

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 2/2006

ARBEIDSRETT

SAS og Braathens-dommen; overdragelse av virksomhet – Høyesteretts dom 31. januar 2006 (HR-2006-00174-A)

Høyesteretts dom om overføring av bakkjetjenester m.v. fra Braathens ASA til SAS etter oppkjøpet av Braathens i 2001 har allerede fått mye oppmerksomhet, i media og ikke minst om følgevirkningene for ansatte og selskap. Det rettslige tema i saken var om det forelå en «virksomhetsoverdragelse» i arbeidsmiljølovens forstand (1977-loven kap. XII A; nu 2005-lovens kap. 16). Her er dommen betydningsfull. Selv om den ikke er

genuint nyskapende, er dommen avklarende på viktige punkter, om enn ikke på alle.

Problemstillingen i saken knyttet seg til «identitetsvilkåret», dvs. at skal det være tale om en virksomhetsoverdragelse, må virksomheten «i det vesentlige være den samme», den må ha «bevart sin identitet» etter overføringen. Med referanse til EFD-domstolens klassiske kriterier, og etter drøftelse av enkelte EFD-avgjørelser, fremholdt Høyesterett at identitetsspørsmålet må avgjøres ut fra en helhetsvurdering, og la videre til grunn at det må bygges på en enhetlig vurdering.

Hovedinteressen ved dommen knytter seg til denne vurderingen, hvilke momenter som ble vektlagt og hvordan ulike momenter ble avveiet. Her kan dommen dels sies å være presiserende, dels er den ikke særlig presiserende. Som en grov sammenfatning kan det nok sies at dommen gir et sterkt signal om at det skal *mindre* til for at en «virksomhetsoverdragelse» skal anses å foreligge, enn det som har vært en fremherskende oppfatning hos mange. Det som ellers har særlig krav på interesse, er Høyesteretts understrekning av at flere deloverdragelser må sees i sammenheng. Retten avviste å la det tale mot at en virksomhetsoverdragelse forelå, at overføringen til SAS hadde skjedd ved to kontrakter, på to ulike tidspunkter, og ble innlemmet i to ulike forretningsenheter i SAS' organisasjon. Det som ble overført, var fra én enhet i Braathens' organisasjon.

En mer utførlig redegjørelse for

og diskusjon av dommen finnes i tidsskriftet *Arbeidsrett* 2006 (hft. 1) s. 52-64.

Stein Evju

Bindingsklausuler – gyldighet, fortolkning, virkning – Høyesteretts dom 7. april 2006 (HR-2006-00609-A)

Avtaler om å binde seg til å forbli i arbeid en viss tid hos sin arbeidsgiver kan rettsgyldig inngås. Det er det alminnelige utgangspunkt. Som andre alminnelige utgangspunkter gjelder det ikke ubetinget. Saken for Høyesterett gjelder ulike sider av grensdragningen.

1. A ble ansatt i 1992 i to samarbeidende eiendomsmeglerselskaper. Aksjeselskapene var (majoritets)eid av hhv. Sem og Johnsen. A var først visningsassistent, senere eiendomsmegler. Det ble ikke satt opp skriftlige arbeidsavtaler. A utviklet seg etter hvert til en dyktig eiendomsmegler og ønsket en mer fremtredende stilling i virksomheten. I 1999 og 2000 ble det inngått to «aksjekjøps- og aksjonæravtaler» som gav A rett til å kjøpe 9,9 % av aksjene i begge selskaper til en lav pris. Disse avtalene inneholdt ikke noe om arbeidsplikt for A. I 2001 ble det så inngått to nye avtaler (datert i januar 2002). De gav A rett til å kjøpe ytterligere 10,1 % av aksjene i de to selskapene, likeledes til en gunstig pris. Avtalene inneholdt også bl.a. en *bindingstidsklausul*, i pkt. 6, og bestemmelser i pkt. 7 og 8 vedr. eventuelt opphør av As ansettelsesforhold:

Innhold nr. 2:

Arbeidsrett	1
Arverett	9
Litteratur	9
Boligrett	11
Erstatningsrett	13
Familierett	14
Barnerett	14
Ekteskapsrett	16
Obligasjonsrett	18
Tingsrett	21
Litteratur	24

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

«6. A forplikter seg til å forbli ansatt i Selskapet og i Adv. Camilla Sem Eiendom AS og arbeide etter beste evne på full tid minst frem til 01.11.2005. A vil innenfor dette tidsrom ikke diskutere ytterligere aksjekjøp, bonus e.l.

7. Dersom As ansettelsesforhold opphører før 01.11.2005, har Johnsen rett og plikt til å kjøpe 10,1 % av aksjene i Selskapet fra A til kostpris pluss 100 % stigning i konsumprisindeksen. Frem til nevnte dato har for øvrig Johnsen forkjøpsrett på As aksjer.

8. Dersom As ansettelsesforhold opphører etter 01.11.2005 har Johnsen rett til å erverve 10,1 % av aksjene i Selskapet til markedspris som fastsettes med bindende virkning av ...»

I midten av juni meddelte A at han sa opp sitt arbeidsforhold. I forbindelse med oppsigelsen oppstod det tvist om hvordan de inngåtte avtalene skulle forstås. For Høyesterett gjaldt *hovedspørsmålet* i saken *As bindingstid*, knyttet til pkt. 6 sett i sammenheng med pkt. 7 og 8 i avtalene. Dette kan igjen sies å ha to hovedelementer – tolknings- og gyldighetsspørsmål.

2. Et første problem knyttet seg til at avtalene med A var signert av Sem og Johnsen, men ikke i selskapenes navn. Høyesterett fant det imidlertid klart at selskapene var avtaleparter, med rettigheter og forpliktelser overfor A, ut fra et intensjons- og fullmaktssynspunkt (avsnitt 30 jf. 59).

A anførte videre at avtalenes pkt. 6 sett i sammenheng med pkt. 7 og 8 måtte forstås slik at det ikke gjaldt noen bindingstid. Selv om sammenhengen mellom pkt. 6 og 7 ikke var klar, var Høyesteretts flertall (4 – 1) ikke i synderlig tvil om at avtalene innebar plikt for A til å forbli ansatt i selskapene ut bindingstiden. Førstvoterende bemerket bl.a. at det «er vanskelig å se hvordan en bindingstid kan uttrykkes klarere», tross pkt. 7, og at «[A]lternativet er at punkt 6 blir uten inn-

hold, hvilket vil være i så klar strid med så vel avtalens forhistorie som dens ordlyd at det ikke kan antas» (avsnitt 33 og 34).

Det neste fortolkningsspørsmålet var da om pkt. 7 skulle forstås som en avtale om hvilke misligholdsvirkninger som kunne få anvendelse ved brudd på bindingstidsklausulen. A fremholdt at bestemmelsen måtte tolkes slik at mislighold bare skulle medføre at han gikk glipp av avtalte fordeler. Det førte ikke frem. Høyesteretts flertall kom til at bestemmelsen innebar at oppsigelse var et kontraktsbrudd som kunne føre til ansvar for selskapenes oppfyllesinteresse. Flertallet bygget sin fortolkning særlig på avtalenes forhistorie og hva som ut fra denne måtte anses som avtalens formål. I sammenheng med dette ble begrunnelsen for As oppsigelse vektlagt; den var at han ønsket «å utnytte sine fortrinn som megler i egen regi». Førstvoterende bemerket at «i denne situasjonen [mener jeg det] måtte fått et betydelig klarere uttrykk dersom punkt 7 skulle oppfattes som en uttømmende avtale om konsekvensene av at bindingsklausulen ble tilsidesatt» (avsnitt 41, jf. 35 – 42).

Mindretallet (dommer Coward) så anderledes på tolkningsspørsmålet og la ved sin fortolkning dessuten «atskillig vekt på at en bindingstid på fire år for en arbeidstaker må sees som noe ekstraordinært, og at det ikke uten videre kunne forutsettes at en slik bindingstid gyldig kunne avtales». Ut fra sitt standpunkt til fortolkningsspørsmålet behøvet hun imidlertid ikke å ta stilling til gyldighetsspørsmålet.

3. For flertallet hadde gyldighetsspørsmålet to fasetter. Den ene gjaldt mangelen på en skriftlig arbeidsavtale. Her var konklusjonen enkel. Etter arbeidsmiljøloven av 1977 § 55 C flg. er skriftlighet *ikke* et vilkår for at en avtale (eller avtalevilkår) er rettsgyldig inngått. Det bekrefter standpunktet i kjennelsen i Rt. 2005 s. 1395 (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 1/2006), som

det også ble vist til. Dessuten fylte avtalenes pkt. 6 de aktuelle krav til skriftlighet for såvidt gjaldt bindingstidsklausulen. Derved forelå det heller ikke noen uklarhet som kunne ha betydning for tolkningen av avtalene (avsnitt 31).

Den andre, og hovedproblemstillingen, gjaldt det materielle. Den hadde igjen to sider.

Den første knytter seg til *arbeidsmiljølovens* regler, spesielt § 58 (nu § 15-3 i loven av 2005) jf. § 5 (nu § 1-9). Høyesterett (flertallet) fremholdt at arbeidsmiljøloven «kan generelt ikke antas å være til hinder for slike bindingsklausuler» som det var tale om her. Retten understreket imidlertid at det gjelder visse vilkår. Bestemmelsene om oppsigelsesfrister bygger på en norm om *gjensidighet*. Derfor må en bestemmelse om bindingstid for den ansatte *korrespondere* med «en tilsvarende plikt for arbeidsgiveren til å beholde arbeidstageren i perioden». Det er imidlertid ikke et vilkår at denne plikten er uttrykkelig eller skriftlig avtalt; det er tilstrekkelig om den «må anses avtalt». Det anså flertallet at arbeidsgivers forpliktelse var i dette tilfellet, og det var da ikke grunnlag for ugyldighet ut fra arbeidsmiljølovens regler (avsnitt 44 – 45).

Den annen side av gyldighetsspørsmålet, og det springende punkt, gjaldt da avtalelovens § 36. Her fremholdt førstvoterende som utgangspunkt at ved denne rimelighetsvurderingen «står bindingens varighet sentralt», men også andre momenter er relevante, bl.a. «hvilket behov det er for bindingen, hvilke positive og negative konsekvenser den har for den ansatte, hvor forutselige disse var, hvorvidt det er en rimelig balanse mellom partenes oppofrelser og fordeler, og om bindingen er undergitt noen form for fleksibilitet» (avsnitt 46). Med hensyn til varigheten uttalte han at «nærmere fire års binding [er] lang tid», og ihvertfall «nær grensen for hva som kan godtas i denne type forhold, sett i lys av de øvrige momenter jeg har nevnt» (avsnitt 50). Av andre momenter ble det særlig pekt på et utvilsomt

behov for selskapenes del, at A oppnådde store fordeler ved å binde seg, at det lå en balanse i bindingsklausulen, og at begge parter i avtalesforholdet måtte betegnes som profesjonelle «med solide forutsetninger for å bedømme implikasjonene», og begge hadde benyttet advokatbistand under forhandlingene (avsnitt 47 – 50).

Bindingsklausulen ble ut fra dette opprettholdt, og lagmannsrettens dom hvorefter A måtte betale erstatning med en million kroner, ble stadfestet. Høyesterett opphevet imidlertid saksomkostningene for alle instanser.

4. Dommen er særlig interessant i to henseender. Begge har sammenheng med bindingstidens lengde, men den første ikke bare.

Ved *avtaletolkningen* la Høyesterett (flertallet) som nevnt vekt på den konkrete situasjonen som det var spørsmål om avtalebestemmelsen skulle ha anvendelse på. I begrunnelsen er det, for såvidt i tråd med dette, utviklet en *relativistisk* tilnærming til fortolkningen. Førstvoterende fremholdt således at avtalenes pkt. 7 ville kunne anses som uttømmende mht. konsekvenser av for tidlig opphør i andre typer av situasjoner, såsom ved enighet, medisinske eller velferdsmessige grunner (avsnitt 40). Det kan se ut som den bakenforliggende tanke er at når en bindingstid avtales, er det noen typesituasjoner og typiske interesser partene har normalt vil ha for seg. Men spørsmål om klausulens rekkevidde kan oppstå for en rekke andre og ulike situasjoner, som kanhende ikke er like nærliggende eller lette å forutse, og som det ikke er rimelig å forvente eller kreve at partene skal søke å detaljregulere. Den tilnærmingen dommen antyder, er da en form for saksbasert, partiell innskrenkende fortolkning.

I *gyldighetsspørsmålet* gir dommen en grei klargjøring av de alminnelige utgangspunktene i forhold til arbeidsmiljølovens regler. Det står imidlertid åpent om bindingstidens lengde i seg selv kan støte an mot disse reglene. Den vil uansett

kunne settes til side, eller revideres (jf. avsnitt 50), etter avtalelovens § 36. Dommen gir en klar indikasjon på at bindingstider som er lengre enn fire år, i seg selv vil være prekære. Det er ikke dermed sagt at slike lengre bindingstider uten videre vil være uakseptable. Også i disse tilfellene må det en konkret rimelighetsvurdering til. Både for disse og andre tilfeller gir Høyesteretts dom nyttige anvisninger for slike rimelighetsvurderinger.

Stein Evju

Stillingsvern – søksmålsfrist, rettslig interesse – Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 3. februar 2006

(HR-2006-00206-U)

Søksmålsfristene etter arbeidsmiljølovens stillingsvernregler er *materiellrettslige*. Oversittelse innebærer at krav (søksmålsadgang) går tapt, og det kan ikke gis oppreisning for fristoversittelse (jf. Rt. 1984 s. 1458). Det har da adskillig betydning når i en prosess krav må fremmes. Det var et hovedtema i kjennelsen av 3. februar 2006, som også gjelder spørsmål om rettslig interesse etter påstandsendring.

Arne B fikk oppsigelse 12. april 2004. Han reiste søksmål 30. juni samme år med påstand om at oppsigelsen skulle kjennes ugyldig (og med krav om gjeninntredelse i stillingen). I stevningen la han imidlertid *ikke* ned påstand om erstatning. Arne B fikk så avskjed (30/6 – 9/7). Ved prosesskrift av 23. juli la han derfor også ned påstand om at avskjeden var ugyldig, men det ble fortsatt ikke fremmet krav om erstatning. Det skjedde først ved prosesskrift av 24. mai 2005; hovedforhandling i tingretten var da berammet til 6. juni samme år. I prosesskriftet frafalt Arne B sitt krav om gjeninntredelse, ugyldighetspåstandene ble endret til en påstand om at oppsigelsen og avskjeden «dømmes urettmessig», og påstanden ble *utvidet* til å omfatte krav om *erstatning* (begrenset oppad til 800 000 kroner).

Tingretten avviste saken. Den anså kravet om erstatning som et nytt krav som måtte ha vært reist innen seks månedersfristen etter arbeidsmiljølovens (1977) § 61 nr. 3, og anså at det ikke forelå rettslig interesse for dom om en «rettslig karakteristik» som kravet om dom om urettmessighet. Lagmannsretten (LB-2005-105565) kom til motsatt resultat med hensyn til fristspørsmålet og hadde også et annet syn på det rettslige interesse-spørsmålet.

Når det gjelder fristspørsmålet, pekte lagmannsretten på at det gjelder en seks måneders søksmålsfrist dersom arbeidstageren bare krever erstatning (aml. 1977 § 61 nr. 3 første ledd annet punktum; nå aml. 2005 § 17-4 første ledd annet punktum). Lagmannsretten fremholdt videre at etter bestemmelsens *ordlyd*

«settes det en frist til å *reise* søksmål. Lagmannsretten oppfatter bestemmelsen slik at den ikke regulerer prosessen videre etter at søksmål er reist. Da gjelder tvistemålslovens regler, herunder reglene om å endre påstanden, trekke inn nye krav, reise motsøksmål m.v. ...

Lagmannsretten antar at en arbeidstaker, etter hvert som tiden går, av forskjellige grunner ikke sjelden mister interessen for å gjeninntre i sin stilling, men ønsker erstatning isteden, eksempelvis fordi han har fått seg annet arbeid. I slike tilfeller foreligger det reelt behov for å kunne endre påstanden slik [Arne B] her har gjort. Hvis denne muligheten skulle være avskåret etter seks måneder, ville det innebære en utilsiktet svekkelse av arbeidstakerens rettsvern. Arbeidsmiljølovens karakter av å være en vernelov, må ha en viss vekt ved fortolkningen, jf. Rt. 1997 side 1983».

Kjæremålsutvalget gjengav disse uttalelsene og sa seg uten vidervedigheter *enig* i «den tolkningen av arbeidsmiljøloven § 61 som lagmannsretten her gir uttrykk for» (avsnitt 18). Denne tilslutningen

inkluderte en innledende bemerkning fra lagmannsretten om at *etter* at søksmål er reist, «reguleres adgangen til å endre påstandene og trekke inn nye krav m.v. av tvistemålsloven, jf. Rt. 1997 side 1544». Utvalget utelot imidlertid lagmannsrettens utlegning av kjennelsen i Rt. 1997 s. 1544, som gjaldt et spørsmål om kumulasjon av søksmål om oppsigelse og om avskjed. Spørsmål om hva som er et «nytt krav», kan oppstå både i slike og andre sammenhenger; jf. f.eks. Rt. 1982 s. 1721, Rt. 1996 s. 481 og Rt. 1997 s. 1864.

Betydningen av Kjæremålsutvalgets kjennelse her ligger ikke minst i at en påstandsendring etter saksanlegg fra ugyldighet til erstatning ikke kan anses som et «nytt krav», prosessuelt sett, og heller ikke prekluderes etter reglene om søksmålsfrister så lenge det initielle ugyldighetssøksmål er rettidig anlagt.

