



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Deltid og fortrinnsrett til heltid, tvisteløsning og prosess – Høyesterettsdom 25. april 2016 (HR-2016-00867-A)

Efter arbeidsmiljølovens § 14-3 har deltidsansatte en fortrinnsrett til «utvidet stilling» fremfor at arbeidsgiveren foretar en ny ansettelse. Men fortrinnsretten er betinget, av at arbeidstageren er kvalifisert for stillingen og av at utøvelse av den ikke vil innebære «vesentlige ulemper» for virksomheten. Tvister om slik fortrinnsrett skal i første hånd avgjøres av en «tvisteløsningsnemnd» (jfr. aml. § 17-2 første ledd). Det er en prosessforutsetning at det foreligger en avgjørelse av tvisteløsningsnemnden, og fristen for å bringe tvisten videre inn for domstolene er åtte uker «åtte uker fra det tidspunkt nemndas avgjørelse foreligger» (§ 17-2 annet og tredje ledd).

Saken for Høyesterett gjaldt både materielle og prosessuelle sider av disse reglene. Begge deler var det helt ulike syn på, med vekslende flertall og mindretall på de enkelte punktene.

Forenklet var saksforholdet at A var fast ansatt som spesialsykepleier i 75 % stilling ved Sosial og Ambulant Akuttjeneste (SAA) under Helsestaten i Oslo kommune. Spesialsykepleierne ved SAA arbeidet i tredelt turnus. A søkte om utvidelse til 100 % stilling,

fast eller som vikariat, i september 2011. Fra oktober samme år fikk hun et vikariat med 25 % og arbeidet dermed i full stilling inntil vikariatet løp ut 31. desember 2012. I januar 2012 ble det lyst ut en 75 % fast stilling som spesialsykepleier ved SAA. A tok kontakt med arbeidsgiveren, viste til at hun tidligere hadde gitt uttrykk for ønske om fast hel stilling, og uttalte at hun regnet med at dette ville bli tatt i betraktning når den utlyste stillingen skulle besettes. Imidlertid ble en vikar som hadde fungert i den utlyste stillingen, innstilt på førsteplass, i april 2012, og senere ansatt. Det gikk frem av innstillingen at «en fast ansatt i 75 prosents stilling som hadde søkt om utvidelse til hel stilling, ikke var tatt i betraktning fordi en stillingsstørrelse tilsvarende 75 prosent var en forutsetning for «rekruttere/beholde nye søkere»» (avsnitt 2–9).

A bragte saken inn for Tvisteløsningsnemnda i mai 2012. I vedtak 28. november samme år konkluderte nemnden med at ansettelsen «av en ekstern søker i den omstridte stillingen var i strid med arbeidstakers fortrinnsrett». A krevet derefter å bli satt inn i 100 % stilling, men dette ble ikke etterkommet av kommunen. A tok ut stevning 8. mai 2013 med krav om slik stilling og om erstatning for tapt arbeidsfortjeneste. Kort tid etter fikk A tilbud om og aksepterte en fast heltidsstilling i kommunen, ved Oslo fengsel. For Høyesterett gjaldt saken således As erstatningskrav (avsnitt 10–14).

Søksmålet fra A ble anlagt etter at søksmålsfristen i aml. § 17-2 tredje ledd for å angripe Tvisteløsningsnemndas vedtak var løpt ut. Det første spørsmålet for Høyesterett var da om nemndens avgjørelse var til hinder for at «en arbeidsgiver som ikke har brakt tvisten inn for retten innen søksmålsfristen, kan bestride nemndas konklusjon om at fortrinnsretten er overtrådt, i en etterfølgende erstatningssak anlagt av arbeidstakeren» (avsnitt 47). Utgangspunktet etter § 17-2 tredje ledd er at efter fristutløp kan ingen av partene gå til søksmål med sikte på å oppnå en annen løsning enn den som nemnden har kommet til. Efter et inngående og omfattende resonnement kom førstvoterende til at nemndens konklusjon om at «fortrinnsretten ble overtrådt», likevel ikke må legges uprøvet til grunn i en etterfølgende sak. Standpunktet fikk tilslutning av to dommere. Et mindretall på to konkluderte annerledes.

Innhold nr. 2

Arbeidsrett	1
Arverett	6
Erstatningsrett	8
Fast eiendom	9
Immaterialrett	12
Kontraktsrett	18
Panterett	23

De kom til at spørsmålet om brudd på fortrinnsretten var bindende avgjort i As favør. Tredjevoterende fremholdt at kommunen var bundet av Tvisteløsningsnemndas vedtak allerede før søksmålsfristen løp ut. Da kunne den ikke etterpå anse seg ubundet og dertil kreve at domstolene «skal se bort fra den fastsettelsen av rettsforholdet mellom partene som Tvisteløsningsnemndas konklusjon innebærer» (avsnitt 125).

For flertallet var et neste spørsmål om aml. § 14-3 kan forstås slik at bestemmelsen ikke er «til hinder for utøvelse av fortrinnsrett til bare en del av den utlyste stillingen». To av dommerne kom her til at dette må besvares med nei – en deltidsansatt kan ikke velge en brøk eller andel av en utlyst stilling, men må akseptere hele den utlyste stillingen, uansett om det er bare en andel av den som skal til for å oppnå en 100 % stilling. Den tredje i flertallet mente derimot at i et slikt tilfelle kan en deltidsansatt ha rett til en andel av en utlyst stilling, selv om det kan stille seg annerledes hvis det er tale om å utvide med en andel av den utlyste stillingen, men ikke til full stilling for egen del. Men det må da vurderes om det vil innebære «vesentlige ulemper» for virksomheten om den fortrinnsberettigede skal gis rett til en andel av den utlyste stillingen. I den konkrete vurderingen kom denne dommeren til at dette spørsmålet måtte besvares med ja.

As krav om erstatning førte dermed ikke frem. En av dommerne i mindretallet uttalte at dersom han hadde måttet ta selvstendig stilling til spørsmålet om A hadde fortrinnsrett, ville han ha sluttet seg til de to som var i flertall på dette punktet. Den andre i mindretallet uttalte seg tilsvarende om at han hadde villet slutte seg til den tredje av dem som var i flertall om adgangen til å overprøve Tvisteløsningsnemndas vedtak.

Argumentasjonen fra alle de tre fraksjonene var meget inngående. Slik sett er dommen et godt eksempel på grundig og tildels meget omfattende drøftelser av vanskelige, uavklarte spørsmål. Den er også en sterk illustrasjon av ulike rettskildesyn, i form av utlegning av forarbeider og vektlegging av Tvisteløsningsnemndas omfattende og langvarige (forvaltnings)praksis, og av formålsforståelser og formålsvurderinger der lovforarbeider ikke er svært eksplisitte om de springende punkter. Det gjenstår å se om «lovgiveren» vil gå inn for å endre på reglene i lys av Høyesteretts avgjørelse, slik det har skjedd ved enkelte tidligere anledninger – etter dommene i Rt. 2009.578 og Rt. 2012.168.

Stein Evju

Folketrygdlovens arbeidstakerbegrep, ordfører – Høyesterettsdom 16. mars 2016 (HR-2016-00589-A)

Saken gjaldt spørsmålet om en heltidslønnet ordfører skulle regnes som arbeidstaker i en kommune etter

folketrygdloven § 1-8. Dommen bekrefter at en avtalerelasjon er et grunnleggende element i et ansettelsesforhold, og klargjør at «frilanser» i trygde- og skatterettslig forstand er en restkategori som omfatter mer enn ordlyden strengt tatt tilsier.

En kommune hadde utbetalt godtgjørelse i en periode der ordføreren var 100 % sykmeldt. En arbeidsgiver som utbetaler full lønn under arbeidstakers sykdom, har krav på å få trygdeytelser utløst av sykdommen refundert fra Folketrygden, jf. folketrygdloven § 22-3, jf. kap. 8. Kommunens rett til refusjon var derfor avhengig av om ordføreren var arbeidstaker. Trygderetten hadde kommet til at ordføreren var arbeidstaker, og hadde omgjort NAVs vedtak om å avslå refusjon. Lagmannsretten hadde sluttet seg til dette. Høyesterett fant imidlertid at ordføreren ikke var arbeidstaker, men «frilanser». Trygderettens kjennelse ble derfor funnet ugyldig.

Mens skillet mellom arbeidstakere og oppdragstakere er grunnleggende i arbeidsrettslig sammenheng, skiller folketrygdloven – blant annet reglene om sykepenger – mellom tre kategorier: En person som utfører arbeid mot vederlag, er enten arbeidstaker, frilanser eller selvstendig næringsdrivende. En arbeidstaker er «enhver som arbeider i en annens tjeneste for lønn eller annen godtgjørelse» (ftrl. § 1-8), en frilanser er «enhver som utfører arbeid eller oppdrag utenfor tjeneste for lønn eller annen godtgjørelse, men uten å være selvstendig næringsdrivende» (ftrl. § 1-9), mens en selvstendig næringsdrivende er «enhver som for egen regning og risiko driver en vedvarende virksomhet som er egnet til å gi nettoinntekt» (ftrl. § 1-10). Alle har krav på sykepenger fra trygden, men etter ulike regler. En arbeidsgivers rett til refusjon gjelder kun godtgjørelse til arbeidstaker. Kategoriene har også betydning for skatterettslige regler. Der går det sentrale skillet mellom lønnsinntekt (arbeidstakere og frilansere) og næringsinntekt.

Høyesterett tok først stilling til forholdet mellom kategoriene. Ut fra forarbeidene kom retten til at «frilanser» er en «sekkebestemmelse» for personer som verken er arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende (avsnitt 42). Enhver som har pensjonsgivende personinntekt og som ikke arbeider «i annens tjeneste», faller dermed i kategorien frilanser. En frilanser er med andre ord en lønnskaker som ikke er i et ansettelsesforhold. Retten medga at det omfatter flere enn man i normal språkbruk betegner som frilanser.

Deretter vurderte retten nærmere om ordføreren var arbeidstaker. Forarbeidene til folketrygdloven inneholder en liste med momenter som er sentrale ved vurderingen. Momentene svarer langt på vei til de momentene som er fremhevet i arbeidsmiljølovens forarbeider. Retten tok imidlertid ikke utgangspunkt i momentlisten, men i det rettslige grunnlaget for ordførerens virke (avsnitt 46 flg.).

En ordfører er valgt for å utføre et politisk verv, først av folket og så av kommunestyret. Ordførerens

oppgaver og krav på godtgjørelse er regulert i kommuneloven. Dermed mangler ordføreren «et sentralt grunnlag for og kjennetegn ved et ansettelsesforhold, nemlig en kontrakt ... om ansettelsesforholdets rettigheter og plikter» (avsnitt 50). Forarbeidene ga støtte for at folkevalgte tillitsmenn ikke er arbeidstakere. Et eksempel fra lovhistorien viste at lovgiver hadde trukket en konsekvens av dette når det gjaldt stortingsrepresentanter. Arbeid på annet rettslig grunnlag enn avtale er altså som et klart utgangspunkt ikke et ansettelsesforhold etter folketrygdloven.

Grensedragningen for politiske stillinger basert på utnevning ble også kommentert. Rikstrygdeverket regner statsråder, statssekretærer og politiske rådgivere som arbeidstakere i folketrygdlovens forstand. Retten sluttet seg til et «avgjørende skille» mellom valgte politiske verv og politiske stillinger basert på utnevning (avsnitt 72). De siste ligger nærmere ordinære ansettelsesforhold, og etter Grunnloven regnes statsråder som embetsmenn. Det var ikke mer nærliggende å sammenligne ordføreren med slike politiske stillinger enn med valgte stortings- og kommunestyrerepresentanter.

Enkelte uttalelser fra Rikstrygdeverket kunne forstås slik at heltidslønnede folkevalgte er arbeidstakere, men dette ble ikke ansett som uttrykk for en klar, festnet rettsoppfatning.

Avslutningsvis ble momentlisten berørt (avsnitt 79 og 80). Høyesterett var enig i at sentrale momenter taler for å sidestille ordføreren med en arbeidstaker. Ordføreren stiller sin personlige arbeidskraft til disposisjon og er underlagt styring fra kommunestyret. Men det er rollen som valgt politiker som er «kjernen i ordførerens rolle», og det gir «en helt annen fri posisjon». Heller ikke konkrete vernehensyn – en heltidslønnet ordførers behov for sosialt sikkerhetsnett – ble utslagsgivende.

Konklusjonen ble at ordføreren ikke er arbeidstaker. Da må sekkebestemmelsen anvendes, slik at ordføreren regnes som frilanser i folketrygdlovens forstand.

Avgjørelsen bidrar til å klargjøre det trygde- og skatterettslige arbeidstakerbegrepet. Klargjøringen av «kontrakt» som et sentralt element, krever en kommentar. Uttrykksmåten kan gi inntrykk av at ansettelse krever skriftlig avtaleinngåelse. Det er imidlertid helt på det rene at arbeidsavtaler kan inngås muntlig og ved konkludent atferd.

Videre kaster avgjørelsen lys over forholdet til det arbeidsrettslige arbeidstakerbegrepet. På den ene side bekrefter den et sentralt fellestrekk. At arbeidet som et klart utgangspunkt må ha avtalegrunnlag, er også lagt til grunn i arbeidsrettslig sammenheng, se særlig Rt. 1987 s. 424 og Rt. 1995 s. 2018. Her ble det lagt til grunn at henholdsvis en styreformann og en tillitsvalgt ikke hadde stillingsvern som arbeidstaker, fordi arbeidet var basert på et verv. Arbeidstakerstatus var ikke utelukket, men forutsatte en arbeidsavtale i tillegg til vervet.

På den annen side viser avgjørelsen at det er forskjeller. At trygde- og skatterettslige regler er differensiert ut fra tre kategorier, er én tydelig forskjell. Videre støtter avgjørelsen seg utelukkende på trygde- og skatterettslige kilder. De nærmere grensene trekkes altså ut fra de reglene arbeidstakerbegrepet inngår i, og de hensynene som der gjør seg gjeldende. Det kan innebære at grensespørsmål løses på annen måte etter arbeidsrettslige regler.

Avgjørelsen illustrerer dessuten en svakhet ved den tradisjonelle tilnærmingen til arbeidstakerbegrepet: en helhetsvurdering med utgangspunkt i en momentliste. Om arbeidet har grunnlag i avtale, er «et sentralt grunnlag for og kjennetegn» for ansettelsesforholdet og var avgjørende for resultatet. Dette sentrale kjennetegnet fremgår ikke av momentlisten.

Marianne Jenum Hotvedt

«Fossumkollektivet» – øvre grense for ukentlig arbeidstid, oppsigelse som reaksjon på manglende samtykke til ny, utvidet arbeidstidsordning, «medlevere» – Eidsivating lagmannsretts dom 8. april 2016 (14056639ASDELAGE)

Saken gjelder gyldigheten av oppsigelser foretatt i forbindelse med overgang til ny arbeidstidsordning. I forbindelse med en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen om EU/ EØS-rettslige spørsmål som var forelagt av lagmannsretten, ble saken omtalt i Nytt i privatretten nr. 1, 2016, s. 5 flg. Der er det i tillegg gitt en nærmere og mer detaljert fremstilling av sakens faktum.

Fossumkollektivet består av flere avdelinger av ulik art og beliggenhet og er en stiftelse for unge mennesker med rusproblemer og/eller psykiske lidelser. Saken her gjelder avdelingen «Solvold» på Hamar, en avdeling for unge jenter med både rusproblematikk og psykiske lidelser (ROP). I likhet med de fleste andre ansatte ved Fossumkollektivet var de ansatte ved avdeling Solvold såkalte *medlevere*. Medleverforskriften (midlertidig forskrift 24. juni 2005 nr. 686 om arbeidstid i institusjoner som har medleverordninger) åpner under visse omstendigheter for å gjøre unntak fra arbeidsmiljølovens regler om maksimal arbeidstid av hensyn til behovet for stabilitet i enkelte brukergrupper. Dersom en ansatt skal arbeide mer enn 60 timer per uke, må vedkommende samtykke. Dette reguleres av medleverforskriften § 2.

Økonomien ved Fossumkollektivet var god, men varierende og til dels dårlig for avdelingen på Solvold. Årsaken til dette var etter alt å dømme dårlig belegg ved avdelingen. Ledelsen ved Fossumkollektivet ønsket å opprettholde avdelingen selv om den gikk med tap, men ville for å avhjelpe tapet endre turnusordningen

for de ansatte på avdelingen. Det ville innebære at ny ukentlig arbeidstid ble 84 timer i stedet for 56 timer – en økning på omtrent 40 %. Da de ansatte motsatte seg dette, ble de meddelt oppsigelser med tilbud om ansettelse i ny stilling og endret turnus.

