av ansvarsnormen*. 156 sider inkludert registre. ISBN 978-82-450-0564-6.

Revisors erstatningsansvar – en analyse av ansvarsnormen gir en fremstilling og analyse av ansvarsgrunnlaget for revisor. Boken er delt i tre hoveddeler. I den første drøftes culpanormens rettighetsside (relevant skade og beskyttede interesser). Hovedspørsmålet her er hvem som kan anses erstatningsrettslig vernet mot uaktsomhet innenfor revisors virksomhet. Del 2 drøfter culpanormen sett fra pliktsiden, dvs. selve aktsomhetsvurderingen i profesjonsansvaret. I del 3 drøftes forholdet til andre ansvarssubjekter, herunder styre og skadelidte.

Siktemålet med fremstillingen er først og fremst erstatningsrettslig, nemlig å belyse normdannelsen innenfor profesjonsansvaret som allment problem gjennom kartlegging av et spesialområde. Boken drøfter dermed også mer generelle problemstillinger, som erstatningsrettslig vern for rene formuesskader, avgrensning av ansvar, profesjonsansvarets strenghet og betydningen av god skikk-standarder i erstatningsvurderingen.

Boken har litteratur-, stikkords- og domsregister.

FAMILIERETT

Litteratur

Thomas Eeg: *Deling av ektefellers formuer ved separasjon og skilsmisse*.

Fagbokforlaget Bergen 2006. 477 sider.

Boken er en bearbeidet utgave av forfatterens doktoravhandling ved universitetet i Bergen i 2004. Siktemålet med boken er ikke en fullstendig behandling av skifteoppgjøret ved separasjon og skilsmisse. Hovedtemaet er hvordan verdien av de deler av formuen som skal deles likt, skal avgrenses. Etter en innledning og historisk oversikt behandles så tre hovedemner. Det første er lovbestemte unntak fra likedelingen, hvilket vil si rettigheter og verdier som kan tas ut forlods. I denne delen av boken drøftes alle forskjellige rettigheter som går inn under el. § 61. Annet hovedemne er individuelt bestemt unntaksrett, hvilket vil si særøie. Forfatteren behandler ikke alle de ulike formuesordninger som kan avtales. Et tema som drøftes grundig under dette kapittel er surrogasjon og sammenblanding ved gjenstandsbestemt særøie. Videre behandles her ektepaktstolking og forutsetningssvikt. Det tredje hovedemne er så skjevdeling, dvs. el. § 59. Hovedvekten er her på tilbakeføringsvilkåret og beregning av skjevdelingskrav. Under tilbakeføringsvilkåret

behandles surrogasjon, sammenblanding, avkastning og forbruk. Under beregningen behandles særlig verdistigning og betydningen av gjeld.

Relevant rettspraksis – trykte og utrykte dommer – er tatt med frem til oktober 2005.

FORSIKRINGSRETT

Motorvognforsikring – identifikasjon i næringsforsikring – «ansvarlig for motorvognen» – RG 2006 s. 1025 Borgarting

A var ansatt i en bedrift der han sammen med åtte andre isolatører hadde tilgang til bedriftens tre biler i forbindelse med kjøring mellom arbeidsplassen og ulike oppdragssteder. Bilene ble også av og til brukt til kjøring mellom bopel og oppdragssted, når dette ble ansett hensiktsmessig ut fra bedriftens behov. A hadde i to-tre måneder før påsken 2003 benyttet én av bilene til kjøring mellom arbeidsplass og oppdragssted og også noen ganger mellom bopel og oppdragsstedet. En ukes tid før påske ga bedriften beskjed om at han kunne beholde bilen til over påske, og benytte den til kjøring mellom bopel og oppdragssted. Han hadde ikke rett til å bruke bilen privat. A brukte imidlertid bilen etter en fuktig tur på byen, og voldte betydelig skade på den.

Forsikringsvilkårene fastsatte at «handlinger eller unnlaterelser fra en person som med sikredes samtykke er ansvarlig for motorvognen får samme virkning for sikredes rettigheter etter forsikringen som om handlingen eller unnlatelsen var foretatt av sikrede selv». Under henvisning til dette nektet forsikringsselskapet å dekke skaden.

Lagmannsretten fastslo at uttrykket «ansvarlig for» i vilkårene «langt på vei» måtte forstås på samme måte som i FAL § 4-11 annet ledd bokstav (a), som gjelder for forbrukerforsikring. Følgende uttalelse i forarbeidene (NOU 1987:24 s. 102) sto dermed sentralt: «At en person 'med sikredes samtykke er ansvarlig for forsikringsgjenstanden' betyr at sikrede bevisst har overlatt ham en omfattende og relativ varig rådighet. Et vanlig, kortvarig brukslån omfattes ikke av bestemmelsen, og heller ikke en mer permanent bruksadgang utløser identifikasjon dersom sikrede står for forvaltningen av forsikringsgjenstanden.»

