



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Litteratur

Bernard Johann Mulder, Marianne Jenum Hotvedt, Marie Nesvik och Tron Løkken Sundet (red.), samt Bodil Silset (red.sekr.): *Sui generis. Festskrift til Stein Evju*

Professor Stein Evju fyllde 70 år i slutet av oktober. Vänner och kolleger från när och fjärran hedrade honom med en festskrift. Den överlämnades i samband med ett lunch-till-lunch-symposium i början på november med föredrag och diskussioner i fyra sessioner av Steins nuvarande doktorander och väl etablerade arbetsrättsforskare från Norge, Belgien, Storbritannien, Sverige och Tyskland, inalles över nittio deltagare.

Utgivningen av festskriften och genomförandet av symposiet gjordes möjligt genom generösa ekonomiska bidrag från flera håll: Arbeids- og sosialdepartementet, Arbeidsretten, Landsorganisasjonen i Norge, Næringslivets Hovedorganisasjon, Akademikerne, Juristforbundet, Tekna, Den norske legeförening, Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund, Arbeidsgiverorganisasjonen Spekter och Hovedorganisasjonen Virke. Dessutom har Lovsamlingsfondet, Privatrettsfondet och Institutt for privatrett bidragit med ekonomiskt stöd för genomförandet av symposiet.

Festskriften är en ganska omfattande volym på ca 800 sidor med 69 bidrag från 78 författare. Listan

Innhold nr. 4

Arbeidsrett	1
Arverett	3
Fast eiendom	4
Immaterialrett	8
Konkurranserett	19
Kontraktsrett	19
Selskapsrett	20

jus@cappelendamm.no/www.cda.no

kunde varit längre och boken tjockare, men av praktiska skäl satte redaktionen en gräns för både antal medverkande och omfattningen på bidragen. I allt väsentligt har de medverkande i festskriften efterkommit redaktionens krav på de nödvändiga begränsningar som måste iakttas; redaktionen har inte behövt överväga några sanktioner på grund av överträdelse av riktlinjerna.

Boken innehåller tjugofyra artiklar på norska, fyra på danska, tjugofyra på engelska, sju på svenska och tio artiklar på tyska. Även inom de ramar som satts upp för festskriften visar bidragsgivarna genom de ämnen de valt att skriva om vilka spår Stein har satt i norsk, nordisk och europeisk arbetsrätt, bland praktiker och akademiker. Denna mångfacetterade bok förklarar också titeln.

Boken har fått namnet «Sui generis. Festskrift til Stein Evju». Vi som känner Stein vet att han är «one of a kind» inom sitt ämnesområde. Hans namn såväl som professor som domare är olösligt knutet till norsk arbetsrätt – sådan den numera ter sig med det internationellrättsliga och EU/EES-rättsliga inflytandet – och den arbetsrättsliga ämnes- och rättsutvecklingen. I det följande ges en översiktlig presentation över festskriftens innehåll.

Festskriften inleds med en hälsning från redaktionskommittén följt av hälsningar från Arbeids- og sosialdepartementet, Arbeidsretten, Landsorganisasjonen i Norge och Næringslivets Hovedorganisasjon. Bidragen är ämnesmässigt tämligen spridda. Det har inte låtit sig göras att ordna dem tematiskt. Boken innehåller bidrag med kollektivarbetsrättsliga, individuellarbetsrättsliga, internationellrättsliga, EU-rättsliga, europarättsliga, människorättsliga, komparativrättsliga, kontraktsrättsliga, konkurrensrättsliga, entreprenadrättsliga, fordringsrättsliga, handelsrättsliga och metodologiska teman. Med den spridningen fann redaktionen det föga ändamålsenligt med att försöka dela in texterna i teman. Dessutom skulle de flesta bidragen passa in under flera temarubriker. Att förteckna bidragen i bokstavsordning efter författarnas efternamn har ansetts som den mest kompromissbara lösningen.

Vad skrivs det då om?

Sidor av vilka utmaningar som arbetsrätten står inför behandlas av flera författare. *Marianne Jenum*

Hotvedt diskuterar frågan om arbetsgivarförpliktelser för aktörer i den så kallade förmedlingsekonomin. *Reingard Zimmer* behandlar den högaktuella frågan om sociala standarder i CETA och TTIP. *Anne Trebilcock* undersöker frågan om hur regler kan utformas som effektiva och rättvisa för att tillmötesgå samtida behov. *Monika Schlachter* argumenterar för att en internationell och komparativ inställning kan hjälpa till att överbrygga svårigheterna med att utveckla den sociala sfären inom ramen för EU:s arbetsrätt. *Polonca Konçar* diskuterar frågor om arbetsrättens förmåga att anpassa sig till ekonomisk och social utveckling.

Några författare behandlar från vitt skilda infallsvinklar arbetsprocessrättsliga frågor. *Tron Løkken Sundet* ger läsaren en insyn i domsskrivandet i Arbeidsretten, medan kollegan *Jakob Wahl* skildrar förberedelserna och själva processen i Arbeidsretten. *Stephen Adler* skriver om arbetsdomstolarnas rättsliga oberoende och ledamöternas i domstolen sociala nätverk från ett israeliskt perspektiv. *Jon Gisle* skriver om dissens och neutralitet i Arbeidsretten. *Manfred Weiss* tar upp till behandling domstolarnas roll i och betydelse för den tyska arbetsrätten.

Ett par bidrag rör arbetsledningsrätten och uppsägningsfrågor. *Anette Grønnerød-Hemmingby* behandlar frågan om befintligheten av anställningens grunddrag och arbetsgivarens ändringskompetens av innehållet i anställningen. *Jan Fougner* redogör för den rättsliga kontrollmöjligheten av arbetsgivarens arbetsledningsbeslut. *Björn Eriksen* skriver om användningen av anonyma upplysningar vid uppsägning. *Sören Öman* behandlar frågan om avskedande av statsanställda på grund av brott. Ytterligare tre uppsatser rör uttryckligen offentliganställda: Den av *Ronnie Eklund* om utvecklingen av anställning i offentlig sektor i riktning mot att likna anställningen privat sektor, den av *Henning Jakhelln* om Stortingets roll i avtalsrörelsen i staten och den av *Jens Petter Berg och Dag Flater Hwang* om krav på iakttagandet av förtjänst och skicklighet vid anställningsförfarandet i offentlig sektor.