Etter å ha tapt saken i tingretten bragte de ansatte saken inn for lagmannsretten. Eidsivating lagmannsrett stilte tre spørsmål knyttet til forståelsen av arbeidstidsdirektivet (2003/88/EF) til EFTA-domstolen. Rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen forelå i desember 2015. Til tross for at både ESA og Kommisjonen tok motsatt standpunkt, og at disse støttet seg på praksis fra EU-domstolen, kom EFTA-domstolen til at hverken en arbeidstid på 84 timer per uke i medleverforhold, et krav om ugjenkallelig samtykke eller oppsigelse ved nektelse av ny arbeidstidsordning var i strid med direktivet.

Eidsivating lagmannsrett avsa etter dette dom i saken. Retten valgte å rette seg etter EFTA-domstolens rådgivende uttalelser og konstaterte følgelig at den norske medleverforskriften og praktiseringen av den ikke var i strid med direktivet. Dommen er avsagt under dissens. Rettens flertall kom til at det var tilstrekkelig sannsynliggjort at de økonomiske forholdene var av en slik karakter at nedbemanning ved avdeling Solvold var nødvendig, og at alternative tiltak for kostnadsreduksjon var forsøkt. Deretter ble utvalgskreten vurdert. I den forbindelse viste retten til Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-Norge) og Rt. 2015 s. 1332 (Gresvig), og anså at vilkårene var oppfylt for å legge til grunn en snevrere utvalgsrets, avgrenset til avdelingen «Solvold». Flertallet vurderte saksbehandlingen som tilfredsstillende og avviste videre at det skulle foreligge tariffrettslige skranker for at ny arbeidstidsordning kunne innføres. De ankende parter hadde videre anført at oppsigelsene var ulovlige remplacements, men dette ble avvist. Retten anså det for tilstrekkelig sannsynliggjort at det var ønskelig for arbeidsgiver å beholde arbeidstakerne, ikke å erstatte dem med annet bedre kvalifisert personell. Oppsigelsene var derfor gyldige etter flertallets oppfatning.

Rettens mindretall var enig i den utvalgskreten som var lagt til grunn, men dissenterte med hensyn til oppsigelsenes gyldighet. Mindretallet var av den oppfatning at den nye arbeidstidsordningen var ulovlig, og at dette – etter avveining av partenes interesser – medførte at oppsigelsene var usaklige og dermed ugyldige.

Arbeidsgiver vant altså frem på alle punkter.

Dommen åpner for interessante diskusjoner av både arbeidsrettslig og EU/ EØS-rettslig art. Det er ikke mulig å gjennomgå alle de ulike fasettene ved dommen her, men jeg vil likevel knytte noen korte bemerkninger til de mest sentrale elementer. Lagmannsretten retter seg uten større innvendinger etter EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, selv om resultatet kan tenkes å være i strid med liknende avgjørelser fra EU-domstolen. Dommen tydeliggjør at det eksisterer

et behov for en avklaring av medleverforskriftens regler, og da særlig om samtykke. Det er videre verdt å merke seg at retten tillater at en arbeidsgiver som beslutter å opprettholde en avdeling som beviselig går med tap, velter dette tapet over på en relativt liten krets arbeidstakere. Bruken av uttrykket «endringsoppsigelse» er også iøynefallende. Man kan spørre seg om domstolen bygger på et selvstendig innhold av termen – en forståelse som tilsier en lavere terskel for oppsigelser av denne art enn for ordinære oppsigelser. Det vil være en misforståelse. Vi har ikke noe i norsk rett som heter endringsoppsigelser. Vi har oppsigelser, og reguleringen av situasjoner hvor oppsigelser er aktuelt, følger direkte av preseptoriske regler i arbeidsmiljøloven.

Det blir spennende å se om saken får en fortsettelse i systemet, eller om den avsluttes med Eidsivating lagmannsretts dom. Avsluttes saken her, kan den sees som et veiskille i norsk arbeidsrett. Vi har foran oss en dom som tillater endringer på et nivå som vil kunne komme til å uthule stillingsvernet i fremtiden.

Anette Grønnerød-Hemmingby

Boikott, annen arbeidskamp, fredsplikt – Arbeidsrettens dom 3. februar 2016 (Inr. 3/2016)

Saken dreiet seg om rettmessigheten av en varslet boikottaksjon. I januar 2015 fremmet Industri Energi krav om tariffavtale overfor bemanningsselskapet Technip Singapore PTE Ltd. Technip Singapore er en del av Technip-konsernet som gjennom Technip Norge AS også driver virksomhet på norsk sokkel. Technip Norge har ansvaret for gjennomføringen av prosjekter som avtales med operatører i Norge, og ved gjennomførelsen leveres tjenester fra ulike deler av Technip-konsernet, herunder personell fra Technip Singapore via andre selskaper i konsernet. Technip Norge er bundet av Oljeserviceavtalen mellom LO/Industri Energi og NHO/Norsk Olje og gass og Hovedavtalen mellom LO og NHO. Technip Singapore har ingen slik tariff-tilknytning, og Industri Energi har ingen medlemmer i selskapet. Etter at Technip Singapore avslo Industri Energis krav om tariffavtale, varslet forbundet boikott av selskapet. Spørsmålet i saken var om denne boikotten reelt sett var et middel for å tvinge frem endringer i tariffforholdet mellom LO/Industri Energi og NHO/Technip Norge og dermed i strid med fredsplikten.

Arbeidsretten tok utgangspunkt i at dette måtte vurderes ut fra «boikottens art, virkninger og reelle formål», en vurdering som i ARD 2013 s. 268 *Subsea 7* «stikkordsmessig» har blitt karakterisert som «formålstesten» (avsnitt 40). En samlet rett vurderte det slik at det ikke var noe ved Industri Energis fremgangsmåte eller boikottens angitte formål som knyttet

den til en tvist om tarifforholdet mellom LO/Industri Energi og NHO/Technip Norge (avsnitt 43). Ved den videre vurderingen delte retten seg. *Flertallet* (4) kom til at boikotten var i strid med fredsplikten. Flertallet begrunnet dette med at «boikottens innretning» og «tarifforholdet mellom partene» innebar «at boikotten vil virke som et press på Technip Norges tariffrettslige stilling» (avsnitt 54).

Når det gjelder det første, «boikottens innretning», la flertallet vekt på at Technip Singapore ikke «i nevneverdig grad» ville påvirkes av boikotten, mens Technip Norge derimot ville rammes «hardt» (avsnitt 47). Dette hadde sammenheng med virksomhetens organisering. Det var Technip Norge som stod for kontraheringen med de norske operatørene som boikottvarselet var sendt til, og det var derfor Technip Norge som stod i fare for å miste oppdrag (avsnitt 47). Technip Singapore ville på sin side i prinsippet fortsatt ha mulighet til å levere tjenester til andre deler av Technip-konsernet selv om arbeidet på norsk sokkel falt bort (avsnitt 48). På bakgrunn av dette vurderte flertallet det slik at virkningen av boikotten «ikke [var] sammenlignbar med de indirekte konsekvenser som normalt følger av en boikott» (avsnitt 48).

Når det gjelder «tarifforholdet mellom partene», viste flertallet til at boikotten ville føre til press på Technip Norge til å endre virksomhetsorganiseringen, noe som måtte «ses i sammenheng med en underliggende interessekonflikt mellom partene» (avsnitt 49). Denne konflikten gjaldt hvorvidt Technip Norges virksomhet fører til «sosial dumping» og om selskapet skal anvende Oljeserviceavtalen for arbeid som utføres som entreprise. Denne tvisten var oppe for Arbeidsretten i ARD 2012 s. 384, og der ble det avgjort at Oljeserviceavtalen *ikke* forpliktet Technip Norge til å legge til grunn avtalen for arbeid som ble utført ved innleie eller entreprise fra andre selskaper i konsernet, og at Technip Norge derfor har rett til å organisere virksomheten på denne måten. Ettersom boikotten «først og fremst» rammet Technip Norge, mente flertallet at den var «egnet til å få selskapet til å endre praksis» (avsnitt 52).

Mindretallet (3) la derimot til grunn at det ikke var sannsynliggjort at formålet med boikotten var å tvinge frem endringer i eget tarifforhold. Mindretallet mente at virkningen boikotten ville ha for Technip Norge, var «en nødvendig og normal indirekte virkning av boikott som et anerkjent kampmiddel i norsk rett» (avsnitt 60). Det var heller ikke andre forhold som knyttet boikottvarselet til tarifforholdet med Technip Norge. Når Industri Energi ikke hadde medlemmer i Technip Singapore, ville boikott være «et viktig virkemiddel for å støtte opp om tariffavtalekravet» (avsnitt 60). Etter mindretallets syn var den rettet mot den delen av kontraktskjeden som var i Norge fordi Technip Singapore ikke skulle kunne bruke personell her (avsnitt 60). Mindretallet pekte videre på at de to søsterselskapene var adskilte rettssubjekter, og at det ikke

kunne være avgjørende at virksomhetsorganiseringen innebar at Technip Norge ble skadelidende; det kunne ikke ha betydning «for vurderingen av om boikott rettet mot Technip Singapore skal anses som annen arbeidskamp i relasjon til Technip Norge» (avsnitt 58).

Dommen reiser blant annet spørsmål om hvilken plass aksjonens virkninger kan tillegges ved formålsvurderingen. Hvorvidt en aksjon som formelt er rettet mot en arbeidsgiver, har skadevirkninger for en annen som den aksjonerende står i et tarifforhold med, har tradisjonelt sett ikke kunne føre til at aksjonen kan anses å være i strid med fredsplikten. Dette vil – slik mindretallet nevner – være indirekte og normale konsekvenser ved bruk av boikott og arbeidskamp. I prinsippet skulle det heller ikke ha betydning om de indirekte konsekvensene for tredjemann er omfattende. Jeg forstår imidlertid dommen slik at flertallet bygget på at Technip Norge var den reelle adressat for boikotten – og ikke kun en tredjemann som ble rammet av den. Dette må sees i sammenheng med forhistorien og den underliggende tvisten om Oljeserviceavtalens virkeområde, ARD 2012 s. 384 og ARD 2013 s. 268 *Subsea 7*.

Alexander Næss Skjønberg

Åldersdiskriminering; EU-rettslige prinsipers företråde framför nationell rätt. EU-domstolens dom 19 april 2016 i mål *Dansk Industri (DI)*, som för talan för *Ajos A/S mot dödsboet efter Karsten Eigil Rasmussen*, C-441/14, EU:C:2016:278

EU-rätt gäller framför nationella regler och går före förutsebarhet, slår EU-domstolen fast i målet *Ajos*. Saken gällde huruvida R skulle ha rätt till avgångsvederlag (danska: fratrædelsesgodtgørelse) efter uppsägning, trots att R uppnått den ålder som enligt den danska funktionærloven berättigade honom till tjänstepension (danska: arbejdsgiverbetalt alderspension). Dansk rätt föreskrev i en sådan situation inte någon skyldighet för arbetsgivaren att finansiera slikt avgångsvederlag. Dessutom hade R efter avslutad anställning fortsatt arbeta hos ett annat företag. Är det alltså fråga om otillåten åldersdiskriminering att inte ge en pensionsberättigad arbetstagare avgångsvederlag, även om den pensionsberättigade fortsätter att vara yrkesverksam? Och vidare: gäller EU-rettsliga principer framför nationell rätt i en tvist mellan enskilda? Förenklat är svaren: ja; och ja. Målet rörde en rad principiella frågeställningar: räckvidden av principen om förbud mot åldersdiskriminering och rättssäkerhetsprincipen samt principen om EU-rättens företräde och tolkning *contra legem*.

Sø- og Handelsretten hade bifallit (gitt medhold til) Rs yrkande om betalning av det aktuella avgångsvederlaget. Domstolen slog fast att det följde av domen *Inge-*

niørforeningen i Danmark (C-499/08, EU:C:2010:600) att funktionærlovens § 2a, stk. 3, stred mot den allmänna unionsrättsliga principen om förbud mot åldersdiskriminering. Funktionærloven gäller för privatanställda tjänstemän (privatansatte funksjonærer). Som en konsekvens av domen *Ingeniørforeningen i Danmark* blev funktionærloven ändrad med verkan från 1 februari 2015, men saken i Ajos rörde förhållandet före ändringens ikraftträdande.

Rs arbetsgivare Ajos överklagade till Højesteret och anförde att en tolkning av den aktuella bestämmelsen i funktionærloven i enlighet med domen *Ingeniørforeningen i Danmark* skulle utgöra en tolkning *contra legem*. Vidare gjorde Ajos gällande att domstolarna inte kan underlåta att tillämpa en så klar och otvetydig bestämmelse som den aktuella danska med hänvisning till den allmänna unionsrättsliga principen om åldersdiskrimineringsförbud. Detta skulle, menade arbetsgivaren, utgöra risk för att åsidosätta (tilsidesette) principen om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen. Højesteret ställde till EU-domstolen två prejudiciella frågor (avsnitt 20). Den första gällde huruvida åldersdiskrimineringsförbudsprincipen medförde hinder mot den danska ordningen att inte betala avgångsvederlag till en person som är berättigad till ålderspension också i ett förhållande mellan enskilda. Den andra gällde avvägning mellan dels åldersdiskrimineringsförbudsprincipen och dess direkta effekt, dels åldersdiskrimineringsförbudsprincipen och rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar.

EU-domstolen slog beträffande den första frågan fast att den aktuella danska bestämmelsen är i strid med åldersdiskrimineringsförbudsprincipen «såsom den kommer till uttryck i» likabehandlingsdirektivet (avsnitt 27 och 44). Som stöd härför uttalade domstolen att åldersdiskrimineringsförbudsprincipen i direktivet härleds ur en rad rättskällor (se avsnitt 22). Men enligt domstolen fastställer direktivet inte i sig åldersdiskrimineringsförbudsprincipen, utan konkretiserar den endast avseende arbetslivet (avsnitt 23). Med hänvisning till domen i *Ingeniørforeningen i Danmark* konstaterade EU-domstolen att den aktuella danska regleringen omfattas av unionsrätten: en regel strider mot likabehandlingsdirektivet om den på generellt grundlag undantar en hel kategori arbetstagare – det vill säga sådana som är berättigade till pension – från avgångsvederlag (avsnitt 25).

Avseende den andra frågan slog EU-domstolen fast (avsnitt 43 f.) att nationell rätt ska tolkas i överensstämmelse med likabehandlingsdirektivet också i tvister mellan enskilda. Vidare ska, enligt EU-domstolen, nationell domstol underlåta att tillämpa (anvende) nationell rätt om den strider mot åldersdiskrimineringsförbudsprincipen. Denna skyldighet för rättstillämparen (rettsanvender) gäller oavsett – och alltså framför – principer som avser rättsäkerhet och förutsebarhet. Med hänvisning till sin tidigare praxis,

slog EU-domstolen fast att direktiv inte kan medföra skyldigheter för enskild eller att direktiv kan åberopas mot enskild, men att nationell domstol ska tolka nationell rätt EU-konformt (avsnitt 29–31). EU-domstolen uttalade att nationell rätt visserligen inte kan tolkas *contra legem* på grund av principen om EU-rättskonform tolkning (avsnitt 32), men uttalade att nationell rätt som inte är i överensstämmelse med EU-rätt ska inte tillämpas (avsnitt 33–37). Vad som istället skulle vara tillämpligt uttalade inte domstolen sig om. Vad gällde frågan om förutsebarhet godtog EU-domstolen inte denna invändning från Ajos som grund för att EU-rätten inte skulle vara tillämplig (avsnitt 38–41). Inte heller invändningen att en enskild som fått en rättighet kränkt på grund av att en medlemsstat åsidosatt unionsrätten i det fallet kan kräva skadestånd medför att förutsebarhet, det vill säga att nationell rätt i det aktuella målet skulle tillämpas, skulle ges företräde (avsnitt 38–42).

Båda de prejudiciella frågorna rörde således grundläggande EU-rättsliga principer och deras förhållande till nationell rätt. EU:s förbud mot åldersdiskriminering trumfar nationella regler. Det är en skyldighet för nationella domstolar att skydda medborgarna mot sådan diskriminering, även om det innebär att nationell rätt ska åsidosättas. Utfallet i domen är visserligen helt i linje med tidigare rättspraxis från EU-domstolen, men som nu tänjer på gränserna ytterligare för EU-rättens tillämpningsområde (anvendelsesområde) på bekostnad av räckvidden av nationell rätt. Domen medför långtgående konsekvenser för den nationella rättens tillämpningsområde om det också finns EU-rätt på området. Enskilda rättssubjekt, här en privat näringsidkare (næringsdriver), kan inte utan vidare inrätta sig efter nationell rätt, utan måste vara i stånd att förutse att nationell rätt kan vara i strid med EU-rätten, som går före nationell rätt. Detta förhållande medför att enskilda rättssubjekt har att skaffa sig omfattande kännedom om EU-rätten och hur den inverkar på nationell rätt. Att det skulle enbart gälla en part som i ett tvåpartsförhållande ska anses vara starkare antyds det inget alls om i domen. Nu ser vi med spänning fram emot hur den danska Højesteret kommer att hantera saken vidare.