Når det gjelder spørsmålet om rettslig interesse, var problemstillingen om Arne B kunne «få dom for lovligheten av oppsigelsen og avskjeden» selv om han ikke lenger krevet gjeninntredelse (avsnitt 19). Her gjengav utvalget følgende uttalelser fra lagmannsrettens kjennelse:

«... Det kan for ham og andre arbeidstakere i en tilsvarende situasjon fortsatt ha selvstendig betydning å få prøvet lovligheten av en oppsigelse eller avskjed ved domstolene. Å få medhold kan ha en betydelig egenverdi for den det gjelder, jf. Hov Rettergang III side 123. Avgjørelsen vil dessuten kunne få betydning ved senere vurderinger av stillingssøknader. Søksmål om ulovlig oppsigelse eller avskjed vil således normalt kunne fremmes, selv om tvisten gjelder et fortidig forhold, jf. Karnov: Norsk kommentert lovsamling (1996), note 217 til tvistemålsloven § 54. ...»

En slik lovforståelse sluttet Kjæremålsutvalget seg til; den var «ikke ... noen uriktig tolkning av tvistemålsloven § 54» (avsnitt 20). Den

er også i god harmoni med rettspraksis ellers om betydningen av å få dom om urettmessighet av arbeidsgivers opphørsvedtak.

Kjæremålsutvalget utelot imidlertid en påfølgende bemerkning av lagmannsretten om at retten «kan ikke se for seg at et oppsigelses- eller avskjedsvedtak kan være urettmessig uten å være ugyldig. At det er krevet dom for urettmessighet istedenfor ugyldighet, anser lagmannsretten for å være et terminologisk spørsmål uten realitetsbetydning». Kjæremålsutvalgets utelatelse er på sin plass. Lagmannsrettens siste setning her er et prinsipielt bomskudd. Mens «urettmessighet» er en karakteristikk som ikke i seg selv har direkte rettsvirkninger, er «ugyldighet» det motsatte, i den forstand at ugyldighetsvirkningen prinsipielt er *at* arbeidsforholdet anses fortsatt å bestå, hvilket også innebærer rett (og plikt) til gjeninntredelse når en ugyldighetsdom er rettskraftig.

Stein Evju

Virksomhetsoverdragelse, individuelle rettigheter og tariffavtale – EF-domstolens dom 9. mars 2006, C-499/04 Werhof mot Freeway Traffic Systems

1. Ved virksomhetsoverdragelse er utgangspunktet at de arbeidstagere som går over til erververen, har krav på å beholde de lønns- og arbeidsvilkår de hadde hos sin tidligere arbeidsgiver, overdrageren. Det gjelder også de vilkår som følger av tariffavtale, selv om tariffavtalen som sådan (eller bundethet av tariffavtalen) ikke går over på erververen. Dette har vært utgangspunktet etter norsk rett, og det er fortsatt en aktuell problemstilling. Ved en virksomhetsoverdragelse er erververen ikke uten videre bundet av den tariffavtale som overdrageren var bundet av; erververen har adgang til å erklære seg ubundet etter arbeidsmiljølovens (2005) § 16-2 annet ledd annet punktum.

Spørsmålet er da hvilke rettigheter den enkelte arbeidstager har, dersom det skjer endringer i den

tariffavtale *overdrageren* er bundet av, *etter* overdragelsestidspunktet.

Nettopp det var problemstillingen i *Werhof*-saken.

2. Der var forholdet at arbeidstageren, Werhof, var ansatt med en arbeidsavtale som viste til den aktuelle tariffavtalen. Oversatt til norsk kan vi si at arbeidsavtalen inneholdt en henvisning til «den til enhver tid gjeldende tariffavtale for bedriften» (en etter tysk rett s.k. «dynamische Verweisungs-klausel»). Den bedriften Werhof var ansatt i – Siemens DUEWAG – ble omdannet 1. april 1999, og så ble den delen av virksomheten som Werhof var knyttet til, overført til Freeway 1. oktober 1999. Mens Siemens DUEWAG var bundet av tariffavtale, mellom IG Metall og vedkommende regionale arbeidsgiverforening, var Freeway *ikke* medlem av noen arbeidsgiverforening og således heller ikke derfor bundet av noen tariffavtale.

Freeway inngikk imidlertid en bedriftskollektivavtale (*Betriebsvereinbarung*) med det stedlige arbeidstager«rådet» (*Betriebsrat*), om bl.a. lønsspørsmål, i august 2001. Ut fra dette fikk (bl.a.) Werhof ny arbeidsavtale med endrede lønnsbestemmelser, også i august 2001.

3. Problemstillingen i saken kom opp da den tariffavtalen med IG Metall som Siemens DUEWAG var bundet av, ble fornyet i mai 2002, bl.a. med bestemmelser om lønnsøkninger fra 1. juni 2003. Werhof fremmet da krav mot sin arbeidsgiver, Freeway, om utbetaling av lønnstillegg lik differansen mellom aktuell lønn og det lønnsnivå som ville følge av den nye tariffavtalen – som Freeway heller ikke nå var bundet av. Problemstillingen hadde for såvidt utgangspunkt i *arbeidsavtalens henvisningsklausul*. Spørsmålet var om overførte «rettigheter og forpliktelser i henhold til en arbeidsavtale» da etter EF-direktivets (77/187/EØF, nå 2001/23/EF) art. 3 nr. 1 måtte anses å omfatte etterfølgende endringer i det tariffavtaleforhold på overdragerens

side som arbeidsavtalen henviste til.

I direktivets art. 3 nr. 1 første ledd heter det: «Overdragerens rettigheter og forpliktelser i henhold til en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold som gjelder på datoen for overdragelsen, skal som følge av overdragelsen overføres til erververen.»

I en litt annen sprogdrakt er bestemmelsen tatt inn i arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse, tidligere 1977-lovens § 73 B nr. 1, nå 2005-lovens § 16-2 første punktum, som lyder: «Tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, overføres til den nye arbeidsgiver.»

4. EF-domstolen fremholdt et prinsipielt utgangspunkt. En arbeidsgiver som ikke er medlem av en arbeidsgiverforening og ikke bundet av en tariffavtale, kan som alminnelig regel heller ikke være bundet av rettigheter og plikter som følger av tariffavtalen (dommens avsnitt 23). Her sluttet domstolen seg til generaladvokaten, som poengterte at noe annet ville være i strid med det generelle prinsipp om at tredjemannsavtaler ikke kan pålegge tredjemenn plikter (*pacta tertiis nec nocent*). Det er et synspunkt som, nettopp når det gjelder tariffavtaler, også finnes igjen i forarbeidene til EF-direktivet (77/187/EØF).

Domstolen pekte videre på at prinsippet ikke gjelder helt uten reserver. Nettopp ved virksomhetsoverdragelse følger det av direktivets art. 3 nr. 1 at rettigheter og plikter som følger av en tariffavtale som arbeidsavtalen henviser til, automatisk går over på erververen (den nye arbeidsgiveren) selv om denne ikke er part i eller bundet av noen tariffavtale. Pointet er at arbeidsavtalens *henvisningsklausul* omfattes av bestemmelsen i art. 3 nr. 1 («rettigheter og forpliktelser i henhold til en arbeidsavtale ...»)

(avsnitt 27 jf. 24-26).

Rettighetene fra og plikten til å

etterleve slike tariffbaserte avtalebestemmelser er imidlertid *begrenset* i tid gjennom direktivets egne bestemmelser (art. 3 nr. 2, nå nr. 3; jf. aml. 2005 § 16-2 annet ledd, tredje og fjerde punktum). De gjelder bare

- inntil tariffavtalen sies opp eller utløper, eller
- inntil en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse, dvs. blir bindende for erververen og vedkommende arbeidstager(e); eventuelt
- høyst ett år dersom staten har benyttet den adgang direktivet gir til å fastsette en slik begrensning (hvilket ikke er gjort i aml. § 16-2).

Det siste alternativet er subsidiært i den forstand at det bare er aktuelt dersom det ikke har inntrådt «bortfall» tidligere etter et av de to andre alternativene (jf. dommens avsnitt 30).

5. EF-domstolen fremholdt at etter art. 3 nr. 1 kan en henvisningsklausul i en arbeidsavtale ikke ha noen videre rekkevidde enn den tariffavtalen den henviser til (avsnitt 28). Med henvisning til art. 3 nr. 2 understreket domstolen så at det ikke er noe i direktivets ordlyd som tilsier at det har vært meningen at en erverver skal bli forpliktet av andre tariffbaserte rettigheter og plikter enn de som forelå på *overføringstidspunktet*. Direktivets *formål* er her bare å verne de rettigheter og plikter arbeidstagerne hadde på det tidspunkt overdragelsen fant sted. Meningen er ikke å verne forventninger eller hypotetiske fordele-

Etterfølgende endringer i en tariffavtale på overdragerens side har derfor *ikke* virkning for overførte arbeidstagerer i kraft av direktivets regler, selv om de berørte arbeidsavtalene har en «dynamisk henvisningsklausul», slik det var tale om for Werhofs vedkommende (avsnitt 29).

6. Domstolen underbygget sin konklusjon med et videre resonnement som tok utgangspunkt i et synspunkt om at ikke bare arbeids-

tagernes, men også erververens interesser, må tas i betraktning. Med en formulering som kan kjennes igjen fra tidligere saker bemerket domstolen at «selv om arbeidstagerens interesser må vernes, i samsvar med direktivets formål, kan man ikke se bort fra interessene til erververen, som må være i stand til å gjøre de tilpasninger og endringer som er nødvendige for å drive sin virksomhet» (avsnitt 31; min oversettelse).

Knyttet til dette understreket domstolen, med henvisning til «etablert rettspraksis», at direktiver må fortolkes i samsvar med fellesskapsrettens «generelle prinsipper» (avsnitt 32). Dernest fremholdt den at *organisasjonsfrihet* («freedom of association») er en av de *grunnleggende rettigheter* som beskyttes av EUs rettsorden (avsnitt 33). Også dermed måtte en «dynamisk fortolkning» av en henvisningsklausul, slik at erververen skulle forpliktes av tariffavtalte endringer etter overdragelsen, være utelukket. Noe annet, sa EF-domstolen, ville innebære at «fremtidige tariffavtaler gjelder for en erverver som ikke er part i eller bundet av («party to») en tariffavtale, og at hans grunnleggende rettighet til ikke å slutte seg til en organisasjon kan påvirkes» (avsnitt 34 jf. 35; min oversettelse).

7. Denne siste delen av EF-domstolens resonnement kan virke fremmed. Selv om erververen forpliktes av vilkår i en «fremmed» tariffavtale ved senere endringer i avtalen, innebærer ikke det at han blir eller tvinges til å bli medlem av den avtalesluttende arbeidsgiverforening. Kanskje kan det likevel sees på som en form for press til å slutte seg til arbeidsgiverforeningen. Men det måtte man da kunne si også om at man forpliktes av tariffavtalte vilkår som gjelder på overdragelsestidspunktet. Det er ikke umiddelbart lett å se hvorfor man skulle skille mellom de to situasjonene. Uansett, i begge tilfeller vil det være tale om et indirekte press, som normalt vil være ganske svakt. Dommens generelle, reservasjonsløse

uttalelse er egnet til å gi inntrykk av at EF-domstolen anlegger et mer vidtgående vern av den «negative» organisasjonsfriheten enn Den europeiske menneskerettighetsdomstolen kan sies å ha gjort etter EMK art. 11 med sin dom i *Gustafsson mot Sverige* (ECtHR Reports 1996-II, s. 637). Det gjenstår nok å se hvor langt EF-domstolen vil trekke sitt eget synspunkt her.

Igjen er det imidlertid et synspunkt som kan finnes igjen i forarbeidene til EF-direktivet (77/187/EØF), skjønt i en litt annen skikkelse. Ett av de spørsmålene som ble diskutert, var om erververen ved en virksomhetsoverdragelse skulle bli bundet av «tariffavtalen som sådan». En situasjonstype er her at overdrageren er bundet av en tariffavtale som medlem av en avtalesluttende arbeidsgiverforening. Dersom erververen skulle bli tariffbundet – der vedkommende ikke på forhånd er medlem av samme arbeidsgiverforening – ble det ansett å ville være et brudd på retten til fritt å velge om man vil være tilsluttet en organisasjon. (Jf. Evju, «Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bd. 2 (2005), s. 1–91, på s. 36–39.) Det er en synsmåte som er sterkt forankret ikke minst i tysk rett. Organisasjonsmessige tariffavtaler er bindende for organisasjonenes medlemmer, ikke for andre. Det er helt tilsvarende som hos oss. I tysk rett er det derimot uantagelig at et foretak som ikke er medlem i vedkommende arbeidsgiverforening, skulle bli tariffbundet ved en virksomhetsoverdragelse – eller en fusjon. Det ville bety en form for medlemsskapsposisjon, hvilket ville være i strid med den grunnlovbeskyttede organisasjonsfrihet. Dermed unngår man de mange uavklarte spørsmål – som forarbeidene ikke går inn på – om hva som skal ligge i en eventuell «bundethet» av tariffavtale etter den nye arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd første punktum.

8. Fordi EF-direktivet ikke regule-

rer stillingen for tariffavtalen som sådan ved virksomhetsoverdragelse, gir dommen i *Werhof* ingen veiledning for slike spørsmål. Det er ikke grunnlag for å slutte at arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd kommer i strid med «grunnleggende rettigheter» eller fellesskapsrettslige prinsipper. Domstolens uttalelse om forholdet til organisasjonsfriheten er knyttet til bundethet av «fremtidige tariffavtaler» som innebærer endringer i forhold til situasjonen på overdragelsestidspunktet (jf. i pkt. 6 ovenfor). Problemstillingen i saken gjelder virkningene for overførte arbeidsavtaler. Her gir dommen en nyttig klargjøring, først og fremst av at senere endringer ikke har virkning for tariffbaserte arbeidsavtalevilkår, men også om varigheten i tid av slike vilkår som forelå på overdragelsestidspunktet.

Stein Evju

Minimumsferie kan ikke frikjøpes – EF-domstolens dom 6. april 2006 i sak C-124/05, Federatie Nederlandse Vakbeweging v. Staat der Nederlanden

Efter EF's arbeidstidsdirektiv (nu Dir. 2003/88/EF), som i prinsippet er gjennomført i norsk rett, skal statene sørge for at enhver arbeidstager har rett til minst fire ukers betalt ferie pr. år (art. 7 nr. 1). Det imøtekommes gjennom ferielovens (lov nr. 21 av 29. april 1988) regler om årlig ferie og feriepenge (jf. §§ 5 og 10). Lengre ferie enn ferielovens «fire uker og en dag» kan avtales, og som kjent har mange fem ukers ferie eller mer på basis av tariffavtale m.v.

Tilsvarende i Nederland. Spørsmålet i saken for EF-domstolen var om oppsparte feriedager kan «selges» til arbeidsgiveren, dvs. slik at arbeidstageren ikke tar ut fritiden, men i stedet får særskilt (tilleggs)betalt for disse feriedagene. Det problematiske i spørsmålet var at det gjaldt minimumsferie i direktivets art. 7 nr. 1's forstand. Nederlandsk rett tillater i en viss utstrek-

ning at deler av de fire minimumsukene overføres til påfølgende ferieår. Problemet var om de da kan «selges», så lenge arbeidstageren får minst fire ukers ferie dette (påfølgende) året.

Det besvarte EF-domstolen med et kontant nei. Domstolen fremhevet at retten til betalt ferie må anses som et «spesielt viktig prinsipp» i fellesskapets sosiale rett («Community social law», som er en fellesbetegnelse som også omfatter arbeidsrett), som det ikke kan gjøres fravikelser fra. Formålet med reglene om ferie er å tillate hvile. Det taler isolert for at feriefritid må tas ut i vedkommende år. Direktivet tillater likevel at også minimumsferie overføres til et senere år. Men, sa domstolen, begrunnelsen for fritid vil fortsatt ha anvendelse for de overførte feriedagene. Det er minimumsferie, og minimumsferie kan ikke avløses av betaling. Det gjelder også ved overføring; ellers ville det åpnes for et incentiv til ikke å ta ut ferie som er uforenlig med reglenes formål. (Jf. særlig dommens avsnitt 28-32.)

For norske forhold har dommen betydning i forhold til bestemmelsen i ferielovens § 7 nr. 3 om adgang til overføring av inntil 12 virkedagers ferie til det påfølgende ferieår. EF-domstolens avgjørelse understreker at ferielovens bestemmelse må fortolkes slik at overførte feriedager ikke kan «frikjøpes». Men konklusjonen ville være den samme på ferielovens egen grunn. Ferietid kan ikke frafalles mot betaling. (Det gjelder også den ene – 25. – dag som går ut over EF-reglens fire ukers minimum.) Forsåvidt skaper ikke dommen fra EFD i dette tilfellet ny rett for norsk del.

Når det gjelder avtalebasert ferie ut over ferielovens minimum, vil loven og direktivet ikke gi grunnlag for samme løsning. Konklusjonen kan likevel bli tilsvarende; det beror i de fleste tilfeller på om tariffavtalereguleringen tillater individuelle avtaler om avvikende løsninger.

Stein Evju

Tariffavtaler – omfang, fredsplikt og ettervirkning – Arbeidsrettsens dom 27. januar 2006 (Inr. 2/2006)

Tvisten gjaldt lovligheten av plassoppsigelse i en interessetvist og rekkevidden av partenes hovedavtale i den aktuelle konfliktsituasjonen. I desember 2005 varslet ALT (Organisasjon for Administrative, Ledende og Tekniske stillinger; tidligere Norsk (Hydros) Merkantil Forbund) plassoppsigelse for endel ikke tariffbundne medlemmer til 16. januar 2006, i en tvist om opprettelse av tariffavtale for sokkelbasert virksomhet og i forbindelse med revisjon av hovedavtalen med NHO.

Saken gjaldt således et krav fra ALT om å inngå tariffavtale på et område der forbundet ikke hadde tariffavtale fra før. ALT hadde hovedavtale med NHO, for perioden 2002–2005, med en i utgangspunktet sedvanlig klausul om at hovedavtalen «er første del i de tariffavtaler» som er eller blir opprettet mellom partene. I henhold til dette inngikk hovedavtalen i seks overenskomster mellom ALT og NHO for landbasert virksomhet i Norsk Hydro ASA og datterselskaper m.v. Men hovedavtalen hadde også særskilte bestemmelser om «terskelvilkår» for opprettelse av nye tariffavtaler. Som utgangspunkt gjaldt et krav om at forbundet skal organisere minst 45 % av arbeidstagerne på vedkommende tariffområde i den aktuelle bedrift. For Norsk Hydro-området var vilkåret formulert som et krav om «representativ oppslutning». Dertil hadde bestemmelsen om at hovedavtalen er første del i tariffavtaler, en videre formulering om at det gjelder avtaler «gjeldende for landbasert virksomhet i Norge».