Lagmannsretten fant at identifikasjon forutsatte «en mer omfattende forvaltning av forsikringsgjenstanden» fra A's side enn det som var forholdet her. Daglig leder bestemte den nærmere disponering av bilene – hvem som skulle få benytte dem og til hvilke oppdrag. Dette skjedde hele tiden ut fra bedriftens behov og interesser, også når bilene en gang i mellom ble tatt med hjem av isolatørene. Bedriften dekket alle utgifter, og hadde ansvaret for vedlikehold, service mv.

Selv om A fikk disponere bilen i den aktuelle perio-

den, fant lagmannsretten at bedriften fortsatt sto for forvaltningen av den. A hadde ikke fått noen permanent bruksadgang til bilen; det var mer snakk om en «midlertidig ordning som framsto som praktisk for bedriften og A i forbindelse med oppdraget og den forestående påskeferie.» hvor kontoret på arbeidsplassen var stengt. Disposisjonsretten var begrenset, etter som A ikke hadde rett til å benytte bilen privat. «At han hadde faktisk mulighet til å benytte bilen i disse to ukene, kan ikke alene være avgjørende».

Konklusjonen ble etter dette at A ikke hadde «en slik omfattende og varig rådighet som etter forarbeider, teori og rettspraksis kreves for å fastslå identifikasjon». Lagmannsretten henviste spesielt til Avkortningsnemndas avgjørelser AKN 1700 og 1701, begge fra 2000 og Viga: Identifikasjon i skadeforsikring, NFJFP nr. 78 (2001).

Jeg har tidligere kommentert de to AKN-avgjørelsene i *Nytt i privatretten* nr. 4/2000. Resultatet nå virker ikke særlig overraskende, hensett til det lagmannsretten siterer fra forarbeidene. Bedriften sto åpenbart fortsatt for forvaltningen av motorvognen, samtidig som det måtte oppfattes som lite treffende å anse en fjorten dagers disposisjonsadgang – med klare begrensninger på bruken – for en «omfattende og relativ varig rådighet» eller en «mer permanent bruksadgang». Når saker som denne fortsatt kommer til domstolene og til Avkortningsnemnda, skyldes det nok at forarbeidene også inneholder utsagn om at bestemmelsen i FAL viderefører tidligere praksis, og at denne har vært oppfattet som strengere. Avkortningsnemnda har i de siterte avgjørelsene forsøkt å finne en hensiktsmessig balanse mellom forarbeidenes ulike utsagn, men senere praksis fra nemnda viser at dette ikke er en enkel øvelse. – Den preseptoriske lovteksten må vi inntil videre leve med i forbrukerforsikring. Derimot er det kanskje overraskende at en rekke selskaper har valgt samme problematiske formulering også i næringsforsikring, hvor det tross alt står dem fritt å søke å finne frem til bedre avgrensninger av identifikasjonsadgangen.

Hans Jacob Bull/Ingvild Solli

KJØPSRETT

Selger hadde forspilt sin adgang til å foreta avhjelp – Rt. 2006 s. 999. Brannskadedommen

Den 14. oktober 2002 kjøpte Idmar Eiendom AS (kjøper – Idamar) en forretningseiendom i tre etasjer av Helgelandske AS (selger – Helgelandske) for 5 250 000 kroner. Det hadde vært brann i eiendommen i 1983 og en halvdel av andre etasje var fremdeles uinnredet med synlige brannskader. Den andre halvdel av etasjen var derimot innredet til kontorlokaler. (Det er utbedring av denne halvdelens tvisten gjelder.)

I forbindelse med utbedringen av brannskadene i den uinnredede delen av annen etasje i desember 2002, fikk kjøper mistanke om at brannskadene heller ikke var utbedret i den innredede kontordelen. Stikkprøver bekreftet mistanken om at også denne delen var beheftet med sot. I løpet av desember 2002 ble all innredning i kontordelen revet ned, slik at bare betongkonstruksjonen sto tilbake.

Selger ble først orientert om forholdene ved reklamasjon inntatt i en telefaks av 2. januar 2003 fra kjøpers advokat. Ved brev av 28. januar krevde kjøper kostnadene ved en retting dekket av selgeren. Ved faks av 10. februar fra selgers advokat ble det gitt beskjed om at selger ville komme tilbake til saken så snart man hadde fått oversikt over den. Slik tilbakemelding ble gitt i brev av 17. februar. Her bestred selgers advokat at det forelå noen mangel. Dessuten ble det – subsidiært – tatt forbehold om rett til utbedring av manglene i henhold til avhl. § 4-10.

Kjøpers advokat svarte allerede neste dag. Under henvisning til at mangelkravet ble bestridt, framholdt advokaten at «arbeid med utbedring av manglene for selgers regning, vil starte opp omgående».

(1) «Urimeleg ulempe» og «særleg grunn» – avsnitt 43
En forutsetning for selgers utbedringsrett er at utøvelse av denne retten ikke vil påføre kjøper «urimeleg ulempe», og at kjøper ikke har «særleg grunn til å motsette seg rettinga», jf. avhl. § 4-10 første ledd.