Bernard Johann Mulder

ARVERETT

Hålogaland lagmannsretts dom 5. januar 2016 (LH-2015-91618)

Spørsmål om omstøtelse av salg av fast eiendom fra en mann som satt i uskifte, herunder om et testament var et gjensidig testament.

Fakta: A og C var gift og opprettet i oktober 1995 et felles testament. De hadde et felles barn D og hus-truen C hadde et særkullsbarn B. D døde i august 1995. I testamentet sto det at lengstlevende skulle «beholde vårt felles bo uskiftet – noe vedkommende også har rett til etter loven.» Etter lengstlevendes død skulle B arve en fast eiendom. Senere i 1996 ble B adoptert av A og C døde i 2010. A ble sittende i uskifte og i 2011 tilbakekalte han testamentet. I 2014 solgte han den faste eiendommen som var omhandlet i testamentet. B reiste så søksmål med krav om omgjøring av salget av den faste eiendom. B mente testamentet fra 1995 var et gjensidig testament og at en innskrenkning av retten til å disponere ved livsdisposisjoner kunne innfortolkes i testamentet. Han mente også salget var en illojal disposisjon. Tingretten kom til at salget var ugyldig mens lagmannsretten kom til at salget var gyldig.

Rettens vurdering: Lagmannsretten viste innledningsvis til definisjonen av gjensidig testament i al. § 49 tredje ledd. I testamentet var det uttrykkelig nevnt at gjenlevende kunne beholde boet uskiftet og det ble henvist til den rett som fremgår av loven. Det var ikke i saken direkte anført at sekundærbestemmelsen gjorde dette til et gjensidig testament og retten nevnte at det heller ikke var tilfellet. Konklusjonen ble at dette ikke var et gjensidig testament og at al. § 58 ikke kom til anvendelse.

Retten fant det videre klart at «testamentet ikke gir uttrykk for en avtale mellom A og C som begrenser As rett til å råde over den aktuelle eiendommen ved livsdisposisjoner.» Når det så gjaldt spørsmålet om illojalitet mot testamentet, ble det vist til Rt 2008 s. 337 hvor Høyesterett presiserte at omstøtelse ved gjensidige testamenter forutsetter en kvalifisert illojalitet. Retten la til grunn at ved et felles testament måtte terskelen være enda høyere. Salget var i dette tilfellet ikke i strid med restriksjoner som gjelder for uskifte og retten la til grunn at A på tidspunktet da testamentet ble opprettet eide eiendommen alene. Salget var ikke illojalt i relasjon til testamentet fra 1995.

Kommentar: Vi har i rettspraksis flere eksempler på at ektefeller oppretter et testament med tittelen gjensidig testament og hvor det i testamentet står at gjenlevende skal kunne sitte i uskifte og deretter bestemmes hvordan boet skal fordeles etter lengstlevendes død. Som eksempler kan nevnes Rt 2015 s. 2327 og LG-2015-23161. Poenget med slike testamenter er at en eller begge ektefeller har bestemte ønsker om fordelingen av eiendeler etter lengstlevendes død. Betegnelsen gjensidig testament er misvisende siden det bare dreier seg om et rent felles testament. Det er derfor reglene i arvelovens kap. III om uskifte som får anvendelse. For øvrig har al. § 58 ingen betydning for gjenlevendes rett til å foreta disposisjoner som må anses som livsdisposisjoner.

I dommen i Rt 2004 s. 777 poengterte Høyesterett at førstavedes ensidige bestemmelse om fordeling

av en eiendom ikke kunne begrense gjenlevendes rådighet ved livsdisposisjoner i uskifte. Høyesterett utelukket ikke helt at illojale disposisjoner kunne rammes, men uttalte: «Men jeg legger til at uskifteinstituttet i utgangspunktet er tjent med regler som, så vidt mulig, gir klare og forutberegnelige avgrensninger i gjenlevendes handlingsrom. Dette kan også bidra til å forebygge tvister.» Et moment i saken var også at gjenlevende hadde en ubetinget rett til å sitte i uskifte med felleseiet med livsarvinger og at rådigheten over uskifteboet da ikke kunne begrenses i et testament.

Peter Hambro

Virkningen av avslag på arv – al. § 74 – Agder lagmannsretts kjennelse 22. januar 2016

Avslag på arv kunne ikke forhindre at en fordring som arvelateren hadde på en arving ble avregnet i arvingens lodd i dødsboet.

Fakta: Arvelater A døde i 2014 og etterlot to sønner B og C. B og C overtok boet til privat skifte. A hadde gitt flere lån til C, en direkte og et par til noen firmaer. B fremmet på vegne av boet krav mot C om innfrielse av lånene, alternativt at C ble belastet for halvparten av beløpene i sin arvelodd. Ved kjennelse av tingretten datert 4. mai 2015 ble begjæringen tatt til følge og ved arrestforretning den 7. mai ble det besluttet arrest i tråd med begjæringen. 10. mai ga så C avslag på arv. Cs arvinger mente at Cs lodd skulle behandles som om han var død før arvefallet, jf. al. § 74 tredje ledd og at arrest var gitt i et formuesgode som ikke tilhørte C.

Rettens vurdering: Tingretten kom til at boets krav kunne sikres ved arrest for det beløp som boet kunne motregne med etter sl. § 61 tredje ledd og lagmannsretten kom til samme resultat. I sl. § 61 tredje ledd står det at «en loddeier må finne seg i at en fordring som arvelateren hadde på han, avregnes i hans lodd med fullt beløp.» Lagmannsretten uttalte at sl. § 61 tredje ledd «er en spesialbestemmelse som etter lex spesialis-prinsippet går foran de mer generelle bestemmelser i arveloven ved konflikt». Det ble videre uttalt: «Boets motregningsrett må i likhet med arvelovens regler om avkortning i arv, sees i lys av formodningen om at en arvelater normalt ønsker en jevn og rettferdig fordeling av arven etter seg når det ikke er holdepunkter for at han har villet noe annet. Det har videre formodningen for seg at arvelater også normalt vil ønske at midlene fordeles først etter at utestående gjeld er gjort opp.» Videre: «Fordringene mot (C) utgjør altså et aktivum som hører til boets masse, og det vil kunne oppleves støtende om boets lovregulerte motregningsrett gjøres illusorisk ved hans avslag på arv.»

Lagmannsretten avsluttet med følgende: «Lagmannsretten legger, som tingretten, til grunn at det må innfortolkes en begrensning i adgangen en arving har etter

arveloven § 74 til å disponere over sin arv. Dødsboets rett etter skifteloven § 61 tredje ledd til å avregne uoppgjorte fordringer arvelater hadde mot loddeier i hans lodd, representerer slik begrensning. Avslaget ... ga på å motta arv, kan ikke anses rettmessig for den del av lodden som dekker boets krav mot ham. Denne må anses som et formuesgode som «tilhører» ham og som kan gjøres til gjenstand for arrest ...»

Kommentar: Ordlyden i al. § 74 tredje ledd om virkningen av avslag er klar nok, men hvis man konsekvent følger ordlydens logiske resultater, vil man kunne oppleve uholdbare og urimelige løsninger. Et eksempel er dommen i Rt 1968 s. 629 (dissens 3-2) hvor Høyesterett kom til et annet resultat enn det som fulgte av ordlyden i arveloven. Flertallet uttalte at et annet resultat ville være støtende og tilfeldig og at man ikke hadde tenkt på en slik situasjon ved utarbeidelsen av regelen om avslag på arv. En arv faller ved arvelaters død og dødsboets motregningsrett oppstår på det tidspunktet. På meg virker det ganske klart at debitor til dødsboet ikke kan unngå denne motregningsretten ved å gi avslag på falt arv.

Peter Hambro

ERSTATNINGSRETT

Falsk bud på bolig. Straff og erstatning for bedrageri – Högsta domstolens dom 24. februar 2016

Högsta domstolen i Sverige avsa 24. februar 2016 dom i straffesak om bedrageri for falsk bud på bolig i den hensikt å presse opp prisen på boligen. Budgiveren med falsk identitet ble straffedømt for bedrageri. I tillegg ble hun dømt til å betale erstatning til kjøperen av boligen for høyere kjøpesum som følge av det falske budet.

Boligen ble lagt ut for salg med en prisantydning på 3.400.000 svenske kroner. Det kom inn bud på 3.000.000 kroner. Selgerens datter la så inn bud under falsk navn, først på 3.100.000 kroner, og senere på 3.175.000 kroner. Kjøperen av boligen bød deretter i første omgang 3.200.000 kroner. Etter enda et bud fra selgerens datter på 3.250.000 kroner, la kjøperen inn bud på 3.260.000 kroner. Boligen ble solgt til denne prisen.

For Högsta domstolen var spørsmålet om budgiverens handling oppfylte betingelsene for bedrageri etter 9 kap. 1 § og 23 kap. 7 § brottsbalken. Det er først og fremst lovens vilkår om villedning («vileledande») samt vilkårene om gevinst (for gjerningspersonen eller en annen) og tap (for den som er blitt villedet) som drøftes i dommen. Etter en gjennomgåelse av lovens vilkår og budgiverens handling var konklusjonen at budgiveren hadde gjort seg skyldig til straff for

bedrageri. Strafferammen for bedrageri etter 9 kap. 1 § brottsbalken er fengsel i to år. Dommen ble gjort betinget, men hun ble dømt til å betale 50 dagsbøter på 100 kroner. I tillegg ble hun dømt til å betale kjøperen av boligen erstatning med 200.000 kroner med tillegg av renter.

Högsta domstolen drøfter grensene for tillatt oppførsel ved avtaleforhandlinger. Begge parter må under avtaleforhandlinger regne med at motparten ikke er helt oppriktig og sannferdig i sine opplysninger. En part kan straffritt gi uriktig opplysning om høyeste eller laveste pris som vedkommende er villig til å godta. Det vil i alminnelighet også føre for langt å anse lovens vilkår om villedning for oppfylt dersom opplysning om konkurrerende bud «skulle visa sig inte vara helt korrekta». Det ligger etter rettens oppfatning «i sakens natur att man helt enkelt måste utgå från att det inte finns skäl att fullt ut fästa tilltro till uppgifter som tar sikte på parternas förhandlingspositioner». Bare i tilfeller hvor villedningen «innefattar ett klart överskridande av den gräns som enligt gängse uppfattning anses vara rimlig för en viss förhandlingssituation kan det komma i fråga att utkräva ansvar».

I noen situasjoner er det ifølge Högsta domstolen likevel grunn til å se annerledes på dette. Forhandlinger kan uttrykkelig eller underforstått føres på «ett strukturerat sätt» ved at det gjelder en bestemt prosess («ordning») for forhandlingene. Slik er det med forskjellige former for åpne budgivningsprosesser som retter seg mot flere. Formålet med slike forhandlingsordninger er å gjøre ytelsen til gjenstand for markedets vurdering. En avtale på markedsmessige vilkår forutsetter at partene har hatt lik informasjon om budgivningsprosessens forløp og utfall. «Att en part inom ramen för en sådan budgivning manipulerar förhandlingsordningen genom att under falsk identitet eller på annat sätt för in, eller låter föra in, ett inte allvarligt menat bud i processen måste i regel anses innefatta ett klart överskridande av den gräns som enligt gängse uppfattning anses vara rimlig för ett förfarande av detta slag.»

Retten fremhever at det i budgivning på boliger er viktig med åpenhet og korrekt informasjon som grunnlag for budgiverens overveielser. Et uttrykk for dette finner man i 20 § fastighetsmäklarlagen, som bestemmer at megleren skal sette opp en oversikt over avgitte bud, som skal overgis til både oppdragsgiveren og kjøperen av boligen. Det ligger ifølge Högsta domstolen klart utenfor grensene for det akseptable å avgi falske bud i den hensikt å drive opp prisen på boligen.

Det falske budet utgjorde etter dette villedning («vileledande») i lovens forstand. At forutsetningene for en markedsmessig avtale på grunnlag av korrekt budgivning ble borte ved det falske budet, innebar at også lovens vilkår om gevinst og tap var oppfylt. Det ble lagt til grunn at kjøpesummen ville ha blitt lavere enn 3.260.000 kroner dersom det falske budet ikke var blitt avgitt. Spørsmålet om boligens markedsverdi var

i seg selv uten betydning for vilkårene om gevinst og tap.

Erstatning for rent formuestap er i svensk rett ifølge 2 kap. 2 § skadeståndslagen betinget av at tapet er en følge av en straffbar handling. Straffansvaret utgjorde derfor også ansvarsgrunnlag for erstatning til kjøperen. Spørsmålet var så hvor stort tap kjøperen var blitt påført som følge av den straffbare handlingen. Avgjørende for tapet var differansen mellom avtalt kjøpesum og den kjøpesummen som ville ha blitt avtalt dersom det falske budet ikke hadde vært kastet inn i budgivningsprosessen. Tapet kunne ikke fastsettes med sikkerhet, bl.a. fordi det var usikkert hvilken minstepris selgerne ville ha godtatt. Högsta domstolen satte erstatningen skønnsmessig til 200.000 kroner.

Det ligger noe på siden av undertegnede forstand å gå inn på spørsmålet om et falsk bud som beskrevet i dommen ville være straffbart bedrageri etter norsk rett. Undertegnede tar likevel sjansen på å gi uttrykk for at vilkårene i strl. § 371 synes å være oppfylt.

Erstatningsansvar for alminnelig formuestap er etter norsk rett ikke betinget av straffbart forhold. Fra en norsk erstatningsrettslig synsvinkel synes Högsta domstolens redegjørelse for rettigheter og plikter under budgivning i bolighandelen dekkende også for norsk rett. Det samme gjelder domstolens betraktninger om fastsettelse av tapet.

Trygve Bergsåker

Litteratur

Morten Kjelland: Erstatningsrett – en lærebok. Universitetsforlaget, Oslo 2016. 495 sider

Boken er skrevet av professor Morten Kjelland ved Institutt for offentlig rett og er hovedsakelig ment som lærebok for jusstudenter. Boken trekker på forfatterens erfaring fra undervisning. Kjelland mottok våren 2016 studentenes undervisningspris. Til boken følger det med en nettressurs til bruk for jusstudenter, med sammendrag av hvert enkelt kapittel i boken, og oppgaver til hvert av kapitlene. Dessuten har forfatteren tatt flere pedagogiske grep i bruk, bl.a. tegn som markerer sammenhenger, kommenterte sitater fra dommer, skjemaer og figurer underveis og kontroll- og refleksjonsspørsmål.

Selve boken er systematisk inndelt i femten kapitler, som faller i fire deler – innledning (I), ansvarsgrunnlag (II), årsakssammenheng og erstatningsvernets grenser (III), og erstatningsutmåling (IV). Teksten er pedagogisk strukturert og sortert, og det går nokså sjelden mer enn to sider før neste undertittel. Fremstillingen er konsentrert og rik på eksempler, især fra norsk høyesterettspraksis. For øvrig inneholder den nyttige henvisninger til andre kilder. De underliggende hensyn er omtalt relativt kort i et innledende kapittel, men likevel

nok til at leseren får en dekkende forklaring om hva de mest sentrale hensynene dreier seg om.

Stoffet er fremstilt med et sikkert språk, i en beskrivende og tydelig form. Konsepter er illustrert gjennom skjemaer og tabeller. Formatet har i mindre grad gitt plass til kritisk drøftelse av forfatterens måte å ordne og visualisere stoffet på. Samtidig unngår boken å bli for vanskelig tilgjengelig. Selv om boken er en generell fremstilling i erstatningsrett, ligger bokens hovedtyngde på erstatning for person- og tingsskader, i eksempeltilfang og problemstillinger som tas opp. Mer spesielle former for rene formuestap er i mindre grad berørt.

Som lærebok for jusstudenter, og kanskje særlig i første studieår, vil boken kunne utgjøre et nyttig tilskudd. Som oppdatert og eksempelrik fremstilling vil den også være nyttig for andre.