Efter å ha fått endel nye medlemmer fremmet ALT i 2004 krav overfor NHO om å få tariffavtale for arbeidstagerne på kontinentalsokkelen. Det førte ikke til noe resultat. Etter oppsigelse av hovedavtalen til utløp pr. 31. desember 2005 varslet ALT så plassoppsigelse i desember samme år.

For Arbeidsretten kretset partenes uenighet om to temaer. Dels

var de uenige om forståelsen av hovedavtalen, med dens uttrykk «landbasert virksomhet», og betydningen av «terskelvilkårsbestemmelsene» for adgangen til å gå til arbeidskamp der vilkåret ikke er oppfylt. Dels var det spørsmål om hovedavtalens mulige *ettervirkning* og betydning for personell som ikke er omfattet av noen overenskomst. Arbeidsrettens kom (enstemmig) til at ALTs plassoppsigelse *ikke* var tariffstridig og ulovlig. Begrunnelsen er i hovedsak knyttet til det første delspørsmålet i det første av temaene, men retten tangerte også det andre hovedtemaet. Det er på det siste punktet dommen er mest bemerkelsesverdig.

Arbeidsretten tok utgangspunkt i hovedavtalens uttrykk «landbasert virksomhet». Etter en helt konvensjonell fortolkningsdrøftelse konkluderte Arbeidsretten med at hovedavtalen 2002–2005 måtte forstås slik at dens bestemmelser ikke hadde anvendelse for annet enn nettopp «landbasert virksomhet». Dermed var heller ikke hovedavtalens «terskelvilkårsbestemmelser» – eller dens fredspliktbestemmelse – til hinder for arbeidskamp til støtte for krav om tariffavtale for sokkelbasert virksomhet (avsnitt 48 jf. 44–47).

Retten bemerket videre at det var «på det rene at den varslede plassoppsigelse *også* har som formål å understøtte ALTs krav om endringer i hovedavtalen» (avsnitt 49; uth. her). Men dette kunne etter rettens mening ikke anses som en «støttekonflikt» for arbeidstagerne som *var* bundet av overenskomster mellom ALT og NHO. Dermed gikk retten utenom spørsmålet om en mulig *selvstendig* betydning av hovedavtalen for ikke overenskomstbundne, og utenom det bakenforliggende spørsmålet om *ettervirkning*. Anførselsreferatene er såvidt knappe at det er vanskelig å gjøre seg opp en sikker mening om dette lå utenfor rammen av saken slik den ble prosedert. Det som gjengis nedenfor fra avsnitt 28, kan gi grunn til tvil. Men rettens standpunkt her faller inn i en

sammenheng med dens syn på en følgende problemstilling.

Videre i avsnitt 49 fremholdt Arbeidsretten at «ALTs krav om endringer i hovedavtalen vil kunne få betydning for innholdet i de seks bestående overenskomstene hvor hovedavtalen utgjør del 1. Det er imidlertid uklart om disse overenskomstene er slik å forstå at det er hovedavtalen for perioden 2002–2005 eller den til enhver tid gjeldende hovedavtale som er inkorporert i disse overenskomstene. Dette spørsmålet har heller ikke vært tema i saken. *Det er derfor et åpent spørsmål om ALT uten hinder av fredsplikten kan iverksette arbeidskamp til støtte for endringer i hovedavtalen før utløpstidspunktet for disse overenskomstene.* Slik saken er opplyst og prosedert, finner ikke Arbeidsretten grunnlag for å gå nærmere inn på dette spørsmålet» (uth. her).

Disse bemerkningene er vanskelige å forstå, både i den interne sammenhengen i dommens avsnitt 49 såvel som prinsipielt og på bakgrunn av anførselene.

I referatet av saksøkerens (NHOs) anførsler heter det bl.a. (avsnitt 28): «Hovedavtalens § 2-2 hjemler fredsplikt frem til overenskomstperiodens utløp pr. 31. mai 2006 for de av ALTs medlemmer som er omfattet av de seks overenskomstene som er inngått mellom ALT og NHO, og hvor hovedavtalen er del 1. Hovedavtalen må ses på som en enhet. Like lite som man kan si opp en del av en vanlig tariffavtale, kan man si opp eller ha en kortere løpetid for fredspliktsbestemmelser overfor arbeidstakere som ikke har tariffavtale, enn overfor arbeidstakere som har tariffavtale. ... Hovedavtalen og fredspliktsbestemmelsen i § 2-2 må forstås som en enhet. Man kan ikke splitte opp denne bestemmelsen og gi den forskjellig rekkevidde for de ulike medlemmene i ALT. ...»

For det første synes dette å vise at det var anført at hovedavtalen hadde *selvstendig* betydning for ikke overenskomstbundne, ihvertfall til utløpet av tariffperioden for de overenskomster den inngikk i,

fordi hovedavtalen hadde *ettervirkning*; jf. også anførselen i avsnitt 27 om at «[e]tter arbeidstvistlovens § 6 nr. 3 annet ledd har hovedavtalen ettervirkning som selvstendig tariffavtale».

For det annet er rettens bemerkning som er kursivert ovenfor, i avsnitt 49, bemerkelsesverdig. Det er ganske konvensjonelt, og forsåvidt banalt, at en overenskomsthensyn til «hovedavtalen som del 1» er å forstå slik at den gjelder den til enhver tid gjeldende hovedavtale mellom partene. Det er likeledes det helt ordinære at hovedavtalen like fullt *ikke* kan gjøres til gjenstand for arbeidskamp i tariffperioden for de overenskomster den inngår i. Det siste er nettopp den alminnelige intensjon med «asynkrone» avtaleperioder – dvs. at gyldighetstiden for en hovedavtale typisk er lengre og utløper ved et årsskifte, men gyldighetstiden for en overenskomst typisk er to år og har utløp på et tidspunkt ut i året.

Det grunnleggende utgangspunktet er at en tariffavtale kan ha ettervirkning etter utløpet av den ordinære gyldighetstiden. Det følger som alminnelig regel av arbeidstvistlovens § 6 nr. 3. Den alminnelige regelen er at tariffavtalen fortsatt gjelder, fullt ut, inntil fristene for lovlig iverksettelse av arbeidskamp er utløst og utløpt. (Jf. forsåvidt ARD 1992 s. 1 og 14, og ARD 1994 s. 182.)

Spørsmålet om en *hovedavtale* har ettervirkning, forelå i ARD 1991 s. 81. Saken gjaldt fire tillitsvalgte forhold, etter en streik i Nordsjøen i 1990; streiken ble pådømt i ARD 1990 s. 118. I dommen bygget Arbeidsretten på at OFS' hovedavtale, som var sagt opp til utløp pr. 31. desember 1989, fortsatt gjaldt frem til utbruddet av arbeidskamp i 1990 (og så igjen fra tidspunktet for ikrafttredelsen av den provisoriske anordning som forbød videre arbeidskamp, m.v.). Jf. ARD 1991 s. 81, på s. 101, og henvisningen derfra til ARD 1990 s. 118. Arbeidsrettens begrunnelse for standpunktet er «dobbel». Retten bemerket at dersom hovedavtalen var å anse som en integrert del

av den overenskomsten som var gjenstand for interessetvisten i det bakenforliggende forhold, ville hovedavtalen fortsatt måtte anses å stå ved makt nettopp som en del av overenskomsten. Men Arbeidsretten fremholdt også, og først, at «[s]elv om hovedavtalen var rettidig oppsagt, falt den *ikke* derved bort» ved gyldighetstidens utløp: «Om hovedavtalen skulle anses som en selvstendig tariffavtale, ville den *fortsatt gjelde* som en bindende tariffavtale i henhold til arbeidstvistlovens § 6 nr. 3 annet ledd» (s. 101; uth. her).

Dommen gjaldt et tilfelle der den aktuelle hovedavtalen inngikk i en overenskomst som var gjenstand for interessetvist. I et slikt tilfelle er det, som nevnt, som alminnelig regel utvilsomt at hovedavtalen som del av overenskomsten har ettervirkning sammen med og like lenge som selve overenskomsten har det. Den sist siterte uttalelsen ovenfor kan forsåvidt anses som unødvendig for resultatet i dommen, som et *obiter dictum*. Det er etter mitt skjønn likevel grunn til å legge vekt på uttalelsen. Spørsmålet om hovedavtalens fortsatte gyldighet var et nøkkelspørsmål i saken. Når Arbeidsretten startet sitt resonnement med å understreke at en hovedavtale qua selvstendig tariffavtale ikke faller bort ved den ordinære gyldighetstidens utløp, er det naturlig å se dette som uttrykk for at retten mente å ville understreke det som er den alminnelige regel. Det er også denne løsningen som vil følge av arbeidstvistlovens § 6 nr. 3 annet ledd – som retten viste til. Uten andre holdepunkter kan man ikke anta at hovedavtalen som sådan – som en isolert og/eller selvstendig tariffavtale – uten videre faller bort ved den ordinære gyldighetstidens utløp.

Dommen i ARD 1991 s. 81 gir ikke svar på spørsmålet om det etter utløpet av hovedavtalens ordinære gyldighetstid kan iverksettes arbeidskamp på områder som ikke er dekket av overenskomst mellom partene, og hvor hovedavtalen således ikke inngår i noen overenskomst med fredsplikt virkninger

etter utløpsdatoen (31. desember 2005 i ALT-saken). Heller ikke dommen av 27. januar 2006 i ALT-saken gjør det, eftersom Arbeidsretten der som nevnt «styrer utenom» problemstillingen. Hensynet til sammenheng i tariffavtalereguleringen kan imidlertid tale for en selvstendig betydning og dermed en begrensning, også i en ettervirkningsperiode. Ett er de forutsetninger som regulært kan antas å ligge til grunn for en ordning med «asynkrone» avtaleperioder (jf. ovenfor). Det alminnelige synspunkt vil være at ordningen skal hindre at en hovedavtale skal kunne gjøres til gjenstand for selvstendig arbeidskamp utenom de tidspunkter hvor det kan iverksettes arbeidskamp i interessetvist(er) om revisjon av overenskomst(er) som hovedavtalen inngår som en del av. Et annet argument kan anføres der hovedavtalen har bestemmelser om «nye overenskomster i tariffperioden», à la f.eks. hovedavtalen LO – NHO § 3-7 flg. Som Arbeidsretten (flertallet, men her var det ikke uenighet i sak) bemerket i ARD 1993 s. 117 (på s. 128) kan en hovedavtale «på enkelte punkter» tenkes å ha selvstendig anvendelse «selv om en tariffavtale ikke foreligger». Bestemmelser av typen § 3-7 er nettopp et eksempel på dette. Og om slike bestemmelser skal fylle sin funksjon, vil det tale mot at hovedavtalen skulle kunne «settes ut av spill» og gjøres til gjenstand for en revisjon isolert fra de overenskomstforhold den faktisk inngår i, ved at en part hevder at det kreves tariffavtale for et felt der ingen eksisterende organisasjonsmessig overenskomst foreligger.

Dette siste argumentet fikk ikke aktualitet i dommen i ALT-saken, idet Arbeidsretten som nevnt kom til at hovedavtalen ikke hadde anvendelse for den type virksomhet som kravet om overenskomst gjaldt.

Det som er spesielt, er resonnetet i dommens avsnitt 49 og særlig bemerkningen om at det «er derfor et åpent spørsmål» om det ville kunne iverksettes arbeidskamp «til støtte for endringer i

hovedavtalen» før overenskomstene den inngikk som en del i, var utløpt. Man kan undre seg på om Arbeidsretten her har ment å ville modifisere eller ta forbehold overfor de alminnelige regler om fredsplikt og eftervirkning, eller om formuleringene i avsnitt 49 er et «slip of the pen» hvor en tanke ikke er tenkt langt nok eller ikke er uttrykt like klart skriftlig som den ble tenkt. Er det første tilfellet, er det oppsiktsvekkende, i det minste når en nærmere begrunnelse mangler. Er det siste tilfellet, er det en kjedelig glipp. Noen ren «hastesak» med dom «over natten» var dette ikke.

Stein Evju

ARVERETT

Gjenlevende ektefelles rett til minstearv

Etter al. § 6 har gjenlevende ektefelle to alternative arveretter: den vanlige arveretten er en rett til å arve en brøk av dødsboet etter avdøde. Dersom denne summen blir svært beskjeden har gjenlevende som alternativ rett til en såkalt minstearv på 4 eller 6 ganger folketrygdens grunnbeløp. Tidligere hadde man lovhjemmel i sl. § 64 for denne minstearv og i 1990 ble regelen overført til arveloven. Minstearven øker automatisk summessig hvert år siden den er knyttet til folketrygdens grunnbeløp. I al. § 6 heter det at minstearven skal baseres på grunnbeløpet ved dødsfallet. Dette er antakelig presisert i loven for å eliminere tvil om det skulle være grunnbeløpet ved dødsfallet eller ved utlodningen som er avgjørende.

I praksis kan det hende at gjenlevende må eller velger å gjennomføre et skifte etter å ha sittet i uskifte en del år. Det er på det rene at gjenlevende ved et slikt skifte har sin arverett i behold, både brøkarveretten og alternativt retten til minstearv, jf. al. § 26 første ledd annet punktum. Spørsmålet oppstår om man også da skal følge ordly-

den i al. § 6 og basere minstearven på grunnbeløpet ved dødsfallet eller bruke grunnbeløpet når retten til uskifte opphører. Ved utforming av al. § 6 har man neppe tenkt på slike tilfeller hvor skiftet etter avdøde utsettes i mange år.

Rent økonomisk kan forskjellen illustreres ved et regneeksempel. Over en periode på 10 år stiger grunnbeløpet med kanskje 30 %, hvilket kan utgjøre rundt 15 000 kr. Sitter gjenlevende i uskifte med avdødes arvinger i andre arvegangsklasse er minstearven 6 ganger grunnbeløpet.

Forskjellen i minstearv for gjenlevende avhengig av om man bruker grunnbeløpet i dødsfallstidspunktet eller skiftetidspunktet, kan bli iallfall 90 000 kr. Nettopp i små boer kan dette være et betydelig beløp for gjenlevende ektefelle.

Formålet med minstearven er å sikre gjenlevende et visst minimum av eksistensmidler når et dødsbo av liten størrelse blir skiftet. Hva som utgjør et forsvarlig minimum av økonomiske verdier må nødvendigvis knyttes til priser og pengeverdier når skifte finner sted. Det kan tenkes at uskifteboet bare består av en liten leilighet som gradvis stiger i verdi i takt med inflasjon og verdistigning på fast eiendom. Om uskifteboet av denne grunn er steget i verdi når skifte finner sted, ville det være høyst urimelig om minstearven ble basert på et grunnbeløp fra kanskje ti år tilbake. Videre er hovedregelen i arveloven nå at arven etter førstavdøde først faller når uskifteboet skiftes, jf. al. § 22 første ledd. Førstavdødes arvingers arverett blir dermed ikke «krenket» om man bruker grunnbeløpet ved opphør av uskifteretten.

I den danske arvelov § 7 b er gjenlevende ektefelles minstearv fastsatt til kr. 150 000 – dog under hensyn til gjenlevendes bos- og arvelodd og mulige særeie. (Dette er samme system som man i Norge tidligere hadde i sl. § 64). Dette beløp reguleres hvert år oppover med 2 % pluss et «tilpasningsbeløp for det pågjeldende finansår.» I en overgangsregel fra 1996 ble det fastsatt at den nye summen

(150 000) også skulle anvendes ved skifte av et uskiftebo hvor den avdøde ektefelle var avgått ved døden før 1.1. 1997. I sin kommentarutgave til arveloven fra 2005 skriver Svend Danielsen på s. 110: «Det er således den beløpsgrænse, der gjælder når en uskifteanmodning imødekommes, som er avgjørende, se Irene Nørgaard: Arveret, 2004, s. 43, note 57.»

Formålet med minstearven tilsier etter min mening at henvisningen i al. § 6 til dødsfallet begrenses til tilfeller hvor dødsboet skiftes straks ektefellen dør. Ved skifte av et uskiftebo bør man basere minstearven på grunnbeløpet når uskifteretten opphører.

Peter Hambro

Litteratur

Peter Hambro: Arveplanlegging og avtalt uskifte – Gjenlevende ektefelle og særkullsbarn. Oslo (Universitetsforlaget) 2006. 316 sider, kr 399,-.

Bokens tema er arveplanlegging og avtalt uskifte. Som undertittelen antyder, behandles så vel arveplanleggingen som det avtalte uskiftet i en kontekst hvor arvelaters nærmeste er ektefelle og særkullsbarn. Spørsmål om arveplanlegging i andre sammenhenger, for eksempel mellom samboere, behandles følgelig ikke. Boken behandler heller ikke særskilt andre former for avtalt uskifte enn uskifte med særkullsbarn. Mange av analysene av problemstillinger i relasjon til uskifte med særkullsbarn kan imidlertid ha overføringsverdi til andre former for samtykkebasert uskifte, som fortsatt uskifte etter gjengifte, uskifte med skifteberettigede testamentsarvinger og uskifte med særeie etter samtykke fra arvingene.

I kapittel 1 tar forfatteren for seg den historiske utviklingen av ektefellers arverett og uskifteinstituttet. Videre søker forfatteren å gi en rettslig karakteristikk av uskifteordningen og eierforholdene rundt boets eiendeler. Kapittel 1 innehol-

der også en gjennomgang av hensynene bak uskifteordningen og den særskilte reguleringen av uskifte med særkullsbarn.

