



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Utselgeskretsen ved nedbemanning – Rt. 2015 s. 1332

Saken gjaldt nedbemanning i Gresvig Detaljhandel. Det sentrale spørsmålet var om en oppsigelse var usaklig fordi arbeidsgiver ikke hadde vurdert arbeidstakeren opp mot ansatte i andre avdelinger i selskapet.

Det rettslige utgangspunktet ved nedbemanning er at sakligheten av en oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7 vurderes ut fra selskapet som helhet. Men rettspraksis viser at avgrensninger av utvelgeskretsen kan aksepteres, se særlig Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) og Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-Norge). Dommen her bekrefter dette. Samtidig legger Høyesterett føringer for når en snevrere krets kan legges til grunn.

Gresvig Detaljhandel er et aksjeselskap med salgsvirksomhet i ca. 100 butikker over hele landet. Økt konkurranse i sportsmarkedet hadde skapt en svært presset økonomisk situasjon for selskapet, med underskudd i 100-millionersklassen over flere år. Selskapets strategi for å bedre konkurranseevnen innebar en betydelig omlegging av virksomheten: Det ble etablert flere nye, store varehus, samtidig som en rekke butikker ble nedlagt. Under denne prosessen, som gikk over flere år, fulgte Gresvig den praksis at den enkelte butikk

utgjorde utvelgeskretsen. Det gjaldt både ved nedleggelse av butikker og ved nedbemanning i butikk.

Arbeidstakeren i saken var leder og eneste ansatte i en særegen avdeling som hadde som formål å selge varer til klubber og bedrifter utenom butikkene. Avdelingen hadde synkende omsetning og vært tapsbringende i flere år. Som et ledd i omleggingen av Gresvig ble avdelingen besluttet avvirket, slik at salg direkte til klubber og bedrifter i stedet skulle skje fra butikkene. Arbeidstakeren ble derfor oppsagt, etter å ha avvist et tilbud om lavere lønnet stilling som butikkselger, fremsatt i møtet der oppsigelsen ble gitt.

Det var ikke bestridt at nedleggelsen av avdelingen var saklig begrunnet i bedriftsøkonomiske hensyn (generell saklighet), og at det skapte overtallighet. Spørsmålet var om oppsigelsen var saklig begrunnet overfor arbeidstakeren (individuell saklighet). Det berodde særlig på om det var saklig begrunnet å basere oppsigelsen på at avdelingen var utvelgeskretsen. Dette dreier seg om sakligheten av valget av hvem av arbeidstakerne som skal sies opp (den horisontale vurderingen).

Høyesterett bekreftet det rettslige utgangspunktet om at utvelgeskretsen er selskapet som helhet, men at dette kan fravikes på saklig grunnlag. Derfra ga retten flere klargjørende føringer.

For det første ble det trukket opp en bredde i hvilke hensyn som kan være saklige og relevante. Retten poengterte at avgjørelsene i *Hillesland* og *Sparebanken Nord-Norge* ga eksempler på saklige hensyn, men ikke satte en ramme for, eller minstekrav til, vurderingen. En rekke hensyn kan tenkes å være relevante, blant annet de praktiske problemene ved en bred utvelgeskrets i større bedrifter, hvorvidt nedbemanningen er et enkelttilfelle eller en løpende prosess, og hensynet til ro og stabilitet for øvrige arbeidstakere. Også hensynet til å sikre videre drift og selskapets økonomiske stilling ble trukket frem.

For det andre ble det gitt overordnede retningslinjer for den konkrete vurderingen: På den ene side må de hensynene som begrunner å fravike utgangspunktet, være tungtveiende. På den annen side skal arbeidsmiljøloven ikke forstås slik at den pålegger bedriften uforholdsmessig tyngende prosesser som vil undergrave tryggheten for de gjenværende ansatte.

Deretter gikk Høyesterett over til den nærmere vur-

Innhold nr. 1

Arbeidsrett	1
Arverett	11
Fast eiendom	13
Immaterialrett	19
Panterett	20
Personvernrett	21
Selskapsrett	23

deringen av om begrensning av utvelgeskretsen var saklig i Gresvigs tilfelle. Retten tok utgangspunkt i bedriftens innarbeidede praksis. Den måtte tillegges betydelig vekt, særlig når den var basert på relevante hensyn. Videre foretok retten en vurdering i to trinn: Først vurderte den om Gresvigs praksis i seg selv var saklig. Deretter tok retten stilling til om det var saklig å legge samme praksis til grunn ved nedleggelsen av en avdeling med én ansatt. Begge spørsmålene ble besvart bekreftende.

Praksisen var saklig av flere grunner. Selskapet hadde mange ansatte fordelt på et stort antall butikker, med betydelig geografisk spredning, og butikkene utgjorde i praksis de ansattes tilknytningspunkt. Nedbemanningen var del av en løpende prosess. Den økonomiske situasjonen og behovet for å sikre videre drift ville gjøre bredere kretser særlig betenkelig. Anvendelse av samme prinsipp på enmannsavdelingen var saklig blant annet ut fra hensynet til likebehandling og fordi avdelingens særegne virksomhet gjorde en bred vurdering mindre naturlig. Bedriftens svært pressede økonomi på oppsigelsestidspunktet ble også trukket frem.

Konklusjonen ble derfor at oppsigelsen saklig kunne baseres på avdelingen som utvelgeskrets. Vurderingen av individuell saklighet rommer imidlertid ytterligere et element, en konkret avveining av virksomhetens behov mot ulempene for arbeidstakeren (den vertikale vurderingen). Her la retten terskelen høyt. Når utvelgelsen er saklig, kan avveiningen bare ved «ekstraordinære omstendigheter» slå ut til arbeidstakers fordel. Det var klart at slike forhold ikke forelå. Arbeidstakeren hadde avslått tilbudet om stilling som butikkselger, og det fantes ikke andre «passende» stillinger han hadde kvalifikasjoner for å gå inn i. Hans alder (55 år) og ansiennitet (10 år) kunne ikke tillegges betydelig vekt i denne sammenhengen.

At tillitsvalgtes rolle i prosessen ikke er nevnt, kan virke overraskende. I *Sparebanken Nord-Norge* var snevrere utvelgeskretser besluttet i samråd med tillitsvalgte, og det var en viktig del av rettens begrunnelse. I Gresvigs tilfelle var det imidlertid ikke et fungerende tillitsmannsapparat. Rettens vektlegging av bedriftens praksis må ses i lys av det.

Avgjørelsen avviker altså ikke fra tidligere rettspraksis, men bidrar til å tydeliggjøre saklighetskravet ved nedbemanning. Den gir veiledning for de materielle vurderingene, både om hvilke hensyn som er relevante, og for den konkrete avveiningen. Slike avklaringer er praktisk viktige, særlig i en tid med omfattende nedbemanning i en rekke store selskaper. Avgjørelsen har også en rent pedagogisk verdi, som en presentasjon av de ulike trinnene og vurderingstemaene i saklighetsvurderingen.

Marianne Jenum Hotvedt

Forlengelse av lærekontrakt og ansettelsestid?

– Rt. 2015 s. 1136

Saken gjaldt en lærling som fikk et lengre sykdoms-avbrudd i læretiden. Spørsmålet var om hun hadde krav på forlengelse av læretiden i bedriften.

Lærekontrakten hadde en varighet på to år, med en angitt sluttdato. I løpet av læretiden var lærlingen blitt sykmeldt i en periode på ca. syv måneder. Avbruddet innebar at hun ved læretidens utløp ikke hadde oppnådd tilstrekkelig praksis. Hun ønsket derfor å forlenge lære- og ansettelsestiden, mens lærebedriften ikke ville inngå noen ny avtale. Siden denne lærlingen ikke fikk ny læreplass noe annet sted og ikke ønsket ytterligere skolegang når utsiktene til det var så usikre, var resultatet at hun sto uten fullført videregående opplæring.

Læringers rettsstilling er spesiell. En lærling er en elev under videregående opplæring og regnes samtidig som arbeidstaker i lærebedriften etter en del av arbeidsmiljølovens bestemmelser. Opplæringsloven krever skriftlig lærekontrakt for opplæringsdelen og forutsetter samtidig en arbeidsavtale, jf. § 4-5 annet ledd. Ved forskrift er det fastsatt et standardformular som skal benyttes, med én del for lærekontrakten og én del for arbeidskontrakten. Forholdet mellom lærling og lærebedrift reguleres altså dels av opplæringsloven og lærekontrakten, dels av arbeidsmiljøloven og arbeidsavtalen. Etter arbeidsmiljøloven § 14-9 annet ledd bokstav c kan arbeidsavtaler om «praksisarbeid» være midlertidige. Stillingsvernsreglene gjelder i utgangspunktet ikke. Opplæringsloven knytter i stedet arbeidsavtalens varighet til lærekontrakten: Arbeidsavtalen faller bort når læretiden etter kontrakten er over, men kan på den annen side ikke bringes til opphør i læretiden unntatt i tilfeller der lærekontrakten kan heves, jf. § 4-2 annet og tredje ledd.

Dette forklarer hvorfor Høyesterett i første rekke vurderte spørsmålet om forlengelse etter opplæringsloven og lærekontrakten. Retten fremhevet innledningsvis at samfunnsmessige og individuelle hensyn, samt opplæringslovens formål, ofte gjør det rasjonelt og rimelig at lærlingen får fortsette ut over læretiden for å få fullført sin praksis. Ved den nærmere vurderingen tok retten imidlertid utgangspunkt i at opplæringsloven legger hovedansvaret for videregående opplæring på fylkeskommunen. Ansvarer består blant annet i å formidle læreplass og å godkjenne lærebedrifter og de enkelte lærekontrakter. Opplæring skal gis i skole dersom det ikke lykkes å formidle læreplass i bedrift. Bedriften står på sin side fritt til å bestemme om den skal være lærebedrift, og hvem som tilbys læreplass.

Høyesterett fant ingen holdepunkter for at lærekontrakten ga rett til forlengelse. Kontrakten satte en bestemt sluttdato og inneholdt ingen bestemmelser om forlengelse. Kontrakten henviste kun til opplæringslovens regler om endring og heving av lærekontrakt. Videre understreket retten sammenhengen mellom kontraktens innretning og opplæringslovens fordeling av rettigheter og plikter. Lovens ordning med tidsavgrenset læretid og midlertidig ansettelse, samt nærmere regler om endring og heving, ga «grunn til å utvise atskillig tilbakeholdenhet med utfylling av kontrakten» (avsnitt 30). Dette tilsa samtidig et svært begrenset rom for avtalesensur etter avtaleloven § 36.

I denne saken anså Høyesterett det uansett klart at avtaleloven § 36 ikke kunne anvendes, og at en anførsel om kontraktsrettslig illojalitet ikke kunne føre frem. Høyesterett konkluderte derfor med at lærlingen ikke hadde krav på forlengelse.

I tillegg til avklaringen av det konkrete spørsmålet gir avgjørelsen noe klargjøring på et mer overordnet plan. Lærlingens arbeidsforhold er en form for trepartsforhold, der både utdanningsmyndigheter og lærebedrift har plikter og ansvar til vern av lærlingen. Avgjørelsen understreker myndighetens hovedansvar og viser en tilbakeholdenhet med å utvide lærebedriftens ansvar.

Marianne Jenum Hotvedt

Politisk demonstrasjonsstreik, fredsplikt – Arbeidsrettens dom 14. januar 2016 (Inr. 1/2016)

Saken dreiet seg om rettmessigheten av en politisk demonstrasjonsstreik som ble gjennomført innen jernbanesektoren 15. juni i fjor. Aksjonen var en demonstrasjon mot regjeringens forslag til jernbanereform, jf. Meld. St. 27 (2014–2015), og den varte i tre timer fra kl. 10.00 til 13.00. Aksjonen ble iverksatt av Norsk Jernbaneforbund og Norsk Lokomotivmannsforbund, som begge er tilsluttet LO, blant medlemmer ansatt i NSB, Flytoget og Jernbaneverket. Arbeidsgiverforeningen Spekter, som organiserer NSB og Flytoget, gikk til søksmål og hevdet at aksjonen var i strid med fredsplikten.

Partene var bundet av tariffavtale, og utgangspunktet er da at det gjelder fredsplikt mellom dem i tariffavtaleperioden. Fredsplikten er imidlertid relativ og er ikke til hinder for politiske aksjoner. Arbeidsretten har i sin praksis utviklet normer for hva som skal anses som en rettmessig politisk aksjon. Utgangspunktet er at hovedformålet med aksjonen ikke må være knyttet til eget tarifforhold. I vår sak var partene enige om at dette grunnvilkåret var oppfylt (avsnitt 45). Spørsmålet var om aksjonen var i strid med fredsplikten på grunn av dens varighet.

I tidligere rettspraksis har aksjonens varighet inngått dels som et moment i en rettmessighetsvurdering, jf. for eksempel ARD 1970 s. 65 og ARD 1985 s. 40, og dels blitt oppstilt som del av et vilkår for rettmessighet, jf. ARD 2001 s. 88. Arbeidsretten tok utgangspunkt i dette og konstaterte at rettspraksis har utviklet seg slik at varighet i større grad har kommet inn i vurderingen av en aksjons rettmessighet. Retten la til grunn, slik det også er gitt uttrykk for i tidligere avgjørelser, at det er en «tariffmessig norm» at politiske aksjoner må være «kortvarige», men at det ikke kan oppstilles «absolutte grenser» for varigheten (avsnitt 54).

Etter denne mer innledende redegjørelsen for de rettslige utgangspunktene slo retten fast at en politisk aksjon på tre timer ikke «uten videre» kunne være i strid med fredsplikten «alene på grunn av dens varighet» (avsnitt 54). Aksjonens varighet på tre timer var med andre ord ikke i seg selv tilstrekkelig til at aksjonen var urettmessig.

Arbeidsretten gikk deretter over til å foreta en bredere rettmessighetsvurdering der aksjonens varighet inngikk som et element i vurderingen. Varigheten måtte sees i sammenheng med aksjonens skadevirkninger. Her viste retten til ARD 2001 s. 88, hvor Arbeidsretten fastslo at det må være «en viss forholdsmessighet mellom demonstrasjonsaksjonens varighet og dens virkninger» (s. 104). Det vil, slik Arbeidsretten la til grunn i den dommen, måtte skje en avveining mellom på den ene siden hensynet til at de aksjonerende skal gis tilstrekkelig tid til å gjennomføre aksjonen etter sin hensikt og forutsetninger, og på den andre siden hensynet til at arbeidsgiver ikke skal bli unødvendig skadelidende.

Arbeidsretten vurderte først aksjonens virkninger og sammenholdt disse med saken i ARD 2001 s. 88, hvor det ble konkludert med at det *ikke* var rimelig sammenheng mellom varighet og virkninger. Ved vurderingen i vår sak la retten vekt på to forhold. Det ene var at aksjonens virkninger i saken fra 2001 var av «en helt annen og langt mer omfattende karakter» (avsnitt 58). Der hadde den varslede aksjonen, som omfattet arbeid på installasjoner på norsk sokkel, en varighet på tolv timer. Produksjonen ville dessuten være helt eller delvis redusert i en periode ut over dette på grunn av prosedyrer for nedstengning og oppkjøring av brønnene. I tillegg ville de økonomiske konsekvensene være mer omfattende. Det andre Arbeidsretten la vekt på, var at forbundene hadde tatt initiativ til og samarbeidet med arbeidsgiversiden om gjennomføringen av aksjonen.

Etter en mer isolert vurdering av aksjonens virkninger vurderte retten aksjonshyppigheten. Arbeidsretten var enig med saksøker i at aksjoners hyppighet i en virksomhet kan være et relevant moment. Dette henger sammen med virkningselementet. De saksøkte forbundene hadde i et tidsrom på ni måneder deltatt i og gjennomført tre politiske aksjoner som rammet NSB-konsernet. Alle aksjonene var initiert av hovedorganisasjoner og rettet mot overordnede politiske beslutninger (implementering av vikarbyrådirektivet, endringer i arbeidsmiljøloven og sist altså forslag til jernbanereform). Med dette som bakgrunn mente Arbeidsretten at hyppigheten av aksjoner som rammet arbeidsgiver, fremstod som mer «tilfeldig» og skyldtes forhold «utenfor fagforeningenes rådighet» (avsnitt 59).

Avslutningsvis vurderte retten begrunnelsen for en aksjonsvarighet på tre timer (avsnitt 61). Retten bygget på at saksøker ikke ville ha bestridt rettmessigheten dersom aksjonen hadde vart i to timer (avsnitt 49). Varigheten på tre timer var begrunnet med at forbundenes medlemmer med arbeidssted på Grorud og i Drammen skulle kunne reise til og delta på en markering i Oslo sentrum (avsnitt 47). Retten la til grunn at et «behov for å medregne reisetid for medlemmer etter omstendighetene» kunne være i strid med kravet om rimelig grad av proporsjonalitet mellom varighet og virkninger (avsnitt 61), men at det ikke var det i

denne saken. Retten viste til at det var «store fagmiljø i Drammen og på Grorud som det var viktig for forbundene at fikk mulighet til å delta». Den økte tidsbruken som dette innebar, måtte anses akseptabel.

Fra saksøkers side var det også anført at aksjonens formål hadde en viss nærhet til eget tarifforhold, og at dette måtte tillegges betydning ved vurderingen av varigheten i den forstand at de aksjonerende må være varsomme med å «strekke varigheten» ut over to timer (avsnittene 25, 45 og 60). Dette ble avvist av retten som viste til at det ligger i en politisk aksjons «natur» at den har en viss nærhet til de aksjonerendes egne interesser.