Många författares studier rör internationellrättsliga och EU/EES-rättsliga problemställningar samt förhållandet till nationell rätt. *Marie Nesvik* analyserar frågan om jurisdiktion rörande anställningsförhållandet på ambassader. *Henrik Karl Nielsen* diskuterar i vilken utsträckning enskilda arbetstagare kan göra gällande rättigheter enligt direktiv inför rättsliga instanser. *Marek Pliszkiwicz* redogör för de nya reglerna i Polen om inrättandet av ett råd för social dialog för trepartssamarbete mellan arbetsmarknadens parter och regering. Aspekter av bemanningsarbetare och utstationerade behandlas av *Andreas van den Heuvel*. Ytterligare aspekter av gränsöverskridande arbete tas upp av *Jon Erik Dølvik, Petra Herzfeld Olsson, Jonas Malmberg och Erik Sjödin* som diskuterar frågor om migrerande arbetstagare inom såväl som till EU. *Robert Rebhahn* dryftar problem kring vilken medlemsstat som kan kontrollera arbetsgivaren avse-

ende persondataskydd. *Jens Kristiansen* belyser frågan om ett unionsgemensamt arbetstagarbegrepp. *Kristin Alsos och Line Eldring* diskuterar minimilönereglerna i Norge i ett europeiskt perspektiv. *Tine Eidsvaag* skildrar det norska regelverket om tidsbegränsade anställningar i EES-rättsligt perspektiv. *Mario Eylert och Reinhard Schinz* tar sig an frågan om förhållandet mellan det tyska kollektivavtalssystemet och EU-domstolen med utgångspunkt särskilt i kollektivavtalsnormativa verkningar vid verksamhetsövergångar. *Johannes Heuschmid* belyser frågan om tysk medbestämmandereglerings förhållande till EU-rätten. På ett mer överordnat plan beskriver *Giuseppe Casale* ILO:s roll som rättskälla medan *Zvone Vodovnik* skriver om sin syn på värdet av internationella dokument för företagsledare. *Atle Sønsteli Johansen och Einar Stueland* diskuterar politiska demonstrationsåtgärder i norsk och internationell rätt. *Kurt Weltzien* analyserar huruvida bojkott är skyddat av ILO-konventionen nr 87 om föreningsfriheten och organisationsrätten.

Den i gränslandet liggande frågan om arbetsrätten i upphandlingssituationer behandlas av *Kerstin Ahlberg* och *Niklas Bruun* samt av *Ruth Nielsen*. Ämnet ligger nära både arbetsrätten och konkurrensrätten och i detta gränsland diskuterar *Erling Hjelmeng* begreppet «undertaking». Den centrala förmögenhetsrättens frågor anknytning till arbetsrätten undersöks av *Kåre Lilleholt* som diskuterar frågan om den allmänna kontraktsrätten kan stärka uppfattningen att arbetstagaren är en jämbördig kontraktspart medan *Trygve Bergsåker* behandlar fordringsrättsliga frågor av lön. *Tore Bråthen* anknyter till bolagsrätten när han behandlar jävsfrågor för styrelseledamot med ledande ställning i annat företag, medan *Herman Bruserud* anknyter till entreprenörsrätten och diskuterar stridsåtgärder som force majeure-omständighet.

Redan efter att ha redovisat ungefär hälften av bidragen framgår ämnespluralismen tydligt och därmed svårigheten av att systematisera bidragen. Och mångfalden upphör inte. Tvärtom! *Reinhold Fahlbeck* behandlar betydelsen av religion i svenskt arbetsliv. *Csilla Kollonay Lehoczy* ger sin syn på konflikten mellan individuella rättigheter och allmänna intressen vid åldersdiskriminering i de så kallade forna öststaterna medan *Ann Numhauser-Henning och Mia Rönnmar* skildrar åldersdiskriminering och arbetsmarknadens parter och kollektiva förhandlingar. *Melanie Hack* analyserar frågor om åldersdiskriminering och reglerna om tidsbegränsade anställningar med anledning av de nya reglerna på området som trätt i kraft i Norge. *Susanne Fransson* resonerar kring ersättningsfrågor i diskrimineringstvister. *Eberhard Stüber* reflekterar över diskrimineringslagstiftningens potential till att inskränka arbetsgivarens uppsägningsrätt.

Flera artiklar rör den kollektiva arbetsrätten men från vitt skilda utgångspunkter. *Alexander Næss Skjønberg* analyserar den i dagarna högaktuella frågan om i vilken grad den norska Riksmekleren kan ingripa i

arbeidskonflikter. *Rüdiger Krause* analyserer fredsplikten som bestandsdel av den tyske arbeidsrättstraditionen ur ett historisk og terminologisk perspektiv. *Terese Smith Ulseth* belyser lojalitetsplikten i «tariffretten». *Elisheva Barak-Ussoskin* belyser frågan om det ändamålsenliga i att tillåta grupptalan som inte väcks av fackföreningen för att lösa arbetsrättsliga tvister. *Christopher Hansteen* diskuterar fenomenet «tariffhopping», det vill säga det att arbetsgivaren av olika skäl byter avtalsområde. *Ole Hasselbalch* diskuterar frågan om dolda klausuler i kollektivavtal. *Kristine Nergaard* redogör för arbetstagsarsidans organisationsstruktur i ett historiskt perspektiv. Olika perspektiv på arbetstagarinflytande ges av flera bidragsgivare. *Tonia Novitz* ger en bild av kollektiva förhandlingar på flera nivåer. *Andrzej Marian Świątkowski* belyser övergripande regelverket om information og samråd i EU-rätten. *Montse Sole* beskriver några aspekter på effektiviteten i EU:s reglering rörande arbetstagsarnas rätt till information og samråd. *Felipe Temming* beskriver komparativt rettsfiguren medarbeidsgivare i konsernarbeidsrättsligt perspektiv. Fördelningen av förhandlingsrätten mellan flera fackföreningar analyseras av *Bernd Waas*.

Ett stort antal bidragsgivare har valt att belysa förhållandet mellan arbeidsrätten og grundläggande rättigheter fastän med ganska olika utgångspunkter. *Filip Dorsemont* studerar retten till stridsåtgärder enligt den sociala stadgan. *Olaf Deinert* diskuterar om begränsningen i tysk rätt av tillämpningen av flera kollektivavtal är förenlig med sociala stadgan. *Claudia Schubert* studerar frågan om kollisionen mellan olika förpliktelser i unionsrätten og Europarådets garantier för mänskliga rättigheter. *Birgitta Nyström* belyser förhållandet mellan den sociala stadgan og den nordiska modellen. *Klaus Lörcher* analyserar förhållandet mellan konventionen om de mänskliga rättigheterna og sociala stadgan. *Matti Mikkola* undersöker om kollektiva rättigheter i arbetslivet ska betraktas som mänskliga rättigheter. *Judy Fudge* behandlar ur ett kanadensiskt perspektiv frågan om rättigheter i arbetslivet som mänskliga rättigheter og rollen av konstitutionella domstolar. *Achim Seifert* studerar den sociala dimensionen i konventionen om de mänskliga rättigheterna.