Johannes Hygen Meyer

FAST EIENDOM

Tomtefeste – Høyesterettsdom 10. februar 2016 (HR-2016-00304-S)

I denne saken, som gjaldt en boligeiendom på Smestad i Oslo, hadde grunneier (en svensk statsborger) en festekontrakt fra 1950, og med utløp i 2048, med et ektepar som krevde innløsning etter tomtefesteloven § 32. At fester hadde innløsningsrett, var ikke omtvistet. Tvisten gjaldt vederlaget – innløsningssummen. Skjønnsretten og overskjønnsretten anvendte den såkalte 40 %-regelen i tomtefesteloven § 37 og fastsatte innløsningssummen til henholdsvis 1.320.000,- og 1.520.000,-. Bortfesterens ankegrunn var at dette stred i mot EMK P1-1, særlig tatt i betraktning at tomtens markedspris, når utbyggingspotensialet ble hensyntatt, var et sted mellom 10 og 15 millioner kroner. Subsidiært påberopte bortfester seg et utvidet eiendomsvern etter den alminnelige folkerett, siden han ikke var norsk statsborger.

Hovedspørsmålet i saken var om tomtefesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum – slik det lød i 2012 – helt eller delvis måtte settes til side som stridende mot P1-1. Høyesterett i storkammer forkastet anken enstemmig og la til grunn at festeres innløsningsrett bygger på en bred lovgivervurdering, hvor hensynet til en rettferdig avveining av interessene hos bortfester og fester har stått sentralt (32). Da innløsningskravet ble fremsatt hadde tomtefesteloven § 37 første ledd følgende ordlyd:

«Ved innløsning av tomt som er festa bort til bustadhus eller fritidshus, skal innløsningssummen vere 25 gonger årleg festeavgift etter regulering på innløsningstida, om ikkje ein mindre innløsningssum er avtalt. Om ikkje anna er avtalt, kan bortfestaren like-

vel krevje at innløyssingssummen for andre tomter enn dei som er festa bort på uavgrensa tid utan oppseiingsrett for bortfestaren, skal vere 40 prosent av tomteverdet på innløyssingstida med frådrag for verdauke som festaren har tilført tomta med eigne tiltak eller tilskott til tiltak som er gjort av andre. Tomteverdet må ikkje setjast høgare enn det tomta kan seljast for om det berre er tillate å setje opp det eller dei husa som er på tomta.»

Høyesterett la til grunn at innløsning etter tomtefesteloven § 32 innebærer en tvangsmessig overføring av eiendomsretten til tomten, som er beslektet med ekspropriasjon i regulær forstand. Slik tvangsavståelse omfattes av avståelsesregelen i P1-1 første ledd andre punktum. Den sentrale problemstilling var om innløsning på de vilkår som følger av § 37 første ledd andre og tredje punktum er forholdsmessige, slik P1-1 krever.

Som en viktig premiss for forholdsmessighetsvurderingen, la Høyesterett stor vekt på hvordan bortfesteres interesser er avklart og vektlagt i forbindelse med lovgivers vurderinger (begrunnelser og avveininger). Det følger av forarbeidene at det var hensynet til bortfesteres interesser som begrunnet forslaget om den supplerende 40-prosentregelen. Målet var å legge til rette for en «merkompensasjon» for bortfesteren der tomtens verdi har økt relativt mye i festeperioden. At den samfunnsskapte verdien som verdistigningen på eiendommen representerer, etter bestemmelsen deles mellom partene, beror på et bevisst og utvetydig valg etter en inngående politisk prosess (65). Selv om forarbeidene er spinklere når det gjelder avgrensningen mot merverdien av en endret utnytting av tomten, viser forarbeidene at også her er bortfesteres interesser tatt i betraktning og veid mot festeres behov (68). Høyesterett oppsummerer selv denne delen av sine premisser slik (avsnitt 70):

«Samlet sett viser det jeg har referert fra forarbeidene, at reglene om fastsettelse av innløsningssum, herunder «sikkerhetsventilen» i § 37 første ledd andre og tredje punktum, er utformet med det for øye å balansere to hensyn: De skal – med utgangspunkt i rettsforholdets særlige karakter – legge til rette for en rettferdig fordeling av de samfunnsskapte verdiene mellom partene i festeforholdet. Reglene skal dessuten sikre at innløsningssummene holdes på et nivå som gjør innløsning for fortsatt bruk som tomt for egen bolig eller fritidseiendom, til et praktisk og reelt alternativ, i tråd med innløsningsrettens hovedformål. Det er mitt bestemte inntrykk at Stortinget har vært oppmerksom på, og også har tatt hensyn til, bortfesteres interesser ved de avveininger og valg som lovens ordning er et uttrykk for.»

Den andre premissen i Høyesteretts forholdsmessighetsvurdering gjelder selve de økonomiske forhold, særlig forholdet mellom innløsningssummen på 1,52 millioner og det bortfester må gi fra seg i og med innløsningen. Utgangspunktet er at retten til løpende festeavgift var verdt drøyt 400.000,–. Ved vurderingen

av mulig verdi utover dette, hvis tomten ikke innløses, må det tas i betraktning at festeren har rett til forlengelse ved festetidens utløp etter tomtefesteloven § 33. Når forlengelsesretten som sådan er konvensjonsmessig (jf Lindheimdommen), vil P1-1 ikke kunne være til hinder for at vederlaget ved innløsning av festetomt fastsettes med utgangspunkt i at denne forlengelsesretten vil bli gjort gjeldende – altså ut fra den forutsetning at festeforholdet, ved lovgivning og innenfor rammene av kontrollregelen i P1-1 andre ledd, er varig. Bortfesteren kan ikke ved innløsning etter tomtefesteloven § 32 gjøre krav på å bli stilt økonomisk som om festereis forlengelsesrett etter § 33 tenkes borte (85). Og i forlengelsen av dette: 40-prosentregelen i § 37 første ledd andre og tredje punktum kom inn i loven i 2004 nettopp for å ivareta hensynet til bortfesteres forventninger om å kunne utnytte eiendommen økonomisk etter utløpet av festetiden (87). En innløsningssum på 1.52 millioner kroner innebærer en «merkompensasjonen» ved innløsning i 2012 knyttet til inngrepet i bortfesterens forventning om å kunne utnytte tomten økonomisk etter 2048 på mer enn 1 million kroner (88).

Alt i alt mente Høyesterett at innløsningssummen på 1.52 millioner kroner sto i et rimelig forhold til det bortfester må gi fra seg, og at han heller ikke av andre grunner ble påført en individuell og overdreven byrde ved denne innløsningen.

Bortfester ble heller ikke hørt med sin subsidiære ankegrunn, som var at han hadde et utvidet eiendomsvern etter den alminnelige folkerett. Om dette sier Høyesterett i avsnitt (95): «Jeg vil ikke utelukke at det kan tenkes tilfeller der retten til erstatning ved tvangsmessig avståelse av fast eiendom står sterkere for en utenlandsk statsborger etter den alminnelige folkerett enn den gjør etter den generelle konvensjonsregelen i P1-1. Men jeg vet ikke om noen dom fra EMD hvor det er sagt at utfallet under avståelsesregelen i P1-1 ble et annet enn det ellers ville ha blitt, fordi eieren var utlending. Det er i det hele tatt omtrent ikke praksis fra EMD om den henvisningen som konvensjonen her gjør til folkerettens alminnelige regler. Årsaken er trolig at vernet etter den generelle avståelsesregelen i P1-1 regulært oppfyller retten til «prompt, adequate and effective» erstatning etter den alminnelige folkerett, jf. NOU 2003:29 side 40. Dette er, etter mitt syn, situasjonen også i Guldbergs sak. Noe vern utover det som allerede følger av den generelle regelen i P1-1, har han i dette tilfellet derfor ikke.»

Endre Stavang

Oppløsning av sameie etter sameieloven § 15 – Høyesterettsdom 18. februar 2016 (HR-2016-386-A)

Høyesterett avsa enstemmig dom – (Skjæloøy) – som gjaldt fastsettelsessøksmål om adgangen til å kreve

oppløsning etter sameieloven § 15 av et familiesameie i en fritidseiendom. Høyesterett kom til at sameiet kunne oppløses etter krav fra én av sameierne.

Fakta:

Eiendommen ble kjøpt av Wilhelm Otnes i 1938. Den ligger på Skjæløy i Fredrikstad kommune, og er bebygget med én hytte. I 1972 overførte Wilhelm Otnes eiendommen til sine tre barn, Brynjulf Otnes, Wilhelm Otnes og Grete Eckhardt, som dermed ble sameiere med en ideell tredjepart hver. De inngikk i 1973 en kortfattet sameieavtale, som regulerte forkjøpsretten ved salg av sameieandel, og også inneholdt en bestemmelse om størrelsen på overtagelsesprisen.

1973-avtalen ble i 1994 avløst av en mer omfattende sameieavtale. I punkt 1 er det inntatt en intensjonsbestemmelse, som sier at hensikten med avtalen er å legge forholdene til rette for at eiendommen kan fortsette å være eiet av familien. For øvrig regulerer avtalen i hovedsak salg av sameieandeler. Overtagelsesprisen er satt til to tredjedeler av den forholdsmessige andel av eiendommens takserte verdi. De andre sameierne har forkjøpsrett når en sameier vil selge, men hvis ingen ønsker å kjøpe andelen, skal eiendommen selges på det åpne marked.

Hverken 1973-avtalen eller sameieavtalen hadde bestemmelser som direkte avskar eller nærmere regulerte oppløsningsretten etter sameieloven § 15.

I årene etter avtaleinngåelsen er de opprinnelige sameiernes andeler blitt overdratt til barn og barnebarn. Det er i dag 10 sameiere, og andelene er likt fordelt mellom arvingene etter Brynjulf Otnes og Grete Eckhardt. De minste sameieandelene er på 1/72-del.

Én av sameierne ønsket i 2012 å selge sin andel til sine brødre. Det oppstod da en uenighet om forståelsen av sameieavtalen. Konkret var det spørsmål om salg innenfor én gren av familien utløste forkjøpsrett for sameiere fra andre familiegrener. Denne uenigheten og ulike prioriteringer omkring drift av sameiet, samt en mer anstrengt dialog mellom sameierne, førte til at det i 2013 ble fremsatt begjæring om tvangsoppløsning etter sameieloven § 15 tredje ledd.

Tingretten kom til at sameiet kunne oppløses, mens lagmannsretten kom til motsatt resultat. Lagmannsretten (Fosmark var ikke dommer) mente at sameieavtalen måtte forstås slik at den ekskluderte oppløsningsretten.

Høyesteretts vurdering:

Oppløsningsretten i § 15 kan fravikes ved avtale, og den står tilbake for «serlege rettshøve». I **avsnitt 37 – 48** redegjør Høyesterett for hvilke krav som generelt må stilles til avtalegrunnlaget for at oppløsningsretten er satt til side, herunder samspillet mellom avtale og «serlege rettshøve». Oppløsningsretten er en grunnleggende og nøye overveiet regel. Et oppløsningsforbud kan være et sterkt inngrep i sameiernes handlefrihet, og det må derfor kreves et klart grunnlag

i avtalen for at sameierne skal anses å ha gitt avkall på oppløsningsretten. Det er riktignok ikke noe krav at avtalen uttrykkelig må slå fast at oppløsningsretten ikke skal gjelde, da dette kan følge indirekte av formålet med sameiet. I sameier som varer i lang tid, kan imidlertid formålet med tiden svekkes eller ikke lenger kunne realiseres.

I praksis kan det være glidende overganger mellom «serlege rettshøve» og avtale, og det kan i slike tilfelle være en smakssak om hjemmelen for å fravike oppløsningsretten anses å være avtalen eller «serlege rettshøve».

Høyesterett drøfter i **avsnitt 49 – 55** om det også skal foretas en rimelighetsbasert interesseavveining mellom partene. Bakgrunnen var at førstvoterende i Kjeller Bil-dommen (også kalt Florin Billakkerings) i Rt-1998-1933 (dissens 3 – 2) foretok en slik interesseavveining. Førstvoterende som tilhørte flertallet, uttalte (side 1939 – 1940):

«I vurderingen av om forbeholdet i § 1 annet ledd kommer til anvendelse, er det også aktuelt å foreta en avveining av partenes interesser. Jeg viser her til forarbeidene til sameieloven, der det er uttalt at når det er tvil om hvor langt det er gjort avvik fra sameielovens regler, kan det legges vekt på om den ene eller den andre løsningen vil virke urimelig etter omstendighetene i den konkrete sak. (Se Sivillovbokutvalgets uttalelse referert i Ot.prp. nr. 13 (1964–65) side 19.)»

Uttalelsen er uklar. Den kan forstås som en henvisning til avtalerettens tolkningsregler, noe som er uproblematisk. En annen forståelse er imidlertid at en interesseavveining er et selvstendig vilkår ved vurderingen av om oppløsningsretten er avskåret.

Etter å ha sett på forarbeidene – Rådsegn 4 side 20 – kom Høyesterett i foreliggende sak til at lovgiver tok det bevisste valg at oppløsningsretten ikke skal være knyttet til rimelighetsvilkår. Utvalgets vurdering i Rådsegn 4 var videre at medeiernes interesser kan ivaretas ved at de har forkjøpsrett når sameietingen selges på oppløsningsauksjon. En interesseavveiningsregel vil dessuten medføre uforutsigbarhet og være tvisteskapende på et område som berører mange.

Den konkrete vurderingen fremgår av **avsnitt 56 – 57**. Avtalen inneholdt som nevnt ingen bestemmelse som direkte avskar oppløsningsretten. Det var imidlertid en særlig oppløsningsbestemmelse i forbindelse med salg av sameieandel:

«4. Gjennomføring av forkjøpsretten

Salget skal være avgjort innen 6 måneder etter at selger har varslet ønsket salg. Dersom en av de to andre parter i denne perioden finner at hun eller han ikke ønsker å delta i kjøpet av den tilbudte tredjedel, forlenges fristen med 3 måneder, slik at det maksimalt kan gå 12 måneder fra det første salgstilbud blir fremsatt og til kjøp blir bestemt. Betaling må være gjennomført senest 1 måned etter den aktuelle frists utløp. Hvis ingen av de andre parter ønsker å kjøpe ut

selger(ne)s andel(er), skal eiendommen i sin helhet utbys til salg på det åpne marked. Salgssum, fratrullet alle omkostninger ved salget, skal i så fall deles likt på de 3 parter.»

Høyesterett kom til at denne bestemmelsen ikke uttømmende regulerte oppløsningsadgangen. Klausulen løste ikke situasjonen der det er konflikter mellom sameierne, men alle ønsker å fortsette å være eiere. Hvis bestemmelsen følgelig uttømmende regulerte oppløsningsadgangen, ville konsekvensen være at sameiet i en slik situasjon er uoppløselig, og at den sameieren som holder ut konfliktene lengst, favoriseres.

Til støtte for at sameiet er uoppløselig i andre situasjoner enn den som er regulert i punkt 4, viste de parter som motsatte seg oppløsning, til avtalens formålsbestemmelse, som lyder:

«1. Intensjon

Hensikten med nærværende avtale er å legge forholdene til rette for at eiendommen kan forbli i familiens eie, samtidig som antall brukere/ eiere på sikt kan reduseres ved salg av eierdeler innen familien.»

Høyesterett kom til at avtalens formålsbestemmelse – en intensjon om å bevare eiendommen i familien – ikke kunne føre til en annen vurdering av oppløsningsadgangen. Avtalereguleringen fremstod som et forsøk på å unngå oppløsning, men ikke som en avskjæring av dette alternativet.

Ved oppløsningsauksjon etter § 15 andre ledd stiller for øvrig sameierne likt, og de har forkjøpsrett under ellers like vilkår med eksterne budgivere. Lovens normalordning legger derfor til rette for at eiendommen – etter et tvangssalg v/ medhjelper – fortsatt kan bli eiet av en del av familien.

Kommentar:

Denne saken er et godt eksempel på at en hytteeiendom går i arv, og at det blir mange sameiere etter hvert som kan ha større eller mindre interesse for eiendommen, og ulik økonomi, som gjør at det lett kan oppstå uenighet når det gjelder investeringer og vedlikehold. Det samme gjelder den faktiske bruken av hytten, hvor det ofte kan oppstå uenighet om praktiske ting. I dette tilfellet var det annen og tredje generasjon som hadde kommet inn som sameiere. Antall sameiere hadde fra 1973 økt fra tre til ti sameiere.