Arbeidsretten konkluderte med at aksjonen var rettmessig. Resultatet er ikke særlig overraskende. Når aksjonsformålet er legitimt, er det i utgangspunktet kun objektive forhold som kan medføre at aksjonen er i strid med fredsplikten, og det var få slike elementer som talte for at arbeidsgiver ville bli «unødig skadelidende». Dommen er likevel interessant. For det første er det nesten 15 år siden forrige avgjørelse om politiske aksjoner (ARD 2001 s. 209). For det andre bygger dommen videre på den «proporsjonalitetsnorm» som ble oppstilt i ARD 2001 s. 88, hvor Arbeidsretten for første gang kom til at en aksjon var i strid med fredsplikten alene på grunn av dens varighet og skadevirkninger for arbeidsgiver. Selv om domspremissene kunne ha vært tydeligere, gir dommen veiledning til hva som er relevant i det som er blitt en mer objektivisert rettmessighetsvurdering ved politiske aksjoner.

Alexander Næss Skjønberg

Tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse – Arbeidsrettens dom 18. desember 2015 (Inr. 33/2015)

Saken gjaldt tariffavtalers stilling ved overdragelse av en kommunal arbeidsmarkedsvirksomhet. Virksomheten i Karea Oslo KF ble overført til AS Varbas, nå Karea-Varbas AS. Oslo kommune var eier av begge foretakene. Karea var bundet av tariffavtaler mellom kommunen på den ene siden og Fagforbundet og Fellesorganisasjonen på den andre siden. I forbindelse med virksomhetsoverdragelsen reserverte Karea-Varbas seg mot å overta Kareas tariffavtaler, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd. Spørsmålet var om Karea-Varbas var bundet av tariffavtalene på grunnlag av alminnelige tariffrettslige normer, se senest Arbeidsrettens dom 29. september 2015 (Inr. 21/2015, omtalt i *Nytt i privatretten* 2015 nr. 4, s. 1–2). Arbeidsrettens flertall (6) kom til at det ikke var grunnlag for slik bundethet.

De alminnelige tariffrettslige normene innebærer at overdragers tariffavtaler ikke blir bindende for erverver dersom virksomhetsoverdragelsen er «reell», jf. for eksempel ARD 1988 s. 38. Flertallet tok utgangspunkt i avveiningsnormen og gjentok de retningslinjer for vurderingen som retten oppstilte i dommen fra september 2015 (avsnitt 57). Relevante momenter er eierstruktur og eierinteresser, overdragelsens art,

omfang og virkninger, den tariffmessige situasjonen hos erverver, forutsetninger for tarifforholdet og formålet med overdragelsen.

Fra saksøkerne var det ikke anført at det forelå omgåelseshensikt. Men de hevdet blant annet at det var identitet i eierinteressene fordi kommunen var eier av både overdrager og erverver (avsnitt 31–33). Flertallet tok imidlertid utgangspunkt i at det var snakk om en sammenslåing av et aksjeselskap og et kommunalt foretak som «hver for seg over tid» hadde drevet aktivitet «som selvstendige enheter» (avsnitt 58). Som det fremkommer av dommens alminnelige del, hadde deler av virksomheten i Karea røtter tilbake til 1950- og 1960-tallet (avsnitt 4–5), og Karea-Varbas (da AS Varbas) ble stiftet i 1959 (avsnitt 11). Det kunne i forbindelse med dette ikke være avgjørende at Karea var et kommunalt foretak organisert innenfor den kommunale sfære, eller at det ikke var et selvstendig rettssubjekt. Foretaket var likevel «en ganske frittstående del av kommunen», og det sentrale måtte være at det ikke forelå «tilknytningsformer eller styring mellom det kommunale foretaket og aksjeselskapet, utover kommunens eierinteresser og eierstyring» (avsnitt 58). Når det ikke var holdepunkter for omgåelseshensikt, kunne eierforhold eller eierstyring ikke «i seg selv» begrunne at erverver ble bundet. Som et argument i samme retning viste flertallet til at de to foretakene ikke var de eneste leverandørene av attføringstjenester til Oslo kommune, og at kommunen kjøpte slike tjenester også fra selskaper som den ikke har eierinteresser i (avsnitt 59).

Når det gjaldt overdragelsens art, la retten vekt på to forhold. Det ene var at overdragelsen gjaldt virksomhet som var underlagt særlige offentligrettslige krav, og etter disse var hovedregelen at denne typen virksomheter skulle organiseres som aksjeselskap. Et annet «viktig trekk» var at overdragelsen gjaldt sammenslåing av eksisterende virksomheter – ikke tilfeller med utskillelse eller annen omdannelse av virksomhet slik som i for eksempel ARD 2001 s. 1 (Hakon) og ARD 2004 s. 163 (A-pressen) hvor virksomhet ble overført til et nytt selskap (avsnitt 61).

Flertallet vurderte videre overdragelsens virkninger og la til grunn at disse talte for at overdragelsen var reell. Det ble vist til at det allerede var skjedd ikke ubetydelige endringer i arbeidet; driften var effektivisert og virksomhetsområdet utvidet ved at Karea-Varbas leverte et bredere spekter av attføringstjenester enn det Karea hadde gjort. Et moment som kunne trekke i motsatt retning, var at virksomhetene, og dermed arbeidstagerne, ikke var samlokaliserte. Dette kunne likevel ikke tillegges «stor vekt» fordi det skyldtes at leieavtalen for virksomheten i Karea først utløp i 2020. Det måtte da legges til grunn at det også kom til å skje ikke ubetydelige endringer i arbeidet som ble utført av Karea.

Flertallet la videre vekt på at Karea-Varbas var bundet av tariffavtaler som var anvendelige for det arbeidet som ble overført til virksomheten. Selskapet hadde

hele tiden vært organisert i en arbeidsgiverforening (først Arbeidsmarkedsbedriftenes Landsforening, fra 2002 NHO Service).

Til slutt vurderte flertallet de virkninger som overdragelsen hadde for de overførte arbeidstagerne, og la til grunn at det ikke var «utvilsomt» at overdragelsen ville gi «uheldige utslag for enkelte arbeidstakers pensjonsrettigheter» (avsnitt 64). Dette var knyttet til pensjonsopptjening og mulighet for uttak av AFP. De uheldige virkningene kunne likevel ikke «i seg selv» begrunne at tariffavtalene ble bindende for Karea-Varbas.

Dommen er, så vidt meg bekjent, den første om tariffavtalers stilling ved overdragelse av kommunale virksomhet. Det er vanskelig å si noe om hvilken argumentasjonsvekt flertallet tiller de ulike momentene; det gis i liten grad uttrykk for dette i domspremissene. Etter mitt syn talte særlig overdragelsens art og det at erverver allerede var bundet av relevante tariffavtaler, i retning av at overdragelsen måtte anses som reell.

Alexander Næss Skjønberg

Virksomhetsoverdragelse, offentlig virksomhet, «insourcing» – EU-domstolens dom 26. november 2015 i sak *Aira Pascual*, C-509/14, EU:C:2015:781

EU-domstolen behandlet på nytt tillæmpligheten (anvendbarheten) av overlåttelsesdirektivet i *Aira Pascual*, C-509/14. Spørsmålet i saken gjaldt om huruvida overlåttelsesdirektivet (virksomhetsoverdragelsesdirektivet, 2001/23 skulle være tillæmplig på en overgang av virksomhet som lagts ut på entreprenad, når anleggninger, men ikke personal, overførtes til en offentlig virksomhet. Domstolen drog sluttsatsen at direktivet var tillæmplig. Målet har tydelige paralleller med dommen i *CLECE*, C-463/09, EU:C:2011:24, som domstolen til sammen med dommen i *Abler m.fl.*, C-340/01, EU:C:2004:629, i stor utstrækning stödte seg på i det nå aktuelle målet.

Det offentlige foretaket ADIF hadde lagt ut en tjenst på entreprenad til Algeposa. Algeposa tilhåndahöll denna tjenst i ADIF:s anleggninger med hjelp av lyftkraner som også tilhørte ADIF. ADIF forklarte at man ikke ønsket å förlånga entreprenadavtalet, eftersom foretaket sjålv skulle ombesörja tjensten med egen personal. ADIF meddelade därför Algeposa at man ikke skulle ta över deras personal. Som en följd härav, verkställde Algeposa en kollektiv uppsägning. Spørsmål oppkom om denna uppsägning var ogiltig på grund av at återtagandet av entreprenadvirksomheten var en övergang av virksomhet i enlighet med direktivet och nationell lagstiftning (punkt 23).

Enligt artikel 1.1 c kan också övergang av en offentlig enhet omfattas av overlåttelsesdirektivet (punktene 24–26 och 29 f.). Vem som är ägare till de materiella tillgångarna som överförs, är inte av betydelse, utan det avgörande är om arbetsgivarförpliktelse overgår, uavsett om det är spørsmål om en privat eller offentlig arbeidsgiver (punktene 28 och 38 f.). En annen

sluttsats skulle i så fall beröva direktivet dess ändamålsenliga (effektive) verkan (punkt 40).

I den fortsatta bedömningen av om direktivet skulle vara tillæmplig, det vill säga om det var spørsmål om en *enhet* som efter övergangen behållit sin *identitet*, gjorde EU-domstolen en *helhetsbedömning* av samtliga omständigheter som karakteriserade övergangen. EU-domstolen höll inte tydligt i sär de olika kriterierna övergang, *enhet* och *identitet*, på sätt som vi känner igen från senare tids norsk høyesterettspraxis, se t.ex. Høyesteretts dom i HR-2015-1276-A (Rt. 2015 s. 718), (refererad i *Nytt i privatretten* 2015 nr 3, s. 3–7), jfr uttrycket ”detta villkor” i punkt 32 i *Aira Pascual*. Vid helhetsbedömningen tog EU-domstolen utgangspunkt i vilken slags verksamhet det rörde sig om och att de olika faktorerna, som det i målet skulle tas hänsyn till, skulle viktas (punktene 33 f.). Domstolen kom fram till att virksomheten krävde betydande anläggningar och inte var en verksamhet huvudsakligen grundad på arbeidskraft (punktene 36 f.). Att personal inte övertagits, medförde därför inte att inte identiteten kunde anses bibehållen (punkt 42).

Målet handlade inte om *formen* för övergangen, det vill säga om själva återförandet av virksomheten som lagts ut på entreprenad. En sådan återgång kan enligt fast rättspraxis anses omfattas av overlåttelsesdirektivet. I stället behandlades spørsmålet om *föremålet* eller *objektet* för övergangen (enheten), och om *identiteten* behållits efter övergangen. Avgörande var vilken typ av verksamhet som övergick, men enhetskriteriet behandlades inte närmare i domen. I stället var det identitetskriteriet som domstolen bedömde närmare. Att virksomheten huvudsakligen grundade sig på anläggningar var avgörande. Att foretaket ikke tagit över personalen från förvärvaren, kunde då ikke utesluta at overlåttelsesdirektivet skulle være tillæmplig.

Domen väcker ikke förvåning, utan den följer etablerad praxis. Snarare kan man bli förvånad över att spørsmålet överhuvudtaget hamnat på EU-domstolens bord.

Bernard Johann Mulder

Minsteperioder for hviletid, øvre grense for ukentlig arbeidstid, oppsigelse som reaksjon på manglende samtykke, «medlever» – EFTA-domstolens rådgivende uttalelse 16. desember 2015, sak E-5/15

Saken gjelder reglene om arbeids- og hviletid i arbeidstidsdirektivet, 2003/88/EF, og spørsmål om oppsigelse på grunn av nektet samtykke til overgang til ny arbeidstidsordning kan være i strid med direktivets artikkel 22(1)(b).

Stiftelsen Fossumkollektivet er en behandlingssinstitusjon for unge mennesker med psykiske lidelser og rusproblemer og driver seks behandlingsssteder i fire kommuner. Behandlingssstedene er organisert som «kollektiver» der det å leve sammen står sentralt. De har i alt omtrent 60 behandlingssplasser, og stiftelsen

har totalt 106 ansatte fordelt på 99 årsverk, hvorav 58 er kollektivmedarbeidere, 14 behandlere i dagstillinger/lærere, og 27 årsverk knyttet til administrative stillinger. De ansatte jobber turnus, og bor og arbeider sammen med pasientene, såkalt medleverforhold.

Ved to av avdelingene er arbeidstidsordningen tre døgn arbeid, syv døgn fri, fire døgn arbeid, syv døgn fri (såkalt 3-7-4-7-turnus). Pasientene ved disse to avdelingene er sykere enn ved de andre avdelingene, og arbeidet er følgelig mer krevende. De øvrige avdelingene har en 7-7-turnus – de arbeider i syv døgn og har deretter syv døgn fri. Av økonomiske årsaker ønsket ledelsen ved Fossumkollektivet å legge om turnusordningen ved avdelingen «Solvold» til 7-7-turnus. Etter et forsøk på frivillig overgang til ny turnus ble medarbeiderne ved avdelingen meddelt «endringsoppsigelse». De ble oppsagt fra sin gamle stilling, men fikk samtidig tilbud om ny stilling med endret arbeidstidsordning. De ansatte arbeidet tidligere 56 timer per uke. Etter overgang til 7-7-turnus ville arbeidstiden øke til 84,7 timer per uke.

Tolkningen av arbeidstidsbestemmelsene i direktivet er et sentralt spørsmål i saken. Direktivets bestemmelser er implementert i arbeidsmiljøloven, kapittel 10. Direktivet fastsetter en øvre grense på 48 timer arbeid per uke, men med en rekke muligheter for unntak i artikkel 17 og 22. Dette gjenspeiles i maksimalgrensen på 48 timer per uke ved gjennomsnittsberegning etter aml. § 10-5(1). I visse tilfeller kan denne grensen overskrides. I medleverforskriften (FOR 2005-06-24 nr. 686), som er gitt med hjemmel i aml. § 10-12, er det i § 2 gitt adgang til at ansatte i slike kollektiv som saken her gjelder, kan arbeide inntil 60 timer per uke. Dersom den ansatte har «sin bolig på eller i tilknytning til institusjonen», kan vedkommende samtykke til å være tilgjengelig også ut over 60 timer per uke.

Tingretten konkluderte med at «endringsoppsigelsene» var «saklige og rettmessige». Den 12. februar 2014 ble saken anket til Eidsivating lagmannsrett, som 11. februar 2015 sendte en anmodning til EFTA-domstolen om tolkning av arbeidstidsdirektivet artikkel 6 og artikkel 22(1)(a) og (b). Spørsmålene fra lagmannsretten var for det første om en gjennomsnittlig arbeidstid på 84 timer (7-7-turnus) i medleverforhold innebærer brudd på direktivet artikkel 6, dernest hvorvidt en nasjonal bestemmelse som går ut på at arbeidstakers samtykke til å arbeide ut over 60 timer per uke i medleverforhold gjøres ugjenkallelig, er forenelig med arbeidstakers rettigheter etter direktivet, og til slutt hvorvidt en oppsigelse som følge av manglende samtykke til en arbeidstidsordning ut over 48 timer per uke vil være å anse som en «skade» etter direktivet artikkel 22(1).

Til det første spørsmålet svarte EFTA-domstolen at det er opp til den nasjonale domstol å vurdere arbeidstidens omfang, men understreker at man i denne sammenheng må ta hensyn til de faktorene EFTA-domstolen påpeker. Domstolen understreket dikotomien *arbeidstid* og *hvileperiode* og viktigheten av de

faktiske forholdene knyttet til dette. En gjennomsnittlig arbeidstid på 84 timer per uke i medleverforhold er etter domstolens syn forenelig med direktivet artikkel 6 i tilfeller som omfattes av artikkel 22(1)(a), forutsatt at arbeidstakeren uttrykkelig, frivillig og individuelt har samtykket til å utføre slikt arbeid, og forutsatt at de generelle prinsipper om beskyttelse av arbeidstakerens sikkerhet og helse etterleves. Dette innebærer at dersom en EØS-stat benytter muligheten direktivet artikkel 22(1) gir, må nasjonal lovgivning ta tilbørlig hensyn til arbeidstakernes fysiske og psykiske velferd. En slik arbeidstidsordning er imidlertid forenelig med direktivet artiklene 3 og 5 bare dersom vilkårene for anvendelse av unntaket i artikkel 17(2) om kompenserende hvileperioder, sammenholdt med artikkel 17(3)(c, i) om arbeidets art, er oppfylt.

Til spørsmålet om ugjenkallelig samtykke uttalte EFTA-domstolen at direktivet ikke inneholder noen bestemmelse om tilbaketrekking av slikt samtykke. Det er opp til nasjonal lovgivning å bestemme om tilbaketrekking av samtykke er forbudt eller tillatt og, i sistnevnte tilfelle, på hvilke vilkår tilbaketrekkingen eventuelt kan skje. Dersom nasjonal lovgivning ikke åpner for noen mulighet til å trekke et samtykke tilbake, selv ikke under særlige og uforutsette omstendigheter, kan det imidlertid vise seg å være uforenelig med direktivet. Grunnen til dette er at muligheten for at en arbeidstaker skal kunne gi samtykke som nevnt i artikkel 22(1)(a), uttrykkelig er betinget av at EØS-staten etterlever de generelle prinsipper om beskyttelse av arbeidstakernes sikkerhet og helse. Dersom en EØS-stat benytter muligheten direktivet artikkel 22(1) gir, må nasjonal lovgivning følgelig ta tilbørlig hensyn til arbeidstakernes fysiske og psykiske velferd. Dette innebærer at det må finnes en rimelig balanse mellom arbeidstakernes og arbeidsgivernes interesser også i tilfelle der arbeidstakeren uttrykkelig, frivillig og individuelt har gitt samtykke. En nasjonal bestemmelse som innebærer at en arbeidstakers samtykke til å arbeide ut over 60 timer per uke i medleversituasjoner ikke kan trekkes tilbake, er følgelig forenelig med direktivet artiklene 6 og 22, forutsatt at de generelle prinsipper om beskyttelse av arbeidstakernes sikkerhet og helse etterleves.