Slik saksforholdet lå an i den aktuelle tvisten, fant ikke Høyesterett grunn til å gå inn på disse vilkårene. Når det gjelder forutsetningen om at kjøper ikke må påføres en urimelig ulempe, trekkes det i forarbeidene fram slike forhold som at kjøperen må flytte ut av eiendommen mens utbedringsarbeidene pågår, at arbeidet vil ta lang tid, mv, se Ot.prp. nr. 66 (1990–91) side 105 første spalte. Særlige grunner vil på den andre siden først og fremst være forhold knyttet til selgeren, så som at han mangler kompetanse til å foreta en faglig forsvarlig utbedring, mv.

Høyesterett tar likevel opp en problemstilling i avsnittene 49 til 51, som etter min mening naturlig hadde vært drøftet i tilknytning til de nevnte grunnvilkårene, se nedenfor.

(3) «Innan rimeleg tid»

(3.1) *Hvorvidt selgeren hadde tapt sin rett til avhjelp ved å tilbakevise påstanden om mangel*

I sitt svarbrev av 17. februar 2003 bestrider selgeren at det foreligger en mangel ved den solgte eiendommen, se avsnitt 14. Innsigelsen ble faktisk først frafalt etter henvisningen av anken til Høyesterett, se avsnitt 52. Høyesterett kunne ha grepet fatt i dette faktum og konkludert med at selgeren dermed hadde forspilt sin rett til å foreta avhjelp, se Rt. 1981 side 445, se side 452, og Trygve Bergsåker, *Kjøp av fast eiendom*, 4. utg, Oslo, 2003, side 323.

Når Høyesterett valgte ikke å gå inn på dette forholdet, skyldes nok det at avslaget var gjort betinget; man

ba om å få besiktige eiendommen slik at man kunne gjøre seg opp en selvstendig mening om mangelspørsmålet. I stedet synes Høyesterett å ha trukket det forbeholdne svaret inn i vurderingen av fristens lengde, se nedenfor.

(3.2) *Hvorvidt tilbudet om avhjelp var framsatt i tide – avsnittene 44 til 48*

Det springende punktet i saken var om selgeren hadde forspilt sin adgang til å foreta avhjelp ved å vente for lenge med å komme med sitt utspill om avhjelp. Høyesterett skiller på tradisjonelt vis mellom fristens utgangspunkt og fristens lengde.

Når det gjelder *fristens utgangspunkt*, fastslår Høyesterett at dette er tidspunktet for reklamasjonen, se også NOU 1979: 48 side 47 første spalte. Selgeren må med andre ord selv fremme et krav om avhjelp dersom ikke kjøperen tar opp dette spørsmålet, noe som for øvrig følger av ordlyden i avhl. § 4-10 første ledd («Tilbyr selgeren seg å rette» osv) I den foreliggende saken var reklamasjonen framsatt ved telefaks av 2. januar 2003.

Loven har benyttet det tradisjonelle uttrykket «innan rimeleg tid» for å beskrive *fristens lengde*. Det er imidlertid utbedringen, ikke tilbudet, som skal være utført innen denne tidsrammen. På den andre siden påpeker Høyesterett at kjøperen ikke kunne kreve at selgeren umiddelbart erklærte seg enig i at det forelå en kjøpsrettslig mangel.

For øvrig gir uttrykket «innan rimeleg tid» anvisning på en skjønnsmessig fastsatt frist hvor en rekke forhold kan spille inn. Først påpeker førstvoterende at «kjøpere generelt kan ha behov for å få en rask avklaring av om rettingsretten blir påberopt», se avsnitt 46. Dette er et viktig signal om at selger normalt må handle relativt raskt. Deretter trekkes fram de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken. Det framheves at det gjaldt et næringsbygg hvor nye leietakere skulle inn og at selger derfor måtte skjønne at en rask utbedring var viktig for kjøperen, og at det ikke framsto som nærliggende for kjøper at selger selv ønsket å stå for utbedringene.

Når disse forholdene holdes opp mot at selger forholdt seg passiv i ca. 1 1/2 måned, konkluderer Høyesterett med at selger har handlet for sent.

(3.3) *Spørsmål om det gjelder et unntak fra kravet om tilbud – avsnittene 39 til 51*

I tilknytning til fristspørsmålet tar Høyesterett opp en særlig problemstilling. Det er på det rene at kjøper hadde planer om å totalrehabiliterer kontordelen. Dermed ville kjøper ikke være interessert i en utbedring som besto i å gjenopprette den opprinnelige (avtalte) tilstanden.

Først slår Høyesterett fast det relativt selvsagte: Krav om prisavslag går ikke tapt selv om mangelen ikke representerer noe verdiminus for den aktuelle kjøper. Dette innebærer at prisavslagsberegningen skjer på et objektivisert, eller kanskje bedre generelt,

grunnlag. På den andre siden kan ikke kjøper kreve at den planlagte utbedringen legges til grunn ved utmålingen av prisavslaget. Det er den opprinnelige (avtalte) tilstanden som skal gjenoprettes.