Det resultatet Høyesterett kom til er etter mitt syn ikke overraskende. Oppløsningsretten er grunnleggende, og det må, som Høyesterett sier, kreves klare holdepunkter for at lovens deklatoriske regel er fraveket. I dette tilfellet var de tre opprinnelige sameierne ved inngåelsen av sameieavtalen i 1994 etter det opplyste bistått av advokat. Det hadde da vært naturlig at en advokat sørget for uttrykkelig å få avtalefestet at oppløsning ikke skal kunne skje for eksempel før etter en viss tid – hvis dette virkelig var sameiernes mening på det tidspunktet. En annen sak er at det i mange

familiesameier, som i dette tilfellet, ofte er et ønske om å beholde eiendommen i familien til «evig tid» – et ønske som ikke sjelden blir mer og mer «utvannet» etter hvert som tiden går og nye generasjoner blir sameiere. Et vesentlig hensyn for oppløsningsretten er nettopp at en sameier for eksempel i en slik situasjon skal kunne komme ut av sameiet, slik at han får frigjort sin kapital. Salg av en sameieandel vil ofte være lite hensiktsmessig; enten fordi man ikke finner kjøpere til andelen eller at prisen blir for lav.

Jeg er også enig med Høyesterett i at sameieavtalens punkt 4 (sitert ovenfor) ikke løser den situasjon at det som i denne saken har oppstått en konflikt mellom sameierne, slik at sameiet vanskelig kan fortsette, mens alle (unntatt én sameier) ønsker å forbli eiere.

Det er også viktig å merke seg at Høyesterett nå enstemmig klart har uttalt at det *ikke* skal foretas en interesseavveining mellom partene. Den usikkerhet som førstvoterendes votum i Kjeller Bil-dommen kan ha skapt om at en interesseavveining er et selvstendig vilkår ved vurderingen av om oppløsningsretten er avskåret, er følgelig ryddet av veien.

Dommere var Ringnes, Matheson, Stabel, Indreberg og Skoghøy.

Per Racin Fosmark

Lagdommer Borgarting lagmannsrett

Litteratur

Marthinussen, Hans Fredrik,
Tredjemannsproblemene. Om formuerettslige
argumentasjonsmønstre, Cappelen Damm
Akademisk, 2016. 262 sider

I boka tek forfatteren opp ei rekkje tema med tilknytning til «tredjemannsproblem» (rettsreglane om forholdet mellom fleire rettar til same formuesgode, den dynamiske tingsretten). Dels gjeld det grunnspørsmål som eigedomsrettens overgang, legitimasjon og systemomsyn, dels djupdykk i meir spesifikke tema innanfor godtruerverv og kreditorekstinksjon. Målet er å skapa djupare forståing av metoden.

Kåre Lilleholt

IMMATERIALRETT

Høringsnotat til ny åndsverklov

Den 16. mars 2016 la Kulturdepartementet frem sitt lenge etterlengtede høringsutkast til ny åndsverklov. En omfattende gjennomgåelse av det opphavsrettslige regelverket har vært varslet siden den siste store revisjonen av dagens lov i 2005, og nå foreligger den i

form av et forslag til en helt ny lov. Dagens lov har vært gjenstand for et utall endringer siden vedtakelsen i 1961, noe som både skyldes den enorme teknologiske utviklingen som har vært de siste 50 årene og behovet for å gjennomføre internasjonale forpliktelser, og da særlig EU-direktivene som del av EØS-avtalen. Ifølge høringsnotatet har «[d]e mange endringer som har blitt foretatt i gjeldende lov siden 1961» gjort «at den i dag fremstår som fragmentert og vanskelig tilgjengelig. I forslaget til ny lov er både språk og struktur gjennomgått. Hensikten har vært å modernisere og forenkle loven, slik at den blir et mer effektivt og lettere anvendelig verktøy for alle dens brukere.» I tillegg innebærer forslaget også materielle endringer, fordi «utviklingen [skjer] så fort at ytterligere tilpasninger er nødvendig også i den nye loven». Hovedreglene og prinsippene ligger likevel i stor grad fast, slik at tyngdepunktet i lovrevisjonen ligger i ambisjonene om å gjøre loven ryddigere og mer tilgjengelig. Ambisjonene må i stor grad sies å være fulgt, selv om oppgaven med å gi en åndsverklov som lett kan leses uten forkunnskaper i opphavsrett fremstår som bortimot umulig. Det har sammenheng med den kompliserte rettighetsstrukturen i opphavsretten, som i stor utstrekning er bestemt av internasjonale forpliktelser.

Det sier seg selv at et forslag til en helt ny åndsverklov er omfattende, og høringsnotatet er på 375 tekstsider uten selve lovteksten. Det lar seg derfor ikke gjøre å gi en uttømmende oversikt over innholdet over noen spalter i *Nytt i Privatretten*, men noen utvalgte hovedelementer skal her berøres.

(1) Kort om strukturen

Det foreslås visse strukturelle endringer i forhold til gjeldende lov. Som dagens lov vil den nye loven være inndelt i kapitler, men paragrafnummereringen vil følge kapitlene i stedet for å være fortløpende. Ellers foreslås det inntatt et innledningskapittel (kapittel 1) som angir lovens formål (forslaget § 1-1) og innhold (§ 1-2). Videre vil kapitlene som gjelder hva som er beskyttet og hvilke rettigheter som tilligger rettighets-haverne, etter forslaget komme før de nærmere bestemmelsene om avgrensning av rettighetene. I dagens lov gis det først regler om beskyttelse for åndsverk (kap. 1), deretter regler om avgrensning av rettighetene til åndsverk, mens kapitlet om rettigheter til annet enn åndsverk (kap. 5) kommer først også etter kapitlene om rettighetsoverdragelse og vernetid. I lovforslaget kommer kapitlet om de nærstående rettighetene (kap. 3) rett etter kapitlet om rettigheter til åndsverk (kap. 2), men før kapitlene om avgrensning av rettighetene (kap. 4) og rettighetsoverdragelse (kap. 5). Det gir en mer logisk og oversiktlig rekkefølge. Det samme gjelder det forhold at vernetidsbestemmelsene for åndsverk flyttes til åndsverkkapitlet, og at særbestemmelsene i dagens kapittel om «andre rettigheter», som egentlig ikke bare omfatter «rettigheter», etter forslaget legges i et eget kapittel under tit-

telen «Forskjellige bestemmelser» (kap. 6). De øvrige kapitlene følger samme inndeling og rekkefølge som i dagens lov (om enn med annen nummerering); vern for tekniske beskyttelsessystemer (kap. 7), særlige tiltak ved rettighetsinngrep på Internett (kap. 8), sanksjoner (kap. 9) og lovens rekkevidde (kap. 10).

(2) Kjønnsnøytralitet

Et lenge omdiskutert spørsmål har vært hvordan betegnelsen «opphavsmann» best kan erstattes med et kjønnsnøytralt uttrykk. Departementet foreslår neologismen «opphaver», jf. forslaget § 2-1 første ledd. Det fremgår av høringsnotatet at forslaget allerede har vært på høring i Språkrådet, som er skeptiske, og i stedet har foreslått uttrykket «opphavsperson». Departementet påpeker «at åndsverk bare kan skapes av fysiske personer, og at «'opphavsperson'» rent språklig vil skape tvil om det også omfatter fysiske personer». I tillegg bemerkes det at uttrykket «'opphaver' [synes] å være lettere og mer anvendelig enn 'opphavsperson'», og at et «nytt uttrykk kan lett lyde unaturlig i begynnelsen, men slik vil det være uansett når man skal erstatte et vel innarbeidet begrep som har lang historie» (s. 26). Det bes likevel om høringsinstansenes synspunkter og eventuelle andre forslag til ny begrepsbetegnelse som kan erstatte «opphavsmann».

(3) Tydeliggjøring

Den uttalte ambisjonen om å gjøre åndsverkloven mer tilgjengelig for brukerne, gir seg bl.a. utslag i at forslaget inneholder noen bestemmelser som eksplisitt uttrykker forhold som i dagens lov har vært underforstått. Dette må ses i sammenheng med at den teknologiske utviklingen har medført at åndsverkloven i langt større utstrekning enn tidligere har blitt en «forbrukerlov», i den forstand at reglene har direkte betydning for privatpersoners rettsstilling. I lovforslaget er det tatt noen grep for å tydeliggjøre rettstilstanden, som dels har vært ansett for unødvendig tidligere, og dels må sies å være noe utradisjonelle i immaterialrettslig sammenheng. Etter undertegnede oppfatning er det grunn til å se på et slikt initiativ med positive øyne, av de årsaker som her er nevnt. Her skal det gis noen eksempler på bestemmelser i forslaget som tilsikter å tydeliggjøre rettstilstanden.

Ett eksempel er forslaget om å lovfeste det såkalte *verkshøydekravet* (originalitetskravet). I dagens lov står det bare at et åndsverk er et litterært, kunstnerisk eller vitenskapelig verk, og så en oppregning av forskjellige typer verk, men ikke hva som skal til for at noe er et åndsverk. Kravene om dette er ulovfestede, selv om det i relevante EU-direktiver står at det som beskyttes må være originalt i den forstand at det utgjør opphavsmannens egen intellektuelle skapelse («the author's own intellectual creation»). Forslaget til spesifisering av verkshøydekravet i lovutkastets § 2-1 lyder «litterære eller kunstneriske verk av enhver art som er uttrykk for original og individuell skapende

åndsvirkosomhet (lovutkastets § 2-1). Formuleringen parafraserer i noen grad verkshøydekravet slik det er formulert i norsk høyesterettspraksis, selv om det nok har vært vanligere å si «resultat av» enn «uttrykk for». I høringsutkastet (s. 27) presiseres det at intensjonen bare er «å lovfeste gjeldende rett, slik at kravene til åndsverk går klarere frem av loven», og dessuten at «en slik uttrykksform også vil dekke det EU-rettslige originalitetskravet slik det fremgår av EU-domstolens praksis». Det vises til målsettingen om å gjøre loven lettere tilgjengelig, og i et slikt perspektiv er det positivt at kravet tas inn i loven.

Et annet forsøk på tydeliggjøring, som også er velkomment, er forslaget til en såkalt «strømmingsbestemmelse» i forslaget § 2-2 tredje ledd. I dagens rettsituasjon er det ikke avklart om det er lov å spille av opphavsrettsbeskyttet innhold som er lagt ut ulovlig på Internett. Problemet kommer særlig på spissen ved de såkalte «strømmingstjenestene» som tilbyr tilgang til film, musikk eller annet innhold uten at brukerne behøver å laste ned noe eksemplar på egen datamaskin. Bruk av tjenesten Popcorn Time er et velkjent eksempel. Det er et paradoks at det i dagens åndsverklav ikke er mulig å finne ut av om handlinger som folk foretar seg hver eneste dag og time, er lovlig eller ikke. Svaret er heller ikke opplagt om man går inn i andre rettskilder, ettersom det beror på hvordan de svært kompliserte reglene om fremstilling av midlertidige eksemplarer (som bl.a. dannes ved hjelp av brukerens nettleser) skal tolkes, jf. dagens lov § 11a. Departementets holdning, uttrykt i tidligere lovforarbeider, har vært at sluttbrukeres «browsing» eller «strømming» av opphavsrettsbeskyttet innhold ikke kommer i konflikt med disse reglene, men det er ikke opplagt at tolkningen er i samsvar med EU-direktivene om opphavsrett. I høringsnotatet innser departementet at det er behov for en klargjøring av om «strømming» av ulovlig innhold er tillatt, og det foreslås – på grunnlag av en interesseavveining – en bestemmelse som forbyr dette på nokså strenge vilkår: «Det er ikke tillatt å bruke åndsverk som åpenbart ulovlig er gjort tilgjengelig for allmennheten på Internett eller annet elektronisk kommunikasjonsmiddel når bruk av den ulovlige kilden er egnet til å skade opphavers økonomiske interesser i vesentlig grad». Bestemmelsen kan by på flere tolkningsproblemer, men gitt departementets uttalelse om at «[s]elv om det er grunn til å tro at håndheving kan være vanskelig, kan det ha en holdningsskapende effekt at lovgivningen markerer at det ikke er fritt frem for å bruke innhold som klart er lagt ut i strid med opphavsretten», er det ikke sikkert problemene vil komme på spissen i praksis. I alle fall er det positivt at intensjonen fremgår uttrykkelig av lovteksten.

Et siste eksempel som skal nevnes, er regelen i forslaget § 4-5 fjerde ledd som slår fast at fremføring og overføring i *ordinær klasseromsundervisning* anses å skje innenfor det private område. Dette er reelt sett en

tolkning, og subsumsjon, av lovens krav om at handlingene skal være offentlige for at de skal falle inn under eneretten. Forslaget må ses på bakgrunn av diskusjonen om filmfremvisning i skolen skal være tillatt uten vederlag, og gir uttrykk for departementets holdning til dette spørsmålet. Holdningen har grunnlag i uttalelser i lovforarbeidene til 1961-loven, men når spørsmålet har vært diskutert, er det på grunn av at filmfremvisning i klasserom er noe helt annet i dag enn på begynnelsen av 1960-tallet. Videre har det vært pekt på som et paradoks at eksemplarframstilling, og utdeling av kopier i klasser, har vært underlagt rettighetsklarering og dermed også vært gjenstand for betaling. Departementet holder likevel fast ved at ordinære klasserom skal anses for å tilhøre privatsfæren i relasjon til fremføring og overføring, og er kommet til at oppfatningen bør avspeiles i lovteksten.

(4) Omlegging av rådighetsrettsbegrepene

Dette leder over til en annen sentral endring som følger av lovforslaget, nemlig en justering av begrepene som styrer innholdet i enerettighetene. Etter dagens lov har opphavsmannen (opphaveren) enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten gjennom handlinger som kategoriseres som henholdsvis offentlig spredning, offentlig visning og offentlig fremføring. I loven er det uttrykkelig presisert at eneretten til offentlig fremføring inkluderer det som kalles offentlige overføringer, typisk såkalte distanseoverføringer, som kringkasting og «strømming», og til og med situasjoner der verket er stilt til rådighet på en slik måte at mottakeren selv kan velge tid og sted for tilgang til verket. Med dette er uttrykket «offentlig fremføring» strukket langt utover det som er en naturlig språklig forståelse av det, og omfatter f.eks. til og med situasjoner der man sender vedlegg over epost. Et problem med en slik begrepsbruk er at den ikke samsvarer med EU-direktivene, som opererer med offentlig overføring som en egen rettighetskategori. Begrepsbruken i den norske loven skaper forvirring i praksis, og problemer med tilpasning til EU-domstolens tolkning av uttrykket offentlig overføring. Departementet tar konsekvensen både av dette og av at fremføringbegrepet er i dårlig samsvar med vanlig språkbruk, og foreslår at uttrykket «offentlig overføring» innføres som en egen underkategori av «tilgjengeliggjøring for allmennheten» som er sideordnet uttrykket «offentlig fremføring», jf. forslaget § 2-2 annet ledd. Konsekvensen er at uttrykket offentlig fremføring begrenses tilsvarende til kun å omfatte handlinger som ikke dekkes av uttrykket offentlig overføring. Livefremføringer og kinovisninger er nærliggende eksempler på hva som vil dekkes av fremføringsbegrepet, mens kringkasting og alle former for tilgjengeliggjøring via Internett vil være offentlig overføring. Endringen vil føre til en begrepsbruk som er langt mer i samsvar med den internasjonale reguleringen enn dagens regler, og er klart å foretrekke.

Det samme er tilfellet med forslaget om endring av rådighetsrettsbegrepene i den såkalte databaseregelen som i dag står i åvl. § 43. Regelen gir en særskilt beskyttelse for databaser, og slik den står i dag har databaseeieren enerett til å fremstille eksemplarer eller gjøre tilgjengelig for allmennheten hele eller vesentlige deler av databasens innhold. I databasedirektivet (dir. 1996/9/EF) art. 7(2), som åvl. § 43 gjennomfører, brukes imidlertid andre uttrykk – det tales om «uttrekk» («extraction») og «gjenbruk» («re-utilization») av hele eller vesentlige deler av databasens innhold. EU-domstolen har i sin praksis tolket disse begrepene på en måte som i noen grad avviker fra «eksemplarfremstilling» og «tilgjengeliggjøring for allmennheten». Også dette skaper tilpasningsproblemer ved tolkning av den norske lovbestemmelsen, og i lovforslaget er det av denne grunn foreslått å innta uttrykkene «uttrekk» og «gjenbruk» i stedet (jf. forslaget § 3-8 annet ledd). Det er grunn til også å slutte seg til dette forslaget.

(5) Rettighetsoverdragelse

De kanskje mest oppsiktsvekkende endringene i lovutkastet gjelder forslaget til nye regler om rettighetsoverdragelse. I denne sammenhengen kan det ikke redegjøres inngående for forslaget, men to hovedpunkter skal nevnes. Et gjennomgående trekk er at reglene søker å ivareta hensynet til den opprinnelige rettighetshaveren som den presumptive svake part i avtaleforholdet.