Til det tredje spørsmålet fremholdt EFTA-domstolen at oppsigelse som følge av manglende samtykke til en arbeidstidsordning ut over 48 timer i en syvdagers periode typisk utgjør en «skade». Et varsel om «endringsoppsigelse» som gis etter at en arbeidstaker har nektet å samtykke til en slik arbeidstidsordning, er imidlertid ikke å anse som en «skade» dersom oppsigelsen av arbeidsforholdet er begrunnet i forhold som er helt uavhengige av arbeidstakerens manglende samtykke til å utføre slikt ekstra arbeid.

Saken verserer nå for Eidsivating lagmannsrett. Uttalelsene fra EFTA-domstolen gir ikke nevneverdig veiledning for lagmannsretten, ut over det å få konstatert at medlemsstatenes autonomi er relativt stor på

dette området, og at medleverforskriften ikke i utgangspunktet er i strid med direktivet. Lagmannsretten må uansett ta stilling til de faktiske omstendigheter rundt oppsigelsene. Det ville muligens være klargjørende om partene holdt seg til oppsigelsesreglene i arbeidsmiljølovens kapittel 15, i stedet for å forkludre prosessen med hentydninger til et «endringsoppsigelses-institutt» som ikke eksisterer.

Anette Grønnerød-Hemmingby

Arbeidstid og hviletid, leger – EU-domstolens dom 23. desember 2015 i sak C180/14 Kommisjonen mot Hellas

Saken gjelder gjennomføringen av arbeidstidsdirektivet, 2003/88/EF i gresk lovgivning, nærmere bestemt arbeidstidsordningen for leger og turnuskandidater.

Etter direktivet skal gjennomsnittlig arbeidstid per uke som hovedregel ikke overstige 48 timer. Arbeidstakeren skal ha minimum 11 timer hviletid i løpet av en 24 timers periode, og i løpet av en uke skal dessuten et minimum av 24 timer være ubrukt hviletid (artiklene 3 og 6). Artikkel 17 og 22 åpner for visse unntak, men da kreves det at det gis tilsvarende kompenserende hvileperioder, eller «objektive grunner» hvis dette i særlige tilfeller ikke er mulig, i tillegg til at arbeidstakernes sikkerhet må være tatt tilstrekkelig hensyn til (artikkel 17(2)).

Hellas har en nasjonal lovgivning som åpner for å pålegge leger å arbeide mer enn 24 timer, opp til 32 timer i strekk, uten hviletid imellom. Gjennomsnittlig arbeidstid for greske leger er mellom 60 og 93 timer per uke, ifølge nasjonale fagforeninger. Leger og turnuskandidater er gjennom lovgivningen pålagt å arbeide såkalte «aktive vakter» i tillegg til sitt ordinære virke. Leger er pålagt fire, fem eller syv slike «aktive vakter» per måned, avhengig av legens spesialisering. Turnuskandidater er pålagt syv vakter i måneden. I tillegg til normal arbeidsmengde, som utgjør omtrent 35 timer per uke, tilsvarer dette en gjennomsnittlig arbeidstid på 64 timer i uken. Ofte – særlig i forbindelse med helg og helligdager – forekommer det at en leges normal-arbeidstid (for eksempel på et sykehus der legen er ansatt) direkte etterfølges av en slik ekstravakt. Dette medfører at legene arbeider mer enn maksimumsgrensene direktivet gir anvisning på. Gresk lovgivning åpner videre for at den obligatoriske hviletiden i slike tilfeller kan utsettes til «et senere tidspunkt», og opp til én uke etter at den aktuelle tilleggsvakten er over.

På bakgrunn av dette klaget ti greske fagforeninger for helsepersonell Hellas inn for Kommisjonen, som allerede i 2008 tok opp saken. Da Hellas ikke fulgte tilfredsstillende opp, bragte Kommisjonen saken inn for EU-domstolen for brudd på mangelfull gjennomføring av arbeidstidsdirektivets regler. Saken gjaldt både overskridelse av maksimum gjennomsnittlig arbeidstid per uke og ulovlig utsettelse av hviletid. Hellas hevdet på sin side at unntaksbestemmelsene i artikkel 17(2) måtte ha anvendelse, og at årsaken til

lovgivningen var utformet slik, var økonomiske årsaker og problemer med å finne kompetent personell til å fylle arbeidsoppgavene ved sykehusene. Hellas hevdet også at legene ikke ble tvunget til å påta seg disse ekstra vaktene, men at de hadde gitt sitt samtykke til den lange arbeidstiden ved ansettelsen.

EU-domstolen kom til at Hellas hadde brutt plikten til tilfredsstillende implementering av direktivet artikkel 3 og 6 i nasjonal lovgivning. Dommen understreker – ikke overraskende – motsetningen mellom de to begrepene «hviletid» og «arbeidstid», og poengterer at de utelukker hverandre. Både det å tillate overskridelser av direktivets maksimale arbeidstid per uke og å utsette legers hvileperiode var uforenelig med direktivets regler.

Hviletid skal som hovedregel følge direkte etter arbeidstid. Domstolen fremholdt at det å utsette hvileperioder til et udefinert «senere tidspunkt», uten å knytte dette tidspunktet til arbeidstiden som er medgått, ikke kan sies å være i overenstemmelse med ivaretagelse av arbeidstakers helse og sikkerhet. Hensynet til arbeidstakers helse og sikkerhet er fundamentalt i EU-rettens tilnæringsmåte til arbeidstidsreguleringen og utgjør en vesentlig del av selve grunnlaget arbeidstidsdirektivet hviler på.

Anette Grønnerød-Hemmingby

Offentlige anskaffelser, vilkår om minstelønn – EU-domstolens dom 17. november 2015, sak C-155/14 (EU:C:2015:760) RegioPost GmbH & Co. KG mot Stadt Landau in der Pfalz

Spørsmålet i saken var om det er forenlig med EU-retten at nasjonal lovgivning, i dette tilfellet på delstatsnivå, stiller krav om at tilbydere ved offentlige anskaffelser må avgi en skriftlig erklæring om at de ansatte som skal oppfylle kontrakten, minst skal motta en bestemt lønn.

For Norge er saken relevant fordi det i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter stilles krav til tilbyderne når det gjelder de ansattes lønns- og arbeidsvilkår. Den norske regjeringen leverte et skriftlig innlegg til EU-domstolen. Samtidig er den norske reguleringen ikke direkte sammenlignbar med den tyske delstatsloven.

Dette er ikke den første dommen fra EU-domstolen om temaet. Blant annet omhandler dommene i *Rüffert* (C-346/06, EU:C:2008:189) og i *Bundesdruckerei* (C-549/13, EU:C:2014:2235) også forholdet mellom nasjonale krav til lønns- og arbeidsvilkår og reglene om offentlige anskaffelser.

I saken her anførte RegioPost at den tyske delstatsloven, Landesgesetz zur Gewährleistung von Tarifreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (LTTG), ikke var forenlig med EU-retten. Lønnsnivået som fastsettes i LTTG, gjelder kun ved offentlige anskaffelser. Etter lovens § 3 skal offentlige anbud kun tildeles virksomheter som skriftlig erklærer at de vil betale de ansatte som bidrar til å oppfylle kontrakten en lønn på minst 8,70 euro per time. Kravet gjelder

både for virksomheten som leverer tilbudet, og for eventuelle underleverandører.

Det avgjørende spørsmålet i saken var om LTTG er forenlig med artikkel 3 (1) i utstasjoneringsdirektivet (96/71/EF). Det ble avgjørende fordi det etter artikkel 26 i direktivet om offentlige anskaffelser (2004/18/EF) kan stilles krav om at sosiale hensyn skal ivaretas, så lenge disse ligger innenfor EU-retten og er gjort kjent på forhånd. Det var grunnen til at utstasjoneringsdirektivet kom til anvendelse i saken, til tross for at det ikke forelå grensekryssende aktivitet.

Bestemmelsen i utstasjoneringsdirektivet stiller krav til *reguleringsformen* som fastsetter lønnsnivået, og til at lønnsnivået som tjenesteytere må overholde, er *minstelønn*, «minimum rates of pay». Kravet til reguleringsformen var oppfylt fordi LTTG er lovgivning. Lønnen fastsatt i LTTG ble vurdert som «minimum rates of pay» (avsnitt 62). På det tidspunktet gjaldt ikke den føderale Mindestlohngesetz, og det var ikke allmenngjort noen tariffavtale for postbransjen. Det var med andre ord ikke fastsatt et lavere lønnsnivå med virkning for disse arbeidstakerne. Som følge av at kravet til minstelønn i LTTG var forenlig med utstasjoneringsdirektivet – og dermed med artikkel 26 i anskaffelsesdirektivet – kom EU-domstolen til at også de lovfestede konsekvensene av ikke å overholde bestemmelsen, utelukkelse fra konkurransen ved brudd på bestemmelsen i konkurransefasen og bøter ved brudd på bestemmelsen i oppfylleelsesfasen, var forenlig med anskaffelsesdirektivet.

Problemstillingen var den samme i *RegioPost* og *Rüffert*. Resultatet ble ulikt. I motsetning til i *RegioPost* henviste lovgivningen i *Rüffert* til et lønnsnivå fastsatt et annet sted, i en bestemt kollektiv avtale. Avtalen tilfredstilte ikke kravene utstasjoneringsdirektivet stiller til reguleringsformen *kollektive avtaler*. Begrunnelsen var at avtalen verken var allmenngjort eller var generelt anvendelig. Og i motsetning til i *RegioPost* var det i *Rüffert* fastsatt en *lavere* minstelønn i en av de tyske allmenngjøringslovene. Den kollektive avtalen fastsatte dermed ikke «minimum rates of pay» i direktivets forstand.

Den tyske domstolen stilte spørsmål om det fulgte av *Rüffert* at det ikke er tillatt med en minstelønn som kun gjelder ved offentlige anskaffelser. Til det svarte EU-domstolen at som følge av at LTTG tilfredsstiller utstasjoneringsdirektivet, er ikke det begrensede anvendelsesområdet for minstelønningen til hinder for at tiltaket er forenlig med EU-retten. Dette understøttes av artikkel 26 i anskaffelsesdirektivet, som tillater minstelønn i offentlige kontrakter. Derfor kan det ikke kreves at minstelønningen skal gjelde generelt (avsnitt 79).

Dommen avklarer at det ved offentlige anskaffelser kan stilles krav om at leverandørene minst skal tilby sine ansatte en bestemt lønn, slik det følger av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 annet ledd. Samtidig er dommen en bekreftelse på at § 5 tredje ledd har et problematisk forhold til EØS-retten. Ifølge denne bestemmelsen skal det på områder

som ikke er dekket av en forskrift under allmenngjøringsloven, kreves at lønsvilkårene baseres på den landsomfattende tariffavtalen for den aktuelle bransjen.

Andreas van den Heuvel

Offentlige anskaffelser, konkurranserett, tariffavtalt monopol for forsikringsleverandør, almenngjøring – EU-domstolens dom 17. desember 2015 i forente saker C-25/14 og C-26/14 (EU:C:2015:821) UNIS mot Ministre du Travail m.fl.

Fransk rett har regler om at tilleggssydeler til lovgivningens sosialforsikring kan dekkes gjennom tariffavtale («*convention collective*»). I slike avtaler kan en forsikringsleverandør gis enerett, med krav om at forsikringsordningen må (re)vurderes i løpet av høyst fem år. Avtalene kan «almengjøres» (ved *extension*) og dermed gjøres forpliktende for alle arbeidsgivere og arbeidstagere i en bransje eller sektor, uavhengig av organisasjonsmedlemskap.

Hovedspørsmålet i begge sakene var om kravet til «transparens» som følger av artikkel 56 TFEU, har anvendelse når en offentlig myndighet «almengjør» en tariffavtale med slike vilkår som det var tale om. Dette besvarte EU-domstolen bekreftende. I det ligger at før et vedtak treffes, må den offentlige myndigheten ha gitt andre leverandører enn den tariffavtalen har pekt ut, mulighet til å melde sin interesse i å levere de aktuelle ydelsene, og ha opptrådt helt upartisk ved avgjørelsen om hvem som skal gis oppgaven som leverandør (avsnitt 35). Kravet innebærer ikke nødvendigvis at det kreves en anbudsprosess, men det må være en form for offentliggjøring («*publicity*») som gjør det mulig å konkurrere og kontrollere at tildelingsprosedyren er upartisk (avsnitt 39).

Av hensyn til virkningen for de arbeidsgivere og arbeidstagere som var omfattet av tariffavtaler som alt var almenngjort, fastsatte EU-domstolen eksplisitt at dommen ikke har virkning for avtaler som var almenngjort før domsavsigelsesdatoen – men understreket samtidig at dette er en løsning domstolen bare tyr til helt unntaksvis (avsnitt 50–53).

Dommen føyer seg inn i en lang rekke avgjørelser om tariffavtalt enerett for leverandører av sosial- og pensjonsforsikringsydeler. Fra et norsk perspektiv ligger «KLP-dommen» fra Arbeidsretten, ARD 2002 s. 90, nærmest for tanken. De mange sakene er imidlertid ulike. Det sentrale ved dommen her er understrekningen av at det gjaldt krav om periodisk revurdering av den tariffavtalte monopolordningen, og at det må være «transparens» og åpnes for konkurranse der det er tale om «almengjøring».

Stein Evju

Aldersdiskriminering, aldersgrense for bussjåfører – svensk AD 2015 nr 51

Den svenska Arbetsdomstolen slog i AD 2015 nr 51 fast at det var diskriminering at inte förnya så kal-

lade behovsanställningar («on call contracts» eller «zero hour contracts») av tre bussförare som fyllt sjuttio år. Företaget hänvisade till att man haft en policy som innebar att företaget inte förnyade behovsanställningar efter att arbetstagare med riskfyllt arbete uppnått sjuttio års ålder. Skälet till bolagets ålderspolicyn var trafiksäkerhet. Eftersom bolaget hade flera anställda som hade fyllt sjuttio år med andra arbetsuppgifter, ansåg Arbetsdomstolen att detta visade att det verkliga syftet inte var möjligheten att fler yngre skulle få arbete eller att förödmjukande uppsägningar skulle undvikas. Någon övre åldersgräns för yrkes trafik finns inte vare sig i svensk rätt eller i internationellt regelverk. Arbetsdomstolen godtog alltså inte en sådan allmän övre gräns som grund för att öka trafiksäkerheten. Den i policyn angivna generella åldersgränsen ansågs därför inte vara ett lämpligt och nödvändigt instrument för att öka trafiksäkerheten. Något berättigat syfte till att särbehandla de arbetstagare som passerat sjuttioårsgränsen fanns således inte.

Arbetsdomstolen genomförde en relativt grundlig bedömning av huruvida åldersgränsen kunde rättfärdigas. Domstolen prövade inte bara vad som skulle anses vara berättigat syfte för att den åldersgräns som arbetsgivaren uppställt skulle anses som en godtagbar särbehandling. Den tog även explicit hänsyn till medicinska rön rörande frågor om de individuella fysiska och kognitiva förmågorna på grund av åldrande. Detta är ett interdisciplinärt betraktelsesätt som är fundamental i en grundlig analys av de frågor som här är aktuella. Domstolen har alltså med den här domen satt åldersgränsen och grunderna för den under lupp (se särskilt domen s. 20 f.). Med hänsyn tagen till den individuella åldringsprocessen, kunde den stipulerade generella åldersgränsen således inte anses vara motiverad.

Det bör särskilt betonas, att Arbetsdomstolen tog utgångspunkt i en proportionalitetsvärdering, i enlighet med EU-domstolens avgöranden i domarna *Man-gold*, *Age Concern*, *Petersen* och framförallt i den centrala domen för diskussionen om åldersgränser i säkerhetsrelaterade yrken, nämligen domen *Prigge*, om åldersgränser för piloter (domarna C-144/04, EU:C:2005:709; C-388/07, EU:C:2009:128; C-341/08, EU:C:2010:4; och C-447/09, EU:C:2011:573). EU-domstolen håller emellertid inte rak kurs när det gäller tolkningen av åldersdiskrimineringsförbudets räckvidd. Särskilt i analysen om legitimiteten av allmänna åldersgränser, såsom exempelvis i domarna *Rosenbladt* eller *Hörnfeldt* (domarna C-45/09, EU:C:2010:601; och C-141/11, EU:C:2012:421) är det tillämpade rättfärdigandet svagt (soft justification). Det vore önskvärt att EU-domstolen också gjorde en sträng prövning av de generella åldersgränserna. I analysen av allmänna åldersgränser företas fortfarande paradoxalt nog en ”soft” prövning av EU-domstolen. Det som egentligen utgör kärnan i proportionalitetsbedömningen, nämligen frågan efter hållbarheten av det typiskt anförda syftet eller rättfärdighetsargumen-

tet för den aktuella åldersgränsen, diskuterades inte. Det är alltså fråga om i vilket avseende detta syfte eller rättfärdighetsargument överhuvudtaget håller för en kritisk granskning, såsom om mindre ingripande åtgärder kan vidtas. Man gör därmed endast en ytlig granskning och sätter inte problemet under lupp.

Både Arbetsdomstolens avgörande och de bakomliggande sakomständigheterna är på grund av ytterligare en aspekt intressant: anställningen av äldre är tidsbegränsad. Varken i domen *Hörnfeldt* – där 67-årsgränsen i 33 § lagen om anställningsskydd ansågs vara förenlig med åldersdiskrimineringsförbudet – eller i den nu föreliggande domen, var frågan om så kallade behovsanställningar något som i sig blev föremål för diskussion.