Den mer spissfindige problemstillingen er om selger i en slik situasjon *kan* tilby retting med de konsekvenser et avslag fra kjøper vil innebære. Siden kjøper har liten (eller ingen) interesse i en gjenoppretting av den opprinnelige (avtalte) tilstanden, vil det være fristende for selger å tilby en slik retting og dermed håpe på et avslag. Førstvoterende formulerte problemstillingen slik: «Men dersom selgeren – på grunn av kjøpers planer med eiendommen – kan påregne at et rettingstilbud vil bli avslått, kan han på grunn av regelen i avhendingsloven § 4-10 nr. 1 av taktiske grunner se seg tjent med å fremsette det.» Dette er en spørsmålsstilling som naturlig hadde vært behandlet i tilknytning til grunnvilkårene for avhjelp, at kjøper ikke utsettes for en «urimeleg ulempe» eller at han ikke har «særleg grunn» til å motsette seg avhjelp, jf. avhl. § 4-10 (1). Det er med andre ord en kjøperargumentasjon man her står overfor.

Høyesterett drøfter imidlertid ikke denne problemstillingen. Det Høyesterett tar uttrykkelig standpunkt til er om selger *må* komme med et tilbud om retting også i en slik situasjon som beskrevet ovenfor, se avsnitt 51. Grunnen til dette er at det var *selgeren* som prosederte på at kjøper planla en totalrehabilitering av kontordelen, se avsnitt 35 og 36. Dermed vris hele problemstillingen. Uten at det kommer helt fram av domspremissene, må resonnetet nærmest ha vært at ved å planlegge en totalrehabilitering har kjøper i realiteten gjort avhjelp irrelevant. En slik situasjon må med andre ord sidestilles med et uberettiget avslag etter avhl. § 4-10 fjerde ledd.

Dette resonnetet finner ikke gjenklang hos Høyesterett. Førstvoterende konkluderer med at selgeren må framsette et tilbud om avhjelp selv om han er kjent med at kjøperen har andre planer med eiendommen enn en tilbakeføring til tidligere (avtalt) tilstand. Det blir så opp til kjøperen om han vil akseptere tilbudet. Standpunktet til Høyesterett innebærer (naturlig nok) at selger også *kan* framsette et rettingstilbud i disse situasjonene.

(4) *Urettmessig avvising*

(4.1) *Innledning*

Virkningene av et rettidig framsatt tilbud, framgår av avhl § 4-10 fjerde ledd andre setning: Avviser kjøperen et slikt tilbud, taper han retten til å kreve prisavslag og heving.

Høyesterett berører én side av dette spørsmålet, nemlig når avvising kan anses å foreligge, se punkt 4.2. En nærmere behandling av konsekvensene når avvising først foreligger, var det derimot unødvendig for Høyesterett å gå inn på, se punkt 4.3.

(4.2) Når foreligger avvisning – påbegynnelse av avhjelpen – avsnitt 52

Høyesterett konkluderte med, som allerede nevnt, at avhjelpstilbudet ble framsatt for sent. Selger prosederte imidlertid på at kjøper allerede før tilbudstidspunktet hadde avvist avhjelp fra selgeren gjennom sin handlemåte.

Som angitt ovenfor kan ikke selve *planen* om totalrehabilitering av kontordelen tillegges en avvisningskonsekvens. Spørsmålet er imidlertid om *påbegynnelsen* av rehabiliteringsarbeidene kan betraktes som en avvisning.

Høyesterett kommer fram til at kjøper ikke kan sies å ha tapt sine rettigheter verken ved å avslutte nedvaskingen og tildekkingen av sotskadene i løpet av medio januar 2003, eller ved å påbegynne innredningsarbeidene. Konklusjonen nås gjennom en ganske bredt anlagt risikovurdering hvor forhold på begge sider tillegges vekt. Avgjørende for Høyesterett ble at selger ikke ga noe signal om at utbedring var aktuelt før tilbakemeldingen av 17. februar 2003. «I en slik situasjon er det naturlig at Helgelandske bærer risikoen for at Idamar ikke forstod at Helgelandske kunne være innstilt på selv å stå for utbedringen.» Det føyes til at de foretatte arbeidene ikke synes å ha hatt noen betydning for selgers oppreden.

Slik Høyesterett legger opp denne drøftelsen, tjener den i realiteten som en videreføring av rimelighetsvurderingen i tilknytning til fristens lengde.

(4.3) Konsekvensene av avvisning mv. – ikke drøftet

Utfallet av tvisten gjorde at det var unødvendig for Høyesterett å gå nærmere inn på spørsmålet om konsekvensene av en uberettiget avvisning fra kjøpers side.