Slutligen återfinns skilda frågeställningar vid verksamhetsövergångar behandlade av fyra av bidragsgivarna. *Frank Bayreuther* belyser verksamhetsövergångar i ljuset av att myndigheter kan oppdra åt företag att utföra persontransport på järnväg og väg i enlighet med EU:s kollektivtrafikförordning. *Jeremias Prassl* skisserar den potentiella utvecklingen av frågan om så kallade dynamiska hänvisningsklausuler i samband med verksamhetsövergång i ljuset av ett pågående mål i EU-domstolen. *Tarjei Thorkildsen* behandlar frågan om arbetstagsarnas pensionsordningar vid verksamhetsövergångar. *Bernard Johann Mulder* ger över regelverket om verksamhetsövergång en kort komparativ överblick mellan norsk og svensk rätt.

Som sagt: festskriften innehåller ett stort antal bidrag om många skiftande ämnen. Här har endast getts en synnerligen summarisk redogörelse av bidragen. Det har varit arbeidsamt og tidskrävande, men intressant og lärorikt att få redigera boken. Att anordna festskriftssymposiet har också krävt mycket arbete, men det belönades med att det blev ett mycket lyckat rendezvous mellan nationella og internationella arbeidsrättsforskare og arbeidsrättspraktiker, mellan vänner og kolleger. Arbetsbördan till trots har arbetet med festskriften og symposiet varit väldigt givande. Det hade svårigen kunnat göras utan den goda samverkan som kännetecknat redaktionskommitténs arbete og det goda samarbetet med Camilla Klevan med kollegor på Universitetsforlaget. För oss i redaktionskommittén har arbetet med festskriften og symposiet gett värdefulla kontakter med Steins kolleger. Det är vår förhoppning att de kontakter som skapats i samband med firandet av Steins födelsedag gynnar det fortsatta arbetet med arbeidsrätts ämnesutveckling i Norge.

Bernard Johann Mulder, Marianne Jenum Hotvedt, Marie Nesvik, Tron Løkken Sundet, Bodil Silset

ARVERETT

Grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner. Borgarting 10. oktober 2016 (LB-2015-190819)

Faren, som var alvorlig syk, overdro en gård til en sønn som var 17 år gammel. Faren døde rett etter overdragelsen. Overdragelsen ble opprettholdt som en gyldig livsdisposisjon.

Fakta: D var fraskilt og hadde en sønn A som i 2014 var 24 år gammel. A vokste hovedsakelig opp hos moren. D hadde en samboer C og med henne en sønn B som i 2014 var 17 år gammel. D fikk kreft i 2006 og gjennomgikk i årenes løp en rekke behandlinger og cellegiftkurer som ikke kunne kurere sykdommen. I 2012 og 2013 ble han opptatt av hva som ville skje med gården i fremtiden hvor han bodde med C og B. Han mente B var best skikket til å overta gården og B ønsket dette. I 2009 hadde en takstingenør anslått verdien av gården til mellom kr. 7.5 mill. og 10 mill. I denne taksten var det ikke gjort fradrag for noen bruksrett for D og C. Siden B på tidspunktet for kontraktsinngåelsen bare var 17, fikk han oppnevnt en verge. Vergeren søkte så fylkesmannen om samtykke til overdragelsen fra D til B. Det ble gjort 25 % åsetesfradrag i prisen og kjøpesummen ble satt til kr. 5.625.000. Kjøpesummen ble i sin helhet sikret med en pantobligasjon i eiendommen som skulle forrentes med 5 %. D og C skulle ha leierett til våningshuset til en pris av kr. 5000 pr. måned. Kontrakt om overdragelsen ble laget av Ds advokat. D opprettet sommeren 2014 et testament hvor As arv ble begrenset til kr. 1 mill. I juli godkjente fylkesmannen søknaden om overdragelse av gården til B. Overdragelsen ble tinglyst 10. september 2014. På dette tidspunkt

oppdaget Ds lege ytterligere en tumor. I september ringte så D til sin advokat for å få bekreftet at alt var i orden med overdragelsen og begikk så selvmord.

Rettsens vurdering: Lagmannsretten vurderte først om det forelå en gjensidig bebyrdende avtale og presiserte at hvis det var tilfellet, ville transaksjonen i utgangspunktet være en livsdisposisjon. Retten kom til at det ikke forelå salg til underpris og at det ikke forelå gave fordi om gården var solgt til åsetestakst. Videre vurderte retten de forskjellige elementer i avtalen. Settevergen hadde gått grundig gjennom avtalen og krevd en del endringer. At det var gitt selgerkreditt innebar ikke i seg selv noe gaveelement og det ble vist til Rt 1982 s. 1165. I avtalen var det bestemt at B skulle betale 5 % rente på lånesummen og dette var høyere enn markedsrente på tilsvarende banklån. Retten oppsummerte med følgende: «I sum finner lagmannsretten det klart at salgsavtalen av ... med senere presiseringer var gjensidig bebyrdende for D og B. Salget var et utslag av en overveid og gjennomtenkt handling fra begge parter side. Avtalen ble bindende for B ved fylkesmannens godkjenning ... Når det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt, vil det sjeldent være aktuelt å anse overføringen som en dødsdisposisjon. Dette ble tidlig slått fast i rettspraksis, jf. f. eks. Rt. 1951 s. 856.» På slutten av denne første del av domsbegrunnelsen ble det presisert at man i rettspraksis i visse tilfeller har «gjort unntak fra dette utgangspunktet dersom salget hverken hadde eller var ment å skulle ha noen realitet for selger eller kjøper. I så fall kan overføringen likevel være en dødsdisposisjon.»

Lagmannsretten gikk derfor så over til å behandle hvorvidt avtalen om overdragelse av gården hadde realitet for D eller B.

Det var ubestridt at alle formelle krav til gjennomføringen av avtalen var oppfylt. Arbeidet med de formelle sidene av transaksjonen hadde tatt over fire måneder. Om dette ble det uttalt: «I forlengelsen av dette viser lagmannsretten til at det i rettspraksis også er blitt tillagt vekt at transaksjonen har vært planlagt i lengre tid. Det kan her blant annet vises til LB-2012-84232, RG 2001-525 og LB-1995-2111.» Salget av gården innebar ingen umiddelbare konsekvenser for D eller B. Om dette ble det uttalt: «Fraværet av faktiske endringer må for det første ses på bakgrunn av at D og B på overdragelsestidspunktet levde sammen som en økonomisk enhet. B var fremdeles mindreårig, og D og C hadde forsørger- og vergeansvar for ham.» Dette forholdet ble oppsummert slik: «I sum legger lagmannsretten til grunn at det faktum at B allerede bodde på gården, og på grunn av sin unge alder ble forsørget av sine foreldre, ikke er til hinder for at overdragelsen innebar en realitet for D og B. Det skal ikke komme B til skade at det av den grunn var lite å «fullbyrde» i forbindelse med overdragelsen, se for eksempel Rt-1955-68 (på side 71) og RG-2009-479.»