For det første foreslås det en klarere lovfesting av det såkalte «spesialitetsprinsippet», som i henhold til Høyesteretts praksis innebærer at avtaler om rettighetsoverdragelse skal tolkes restriktivt i opphavsmannens favør (jf. bl.a. Rt. 2001 s. 872, Løkke-Sørensen). Slik utlagt er prinsippet en tolkningsregel, sterkt beslektet med det mer generelle ukklarhetsprinsippet i avtaleretten, men det har av enkelte også vært forstått som en bevisbyrderregel. I høringsnotatet foreslår departementet å lovfeste både en bevisbyrderregel og en tolkningsregel i «opphaverens» favør, jf. forslaget § 5-1 annet ledd. Det kan stilles spørsmål ved om en tolkningsregel er tilstrekkelig for å vareta interessene til den originære rettighetshaveren som svak part, i kombinasjon med vanlige bevisregler. Den fleksibiliteten som ligger i de vanlige bevisreglene kan trekke i denne retningen. I tillegg er ukklarheten i selve uttrykket «bevisbyrde» et argument mot å innta en særskilt bevisbyrderregel i lovteksten, iallfall uten at det klart spesifiseres hva som menes med uttrykket.

For det andre foreslås det å lovfeste en generell regel om at skapende og utøvende kunstnere skal ha krav på rimelig vederlag ved overdragelse av opphavsrett til bruk i ervervsvirksomhet, jf. forslaget § 5-3 første ledd. Forslaget er inspirert av tilsvarende regler i bl.a. Tyskland og Nederland, og er uttrykk for bekymring for at erververe overtar rettigheter uten å yte tilstrekkelig kompensasjon. Hovedformålet med bestemmelsen er å motvirke ubalanse i avtaleforholdet, og i

høringsnotatet uttales det at behovet for lovfesting av en slik regel «underbygges av den terskel som i praksis har vært satt ved sensur av 'urimelige avtaler' under avtaleloven § 36», idet det «foreligger knapt noen rettspraksis hvor avtaleloven § 36 har blitt anvendt på avtaler om overdragelse av opphavsrett». Forventningen er derfor at «[e]n lovfestet rett til rimelig vederlag kan ... bidra til å styrke skapende og utøvende kunstners vern mot urimelige kontraktsvilkår» (s. 253). Som relevante momenter i vurderingen av hva som er et rimelig vederlag nevnes rettighetenes verdi, omfang og betydning på erververens hånd. Videre understrekes det at det er forholdene på avtaletidspunktet som vil være avgjørende for vurderingen, og det gis uttrykk for en noe nølende holdning til mulighetene for avtalerevisjon, men det bes om innspill til det. Det fremmes imidlertid ingen forslag til særlige tvisteløsningsmekanismer for å avgjøre hva som er et «rimelig vederlag», og om forslaget blir gjennomført gjenstår det å se hvilken betydning bestemmelsen vil ha i praksis.

Det nevnes også at den såkalte «arbeidsgiverregelen» foreslås lovfestet, dvs. den ulovfestede presumpsjonen om rettighetsovergang i arbeidsforhold, som kan føres tilbake til Ragnar Knophs legendariske bok *Åndsretten* (1936). I forslaget § 5-6 fastslås det derfor at «[o]pphavsrett til verk som er skapt av arbeidstaker, går med mindre annet er avtalt over til arbeidsgiver i den utstrekning det er nødvendig for at arbeidsavtalen skal nå sitt formål». Som det fremgår er en slik presumpsjon fravikelig, og det fremstår i det lyset litt underlig at det i siste punktet i bestemmelsen kategorisk fastslås at «[a]rbeidsgiverens rett er begrenset til bruksformer som kunne forutses da verket ble skapt». Meningen må være at presumpsjonen ikke slår til i et slikt tilfelle, men i så fall bør nok tillegget formuleres på en litt annen måte.

(6) Avtalelisens på det «audiovisuelle området»

Bestemmelsene i forslagets kapittel 4 om «avgrensning av opphavsretten og forvaltning av rettigheter ved avtalelisens» viderefører i stor grad dagens kapittel 2, selv om det foreslås en god del endringer i detaljene og ikke minst i språkbruk og struktur. Den enkeltbestemmelse som kanskje påkaller størst oppmerksomhet, er forslaget § 4-32 om ny avtalelisens for tilgjengeliggjøring av audiovisuelle produksjoner. Regelen har sammenheng med Høyesteretts nylige avsagte dom i Get-saken, HR-2016-00562-A, omtalt på s. 16–18 i denne utgaven, som viser at skillet i dagens lov mellom 'primære' kringkastingssendinger og videresendinger har spilt fallitt. I dagens teknologiske virkelighet sendes filmer og annet audiovisuelt innhold på forskjellige 'plattformer', og poenget må være å ha ordninger om rettighetsklarering som fanger opp denne utviklingen. Departementets forslag er et svar på denne utviklingen, idet den underliggende premissen er at den store rettighetstettheten på det audiovisuelle området lett kan medføre at alle rettig-

heter til sendinger på alle plattformer ikke er klart bakover. Avtalelisensen tilbyr, i tråd med den norske tradisjonen, en løsning i slike tilfeller, idet den gir rett til offentlig tilgjengeliggjøring av verk som inngår i audiovisuelle produksjoner om det inngås en avtale med en representativ rettighetshaverorganisasjon. Det fremgår uttrykkelig av forslaget at en slik avtale ikke gjelder for bruk av verk der det er inngått avtale direkte med rettighetshaverne, og det foreslås også en såkalt «opt out», som gjør at den individuelle rettighetshaveren kan nedlegge forbud mot bruk under avtalelisensen. En slik klausul er inntatt for å unngå at avtalelisensen griper for sterkt inn i rettighetshavernes enerett, men den kan også tenkes å undergrave avtalelisensens effektivitet. Det kan derfor kanskje være grunn til å tenke på om rettighetshavernes interesser kan varetas på annen måte, og som ikke kommer i konflikt med internasjonale forpliktelser.

(7) Sanksjoner

Forslagets kapittel om sanksjoner inneholder flere nyheter og er sterkt preget av ønsket om å «harmonisere» med reglene om sanksjoner for brudd på andre immaterialrettigheter, idet sanksjonsreglene for de såkalte «industrielle rettighetene» ble reformert i 2013 (se omtale i *Nytt i Privatretten* 4/2013 s. 23–24). Nytt er bl.a. forslag til en uttrykkelig bestemmelse om at det ved dom kan nedlegges forbud mot opphavsrettsinngrep (§ 9-1). En slik forbudsdom kan også avsies i dag, men det fremgår ikke uttrykkelig av loven.

Videre foreslås det betydelige forenklinger i bestemmelsen om straff (forslaget § 9-2), og muligens går forenklingen for langt når man nøyer seg med å straffebelegge «inngrep i rettigheter», ettersom loven også vil inneholde forbud som det ikke er naturlig å betegne som rettigheter (jf. forslaget kap. 6), og som etter dagens lov er straffebelagt. Den alminnelige strafferammen foreslås økt fra seks måneder til ett år.

Forslagets regel om økonomisk kompensasjon for rettighetsinngrep (§ 9-3) inneholder flere nyheter, bl.a. ved at det uttrykkelig fremgår at rettighetshaveren kan kreve «rimelig vederlag» for bruken, og til og med det dobbelte av rimelig vederlag ved forsettlige eller uaktomme handlinger. Det siste har et opplagt pønalt preg. De forskjellige kompensasjonsalternativene – vederlag, erstatning og vinningsavståelse – fremstår etter forslaget som rene alternativer uten muligheter for kumulasjon (jf. bruk av ordet «eller»). Her er det nok grunn til å tenke gjennom konsekvensene, særlig av at erstatning for ikke økonomisk skade etter forslaget fremstår som et alternativ til regelen om dobbelt vederlag. Etter dagens regler er det utvilsomt adgang til å kreve erstatning både for økonomisk og ikke økonomisk skade («oppreisning»), og det må spørres om det er meningen å innføre en ny rettstilstand i så henseende.

(8) *Forholdet til det pågående reformarbeidet i EU*
Det pågår for tiden et omfattende reformarbeid på opphavsrettsområdet i EU (se omtale i *Nytt i Privatretten* 1/2016 s. 19–20), og spørsmålet er hvordan forslaget til ny åndsverklov kan tilpasses dette reformarbeidet. Reformarbeidet omtales i høringsnotatet (s. 21–23), og på flere punkter i utredningen uttales det at man vil avvente utviklingen i EU før man foreslår endringer i gjeldende regler. Dette impliserer at man er forberedt på å måtte gjøre endringer i den nye loven selv relativt kort tid etter vedtakelsen av den hvis EU-tilpasningene ikke kommer tidsnok til at de kan innlemmes i lovforslaget. Det varsles også om at direktivet om kollektiv forvaltning av opphavsrett mv. (dir. 2014/26/EU), som av forskjellige årsaker ennå ikke er innlemmet i EØS-avtalen, vil bli gjennomført parallelt med forslaget til ny lov, og at det vil bli sendt ut et eget høringsnotat om dette.

Ole-Andreas Rognstad

Kabelsending av fjernsynsprogrammer – Høyesterettsdom 10. mars 2016 (HR-2016-562-A)

Den 10. mars 2016 avsa Høyesterett dom i saken mellom Norwaco og Get AS (heretter «Get»), der det – under dissens 4-1 – ble slått fast at Get ikke drev «videresending» av kanalene TVNorge, FEM, MAX og VOX, og at Norwaco ikke kunne kreve vederlag for dette etter åndsverkloven § 34. Dommen bør ses på som del av en større problemstilling om hvordan rettigheter knyttet til audiovisuelle produksjoner, typisk TV-produksjoner, skal klareres for alle de måter de i våre dager kan gjøres tilgjengelige for publikum på.

Hovedsynspunktet fra kringkastingsselskaper og «distributører» som Get og RiksTV synes å være at distributørenes formidling er en del den primære tilgjengeliggjøring for allmennheten som kringkastingsselskapene er ansvarlig for, som krever rettighetshavernes samtykke etter åndsverkloven § 2, men som blir klarert i rettighetshavernes avtaler med kringkastingsselskapene eller de produsenter som kringkastingsselskapene kjøper programmer av. Distributørene synes å mene at kostnadene ved dette blir mindre enn ved den klarering som det fra rettighetshaversiden hevdes må til; her hevdes det nemlig at denne distribusjonen faller inn under klareringsmyndigheten til rettighetshaverorganisasjonen *Norwaco*, og at distributørene derfor må forhandle med Norwaco om vederlag for dette. Norwaco er en paraplyorganisasjon for rettighetshaverorganisasjoner som ble opprettet i 1983, og blant medlemmene finner vi for eksempel TONO som organiserer opphavsmenn på musikkområdet, Norsk Filmforbund, Norsk Skuespillerforbund, Norsk artistforbund, Norske Filmregissører, Norske Dramatikeres Forbund, Norske Dansekunstnere, Norske Scenografer, GramArt og plateorganisasjonene IFPI Norge og FONO.

Norwaco forvalter flere typer av rettigheter. Det sentrale grunnlag for organisasjonens virksomhet i «videresendingssektoren» er åndsverkloven § 34, der det heter:

Verk som lovlig inngår i kringkastingssending, kan ved samtidig og uendret videresending gjøres tilgjengelig for allmennheten når den som videresender oppfyller betingelsene for avtalelisens etter § 36 første ledd.

Opphavsmannens enerett til videresending kan bare utøves gjennom organisasjon som er godkjent etter § 38 a.»

Norwaco er godkjent av Kulturdepartementet etter åvl. § 38 a.

Åndsverkloven § 34 (tidligere § 20 a) har sin opprinnelse i problemene med å få klarert «nabolandsfjernsyn». På 1980-tallet var det i grensetraktene mot Sverige mulig å ta imot fjernsyn fra Sverige, helt sør i landet sender fra Danmark. Dette ble etter hvert utnyttet av enkelte kabeldistribusjonsselskaper, som tok ned signalene fra våre nordiske naboland og sendte dem videre til abonnenter i Norge gjennom sine kabelanlegg. Programmene var imidlertid ikke blitt klarert i henholdsvis Sverige og Danmark for sending til seere i Norge. Ovennevnte lovbestemmelse løste dette ved å slå fast at videresendingen måtte klareres gjennom en rettighetshaverorganisasjon.

Det ble også lagt til grunn at kabeldistributørers videresending av *satellittsender* fra utlandet, regulert av satellitt- og kabeldirektivet (direktiv 93/83/EF), ble dekket av denne bestemmelsen.

Get tilbyr sine abonnenter ulike «kanalpakker». I flere av disse inngår TVNorge, som produseres av SBS Discovery AS i Norge, og FEM, VOX og MAX, som produseres for det norske markedet av SBS Discovery Media Ltd. Kanalene sendes via ulike distribusjonsselskaper over bakkenettet, i kabel og over satellitt. Før 2009 hentet Get signalene ned fra de samme satellitter som sendte kanalene ut til abonnenter med satellittabonnement, og videresendte dem i kabel til sine abonnenter. For dette betalte Get vederlag til Norwaco. Fra 2009 ble denne praksisen lagt om. De fire kanalene saken gjaldt, ble nå overført fra TV-selskapet til Get i *kryptert, lukket fiberforbindelse*, før Get sendte dem ut til abonnentene gjennom sitt kabelnett. Get hevdet at denne «distribusjonsformen» ikke var videresending, og sluttet å klarere med Norwaco. Get tok ut stevning mot Norwaco for Oslo tingrett 23. november 2012 med påstand om at Get hadde rett til å distribuere kanalen TVNorge. Norwaco tok ut motsøksmål og anførte at Get AS måtte betale erstatning for videresending av kanalene TVNorge, FEM, MAX og VOX.

Dette skjedde mens en tvist med mange fellestrekk med foreliggende sak, en tvist mellom Norwaco og en

annen distributør – RiksTV –, stod for Oslo tingrett. Ved dom av 30. mai 2013 kom Oslo tingrett til at RiksTVs distribusjon i det digitale bakkenett av de kanaler dette selskapet distribuerte, ikke var «videresending» etter åndsverkloven § 34. Denne dommen er ikke blitt anket.

Også Get fikk 31. desember 2013 medhold i Oslo tingrett om at selskapet hadde rett til å distribuere fjernsynskanalene TVNorge, FEM, MAX og VOX uten avtale med Norwaco. Dommen ble anket, men anken forkastet av Borgarting lagmannsrett 8. april 2015. Høyesterett opprettholdt dommen under dissens 4-1.

Førstvoterende – dommer Webster – tar først for seg ordlyden i åvl. § 34 og påpeker at «videresending» forutsetter at det «samtidig skjer en opprinnelig utsendelse av åndsverk» (avsnitt 33). Videre sier hun at kravet om «samtidig og uendret videresending» kan trekke i retning av at det er kringkastingssendingen og ikke en særskilt forsendelse [les: sendingen i den lukkede linje til distributøren] som må videreformidles (avsnitt 34). Etter en ganske omfattende gjennomgang av bakgrunnen for loven og forarbeidene, Bernkonvensjonen artikkel 11 bis, og en visitt til satellitt- og kabeldirektivet, samt en nederlandsk høyesterettsdom av 28. mars 2014 (ECLI: NL: HR:2014:735), konkluderer hun med at «rettskildebildet så langt [taler] for at regelen i § 34 i første rekke tar sikte på å regulere rettighetshavernes posisjon ved distribusjon av fjernsyn som ikke er initiert av kringkasteren selv. Det typiske tilfellet hvor § 34 får anvendelse er der «eter-sendte» fjernsynssendinger ment for et land blir fanget opp i et annet land» (avsnitt 50). Sendingene i den foreliggende sak skilte seg fra dette ved at de var «ment for Norge» (avsnitt 47). Førstvoterende fant at «både overføring i kabel, via satellitt og over bakkenettet [fremstår] som en del av primærkringkastingen av kanalene TVNorge, FEM, MAX og VOX» (avsnitt 51).

Førstvoterende synes også å legge til grunn at § 34 må gis en restriktiv fortolkning fordi den etablerer en tvungen avtalelisens, altså forvaltning gjennom en organisasjon, og således innskrenker opphavsmannens mulighet til *selv* å forvalte sine rettigheter: «Ettersom § 34 begrenser opphavsmannens rettigheter etter § 2, er det dessuten grunn til å utvise forsiktighet med å benytte regelen om avtalelisens utover det området forarbeidene viser at § 34 var ment for.» Tidligere har det vært hevdet i norsk opphavsrett at det ikke er noen grunn til å tolke innskrenkninger i opphavsmannens enerett innskrenkende, men her får vi en antydning om det motsatte, i hvert fall når innskrenkningen er en tvungen avtalelisens.