Fra et rettsavklaringsynspunkt var dette synd. Det knytter seg i dag ganske stor usikkerhet til hvorledes lovbestemmelsen skal forstås. Enkelt mener at den skal tolkes helt etter sin ordlyd slik at erstatning generelt faller utenfor. Et erstatningskrav kan imidlertid bli beskåret ut fra reglene om tapsbegrensning, jf. avhl. § 7-2. Andre er av den oppfatningen at erstatning som har den samme funksjonen som prisavslag, kompensasjon av verdiminuset eller rettingskostnadene, også rammes av bestemmelsen. I så fall kan det komme på tale å tilkjenne kjøper et krav på kompensasjon av selgers berikelse ved å slippe å utføre utbedringen.

Lasse Simonsen

OPPHAVSRETT

Utplassering av TV-apparater på hotellrom. EF-domstolen, sak C-306/05 (Rafael Hoteles)

EF-domstolen avga den 7. desember 2006 en prejudisiell avgjørelse i en tvist mellom et spansk hotell og den spanske forvaltningsorganisasjonen SGAE.

Hotellet hadde utplassert fjernsynsapparater på rommene uten klarering av opphavsrettigheter, og ble saksøkt av SGAE for opphavsrettsinngrep. Spørsmålet for EF-domstolen var om utplassering av fjernsynsapparater faller inn under eneretten til overføring av verk til allmennheten, som foreskrives i opphavsrettsdirektivet (dir. 2001/29/EF art. 3). EF-domstolen besvarte, i motsetning til generaladvokaten, spørsmålet bekrefteende. Resultatet er i samsvar med det som normalt har vært lagt til grunn i norsk rett etter den svenske høyesterettsdommen i NJA 1980 s. 123 (Mornington) – at tilrådighetsstillelse av TV-apparater på hotellrom faller inn under opphavsmannens enerett til tilgjengeliggjøring av verk for allmennheten (offentlig fremføring) etter åndsverklovens § 2. Dommen fra EF-domstolen har like fullt interesse av flere grunner.

(1) EF-domstolen går i dommen nærmere inn på hva som ligger i uttrykket «allmennheten». Under saken ble det anført fra den østerrikske regjering at innholdet i dette uttrykket skulle fastholdes etter nasjonal rett. Et slikt synspunkt hadde fremkommet både i rettslitteraturen og i et arbeidsdokument fra EU-kommisjonen, men fikk altså ikke tilslutning fra EF-domstolen. Det EF-domstolen konkret utlegger om uttrykket i denne saken er ikke oppsiktsvekkende sett fra en norsk synsvinkel, idet man kom til at utplassering av TV-apparater på hotellrom i regelen vil nå en allmennhet i direktivets forstand. Men det er grunn til å være oppmerksom på at man må se hen til EF-retten når den opphavsrettslige grensen mellom det private og det offentlige skal trekkes.

(2) EF-domstolen understreker i dommen at grunnen til at utplassering av TV-apparater i hotellrom anses som overføring til allmennheten, er at denne handlingen medfører at TV-sendingene når et nytt publikum i forhold til det publikum den opprinnelige sendingen er rettet mot. Det vises i den forbindelse til Bernkonvensjonens art. 11bis(1)(ii). Heller ikke denne observasjonen er oppsiktsvekkende, men den kan nok likevel tjene som en nyttig påminnelse for vurderingen av når en handling kan sies å være en «fornytt tilgjengeliggjøring».

(3) I opphavsrettsdirektivets fortale pkt. 27, jf. WIPO-konvensjonen om opphavsrett fra 1996 art. 8, er det fastslått at bare det å stille fysiske fasiliteter til rådighet for overføring av verk ikke i seg selv utgjør en overføring i henhold til direktivet. EF-domstolen påpeker at installeringen av slike fasiliteter ikke desto mindre kan gjøre allmennhetens tilgang til åndsverk mulig. Derfor, konstateres det, vil det skje en overføring av verk til allmennheten dersom hoteller distribuerer TV-signaler til sine kunder ved hjelp av TV-apparater, uavhengig av hvilken teknikk som benyttes ved overføringen av signalene. Uttalelsen må ses i sammenheng med at EF-domstolen et annet sted i dommen konstaterer at det etter direktivet er tilstrekkelig at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten på

en slik måte at allmennheten *kan* få tilgang til det, og at det derfor ikke er avgjørende at hotellgjester som ikke har slått på TV-apparatene rent faktisk ikke har gjort tilgangen gjeldende. Det er nærliggende å lese EF-domstolen slik, at tilrådighetsstillelse av teknisk utstyr som gjør at allmennheten får direkte tilgang til verksoverføringen ved å aktivere utstyret, innebærer overføring av verk i direktivets forstand. Tilnærmingen *kan* få betydning for hvordan domstolen vil håndtere problemene med linker på Internett (jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett*, NIR 2005 s. 344 flg. særlig s. 353).