I domen *Hörnfeldt* togs inte ställning till huruvida en anställning på begränsad tid av arbetstagare som passerat 67-årsgränsen var förenlig med åldersdiskrimineringsförbudet. Även om EU-domstolen pekade på (se punkt 37 i domen)

«att det förbud mot åldersdiskriminering som föreskrivs i direktiv 2000/78 ska tolkas mot bakgrund av den rätt att arbeta som föreskrivs i artikel 15.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Särskild vikt ska således läggas vid att äldre arbetstagare deltar i arbetslivet och följaktligen i det ekonomiska, kulturella och sociala livet. Att låta dessa personer stanna kvar i arbetslivet gynnar mångfalden inom sysselsättningen, vilket är ett mål som erkänns i skäl 25 i direktiv 2000/78. Att stanna kvar i arbetslivet bidrar vidare till de berörda arbetstagarnas personliga utveckling och livskvalitet, i enlighet med unionslagstiftarens önskemål i skälen 8, 9 och 11 i direktivet»,

var det till syvende og sist utan betydelse för de äldre arbetstagarnas rätt till arbete. Det hänvisades endast till (punkt 41) att den svenska regeringen «har gjort gällande att arbetsgivaren, om anställningen avslutas, kan erbjuda den berörde arbetstagaren visstidsanställning. Arbetsgivaren och arbetstagaren avtalar då själva om hur lång en sådan anställning ska vara och kan också, om de finner det lämpligt, förnya en sådan anställning».

En hög anställningsskyddsnivå oavsett arbetstagarens ålder medför risken att arbetsgivarna blev mer restriktiva till att anställa äldre arbetstagare. Priset för en för hög skyddsnivå som de äldre arbetstagarna i så fall skulle betala var att de inte kom att erbjudas (förnyade) anställningar. Att underlätta att anställa på viss tid kan däremot fungera som incitament för arbetsgivare att anställa äldre personer. Domen kan bli det avgörande bidraget för ett ökat deltagande i arbetslivet för äldre personer. Avgörande är dock att anställning av äldre på visstidsanställningar blir ett instrument som arbetsgivarna verkligen nyttjar.

Melanie Hack, Max-Planck-Institut für sozialrecht og socialpolitik, München & Bernard Johann Mulder

EMK artikkel 8 – vern av privatliv, kontroll av arbeidstagers internettbruk, oppsigelse – Menneskerettighetsdomstolens dom 12. januar 2016 i sak 61496/08 Bărbulescu

Efter arbeidsgiverens, et privat foretaks, anvisning åpnet Bărbulescu en Yahoo Messenger-konto for å kommunisere med kunder. I juli 2007 ble han underrettet om at hans bruk av kontoen var blitt overvåket i vel en uke, og at arbeidsgiveren med det hadde avdekket at Bărbulescu i arbeidstiden også brukte kontoen for private formål. Bărbulescu protesterte, men bruken ble dokumentert ved utskrifter, han ble sagt opp kort tid etter at forholdet var avdekket.

Bărbulescus klage til EMD ble forkastet som «manifestly ill-founded». Domstolen (avdelingsavgjørelse) fant at det ikke forelå noen krenkelse av EMK artikkel 8 om retten til vern av privatliv. Domstolen pekte på, i tråd med tidligere rettspraksis, at artikkel 8 ikke bare gir vern overfor inngrep fra staten, men også har anvendelse i forhold mellom private parter, i kraft av statens «positive» oppfylleelsesplikt. Spørsmålet var derfor om staten hadde sikret en «fair balance» mellom klagerens rett til respekt for sitt privatliv og arbeidsgiverens interesser (avsnitt 54).

Her pekte domstolen på at saken kun gjaldt overvåkingen av internettbruk i forbindelse med disiplinærforføyninger. Bărbulescus private bruk av kontoen var i strid med de retningslinjer som gjaldt i virksomheten. Arbeidsgiverens beslutning om å gå til oppsigelse bygget ikke på innholdet i Bărbulescus private meldinger eller at de til slutt ble oppdaget (avsnitt 55 jfr. 40–41). Bărbulescu hadde fått gjøre sine innsigelser mot oppsigelsen gjeldende fullt ut for de nasjonale domstoler, som hadde funnet faktum bevist og at arbeidsgiveren hadde opptrådt i samsvar med de aktuelle regler i den nasjonale Labour Code. I sammenheng med dette bemerket EMD at de nasjonale domstolene hadde lagt særlig vekt på at arbeidsgiveren hadde gått inn på internettkontoen i den tro at den utelukkende inneholdt arbeidsrelaterte meldinger, slik Bărbulescu først hadde hevdet, og derfor hadde ansett at arbeidsgiverens tilgang til kontoen hadde vært legitim. Disse standpunktene fant EMD ingen grunn til å stille spørsmålstegn ved (avsnitt 56–57). Selv om det ikke var anført at Bărbulescu hadde påført arbeidsgiveren skade, anså EMD at det ikke var urimelig at en arbeidsgiver ønsker å verifisere at ansatte utfører sine arbeidsoppgaver i arbeidstiden (avsnitt 59). I tillegg poengterte domstolen at det bare var Yahoo Messenger-kontoen som var blitt kontrollert; arbeidsgiveren hadde ikke gått inn på andre dokumenter eller data på Bărbulescus datamaskin. Bărbulescu hadde på sin side ikke kunnet gi noen overbevisende forklaring på hvorfor han hadde benyttet kontoen for private formål (avsnitt 60–61).

EMD konkluderte ut fra dette med at det ikke var noe i saken som tilsa at statlige myndigheter, og nasjonale domstoler, ikke hadde sikret en «fair balance»,

innenfor rammen av deres skjønnsmargin. Derfor var det ikke tale om noe brudd på EMK artikkel 8.

Dommen illustrerer at en arbeidsgiver, naturlig nok, kan ha en legitim interesse i å kontrollere at ansatte ikke bruker internettjenester for private formål i arbeidstiden. Men den viser også at det har betydning om det er gitt interne retningslinjer om at slik bruk ikke skal forekomme, og at måten det kontrolleres på, omfanget av kontrollen og, ikke mindre, nasjonale domstolers avveining av motstående interesser, har betydning for vurderinger av forholdet til vernet av privatliv etter EMK artikkel 8. Forsåvidt er det grunn til en viss varsomhet med å trekke vidtrekkende konklusjoner av dommen.

Stein Evju

Arbeidskamp, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 11, direkte effekt – Högsta domstolens dom den 17 december 2015, mål T 3269-13

Målet i den svenska Högsta domstolen var av prinsipiell karakter. Den rörde en del fråga i en större tvist och är en så kallad mellandom (deldom). En oenig domstol (3–2) slog fast att även om en fackförening vidtar stridsåtgärder i strid med EMK artikel 11, behöver det inte betyda att förbundet är skyldigt att betala arbetsgivaren ersättning för de skador som arbetsgivaren kan ha orsakats till följd av stridsåtgärderna. Oenigheten bestod i om allmänna skadeståndsrättsliga principer skulle kunna ge rätt till ersättning för ren förmögenhetsskada för kränkning av Europakonventionen. Majoriteten ansåg att så skulle kunna vara fallet, men minoriteten ansåg att förbundet inte över huvud taget skulle kunna dömas till skadestånd. Den konkreta frågan, om ersättningsansvar ska anses föreligga för kränkning av föreningsfriheten enligt EMK artikel 11, ska nu avgöras av tingsrätten (och kan alltså omsider via hovrätten komma att slutligt bli avgjort av Högsta domstolen).

Svenska Byggnadsarbetareförbundet (Byggnads) kontaktade under våren 2006 byggföretaget HGS för att förstå det att teckna kollektivavtal. I kollektivavtalet ingick ett system med granskningsavgifter, som var avsedda att täcka förbundets kostnader för kontroll av att avtalet följdes i fråga om löner och annan ersättning. Parterna kom dock inte överens och något avtal träffades inte. I juni 2006 försatte Byggnads HGS i blockad.

Parallellt med Byggnads krav på kollektivavtal prövades systemet med granskningsavgifterna i Europadomstolen. Domstolen kom att underkänna systemet med granskningsavgifterna, eftersom det ansågs strida mot skyddet för äganderätten enligt artikel 1 i det första tilläggsprotokollet till Europakonventionen, se *Evaldsson and Others v. Sweden*, dom 13. februari 2007, appl. no. 75252/01. Som en konsekvens av domen träffades ett nytt kollektivavtal utan granskningsarvoden för byggbranschen. Detta undertecknade HGS genom ett hängavtal. Kort därefter försattes arbets-

givaren i konkurs, hovedsakligen på grund av de konsekvenser blockaden fört med sig.

Frågan var alltså om förbundets agerande medfört ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar på grund av att HGS:s rättigheter enligt Europakonventionen blivit kränkta, inte om några sådana kränkningar faktiskt hade ägt rum (punkterna 5–8 i domen). I svensk rätt finns inte något generellt hinder mot att olagliga stridsåtgärder kan medföra (utomobligatoriskt) skadestånd (se punkterna 18–21, jfr AD 2015 nr 70). Eftersom Byggnads inte kunde jämföras med en statlig organisation ("governmental organisation") vid tillämpning av Europakonventionen, kunde Byggnads inte åläggas ett direkt ansvar vid kränkningar av europakonventionen (punkterna 15 och 22–27). Byggnads är en ideell förening och kunde alltså därför inte krävas på skadestånd för konventionsbrottet som sådant. Men förbundet skulle kunna bli skadeståndsskyldigt med stöd av allmänna skadeståndsrättsliga principer om "det rättighetskränkande handlandet med hänsyn till omständigheterna är att anse som kvalificerat otillbörligt", om än inte brottsligt (punkt 35, jfr 34). En konventionsskyddad rättighet kan väga tungt i bedömningen om ett handlande ska föranleda skadeståndsansvar (punkt 36).

Sammanfattningsvis var förekomsten av en rättighetskränkning, som det här var fråga om, inte direkt och omedelbart tillräcklig för att utlösa ersättningsansvar. Sådant ersättningsansvar skulle kunna utkrävas för ren förmögenhetsskada med stöd av allmänna skadeståndsrättsliga principer, men det «finns vidare anledning att vara återhållsam med att låta skadeståndsansvar följa på sådana rättighetskränkningar som till sitt slag typiskt sett träffar en stor och på förhand obestämbar krets. Därutöver måste det ställas krav på proportionalitet mellan den skadegörande handlingen och ansvarets omfattning samt på praktisk hanterlighet» (punkt 38 i domen).

Bernard Johann Mulder

ARVERETT

Vi har i løpet av de siste måneder fått ganske mange lagmannsrettsdommer innenfor arverett. De fleste er ikke rettskraftige og jeg unnlater derfor omfattende subjektive kommentarer. Nedenfor gis en kort oversikt over fire dommer.

Livs- dødsdisposisjon – Borgarting lagmannsrett 7. desember 2015 (LB-2014-207398)

Saken gjaldt overføring av ektemannens ideelle andel av en bolig til hustruens særeie. Både tingretten og lagmannsretten kom til at dette var en dødsdisposisjon.

Fakta: A, ektemannen og B, hustruen hadde begge barn fra tidligere ekteskap. I 2001 hadde de laget en ektepakt om fullstendig særeie, mens de i 2010 laget en ny ektepakt om felleseie for hele særeiet. Så i november 2011 laget de nok en ektepakt om delvis særeie. Her ble det presisert at ektepakten inneholdt en gave idet hele ektefellenes felles bolig ble hustruens særeie. Ektemannen forbeholdt seg livsvarig bruksrett. På dette tidspunkt var han 90 år gammel, mens hun var 63. Ekteskapet hadde i 2011 vart i 23 år. Samtidig med ektepakten ble det opprettet et gavebrev som bekreftet mannens bruksrett og et testament hvor det ble presisert at resten av deres formue (utenom boligen) var felleseie og at de skulle arve hverandre med $\frac{1}{4}$ eller minimumsarv.

Retten vurdering: Lagmannsretten kom til at dette var en dødsdisposisjon og viste innledningsvis til Rt 2007 s. 776 og presiserte at det avgjørende er om en gaveoverføring har realitet for giveren i levende live. Retten la til grunn at As motivasjon for å overføre sin ideelle halvpart av leiligheten som gave til Bs særeie, var å sikre bosituasjonen for henne dersom hun overlevde ham. At alle formaliteter ved overføringen var ivarettatt, var ikke avgjørende. Lagmannsretten uttalte så:

«Lagmannsretten legger avgjørende vekt på at overføringen ble foretatt på et tidspunkt hvor det ikke var påregnelig at disposisjonen ville få realitet for A mens han levde. Det vises til at han var 90 år da ektepakten ble opprettet, mens B kun var 63 år på dette tidspunktet. Ekteskapet hadde på disposisjonstidspunktet vart i om lag 23 år. Risikoen for ekteskapsbrudd må ha vært nærmest fraværende på dette tidspunktet. Ved at A betinget seg livsvarig boret i leiligheten, sikret han seg mot at det skulle bli noen endringer i hans bosituasjon i de siste årene han levde.

Partene hadde en ordnet økonomi. Det var følgelig ingen risiko for kreditorpågang.»

Retten viste til de tre høyesterettsdommene om overdragelser mellom ektefeller hvor konklusjonen har vært dødsdisposisjon: Rt 1961 s. 935, Rt 1963 s. 518 og Rt 1979 s. 1200. I perioden 1996–2010 har vi dessuten fem lagmannsrettsdommer om gaver mellom ektefeller hvor konklusjonen i fire saker har vært dødsdisposisjon.

Et annet spørsmål i saken var om ektepakten kunne anses som et gyldig testament for den frie tredjedel. Retten nevnte at dødsdisposisjoner må foretas i testamentsform og i tillegg hadde ektefellene i testamentet fra 2011 bestemt at gjenlevende skulle arve $\frac{1}{4}$. Den subsidiære påstanden stred dermed mot denne bestemmelsen.

Kommentar: Dommen illustrerer de avgjørende forhold som er felles i flertallet av dommene vi har om gaveoverføringer mellom ektefeller i forhold til grensen livs- dødsdisposisjoner. Disse forholdene er: alder på giver, betydelig aldersforskjell mellom ektefellene, langvarig ekteskap før overføringen finner sted, boret for giveren og ingen økonomiske problemer for ekte-

fellene. Rettspraksis om slike overføringer er grundig behandlet i juridisk litteratur. Av nyere litteratur kan nevnes Peter Lødrup og John Asland, *Arverett* 2012 s. 267-273 og en artikkel i *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr. 2 for 2011 s. 127-167.

Dommen er anket hva angår spørsmålet om foreldelse.

Peter Hambro

Livs- eller dødsdisposisjon og foreldelse – Borgarting lagmannsrett 22. desember 2015 (LB-2015-78068)

Overdragelse av en bolig til en sønn ble ansett som en dødsdisposisjon. Krav om tilbakeføring til dødsboet var foreldet.

Fakta: Ektefellene eide en bolig og hadde to sønner. I 2001 overførte de sin bolig som en ren gave til sønnen B. Foreldrene forbeholdt seg livsvarig boret og dekket fortsatt alle løpende utgifter. Faren døde i 2002 og moren ble sittende i uskifte til sin død i 2009. I 2010 fikk B skifteattest etter sl. § 80. Først i 2014 ble det reist søksmål fra de andre arvingene (barna til avdøde sønn A) med påstand om at overføringen var en dødsdisposisjon.

Retten vurdering: Lagmannsretten behandlet først spørsmålet om dette var en livs- eller dødsdisposisjon. Det ble vist til Rt 2008 s. 1589 og naturlig nok presisert at det avgjørende er om en overføring har hatt realitet for giver. Overdragelsen var formelt gjennomført, skjøte var tinglyst og B hadde oppført boligen i sin selvangivelse. Foreldrene bodde fortsatt i boligen og betalte som nevnt kommunale avgifter og andre løpende utgifter. Utover å male huset hadde ikke B utført noe vedlikeholdsarbeid. Retten nevnte at et argument i retning livsdisposisjon var motivet til foreldrene. Sønnen A hadde tydeligvis fått en del økonomisk bistand fra foreldrene og overføringen ble foretatt for å skape økonomisk likevekt mellom barna. Foreldrene ønsket med denne overføringen å gjøre det man ellers kan oppnå ved en bestemmelse om avkortning. Om overføringen ble vurdert som en ugyldig dødsdisposisjon, kunne resultatet derfor virke urimelig. Det avgjørende for lagmannsretten var en regning for elektrisk arbeid som var utført i 2009. Regningen var på totalt kr. 12 000 og B hadde oppført denne regningen som gjeld i dødsboet. Det viste etter rettens mening at det ikke var meningen at overføringen skulle ha noen realitet så lenge foreldrene levde. Konklusjonen ble dermed at overføringen var en dødsdisposisjon.

Kommentar: Vi har en rekke dommer om hvorvidt en overdragelse av en fast eiendom til en livsarving, hvor giver forbeholder seg boret, skal anses som en livs- eller dødsdisposisjon. Det avgjørende har i de fleste tilfellene vært om overdragelsen medførte fordeler for giver/selger ved å bli kvitt ansvaret for utgifter og vedlikehold. I denne saken var det vanskelig å

se at overdragelsen hadde noen praktisk betydning for foreldrene.

Når det så gjaldt foreldelse drøftet retten (meget grundig) forholdet til følgende bestemmelser: a) al. § 75, b) al. § 70 og c) foreldelsesloven.

Al. § 75. Bestemmelsen fastsetter en 10-årsfrist for å melde seg som arving. Derimot gjelder bestemmelsen ikke for krav om hva som omfattes av dødsboet, dvs. tilhører boets masse. Retten viste til Rt 2009 s. 1233, Rt 1994 s. 1311, forarbeider til arveloven Ot. prp. 36 (1968-69) s. 202-203 og Peter Lødrup og John Asland, *Arverett* 2012 s. 279.

I Hambro kommentarutgaven står på s. 575 at tvister om boets størrelse ikke går under bestemmelsen i § 75 og det henvises til RG 2002 s. 467 (Borgarting). Denne dommen ble også nevnt i nærværende sak.