Lagmannsretten nevnte videre at salget rent faktisk hadde reelle konsekvenser for partene. «Straks salget

var tinglyst løp det en seks måneders frist for A til å anlegge odelsløsningssak, jf. odelslova § 40. A hadde allerede i kontakten med D varslet at han ville gå til sak. Salget innebar derfor for det første en betydelig risiko for at B måtte gi fra seg gården. For det andre risikerte D at han selv og resten av familien måtte flytte fra X. Selv om D og C ved salget hadde betinget seg en livsvarig borette på gården, var det en reell risiko for at A ville kreve boretten avløst.»

Gitt at retten kom til at det forelå en gjensidig bebyrdende avtale, var det uten betydning om D var på dødsleie. Retten nevnte dog at det var på det rene at forut for selvmordet var det fra medisinsk hold ikke konkludert med å avslutte en livsforlengende cellegiftbehandling. Om motivet til D og betydningen av dette moment ble følgende uttalt: «Det er imidlertid ubestridt at Ds overordnede mål med salgsavtalen, låneavtalen og testamentet, var å sikre at B overtok driften av gården samt at C fikk bo i det som hadde vært hennes hjem siden 1993 – også etter Ds død. Dette motivet endrer ikke lagmannsrettens standpunkt om at eiendomsoverdragelsen, også sett i sammenheng med låneavtalen, etter sitt formål og virkning er å anse som en livsdisposisjon. Det er blant annet slått fast i Rt-1978-1083 (på side 1086) at en disposisjon kan være en livsdisposisjon selv om giverens eneste motiv var å unndra arv fra en eller flere livsarvinger. Lagmannsretten viser også til at de momentene som tilsier at overdragelsen må anses som en livsdisposisjon, ikke påvirkes av at det også ble utstedt et testament som hadde som formål å sikre at B kunne bli sittende med eiendommen, se tilsvarende Rt-1982-1165 på side 1170.»

Kommentar: Dommen er ikke rettskraftig så jeg unnlater å gi en personlig vurdering. Dommen inneholder omfattende og interessante henvisninger til rettspraksis, både fra Høyesterett og lagmannsretter.

Peter Hambro

FAST EIENDOM

Spørsmål om eiendomsrett var ervervet gjennom okkupasjon eller alders tids bruk.

**Høyesterettsdom av 28. september 2016
(HR-2016-02030-A)**

Stjernøya ligger utenfor Altafjorden i Finnmark. Stjernøya er sommerbeite for reiene i Reinbeitedistrikt 25, kalt Stjernøy reinbeitedistrikt. Både Reinbeitedistriktet og de som tidligere hadde hatt sommerbeite på øya, Sara-gruppen, krevde eiendomsrett til deler av øya. Sara-gruppens krav på eiendomsrett var konkurrerende med deler av det området Reinbeitedistriktet mener å ha eiendomsrett til. Sara-gruppen brukte Stjernøya som sommerbeite fra 1860-tallet og fram til 1992. Fra 1992 er det dagens reindriftsgruppe i Reinbeitedistriktet som har hatt sommerbeite på øya. Finnmarkseiendommen/ Finnmarkkuopmodat mener at

reindriftssamene, hverken Reinbeitedistriktet eller Sara-gruppen, har eiendomsrett til noen del av Stjernøya.

Ved lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke, lov 17. juni 2005 nr. 85 (finnmarksloven) ble Finnmarkseiendommen/ Finnmarkkuopmodat (FeFo), opprettet som et selvstendig rettssubjekt. Da finnmarksloven trådte i kraft 1. juli 2006, overtok FeFo i h.t. § 49 den grunn som inntil da var betraktet som statsgrunn og var blitt forvaltet av Statskog SF. Store deler av Stjernøya ble i henhold til § 49 overtatt av FeFo.

Finnmarksloven § 49 første og andre punktum lyder:

«Ved ikrafttredelse av kapittel 2 overtar Finnmarkseiendommen de faste eiendommer i Finnmark fylke som Statskog SF har grunnbokshjemmel til eller eier uten å ha grunnbokshjemmel. Tilsvarende gjelder begrensede rettigheter i fast eiendom.»

Ett av de store stridsspørsmål i etterkant av Alta-saken var statens påståtte eiendomsrett til grunnen i Finnmark. Fra samisk side ble det fremholdt at staten urettmessig så seg selv som eier av områder som tvert om tilhørte samene gjennom deres eldgamle bruk av land og vann i Finnmark. I forslag til finnmarkslov erkjente departementet at det gjennom alders tids bruk kunne være opparbeidet rettigheter på statens grunn, noe som fikk uttrykk i lovforslagets § 5. Det ble imidlertid ikke foreslått noen mekanismer for å få fastslått slike rettigheter, utover den ordinære domstolsprøving med de omkostninger slike saksanlegg innebærer. Lovforslaget ble på flere områder kritisert, blant annet for ikke å være i overensstemmelse med ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater, der det i art. 14 heter i norsk oversettelse:

«1. Vedkommende folks rettigheter til eierskap og besittelse av de landområder der de tradisjonelt lever, skal anerkjennes. Når forholdene tilsier det, skal det også treffes tiltak for å sikre vedkommende folks rett til å bruke landområder der de ikke er de eneste som lever, men som de tradisjonelt har hatt tilgang til for sitt livsopphold og sin tradisjonelle virksomhet. I denne sammenheng skal det legges spesiell vekt på situasjonen for nomadiske folk og personer som driver flyttejordbruk.

2. Regjeringene skal etter behov iverksette nødvendige tiltak for å identifisere de landområder der vedkommende folk tradisjonelt lever, og sikre effektivt vern av deres rettigheter til eierskap og besittelse.

3. Tilfredsstillende prosedyrer skal etableres i nasjonal rettsorden for å avgjøre rettskrav knyttet til landområder fra vedkommende folk.»

Under Justiskomiteens behandling av lovforslaget kom det inn et nytt kapittel i finnmarksloven, *Kapittel 5*.

Kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettighet. Og lovens § 5 fikk en forsterket ordlyd der det i tredje ledd vises til kartleggingsmekanismene i kapittel 5 for «å fastslå omfanget og innholdet av de rettighetene som samer og andre har opparbeidet ved hevd eller alders tids bruk».

I henhold til reglene i kapittel 5 er det opprettet en kommisjon, Finnmarkskommisjonen, som skal utrede bruks- og eierrettigheter til den grunn Finnmarkseiendommen overtar, se §§ 29 flg. Kommisjonen skal utrede felt for felt. Etter at et felt er utredet, avgir kommisjonen en rapport om hvem den mener er eier av grunnen og hvilke bruksrettigheter som den mener eksisterer, se § 33.