(4) En liten retts teknisk observasjon til slutt: Ved den svenske og den finske gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet ble det innført et begrepsmessig skille mellom distanseoverføringer og fremføring direkte for et tilstedeværende publikum (med eller uten tekniske hjelpemidler). Om et tilsvarende skille ikke er uttrykt direkte i den norske loven, har det nok vært en oppfatning at dette er et gangbart skille. Etter EF-domstolens dom i Rafael Hoteles-saken er det grunn til å slutte at direktivets overføringsbegrep omfatter også handlinger hvoretter distanseoverføringene gjøres tilgjengelig ved tekniske hjelpemidler direkte for et «tilstedeværende publikum» (her: hotellgjestene). En viss modifikasjon må derfor gjøres i det skillet mellom distanseoverføringer og fremføring i snever forstand som her er nevnt. I norsk rett skaper dette få problemer, så lenge man har beholdt det vide fremføringsbegrepet, som også omfatter direktivets overføringsbegrep (åndsverklovens § 2 tredje ledd, *litra c*), jf. fjerde ledd).

Ole-Andreas Rognstad

Innføring av «følgerett» i åndsverkloven for omsetning av billedkunst. Endring i lov om avgift på omsetning av billedkunst mm.

Ved loven av 13. desember 2006 er det gjort endringer i rettstilstanden når det gjelder omsetning av billedkunst. Bakgrunnen er EF-direktiv 2001/84 om følgerett til fordel for opphavsmannen til et originalkunstverk. Direktivet krever at opphavsmenn til kunstverk får individuelt vederlag for nærmere kvalifisert videreomsetning av originaleksemplarer. En slik vederlagsordning – en såkalt følgerett (*droit de suite*) – har før lovendringen ikke eksistert i Norge. I stedet har man hatt en avgift på omsetning av billedkunst, tilsvarende 3 % av salgssummen, som har gått til Bildende Kunstneres Hjelpesfond, jf. lov av 4. november 1948 (kunstavgiftsloven). Ved gjennomføringen av følgerettsdirektivet har man kombinert disse ordningene innenfor rammen av direktivet. Følgerett er innført for videresalg av originaleksemplarer, bortsett fra salg fra privatpersoner til åpne og ikke kommersielle museer, når salgsprisen uten MVA overstiger 3.000 Euro, jf. åvl. § 38 c. Satsen varierer avhengig av salgsprisen, men for salgspriser mellom 3.000 og 50.000 Euro skal den tilsvare 5 % av salgsprisen. For offentlig omsetning som ikke utløser følgerett

skal det som før betales avgift etter kunstavgiftsloven, men avgiften er hevet fra 3 % til 5 % av kjøpesummen. Videre er nedslagsfeltet for avgiften utvidet ved at også originaleksemplarer av kunsthåndverk omfattes. På den annen side er det satt en nedre grense for hvilke salg som utløser avgift, idet omsetning av kunstverk hvor salgsprisen uten MVA ikke overstiger 2.000 kr. er unnatt fra avgiften. Det vises for øvrig til Ot. prp. nr. 88 (2006–2007) og Innst. O. nr. 13 (2006–2007) (følgeretten) og Ot. prp. nr. 101 (2006–2007) og Innst. nr. 14 (2006–2007) (kunstavgiftsloven).

Ole-Andreas Rognstad

TINGSRETT

Allmennhetens rett til bading, fortøyning av båt og opphold på privateide holmer og skjær. Høyesteretts dom 1. februar 2007 (HR-2007-00238-A)

Halvannet år etter at Høyesterett sist behandlet forholdet mellom grunneiere og allmennhet i strandsonen (Rt. 2005 s. 805 Hvaler), har igjen en tvist fra dette konfliktfeltet sluppet gjennom nåløyet og blitt henvist til behandling i Høyesterett. I en helt fersk dom gis viktige prinsipielle avklaringer på noen allemannsrettslige spørsmål som ikke tidligere har hatt en klar løsning. Saken gjaldt utøvelsen av allemannsrett på ubebygde holmer i Sandefjords skjærgård. Allemannsrett benyttes gjerne som en samlebetegnelse på allmennhetens rett til ferdsel, opphold og høsting på fremmed eiendom. Mens saken i Rt 2005 s. 805 dreide seg om ferdselsretten, er temaet for denne nye saken oppholdsretten. Tvisten sto mellom kommunen og en grunneier – eieren av Skogan gård (1 250 dekar) med tiliggende privateide holmer og skjær. Det rettslige spørsmålet i saken var om grunneieren hadde rett til å forby allmennheten å bade, oppholde seg og overnatte i båt ved holmer beliggende nær en av grunneierens hytter tilhørende hovedbruket. Dommen slår fast at grunneieren ikke har slik generell bortvisningsrett.