Endelig mener førstvoterende at reelle hensyn støtter at det ikke er snakk om «videresending»:

«I motsetning til det som var den sentrale problemstillingen i NOUen, nemlig at seere i naboland ser på tv-kanaler som ikke var beregnet, og dermed

ikke klarert, for seere i dette nabolandet, er kanalene TVNorge, FEM, MAX og VOX opprinnelig beregnet for Norge. Det er seere i Norge som er målgruppen for kanalene. At kanalene produseres for det norske markedet gjør det nærliggende at kringkastingsforetaket – SBS – forestår klareringen av opphavsrettigheter på vegne av dem som står for distribusjonen som kringkasteren initierer. Imidlertid er det ingen tvil om at i den grad Get AS distribuerer tv-kanaler som inneholder beskyttede verk, fordrer det at Get AS sikrer at bruken er klarert. I avtalene mellom SBS og Get AS er det forutsatt at SBS skal klarere alle opphavsrettigheter for utsendingen i kabel. Get AS har et selvstendig ansvar og vil bli ansvarlig overfor opphavsmennene hvis SBS ikke oppfyller denne forpliktelsen (avsnitt 54).»

Mindretallet – dommer Arntzen – kom til et annet resultat. Hun presiserte først at Gets kabeldistribusjon var en klareringspliktig offentlig fremføring etter åndsverkloven § 2 som Get hadde ansvar for at det ble betalt vederlag for (avsnitt 64 og 65). Hun var uenig i førstvoterendes forståelse av ordlyden i § 34 og mente videresendingsbegrepet passet på overføringen: «Så lenge Get foretar en fremføring av tv-kanaler overført i programbærende signaler fra SBS, dreier det seg språklig sett om en videresending» (avsnitt 68). Hun var heller ikke enig i at forarbeidene eller forhistorien talte mot å anse distribusjonen som videresending, og hun gir en omfattende redegjørelse for dette. Som reelle hensyn trekker hun avslutningsvis frem at den kollektive klarering etter § 34 er i samtlige rettighetshaveres interesse, og at det ikke er gitt noen gode reelle grunner til å skifte klareringsregime (avsnitt 85 og 86):

«Selv om avtalelisensordningene strengt tatt innebærer innskrenkninger i opphavsretten – særlig for de rettighetshavere som ikke er medlemmer av organisasjonen som forvalter rettighetene – er det kollektive klareringssystemet i praksis i samtlige rettighetshaveres interesse. Også utenforstående rettighetshavere har samme rett til vederlag som rettighetshavere tilsluttet klareringsorganisasjonen, jf. åndsverkloven § 37.

Jeg mener etter dette at begrepet «videresending» ikke er forbeholdt de tilfeller der signalene teknisk sett stammer fra den kringkastede sendingen. Det avgjørende er at det skjer en uendret videresending av de programbærende kringkastingsignalene samtidig med kringkastingsendingen. Jeg kan ikke se at det i denne saken er grunnlag for å etablere et nytt klareringsregime i tillegg til klarering av videresending i henhold til § 34 første ledd og av kabelfødte sendinger i medhold av åndsverkloven § 2, jf. § 34 tredje ledd.»

Det er ikke bare i Norge denne og beslektede problemstillinger kommer opp. Dommen bør leses i lys av EU-domstolens avgjørelse i sak C-325/14 *SBS Belgium*, som ble avsagt 19. november 2015, men ikke er kommentert i Høyesteretts premisser. EU-domstolen slo fast at et kringkastingselskap som sender TV-signaler i lukket linje til en distributør, *selv* ikke foretar noen «tilgjengeliggjøring til allmennheten». EU-domstolen antyder imidlertid nokså klart at distributørens utsending til abonnentene er en «tilgjengeliggjøring for allmennheten», og, som Norges Høyesterett i «vår» sak, at distributøren vil ha et *selvstendig ansvar* og bli ansvarlig overfor opphavsmennene dersom denne bruken ikke er klarert.

Det neste spørsmål er selvsagt om denne bruken er blitt klarert gjennom de avtaler kringkastingselskapene eller produsentene har inngått med rettighetshavere og deres organisasjoner. Det avgjør høyesterettsdommen ikke, og dette spørsmålet vil sikkert bli gjenstand for nye rettsvister og forhandlinger mellom aktørene i kultursektoren.

Harald Irgens Jensen

KONTRAKTSRETT

Oppgjør etter heving av kontrakt om oppføring av bolig – Høyesterettsdom 28. januar 2016 (HR-2016-219 A)

(1) Innledning

(1.1) Tvisten

Saken gjelder oppgjør etter heving av en kontrakt om oppføring av et tilbygg til bolighus.

Det ble inngått kontrakt mellom forbruker og entreprenør våren 2012 om oppføring av et tilbygg til en eksisterende bolig. Oppdraget var begrenset til oppføring av råbygget etter at forbruker selv hadde gjort grunnarbeidet og støpt fundamentet til nybygget. Kontraktssummen for arbeidet var 450 000 kroner. Etter at ca 70 % av arbeidene var fullført, innbetalte forbruker et akontobeløp på 300 000 kroner til entreprenøren.

Senere på våren ble arbeidene stanset som følge av manglende innsending av byggesøknad. Råbygget var da på det nærmeste ferdig; av lagmannsretten anslått til ca 90 % ferdigstillelse, det vil si 405 000 kroner av kontraktssummen. I forbindelse med byggestoppen ble det oppdaget en rekke mangler ved bygget, og kontrakten ble hevet høsten 2012.

Forbruker engasjerte en ny entreprenør, som sammen med forbruker, ferdigstilte byggearbeidene, herunder utbedret feilene ved det som var bygget. Det viste seg at kostnadene ved å fullføre og reparere bygget bare

beløp seg til om lag 129 000 kroner, som var lavere enn det beløpet på 150 000 kroner som stod igjen å betale den opprinnelige entreprenøren for hele oppdraget, men i tillegg kom forbrukers egeninnsats som av lagmannsretten ble satt til 100 000 kroner.

Forbruker tok ut stevning for Rana tingrett, og entreprenøren aksepterte under saksforberedelsen at det skulle gjennomføres et hevingsoppgjør. Partene var imidlertid uenige om gjennomføringen av dette oppgjøret.

Etter avgjørelsen i tingretten ble tvisten anket inn for lagmannsretten som dømte entreprenøren til å betale tilbake 129 151 kroner til forbruker. Begge parter anket dommen inn for Høyesterett blant annet når det gjaldt forståelsen av oppgjørsreglene i buofl § 34 andre ledd, jf § 21 første ledd som det vises til. Begge ankene ble sluppet inn til behandling, men bare for så vidt gjaldt rettsanvendelsen.

(2) Innledning – lovens virkeområde

Innledningsvis slo Høyesterett fast at tvisten falt inn under lov 13. juni 1997 nr 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad mm (bustadoppføringslova, her forkortet til buofl).

Siden avtalen gjaldt et tilbygg, og ikke en helt ny bolig, er det ombyggningsregelen i buofl § 1 tredje ledd andre punktum som kommer til anvendelse. Denne bestemmelsen likestiller full ombygging med oppføring av ny bolig. Her hadde det vært betimelig med enkelte betraktninger om grensedragningen mellom virkeområdet til bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven, ikke minst fordi reglene om hevingsoppgjøret er forskjellig i de to lovene. Basert på kommentarene i motivene til håndverkertjenesteloven er det grunn til å anta at det først er når tilbyggsarbeidene er «dominerende» i forhold til eksisterende bygning, at bustadoppføringslova kommer til anvendelse, se Ot prp nr 29 (1988–89) side 73 andre spalte. Skjer det også oppgraderinger av den eksisterende bygningen, vil dette kunne tale i favør av å benytte bustadoppføringslova.

(3) Grunnprinsippene for hevingsoppgjøret

(3.1) Entreprenørens synspunkter

Entreprenørens sentrale argumentasjon i tvisten var at oppgjøret for heving må ses i sammenheng med erstatningsreglene. Med dette som utgangspunkt anlegges et samlet erstatningsperspektiv på hevingsoppgjøret:

«Det de [forbrukerne] har krav på å få dekket, er merkostnadene, det vil si det som samlet sett overstiger kontraktssummen på 450 000 kroner.»

Entreprenøren fant støtte for sitt standpunkt i hvtjl § 16 andre ledd, jf § 26 tredje ledd, som ved delheving fastslår at tjenesteyteren skal ha den fulle kontrakts-

summen med fradrag for kostnadene ved fullføring av det som står igjen.

Det gjensto 150 000 kroner av honoraret. Forbruker hadde imidlertid fått fullført arbeidene og rettet opp mangler for et lavere beløp enn dette (til sammen 129 000 kroner, men i tillegg kom en egeninnsats). Dermed forelå ikke noe tap, og forbruker hadde følgelig heller ikke noe krav mot entreprenøren.

(3.2) Høyesteretts standpunkt

Høyesterett ga ikke entreprenøren medhold i hans argumentasjon og tok utgangspunkt i ordlyden i regelen om hevingsoppgjøret, jf buofl § 34 andre ledd, jf § 21 første ledd, som har følgende ordlyd.

«Vert avtalen heva, har entreprenøren krav på vederlag for det som er utført i samsvar med avtalen. Vederlaget skal fastsetjast på grunnlag av dei prisane som er avtalt, eller dersom dette ikkje let seg gjere, etter føresegnene i § 41 andre ledd.»

Som framholdt av Høyesterett framgår det av lovteksten at det skal skje et separat oppgjør for den delen som er utført, det vil si den delen av arbeidene som ikke heves, se avsnitt 29:

«Fastsetting av vederlaget for det som er levert, framstår således som en separat operasjon, atskilt fra et eventuelt erstatningskrav . . .»

Denne modellen har for øvrig solid forankring i en tradisjonell oppfatning innen entrepriseretten, og Høyesterett viste i så måte til redegjørelsen om hevingsoppgjøret hos Tore Sandvik, *Entreprenørrisikoen*, Oslo 1966, side 447–449, se avsnittene 33 til 35.

Høyesterett avviste at vederlagsberegningen i håndverkertjenesteloven § 16 andre ledd ga uttrykk for et alminnelig prinsipp som skulle kunne innfortolkes i buofl § 21 første ledd. En slik antakelse hadde heller ikke støtte i forarbeidene til bustadoppføringslova.

Etter dette oppsummerte førstvoterende Høyesteretts generelle syn på hevingsoppgjøret slik:

«Hevingen får kun virkning for den delen av kontraktsoppfyllelsen som gjenstår på hevingstidspunktet, det vil med andre ord si kun med virkning framover i tid. Siden denne delen av kontrakten er hevet, tilfaller en eventuell fordel som følge av at det resterende arbeidet blir utført rimeligere enn det kontrakten skulle tilsi, byggherren. For det arbeidet som er utført på hevingstidspunktet, skal det skje et separat oppgjør.»

(3.3) Kommentarer

Entreprenørens anførsel om et samlet erstatningsperspektiv på hevingsoppgjøret kunne klart nok ikke føre fram for så vidt gjaldt heving som følge av mangler. Lovgiver valgte ved utformingen av sanksjonssystemet for mangler å følge kjøpslovens system (i strid med forslaget fra utvalget): Heving og erstatning er to atskilte beføyelser som må vurderes hver for seg, og slik at heving ikke i seg selv danner et ansvarsgrunnlag for krav om erstatning. Etter bustadoppføringslova skjer heving etter § 34 (som viser til § 21 når det gjelder andre virkninger enn erstatning) og erstatning etter den alminnelige erstatningsregelen i § 35 ved mangler. Fordi det kan tenkes situasjoner hvor en forbruker kan heve uten å kunne kreve erstatning, må de to kompensasjonssystemene holdes fra hverandre.

Ved heving som følge av forsinkelse, er derimot systemet et annet. Heving former i disse situasjonene et eget grunnlag for erstatning, jf buofl § 22. Dette systemet med heving som ansvarsgrunnlag, er for øvrig benyttet i standardkontraktene enten heving er begrunnet med forsinkelse eller mangler, jf NS 8405: 2008 punkt 39.4 (nødvendige merkostnader) og NS 8407: 2011 punkt 46.4 (nødvendige merkostnader). Det er i disse tilfellene det kunne ha vært berettiget å spørre om ikke et samlet erstatningsperspektiv gir uttrykk for et alminnelig prinsipp. I hvtjl § 16 andre ledd er nettopp denne løsningen valgt:

«Heves avtalen bare for en del som står igjen, har tjenesteyteren krav på prisen for hele tjenesten med fradrag for det det normalt koster å få utført den delen som står igjen.»

Som påpekt av Høyesterett strider imidlertid en slik tolkning av reglene både mot ordlyden i bestemmelsene som klart opererer med to atskilte kompensasjonssystemer, og med en langvarig tradisjon innen entrepriseretten, se sitatene fra Tore Sandvik i avsnittene 34 og 35. Det er nærliggende å anta at utkastet til hevingsregler i bustadoppføringslova bygget på denne hevdvunne oppfatningen. At man valgte en noe forenklet erstatningsmodell i håndverkertjenesteloven, skyldes nok oppdragenes art og størrelse. Ved typiske verkstedytelser vil det ikke være like hensiktsmessig å dele oppgjøret som ved større entreprisedrag.

Forskjellen på systemene viser seg når forbruker kan oppnå en fortjeneste ved å heve kontrakten, det vil si at andre kan slutføre produksjonen til en lavere kostnad enn restvederlaget til entreprenøren, se avsnitt 37 i dommen fra Høyesterett. Ved hevingen faller retten til restvederlaget bort sammen med fortjeneste-elementet for denne delen av oppdraget. Derimot opprettholdes fortjenesten på den delen som er utført, med fradrag for mangler, se straks nedenfor. Ved utformingen av hvtjl § 16 andre ledd valgte man derimot et

kompensasjonssystem som svarte til prisavslagsregelen i hvtjl § 25.

I de fleste tilfeller vil det likevel være liten eller ingen forskjell mellom det todelte kompensasjonssystemet i entrepriseretten og håndverkertjenestelovens erstatningssynspunkt. Årsaken er at normalt vil de samlede kostnadene ved å fullføre et byggeoppdrag ved heving overstige den opprinnelige entreprenørens (samlede) vederlag. I disse tilfellene kan det anlegges en forenklet oppgjørsmodeell (systemet i håndverkertjenesteloven): Entreprenøren har krav på hele vederlaget med fradrag for det det koster å få utført den delen som står igjen. (I hvtjl § 16 andre ledd er riktig nok fradragsbeløpet normert – «normalt koster» – men det skal ikke kommenteres nærmere her.) Et enkelt eksempel viser dette: Det er avtalt et vederlag på 1 million kroner for byggearbeidene. Mot slutten av byggetiden heves kontrakten, og forbrukeren må betale en annen entreprenør 300 000 kroner for å fullføre arbeidene. Partene er uenige om den opprinnelige entreprenøren hadde utført arbeider for 800 000 eller 900 000 kroner. Det er imidlertid unødvendig å ta standpunkt til denne problemstillingen fordi forbrukeren uansett skal få dekket sine merkostnader, det vil si kostnader ut over det opprinnelige vederlaget. Entreprenøren har krav på 1 million kroner minus 300 000 kroner = 700 000 kroner. Hevder derimot forbrukeren at det er utført arbeider for mindre enn 700 000 kroner, vil det være påkrevd å ta i bruk en todelte oppgjørsmodeell. Her anfører forbrukeren i realiteten at han har tjent på å skifte entreprenør.

(4) Nærmere om oppgjøret for det som er utført

(4.1) Innledning

Den neste problemstillingen Høyesterett tok standpunkt til var hvordan vederlaget for utførte arbeider skulle beregnes med hensyn til de påviste manglene, se avsnittene 38 til 46. Spørsmålet måtte besvares gjennom en tolkning av buofl § 21 første ledd, som innledningsvis bestemmer at

«entreprenøren [har] krav på vederlag for det som er utført i samsvar med avtalen».

(4.2) Forbrukerens synspunkter

Lagmannsrettens flertall ga entreprenøren rett til vederlag for det som var utført, men justert for forbrukers krav på prisavslag for å utbedre manglene.

Etter forbrukers oppfatning hadde entreprenøren bare krav på vederlag for den delen av arbeidet som var (fullstendig) kontraktsmessig utført. For produksjon som var beheftet med mangler, var ikke vederlaget opptjent overhodet. Hevingsvirkningen etter denne betraktningmåten rammer dermed både arbeid som ikke er utført og arbeid beheftet med mangler.