I bokens kapittel 2 sies det litt om begrepet særkullsbarn og de endrede familiemønstrene som har gjort uskifte med særkullsbarn til en langt mer praktisk problemstilling i dag. Det var da arveloven og dens forarbeider kom til i midten av forrige århundre. I kapittel 3 trekker forfatteren opp det faktiske og juridiske bakteppet for hovedtemaet; uskifte med særkullsbarn. Det redegjøres for hvilke problemer som oppstår i forskjellige familiekonstellasjoner og hvilken betydning ektefellenes formuesforhold har på mulighetene til arveplanlegging. Det redegjøres også for hvordan gjenlevende ektefelle sikres gjennom lovbestemte rettigheter for gjenlevende, og *kan* sikres gjennom de muligheter ektefellene har til å påvirke det senere arveoppgjøret gjennom opprettelse av ektepakter og testamenter, gjennom livsgaver og gjennom tegning av livsforsikringer.

Kapitlene 4 og 5 dreier seg om samtykke til uskifte. Kapittel 4 omhandler samtykke som gis etter førstavdødes bortgang, mens forhåndssamtykke utskytes til særskilt behandling i kapittel 5. I kapittel 4 gjennomgås først de ulike motiver arvingene kan ha for å samtykke og hvordan samtykket til uskifte berører gjenlevende og de samtykkende arvingers nærstående og kreditorer. Deretter behandles etableringen av uskifteboet, virkningene av at det er etablert et uskiftet bo, og omfanget av det uskiftede bo. I kapittel 5 behandles enkelte særlige spørsmål som knytter seg til forhåndssamtykke til uskifte. Det drøftes hvorvidt det er adgang til å avgi bindende forhåndssamtykke, hvilken form og adressat et forhåndssamtykke skal ha, og hvorvidt det er adgang til å tilbakekalle forhåndssamtykket før uskiftet etableres.

Kapitlene 6 t.o.m. 11 handler om betingelser for samtykke. I kapittel 6 gis det innledningsvis en historisk gjennomgang av hvilke syn som har vært gjort gjeldende med hen-

syn til om det kan stilles betingelser for samtykke til uskifte, og hvilken betydning slike vilkår har for uskifteboets rettslige status (hvorvidt betingelser for et samtykke medfører at det samtykkebaserte uskiftet faller utenfor lovens uskifteregler). Som kjent ble det slått fast ved dommen i Rt. 1992 s. 374 at det kan settes vilkår for samtykket uten at dette bringer forholdet utenfor uskiftereglene ellers – dvs. ut over de modifikasjoner som vilkåret gjør i forhold til uskiftereglene. I kapittel 6 gjennomgår forfatteren også spørsmål omkring tolkning av avtaler om samtykke. Ved tolkning av uskifteavtalene fremhever forfatteren flere hensyn som taler for å tolke uskifteavtalen til gunst for særkullsbarna og til ugunst for gjenlevende ektefelle. Som en oppsummering av avsnittet om tolkning av samtykkeavtalen skriver Hambro at man ved tolkning og utfylling av samtykkeavtalen må forsøke å komme frem til en ordning som skaper en rimelig balanse mellom interessene til de involverte parter og som gjenlevende og særkullsbarna kan leve med over lengre tid. Denne oppsummeringen er i tråd med mindretallets argumentasjon i dommen i Rt. 1992 s. 374.

I kapitlene 7 t.o.m. 11 gjøres det rede for ulike typer av betingelser, og særlige spørsmål som oppstår i relasjon til disse betingelsene. I kapittel 7 behandles betingelser som knytter seg til gjenlevendes rådighet over uskifteboet. Rådighetsbegrensninger – særlig knyttet opp mot boets faste eiendommer – er trolig de hyppigst forekommende betingelsene i forbindelse med samtykke til uskifte. Forfatteren gir i kapittel 7 en ganske inngående innføring i hvilke rådighetsbegrensninger som kan tenkes, og hvordan man bør gå frem for at rådighetsbegrensningene skal være effektive å håndheve. Hovedtyngden av stoffet knytter seg naturlig nok til rådighetsbegrensninger i forhold til fast eiendom, men også andre former for rådighetsbegrensninger er nevnt. For eksempel vises det til at særkullsbarna i samtykke-

avtalen kan presisere hva som skal anses som delvis arveoppgjør i relasjon til arveloven § 21 og at de kan sette som vilkår at gjenlevende ektefelle ikke skal kunne stille kausjon av uskifteboets midler. Et forbud mot kausjon kan være praktisk da det etter dommen i Rt. 1993 s. 1474 er uklart om en kausjon kan rammes av omstøtelsesreglene i uskiftekapittelet.

Kapittel 8 tar for seg betingelser som knytter seg til uskifteboets omfang. Det drøftes særlig i hvilken grad det kan avtales at gjenlevendes særeie skal inngå i uskifteboet.

Kapittel 9 tar for seg betingelser som er utformet som opphørsgrunner for uskifteboet. Først drøftes samboerskap som opphørsgrunn. Her påpekes det at det i avtalen bør presiseres nærmere hva som menes med samboerskap, da samboere og samboerskap er et langt vagere og mer upresist begrep enn ekteskap som er opphørsgrunn etter arveloven § 23. Videre drøftes mulighetene for tidsbegrensning av uskiftet, opphør når uskifteboet når en viss størrelse ved økning eller reduksjon, opphør dersom gjenlevende flytter utenlands, og til slutt opphør dersom gjenlevende får nye livsarvinger.

I kapittel 10 tar forfatteren for seg mulighetene til å knytte betingelser til det økonomiske sluttoppgjøret ved skifte av uskifteboet. I dette kapittelet redegjøres det for hvordan oppgjøret skal foregå dersom det ikke er knyttet betingelser til oppgjøret, og i hvilken grad det kan settes betingelser som fraviker det oppgjør som følger av arveloven, ektepakt, testament eller gave fra tredjemenn. Spørsmålene drøftes både i forhold til livstidsskifte og i forhold til skifte etter lengstlevendes død. Det er mange vanskelige og til dels uavklarte spørsmål i forbindelse med skifteoppgjøret av uskiftede bo. Særlig komplisert blir det dersom det i ekteskapet har vært både særeie og felleseie, og bildet kan kompliseres ytterligere dersom det er satt betingelser for samtykket til uskifte som knytter seg til skifteoppgjøret. I bokens kapittel 10 drøfter forfatte-

ren mange av disse vanskelige og uavklarte spørsmålene, og gir forslag til hvordan de kan løses.

I kapittel 11 gir forfatteren en kort redegjørelse for enkelte særlige spørsmål som dukker opp i tilfeller hvor det er satt betingelser for et forhåndssamtykke til uskifte. Det er særlig betingelser som knytter seg til ektefellenes disposisjoner før første dødsfall som her tas opp. Ved et forhåndssamtykke til uskifte kan det gå svært lang tid fra samtykke gis til uskifte blir aktuelt. Det kan ved forhåndssamtykke for eksempel være aktuelt å innta en bestemmelse om at samtykket bortfaller eller at avtalen må reforhandles dersom ektefellene gir hverandre større gaver, endrer formuesordningen eller oppretter testament.

Avslutningsvis, i bokens kapittel 12, peker forfatteren på enkelte svakheter ved dagens lovgivning. Hovedankepunktet er at det i dag er mulig for folk med juridisk bistand å komme frem til nesten hva man måtte ønske med hensyn til fordeling av sine etterlatenskaper gjennom en kombinasjon av testament og ulike former for livsdisposisjoner, mens lovens normalordninger kan slå uheldig ut for de som ikke har vært like forutseende eller juridisk kyndige. Forfatteren hevder i avsnitt 12.1. at målet burde være at «lovgivningen var utformet slik at gjenlevende enten direkte i kraft av loven fikk den økonomiske sikkerhet som de fleste ektefeller ønsker eller at ektefellene på en enkel måte – som ikke forutsetter juridiske detaljkunnskaper – kunne sikre hverandre slik de ønsker». For å oppnå denne målsettingen angir forfatteren flere mulige lovendringer som bør vurderes. Forslag som nevnes er økning av ektefellens legalarverett, reduksjon av livsarvingenes pliktandel, samt forskjellige varianter av uskifte eller uskiftelignende ordninger for gjenlevende ektefelle overfor særkullsbarna.

Arveretten er et rettsområde hvor det i Norge ikke er publisert verken lærebøker eller større monografier i de senere årene. Det er derfor gledelig at vi nå får Hambrøsbok, som dessuten tar for seg

meget aktuelle problemstillinger innenfor arve- og familieretten. Boken inneholder mange konkrete eksempler på hvordan ulike varianter av ektepakter og testamenter slår ut i praksis ved skifteoppgjør. Det gis også en del konkrete eksempler på hvilke betingelser for samtykke til uskifte som kan avtales og hvordan de i så fall bør utformes. Boken vil derfor trolig være et nyttig verktøy for praktikere som arbeider med familie- og arverett.

John Asland

BOLIGRETT

Husleie-, boligsamvirke- og eierseksjonsrett

Nettsteder

Mange nyttige opplysninger om lovforslag, forskrifter og ikrafttredelse, samt om andre aktuelle statistiske og bolig/husrompolitiske emner finnes på nettsiden til *Kommunal- og Regionaldepartementet*: <http://odin.dep.no/krd/norsk/tema/bolig/bn.html>. Via siden tilbyr departementet også et *elektronisk nyhetsbrev: Bolig- og bygningsnytt*. Den inneholder også videre lenker, bl.a. til hjemmesidene for *Husbanken*: www.husbanken.no og for *Husleietvistutvalget* (se nedenfor).

Husleie: Leietakers tilbakehold og deponering av omtvistet leie.

Husleiel. § 2-15 og § 3-8.

Litispensens. Rt. 2005 s. 1399

Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 1/11–2005, gjengitt i *Rt. 2005 s. 1399*, handler om leietakers rett etter *husll. § 2-15* til å holde tilbake leien ved utleiers angivelige mislighold, og om leierens «plikt» i slike tilfeller til å deponere det omstridte beløp etter § 3-8, om han selv vil unngå oppsigelse, hevning og evt. utkastelse på grunn av manglende leiebetalning. Dessuten handler saken om *litispensens* virkningen av en verserende oppsigelsessak ved en senere sak om hev-

ning og utkastelse begrunnet i samme form for mislighold.

Saken gjaldt et *boligleieforhold* til våningshuset på et gårdsbruk i Austevoll, etablert ved muntlig avtale sommeren 2003, mellom et sameiende ektepar som utleiery, og en kvinnelig student som leietaker. Avtalen ble først inngått for en etasje og for en måned, men den ble senere utvidet til å gjelde hele huset, og forlenget på ubestemt tid etter oversittelse av fristen for flytteoppfordring i *husll. § 9-2* tredje ledd. Ganske snart etter innflytting oppstod det forskjellige tvister mellom partene. Leieren nektet å undertegne et utkast til skriftlig avtale, og unnlot etterhvert også til dels helt å betale leie. Begrunnelsen for dette var bl.a. uenighet om leiens størrelse samt påståtte motkrav mot utleier pga. angivelige mangler ved eiendommen og erstatningsbetingende handlinger fra utleiers side. I august 2004 ble leieren *sagt opp* under henvisning til manglende leiebetalning og manglende vedlikehold samt skadeverk på boligen. Oppsigelsen ble etter hennes protest fulgt opp ved forliksklage fra utleierens side, med påstand om dom både for oppsigelsens gyldighet og for forskjellige pengekrav, herunder utestående husleie og erstatning for skade på hus og innbo, samt for andre tap og utgifter. Saken ble foreløpig avgjort i utleierens favør ved dom i forliksrådet den 14/6–2005.

Mens oppsigelsessaken forelå for domstolene, fortsatte leierens mislighold. Dette førte til at utleierne den 20/12–2004 erklærte leieforholdet *hevet* med henvisning til *husll. § 9-9* første ledd pkt. a og b, og deretter den 20/1–2005 begjærte leieren *utkastet etter tvfl. § 13-2 tredje ledd pkt. d*. Midhordland tingrett gav utleierne medhold i begjæringen, ved kjennelse 1/4–2005. Kjennelsen ble senere stadfestet, først ved *Gul. LR-Kjennelse 15/8–2005*, og deretter av Høyesteretts kjæremålsutvalg i den kjennelsen jeg her omtaler, *Rt. 2005 s. 1399*. Leietaker flyttet ut 14/12–2005.

Twistemålet om oppsigelsens gyldighet og om de nevnte pengekrav er senere avgjort i utleiers favør og med saksomkostninger til utleier, ved Midhordland tingrett dom 20/1–2006 (Saksnr. 05-122236TV1-MIHO. Dommen er pr. 28/4–06 ikke rettskraftig.)

I utkastelsessaken hevdet leieren først at tingrettskjennelsen i *saken om utkastelse* måtte oppheves og at saken måtte avvises som *litispensident etter tvml. § 64*, siden oppsigelsessaken verserte for domstolene. Denne anførselen ble imidlertid forkastet, både av lagmannsretten (som her viste til Rt. 1994 s. 1165) og av kjæremålsutvalget (avsnitt 13). Ifølge utvalget er «vilkåret for oppsigelse og hevning av et leieforhold (...) forskjellig. Dette gjelder også når både oppsigelsen og hevningserklæringen er begrunnet i samme form for mislighold, idet hevning – i motsetning til oppsigelse – forutsetter at det foreligger et vesentlig mislighold.» Utvalget fant det «klart at det er tale om forskjellige krav slik at en sak om gyldigheten av en oppsigelse ikke er til hinder for at det under sakens gang begjæres tvangsfravikelse under henvisning til vesentlig mislighold.» Denne del av avgjørelsen fremstår som uproblematisk. Jeg nevner ellers at tingretten i den videre saken valgte «etter omstendighetene» å realitetsbehandle oppsigelsen, uten å ta stilling til spørsmålet om leietaker etter utkastelsen manglet rettslig interesse i spørsmålet.

Det materielle hovedspørsmålet i saken gjaldt *vilkårene for hevning og utkastelse* etter tvfl. § 13-2 tredje ledd d, jf. husl. § 9-9 første ledd a og b, og herunder forståelsen av reglene om *leiers rett til å holde tilbake leie i husll. § 2-15* ved utleiers mislighold, sammenholdt med reglene om *deponering av omtvistet leie i husll. § 3-8*. Det var ubestridt at leieren hadde unnlatt i lengre tid å betale leie. Derimot var det omstridt om og evt. i hvilken utstrekning leieren hadde rett til å holde leien tilbake. Men både lagmannsretten og kjæremålsutvalget unnlot å ta endelig stilling til spørsmålet.

Selv om en slik tilbakeholdsrett delvis skulle foreligge, antok nemlig *lagmannsretten* at de innvendingene og motkrav som var fremsatt av leieren og som begrunnet dennes tilbakehold av leien, ikke var dokumentert fra dennes side, og at det ikke kunne dreie seg om vesentlige beløp i forhold til leierestansen. I alle fall kunne de ikke berettige total stopp av leien etter § 2-15. Når tilbakeholdsretten ikke lenger var beskyttet av § 2-15, kunne leieren i så fall bare unngå oppsigelse, hevning og utkastelse ved deponering etter § 3-8. Siden slik deponering bare delvis hadde funnet sted, kunne de vanlige reglene om utkastelse og hevning ved vesentlig mislighold benyttes. *Kjæremålsutvalget* mente at lagmannsretten med dette ikke hadde lagt til grunn en uriktig tolking av husl. § 3-8. Den kjærende part hadde «for så vidt rett i» at *en leier etter husleieloven § 2-15 har tilbakeholdsrett for leien for å sikre eventuelle motkrav mot utleieren. Men dersom det holdes tilbake et beløp som overstiger motkravet, må det med hjemmel i husleieloven § 3-8 deponeres dersom leieren ikke skal risikere misligholdsvirkninger* (avsnitt 14). *Kjæremålsutvalget* forstod lagmannsrettens avgjørelse slik at den hadde lagt dette til grunn, og at lagmannsretten kom til at det tilbakeholdte beløpet langt oversteg det angivelige motkravet, hvorved vilkårene etter husll. § 9-9 første ledd, jf. tvfl. § 13-2 tredje ledd d var oppfylt.

Avgjørelsen fremstår i resultatet som uproblematisk, siden det beløpet leietaker holdt tilbake uansett var uforholdsmessig stort. Men kjæremålsutvalget forenklet nok redegjørelsen noe når det gjelder detaljer som ikke kom på spissen i saken, iallfall på ett punkt: Det kan hevdes at et tilbakehold etter § 2-15 uten deponering bør godtas også hvor det tilbakeholdte overstiger motkravet, dersom det holder seg innenfor et videre «slingringsmonn» som antydnet i forarbeidene til § 2-15.

Husleie: Husleietvistutvalget erstatter forlikrådene ved husleietvister i Oslo og Akershus

Ved forskrift 21/12–2005 nr. 1747 fikk Husleietvistutvalget for Oslo og Akershus forlenget sin *funksjonstid til 31/12–2008*. Med virkning fra 1/1–2006 ble samtidig *behandlingsgebyret* halvert, til kr. 860. Om dette og andre sider av Husleietvistutvalgets virksomhet, se utvalgets hjemmeside: www.htu.no.

I *Ot. prp. 51 (2005–06)* fremmet Regjeringen ved Kommunal- og regionaldepartementet forslag om endring av husll. § 12-5, ved tilføyelse av nye annet og tredje ledd, samt en endring av tvml. § 173 nr. 8. Forslaget innebærer bl.a. at forlikråd ikke lenger skal kunne behandle saker der husleietvistutvalget har avgjørelseskompetanse, med den følge at søksmål i boligleieforhold i Oslo og Akershus vanligvis vil starte i husleietvistutvalget, heller enn i forlikrådet. Dessuten innebærer forslaget at gjennomføringen av en utkastelse kan utsettes etter krav fra saksøkte dersom saken blir bragt inn for husleietvistutvalg, på samme måte som ved søksmål etter tvfl. § 5-11 første ledd annet punktum. Forslagene er tenkt å skulle tre i kraft 1. juli.

Bakgrunnen for forslagene er et ønske om å styrke husleietvistutvalgets virksomhet. I tillegg til en redegjørelse for forslagene og bakgrunnen for dem, inneholder proposisjonen en saklig og statistisk oversikt over behandlingen av husleietvister.