Kommisjonen har ikke dømmende myndighet. Tviser som oppstår etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt, avgjøres av en særdomstol, Utmarksdomstolen for Finnmark, se §§ 36 flg. Avgjørelser i utmarksdomstolen kan etter § 42 påankes til Høyesterett.

Stjernøya inngikk i det første feltet Finnmarkskommisjonen utredet. Kommisjonen kom til at reindriftssamene som hadde øya som sommerbeite, ikke hadde ervervet en eiendomsrett til noen del av Stjernøya. Saken ble brakt inn for Utmarksdomstolen for Finnmark, og er første sak utmarksdomstolen behandlet. Den kom til samme resultat som Finnmarkskommisjonen, eiendomsrett var ikke ervervet av Reinbeitedistriktet eller Sara-gruppen.

Avgjørelsen ble anket til Høyesterett.

Reinbeitedistriktet hevdet at staten ikke var den opprinnelige eier av øya. Det var holdepunkter for at reindriftsutøverne fra Kautokeino hadde benyttet Stjernøya til sommerbeite allerede på 1600-tallet. På dette tidspunkt var det ikke manifestert seg noen eierutøvelse fra statens side. Reinbeitedistriktet hadde følgelig en opprinnelig ervervet eiendomsrett på linje med okkupasjon.

Videre hevdet Reinbeitedistriktet at det uansett gjennom alders tids bruk hadde ervervet eiendomsrett til deler av Stjernøya. Ved denne vurderingen måtte det legges vekt på ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 nr. 1 første punktum om urfolks eiendomsrett basert på tradisjonell bruk av land. Bestemmelsen er inkorporert i norsk rett gjennom finnmarksloven § 3, og utgjør i følge Reinbeitedistriktet et selvstendig rettsgrunnlag for erverv av eiendomsrett.

I folkerettslig sammenheng er det først og fremst tale om å anerkjenne kollektive rettigheter for grupper av samer. I dette tilfellet hadde Reinbeitedistriktet ervervet eiendomsrett som en kollektiv rett. Også sjøsamenes tidlige reindrift på øya måtte tilskrives dagens reindrift på Stjernøya.

Sara-gruppens konkurrerende krav om eiendomsrett til deler av øya kunne ikke føre fram, siden de hadde sluttet med reindrift i 1992 og gitt avkall på sin rett til å utøve reindrift i distriktet. Sara-gruppens hundreårige reindrift fra midten av 1800-tallet kunne imidlertid påberopes av Reinbeitedistriktet i dets krav på eiendomsrett.

Sara-gruppen hevdet å ha ervervet eiendomsrett til et kjerneareal på sørvestsiden av Stjernøya gjennom alders tids bruk. De hadde brukt området kontinuerlig fra 1860-tallet til 1992, i hele 130 år. Vilåret om brukstid var dermed oppfylt.

Sara-gruppens bruk av kjernearealet hadde vært intensiv gjennom hele tiden. De hadde satt opp gammer, hytter, gjerder, fiskehjell og fortøyningsplass for båt uten tillatelse fra staten. Disse konstruksjonene har gitt staten anledning til å gripe inn, noe som ikke hadde skjedd. Bruken var allsidig og gjenspeiler den eiendomsretten som kreves. Også Sara-gruppen viste til ILO-konvensjon 169 artikkel 14.

FeFo på sin side viste til at staten hadde vært eier av den umatrikulerte grunn i ytre Finnmark. Statens eierskap og forvaltning var i alle fall etablert ved festnet bruk. Vedtakelsen av finnmarksloven innebærer ikke at det ved vurderingen av kollektive og individuelle rettigheter skal sees bort fra staten som mulig eier. De private bruk av et område må holdes opp mot statens faktiske og rettslige disposisjoner.

Det er ikke finnmarksloven som angir de materielle vilkårene for erverv av bruks- og eiendomsrett; dette beror på alminnelige tingsrettslige regler ifølge finnmarksl. § 5, og kan ikke utvides med reglene i ILO-konvensjon 169. Konvensjonen er midlertid relevant som tolkningsfaktor i henhold til presumpsjonsprinsippet.

I følge FeFo kunne ikke reindriftssamenes kontinuerlige bruk føres tilbake til 1600-tallet. Da Sara-familien etablerte seg med sommerbeite på Stjernøya, hadde det allerede vært fast bosetning på øya i flere hundre år. De fastboende utnyttet alle ressurser i utmarka. Staten utøvet eierrådighet fra 1700-tallet ved å utvise eiendommer til private, og statens eiendomsrett var etablert gjennom festnet bruk, en bruk i over 200 år.

Reindriftens bruk av Stjernøya til sommerbeite oppfylte heller ikke kravene om erverv av eiendomsrett gjennom alders tids bruk. Hverken Reinbeitedistriktet eller Sara-gruppen hadde utøvd en eksklusiv eller dominerende bruk av øya sett i forhold til den fastboende befolkningens bruk. Bruken gikk ikke utover det som allerede fulgte av deres bruksrett som reindriftsutøvere.

Fefo bestred at sjøsamenes og Sara-familiens tidligere bruk av øya kunne tilskrives dagens medlemmer av Reinbeitedistriktet. Heller ikke Sara-gruppen hadde ervervet eiendomsrett gjennom alders tids bruk.

I behandlingen av rettighetsspørsmålet behandlet Høyesterett først partenes anførsler vedrørende noen sentrale rettslige utgangspunkter.

Høyesterett slår fast at det etter finnmarksloven ikke var snakk om å etablere nye rettigheter. Det er *allerede opparbeidede* rettigheter som skal kartlegges gjennom prosedyrene nevnt i § 5 tredje ledd. Høyesterett viser til justiskomiteens uttalelser under arbeidet med finnmarksloven:

«... Finnmarkskommisjonen og utmarksdomstolen skal legge gjeldende rett til grunn for sitt arbeid.

Dette betyr at det ikke vil være snakk om å gi bort rettigheter til grunnen i Finnmark. Kommisjonen og domstolens oppgave er utelukkende å identifisere rettigheter som grupper og enkeltpersoner har opparbeidet, men som de til nå ikke har fått «papirer på.» (Innst. O. nr. 80 (2004-2005) s. 28).