Forbruker baserte sin oppfatning først og fremst på hans språklige forståelse av buofl § 21 første ledd før-

ste punktum, hvor setningsleddet «i samsvar med avtalen» knyttes til verbet «utført». I tillegg ble anført reelle hensyn, se avsnitt 16:

«Selv om entreprenøren må tåle prisavslag, vil han profitere ved å få betaling også for arbeid som ikke er kontraktsmessig utført. Især gjelder dette i en situasjon som denne, der kontraktens fortjenestepåslag ligger klart over normalnivået i markedet.»

Det fulgte av tingsrettens dom at bare reisverket var kontraktsmessig utført, og dette var skjønnsmessig verdsatt til 100 000 kroner. De resterende 200 000 kroner som var overført entreprenøren som a konto, ble krevd tilbakebetalt.

(4.3) Høyesteretts standpunkt

Høyesterett delte ikke forbrukers synspunkter med hensyn til vederlagsoppgjøret.

Heving etter bustadoppføringslova gjelder bare for det som står igjen, såkalt heving ex nunc, se avsnitt 41. For det som er levert, kommer kontraktens regler til anvendelse. Her har entreprenøren krav på vederlag, men med fradrag for kostnadene ved å rette manglene, jf buofl § 33 om prisavslag, se avsnitt 42.

Når det gjelder ordlyden i lovteksten, henspiller denne på hvilke arbeider som er relevante for vederlagsopptjeningen og ikke om de er kontraktsmessig utført.

Det pekes for øvrig på at konsekvensene av forbrukers argumentasjon er at forbrukeren må kreve erstatning etter buofl § 35 dersom rettekostnadene overstiger vederlaget for den mangelfulle produksjonen, se avsnitt 40.

For så vidt gjaldt forbrukers rimelighetsbetraktninger knyttet til at en entreprenør etter omstendighetene kunne ha en fortjeneste på kontraktsstridig utført arbeid, framholdt Høyesterett følgende, se avsnitt 44:

«Jeg kan ikke se at denne argumentasjonen tilsier en annen fortolkning. At fordelen tilfaller byggheren for den delen av leveransen som er hevet, er en konsekvens av at det for denne delen ikke lenger eksisterer et kontraktsforhold mellom partene. Det gjør det derimot for den delen som er levert, og loven oppstiller ingen regel om at entreprenøren skal tape enhver fortjeneste fordi det foreligger en mangel.»

Til slutt nevnte Høyesterett at tingretten og lagmannsrettens mindretall la til grunn at det bare var reisverket som hadde noen verdi for forbruker. De øvrige delene av råbygget var så mangelfulle at det var uten enhver bruksverdi, og at det av den grunn ikke kunne kreves noe vederlag, se avsnitt 45.

(4.4) Kommentarer

Det må kunne sies at forbrukerens tolkning av buofl § 21 første ledd var dristig og hadde i realiteten små muligheter til å nå fram.

Den viktigste anstøtsstenen er at forbrukers synspunkt på oppgjøret bryter med det grunnleggende prinsippet for heving ex nunc. Dersom forbruker ikke skal betale for utførte arbeider som er beheftet med mangler, gis hevingen (en viss) tilbakevirkende kraft.

I tillegg skjemmes argumentasjonen av to klare svakheter. For det første forutsetter forbrukers forståelse av buofl § 21 første ledd at det foreligger mangler: Forbruker er uforpliktet til å betale for arbeid som ikke «er utført i samsvar med avtalen». Bestemmelsen man tolker gjelder imidlertid direkte for heving ved forsinkelse, noe også Høyesterett kort påpeker. Det anføres derfor argumenter som ikke er anvendelige for regelens direkte tiltenkte virkeområde. For det andre gir forbrukers utlegning av bestemmelsen anvisning på et ganske håpløst vurderingstema. Skal en hvilken som helst mangel gi grunnlag for betalingsnekt, og hvis ikke, hvor går i tilfelle grensen? Dessuten måtte man ta standpunkt til hva som ville være smitteeffekten av en mangel; hvor store deler av det kontraktsmessige utførte arbeidet rundt mangelen fanges opp av regelen om vederlagsbortfall.

(5) Avslutning

Høyesterett konkluderte med at rettsanvendelsen til lagmannsrettens flertall var korrekt, se avsnitt 47. Dermed ble lagmannsrettens dom stående.

For oversiktens skyld skal nevnes at denne gikk ut på at entreprenøren måtte tilbakebetale 129 151 kroner til forbruker ut fra følgende resonnement, se øverst side 6:

«Det er flertallets konklusjon at [entreprenøren] har krav på vederlag for arbeidet som var utført, korrigert for det [forbruker] kunne fremmet som prisavslagskrav, jf. bustadoppføringsloven § 21. Kontraktsmessig utførelse ville utløst et vederlagskrav på 400 000 kroner. Etter fradrag for prisavslag med til sammen 229 151 kroner har [forbruker] krav på 170 849 kroner i vederlag.

[Forbruker] har allerede betalt 300 000 kroner og kan etter flertallets votum kreve tilbakebetaling av 129 151 kroner.»

Begge partene i tvisten hadde inngitt selvstendige anker, men ingen av disse førte fram. På dette grunnlaget måtte hver av partene bære sine egne sakskostnader for Høyesterett og lagmannsretten, jf tvl § 20-2.

Lasse Simonsen

**Fullmakt. Forvaltningsrett. Kompetanseover-
skridelse og legitimasjon – Høyesterettsdom
29. februar 2016 (HR-2016-00476-A)**

Saken gjelder spørsmålet om en kommune er bundet av avtaler om finansielle instrumenter som administrasjonssjefen hadde inngått på kommunens vegne.

Administrasjonssjefen i Bremanger kommune hadde i strid med kommunens finansreglement og de grenser som fremgikk av foreliggende delegasjonsvedtak inngått avtaler gjennom formidleren Terra med en bank – (Fokus Bank, senere Danske Bank NUF) om finansielle instrumenter. Avtalene påførte kommunen betydelig finansiell risiko og tap, som følge av finanskrisen som inntraff høsten 2007.

Høyesterett kom i motsetning til de tidligere instanser, enstemmig til at avtalene var bindende for kommunen, og frifant banken. Det ble lagt til grunn at det ikke forelå legitimerende omstendigheter som tilsa at kommunen ble bundet. Imidlertid medførte kommunens passivitet gjennom lengre tid etter at det var klarlagt at finansreglementet var overtrådt, at ugyldighetsinnsigelsen ble ansett fremsatt for sent.

Høyesterett tar først stilling til om kommunen kunne bli bundet på grunnlag av reglene om *stillingsfullmakt* i avtaleloven § 10 annet ledd, men avviste dette med den begrunnelse at det verken fulgte av lov eller sedvane at administrasjonssjefen kunne ha fullmakt. Det ble spesielt fremhevet at kommuneloven oppstilte grenser for hva administrasjonssjefen kunne binde kommunen avtalerettslig til (avsnitt 64), og at det ikke forelå noen sedvane som kunne gi grunnlag for bindingen.

Retten går deretter over til å vurdere om binding kunne foreligge på grunnlag av *kombinasjons-* eller *toleransefullmakt*, jfr Rt 2011 s 410, hvor Høyesterett for første gang uttrykkelig la til grunn at fullmakt kunne stiftes på denne måten etter norsk rett. Etter å ha foretatt en konkret vurdering av om det forelå forhold som kunne etablere et legitimasjonsgrunnlag for binding, avviste Høyesterett også denne muligheten (avsnittene 67-72).

Det prinsipielt interessante var imidlertid at Høyesterett ved å drøfte spørsmålet om binding på grunnlag av (mulig) kombinasjonsfullmakt uten noen nærmere problematisering eller drøftelse la til grunn at et offentlig organ – her kommunen – kunne tenkes å bli bundet avtalerettslig på legitimasjonsgrunnlag, selv om avtalen måtte anses inngått uten at det forelå offentligrettslig kompetanse, her personell og materiell kompetanse fra administrasjonssjefens side til å forplikte kommunen. Dette måtte nok tidligere kunne sies å ha blitt ansett som noe uklart, i det minste hvor grensen for en slik binding eventuelt skulle trekkes. Kommunen hadde da også prosedert på at det på økonomiforvaltningens område forelå klare begrensninger for slikt legitimasjonsserverv (avsnitt 53).

Etter å ha gjennomført drøftelsene av om avtalene kunne tenkes å være gyldige på grunnlag av privatrettslig legitimasjonsserverv, konkluderte Høyesterett med at det ikke forelå binding til avtalene på dette grunnlaget (avsnitt 74).

Høyesterett gikk så over til å behandle bankens anførsel om at kommunen har gjort ugyldighetsinnsigelsen gjeldende for sent til at avtalene kan anses ugyldige nå (avsnitt 75). Etter en konkret drøftelse av spørsmålet konkluderes det med at kommunens passivitet medførte at ugyldighetsinnsigelsen var gjort gjeldende for sent (avsnitt 82).

Det som imidlertid påkaller oppmerksomhet er at Høyesterett gjennomfører denne drøftelsen uten at det problematiseres eller drøftes nærmere om og i hvilken grad det gjelder noen regler eller noe prinsipp i norsk rett om at en *ugyldighetsinnsigelse* kan tapes på grunnlag av passivitet. Prinsipielt kan man tenke seg et slikt bortfall enten på grunnlag en ulovfestet reklamasjonsplikt eller på grunnlag av ulovfestede prinsipper om passivitetsvirkninger. Mens det er klart nok at en rettighet kan tapes som følge av passivitetsbortfall, jfr kontraktsrettens lovfestede reklamasjonsregler og det ulovfestede prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold, er det ikke klart at det gjelder noen alminnelig regel om reklamasjonsplikt, eventuelt passivitetsbortfall, spesielt for adgangen til å påberope seg *ugyldighet*. Avtaleloven har riktignok i §§ 28 og 32 spesielle regler om reklamasjonsplikt ved grov tvang og forvanskning. En nærliggende tanke er at man på bakgrunn av denne positive reguleringen kan slutte antitetisk at mer generelle regler om reklamasjonsplikt ikke kan oppstilles. Det er i teorien likevel diskutert om og i hvilken grad man på ulovfestet grunnlag kan tenkes å operere med en reklamasjonsplikt der reelle grunner tilsier det, jfr f eks Hauge, *Ugyldighet*, Bergen 2009, s 292 flg. Se også Woxholth, *Ugyldighet i privatretten – minnebok til Viggo Hagstrøm*, Oslo 2016, s 492-493.

Det fremstår som om Høyesterett i sin behandling av spørsmålet argumenterer på grunnlag av alminnelige, ulovfestede prinsipper om passivitet, noe da banken også hadde anført. Hvilken plass slike prinsipper har – om noen – når det spesielt gjelder adgangen til å påberope seg ugyldighet, behandler retten overhodet ikke. Drøftelsen knytter seg utelukkende til om kommunen burde ha oppdaget at administrasjonssjefen hadde gått ut over sin myndighet på et tidligere tidspunkt og påberopt seg forholdet tidligere (avsnitt 82), noe retten altså kommer til er tilfellet. På dette grunnlag konkluderes det med at ugyldighetsinnsigelsen er gjort gjeldende for sent.

Retten burde i denne drøftelsen ha behandlet om banken kunne sies å ha vært i aktsom god tro, ettersom det kan være et grunnlag for å operere med en ulovfestet reklamasjonsplikt ved ugyldighet også i et tilfelle som det foreliggende. Dette velger retten imidlertid å behandle senere, løsrevet fra en avveining i passivitets-

spørsmålet (avsnittene 88, 89 og 90) i forbindelse med spørsmålet om rekkevidden av kommuneloven § 52 nr 3. Her avlegges også avtaleloven § 33 en visitt.

Retten foretar heller ikke noe sted en prinsipiell drøftelse av om en reklamasjonsplikt, eventuelt et passivitetsbortfall, rettslig sett står i samme stilling ved ugyldighet etter avtalerettens alminnelige ugyldighetsregler som ved ugyldighet der en offentlig ansatt har handlet i strid med sin forvaltningsrettslige kompetanse. Saksforholdet i dommen gjelder sistnevnte problemstilling, og det er ikke uten videre gitt at de prinsipper som gjelder om reklamasjonsplikt, eventuelt passivitetsbortfall, stiller seg likt relatert til de to problemstillingene. Det er ikke spesielt tillitsvekkende at det i passivitetsargumentasjonen overhodet ikke betones eller problematiseres at kompetansesvikten er offentligrettslig. Dette må bedømmes på den bakgrunn at det ikke på noen måte er gitt at privatrettslig funderte synspunkter om passivitetsbortfall av rettigheter bør ha eller har noen gjennomslagskraft ved en offentligrettslig kompetansesvikt.

Personlig er jeg av den oppfatning at dommens resultat er riktig. I det aktuelle tilfellet må det legges til grunn at banken ikke har vært å bebreide, og de beste grunner taler for at man kan operere med en ulovfestet reklamasjonsplikt, eventuelt et ulovfestet passivitetsbortfall, selv om avtalen mellom kommunen og banken måtte anses ugyldig. Mine innvendinger retter seg derfor først og fremst mot rettens tilnærming til problemstillingen. Selv om det ikke på noen måte er uvanlig at Høyesterett bygger sine avgjørelser på

konkret argumentasjon, hadde det vært å foretrekke om argumentasjonen kunne ha vært spisset mer prinsipielt mot de underliggende problemstillingene. Da hadde den både vært lettere å følge og å forstå.

Geir Woxholth

PANTERETT

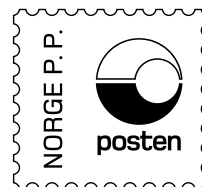
Litteratur

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Panteloven med kommentarer*, 3. utgave. Gyldendal Juridisk 2016. 607 sider

Denne tredje utgåva av *Panteloven med kommentarer* er eit velkome tilskot til den panterettslege litteraturen. Kommentaraner er ajourførte, og sidan andre utgåva frå 2003 har vi fått viktige endringar i pantelova, som reglar om legalpant for bukostnader og reglar om pant i patent og planteforedlarrettar. Artikkelen om tilbakehaldsrett er teken ut fordi emnet no er dekt i *Panterett* av same forfattar (tredje utgåve Oslo 2014). Forfattaren seier at målgruppa for kommentarutgåva først og fremst er advokatar, dommarar, tilsette i bankar og andre finansinstitusjonar og andre som arbeider med panterettslege spørsmål.

Kåre Lilleholt

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Legalpant for nødvendige boomkostninger – pantel. § 6.4

Av Thor Falkanger, professor emeritus, Universitetet i Oslo

PrivIus nr. 201 – 2015

I mange tilfeller er det så lite av frie verdier i et konkursbo at det ikke er mulig å foreta en nødtørftig gjennomgang av status og undersøkelse av om det finnes ytterligere verdier som kan inndras i bomassen. For å råde en viss bot på dette, har vi siden 2004 hatt regler om legalpant først og fremst i de av boets verdier som er pantbeheftet. Der f.eks. boets faste eiendom er pantsatt, kan boet kreve inntil fem prosent av verdien – foran andre panthavere – til dekning av nødvendige boomkostninger. Også verdier som tredjemann er eier av, kan etter omstendighetene rammes av legalpantordningen. Fremstillingen her gir bakgrunnen for regelverket og beskriver hvorledes det i dag er utviklet, blant annet gjennom flere viktige avgjørelser i Høyesterett.

De Castbergske barnelover fra 1915 – et norsk førsteskritt i rettsutviklingen

Av Marion Holthe Hirst, førstelektor ved Høgskolen i Lillehammer

PrivIus nr. 202 – 2015

Emnet for denne avhandlingen er de Castbergske barnelover fra 1915. Avhandlingen gir et grundig innblikk i den argumentasjonen som ble ført for å få lovene vedtatt. Avhandlingen tar også for seg de samfunnsmessige forutsetningene for lovenes vedtagelse, og ser på hva som gjorde en slik radikal lovendring mulig i 1915. Boken er et opptrykk av tidligere utgivelse nr. 110 fra 1986.

Kjøpes hos Akademika, St. Olavs plass 5, 0166 Oslo, tlf. 40 76 13 64 eller bestilles via e-post: bestilling-skriftserien-ifp@jus.uio.no

Nytt i privatretten

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

Redaktør: Peter Hambro
Redaksjonssekretær: Eva Dobos
Forlagsredaktør: Eirik Spillum
Foto/layout forside: Mona Ø. Ådum

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

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Damm Akademisk, telefon 21 61 66 13

Et årsabonnement (2016) på *Nytt i privatretten* koster kr 630,-. Studentabonnement koster kr 295,-. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo
E-post: jus@cappelendamm.no
<http://www.cda.no>

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2016

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer oktober 2016.