Boligaksjeselskaper: Nye regler om rettsvern ved pant i aksjer med tilknyttet leierett eller borett. Pantel. § 4-3 o.a.

Etter den nye *borettslagsloven § 1-4* gjelder bl.a. lovens kapittel 5 om borett også for boligaksjeselskaper (aksjeselskaper med formål som borettslag), i stedet for de tidligere reglene om anvendelse av husleieloven.

Ved *lov 21/12–2005 nr. 130* ble det foretatt endringer i *panteloven § 4-3* og § 5-8, med spesiell sikte på

reglene om rettsvern ved pant i aksjer med tilknyttet leierett eller boret. I tillegg til at bestemmelsene derved uttrykkelig skal omfatte også pantsettelse av *aksjer med tilknyttet boret* i boligaksjeselskaper, innebærer endringene at det heretter både i slike tilfeller og i tilfeller hvor aksjen fremdeles har *tilknyttet leierett* ikke lenger skal kreves overlevering av aksjebeviset, men at det er tilstrekkelig med melding til selskapet. Derimot skal eventuelle *innskuddsbevis* fremdeles bare få rettsvern som håndpant, dvs. enten ved overlevering eller ved melding til besitteren. Endringen er foreløpig ikke satt i kraft, men meningen er å la dette skje samtidig med ikrafttreddelsen av borettsloven kap. 6 den 1. juli, se nedenfor.

I samme forbindelse blir det også foretatt noen andre mindre justeringer, særlig i panteloven og tvangsfullbyrdsloven, som følge av innføringen av ny borettslov.

Endringene er nærmere begrunnet og omtalt i *Ot. prp. nr. 27 (2005–06)*, se særlig s. 24 flg.

Boligsamvirke: Kommentartutgave til borettslovene

En omfattende kommentartutgave til borettslovene av 2003 er kommet, med Kåre Lilleholt, Christian Fr. Wyller og Morten Aagenæs som forfattere. Boken kalles rett og slett *Borettslovkommentaren* og utgis på Christian Fr. Wyllers forlag (Stavanger 2006. www.wyller.no). Den inneholder mer enn 700 siders kommentarer til bustadbyggelagslova og burettslagslova, samt doms- og stikkordsregistre.

Norske Boligbyggelags landsforbund ga i fjor ut en mindre, men nyttig artikkelsamling om borettslag: *Lov og rett i borettslag*. 173 sider. Oslo (NBBL) 2005.

Borettslag: Reglene om rettsregistrering trer antakelig i kraft 1. juli

Ved utgangen av april var tidspunktet ennå ikke fastsatt for ikrafttreddelse av de reglene i borettsloven

som ble unntatt fra lovens alminnelige ikrafttreddelse i fjor, herunder særlig de nye reglene i lovens *kap. 6 om rettsregistrering* i «grunnboken». Men ifølge departementet vil forskriftene til loven snart foreligge, så ikrafttreddelsen vil sannsynligvis finne sted etter planen, 1. juli.

Gert-Fredrik Malt

ERSTATNINGSRETT

Oppreisning – skl. § 5-2, Rt. 2005 s. 1766. Overgrep mot barn

En mann var dømt for seksuelle overgrep og voldsbruk mot sine to døtre. Straffen ble utmålt til fengsel i 9 år. Lagmannsretten hadde utmålt oppreisningsbeløp på henholdsvis 300 000 og 150 000 kroner. Domfeltet anke førte ikke frem. Begrunnelsen var kort: Oppreisningsbeløpene «er høye... Men oppreisningsbeløp i en slik størrelsesorden er ikke ukjent i vår rettspraksis ved overgrep overfor barn, og overtredelsene i vår sak er, som det fremgår, meget alvorlige» (avsnitt 23).

En umiddelbar refleksjon er at Høyesterett her i motsetning til i den dommen som vil bli omtalt nedenfor, og i dommen fra 21. desember 2005 som ble omtalt i forrige hefte (nå inntatt i Rt. 2005 s. 1449), ikke nærmere begrunner sitt standpunkt. Vi får ikke høre hvor i rettspraksis og i hva slags saker det er gitt oppreisning på 300 000 kroner, som dog hører til sjeldenhetene, og såvidt vites gjelder forsettlig drap på barn under særdeles skjerpene forhold.¹ Og som det vil fremgå nærmere av min omtale av «Lekestativdommen», er spørsmålet om en normert erstatning i saker som dette, ikke berørt. Jeg kan se at en normering her kan gi motforestillinger, og kanskje ikke bør innføres, jf. *Ot. prp. nr. 20 (1991–1992)* s. 46 og Rt. 2004 s. 1068. Høyesterett tok i den dommen som ble omtalt i forrige hefte av *Nytt i privatretten*, avstand fra å normere oppreisningsbeløpet i et tilfelle av samboervold. På den annen side

kan man ha sympati med oppreisningsbeløp på 300 000 og 150 000 kroner slik saksforholdet var i denne saken. Vi får så bare konstatere at det blir en kontrast med den normerte erstatningen til foreldre ved forsettlig drap av barn til 120 000 kroner.

¹ I RG 2005 s. 942 (Gulating) ble en far som hadde drept sin hustru dømt til å betale hvert av de to barna 300 000 kroner. Foreldrene fikk hver 120 000 kroner.

Peter Lødrup

Oppreisning – skl. § 5-2 - HR-dom 30. januar 2006.

«Lekestativdommen»

I hefte 1/2006 s. 10–11 omtalte jeg den oppreisningsdommen Høyesterett avsa 21. desember 2005, nå inntatt i Rt. 2005 s. 1449. Den gjaldt vold i samboerforhold. I tillegg har Høyesterett de senere år hatt til vurdering oppreisningens størrelse i flere saker om forsettlig drap og voldtekt, se henvisningene på s. 11. Den saken som Høyesterett nå har avsagt dom i, gjelder et tilfelle hvor to næringsdrivende i lagmannsretten var dømt til fengsel i 120 dager for «grovt uaktsomt drap» for bl.a. overtredelse av strl. § 229 første straffealternativ, og til å betale oppreisning til det drepte barnets foreldre på 100 000 kroner hver. Av de to straffedømte hadde den ene produsert et lekestativ og den andre var leverandøren av det. En 12 år gammel jente døde etter fall fra stativet.

Påtalemyndigheten anket dommen over straffeutmålingen til Høyesterett, som skjerpet straffen for begge til fengsel i seks måneder. Jentas foreldre anket over oppreisningsbeløpet, og mente det burde settes til 300 000 kroner. Anken førte ikke frem.

Det er flere forhold ved dommen som det er grunn til å trekke frem.

1. Det første spørsmålet som førstvoterende, dommer Støle, tok opp, var om det som ved forsettlig drap og voldtekt, bør tilstrebes en normert erstatning også hvor skadevolderen «grovt uaktsomt har voldt en

annens død», som det heter i skl. § 3-5 annet ledd. Ved forsettlig drap ble normen satt til 120 000 kroner i Rt. 2001 s. 274, med forbehold for tilfelle hvor særlige forhold tilsier et høyere eller lavere beløp.

Spørsmålet ble besvart bekrefte-nde. Det ble spesielt fremhevet (avsnitt 18) at oppreisningskravet fremmes og pådømmes sammen med straffesaken, straffeprosessen § 3, jf. § 427. Det vises til at avgjørelsen av straffespørsmålet da blir det sentrale, og det vil være begrenset «hvor omfattende bevisførselen omkring oppreisningskravet vil bli». At oppreisningskravet blir behandlet sammen med straffesaken er normalt en fordel for for nærmede, som da slipper belastningen ved en egen sak. Dette talte for en normert erstatning også i saker om grovt uaktsomt drap.

Ved vurderingen av det normerte beløpets størrelse i slike saker, fant førstvoterende det «klart at normen for oppreisning til etterlatte foreldre må ligge lavere ved grovt uaktsomt drap enn ved forsettlig drap. Mot denne bakgrunn ble normen satt til 75 000 kroner.¹

2. I den senere tid har Høyesterett presisert at mens oppreisning tradisjonelt har vært begrunnet i pønale hensyn og prevensjon, ligger nå tyngdepunktet i behovet for kompensasjon for den påførte krenkelse. Dette understrekes også i denne avgjørelsen, som trekker frem at savnet av den omkomne er dominerende for de etterlatte og at deres subjektive opplevelser «av krenkelsen og arten og omfanget av de påførte psykiske skadevirkninger», ikke gir noe «godt grunnlag for differensiering».

3. Også her ble det tatt forbehold for saker hvor det foreligger «særlige forhold». Da vil man også kunne komme høyere enn normen for forsettlig drap. At de domfelte var næringsdrivende, utgjorde imidlertid ikke i seg selv noen slik «særlig grunn». At skadevolderen er betalingsdyktig, vil således ikke i seg selv presse beløpet oppover. Men som førstvoterende uttaler i

avsnitt 22, ville tilsidesettelse av sikkerhetskrav for å oppnå «en ekstraordinær fortjeneste nok ha gitt grunnlag for å fravike normen. Men det er ikke tilfellet i vår sak».

¹ Da skadevolderen ikke hadde anket over lagmannsrettens dom, som fastsatte beløpet til 100 000 kroner, ble denne stadfestet.

Peter Lødrup

FAMILIERETT

Barnerett

En stefars avstraffelse av to gutter – straffeloven § 228, barneloven § 30 og FNs barnekonvensjon artikkel 19. Rt. 2005 s. 1567

Høyesterett avsa i november 2005 en kjennelse som har vakt internasjonal oppsikt. Kjennelsen gjelder foreldres rett til å slå sine barn. En stefar hadde i oppdragelsesøyemed ved tre anledninger slått sine to stesønner, den ene på 6–7 år tre ganger og den andre på 9 år en gang. Han slo med flat hånd utenpå klærne. Foranledningen til refselsene var at guttene hadde vært involvert i bråk på skolen, hvor de hadde slått andre elever med pinner/stokker. Stefaren ble ilagt en bot på kr. 6 000, subsidiært 12 dagers fengsel. Forelegget ble ikke vedtatt, og påtalemyndigheten brakte saken inn for tingretten, som frifant stefaren under dissens av fagdommeren. Påtalemyndigheten påanket til lagmannsretten på grunn av feil ved lovanvendelsen, og lagmannsretten opphevet tingrettens dom. Stefaren anket til Høyesterett, som enstemmig forkastet anken.

Høyesterett fant det klart at stefarens handlinger falt inn under handlingsbeskrivelsen i straffeloven § 228 første ledd, som retter seg mot den som «øver Vold mot en andens Person eller paa anden Maade fornærmer ham paa Legeme». Spørsmålet var etter rettens mening om stefaren «til tross for dette skal frifinnes fordi handlingene er gjennomført i oppdragelsesøyemed». Retten kan her synes å

forutsette at en handling som klart omfattes av gjerningsinnholdet i straffelovens § 228, likevel kan være straffri hvis den er foretatt av foreldre overfor mindreårige barn.

Foreldres rett til å slå sine barn har en lang og kronglete rettshistorie i Norge. Helt å fjerne foreldrenes refselsesrett, som senest var hjemlet i lov av 18. juni 1891 om «Indskrænkning i Anvendelsen af legemlig Revselse», har vist seg å være vanskelig. Loven av 1891 ble opphevet i 1972, men etter forarbeidene til denne loven var det noe uklart om hensikten var å oppheve refselsesretten totalt. For å skape klarhet, ble det i 1987 tilføyd følgende bestemmelse i barnelovens § 30 tredje ledd: «Barnet må ikke bli utsett for vald eller på annen vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare.»

Men forarbeidene viser at nissen flyttet med på lasset, og at det også denne gangen viste seg vanskelig helt å fjerne foreldrenes refselsesrett. I Ot.prp. nr. 8 (1986–1987) gis riktignok en nærmere begrunnelse for å oppheve foreldrenes rett til å slå sine barn. Det uttales i denne forbindelse bl.a.: «Et viktig moment er videre at barn i utgangspunktet bør ha samme rett som voksne til beskyttelse av sin fysiske integritet.» Proposisjonen søker også å presisere nærmere hva som ligger i bestemmelsens innhold, og det uttales at den ikke bare rammer «slag med gjenstander, som for eksempel stokk eller ris», men også «ørefiker og rising med hånden på bar bak». Bestemmelsen er derimot ikke ment å ramme «lette klaps over hånden eller mot buksebaken som en spontan reaksjon» (side 7).

Under stortingets behandling ble det imidlertid i innstillingen fra justiskomiteens flertall uttalt at bestemmelsen «ikke innebærer et totalforbud mot bruk av fysisk makt overfor barn», men bare er ment å ramme «den unødvendige og illegitime maktbruk mot barn» (Innst. O. nr. 20 (1986–87) s. 3–4). Det heter videre: «Det er i første rekke mer hardhendt fysisk avstraffelse som vil bli rammet. Dette vil gjelde slag

med gjenstander, ørefiker og andre liknende former for markert fysisk avstraffelse som fører med seg vesentlig smerte eller unødige ydmykelse. Derimot vil flertallet peke på at mer lempelige irettesetteringer som innebærer en rimelig avpasset bruk av fysisk makt, ikke vil rammes. Som eksempel på dette kan nevnes lette klaps.»

Det ble reagert sterkt på denne innstillingen fra flere hold, og på bakgrunn av avisinnlegg ble det under debatten i Odelstinget av saksordføreren og av justiskomiteens formann presisert at det bare var holding og hindring for å unngå at barn skader seg samt «forsiktige klaps» som justiskomiteen hadde ønsket å unnta. (Forh. O. (1986–87), side 86–87.)

Bratholm/ Matningsdal uttaler i sin kommentarutgave til straffeloven at det på bakgrunn av debatten i Odelstinget ikke kan være tvil om at foreldrenes kroppslige refselsrett er opphevet ved lovendringen. Men det heter videre: «Dette er likevel ikke til hinder for at de i oppdragelsesøyemed tildeler sine barn lettere klaps.» Etter vårt syn var dette en uheldig tilføyelse, fordi den kan åpne for at foreldrene fortsatt har en viss rett til å slå sine barn i oppdragelsesøyemed.

Høyesterett tar i kjennelsen også opp forholdet til FNs barnekonvensjon som nå er inkorporert i norsk rett, se Menneskerettsloven § 2, jf. § 3. Påtalemyndigheten hadde i saken mot stefaren, som begrunnelse for at en eventuell refselsrett for foreldre og andre foresatte måtte holdes innenfor snevre rammer, bl.a. vist til FNs barnekonvensjon artikkel 19 nr.1. Denne bestemmelsen pålegger statene å treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk og psykisk vold mens en eller begge foreldre har omsorgen for barnet. Høyesterett henviser til at FNs barnekomité har uttalt at konvensjonen ikke tillater noen form for vold mot barn, og at selv lett korporlig avstraffelse er uforenlig med konvensjonen.

Etter å ha gjennomgått forarbeidene til endringen av 1987 av barnelovens § 30, herunder debatten i Odelstinget, uttaler Høyesterett:

«(24) Etter min oppfatning må den forståelse av voldsbegrepet i barnelovens § 30 tredje ledd som ble lagt til grunn av Justisdepartementet og av flertallet i Stortingets justiskomité slik den ble presisert i debatten i Odelstinget ved lovendringen i 1987, være forenlig med barnekonvensjonen. Dette innebærer at selv om foreldrenes kroppslige refselsrett er opphevd, vil det ikke rammes av straffeloven § 228 første ledd om foreldre i oppdragelsesøyemed tildeler sine barn lettere klaps, jf. *Bratholm/Matningsdal* (red.): *Straffeloven med kommentarer*, Anden Del (1995), side 551. Ved avgjørelsen av hva som kan tiltales, må det legges vekt på kraftanstrengelsens styrke, grad av spontanitet og preg av krenkelse.

(25) De kroppslige refselsretter som er gjennomført i dette tilfellet, overstiger klart det som kan aksepteres i oppdragelsesøyemed. Som nevnt har tingretten beskrevet slagene som kraftige og ydmykende for barna. Handlingene hadde ikke hindrende eller avvergende karakter, men hadde klart preg av fysisk avstraffelse, som ble gjennomført flere timer etter at guttenes forgåelser hadde funnet sted. Lagmannsretten har etter dette forstått og anvendt straffelovens § 228 første ledd riktig når den er kommet til at tingrettens frifinnelsesdom må oppheves.»

Det er etter mitt syn positivt at Høyesterett kommer til at stefarens handlinger faller klart innenfor handlingsbeskrivelsen i strl. § 228, og at de klart overstiger det som kan aksepteres i oppdragelsesøyemed. Etter mitt skjønn har retten også lagt vekt på vesentlige momenter ved vurderingen av straffbarheten, nemlig at handlingen var gjennomført flere timer etter guttenes forgåelse, at den klart bar preg av fysisk avstraffelse og at den var ydmykende for barna. Det er viktig at Høyesterett på denne måten har slått fast at selv en lettere

form for korporlig avstraffelse er i strid med straffeloven. Men det er synd at Høyesteretts uttalelser om lettere klaps har bidratt til fokus på dette i stedet for på rettens vurderinger av stefarens handlinger som straffbare.

Det fremgår flere steder i forarbeidene til barnelovens § 30 at meningen med første punktum var å knytte forbudet opp mot straffelovens § 228, første ledd, og det var mellom annet av denne grunn at uttrykket «vold» ble brukt. Det er imidlertid ikke en nødvendig slutning at det er straffelovens § 228 første ledd som angir rammen for forbudet i barnelovens § 30. I Odelstingsproposisjonen heter det for eksempel at annet punktum i § 30 vil være uten rettslige sanksjoner, men er uttrykk for «en sanksjonsløs standard for god barneoppdragelse». Man kunne derfor vel tenke seg at forbudet i barneloven gir et absolutt, men delvis sanksjonsløst, forbud mot at foreldrene legger hånd på sine barn (inkludert lette klaps) for å straffe dem – en sanksjonsløs standard for god barneoppdragelse, om man vil. Slik har nok bestemmelsen vært forstått internasjonalt, bl.a. på bakgrunn av norske myndigheters uttalelser i forskjellige sammenhenger.