At Finnmarkskommisjonen skal utrede bruks- og eierrettigheter på grunnlag av «gjeldende nasjonal rett», er uttrykkelig nedfelt i finnmarksloven § 29. ILO-konvensjon nr. 169 kan heller ikke brukes til «å bygge ut finnmarksloven». Det fremgår i følge Høyesterett klart av justiskomiteens uttalelser, og gjengir her flere avsnitt fra Justiskomiteens merknader. Førstvoterende uttaler deretter:

«Ved anvendelsen av de tingsrettslige reglene om rettighetserverv vil imidlertid konvensjonen artikkel 14 nr. 1 få betydning gjennom anvendelsen av det såkalte presumpsjonsprinsippet. Prinsippet går ut på at norsk rett så langt som mulig skal tolkes i samsvar med folkeretten.»

Det er ikke noe krav om at rådigheten skal være eksklusiv for å tilfredsstille rådighetskravet i artikkel 14 og Høyesterett viser til offentlige utredninger som NOU 1997: 5 og NOU 2007: 13 samt utredning av Geir Ulfstein og Hans Petter Graver fra 2003.

Også i norsk tingsrett er det lagt til grunn at en begrenset bruk fra andre ikke er til hinder for eiendomserverv gjennom utøvelse av eierrådighet i alders tid. I Svartskogensaken, Rt. 2001 s. 1229, ble en bofast samisk jordbruksbefolkning kjent eiendomsberettiget til tilstøtende utmarksarealer selv om flyttsamer hadde utøvd reindrift i området. Denne avgjørelsen og Rt. 2001 s. 769 (Selbusaken) om reindriftsutøvernes bruksrett, utgjør i følge Høyesterett viktige rettskilder ved vurderingen av tradisjonell samisk bruk som grunnlag for rettserverv.

Tingsrettslige prinsipper skal anvendes på samiske premisser, og dette er også i tråd med ILO-konvensjon 169 artikkel 8 nr. 1 om at det ved anvendelse av nasjonale regler overfor urfolk, skal tas «tilbørlig hensyn til deres sedvaner og sedvanerett».

Etter å ha uttalt seg om disse prinsipielle spørsmål gikk Høyesterett over til å behandle det faktiske grunnlag for kravet om eiendomsrett fra Reinbeitedistriktet og fra Sara-gruppen, og så først på spørsmålet om eiendomsrett for reindriftssamene var ervervet gjennom *okkupasjon*.

Høyesterett viser til Utmarksdomstolens grundige gjennomgang av ulike kilder om bruken av Stjernøya. Disse kildene viste at det hadde vært en nærmere 200-årig fast bosetning på Stjernøya, vesentlig sjøsamisk, da Sara-gruppen tok deler av Stjernøya i bruk som sommerbeite på 1860-tallet. Først 100 år senere tok reindriftsutøvere under dagens reinbeitedistrikt øya i bruk. Høyesterett gjengir følgende utsagn fra Utmarksdomstolens dom:

«Hva særlig gjelder spørsmålet om hvem som har vært opprinnelig eier, uttaler Finnmarkskommisjonen på side 43 i sin rapport fra felt 1, Stjernøya/Seiland, at det ikke kan utelukkes at antakelser om at staten ikke var opprinnelig eier i utmarksområder kan ha noe for seg. Finnmarkskommisjonen viser imidlertid til at det ikke er gitt at reindriften var opprinnelig eier selv om det forutsettes at staten ikke var opprinnelig eier av Stjernøya. Ifølge kommisjonen kan det være vel så nærliggende at øyas fastboende befolkning hadde en slik posisjon. Utmarksdomstolen er enig i det.»

I følge Høyesterett var opplysningene som var fremlagt om Kautokeinosamenes delvise bruk av Stjernøya fra «gammel Tid» ikke tilstrekkelig til å konstatere eiendomsrett til øya på grunnlag av prinsippene om okkupasjon.

Høyesterett behandlet så spørsmålet om erverv av eiendomsrett på grunnlag av *alders tids bruk*. Om alders tids bruk uttaler førstvoterende:

«De ulovfestede reglene om alders tids bruk er fleksible og kan i noen grad tilpasses forholdene i den konkrete sak. Overfor den samiske befolkningen vil det blant annet måtte tas hensyn til samiske sedvaner om kollektiv bruk. Hovedspørsmålet i saken er om de ankende parter og deres rettsforgjengere har rådet over deler av Stjernøya som om de var eiere. For at dette skal være tilfellet, må de ha brukt øya i et tilstrekkelig omfang med hensyn til intensitet og kontinuitet. Sentralt i denne sammenheng er hvor dominerende bruken har vært sammenlignet med andres bruk av de aktuelle områdene.»

Høyesterett går gjennom Sara-gruppens og Reinbeitedistriktets bruk av øya. Videre beskrives statens utmåling av jord på øya fra jordutvisningsresolusjonen av 1775 og de senere jordsalgslover. Den tidlige fastboende befolkning besto hovedsakelig av sjøsamere, og deres bruk beskrives. Når det gjelder sammenfatning av de fastboendes bruk, siteres det fra Utmarksdomstolens avgjørelse:

«Både den fastboende befolkningen og reindriftsamene har utøvd en omfattende bruk av tilgjengelige naturressurser på øya. De fastboendes bruk av utmarksressursene er ikke begrenset til vegetasjonsbeltet ved kystlinjen. Også berglendte områder som har vært utnyttet til reindrift, har inngått som en del av lokalbefolkningens ressurstilgang og utmarksbruk i form av jakt, fiske, bærplukking og som utmarksbeite for husdyr. Denne flerbruken av området har vært overlappende i tid ved at både reindriftssamene og de fastboende har gjort bruk av til dels de samme områder og utmarksressurser i barmarkperiodene.»

Når det gjelder reindriftssamenes bruk, uttaler førstvoterende:

«I likhet med utmarksdomstolen finner jeg at verken Sara-gruppen eller reindriftsutøverne i Stjernøya reinbeitedistrikt kan tilskrives en bruk av de aktuelle områdene som er tilstrekkelig intensiv og dominerende for erverv av eiendomsrett. De fastboende, som tidligere var i flertall sammenlignet med flytt-samenes sommerbosetninger, har utnyttet de samme utmarksressursene og har dessuten hatt dyr i noen av de samme beiteområdene. Tiden etter at de fastboende begynte å flytte fra øya på 1950-tallet og deres bruk av utmarksressursene avtok, er uansett ikke lang nok til å gi de ankende parter eiendomsrett på grunnlag av dominerende bruk i alders tid.»

Det uttales videre i én setning at «[s]taten har på sin side manifestert eierrådighet over øya gjennom juridiske disposisjoner i form av utvisninger, salg og bortfeste».

Førstvoterende bemerker avslutningsvis at det sentrale formålet med ILO-konvensjon 169 artikkel 14 er at den bruk urfolk har utøvd skal anerkjennes og gis rettslig status. Reinbeitedistriktets reindrift på Stjernøya er endelig avklart gjennom Finnmarkskommisjonens rapport. «Det er ikke tvilsomt at denne bruksretten hviler på et tingsrettslig grunnlag, og at den følgelig nyter sterkt privatrettslig vern».