Al. § 70 andre ledd. Bestemmelsen gjelder påstander om at en testamentarisk disposisjon er ugyldig. Retten viste til LB-2011-165965 hvor det ble nevnt at § 70 andre ledd gjelder testament i snever forstand. Det ble videre vist til Ot. prp. 36 (1968-69) s. 191 hvor det ble uttalt at bestemmelsen gjelder det som folk flest oppfatter som et testament. Som eksempel på dokumenter som faller utenfor § 70, ble nevnt «helt formløse opptegnelser som arvelateren etterlater seg om fordelingen av arven, men som hverken han selv eller andre vil oppfatte som noe testament ...» Retten uttalte at man var tilbøyelig til å konkludere med at § 70 ikke kunne anvendes i dette tilfelle, men at det ikke var nødvendig å ta endelig standpunkt.

Foreldelsesloven. Spørsmålet var så om foreldelsesloven § 1 kunne anvendes i dette tilfelle. Bestemmelsen gjelder fordring på penger eller andre ytelser. Retten viste til Rt 2012 s. 506 hvor Høyesterett kom til at en eiers vindikasjonsskrav i et tilfelle hvor en avtale var ugyldig grunnet mental tilstand hos den ene avtalepart, ikke var gjenstand for foreldelse. I saken for Borgarting var påstanden formulert som et krav om tilbakeskjøting til boet. Arvingene hadde ikke eiendomsrett til den overførte eiendom og retten la til grunn at det hverken var et vindikasjonsskrav eller erstatningskrav. Foreldelsesloven § 1 kunne derfor anvendes og kravet var foreldet.

Når det gjelder spørsmålet om foreldelse, inneholder dommen en meget grundig gjennomgang av alle rettskilder: dommer, litteratur og forarbeider.

Dommen er anket hva angår spørsmålet om foreldelse.

Peter Hambro

Bortfall av testament til fordel for ektefellen etter skilsmisse. Al. § 66 nr. 3 – Hålogaland lagmannsrett 15. desember 2015 (LH-2015-128008)

Fakta: A og B giftet seg i 1976. A hadde to særkullsbarn, B ingen barn. I september 1996 opprettet de hvert sitt testament. B testamenterte alt han eide til A

mens A testamenterte den frie tredjedel til B. De ble skilt i 2004 og B døde i 2014. Han hadde ikke tilbakekalt testamentet eller opprettet et nytt.

Rettens vurdering: Etter al. § 66 nr. 3 bortfaller et testament mellom ektefeller ved skilsmisse. Al. § 66 er en presumsjonsregel idet bestemmelsen ikke får anvendelse hvis det er grunn til å tro at testator mente noe annet. Når ektefeller blir skilt må det være en ganske sterk presumsjon for at et testament bortfaller. I testamentet het det at B testamenterte alt til sin ektefelle. Ordlyden var ikke avgjørende siden denne formuleringen var naturlig når de var gift. A hadde oppbevart testamentet og hevdet at B hadde sagt at hun skulle beholde det fordi det fortsatt ga uttrykk for hans ønsker. Det var imidlertid flere vitner som fortalte at B i tiden etter 2006 hadde sagt at hans slekt skulle arve ham. Han hadde aldri nevnt testamentet fra 1996. Etter skilsmissen hadde han hatt noe kontakt med A samt hennes barn og barnebarn. Konklusjonen ble at det ikke var grunn til å fravike lovens presumsjonsregel.

Kommentar: I Peter Lødrup og John Asland, *Arverett* 6. utg. står på side 178: «Men vi må huske på at problemet om testasjonens holdbarhet bare dukker opp hvor testamentet ikke er tilbakekalt, og årsaken til dette kan nettopp være at arvelateren har ønsket at det skal stå ved lag. Det naturlige ville være at man tilbakekaller testamentet hvis man ikke lenger ønsker (den forhenværende) ektefellen som arving – det er neppe noe man glemmer.» Jeg tror svært mange anser det som en selvfølge at et slikt testament bortfaller og at tilbakekall derfor er unødig. Det må foreligge spesielle forhold for å fravike lovens tolkingsregel. I Unneberg, *Arveretten* s. 142 nevnes noen eksempler på slike forhold.

Peter Hambro

Naturalutlegg på dødsboskifte – Frostating lagmannsrett 14. desember 2015 (LF-2015-131775)

En sønn fikk medhold i overtakelse av bolig etter sl. § 61 andre ledd.

Fakta: Foreldrene hadde tre barn og en fast eiendom. Etter farens død ble moren sittende i uskifte. Sønnen A bodde ved siden av boligen til foreldrene. Etter morens død oppsto uenighet mellom A og hans søster B om rett til å overta boligen.

Rettens vurdering: Retten viste til Rt 2009 s. 1512 hvor følgende forhold ble presisert: sl. § 61 andre ledd oppstiller to kumulative vilkår for naturalutlegg og bestemmelsen er en unntaksregel og åpner ikke for en ren rimelighetsvurdering. Retten drøftet så hvilke forhold A kunne anføre som «gode grunner». Inntil en lovendring i begynnelsen av 2000-årene hadde A odelsrett til eiendommen. Han hadde bodd der meste parten av sitt liv. Foreldrene hadde skilt ut en tomt til ham hvor han hadde bygget egen bolig. Boligene hadde felles avkjørsel. Han hadde sammen med faren bygget en stor garasje som lå rett inntil hans eget hus. Han

hadde i årenes løp utført betydelig arbeid på foreldrenes eiendom og hatt hovedansvar for vedlikehold etter farens død. Han hadde i mange år hatt en forventning om å overta foreldrenes eiendom. Samlet ble disse forhold ansett som gode grunner for å overta eiendommen. Spørsmålet var så om B hadde rimelig grunn til å motsette seg As krav om naturalutlegg. B hadde ikke selv bodd på eiendommen i voksen alder. Bror C hadde ingen innvendinger mot at A overtok foreldrenes eiendom. Rettens konklusjon ble dermed at lovens kumulative vilkår var oppfylt.

Et annet spørsmål i saken var om A hadde krav på vederlag for arbeid på foreldrenes eiendom som hadde medført en verdiøkning. Retten tok utgangspunkt i lov om hendelege eieendomshøve § 11, jf. 10. Det avgjørende etter § 11 er om man «aukar verdet» av en eiendom. Det ble til Rt 2013 s. 1560. Noe arbeid var gjort av A så mange år tilbake at det var umulig å beregne en eventuell verdiøkning. Foreldrenes eiendom fremsto som forholdsvis nedslitt med behov for vedlikehold og utbedringer. Noe verdiøkning hadde A tilført eiendommen og han ble tilkjent vederlag for kr. 75 000 mens hele eiendommen var verdsatt til kr. 1.6 mill.

Kommentar: Vi har samlet fem høyesterettsdommer om sl. § 61 andre ledd. I tre av sakene er krav om naturalutlegg tatt til følge: Rt 1978 s. 1513, Rt 1981 s. 513 og Rt 1984 s. 552. I Rt 2009 s. 1512 (kommentert i *Nytt i privatretten* nr. 1 for 2010) og Rt 2011 s. 1180 ble krav om naturalutlegg ikke godtatt. At loven ikke åpner for en ren rimelighetsvurdering er i dag utvilsomt.

Peter Hambro

FAST EIENDOM

Grunnlovsvernet til grunneigar ved innløyising av framfesta tomtar – Rt. 2015 s. 1180

Høgsterett har i denne dommen slått fast at eigedomsvernet på grunnlovsnivå ved innløyising av framfestetomter er samanfallande med den kapitaliserte verdien av redusert leige betalt frå kommunen til Fondet utrekna etter bruttoprinsippet. Innløyisingabeløpet blir rekna ut med utgangspunktet i kontraktstilhøvet mellom kommunen (framportfestar) og den enkelte bustadeigar (framfestar). Dette slo Høgsterett fast for det same sakskomplekset i dom innteke i Rt. 2013 s. 1146. Grunnlovsspørsmålet kjem opp som ei fylgje av innføring av innløyisingrett også for alle som framfestar tomt til bustad eller fritidshus. Spørsmålet er så kva som er å rekna som «full erstating» til grunneigar i desse sakene. Svaret er langt frå opplagt, noko denne saka viser. Grunneigar, her Opplysningsvesenets Fond, har i si tid leigd bort eit større område. Leigetakar, her Re kommune, festar så bort tomtene til bustadutbyg-

ging. Fleire år etter at leigeavtalar og festeavtalar er inngått vedtek lovgivar ein innløydingsrett for framfestar – dei private bustadbyggjarane. Når innløydingsretten blir teken i bruk er spørsmålet kva økonomisk verdi som skal leggjast til grunn for at kompensasjonen til Fondet skal svara til «full erstatning». Ein kan merka seg at Høgsterett ikkje drøftar spørsmålet i lys av EMK TP 1-1, men aleine etter Grl § 105.

Dommen gjeld altså grunnlovsvernet ved innløyding av framfesta bustadtomter, jf. tomtfestelova § 42 fjerde ledd. Konkret er spørsmålet om ein skal leggja til grunn ein verdsetjingsmetode som er omtala som «nettometoden» eller alternativet «bruttometoden». Bakgrunnen for saka er at Opplysningsvesenets Fond (etter dette Fondet) festa bort fem ulike område til Re kommune i Vestfold i perioden 1959 til 1977. Leigeavtalane mellom Fondet og kommunen er ikkje omfatta av tomtfestelova, då kommunen ikkje sjølv skal ha hus på tomtene, jf. § 1 i tomtfestelova. Kommunen har opparbeida fem bustadfelt av ulik storleik med grøntareal, veg, vatn og kloakk, framfesta ca. 200 bustadtomter, og inngått framfesteavtale med bustadeigarane. Avtalane er omfatta av tomtfestelova jf. § 42. Festeavtalane har noko ulik regulering av festeavgifta. Etter avtalane skal festeavgifta anten regulerast med utgangspunkt i tomteverdien, eller med utgangspunkt i leigereguleringa mellom Fondet og kommunen. Kommunen hadde stort sett berre regulert festeavgiftene etter konsumprisindeksen, og dermed dekkja ikkje lenger avgiftene leigeutgiftene kommunen må betale til Fondet. Innløydingskrav vart sett fram frå mange av framfestarane etter kvart som 30-års fristen i tomtfestelova opna for dette.

Forhistoria til saka er at tingretten i skjønn 19. desember 2011 la til grunn at innløydingssummen etter multiplikatorregelen i tomtfestelova § 37 skal fastsetjast på grunnlag av den aktuelle innløydingstomta sin del av leiga som *kommunen betaler til Fondet*. Denne delen vart bestemt ut frå storleik på tomta, halde saman med det samla arealet til bustadfeltet («bruttometoden»). I overskjønn 2. oktober 2012 bygde Agder lagmannsrett på dei same prinsippa som tingretten ved fastsetjing av innløydingssum. Overskjønnnet vart oppheva i Høgsterett i dom innteke i Rt. 2013 s. 1146. Høgsterett la samrøystes til grunn at det var festeavtala mellom *framportfestaren (kommunen) og framfestaren* som skulle vera grunnlag for å fastsetja innløydingssummen, og ikkje leigeavtala mellom kommunen og Fondet slik underinstansane hadde lagt til grunn. Samstundes sa Høgsterett at metoden måtte fråvikast dersom den ville gi ein lavare innløydingssum enn den grunneigaren har krav på etter Grunnlova § 105. Høgsterett held fram: «Det vil være nærliggende å sammenligne med den kapitaliserte verdien av redusert leie fra kommunen på grunn av innløydingen, jf. Rt. 2007 s. 1308 og Rt. 2011 s. 1254 avsnitt 24.» Høgsterett tok ikkje stilling til om brutto- eller nettometoden skulle takast i bruk. Og det er dette som er

spørsmålet i saka her. Omgrepa brutto- og nettometode viser til korleis ein skal rekna ut den reduserte leiga for kommunen. Skal reduksjonen reknast ut frå netto m2-pris multiplisert med storleik på tomte eller brutto m2-pris multiplisert med storleik på tomte. Med sistnemnde metode blir m2-prisen lågare fordi ein ikkje trekkjer frå fellesarealet i det samla arealet før ein reknar ut leige per m2.

I det nye overskjønnnet, LA-2013-157084, la lagmannsretten for 50 tomter til grunn multiplikatorregelen etter ei oppregulert festeavgift jf. tomtfestelova § 37 1. ledd andre setning jf. § 15. For dei siste 15 tomtene kom overskjønnnet fram til at grunneigar hadde krav på den kapitaliserte verdien av redusert leige etter bruttometoden då dette gav den høgaste innløydingssummen, og dermed etter oppfatninga til lagmannsretten også hadde grunnlovsvern. Fondet har anka på grunnlag av feil rettsbruk. Høgsterett delte seg i eit fleirtal på tre dommarar, og eit mindretal på to i spørsmålet om kva verdsetjingsmetode som skulle leggjast til grunn. Om ein skal freista å peika på ein hovudskilnad i røystingane til fleirtalet og mindretalet er det kanskje at den faktiske konteksten, erverv av tomter til bustadbygging, og dermed også den rettslege parallellen til ekspropriasjonsretten får større gjennomslag hjå mindretalet.

Fleirtalet i Høgsterett startar med å minne om at innløyding av festetomter må likestillast med ekspropriasjon, og dermed set krav om full erstatning etter Grunnlova § 105. Partane er samde om at det er den kapitaliserte verdien av redusert leige frå kommunen som fylgje av den enkelte innløydinga, som skal leggjast til grunn ved fastsetjing av Grunnlovsvernet. Fleirtalet formulerer problemstillinga på fylgjande måte: «Spørsmålet er om leiereduksjonen i denne samanheng skal baseres på brutto- eller nettometoden. Som jeg allerede har redegjort for, innebærer bruttometoden at leiereduksjonen beregnes på grunnlag av leieavtalenes leiesum fordelt på boligfeltets samlede areal, mens den ved nettometoden beregnes på grunnlag av leiesummen fordelt på boligfeltets areal etter fratrekk av fellesarealet. Nettometoden gir følgelig en høyere kvadratmeterpris for innlöst areal.»

Førstvoterande tek vidare utgangspunkt i at den økonomiske utnyttinga til leigetakar av leigeareala ikkje påverkar utleigar sin rett til å krevje avtala leige per arealeining. Dette medfører at ein reduksjon av arealet, for eksempel på grunn av innløyding, etter oppfatninga til førstvoterande må føra til ein korresponderande leiereduksjon etter bruttometoden med mindre avtaleforholdet gir haldepunkt for noko anna. Slike haldepunkt fann ikkje førstvoterande at det var i denne saka. Uttrykkjeleg regulering av spørsmålet kan ein naturleg nok ikkje finne i avtalane, sidan innløydingsretten ikkje var lovfasta då avtalane vart inngått. I avtaletolkinga tek førstvoterande, dommar Arntzen, utgangspunkt i at den opphavlege leiga vart fastsett som ein samla sum for kvart leigeareal. Arnt-

zen finn ingen haldepunkt for at leiga skulle differensierast etter bruken på dei ulike deler av arealet, og gjer på den bakgrunn ei samanlikning av innhaldet i leigeavtalane med bruken av utjamna strøkspris ved ekspropriasjon. Førstvoterande peikar dessutan på at det ikkje er noko i leigeavtalane som tyder på at leiga var meint å berre gjelde dei framtidige utbyggingsareala, og ikkje fellesareala.

Leigeavtalane inneheldt føresegn om regulering. Leiga kunne med 20 eller 25 års mellomrom regulast på grunnlag av endringar i «parsellens verdi som ikke skyldes festerenes egne foranstaltninger», eller alternativt i «samsvar med det alminnelige prisnivå på grunnarealer på stedet». Fondet tolka uttrykket «parsellens verdi» slik at det er retta mot den økonomiske verdien areala har for kommunen basert på nettometoden. Fleirtalet ved dommar Arntzen delar ikkje denne oppfatninga. Synspunktet deira er at «parsellens verdi» må tolkast på same måte som den alternative reguleringsføresegna. Det vil seia som ei tilvising til det alminnelege prisnivået på staden, og syner til Rt. 2008 s. 1268 som støtte for synspunktet. I denne dommen konkluderte Høgsterett med at ein i tolkinga av ei likelydande føresegn med analogi frå ekspropriasjonsretten måtte «se hen til hva som ville vært påregnelig alternativ utnyttelsesmåte for parsellen».

Eit argument til støtte for bruttometoden finn fleirtalet dessutan i at avtalane inneheldt ein klausul om avståing av arealet til ekstern infrastruktur. Ved slike avståingar er det avtala at leiga skal setjast ned i samsvar med det avståtte arealet. Til trass for at avståinga til ekstern infrastruktur har avgrensa overføringsverdi til innløyisingane i saka, ser fleirtalet det slik at ein kan sjå bruk av denne prismekanismen som eit utslag av den einingsprisen leigeavtalane er basert på.

Fondet hadde vidare vist til sine interne retningslinjer, og til avtalepraksis med enkelte kommunar som støtte for bruk av nettometoden. Slike synspunkt ville fleirtalet ikkje leggja vekt på. Dei første retningslinene som uttrykte at ein skulle nytta nettometoden var frå 1998. I retningslinene kan ein lesa at ein føresetnad for reguleringa av leigenedsetjinga er at summen av avgiftene frå framfestarane er samanfallande med leiga som Fondet krev inn av kommunen (i retningslinene omtala som «hovedfesteren»). Sidan det ikkje er slikt samanfall i denne saka kjem førstvoterande til at situasjonen ikkje er omfatta av instruksen om leigereduksjon også for eventuelle fellesareal. Eit anna poeng er at retningslinene både frå 1998 og 2004 gav uttrykk for at leigereduksjon etter nettometoden skulle avtalast med kommunen før framfesteinnløyisinga vart sett i gang. Partane hadde ikkje hevda, eller lagt fram dokumentasjon på at slike avtalar var inngått. Retningslinene frå 2011 gjekk fleirtalet ikkje inn på, sidan det var leigeavtalane som fanst på innløyisingstidspunktet som låg til grunn for vurderinga av grunnlovsvernet.