Jeg nevnte foran at Høyesteretts kjennelse har vakt internasjonal oppsikt. Mange har ment at det var helt urimelig å straffe stefaren. Frivillige organisasjoner som bekjemper korporlig avstraffelse av barn har på sin side reagert på Høyesteretts uttalelser om de lette klapsene, særlig på bakgrunn av at Norge har vært betraktet som et foregangsland når det gjelder å bekjempe korporlig avstraffelse av barn. Peter Newell, den mest kjente forkjemper mot korporlig avstraffelse, har skrevet brev til Justisministeren, hvor det bl.a. heter: «I guess that many Norwegians were as shocked as I was to hear of the Supreme Court's recent decision, which holds that Norwegian law allows parents to use lighter forms of physical punishment.» Og han ber om at den norske regjer-

ing snarest mulig kommer med et klart utsagn om at «it intends to introduce legislation to Parliament at the first opportunity to clarify that children do have equal protection under the law on assault and that no form of physical punishment is permitted».

Etter mitt syn burde de frivillige organisasjonene brukt Høyesteretts avgjørelse som et eksempel på at selv relativt lette avstraffelser av barn er en ulovlig og straffbar handling, fremfor å fokusere på det som ble uttalt om de forsiktige klapsene. Men Høyesterett åpnet for en slik reaksjon ved å gå inn på en drøftelse av foreldrenes rett til «i oppdragelsesøyemed» å foreta handlinger som er dekket av gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 228. Var det nødvendig? Tingrettsens dom viser at det hersker uklarhet om foreldrenes rett til å refse sine barn i oppdragelsesøyemed, og dette gjør det forståelig at Høyesterett følte behovet for en avklaring. Spørsmålet er om ikke Høyesterett her kunne vært mer dristig og fastslått at foreldres rett til å slå sine barn «i oppdragelsesøyemed» nå er rettshistorie i Norge, og at man i en tid hvor barns rettigheter stadig blir styrket, ikke bør være bundet av et noe gammeldags syn som er kommet til uttrykk i forarbeider fra 1986, og i en lærebok fra 1995. Høyesterett kunne her ha funnet støtte i Barnekomiteens oppfatning om at selv lettere former for korporlig avstraffelse er uforenlig med barnekonvensjonen, et forhold retten selv trekker fram. Statsråd Knut Storberget har for øvrig uttalt i et brev til Barneombudet av 4. januar 2006 at departementet i forbindelse med utarbeidelse av en ny spesiell del i den nye straffeloven vil vurdere om det er behov for å klargjøre og eventuelt forsterke barns vern mot fysisk avstraffelse.

Korporlig avstraffelse er et stort problem i en rekke land. Det er få land utenfor Norden som har et absolutt forbud mot korporlig avstraffelse, og mange land tillater det både i skoler og institusjoner. Enkelte land har også pisking som straff i det offentlige straffesyste-

met. FNs barnekomité er av den oppfatning at enhver form for korporlig avstraffelse er i strid med Barnekonvensjonens artikkel 37 som pålegger statene å sikre at ingen barn utsettes for «nedverdiggende behandling» og artikkel 19 som pålegger statene å treffe alle mulige tiltak for å beskytte barn mot «alle former for psykisk eller fysisk vold». Komiteen anbefaler derfor alle land å innføre et absolutt forbud mot korporlig avstraffelse, også i hjemmet. Barnekomiteen er imidlertid ikke først og fremst oppatt av strafforfølgning av foreldre som slår sine barn, noe som langt fra alltid vil være en god løsning. Det viktigste er å arbeide for en alminnelig forståelse for at barn har det samme krav på beskyttelse for sin verdighet og fysiske integritet som voksne har.

Lucy Smith

Ekteskapsrett

Tvangsekteskap. Lovanvendelse og straffutmåling etter strl. § 222 annet ledd. Høyesteretts dom 15. februar 2006

Dommen er en strafferettslig dom, som strengt tatt ikke hører hjemme i en publikasjon som *Nytt i privatretten*. Spørsmålet om tvangsekteskap er imidlertid et aktuelt tema både i familieretten og i strafferetten. Dessuten viser saken at de familierettslige reglene om inngåelse og gyldighet av ekteskap kan få direkte betydning for anvendelsesområdet for den strafferettslige bestemmelsen som retter seg mot ekteskap som er inngått under tvang.

Saken dreier seg om lovanvendelse og straffutmåling etter den nye bestemmelsen i strl. § 222 annet ledd. Bestemmelsen lyder som følger: «For tvangsekteskap straffes den som ved vold, frihetsberøvelse, utilbørlig press eller annen rettsstridig atferd eller ved å true med slik atferd tvinger noen til å inngå ekteskap. Straffen for tvangsekteskap er fengsel inntil 6

år. Medvirkning straffes på samme måte.» Straffeloven § 222 annet ledd slik den lyder i dag, ble vedtatt ved lov 4. juli 2003 nr. 76, og trådte i kraft 1. september samme år. Bestemmelsen er en del av den styrkede innsats fra lovgiverhold i de siste årene for å komme tvangsekteskapene til livs. Høyesteretts dom 15. februar er den første dommen hvor Høyesterett tar stilling til den nye bestemmelsen. Vi har riktignok hatt saker om tvangsekteskap for domstolene tidligere, og det er utvilsomt at tvangsekteskap har vært straffbart også før 2003, men da har hjemmelen vært mer generelle straffebud om tvang og ulovlig frihetsberøvelse. Lovendringer og rettspraksis fra de senere årene som retter seg mot tvangsekteskap og andre familierettslige forhold som særlig knytter seg til innvandrere, er behandlet i John Asland, «Innvandrerrelaterte utfordringer i nordisk familierett», *Tidskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2006 s. 17–35. I artikkelen redegjøres det nærmere for bestemmelsen i strl. § 222 annet ledd og underrettens behandling av saken som nå er pådømt av Høyesterett.

De domfelte i Høyesteretts dom var to irakiske statsborgere av kurdisk opprinnelse, far og sønn, som kom til Norge i henholdsvis 1998 og 2001. Fornærmede i saken var henholdsvis datter og halvsøster av de tiltalte. Ved Drammen tingretts dom av 19. mai 2005 (TDRAM-2005-55127) ble far og sønn dømt til henholdsvis ti og åtte måneders fengsel for fullbyrdet tvangsekteskap. Både de domfelte og påtalemyndigheten anket dommen inn for Borgarting lagmannsrett, som ved dom av 30. september 2005 (LB-2005-85252) økte straffen til ett år og ni måneder for faren og ett år og fem måneder for halvbroren. De domfeltes anker over lovanvendelsen ble nektet fremmet fordi lagmannsretten fant det klart at de ikke ville føre frem, jf. straffeprosessloven § 321 annet ledd annet punktum. Så vel de domfelte som påtalemyndigheten påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. De domfeltes anker gjaldt saks-

behandlingen, lovanvendelsen omkring strl. § 222 annet ledd og straffutmålingen. Påtalemyndighetens anke gjaldt straffutmålingen. Kjæremålsutvalget tillot ankene over lovanvendelsen og straffutmålingen fremmet.

Lovanvendelsesanken gjaldt spørsmålet om når gjerningsinnholdet i strl. § 222 annet ledd er fullbyrdet. Både tingretten og lagmannsretten la til grunn at det var inngått ekteskap selv om ekteskapet ikke ble formelt registrert ved domstol i Irak. Dessuten la begge underinstansene til grunn at forbrytelsen etter strl. § 222 annet ledd i likhet med bestemmelsen i første ledd var fullbyrdet når fornærmede har gitt etter for tvangen. Høyesterett kom enstemmig til at underinstansene hadde lagt til grunn feil lovanvendelse. I avsnitt (21) uttrykker førstvoterende, dommer Skoghøy, følgende om lovanvendelsen:

«Etter min oppfatning har tingretten og lagmannsretten bygd på en uriktig forståelse av straffeloven § 222 andre ledd. Jeg finner det klart at forbrytelsen etter denne bestemmelse ikke kan anses fullbyrdet før ekteskap er inngått. For at ekteskap skal anses inngått, må det være gyldig stiftet etter reglene i det land hvor det ble inngått. Det at et ekteskap ikke blir anerkjent her i landet fordi det er inngått på en måte som står i sterk motstrid med vår etiske eller sosiale oppfatning («ordre public»-regelen), kan derimot ikke være til hinder for at det foreligger en fullbyrdet overtredelse av straffeloven § 222 andre ledd.»

Et naturlig spørsmål å stille seg i forhold til fullbyrdelseskravet er hva som menes med at ekteskapet for å være inngått må være «gyldig stiftet etter reglene i det land hvor det ble inngått». Innebærer dette kravet kun at de prosessuelle krav for inngåelse av ekteskap må være fulgt, eller kreves det også at de personelle og materielle krav for at et ekteskap skal være gyldig må være innfridd?

I dommen var det et formelt krav om registrering som innebar at ret-

ten fant at ekteskapet ikke var gyldig stiftet etter irakisk rett. En naturlig forståelse av uttrykket «gyldig stiftet» taler etter mitt syn for at alle krav til gyldighet, så vel materielle som prosessuelle, og personelle gyldighetskrav må være oppfylt. Å oppstille et slikt krav medfører imidlertid visse problemer i forhold til anvendelsen av straffebudet. Etter norsk rett er et ekteskap inngått under tvang, ugyldig jf. el. § 16 tredje ledd. Det ugyldige ekteskap behandles som om det aldri har eksistert – ugyldigheten har virkning *ex tunc*. Etter norsk rett er det følgelig et gyldighetsvilkår at ekteskapet ikke er inngått under tvang. Med den lovforståelse Høyesterett legger til grunn med hensyn til fullbyrdelsen av forbrytelsen, vil man ikke kunne dømmes for fullbyrdet tvangsekteskap dersom ekteskapet er inngått i Norge, fordi et ekteskap som er inngått under tvang ikke kan anses som «gyldig stiftet».

Et ekteskap inngått i Sverige eller Danmark kan imidlertid være gyldig stiftet selv om det er inngått under tvang. I Sverige er ikke tvangsekteskapene ugyldige, men tvangen gir grunnlag for umiddelbar skilsmisse. I Danmark er ekteskap inngått under tvang omstøtelige (hvilket de også var i Norge under ekteskapsloven av 1918). Hvis ekteskapet er inngått i et land hvor tvang er en ugyldighetsgrunn for ekteskap som virker *ex tunc*, kan forholdet ikke pådømmes i Norge som fullbyrdet forbrytelse med mindre terskelen for hva som anses som tvang er høyere i det angjeldende land enn i Norge. At det kan tenkes tilfeller hvor noe anses som tvang i en relasjon til den norske straffebestemmelsen uten at det nødvendigvis anses som tvang i det landet hvor ekteskapet ble inngått, later det til at Høyesterett har tatt høyde for i siste setning i avsnitt (21), hvor det gis uttrykk for at et ekteskap som ikke godkjennes fordi det er inngått på en måte som er i strid med norsk *ordre-public* ikke er til hinder for at det foreligger en fullbyrdet overtredelse av straffeloven § 222 annet ledd.

Selv om Høyesterett har lagt til grunn at ekteskapet må være gyldig stiftet for at forbrytelsen skal være fullbyrdet, og at det ikke er tilstrekkelig at fornærmede har gitt etter for tvangen, så ser det ikke ut til at dette har hatt nevneverdig betydning for straffutmålingen i saken. Innledningsvis i drøftelsen av straffutmålingen fremheves det at retten til selv å bestemme hvem man skal gifte seg med, er en grunnleggende menneskerettighet som har kommet til uttrykk i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 23 nr. 3 og i FNs kvinnekonvensjon artikkel 16 nr. 1 bokstav b. Videre vises det til at strafferammen for tvangsekteskap er satt til seks års fengsel, mens strafferammen i den alminnelige tvangsbestemmelsen er tre år, men inntil seks år under særdeles skjerpene omstendigheter. I avsnitt (26) vises det til at strl. § 51 krever at forsøk skal straffes mildere enn fullbyrdet forbrytelse, men retten legger til grunn at det ved straffutmålingen må tas hensyn til at fornærmede i sin kultur langt på veg blir betraktet som gift, og at betydningen av at ekteskapet ikke var formelt registrert var relativt liten.

Høyesterett legger i skjerpene retning vekt på at tvangen fornærmede var utsatt for var meget grov (hun ble truet med drap). Videre legges det vekt på at fornærmede var mindreårig da hun ble forsøkt tvunget til å inngå ekteskap (hun var 17 år). Endelig ble det i skjerpene retning lagt vekt på den vanskelige periode fornærmede var gått gjennom på grunn av tvangen, med brudd med familien og plassering i beredskapshjem. I formildende retning ble det lagt vekt på at det ekteskapet som ble forsøkt fremtvunget, ikke hadde resultert i noe samliv. Denne formildende omstendighet ble også vektlagt av tingretten som viste til at ekteskapet ikke var seksuelt fullbyrdet, noe som innebar at tvangsekteskapet «ikke innebærer det element av seksuelle overgrep som ofte vil være tilfellet i slike saker». Lagmannsretten ville imidlertid legge liten vekt på at ekteskapet ikke var seksuelt full-

byrdet som en formildende omstendighet.

Til tross for at Høyesterett kom til at det kun forelå forsøk og ingen fullbyrdet overtredelse av strl. § 222 ble straffen hevet for begge de domfelte. Farens dom ble satt til fengsel i to år og seks måneder, mens brorens fengselsstraff ble satt til to år. Denne saken viser med all tydelighet at Høyesterett ser alvorlig på tvangsekteskap og forsøk på tvangsekteskap. Straffenivået økte fra ti måneder til to og et halvt år for faren, og fra åtte måneder til to år for broren. Dette straffenivået vil trolig bli retningsgivende for senere straffesaker om tvangsekteskap. Selv om ikke Høyesterett eksplisitt viser til det i sin begrunnelse, så har nok allmennpreventive hensyn hatt betydning for straffenivået i saken. Både tingretten og lagmannsretten la stor vekt på de allmennpreventive hensynene ved slike saker. Hensynet til allmennprevensjonen er også fremhevet i forarbeidene til strl. § 222 annet ledd.

John Asland

OBLIGASJONSRETT

Bruk av kredittkort til betaling for spill på internett – rekkevidden av strl. ikrl. § 12 om «Spil eller Væddemaal». Bankklagenemndas avgjørelse 2006-039

I det seneste tiår har det vært en viss usikkerhet om hvilken rekkevidde strl. ikrl. § 12 tredje ledd har i forhold til terminhandel med spekulasjonshensikt. Bestemmelsen knyttet til rene pengespill har derimot først i den siste tid fått fornyet aktualitet, ved pengespill over internett. Bankklagenemndas avgjørelse er bygget på et saksforhold det er grunn til å tro at det er mange av: Klager hadde benyttet sitt MasterCard og sitt Visakort til pengespill på et nettsted, og bestred i ettertid overfor banken gyldigheten av de belastninger han hadde foretatt i forbindelse med pengespillet. Bankklagenemnda la til grunn at

banken hadde mottatt brukerstedskoden 7995, som gjaldt pengespill. Spørsmålet var om kortgjelden til banken ble rammet av bestemmelsen i strl. ikrl. § 12 om «Laan ... som nogen vidende om Øiemedet har ydet til Brug ved Spil eller Væddemaal».

Om dette uttalte en enstemmig nemnd: «Bankklagenemnda legger etter det opplyste til grunn at klager har benyttet sine betalingskort, et MasterCard og et Visakort, til pokerspill på nettstedet Expekt.com. Klager har en innvilget kreditt på kr 5.000,- på hvert av kortene. Saken gjelder spørsmålet om straffelovens ikrafttredelseslov (strl. ikrl.) § 12 nr 1 må forstås slik at bankens krav mot klager som følge av den aktuelle bruken av betalingskortene, er ugyldige.

Strl. ikrl. § 12 nr 1 har følgende ordlyd:

«Af Spil og Væddemaal opstaar ingen Forpligtelse, og en Anerkjendelse af derved stiftet Gjæld er uforbindende.

Det samme gjelder Laan eller Forskud, som nogen vidende om Øiemedet har ydet til Brug ved Spil eller Væddemaal.

Hvad om Spil og Væddemaal er bestemt, gjelder ogsaa med Hensyn til Terminspil (Differenshandel), som har et Spils eller Væddemaals Karakter.

En frivillig ydet Betaling kan ikke fordres tilbage, med mindre Betalingen er ydet i Uvidenhed om Fordringens Ugyldighed eller med Formuesgjenstande istedetfor Penge.»

Nemnda bemerker innledningsvis at strl. ikrl. § 12 nr 1 ikke er bortfalt som foreldet. Det har riktignok heftet en del usikkerhet ved tolkningen av bestemmelsens tredje ledd vedrørende terminhandler, det vil si transaksjoner knyttet til et objekt, typisk et kjøp, men der oppfyllelse ikke skal skje ved at dette leveres, men ved et finansielt oppgjør basert på objektets prisutvikling. Det er imidlertid antatt at sikkingsforretninger ved terminhandler faller utenfor bestemmelsen, mens rene spekulasjonskjøp opp-

stått ved terminhandel kan rammes, se nærmere Hagstrøm: «Spil og Væddemaal», om valuta i Festskrift til Anders Bratholm (Oslo 1990) s. 65 flg. Nemnda fremholder at bestemmelsen om terminhandel særlig var foranlediget av ny teknologi, telegrafene, som muliggjorde spekulasjonshandel på varebørser over hele verden.

Den foreliggende sak gjelder forståelsen av bestemmelsens annet ledd, som utvilsomt ikke er bortfalt; «Det samme gjelder Laan eller Forskud, som nogen vidende om Øiemedet har ydet til Brug ved Spil eller Væddemaal». Bestemmelsens rettspolitiske formål er at ikke bare spillegjeld, men også lån opptatt til bruk ved spill, skal rammes dersom långiver forsettlig har medvirket.