Den omtvistede oppholdsretten i saken knyttet seg til tre hovedtyper av aktiviteter: Landsetting og fortøyning av båt (frilufsloven § 7), bading (frilufsloven § 8) og rasting og telting (frilufsloven § 9). Om forholdet mellom disse bestemmelsene inneholder dommen en viktig uttalelse (avsnitt 94):

«Det at frilufsloven regulerer de ulike aktivitetene i egne bestemmelser, skulle tilsi en selvstendig vurdering av hver enkelt aktivitet. Det kan etter omstendighetene være den riktige fremgangsmåte. Når det som skal vurderes er en bruk av holmen der de enkelte aktiviteter i hovedsak utøves under ett, finner jeg, som lagmannsretten at det ved interesseavveiningen må ses hen til allmennhetens samlede bruk av området.»

De viktigste rettsavklaringene som kommer med dommen er for det første en helt generell uttalelse om den grunnleggende forståelsen av friluftsløven (avsnitt 85). Uttalelsen oppsummerer førstvoterendes gjennomgang av overordnede hensyn som anses relevante ved tolkningen av friluftsløven:

«Samlet sett kan det neppe være tvilsomt at avveiningen av de motstående interesser i dag vil falle ut til fordel for allemannsrettene i større utstrekning enn ved vedtakelsen av friluftsløven.»

Dommen bygger videre på at begrensning i eierrådighet som følger av offentligrettslige regler får betydning for interesseavveiningen mellom grunneier og allmennheten i strandsonen (avsnitt 81). Det pekes på byggeforbudet i 100-metersbeltet som representerer en reell og vesentlig begrensning i grunneierens handlingsfrihet. Høyesteretts resonnement er av nokså generell karakter, selv om det har adresse til strandsonen. Jeg ser ikke bort fra at det kan gjøres gjeldende også når grensene for allmennhetens rettigheter skal fastlegges på andre områder.

Et annet og mer konkret lovtolkings spørsmål som har fått sin avklaring i dommen gjelder spørsmålet om regelen for telting i friluftsløven § 9 kan anvendes analogisk ved overnatting i båt. Bestemmelsen inneholder en generell utilbørighetsstandard: Teltplass i utmark må ikke tas til utilbørlig fortrengsel eller ulempe for andre. Høyesterett slo fast at denne generelle utilbørighetsnormen også fikk anvendelse for overnatting i båt. Mer spenning var forbundet med eventuell analogisk anvendelse av § 9 annet ledd tredje punktum. Bestemmelsen fastsetter at:

«Telt må ikke settes opp så nær bebodd hus (hytte) at det forstyrrer beboernes fred og i hvert fall ikke nærmere enn 150 meter.»

Teltovernatting og båtovernatting har både likhetstrekk og markante forskjeller. Det knyttet seg i forkant av saken spenning til hvordan Høyesterett ville løse dette spørsmålet. Problemstillingen er også interessant fra en rettskildemessig synsvinkel, fordi forarbeidene inneholder en uklar uttalelse om eventuell analogisering fra telt til båt (Ot.prp. 1957 nr. 2 s. 30):

«Bestemmelsen omfatter (etter ordlyden) ikke direkte opphold nær land i båt eller annet fartøy på sjøen, men vil trolig kunne anvendes analogisk på slikt opphold...»

Høyesterett avgjorde at avstandsbestemmelsen i teltregelen ikke kunne anvendes analogisk for overnatting i båt.

Denne nye dommen fra Høyesterett viser noen av de utfordringene som ligger i at et rettsinstitutt som allemannsretten vesentlig er forankret i en lov som ikke er revidert i takt med en rivende samfunnsutvik-

ling. Dommen utløser tanker om reformbehov på dette rettsområdet. I mange sammenhenger har man kunnet se spor av en overdreven tro på at friluftsløven løser alle typer spørsmål om ferdsel og opphold i naturen. Men loven har ingen uttømmende regulering av allemannsretten, og må på mange punkter suppleres av sedvaneretten. Friluftsløven er utformet særlig med sikte på å regulere forholdet mellom på den ene siden grunneiers økonomiske interesser knyttet til næringsvirksomhet (landbruk), og friluftslivet på den andre siden. Loven bærer også preg av at den er støpt i mellomkrigstidens ånd (Friluftskommisjonen, som utredet grunnlaget for friluftsløven, ble oppnevnt i 1938), i en tid da det livsområdet loven regulerer så ganske annerledes ut enn i dag. Overnatting i telt blir i lovforarbeidene beskrevet som «et relativt nytt fenomen, med liten utbredelse». Dagens «småbåter» som er en slags sjøens bobiler med komplette kjøkken og toalettfasiliteter fantes ikke. Friluftsløven har et kasuistisk preg, og den gir ingen uttømmende regulering av forholdet mellom grunneier og allmennhet. For eksempel behandles retten til ferdsel med kløvhest og kjelke mens utbredte oppholds- og høstingsretter som bålrensing eller bærplukking ikke er innbefattet. Loven har regler om landfeste av båt, men ikke om ankring på privat grunn innenfor marbakken. I tillegg har loven utpreget skjønnsmessige kriterier som ikke alltid gir like god veiledning når reglene skal anvendes i praksis. Dette er særlig tankevekkende for en lov som henvender seg til et bredt publikum, og innenfor et område hvor det ikke er vanlig å søke juridiske råd i forkant. De skjønnsbaserte vurderingskriteriene i friluftsløven står i kontrast til hvordan for eksempel dansk rett har ordnet sin lovgivning på dette feltet. Den danske *lov om naturbeskyttelse* har et eget kapittel som regulerer offentlighetens adgang til naturen. Lovens § 22 stk. 4 gjelder oppholdsrett på stranden, og sier at: «På privatejede strandbredder og kyststrækninger må opphold og badning ikke finne sted inden 50 m fra beboelsesbygninger.» Danskene har altså en avstandsgrense som er enkel å forholde seg til både for grunneieren og allmennheten.