Fleirtalet ville heller ikkje leggja vekt på at Fondet kunne dokumentera enkelte andre avtalar med kom-

munar som viste at reguleringar og innløyisingar var basert på nettometoden. Det kunne etter oppfatninga til Høgsterett heller ikkje leggjast vekt på at partane i saken ved ein leigereduksjon i 2011, som fylgje av ei innløyising av 10 festetomter i 2010 la til grunn nettometoden. For det første var det ikkje opplyst om innløyisingssummane vart fastsett etter multiplikatorregelen i tomtfestelova § 37, eller på grunnlag ein kapitalisert leigereduksjon etter nettometoden. For det andre la fleirtalet vekt på at innløyisinga berre gjaldt nokon festarar, som dessutan hadde akseptert tilbodet frå Fondet om innløyising.

Oppsummert seier fleirtalet etter tolkinga av leigeavtala mellom Fondet og kommunen at det er bruttometoden som skal leggjast til grunn. Dei etterfylgjande festeavtalane finn fleirtalet å leggja mindre vekt på, sidan Fondet ikkje er part i desse avtalane. Samla sett meinte fleirtalet at det *ikkje* var grunnlag for å forstå festeavtalane eller tilknytt reguleringspraksis slik at nettometoden skulle leggjast til grunn i kontraktsforholdet mellom Fondet og kommunen i denne saka. Fleirtalet drøftar også korleis den sokalla «initialavtalen» mellom Fondet og kommunen frå 2014 påverkar spørsmålet om det er nettometoden eller bruttometoden som skal leggjast til grunn for Grunnlovsvernet. Etter denne avtalen skulle leiga for dei aktuelle areala betalast for nettoareala, og ved eventuelle innløyisingar så skulle fylgjeleg leigereduksjonen også baserast på nettometoden. Når heile nettoarealet er innløyst, vil så leiga bli sett til null, og restarealet overskøyta vederlagsfritt til kommunen. Fleirtalet finn at avtalen ikkje har noko å seia for tolkinga av leigeavtalane som er knytt til innløyisingstidspunktet i starten av 2011. På denne bakgrunnen kom fleirtalet til at rettsbruken til lagmannsretten var korrekt. Bruttometoden skulle altså leggjast til grunn ved fastsetjinga av grunnlovsvernet.

Eit mindretal på to dommarar kom som nemnt til eit anna resultat. Mindretalet startar med å syna til at Fondet sidan 1998 har hatt retningslinjer om at nettometoden skal brukast ved innløyising av frambortfesta tomter. Mindretalet gjer greie for innhaldet i retningslinene, og samanhangen med innløyising av frambortfesta tomter. Frambortfestarane har rett til å få tomtene innløyst. Kommunen har ikkje tilsvarende rett. Poenget er at dermed må leigeavtalane mellom kommunen og Fondet endrast som fylgje av innløyisingane. Mindretalet les retningslinene som ein føresetnad om at leigeprisen for fellesareala skal vera inkludert i innløyisingssbeløpet, og det vil seia at innløyisinga og dermed også reduksjonen i leigeavgifta som kommunen betaler til Fondet, skal skje etter nettoprinsippet. Etter oppfatninga til mindretalet vil dette gi «... en hensiktsmessig avvikling av festeforholdet ved at restarealet, når alle tomtene er innløst, også er fullt nedbetalt, slik at disse kan overtas vederlagsfritt av kommunen. Som det fremgår avslutningsvis av det siterte, må dette avtales med kommunen før fram-

festeinnløsning iverksettes.» Hovudspørsmålet for mindretalet blir dermed *om* det låg føre ein slik avtale med kommunen før innløyingskrava vart sett fram.

Mindretalet finn ikkje som fleirtalet å ville leggja vekt på det faktum at «det i realiteten ble fastsatt en enhetspris per dekar». Mindretalet finn ikkje at dette i seg sjølv har noko å seia for spørsmålet om det er nettometoden eller bruttometoden som skulle leggjast til grunn, men peikar på at det interessante er kva som har vore bestemmande for fastsetjing av prisen. Poenget til mindretalet er at nesten uansett ervervstype er det styrande for prisen for ei tomt kva som gir arealet verdi som utbyggingsareal. På same måte er mindretalet usamde i at ein kan leggja til grunn at den økonomiske utnyttinga til leigetakarane av leigearealet *ikkje* påverkar utleigar sin rett til å krevja avtalt leige per arealeining. Mindretalet meiner at synspunktet ikkje gir noko rettleiing i saka, og framhevar at om kommunen ikkje hadde valt å framleige tomtene til bustadtomter så hadde ikkje innløyingsspørsmålet kome på spissen. Her er saken nettopp at arealet har blitt nytta til bustadbygging, og dermed er spørsmålet kva plikt Fondet har til å redusera kravet på leigebetaling frå kommunen ved innløyning.

Mindretalet er samd med fleirtalet i at initialavtalen som la til grunn at nettometoden ikkje kan leggjast direkte til grunn sidan den var datert etter at kravet om reguleringsskjønn vart sett fram, men peikar på det som er sagt i avtalen om at den «følger tidligere praksis mellom partene». Mindretalet oppfattar dette som at føresetnaden om bruk av nettometoden var ein del av kontraktsforholdet, sjølv om det ikkje låg føre uttrykkeleg avtale om dette. Mindretalet gjer deretter ei interessant øving med omsyn til å synleggjera korleis ein kommune uavhengig av korleis tomtgrunn er erverva må gå fram for å få dekkja inn utgifter til opparbeiding av infrastruktur. Poenget er å syna at også ved framfeste av bustadtomter så er kommunen interessert i å få dekkja inn sine kostnader med arealet, også det som ikkje blir direkte nytta til tomtgrunn. Og som mindretalet skriv: «Dette innebærer at festeavgiften per kvadratmeter må ligge høyere enn den kvadratmeterprisen som kommunen betaler for hele arealet, og avviket vil variere alt etter størrelsen av fellesarealet sett i forhold til totalarealet.» Mindretalet meiner ut frå dette resonnementet at ein kommune venteleg vil vera interessert i at innløyingsbeløpet er tufta på nettometoden. «I motsatt fall – om innløsningsen skjer etter bruttometoden – vil kommunen ikke fullt ut få kompensert for bortfallet av finansieringen av den del av leien som den innløste tomten representerer.» Sidan både Fondet og ein kommune som får dekkja leiga for fellesareal gjennom framfesteavgifta, etter oppfatninga til mindretalet, begge har interesse av at nettometoden blir brukt, meiner mindretalet at det er nærliggjande at retningslinene til Fondet er meint som ein del av kontraktstilhøvet mellom partane, sjølv om dette ikkje er kome direkte til uttrykk gjennom avta-

len. Eller som mindretalet sjølv seier: «Det er i alle fall mer nærliggende at det er nettometoden som gjelder enn bruttometoden.»

Etter dette er spørsmålet om framfesteavgifta for tomtar i dei aktuelle bustadområda inkluderer dekning av leigekostnadene Re kommune har med fellesareala. Ein indikasjon på dette er det etter mindretalet si oppfatning om framfesteavgifta per kvadratmeter ligg høgare enn kvadratmeterprisen som kommunen betaler for heile arealet. Mindretalet les, i motsetnad til fleirtalet, desse avtalane slik at dei har klare spor av at dei fleste kontraktane også skulle inkludera betaling for fellesareal. Mindretalet går deretter gjennom prisnivåa for dei fem bustadfelt, og finn at for berre eitt av desse er det faktisk slik at prisane i dei to kontraktstilhøva er så å seia samanfallande. Dette eine bustadfeltet har dessutan berre fire tomteiningar, og mindretalet meiner derfor at det må få liten vekt i den samla vurderinga. Hovudinntrykket er kort sagt at for dei fire andre bustadfelt er framfesteavgifta eigna til å dekkja også leigeutgiftene kommunen har til fellesareala. Eit anna moment var at framfesteavtalane for alle bustadfelt inneheldt ein klausul som skulle sikra regulering av framfesteavgifta i samsvar med regulering av leigevavgifta. I praksis var det ikkje lenger ein slik balanse fordi kommunen hadde nytta ein indeks som var i samsvar med gjeldande konsumprisindeks i revisjonen av kontraktane, medan Fondet den seinare tida hadde regulert festeavgiftene etter tomteverdi. Intensjonen var likevel å oppnå balanse. Noko ein rekna med ville skje frå 2017 etter at kommunen hadde føreteke reguleringar i samsvar med reguleringstidspunkta i dei respektive framfesteavtalane. Så langt finn mindretalet at eit hovudtrekk i avtaletilhøvet mellom Fondet og kommunen er at det har vore søkt ein balanse mellom leigeutgiftene til kommunen, og framfesteinntektene, og at dette har skjedd ved at framfesteavgiftene inkluderer ei leige for fellesareala.

Mindretalet drøftar så kva det har å seia at ein i eit reguleringsskjønn i 2008 var samde om å bruke strøksprinsippet (utjamna strøkspris) i verdsetjinga av leiga for det samla arealet. Mindretalet meinte at dette neppe kunne medføra ein annan konklusjon. Det gjekk fram av dokument frå kommunen, «Saksframlegg til Hovedutvalg for drift eigedom og næring», at leiga til Fondet var meint å bli inndeckja av framfesteavgifter frå private bustadeigarar. Mindretalet legg til at i samtlege framlagde leigekontraktar frå det eine bustadfeltet, Brekkeåsen, var det klausular om at festarane skulle vera med å betale eit bestemt beløp for opparbeiding av vegar/gater, vass- og kloakkleidningar osv. I eit anna avtalepunkt hadde dei same avtalane eit punkt om at framfestarane hadde plikt til å vera med å dekkja anleggs- og driftsutgifter til regulerte leikeplassar og friområde etter reguleringsplanen. Mindretalet meiner desse avtalepunkta støttar den oppfatninga at kommunen hadde teke sikte på å få dekkja frå framfestarane alle kostnader i samband med etablering av bustad-

feltet. På denne bakgrunnen meiner mindretalet at kontraktsforholdet mellom Fondet og kommunen nettopp har vore tufta på føresetnadene som Fondet staka ut i egne retningslinjer for innløyising av framfeste-tomter, og som initialkontrakten frå 2014 byggjer på. Det medfører at leiga for fellesareala er inkludert i framfesteavgifta for dei enkelte tomteiningane, og det sentrale her at denne verdien må gå til frådrag i leigesummen ved innløyising. Skil Fondet ha full erstatning ved innløyisinga meiner derfor mindretalet i Høyesterett at innløyisingabeløpet må reknast ut etter netto-prinsippet. Mindretalet stemte derfor for at overskjønnet vart oppheva.

Katrine Broch Hauge

Passivitetsutløst bortfall av sameierett i hytte – Rt. 2015 s. 1157

Sakens faktum: Saken gjelder bortfall av sameieretter på ulovfestet grunnlag. En sameier i en forfallen hytte fra 1939 totalrenovert hytta gjennom 18 år (fra 1992–2010). Sameieren som utbedret hytta, Nilsen, hadde også dekket alle løpende kostnader. De andre sameierne forholdt seg passive. De hadde heller ikke brukt hytta i renoveringsperioden. I 1995 bygde en av sameierne et annekst på tomten.

Hytta hadde opprinnelig fire sameiere. På grunn av generasjonsskifter var flere av de opprinnelige sameieandelene delt flere ganger. Nilsens sameiandel var på ¼ av hytta og tomte. I forbindelse med at en av de øvrige sameierne bygget annekset, fikk Nilsen overført denne sameierens andel av hytta, ¼, til seg. De øvrige åtte sameierne hadde mindre sameieandeler på hhv. 1/8, 1/12, 1/16 og 1/36.

Saksgangen: De øvrige åtte sameierne krevde i 2012 sameiet oppløst etter saml. § 15. Nilsen og sameieren som hadde oppført annekset, anla søksmål med krav om eiendomsrett for henholdsvis annekset og hytta. De øvrige sameierne tok til motmæle og krevde dom for at sameiebrøkene for tomten også gjaldt hytta, og at annekset skulle rives. Romsdal tingrett (TROMS-2013-196772) kom til at annekset fikk stå, at det var eid av sameieren som oppførte det. Denne delen av dommen ble ikke påanket. Tingretten kom videre til at eierandelene for tomten også gjaldt hytta. Nilsen anket til lagmannsretten. Frostating lagmannsrett (LF-2014-139795) kom til at Nilsen var eneeier av hytta, og de øvrige hadde tapt sine eierandeler ved passivitet. De øvrige sameierne anket til Høyesterett, som forkastet anken (dissens 3-2).

Flertallets premisser: Førstvoterende, Bårdsen, tiltrådt av Stabel og Schei, la innledningsvis til grunn at det ikke var spørsmål om ekstinksjon etter tinglysingsloven eller hevd, men bortfall av sameierett på ulovfestet grunnlag. Det ble også presisert at tomtegrunnen fremdeles lå i sameie etter de opprinnelige

brøkene (størrelsen på tomten var uklar, se lagmannsrettens dom).

Førstvoterende viste til at eiendomsrett kan opphøre på ulovfestet grunnlag. Det ble vist til Rådsegn 6 fra Sivillovbokutvalget (1961) Om hevd (s.6) og Rt. 1917 s. 193, Rt. 1971 s. 171, Rt. 1983 s. 850 (Hitra), Rt. 1992 s. 352 (Sigdal) og Rt. 2000 s. 604 (Øraker). «Rettsregelen» som oppstilles presenteres i avsnitt 33:

«Det ser for meg ut til å være et gjennomgående trekk ved høyesterettspraksis om bortfall av eiendomsrett på ulovfestet grunnlag, at det hele gripes konkret an. Avgjørende er, har det vært sagt, om «saksforholdet ... er slik at det kan være grunn til å tillegge rette eiers unnlatelse av å foreta seg noe, rettsvirkning», jf. Rt. 1992 side 352 (Sigdal), på side 356. Høyesteretts avgjørelser viser at en rekke forhold etter omstendighetene da får betydning, spesielt partenes adferd og hvilket inntrykk denne skapte eller var egnet til å skape, god tro, de respektives oppfordring til å handle, tiden som har gått, preget av en festnet tilstand og foretatte investeringer. Også hensynet til en rimelig løsning i situasjoner der de faktiske forholdene utvikler seg ganske annerledes enn det de rettslige utgangspunktene skulle tilsi, synes å ha en viss betydning. Mitt inntrykk er at det skal atskillig til før eiendomsrett kan tenkes å falle bort på dette grunnlaget – Høyesterett har gjerne brukt uttrykket «sterke grunner», jf. Rt. 2009 side 203 avsnitt 40 med videre henvisninger. Jeg bygger på dette når jeg nå går over til den saken som står til avgjørelse.»

Når rettsregelen skal anvendes på det konkrete saksforholdet tar førstvoterende utgangspunkt i at da rehabiliteringen startet var hytta kondemnabel. Rehabilitering fremfor rivning ble valgt på grunn av byggeforbudet i strandsonen. Realiteten var altså: «At hytten fremdeles finnes og nå representerer en reell økonomisk verdi, er utelukkende et resultat av Nilsens innsats. Teknisk og funksjonelt er den bygningen som står der i dag en annen enn den som stod der da rehabiliteringen startet.» (avsnitt 34). Her er det en parallell til dommen i Rt. 1983 s. 850, hvor en loddeier i et dødsbo var blitt boende på gårdsbruket som var overbeheftet. Loddeieren hadde reddet gårdsbruket fra tvangsauksjon, og hun hadde betalt ned all gjeld på gården, før de øvrige loddeierne etterkommere, 39 år etter dødsfallet, gjorde gjeldende at de var sameiere i gårdsbruket.

Det var ikke noe uttrykkelig samtykke fra medeierne til rehabilitering, men den andre hadde «gitt opp hytta». Flertallet la til grunn at det var nærliggende for Nilsen å slutte fra de andres holdning og atferd at det var opp til ham å berge hytta (avsnitt 35). Uttalelsene i avsnittene 34 og 35 kan rubriseres under «partenes atferd og hvilket inntrykk denne skapte eller var egnet til å skape», jf. avsnitt 33. Her kan det igjen trekkes parallell til Rt. 1983 s. 850, hvor de øvrige loddeierne hadde blitt oppfordret til å hjelpe til med å berge gårdsbruket fra tvangsauksjon, men hvor ingen av dem hadde bidratt.

Når det gjelder hvem av partene som hadde oppfordring til å handle, så er flertallet i utgangspunktet enige med lagmannsretten i at «Nilsen, som den aktive parten, 'var den som først og fremst hadde oppfordring til å bringe klarhet i forholdene', ved å sikre bevis for hvem som ble varslet og hva de svarte, ved å få i stand en avtale med de øvrige sameierne, eller ved å ta initiativ til oppløsning av sameiet allerede før rehabiliteringen startet. Da Nilsen satte i gang uten å sikre nødvendig og notorisk avklaring med de øvrige sameierne, tok han en risiko som han ikke uten videre kan forvente at rettsordenen nå skal eliminere.» (avsnitt 36). Men flertallet var også enige med lagmannsretten i at ettersom tiden gikk og rehabiliteringen skred frem «ble handleplikten mer og mer skjøvet over» på de øvrige sameierne. Dette styrket gradvis Nilsens forventning om at han alene var blitt eier av hytta.

Det pekes på at Nilsen var den eneste som brukte hytta, at han dekket alle løpende kostnader, at han gjennomførte dyr og arbeidskrevende rehabilitering og at de øvrige sameierne i store trekk var klar over hva Nilsen hadde gjort gjennom 18 år. Videre hadde Nilsens arbeid gått langt ut over tålt bruk fra en sameier, han hadde aldri fremmet refusjonskrav etter sameieloven, og de øvrige sameierne tilbød seg aldri å bidra. I avsnitt 40 oppsummerer førstvoterende vurderingen av partenes opptreden og berettigede forventninger:

«Det var, etter mitt syn, nærliggende for de øvrige sameierne å tolke Nilsens handlemåte som uttrykk for at han anså den rehabiliterte hytten som sin. Jeg har i hvert fall vondt for å forstå hvordan de øvrige sameierne kunne ha en begrunnet forventning om at Nilsen opptrådte på vegne av et sameie i hytten, helt for egen regning. Skulle noen av sameierne ha hatt en forestilling i den retningen, hadde det vært all grunn til å gjøre denne kjent for Nilsen på et vesentlig tidligere stadium.»