Bankklagenemnda vil bemerke at selv om de tekniske løsningene og systemene for pengespill i dag er svært forskjellig fra da bestemmelsen ble innført, er hensynene til brukerne likevel de samme. Når lovgiver grep inn mot spillegjeld, må det legges til grunn at dette ikke minst var med tanke på faren for at enkeltmennesker kan miste kontrollen og ødelegge sin økonomi. Dermed måtte loven også ramme kredittyttere som medvirker til dette. Det at pengespill i dag tilbys lett tilgjengelig på Internett fra utlandet, og at kreditten likeledes er lett tilgjengelig via kredittkort, øker etter nemndas vurdering faren for at enkeltmennesker mister kontrollen. Bestemmelsen er med andre ord minst like aktuell i dag.

Innklagede bank har opplyst at før kunden gis tillatelse til å spille på det aktuelle nettstedet, skjer det en autorisasjonsforespørsel. Forespørselen går fra brukerstedet til innløser («acquirer»), f.eks. Teller. Forespørselen rutes deretter videre til banken. I tilknytning til autorisasjonsforespørselen, hvor banken kontrollerer at kortet er gyldig m.v., vil banken gjennom det internasjonale elektroniske betalingskorts-systemet motta en brukerstedskode, «Merchant Category Code» (MCC), som normalt forteller hva som er brukerstedets virksomhet. Nemnda legger etter det opplyste til grunn at

pengespill har en egen kode, 7995. Koden tildeles av brukerstedets innløser. Nemnda legger etter det opplyste til grunn at selv om brukersteder med denne koden også kan tilby enkelte andre typer tjenester, er spill det alt dominerende.

Banken har hevdet at mange av de utenlandske brukerstedene omdefinierer sin virksomhet, slik at det ikke skal være mulig å avdekke at brukerstedet er et spillnettsted. Et av de større kortselskapene i bransjen har på den annen side opplyst at etter det selskapet kjenner til, har ingen utenlandske brukersteder ulovlig omdefinert sin virksomhet slik at det ikke er mulig å identifisere at brukerstedet kan tilby gambling. Dette selskapet har også opplyst at man må kunne gå ut fra at innløseren i det enkelte land gir brukerstedene den identifiseringskode som samsvarer med brukerstedets reelle virksomhet og som er i samsvar med landets lover og regler. Hvis brukerstedet endrer sin virksomhet, skal identifiseringskoden endres tilsvarende.

Bankklagenemnda legger etter det opplyste til grunn at det er teknisk mulig å sperre for bruk av betalingskort innen enkelte identifiseringskoder, som f.eks. MCC 7995. Det vises også til at flere institusjoner i bransjen i praksis har innført slik sperring. Innklagede bank har opplyst å ha stanset videre autorisasjon av transaksjoner fra brukersteder med kode 7995, med virkning fra 10. november 2005, likevel slik at banken har fremholdt at den ikke har teknisk mulighet til å innføre en generell sperring for bruk av kort til spilltjenester som sådan.

Slik betalingssystemet er innrettet, legger Bankklagenemnda til grunn at banken i det foreliggende tilfellet har mottatt brukerstedskoden 7995 for autorisasjonen av kreditten og således må sies å ha vært «vidende om (at) Øiemedet» har vært «Spil eller Væddemaal». Klager er derfor i utgangspunktet ikke bundet av belastningene. Dette kan imidlertid ikke gjelde for tilfelle der et brukersted benytter en annen brukerstedskode ved autorisasjonsforespørselen og får godkjennelse,

men senere gjennomfører transaksjonen under rett kode. Hvis kortselskapet allerede er bundet etter den første forespørselen, er ikke forsettskravet oppfylt. Bestemmelsen gjelder bare «Laan eller Forskud», og rammer derfor etter nemndas vurdering kun kredittkort, som det aktuelle MasterCard.

Bestemmelsen må etter dette gjelde for faktureringskort der kortholder er innvilget kreditt, men også andre faktureringskort hvor det ligger en innebygget kreditt i systemet idet skyldig beløp først skal betales etter mottakelsen av faktura.

Debetkort, som Visakortet i dette tilfellet, antas å falle utenfor bestemmelsen fordi kortinnehaver ved bruk av slike kort bare disponerer sine egne tilgjengelige midler. Transaksjonen rammes da ikke av strl. ikrl. § 12, nr 1, annet ledd. Nemnda legger til grunn at det samme må gjelde selv om det som her er innvilget kreditt på kontoen. Grunnen er at systemet ved bruk av slike kort, etter det opplyste, kun kan sondre mellom det som er disponibelt og ikke disponibelt på konto, uavhengig av om bruken innebærer trekk på kreditttrammen eller på positiv saldo. Forsettskravet i strl. ikrl § 12 nr 1, annet ledd er da ikke oppfylt. Nemnda vil i tillegg bemerke at dersom man skulle sperre debetkort for bruk på spillstedene, for på denne måten å stanse bruk av eventuell innvilget kreditt, vil man samtidig gripe inn i mange kontohaveres disponering av egne tilgjengelige midler. Det bemerkes også at hensynene til vern av brukerne er tydeligere når det benyttes en ren kredittfasilitet som kredittkort, enn når det er tale om kort som gir mulighet til å disponere egne midler med en eventuell tilleggs-kreditt.

Selv om det ikke er direkte relevant for det foreliggende tilfellet, viser nemnda til at det etter det opplyste er enkelte selskaper som i dag har konsesjon til å drive såkalte E-pengeforetak. Slike selskaper er gitt en egen identifiseringskode, MCC 6530. Kundens bruk innenfor disse systemene identifiseres kun som MCC 6530, kontantpåfylling. I og

med at disse selskapene, etter det opplyste, har flere hundre brukersteder innenfor sitt system, antas det å ville være umulig for institusjonene å vite hvilken vare eller tjeneste kunden faktisk har kjøpt. Forsettskravet i strl. ikrl. § 12 nr 1 antas derfor heller ikke å være oppfylt i disse tilfellene.

Nemnda finner at banken ikke kan høres med at kreditt er ydet allerede ved inngåelsen av kortkontrakten. I forhold til strl. ikrl. § 12 nr 1 må den enkelte transaksjon være avgjørende.

Hvorvidt banken kan gjøre et berikelseskrav gjeldende der kortholder også har fått gevinster ved spill, har ikke nemnda tatt stilling til.

Når det gjelder utfallet av den foreliggende tvistesak finner Bankklagenemnda etter dette at banken ikke kan kreve klager for den utstående saldoen på MasterCard-kontoen, som etter det opplyste utgjorde kr 5.006,- pr 15. august 2005. Det skal ikke være beregnet renter etter denne dato.

Klager krever videre følgende innbetalinger foretatt til MasterCard-kontoen tilbakebetalt; henholdsvis kr 2.222,- den 16. mars 2005, kr 4.000,- den 1. april 2005 og kr 2.500,- den 22. april 2005. Det fremgår som nevnt av strl. ikrl. § 12, nr 1, fjerde ledd, at «*En frivillig ydet Betaling kan ikke fordres tilbake, med mindre Betalingen er ydet i Uvidenhed om Fordringens Ugyldighet ...*». Selv om klager ut fra det han har opplyst hadde kommet «over en del artikler som omhandlet strl. ikrl. § 12» og kontaktet banken før han foretok innbetalingene, finner nemnda at spørsmålet på denne tid må ha fremstått som uavklart, og at klager ikke kan sies å ha kjent til at bankens fordringer mot ham var ugyldige i den aktuelle lovbestemmelsens forstand. Klager har derfor krav på at banken tilbakebetaler ham til sammen kr 8.722,-.»

Banken anmodet om forlenget tilbakemeldingsfrist og meddelte deretter – formodentlig også etter rådslagning med andre banker – at den var uenig i nemndas konklusjon både hva gjaldt forståelsen av

strl. ikrl. § 12 nr. 1, så vel annet som fjerde ledd. For så vidt gjelder ugyldighetsspørsmålet fremholdt banken at «Betaling med MasterCard må anses som kontant betaling i relasjon til straffelovens ikrafttredelseslov § 12 nr 1. Dersom betaling må anses å være skjedd ved bruk av kreditt, må kreditten anses etablert allerede ved inngåelsen av kontokredittavtalen og før banken mottar informasjon om den enkelte transaksjon. Det at en transaksjon er merket MCC 7995 er under enhver omstendighet ikke tilstrekkelig til at banken blir «vidende om [at] Øiemedet» er «Spill eller Væddemål» i lovens forstand. Nemnda har ikke tatt stilling til betydningen av at kortholder eventuelt også har fått gevinster ved spill. Hvorvidt og i hvilken utstrekning klageren i vår sak hadde mottatt gevinster, var imidlertid ikke tema under saksforberedelsen. Bankens er ikke kjent med de konkrete faktiske forhold på dette punkt.» For så vidt gjelder forståelsen av fjerde ledd, fremholdt banken at den er «uenig i nemndas tolkning av strl ikrl § 12 nr 1 fjerde ledd. Bankens legger i tråd med nemnda til grunn at bestemmelsen tar sikte på rettsvillfarelse. Dersom vedkommende spiller kjenner eller må kjenne til at det eksisterer rettsregler som kan medføre at han ikke er forpliktet, kan han imidlertid ikke sies å være «i Uvidenhet om Fordringens Ugyldighed». Nemndas forståelse vil innebære at det vanskelig kan tenkes praktiske tilfeller hvor det ikke foreligger tilbakebetalingsplikt ved bruk av kredittkort til spilltjenester hvor transaksjonen er merket MCC 7995. Utformingen av bestemmelsen og begrunnelsen for den tilsier at dette ikke kan ha vært intensjonen. Til dette kommer at uttalelsen vedrørende strl ikrl § 12 fjerde ledd er meget kortfattet og at den gjelder et prinsipielt viktig spørsmål av stor økonomisk betydning ut over den foreliggende sak.»

Banken meddelte imidlertid samtidig at den «etter en totalvurdering er ... kommet til at nemndas konklusjon vedrørende [ugyldighetsspørsmålet] likevel vil bli fulgt opp i den

forstand at banken i denne saken ikke vil iverksette rettslig inndrivelse av kravet. Bankens tar imidlertid forbehold om å vurdere dette på nytt for det tilfelle at ny rettspraksis eller andre relevante forhold skulle gi grunnlag for det.» Videre fremholdt banken: «I kjølvannet av denne saken er kommet flere tilsvarende henvendelser fra øvrige kunder. Bankens prinsipielle syn, som gjengitt ovenfor, vil bli fastholdt også i disse sakene. Bankens vil vurdere hver sak konkret i relasjon til spørsmålet om rettslig inndrivelse. Med de forbehold som er angitt ovenfor, vil utgangspunktet være at det heller ikke iverksettes rettslig inndrivelse i tilsvarende saker.»

Ettersom kortselskapene har mulighet for å sperre overfor belastninger fra brukerstedkoden 7995, som gjelder pengespill, skulle man tro at nemndas avgjørelse for fremtiden vil løse problemene knyttet til spill på kreditt over internett. Det er å vente at kortselskapene i egen interesse vil sperre sine systemer mot slike belastninger. Det er heller ingen grunn til å anta at kortselskapene har en interesse i å medvirke til denne type transaksjoner; etter min oppfatning må nok problemene som er oppstått mye tilskrives den rivende utviklingen på internett som det er vanskelig umiddelbart å ta inn over seg. De problemer som gjenstår, vil formodentlig i første rekke gjelde tilbakebetalingskrav fra kortbrukere som har gjort opp ugyldig spillgjeld overfor kortselskapene. Her vil det sikkert være delte meninger blant selskapene hvorvidt de mener seg forpliktet til å foreta et etteroppgjør.

Viggo Hagstrøm

Tidsbegrenset bankgaranti. Høyesteretts dom 3. november 2005

Banken påtok seg selvskyldnergaranti for husleieforpliktelse i næringsvirksomhet, oppad begrenset til kr 200.000. Garantien utløp ifølge garantiteksten 21. desember 2002. Spørsmålet i saken var om garantikreditor måtte ha krevd

betaling under garantien innen denne datoen, eller om det var tilstrekkelig at banken innen denne datoen var blitt varslet om mulig krav under garantien. Høyesterett kom enstemmig til at det ikke var nødvendig at betaling ble krevd under garantien. Det var tilstrekkelig at banken før garantiens utløp var blitt varslet om hoveddebitors mislighold og at krav under garantien derfor var aktuelt.

Førstvoterende tar i sin begrunnelse utgangspunkt i at saken gjelder en garanti avgitt av en bank overfor en næringsdrivende (avsnitt 32). Han understreker at garantidokumentet i slike tilfeller må tolkes objektivt, og at ordbruken er vesentlig. I garantiteksten het det at «krav» under garantien må «gjøres innen garantiens utløpsdato» (avsnitt 29). Førstvoterende påpeker at et «krav» kan være betinget, f. eks. slik at tidspunktet for oppgjør fastlegges senere. Videre uttales det i avsnitt 32 at «[h]ovedformålet med en bestemmelse om at krav må gjøres gjeldende før garantien løper ut, må være at garantisten før utløpet skal bli klar over at ansvar etter garantien er aktualisert.» Etter gjennomgåelse av ytterligere hensyn og rettskildemateriale, uttaler førstvoterende (i avsnitt 36) at «[r]eelle hensyn tilsier ... at et varsel før utløpet av fristen om at hovedfordringen er misligholdt, og at garantisten kan bli holdt ansvarlig, bør være tilstrekkelig til å anse garantien effektiv». Videre heter det (senere i samme avsnitt): «Hensynet til garantisten tilsier ikke at fristen bare kan avbrytes ved å kreve innfrielse av garantien. Tvert om kan det være i garantistens interesse at innfrielse utstår for å få avklart hoveddebitors betalingssevne.»

Konklusjonen kommer i avsnitt 37:

«Jeg konkluderer med at garantidokumentet må forstås slik at garantien gjøres gjeldende når banken får underretning om at debitor har misligholdt hovedfordringen, og at ansvar etter garantien derved er aktualisert.»

I denne saken hadde garanti-

kreditor før utløpet av garantien varslet banken om hoveddebitors mislighold og om at garantien ville bli krevd innfridd i tilfelle hoveddebitors konkurs. Dette var tilstrekkelig til at garantien var gjort gjeldende i tide.

Trygve Bergsåker

Eiendomsmeglers krav på provisjon. Høyesteretts dom 16. februar 2006

Eiendomsmegleren fikk i oppdrag av leietaker å skaffe nye lokaler til leietakerens næringsvirksomhet. Samtidig fikk megleren i oppdrag å skaffe en fremleietaker til leietakerens nåværende lokaler, ut gjenstående leieperiode for disse lokalene. Oppdragene ble løst på den måten at utleier av nye lokaler påtok seg å dekke løpende husleie for de tidligere lokalene ut leieperioden for disse, uten at det ble etablert noe fremleieforhold. Det ble samtidig avtalt at det skulle gjøres fradrag for eventuell husleie som ble oppnådd ved at man lyktes med utleie av lokalene i noen del av den gjenstående leieperioden.

Eiendomsmegleren krevde provisjon både for formidlingen av den nye leieavtalen og for den betalingen oppdragsgiveren mottok til dekning av husleien i det tidligere leieforholdet. Tvisten gjaldt sistnevnte provisjonskrav. Etter oppdragsavtalen skulle provisjonen for fremleieoppdraget tilsvare 10 % av ett års leie.

Eiendomsmegleren fikk medhold i tingrett og lagmannsrett, men tapte enstemmig i Høyesterett. I begrunnelsen vises det til at oppdraget gjaldt fremleie av de tidligere lokalene, mens resultatet ble en rabatt i leien for de nye lokalene. Krav på provisjon er betinget av tilstrekkelig identitet mellom det som oppdraget går ut på, og det som oppnås. Det var det ikke i dette tilfellet. Oppdraget kunne ikke anses endret underveis, og eiendomsmegleren hadde derfor ikke krav på provisjon for den delen av oppdraget som gjaldt fremleie.

Trygve Bergsåker

TINGSRETT

Erstatning for støy og andre ulemper fra Oslo Lufthavn Gardermoen. HR-2006-00731-A (sak nr. 2005/548)

Høyesterett avgjorde ved dom av 2. mai 2006 at Oslo Lufthavn Gardermoen AS plikter å betale erstatning til 21 eiere av eiendommer rundt flyplassen for ulemper påført eiendommene, særlig ved støy fra fly som tar av fra og lander på plassen. Det rettslige grunnlaget for avgjørelsen var grannelova § 9, jf. § 2. Avgjørelsen innebærer at anken fra Oslo Lufthavn AS over Eidsivating Lagmannsretts dom var forgjeves, og Høyesterett avgjorde således samtidig at de erstatningsberettigede også har et krav på å få sine sakskostnader erstattet, jf. tvistemålsloven § 180.

I det følgende skal det gjøres kort rede for de mest sentrale ledd i begrunnelsen med vekt på ansvarsspørsmålet. Avslutningsvis kommenteres også erstatningsutmålingen kort.

Ved avgjørelsen av *ansvarsspørsmålet* – dvs. om det foreligger en urimelig ulempe – har man i rettspraksis både ved flyplass-støy og i andre saker lagt vekt på om naboene etablerte seg før eller etter at det sjenerende tiltaket ble besluttet igangsatt. Fra slutten av 1960-årene har dette utkrystallisert seg i dommer som uttrykkelig bygger på et prinsipp om tidsprioritet. Ansvar for usedvanlig og upåregnelig ulempe (§ 2 tredje ledd) er stort sett bare aktuelt for eldre naboer, mens yngre naboer kan få erstatning etter en særregel om gradvise, men vesentlige forverringer som i 1989 ble lovfestet i grannelova § 2 fjerde ledd. I den saken som her omtales, var alle de aktuelle eiendommene ervervet etter 1950, dvs. mens det har vært flyplass på Gardermoen (avsnitt 50). Likevel kom Høyesterett til at grannelova § 2 tredje ledd og ikke grannelova § 2 fjerde ledd løste spørsmålet. Grunnen var at utvidelsen av flyplassen i 1998 representerte en plutselig og dramatisk forverring av ulempenivået,

og at denne utvidelsen blant annet av denne grunn måtte anses som en ny virksomhet. På dette punktet støtter retten seg til en eldre avgjørelse i Rt. 1964 s. 609 Hunton Bruk (avsnitt 58). Det relevante skjæringstidspunktet som avgjør hva som er gammel og ny nabo til Gardermoen skal etter dette være Stortingets vedtak 8. oktober 1992 (avsnitt 64, jf. 56).