Et spørsmål i saken som ble behandlet før rettighetsspørsmålet var Reinbeitedistriktet og Sara-gruppens anke over Utmarksdomstolens avvisning av å behandle et krav på betaling av tonnøre og festeinntekter. Dette kravet var knyttet til FeFos inntekter fra gruvedrift på øya. Å behandle slike pengekrav lå ikke innenfor Utmarksdomstolens kompetanse, noe også Høyesterett sluttet seg til. Jeg går ikke nærmere inn på dette spørsmålet.

Kirsti Strøm Bull

Litteratur

Marianne Reusch: *Friluftsløven med kommentarer*, Gyldendal Akademisk 2016. 555 sider

Allemannsrettigheter har en lang historie bak seg, med en markant utvikling i løpet de siste 50-60 år. Reglene ble befestet og vel også videreutviklet i friluftsløven av 1957, og senere har det på ingen måte vært stillstand ved at så vel lovgiver som domstoler har vært aktive: Friluftslivet er blitt tillagt rettigheter på bekostning av de tradisjonelle eierrettigheter slik at det er med et smil i øye at man leser eldre fremstillinger om «den uskyldige nyttesrett».

Mange har interessert seg for denne utvikling, men ingen så vedholdende og bredt som Marianne Reusch. Hun valgte tema for sitt doktorarbeid, jf. *Allemannsretten Friluftslivets rettsgrunnlag* (2012), og nå er det

fra hennes hånd kommet en stor kommentar til friluftsløven, som skal omtales her.

Etter en oversikt over friluftsløven – dvs. en redegjørelse for tilblivelseshistorien – blir lovens bestemmelser fra § 1 til § 42 gjennomgått. Dette er et vel-skrevet arbeid der vi får brede redegjørelser for forarbeider og offentlige uttalelser om loven (men ikke en eneste referanse til juridisk litteratur). Ikke minst får domstolene, og især Høyesteretts avgjørelser omtale – hvilket er påkrevet, jf. uttalelsen s. 31:

«Den rettsutviklingen som har skjedd gjennom Høyesteretts prinsippavklaringer, er ikke innarbeidet i forbindelse med de etterfølgende lovendringer. I dag er derfor lovteksten alene nokså lite egnet til å gi uttrykk for de relevante rettsreglene.»

Det er et stort stofftilfang som presenteres, med en særdeles rikholdig omtale av de mange mulige konfliktsituasjoner – fra terrengsykling til flaggstenger og gjenglemte (?) badehåndklær. I boken finner man blant meget annet en rekke eksempler på lokale løsninger med forskriftshjemmel, se især pkt. 6 under § 15 om ferdselsregler. Leserens tilgang til stoffet lettes ved en detaljert innholdsfortegnelse, og – etter de stikkprøver jeg har foretatt – et godt saksregister.

Etter mitt skjønn et imponerende stykke arbeid, til god hjelp for de mange som støter på spørsmål om allemannsrettens utstrekning.

Thor Falkanger

IMMATERIALRETT

Vernet for særpregete foretaksnavn – fare for forveksling. Høyesteretts dom av 22. september 2016, Pangea Property Partners AS (HR-2016-1993-A)

Om saken

Foretaksnavneloven (L21.06.1985 nr. 79), § 2-6 nr. 4, forbyr registrering av et foretaksnavn som «er egnet til å forveksles» med et tidligere registrert foretaksnavn eller varemerke. Spørsmålet i saken var om foretaksnavnet Pangea Property Partners AS ville krenke det registrerte foretaksnavnet Pangea AS, og derfor ikke kunne registreres. Det beror på om det yngre navnet Pangea Property Partners AS er egnet til å forveksles med det allerede registrerte Pangea AS.

Pangea AS leverer en kredittkorttjeneste med et tilhørende fordelsprogram med miljøprofil. Kredittkortkundene, ca. 3000, er primært privatpersoner. Kortet markedsføres blant annet gjennom samarbeid med Huseiernes Landsforbund, OBOS og Norske Boligbyggelags Landsforbund. Pangea Property Partners AS tilbyr konsulenttjenester ved større eiendoms-transaksjoner, som kjøp og salg av næringsseiendommer og utviklingsprosjekter, og bistand ved finansielle transaksjoner så som børsnoteringer, fusjoner og oppkjøp, finansielle restruktureringer og kapitalinnhen-

ting. Kundene er større eiendomsbesittere og investorer, typisk større selskaper, fond eller institusjoner. Tjenestene gjelder eiendommer med verdi fra 100 millioner til 3–4 milliarder kroner.

Etter registreringen av Pangea Property Partners AS i foretaksregisteret, som etter foretaksnavneloven § 2-7 skjer uten prøving av vilkårene i § 2-6, fremsatte Pangea AS krav om administrativ overprøving av vedtaket om registrering for Patentstyret etter foretaksnavneloven § 3-6. Patentstyrets første avdeling traff vedtak om at registreringen var i strid med foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4. Vedtaket ble stadfestet av Patentstyrets annen avdeling, og senere opprettholdt av tingretten og lagmannsretten.

Høyesterett kom enstemmig til at vedtaket om å nekte registrering av Pangea Property Partners AS var ugyldig, altså at det ikke forelå noen slik fare for forveksling med det registrerte navnet Pangea AS, at registreringen var i strid med foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4.

Harmonisering av vernereglene i foretaksnavneloven med varemerkeloven

Høyesterett presiserer i avsnitt 40 at Patentstyrets vedtak etter foretaksnavneloven § 2-6 jf. §§ 3-2, 3-3 og 3-6, er lovbundet, og at vedtaket prøves fullt ut av domstolene. Høyesterett viser til Rt-1995-1908, Mozell, og Rt-1998-1988, Cosmea, der det er pekt på at det i varemerkesaker ikke er grunn for domstolene til å vise noen tilbakeholdenhet i overprøvingen. Med Pangea-avgjørelsen slår Høyesterett fast at det ikke er grunn til noen tilbakeholdenhet i overprøvingen av forvaltningsvedtakene på kjennetegnssrettens område generelt. At domstolene utviser en viss tilbakeholdenhet i overprøvingen av patentmyndighetenes rettsanvendelsesskjønn har sitt grunnlag i Høyesteretts dommer i Rt-1975-501, Swingball, og Rt-2008-1555, Biomar. Begge saker gjelder gyldigheten av Patentstyrets avslag på patentsøknader, og det er patentmyndighetenes tekniske fagkunnskap som begrunner en slik tilbakeholdenhet i overprøvingen. Høyesterett bekrefter i Pangea-dommen at disse synspunktene ikke er overførbare på kjennetegnsaker, selv om de behandles av samme forvaltningsorganer.