Førstvoterende finner det også rimelig a Nilsen anses som eneeier av hytta (avsnitt 41). Dette avsnittet henger sammen med uttalelsen i avsnitt 33 om at «hensynet til en rimelig løsning i situasjoner der de faktiske forholdene utvikler seg ganske annerledes enn det de rettslige utgangspunktene skulle tilsi, synes å ha en viss betydning».

Etter dette konkluderte førstvoterende med at Nilsen var blitt eneeier (avsnitt 42).

Mindretallets premisser: Andrevoterende, dommer Falch med tilslutning av Kallerud, er enig med førstvoterende i at det på «ulovfestet grunnlag er mulig å erverve eiendomsrett til fast eiendom basert på en sammensatt, konkret vurdering av partenes opptreden – henholdsvis erververs aktivitet og opprinnelig eiers passivitet – selv om vilkårene for hevd og alders tids bruk ikke er oppfylt». (avsnitt 46). Han er også enig i at «det må foreligge «sterke grunner» før det kan konkluderes med at eiendom har blitt overført på denne måten». (avsnitt 46). Mindretallet vil imidlertid stille

strengere krav for passivitetsutløst rettstap eller rettsvinning:

«Hensynet til klarhet tilsier at det må stilles et slikt strengt krav. Endringer i eierskap til fast eiendom er gjennomgående viktige disposisjoner for partene, og i det praktiske rettslivet skjer dette normalt ved frivillighet som formaliseres i avtaler og ved tinglysning, ofte med profesjonell bistand. Den som mener å erverve en slik rett, har derfor en klar oppfordring til å sørge for at overdragelsen klargjøres og formaliseres. Unnlater han det, taper rette eier som den klare hovedregel ikke sin rett.» (avsnitt 47).

Mindretallet anså ikke de strenge kravene for oppfylt i saken (avsnitt 48). Mindretallet peker på at Nilsen var klar over sameieforholdet, og at dersom Nilsen mente at rehabiliteringen skulle eller burde få konsekvenser for eierskapet, burde han ha tatt initiativ overfor de andre med sikte på avklaring. Noe slikt initiativ ble ikke tatt. Mindretallet vektlegger også at Nilsen ikke benyttet sameielovens ordninger for å avklare eller endre rettsstillingen mellom sameierne. Utbedringene måtte anses som akseptert (tålt) av sameierne. Utbedringene pågikk i lang tid med små skritt av gangen. Mindretallet fant det heller ikke uten videre rimelig at Nilsen anses som eneeier.

Mindretallet oppsummerer slik: «Samlet sett har de ankende parter etter mitt syn ikke tapt sin sameierrett til hytta ved passivitet. Oppfordringen til å avklare rettsstillingen lå på Nilsen som ønsket endring, og som var klar over at hytta lå i sameie. De øvrige sameiere fikk aldri noen klar oppfordring til å reagere ovenfor Nilsen med sikte på å beskytte sin sameierett, særlig fordi Nilsen ikke overskred sin rett. De kan derfor ikke bebreides for sin passivitet, og passiviteten kan heller ikke tolkes som en form for konkludent aksept av Nilsens eierskap.» (avsnitt 55).

For øvrig avviste mindretallet (avsnitt 56) at man kunne endre eierforholdene gjennom egeninnsats etter inspirasjon fra den rettspraksis man har mellom ektefeller og samboere om at man kan bli medeier i eiendeler som tjener til felles personlig bruk basert på indirekte bidrag.

Oppsummering: Saksforholdet i dommen er meget spesielt. Hyttas tilstand var meget dårlig da Nilsen startet renoveringen. Han var dessuten den eneste bruker av hytta i meget lang tid. Dommen er avsagt under skarp dissens 3-2, noe som klart taler for at man er i et grensetilfelle. Da både flertall og mindretall er enige om at det skal foretas en konkret helhetsvurdering, så blir neppe prejudikatvirkningen av saken så sterk. Det må nok likevel legges til grunn at dommen har forskjøvet grensene for passivitetsutløste rettstap i favør av den aktive part og i disfavør av den passive. Etter mitt syn går dommen lenger enn Hitra-dommen i Rt. 1983 s. 850. Det kan stilles spørsmål ved om god-tro-momentet ble tilstrekkelig vektlagt. Det kan også stilles spørsmål ved rimeligheten av resultatet sett i lys av de muligheter sameieloven gir for å ordne

opp i slike forhold. Den løsningen som flertallet kom til, skaper også praktiske problemer i og med at grunnen fortsatt ligger i sameie, men trolig ikke kan bygges ut av de andre sameierne.

John Asland

IMMATERIALRETT

Digital Single Market Strategy developments: towards comprehensive copyright reforms?

In December last year, European Commission made a long-awaited step towards reforming EU's copyright system: as a part of the Digital Single Market Strategy, it released a proposal for a Regulation on the cross-border portability of online content services, and issued a Communication "Towards a modern, more European copyright framework", containing an action plan for updating of copyright rules across the EU. At the same time, the Commission launched a public consultation on the evaluation and modernization of the legal framework for the enforcement of intellectual property rights. The proposals have been received with mixed reviews from various stakeholders.

The proposed Regulation on cross-border portability was developed as "Europeans travelling within the EU may be cut off from online services providing films, sports broadcasts, music, e-books or games that they have paid for in their home country". This was seen as an internal market barrier, and Regulation was developed with the goal of more effectively meeting the needs of travelling consumers, while simultaneously striving to maintain high levels of protection for rights holders.

In essence, the proposed Regulation makes it mandatory to allow access to content to which consumers have lawful access in their country of habitual residence while they are "temporarily present" in other EU Member States; for example, Norwegian citizens subscribing to HBO Nordic would have access to the streaming service while they're on a vacation in Italy. The Regulation does not, however, define the time-limits of the "temporary presence", leaving the term somewhat open to interpretation. Additionally, it explicitly confirms that service providers will not be obliged to undertake any level of quality control on their services when accessed in other Member States.

As far as the licensing aspects of portability are concerned, there will be no need for negotiating additional licenses to allow for cross-border streaming. The content providers will not be required to obtain the relevant rights in each Member State in which the subscriber is temporarily present. This is achieved by specifying that access to online content provided by the service provider when the subscriber is visiting

another Member State will be deemed to occur in the Member State of the subscriber's habitual residence.

According to the released Communication, the Commission intends to work on key EU exceptions to copyright. It will introduce legislation to implement the Marrakesh Treaty, helping people with disabilities to access more copyrighted works. Other legislative proposals dealing with copyright exceptions and limitations will be considered as well. Notably, the Commission will propose legislation to allow public interest research organizations to carry out text and data mining of content they have lawful access to, "with full legal certainty". Exceptions for educational use will remain a priority as well.

The Commission will also strive to achieve a well-functioning marketplace for copyright, with the main goal of "assessing if the online use of copyright-protected works, resulting from the investment of creators and creative industries, is properly authorised and remunerated through licences". The initial point of departure will be to consider whether any specific action in regards to online news aggregators is required; forcing websites that aggregate the news and display snippets to pay licensing fee to content owners. Such measures remain highly controversial, as previous attempts to implement them at the national level – for example, in Germany and Spain, through "Google Tax" laws – were counter-effective. Commission also plans to examine whether action is needed on the definition of the rights of 'communication to the public' and of 'making available', with the goal of increasing legal certainty, transparency and balance of copyright.

The commission will attempt to further ensure that copyright is properly enforced across the EU. It plans to develop a European framework to "follow-the-money" and cut the financial flows to businesses which make money out of piracy. The Commission is also carrying out a public consultation on online platforms, which also covers 'notice and action' mechanisms and the issue of action remaining effective over time.

The released Communication ends with a part on the long-term vision for European copyright. It recognizes that there are many complexities involved with the full harmonization of the copyright in the EU, but that they "cannot be a reason to relinquish this vision as a long-term target", noting that it would make it possible "to build the EU's single market, a thriving European economy and a space where the diverse cultural, intellectual and scientific production of Europe travel across the EU as freely as possible".

Overall, Commission's reform proposals were relatively well received, although some claimed an evident lack of ambition, for instance referring to the Regulation on cross-border portability as "nothing more than roaming for Netflix". Still, it seems that the Commission is determined to re-examine many aspects of copyright in this year. Combined with efforts in other

fields – notably those aimed at modernizing digital contract rules to promote access to digital content and online sales – this has the potential to drastically alter the intellectual property landscape in the EU.

Miloš Novović

PANTERETT

Pantelova § 15 gjeld for legalpanteretten i burettslag og eigarseksjonar – Rt. 2015 s. 1307

Etter burettslagslova § 5-20 har burettslaget legalpant for krav på dekning av felleskostnader og andre krav frå lagsforholdet. Etter føresegna kan ikkje kravet vera større enn «ein sum som svarar til to gonger grunnsummen i folketrygda på tidspunktet da tvangsdekning blir vedteken gjennomført» (første ledd). I tillegg er det ein foreldingsregel i tredje ledd. Tilsvarende reglar finst i eigarseksjonslova § 25, berre med den skilnaden at legalpanteretten der er avgrensa til ein gong grunnsummen i folketrygda.

I Rt. 2015 s. 1307 avgjorde Høgsteretts ankeutval at tilleggskrav etter pantelova § 1-5 kan dekkjast også under legalpanteretten etter burettslagslova § 5-20. Det vil seie at inndrivingskostnader kan koma i tillegg til grensa på to gonger grunnsummen (2 G), og det same kan renter som er pådregne etter iverksetjing av dekningsaksjonen (det eksakte skjeringspunktet skal drøftast mot slutten av artikkelen). Renter pådregne før dette tidspunktet må finne rom innanfor grensa på 2 G. Auke av felleskostnadene og andre krav frå laget – auke av «hovudstolen» – kan *ikkje* koma i tillegg til grensa på 2 G.

Så langt er avgjerda ei nyttig avklaring. I hovudsak er dei same synspunkta lagde til grunn i Jens Edvin Skoghøy, *Panteloven* (2. utgåve, Oslo 2003) s. 489 (om eigarseksjonslova § 25). I Ørnulf Hagen, Kåre Lilleholt og Christian Fr. Wyller, *Eierseksjonsloven* (2. utgåve, Oslo 2008) s. 240 og i Kåre Lilleholt, Christian Fr. Wyller og Morten Aagenæs, *Borettslovkommentaren* (Stavanger 2006) s. 490–491 er det vist til Skoghøys framstilling. Nokre nyansar skal vi koma tilbake til mot slutten.

Avgjerda i Rt. 2015 s. 1307 har skapt uro fordi ei formulering kan tyde på at ankeutvalet vil avgrense «hovudstolen» til den summen andelseigaren skylder ved iverksetjing av dekningsaksjonen, også om summen er mindre enn 2 G:

«... Etter ankeutvalgets oppfatning må [bestemmelsen] imidlertid etter sitt formål forstås slik at borettslaget – innenfor den angitte beløpsbegrensning – bare har legalpant for krav som er oppstått på det tidspunkt borettslaget eller en annen pant-haver begjærer dekning som leder til tvangssalg. Krav på dekning av felleskostnader og andre krav fra borettslagsforholdet som påløper etter at tingret-

ten har truffet beslutning om gjennomføring av tvangsdekning, må etter dette falle utenfor borettslagets legalpanterett.» (avsnitt 16)

Samandraget av avgjerda peiker i same lei. Skal dette takast på ordet, er det ei overraskande løysing. Det er usikkert om ankeutvalet meinte å ta standpunkt til dette spørsmålet; kanskje er det berre tale om ei uheldig formulering. Rett nok var visst kravet i den aktuelle saka under 2 G da dekning vart kravd, men merksemda synest ha retta seg mest mot krav som gjekk ut over 2 G. Nokre merknader om systemet i tvangsfullføringslova er likevel på sin plass:

Kjøpesummen etter eit tvangssal blir fordelt ut frå omfanget av hefta på oppgjersdagen (tvangslova § 11-36 andre ledd siste punktum), medrekna krav som er oppstått fram til oppgjersdagen. Noka form for «frysing» av alle pantekrav straks ein panthavar krev dekning, er det ikkje grunnlag for i tvangsfullføringslova eller pantelova. I den grad det ikkje er plass innanfor ramma av panteretten (etter pålydande eller etter rammer for eit legalpant), kan alle panthavarar – også andre enn saksøkjaren – krevje dekning for tilleggskrav etter pantelova § 1-5.

Ein saksøkjar kan ha andre krav som er sikra under panteretten, enn dei som ligg til grunn for dekningsaksjonen, og han treng ikkje ta alle med i kravsmålet om dekning. Panteretten kan sikre krav som ikkje er forfalne, eller som ikkje er pådregne enno. At kravsmålet om dekning kviler på eitt krav, får den prosessuelle verknaden at dekninga skal innstillast dersom saksøkte innfrir dette kravet (tvangsfullføringslova § 5-17). Saksøkjaren bør likevel ved fordelinga av kjøpesummen kunne krevje dekning av alt som er sikra under panteretten på oppgjersdagen, på line med andre panthavarar.

Desse synspunkta bør slå gjennom også for legalpanterettar. For burettslag og seksjonssameiger er det regelen meir enn unntaket at nye krav kjem til etter at dekning er sett i verk, og det same kan godt skje ved realisasjon av legalpanterett for eignedomsskatt og kommunale avgifter. Skulle iverksetjing av dekning setje tak for – «fryse» – legalpanteretten, ville det i praksis bli ei oppmoding for kreditor til å vente lengst mogleg med å setje i gang prosessen, og det går i tilfelle ut over etterståande panthavarar.

Regelen bør med andre ord vera at også burettslaget ved oppgjeret kan melde alle krav som har plass innanfor 2 G, og dessutan krav etter pantelova § 1-5 (i praksis inndrivingskostnader og renter). Eg nemner at ei avgjerd frå Oslo byfutembete 12. januar 2016 (14-063246TVA-OBYF/1, dommarfullmektig Jørgen Aas Eide) byggjer på slike synspunkt etter ei drøfting av Rt. 2015 s. 1307.

Ordlyden i burettslagslova § 5-20 og eigarseksjonslova § 25 kunne ha vore klårare, og det same kan seiast om noko av det som står i kommentarutgåvene til

dei to lovene. Forfattere av desse linene får vedgå sin medverknad til dei nemnde tekstane.

I burettslagslova er det vist til «tidspunktet da tvangsdekning blir vedteken gjennomført». Reint språkleg kan dette tidspunktet knytast anten til «pantekravet» eller til «grunnsummen i folketrygda». Merknadene ovanfor viser at det er det siste alternativet som passar best; det er altså tale om tidspunktet for fastlegging av storleiken av grunnsummen (som normalt blir endra ein gong i året).

Eit par detaljar står att: Skjeringspunktet etter pantelova § 1-5 er framsetjing av krav om tvangsdekning, ikkje vedtaket om tvangsdekning. I Rt. 2015 s. 1307 finn vi begge tidspunkta nemnde i avsnitt 16. Dersom tilvisinga i burettslagslova § 5-20 til vedtakstidspunktet gjeld fastlegginga av grunnsummen, slik det er teke til orde for ovanfor, er det ingen grunn til å avvike frå pantelova § 1-5 her. Vidare synest avgjerda frå ankeutvalet byggje på at *inndrivingskostnader* som tilleggskrav kan ha oppstått også før kravsmålet blir sett fram, også som eventuelle tillegg til grensa på 2 G. Løysinga er sympatisk og svarar til det som gjeld for andre panterettar. (Skoghøy, *Panteloven* s. 489, synest derimot å byggje på at inndrivingskostnader før skjeringspunktet – som han set til vedtaket om gjennomføring av tvangsdekning – skal takast med *innanfor* grensa på 2 G.) Vidare er det lett å slutte seg til oppfatninga i ankeutvalet (og hos Skoghøy) om at det ikkje blir tale om å godta som tilleggskrav *renter* som er pådregne før skjeringspunktet. Legalpanthavaren sit ved spakane og avgjer kor mykje som skal samle seg opp før dekning blir kravd; tilleggsprioritet etter pantelova § 1-5 har han bruk for fordi han ikkje kan styre tidsbruken i dekningsprosessen. At det på dette viset blir eit avvik frå regelen i pantelova § 1-5 om renteprioritet to år bakover i tid, følgjer av føremålet med grensa på 2 G.

Lat oss vone at nokon gjev ankeutvalet høve til å presisere sitt syn.

Kåre Lilleholt

PERSONVERNRETT

Gyldighet av «Safe Harbor»-beslutning – EU-domstolens dom 6. oktober 2015, sak C-362/14, *Maximillian Schrems mot Data Protection Commissioner*

EU-domstolen har i sak C-362/14 (Schrems mot Data Protection Commissioner) kjent Europakommisjonens «Safe Harbor»-beslutning fra 2000 ugyldig. Beslutningen har dannet et viktig rettslig grunnlag for overføring av personopplysninger fra EU og EØS medlemsland til amerikanske virksomheter i USA. Dommen innebærer at slik overføring i fremtiden må basere seg på andre rettslige grunnlag.