Den forannevnte konkrete anvendelse av prinsippene om tidsprioritet – som innebærer en nokså romslig forståelse av lovens hovedregel – er denne sakens kjerne, og anvendelsen kan kanskje fortjene en kommentar. Det kan virke som Høyesterett muligens maskerer en viss nyorientering ved denne måten å avgjøre ansvarsspørsmålet. I Rt. 1969 s. 643 *Fana* ble en veiutvidelse ansett ventelig også før vedtaket om utvidelsen. Forrykker i realiteten den nye Gardermoen-dommen rettsstillingen mellom ansvarlige for veitrafikkanlegg og naboene til slike anlegg? I Rt. 1974 s. 524 *Fornebu* ble ikke innføringen av den svært mye mer støyende Caravellen ansett for et nytt tiltak. Ville – hypotetisk sett – det samme blitt resultatet i dag i lys av at den nye Gardermoen-dommen foreligger? Jeg synes den nye dommen når frem til et fornuftig resultat. Men Høyesterett burde kanskje selv ha kommentert hvilke mulige prejudikatsvirkninger avgjørelsen – slik Høyesterett selv ser det – eventuelt kan få.

Ellers følger dommen nokså rett fram av måten Høyesterett velger å se på spørsmålet om tidsprioritet. Det er naturlig – i lys av festnet rettspraksis – at tålegrensen ligger nokså lavt når naboene blir ansett for å være eldre og ikke yngre. Det er heller ikke bemerkelsesverdig at offentlige retningslinjer om forsvarende støygrenser anses for å være av betydelig interesse, særlig ikke når det samtidig understrekes at vurderingen likevel må skje individuelt (avsnittene 75 og 76). Det må være uttrykk for en forsvarlig og god linje når det sies at de offentlige retningslinjene må korrigeres med rettens skjønn over hvor-

dan støyen oppleves, og at det i den forbindelse må legges vekt på tilleggs momenter som det daglige antallet flybevegelser som gir støy over et visst nivå og den samlede tid per dag med støy over et visst nivå.

Når det gjelder *erstatningsutmålingen*, har Høyesterett – ut fra nye opplysninger i saken – gitt et generelt påslag med 10 % sammenlignet med lagmannsrettens dom. Det kan også nevnes at syv eiendommer har rett til kr. 50.000,- hver i erstatning fordi nærmiljøet rundt eiendommene er blitt ødelagt som følge av økt korttidsutleie av boliger og nedlagt infrastruktur. Erstatningsnivået ellers varierer mellom om lag 100.000,- og 300.000,- for hver eiendom, bortsett fra for en kommunal utleieeiendom hvor eieren er blitt tilkjent nesten kr. 2,5 mill. Erstatningsberegningene er så skjønsmessige og knyttet til den enkelte sak at det kan være vanskelig å se på hvilket grunnlag vurderingene kan etterprøves.

Endre Stavang

Hvem eier fisken i havet?

NOU 2005:10 Lov om forvaltning av villlevende marine ressurser (Havressursloven)

Doktrinen om at villlevende dyr og fisk er eierløse, har flere hundre års tradisjon i Norge. Regelen er fremdeles sikker norsk rett. Konsekvensen av et slikt utgangspunkt er at tilegnelsen av vilt og fisk innenfor lovregulerte rammer har kunnet skje ved «okkupasjon», en form for originært erverv, i motsetning til det derivative – avledede – ervervet. Mens landlevende vilt har en samlet rettslig regulering i viltloven fra 1981, er rettskildebildet for villlevende organismer i havet langt mer fragmentarisk. NOU 2005:10 (Havressursloven) er en revisjon av eksisterende saltvannsfiskelov, men er også ment å bidra til opprydning i forhold til de tilgrensende lovene vedrørende forvaltning av havets vilt. Som navnet på utredningen viser, er dette først og fremst en forvaltningslov. Men lovforslaget inneholder også elementer som gri-

per dypt inn i grunnfestede privatrettslige forestillinger og som derfor foranlediger noen bemerkninger.

Tanken om eierløse villlevende dyr, herunder fisk, kom til uttrykk i 1902 gjennom bestemmelsen i straffeloven § 407 som lyder slik: «Den, som krænker andens Ret ved at fiske, jage, sætte Fangstredskaber for, fange eller dræbe Dyr, som ikke er i nogens Eie, straffes med Bøder.» Bestemmelsen har stått uforandret fra straffelovens vedtakelse og frem til i dag. Det at viltet som sådant ikke var underlagt noens eiendomsrett, nødvendiggjorde bestemmelsen; tilegnelse av eierløst vilt ved ulovlig jakt eller fangst ville ikke omfattes av straffelovens bestemmelser om tyveri, naskeri eller underslag.

Etter gjeldende rett regnes altså ville dyr og organismer både på landjorden og i havet å være eierløse. Havressursutvalget foreslår at sistnevnte kategori skal gjøres til statens eiendom. Forslaget lyder slik:

§ 1-5. Retten til villlevende marine ressurser og tilhørende genetisk materiale

I vill tilstand tilhører de villlevende marine ressurser staten. Statens eiendomsrett omfatter ikke villlevende marine ressurser som vokser på privat grunn.

Marint genetisk materiale tilhører staten, og kan ikke erverves.

Betegnelsen *villlevende marine ressurser* tillegges i utredningen en vid betydning. En gjennomgripende og viktig forskjell mellom retts situasjonen på land og i havet er at jakt- og fiskeretten til lands i hovedsak tilkommer grunneieren, mens jakt- og fiskeretten til sjøs i det vesentlige er en allemannsrett. En regulering av høstingsretten for fisk og vilt på land vil derfor først og fremst ramme grunneieren, mens regulering av høstingsretten til sjøs retter seg mot allmennheten. Denne allmennheten er en bredt sammensatt gruppe, og omfatter for eksempel både yrkesfiskere og fritidsfiskere. Et sentralt fellestrekk for alt vilt, både på land og i havet, er at staten har det overord-

nede ansvaret for ressursforvaltningen. Gjennom omfattende lov- og forskriftsverk er rett til høsting av villlevende organismer grundig regulert. Det fremtredende for rettighetsaspektet vil derfor ikke være hvem som er «eier» av den villlevende organismen, men hvem som har adgang til høsting.

Det er likevel et kontroversielt eierskifte som foreslås for de marine ressursene. Utvalgets begrunnelse for å etablere statlig eierskap til fisk og andre villlevende marine ressurser er at en med dette vil slå fast «et generelt prinsipp om statens eiendomsrett til de villlevende marine ressurser som korresponderer med statens forvaltningsansvar» (utredningen s. 26). Videre er det fremhevet at: «En statlig eiendomsrett til de villlevende marine ressursene vil åpenbart være av formell art, ettersom ingen kan ha besittelsen til eller oppsyn med de fysiske ressursene; de besitter seg selv all den tid de er villlevende. Staten vil således ha rettslig, men ikke faktisk rådighet over ressursene, på samme måte som med bunnfaste arter. Staten som eier av ressursene kan således i kraft av sin rettslige rådighet, nekte andre fysisk rådighet over ressursene. Manglende fysisk rådighet over ressursene medfører at staten eksempelvis ikke kan holdes ansvarlig for skadevoldende handling begått av en villlevende marin ressurs som følge av etablert eiendomsrett» (utredningen s. 101). Foregående sitat understreker egentlig godt hvor uegnet *eiendomsrett* er som redskap for statens ressursforvaltning. Utvalget påpeker også at: «Ettersom det er staten som forvalter og er ansvarlig for de politiske prioriteringer, gir det en viktig symbolverdi å fastslå statlig eiendomsrett til både de fysiske ressursene og marint genetisk materiale» (utredningen s. 102). En slik tankegang er ganske fremmed for de fleste andre områder innenfor det offentlige forvaltning av naturressurser.

Ved vurderingen av spørsmålet om statlig eierskap til villlevende marine ressurser, kan det være nyt-

tig å reflektere noe rundt forskjellen på eiendomsrett og reguleringsrett.

Tanken om at eiendomsrett skal brukes for å legitimere statens rett til ressursforvaltning, og at eiendomsrett og forvaltningsmyndighet skal samordnes, harmonerer dårlig med organiseringen av det offentlige forvaltningsmyndighet over andre naturressurser. Det er ganske uvanlig i våre dager at det offentlige forvaltningsmyndighet må søke sin begrunnelse i eierrådighet. Poenget med statens rett til myndighetsutøvelse over naturressurser er jo *nettopp* at regulering begrunnet i samfunnsmessige hensyn kan skje i vidtrekkende grad, også uten at dette bygger på statlig eiendomsrett. Utgangspunktet om det offentlige rett til regulering og forvaltning av naturressurser er ikke omtvistet, og dette påpekes også gjennomgående av Havressursutvalget. Forvaltningen av viltressursene på landjorden gir et godt eksempel på dette, selv om forholdene ikke fullt ut er sammenlignbare. At viltlevende dyr på land anses for eierløse har ikke vært til hinder for til dels omfattende og inngripende regulering av viltforvaltningen på land. Hovedregelen etter viltloven er at alt vilt er fredet, med mindre det foreligger positiv hjemmel for jaktbarhet (viltloven § 3). Viltforvaltningen medfører også vidtgående begrensninger i grunneierens jaktrett, både hva angår jaktbare arter og lovlig jakttid. Regulering av havfisket har også lang tradisjon, og alt saltvannsfiske er i dag gjennomregulert. For eksempel er yrkesfiske i saltvann undergitt krav om ervervstillatelse og kvotebegrensninger, og fritidsfiske er bare tillatt med bestemte typer redskap som håndredskap og mindre utgaver av garn, teiner og liner (saltvannsfiskeloven § 4a). Statlig eierskap til havets vilt er verken et nødvendig eller et egnet redskap for videreutvikling av ressursforvaltningen i havet.

Det er befestet gjennom langvarig høyesterettspraksis at det offentlige reguleringsrett i form av rådighetsinnskrenkninger som tjener et samfunnsmessig formål, i

stor grad må aksepteres erstatningsfritt av rettighetshaveren. Synspunktet er velkjent fra plan- og bygningsretten og fra områdevern som nasjonalpark eller landskapsvernområde etter naturvernloven. Eksempler kan også hentes fra tilgrensende rettsområder: En skog-eier som har vesentlige inntekter fra jaktutleie må erstatningsfritt tåle begrensninger i jakttid eller kvote, eller endog totalfreding av en bestemt art, når slike reguleringer skjer av hensyn til viltbestanden og innenfor eksisterende lovhjemler. Dette gjelder også selv om reguleringen i vesentlig grad griper inn i vedkommende grunneiers levebrød. Tilsvarende regulering av ressursene i havet kan etter gjeldende rett utvilsomt foretas uten at det vil utløse krav fra rettighetshavere, enten dette måtte være fritidsfiskere eller yrkesfiskere eller lokale grupperinger med særlige rettigheter. Synspunktet er også klart fremhevet av Havressursutvalget, som likevel altså tilråder en omdefinering av eierskapet til havressursene.

Det offentlige reguleringsmyndighet gjelder som kjent likevel ikke helt ubegrenset. Både Grunnloven og internasjonale traktatsforpliktelser setter viktige rammer for det offentlige reguleringsrett over naturressursene. En viktig forskjell mellom forvaltning av naturressursene på land og i havet er igjen at jakt- og fiskeretten på land hovedsakelig er en grunneierrett, mens de samme rettighetene i havet tilkommer allmennheten. (At det finnes til dels omfattende unntak, er uten betydning for det som her skal poengteres).

Eiendomsretten har etter Grl. § 105 et særlig vern mot offentlig myndighetsutøvelse. Hovedregelen er at grunneieren er vernet mot eiendomsberøvelse, men må tåle rådighetsinnskrenkninger som for eksempel begrensninger i den til eiendommen hørende jakt- eller fiskeretten. Privat eiendomsrett er også vernet mot offentlige inngrep i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK tilleggsprotokoll 1, artikkel 1). Mer begrensede rettigheter over fast

eiendom, som allemannsretten, har en mer usikker stilling. På mange måter er dette et paradoks: Rådighet over naturressurser som tilkommer én person – grunneieren – har et sterkere vern enn rådighet over naturressurser som i prinsippet tilkommer enhver – allmennheten. Men slik er det nå engang – i hvert fall foreløpig. Og det understreker igjen at når det offentlige har en adekvat forvaltningsadgang over viltlevende og eierløse organismer på landjorden, så vil det offentlige i minst like stor grad ha det samme handlerommet for forvaltning av viltlevende organismer i havet. Det vil ikke tilføre forvaltningsfriheten noe at havviltet skifter eier.

Hvor langt det offentlige forvaltningsmyndighet over ferskvannsfisk strekker seg, fikk vi et godt eksempel på i Rt. 2005 side 1985 om barns fiskerett. (Dommen er omtalt av Thor Falkanger i *Nytt i privatretten* nr. 1-2005.) Høyesterett avgjorde i saken at en lovendring i lakse- og innlandsfiskeloven som ga barn under 16 år rett til fritt innlandsfiske med håndredskap, ikke utløste erstatningsplikt overfor grunneieren etter Grl. § 105. Bestemmelsen var heller ikke i strid med EMK protokoll 1 artikkel 1.

Etter 1800-tallets naturrettslige tankegang, ville man sikkert sagt at det strider mot *sakens natur* at ville dyr som forflytter seg over store geografiske avstander, skal være underlagt noens eiendomsrett. Det er naturligvis helt umoderne å hevde slike naturrettslige synspunkter i dag. Likevel tror jeg at den fremtidige havressursforvaltningen ikke vil være så godt tjent med å gjøre havressursene til statens eiendom, for så å bygge de videre reguleringsmekanismene på dette utgangspunktet. Staten har gjennom sin kompetanse det nødvendige reguleringsverktøy for å ivareta en fremtidig fornuftig forvaltning av havressursene. Det viktige arbeidet med en ny og samordnet havressurslov bør videreføres uten å gripe til forestillinger om eiendomsrett. Uansett skal det bli spennende å følge med på dette lovarbeidet fremover. Det er ikke opplyst noe

offisielt om fremdriftsplan, men det kan være grunn til å regne med at en proposisjon fra Fiskeri- og kystdepartementet vil komme våren 2007.

Marianne Reusch

Litteratur

Allmenningsrett og sameierett

I desember 2005 ble Geir Stenseth dr. juris ved det juridiske fakultet i Oslo med sin avhandling «Almenningens janusansikt – En sammenlignende rettslig analyse av almennings- og sameieforhold i norsk utmark». Avhandlingen, som er på nærmere 400 sider, er publisert på Gyldendal Norsk Forlag.

Bokens tema omfatter rettslig regulering av forskjellige former for felles bruk av utmarksarealer i Norge. Forfatteren påpeker at slike store utmarksområder tradisjonelt har vært, og fremdeles er, underlagt to forskjellige rettslige regimer, henholdsvis bestemmelsene om realsameier i sameie- og jordskifteloven og reglene i allmenningslovgivningen. Slik er det, til tross for at disse områdene ikke har noen ytre eller andre objektivt konstaterbare ulikheter som tilsier at de skulle

undergis forskjellig rettslig behandling. I boken forklares, sammenlignes og vurderes de to reguleringene av store sameier og allmenninger. Vi gjøres kjent med at bakgrunnen for at to parallelle regelsett for tilnærmet likeartede utmarksområder har sin forklaring i historiske forhold. Avhandlingen legger i det hele stor vekt på rettshistoriske redegjørelser og utgjør i denne sammenheng et meget nyttig bidrag til tingsrettshistorien. Blant annet gis en omfattende gjennomgang av bruk og rettslig regulering av utmarksområdene i Norge. Dette aspektet gjør at fremstillingen også henvender seg til jurister som er opptatt av andre sider av utmarksjus enn det rent allmennings- eller sameierettslige. For øvrig vil advokater, dommere og andre som stiller med allmenningsrettslige og sameierettslige spørsmål spesielt, men også med tingsrett generelt, kunne ha stor nytte av boken. De sentrale og praktisk viktige problemstillingene som drøftes i avhandlingen er spørsmålet om hvilke eiendommer som er allmenninger og hvilke som er sameier, hvilke eiendommer som har bruksrett og hvilke som har grunneierdomsrett i utmarksstrekningen, samt hvilket omfang bruks- eller eiendomsretten har. Alle disse forhold

dene er inngående behandlet i egne kapitler.

Forfatterens teori er at de to rettsinstituttene er to sider av samme sak, og gjennom en rekke forskjellige analyser beskrives hvordan sameiereglene og allmenningsreglene forholder seg til hverandre. En god og rikholdig litteraturliste og et fyldig domsregister bidrar til bokens nytteverdi for tingsrettsjurister generelt. Det omfattende stikkordregisteret letter lesningen og øker brukervennligheten av boken. Oppslagsord som *indianerreservat* og *hytteliv* er kanskje i særlig grad egnet til å vekke leserens nysgjerrighet? Avslutningsvis i boken rettes blikket fremover og forfatteren peker på kommende utfordringer innenfor dette rettsområdet. Et spørsmål som tas opp er hvordan økonomiske interesser knyttet til for eksempel intensiv feltutbygging av hytter i utmarksområder, vil legge press på det eksisterende regelverket.

Samtidig som fremstillingen representerer et solid rettsvitenskapelig bidrag på tingsrettens område, er den også en tilgjengelig bok som anbefales for lesere med en praktisk tilnærming til rettsområdet.

Marianne Reusch

Nytt i privatretten

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

Hovedredaktør: Peter Lødrup
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 (2006) på *Nytt i privatretten* koster kr 440,-. Studentabonnementet koster kr 150,-. 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 a.s 2006

Neste hefte kommer september 2006.