Friluftsløven har heller ingen velutviklet løsning på det som i svensk rett har vært drøftet under merkelappen *invasjonsproblemet*. Grunneiere vil i mange tilfeller opplagt ha en beskyttelsesverdig interesse i å kunne hindre sammenstimling av større menneskemengder på sin eiendom. Organiserte friluftsløvs- og idrettsarrangementer (såkalte friluftsmøter) er regulert i lovens § 10 men fanger ikke opp uorganisert virksomhet der mange på individuell basis velger å oppsøke de samme områdene samtidig. Grunneieren har med hjemmel i friluftsløven § 11 bortvisningsrett overfor folk som utviser hensynsløs atferd. Høyesterett uttalte om denne bestemmelsen:

«... men særlig praktisk betydning har knapt nok denne formelle rett. Grunneiere vil fort bli hjelpløse i en slik situasjon, og det er etter mitt syn viktig

for å unngå konflikter at kommunen gjør reelle anstrengelser for å bidra til at de begrensninger i allmennhetens rettigheter som følger av friluftsløven, blir respektert.»

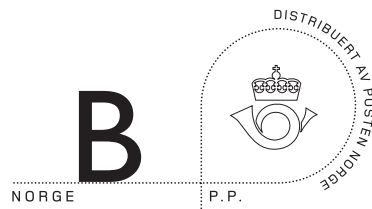
Det er uklart hva Høyesterett legger i at kommunen må gjøre *reelle anstrengelser*. Muligens har man friluftsløven § 15 i tankene. Etter denne bestemmelsen kan kommunen fastsette atferdsregler for regulering av ferdsel på områder hvor ferdselen er særlig stor. Heller ikke denne bestemmelsen er særlig praktisk, og den benyttes sjelden. Noen effektiv beskyttelse av grunneierens interesser i «invasjonstilfellene» inneholder loven derfor ikke.

Fremdeles gjenstår en rekke uklare spørsmål om grensene for allmennhetens bruk av fremmed eien-

dom. Blant annet er det, som påpekt ovenfor, behov for å få trukket en klarere grense også mot hva grunneiere *ikke* behøver å akseptere av ferdsel og opphold. Ved saksomkostningsavgjørelsen uttalte Høyesterett at saken ikke hadde vært så tvilsom at det derfor kunne være aktuelt å fritta ankende part for saksomkostningsansvar (avsnitt 118). Derved må man kunne slutte at denne dommen ikke fastlegger grensen for når allmennhetens bruk går grunneier for nær. Et nærliggende spørsmål for lovgiver nå må være om man skal ta inn over seg den samfunnsutviklingen som har skjedd på dette området og oppdatere lovverket, eller om rettsavklaringen og utmeislingen av de mer detaljerte vurderingene fortsatt skal overlates til domstolene.

Marianne Reusch

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Postboks 350 Sentrum, 0101 Oslo



Program for seminarrekke ved Institutt for privatrett Vår 2007

Følgende tema vil bli tatt opp:

Tirsdag 6. februar kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00

Amanuensis Peter Hambro, Institutt for privatrett, Oslo:
Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner – særlig i lys av de senere års rettspraksis

Tirsdag 27. mars kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00

Carl Jacob Arnholms Minneforelesning
Professor jur. dr. Lars Gorton, Universitetet i Lund: Letters of Commitment

Tirsdag 17. april kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00

Stipendiat Herman Bruserud og stipendiat Anders B. Mikelsen,
Institutt for privatrett, Oslo: Tolking av kontrakter utformet på engelsk

Seminarene finner sted i Biblioteket, Institutt for privatrett,
Domus Media, Vestfløyen, 2. etasje, inngang Søylehallen.

Påmelding kan skje via Instituttets hjemmeside:
<http://www.jus.uio.no/ifp/>

Vennlig hilsen
Viggo Hagstrøm

Nytt i privatretten

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

Hovedredaktør: Peter Lødrup
Forlagsredaktør: Eirik Spillum

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

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

Et årsabonnement (2007) på *Nytt i privatretten* koster kr 440,-. Studentabonnement koster kr 220,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Akademisk Forlag
Postboks 350 Sentrum
0101 Oslo
E-post: jus@cappelen.no
<http://www.cappelen.no>

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

Neste utgave kommer mai 2007