Bakgrunn

I henhold til EUs direktiv om personopplysningsvern (direktiv 95/46/EF) kan overføring av personopplysninger fra land i EU/EØS til andre land (såkalte tredjestater) i utgangspunkt bare skje dersom sistnevnte «sørger for et tilstrekkelig vernnivå» (jf. art. 25(1)). Hvorvidt tilstrekkelighetskravet er oppfylt, skal bero på en vurdering av alle momenter ved overføringen (jf. art. 25(2)). Artikkel 26 nedfeller imidlertid en rekke unntak fra overføringsbegrensningen: Overføring kan eksempelvis skje dersom den registrerte samtykker til overføringen, overføringen er lovhjemlet eller nødvendig for inngåelse eller oppfyllelse av en kontrakt mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, eller kontraktsklausuler pålegger den behandlingsansvarlige å innføre tilstrekkelige sikkerhetstiltak for opplysningene.

Europakommisjonen har kompetanse til å bestemme om en tredjestat tilbyr tilstrekkelig personopplysningsvern (jf. art. 25(6)). Kommisjonen foretar avgjørelsene ikke alene, men etter samtykke fra en komité sammensatt av representanter for medlemsstatene (jf. art. 31(2)) og i samråd med en arbeidsgruppe av representanter for nasjonale datatilsynsmyndigheter (jf. art. 30(1) (a) – (b); jf. art. 29). Hittil har kommisjonen godkjent vernet i et lite antall land som tilstrekkelig. Den tidligere trygg havn-ordningen («Safe Harbor») med USA (jf. nedenfor) var også blitt godkjent. Kommisjonen har i tillegg utarbeidet standardkontraktsvilkår for overføring av personopplysninger til tredjestater som mangler tilstrekkelig vern (jf. art. 26(2)).

Reglene i art. 25–26 har skapt strid i enkelte ikke-europeiske land. Dette gjelder spesielt USA, som har fryktet at en streng anvendelse av reglene vil kunne skade landets kommersielle interesser. Amerikansk debatt har bl.a. dreiet seg om hvorvidt reglene er lovlige i henhold til internasjonale handelsavtaler, særlig *General Agreement on Trade in Services* (GATS) av 1994, som i praksis forbyr at ratifiserende stater forhindrer tverrnasjonal overføring av personopplysninger som medfører vilkårlig eller uberettiget forskjellsbehandling av andre stater (jf. *Agreement Establishing the World Trade Organization* av 15.4.1994, Vedlegg 1B, særlig art. II(1), art. VI(1), art. XIV(c)(ii) og art. XVII). Det er imidlertid lite som tyder på at praktiseringen av art. 25–26 hittil har medført slik forskjellsbehandling. GATS-avtalen tillater begrensninger på transnasjonal dataflyt, forutsatt at dette er nødvendig for å sikre etterlevelse av regler om «protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts» (jf. GATS art. XIV(c)(ii)).

Konflikten ble imidlertid dempet (men ikke helt borte) da Europakommisjonen godkjente ordningen med «Safe Harbor» i 2000 (jf. kommisjonsvedtak 26. juli 2000 i henhold til direktiv 95/46/EF om tilstrekkeligheten av den beskyttelse som oppnås ved «trygg havn»-prinsippene for personvern og tilhørende van-

lige spørsmål fra De forente staters handelsdepartement). Ordningen medførte at amerikanske virksomheter ble ansett av kommisjonen å tilby tilstrekkelig vern for personopplysninger som de fikk fra land i EU/EØS, dersom de frivillig forpliktet seg til å behandle opplysningene i henhold til et nokså amputert sett av de grunnprinsippene som ligger bak direktivets bestemmelser. Ordningen var i hovedsak basert på selv-sertifisering: Virksomheter meldte fra til US Department of Commerce om at de hadde bestemt seg for å etterleve «Safe Harbor»-reglene, og ble deretter oppført på en offentlig tilgjengelig liste. Ordningen ble håndhevet i USA av Federal Trade Commission og Department of Transportation. Praktisering av «Safe Harbor»-reglene var imidlertid i liten grad gjenstand for statlig tilsyn.

Ordningen ble etter hvert populær. September 2015 var over 4.000 virksomheter (inklusive Facebook, Google, Microsoft, Amazon og en rekke andre store amerikanske selskap) tilknyttet ordningen. Til tross for dens popularitet var ordningen alltid kontroversiell, særlig blant personvernforkjempere. Kommisjonens rettslige kompetanse til å treffe vedtaket om ordningen var lenge omdiskutert. Tvil om ordningens legitimitet tiltok dramatisk i kjølvannet av Snowdens avsløringer om utstrakt overvåkning foretatt av amerikanske sikkerhetsorganer. Tvilen ble forsterket i lys av at «Safe Harbor»-avtalen inneholdt vidtgående bestemmelser som åpnet for at trygg havn-prinsippene kunne fravikes bl.a. «to the extent necessary to meet national security, public interest, or law enforcement requirements» (jf. avtalens vedlegg 1).

Dommen

Dommen ble foranlediget av et søksmål som Maximilian Schrems (østerriksk jurist og personvernforkjemper) anla mot det irske datatilsynet etter at sistnevnte nektet å forfølge en klage fra Schrems om at Facebook Ireland overfører opplysninger om sine europeiske brukere til USA i strid med europeiske regler om personopplysningsvern. Det irske datatilsynet avviste klagen bl.a. med henvisning til trygg havn-ordningen som de mente gjorde overføringen lovlig og som de videre mente de var forpliktet til å godta ettersom ordningen var godkjent av kommisjonen. Saken ble deretter anket til irsk Høyesterett, som i sin tur ba om en uttalelse fra EU-domstolen om hvorvidt trygg havn-ordningen avskjærer nasjonale tilsynsmyndigheter fra å foreta en selvstendig vurdering av hvorvidt USA sikrer en forsvarlig behandling av personopplysningene.

EU-domstolen valgte imidlertid å behandle ikke bare sistnevnte problemstilling, men også å vurdere hvorvidt «Safe Harbor»-beslutningen var gyldig iht. personverndirektivets krav tolket i lys av EUs Charter om fundamentale rettigheter. Domstolen kjente beslutningen ugyldig av flere grunner. For det første fant domstolen at kommisjonens kompetanse etter art. 25(6)

til å godkjenne personopplysningsvernet i et tredjeland som tilstrekkelig forutsetter at kommisjonen vurderer rettstilstanden i dette landet. I den forbindelse fastslo domstolen bl.a. at kommisjonen må finne at landet tilbyr «a level of protection of fundamental rights and freedoms that is *essentially equivalent* to that guaranteed within the European Union by virtue of Directive 95/46 read in the light of the Charter» (jf. avsnitt 73 (min fremheving)). Problemet i den forbindelse var at kommisjonen aldri foretok en formell vurdering av rettstilstanden i USA før den traff «Safe Harbor»-beslutningen (jf. avsnitt 83, 96 og 97).

Domstolen sådde dessuten tvil om både trygg havn-ordningen og det amerikanske rettssystemet opererte med klare og presise regler for å sikre at amerikanske myndigheters tilgang til og bruk av opplysninger overført til USA i «Safe Harbor»-regi, ble underlagt begrensninger basert på krav om proporsjonalitet og med muligheter for «effective judicial review» (jf. avsnitt 84–95).

Til slutt fant domstolen at «Safe Harbor»-beslutningen urettmessig undergravde nasjonale tilsynsmyndigheters kompetanse (en kompetanse forankret i personverndirektivet art. 28) til å vurdere hvorvidt en tilstrekkelighetsvurdering foretatt av kommisjonen er i samsvar med beskyttelse av privatliv og andre grunnleggende menneskerettigheter (jf. avsnitt 99–104). Beslutningen var i så måte ultra vires.

Konsekvenser

Dommen har ikke bare underkjent «Safe Harbor»-beslutningen, men også indirekte sådd tvil om lovligheten av andre rettslige grunnlag for å overføre opplysninger til USA. Dette gjelder overføringer basert på bruk av EUs standardkontrakter og overføringer i medhold av bindende konsernregler («Binding Corporate Rules»). Kommisjonen og europeiske datatilsynsmyndigheter har likevel anbefalt at overføringer fra Europa til USA baserer seg på EUs standardkontrakter inntil en erstatning for «Safe Harbor»-ordningen er på plass.

I samarbeid med amerikanske myndigheter har kommisjonen i kjølvannet av dommen jobbet på spreng for å få vedtatt en erstatning. Forrige uke (2. februar) ble en avtale med tittel «EU-U.S. Privacy Shield» forhandlet frem. Avtalens innhold er imidlertid ennå ikke offentliggjort. Den skal visstnok underlegges amerikanske myndigheters adgang til opplysninger som stammer fra EU strengere proporsjonalitetskrav, samt forbedre europeernes adgang til å fremme klager overfor amerikanske myndigheter. Men det er langt fra sikkert at disse endringene vil kunne tilfredsstillende EU-domstolens tilstrekkelighetskrav uten at det også foretas mer grunnleggende endringer til hvordan rettssystemet i USA regulerer amerikanske myndigheters overvåkning.

Lee A. Bygrave

Prosjektet «Sustainable Market Actors for Responsible Trade» (SMART)

Institutt for privatrett er vertsinstitutt for Det juridiske fakultets første koordinatorprosjekt under EUs rammeprogram for forskning: Horisont 2020. Prosjektet «Sustainable Market Actors for Responsible Trade» (SMART) bygger på og videreutvikler funnene i prosjektet «Sustainable Companies» (Bærekraftige selskaper, omtalt tidligere i NIP). SMART tar utgangspunkt i europeiske selskaper som selger produkter til europeiske forbrukere og offentlige anskaffere, hvor produktene har et internasjonalt livsløp og helt eller delvis kommer fra utviklingsland og kanskje også ender opp der som søppel. Sammenlignet med prosjektet Sustainable Companies, utvider SMART analysen til å inkludere både den sosiale dimensjonen og den miljømessige dimensjonen av bærekraft, og til å forske mer bredt på næringslivet, investorer, forbrukere og det offentlige i dets mange markedsroller.

Prosjektet har et internasjonalt team, med 25 forskningsinstitusjoner i Europa, Asia, Afrika, USA og Australia som partnere, og med 50 forskere som prosjektmedlemmer. I Norge samarbeider vi med Det Matematisk-Naturvitenskapelige fakultet ved Universitetet i Oslo, i tillegg til CICERO, Fafo og Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet (NTNU). SMART støttes av et internasjonalt nettverk av forskere, som vil bidra til forskningen ut over det som finansieres av EU. Se mer om nettverket Sustainable Market Actors på forskergruppens sider (jus.uio.no/companies under Networks).

SMART mottar 2,5 million EURO fra EU under utlysningen «Europe as a Global Actor: in search of greater policy coherence for development». EU ønsker gjennom denne utlysningen forskning på hvordan vi kan oppnå økt koherens mellom EUs bistand til utviklingsland og andre deler av EUs og medlemslandenes politikk og regelverk.

Utgangspunktet til SMART-prosjektet er at bedre utvikling ikke er mulig på sikt dersom det ikke er en miljømessig, sosial og økonomisk bærekraftig utvikling – en utvikling innenfor planetens tålegrense. Vi mener videre at det er nødvendig med helhetlig forskning på reguleringen av de private markedsaktører (næringsliv, investorer og forbrukere) og det offentlige i dets mange roller som markedsaktør (som offentlig anskaffer, som investor, som majoritetsaksjonær).

Kun dersom private og offentlige markedsaktører bidrar til bærekraftig utvikling, vil det være mulig å få det til – enten vi snakker om i Europa, i utviklingsland eller globalt. Det er derfor viktig å finne mer ut om hva det er som påvirker beslutningene som tas av markedsaktørene i de internasjonale livsløpene til produkter som selges av europeisk næringsliv i Europa.

Hvorfor er summen av disse beslutningene fortsatt, til tross for all kunnskap om konsekvensene, et slikt ikke-bærekraftig spor, hvor mennesker utnyttes og selve eksistensgrunnlaget for våre samfunn fortsatt undergraves?

Målet til SMART er derfor å finne ut hva det er som gjør det vanskelig og hva som fremmer bærekraftige beslutninger hos markedsaktørene, og hva slags endringer som må til – og på hvilket plan – slik at vi kan bidra til en bærekraftig utvikling.

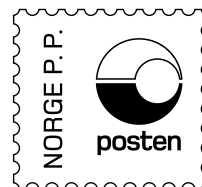
SMART-prosjektets forskning skal gjennomføres gjennom fire tverrfaglige og internasjonale forskningsarbeidspakker. Den overordnede arbeidspakken, som jeg som prosjektleder leder, skal kartlegge og analysere reguleringen av markedsaktørene internasjonalt, på EU-nivå og i utvalgte europeiske land: Norge, Sverige, Danmark, Finland, England, Irland, Nederland, Tyskland, Italia, Polen og Slovakia. Vi vil gjøre dette innenfor rammen av en teoretisk systemisk og tverrfaglig tilnærming. Kartleggingen og analysen vil på internasjonalt nivå inkludere internasjonal investerings- og handelsrett, menneskerettigheter og miljø, og på EU- og nasjonalt nivå inkludere regelverk, standarder og normer som regulerer næringsliv, investorer, forbrukere og offentlige anskaffelser. Dette inkluderer selskapsrett, rapporteringskrav, finansmarkedsrett og offentlige anskaffelser. Det siste er allerede et aktuelt tema også i Norge i lys av 2014-reformen av EU-direktivene om offentlige anskaffelser, som skal implementeres i 2016.

To andre produktspesifikke arbeidspakker skal undersøke livsløpet til utvalgte tekstilprodukter og mobiltelefoner. Tekstilarbeidspakken ledes av professor Tineke Lambooy ved Nyenrode Business Universiteit i Nederland, mens arbeidspakken som har mobiler som tema, ledes av førsteamanuensis Maja van der Velden ved Institutt for informatikk, Det Matematisk-Naturvitenskapelige fakultet, Universitetet i Oslo. Den fjerde forskningsarbeidspakken, som ledes av professor María Jesús Muñoz Torres ved Department of Finance and Accounting, University Jaume I i Spania, skal utvikle bærekraftsretningslinjer, som bedrifter kan bruke som veiledning dersom de ønsker å vurdere bærekraftsfaktorer knyttet til internasjonale livsløp til produkter.

Forskningsarbeidspakkene vil selvsagt arbeide tett sammen og utveksle tentative resultater underveis.

Gjennom dette prosjektet håper vi å bidra til ny innsikt i faktorene, enten det er rettslige reguleringer, sosiale normer, markedsincentiver eller fysisk infrastruktur, som hindrer eller fremmer at markedsaktørene tar bærekraftige beslutninger. Dette vil gi oss grunnlag for å utarbeide reformforslag, dersom vi ser at det er behov for endringer, enten det er på internasjonalt plan, på EU-nivå, på nasjonalt nivå – eller hos den enkelte markedsaktør. I tillegg til omfattende publikasjoner av våre forskningsresultater, eventuelle reformforslag, samt bærekraftsretningslinjene nevnt over, vil vi også utarbeide retningslinjer for «policy coherence for

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



development» for EU og medlemsland. De sistnevnte retningslinjer vil gi veiledning til EU-institusjoner og nasjonale institusjoner ved vurdering og eventuell omlegging av politikk og retningslinjer for å oppnå bedre koherens – og mer bærekraftig utvikling.

Forskningen i SMART er relevant også som et bidrag for å virkeliggjøre verdenssamfunnets intensjoner i Paris-avtalen, hvor man har vedtatt å skjerpe målet om å holde den globale oppvarmingen under to grader til at man vil søke å holde det på ikke mer enn 1,5 grader. Den radikale omleggingen som er nødvendig å gjennomføre i det enkelte europeiske land – og globalt – kan kun gjennomføres dersom markedsaktørene bidrar. Vi vet fra vår tidligere forskning en del om hva det er som holder næringslivet på et slikt kortsiktig, snevert økonomisk profitt-maksimerende spor – nå vil vi finne ut mer om sammenhengen mellom dette og reguleringen av andre markedsaktører, og hva vi kan gjøre for å utløse det enorme potensialet i næringslivet for langsiktig, bærekraftig verdiskapning. SMARTs fokus på livsløpsbasert vurdering av produkter som selges i Europa er også sentralt i lys av EUs relansering av pakken om sirkulær økonomi i 2015, og vi vil ha en tett kontakt med relevante EU-institusjoner gjennom hele prosjektperioden. Det er generelt viktig for SMART å ha god kontakt med næringsliv, investorer, offentlige anskaffere og forbrukere. Vi satser på å ha mye utadrettet aktivitet i prosjektet, noe som blir koordinert av arbeidspakken for kommunikasjon, ledet av Tiina Ruohonen og, de første månedene, Astrid Arnslett, ved CICERO. Vi tar gjerne imot innspill.

SMART startes opp 1. mars 2016. Mer informasjon vil bli lagt ut fortløpende på våre nettsider (www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/smart/). Ta gjerne

også direkte kontakt med meg ved spørsmål eller ønske om å bidra til SMART.

Beate Sjøfjell

Litteratur

Rosén, Karl: *Verdipapirfondloven med kommentarer*. Gyldendal Akademisk 2015. 454 sider

Boken er skrevet som en kommentarutgave til hver enkelt bestemmelse i lov 25. november 2011 om verdipapirfond. Lovens § 1-1 definerer lovens virkeområde til «verdipapirfond, forvaltningen av verdipapirfond og øvrig virksomhet som drives av forvaltningsselskap etter denne lov.» Det finnes fire hovedgrupper av verdipapirfond: aksjefond, kombinasjonsfond, pengemarkedsfond og obligasjonsfond. Innledningsvis gis en forklaring på hva verdipapirfond egentlig er og en oversikt over ulike typer av fond. Deretter gir forfatteren en forklaring på hva såkalte UCITS er. Ordet er en forkortelse for Undertaking for Collective Investment in Transferable Securities. Det mest omfattende kapittel i boken er kapittel 6 om plassering av verdipapirfondets midler. Boken inneholder også en litteraturoversikt.

Forfatteren har tidligere arbeidet blant annet i Finansdepartementet og er i dag partner i advokatfirmaet Grette.

Peter Hambro

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 mai 2016.