Reglene om foretaksnavn ble endret i 1995 slik at særpregete foretaksnavn nyter vern mot yngre foretaksnavn som er egnet til å forveksles med det eldre foretaksnavnet, foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4, jf. § 3-2 første ledd. Med henvisning til forarbeidene til foretaksnavneloven og varemerkeloven, konstaterer Høyesterett i avsnitt 41 at «varemerkelovens og foretaksnavnelovens verneregler er fullt ut harmonisert (...)». Dette medfører at rettskildene innenfor varemerkeretten er relevante ved løsningen av de spørsmål saken reiser under foretaksnavneloven, jf. avsnitt 41, altså kjennetegnets særpreg, og vernet mot forvekselbare kjennetegn i foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4 jf. § 3-2 og § 3-3. De tilsvarende reglene i varemerkeloven er § 14 (1) og § 16 (1) bokstav a).

I avsnittene 42 til 46 går Høyesterett gjennom de varemerkerettslige kildene som kan ha relevans for tolkningen av disse reglene. Gjennomgangen gjelder kildenes generelle relevans ved tolkningen av foretaksnavnelovens verneregler.

I avsnitt 42 går Høyesterett inn på konsekvensene av at varemerkeloven er harmonisert med EU-EØS-retten gjennom varemerkedirektivet, 2008/95/EU. Reglene om foretaksnavn er ikke harmonisert i EU/EØS, men harmoniseringen med varemerkelovens regler i norsk rett innebærer at EU/EØS-rettslige kilder på varemerkerettens område får betydning ved tolkning av foretaksnavneloven. Høyesterett legger til grunn at varemerkelovens verneregler forstås i samsvar med EU-domstolens praksis på feltet. Målet for tolkningen er materiell rettslikhet mellom norsk varemerkerett og varemerkedirektivet, uavhengig av de formelle begrensningene som følger av EØS-avtalens art. 6 jf. ODA art. 3 nr. 2, se Rt-2002-391, God Morgon, og Rt-2008-1474, Volvoimport.no. Dette vil etter Pangea-dommen gjelde tilsvarende ved tolkningen av foretaksnavnelovens verneregler.

Høyesterett går så videre til å slå fast at EU-domstolens praksis i tilknytning til varemerkeforordningen, (EU) nr. 207/2009, er relevant. Høyesterett viser til at forordningen og direktivets regler er materielt like, og til at Høyesterett i Rt-2002-391, God Morgon, har lagt til grunn at EU-domstolens praksis under varemerkeforordningen er like relevant som praksis om direktivet ved tolkningen av varemerkeloven § 13. I avsnitt 43 konkluderer derfor Høyesterett med at praksis fra EU-domstolen om varemerkeforordningen er relevant ved tolkningen av foretaksnavnelovens verneregler, selv om forordningen ikke gjelder i Norge.

I avsnittene 44 og 45, tar Høyesterett opp spørsmålet om praksis fra European Intellectual Property Office (EUIPO) (tidligere OHIM), er en relevant rettskilde. EUIPO behandler søknader om EU-varemerker under varemerkeforordningen, og dets avgjørelser kan etter klage til EUIPOs appellkammer, ankes til EU-domstolen. Høyesterett viser til Rt-2006-1473, Livbøye, avsnitt 61, der Høyesterett kom til at varemerkeloven § 14 nr. 7 måtte tolkes i lys av «den forståelse som kommer til uttrykk i praksisen fra OHIM». Om sakens tolkningsspørsmål sier så Høyesterett at «EUIPOs praksis knyttet til forordningens artikkel 8 vil ha tilsvarende betydning for anvendelsen av den motsvarende bestemmelsen i direktivets artikkel 4 og direktivkonforme lovregler», avsnitt 45.

Til slutt tar Høyesterett i avsnitt 46 opp EUIPOs «Guidelines for Examination», og uttaler at «homogenitetshensyn etter EØS-avtalens artikkel 3 [taler] for at også EUIPOs omfattende «Guidelines for Examination» – som er retningslinjer for avgjørelsen av om vilkårene for registrering av et EU-varemerke er oppfylt – tillegges vekt ved anvendelsen av de norske kjennetegnsreglene». Retningslinjene er utarbeidet med utgangspunkt i EU-domstolens og EUIPOs praksis og brukes av granskerne i EUIPO i saksbehand-

lingen. Retningslinjene er offentlig tilgjengelige på EUIPOs nettsider.

Høyesteretts generelle gjennomgang av relevante rettskilder i avsnittene 41 til 46, gir etter mitt syn viktige prinsipielle utgangspunkter for tolkningen av foretaksnavnelovens verneregler. Høyesteretts gjennomgang gjelder kun kildenes relevans, ikke hvilken vekt som bør legges på argumentene fra kildene i den konkrete tolkningen. Særlig når det gjelder praksis fra EUIPO og EUIPOs «Guidelines for Examination», som Høyesterett omtaler i avsnittene 44 til 46, kan det være grunn til å reflektere noe over dette.

Når det gjelder praksis fra EUIPO, er det ingen tvil om at denne på et generelt nivå er relevant, fordi norsk rettskildelære anvender et svært vidt relevanskriterium. Spørsmålet er imidlertid hvilken vekt som skal legges på tolkningsargumenter fra EUIPOs praksis. Siden Høyesterett i Pangea ikke viser til noen konkrete avgjørelser fra EUIPO, kommer heller ikke spørsmål knyttet til hvilken vekt disse skal tillegges, opp. Ved løsning av konkrete tolkningsspørsmål, bør det for det første skilles mellom praksis fra førsteinstans i EUIPO og fra appellkammeret. Det er større grunn til å legge vekt på appellkammerets praksis enn praksis fra førsteinstans i et forvaltningsorgan. For det andre, er det vesentlig at praksis fra EUIPO brukes som kilde for rettsnormer, altså generelle normer ved tolkningen av varemerkeforordningens verneregler. EUIPOs konkrete og skjønnsmessige vurderinger i enkeltsaker, bør ikke tillegges vekt, jf. Rt-2002-391, God Morgon. EUIPOs avgjørelser er gjenstand for anke, først til Retten og videre til EU-domstolen, og dersom praksis fra EUIPO ikke bygger på eller er stadfestet i avgjørelser fra EU-domstolen, vil EUIPOs praksis kunne bli endret av EU-domstolen. Dette tilsier uansett en viss forsiktighet ved anvendelsen av EUIPOs praksis. Disse forbeholdene vil fortsatt ha betydning ved anvendelsen av EUIPOs praksis som kilde ved tolkningen av norsk rett, fordi Høyesteretts uttalelser i avsnittene 44 og 45 altså kun gjelder relevansen av EUIPOs praksis, og ikke spørsmålet om vekt.

Det er så vidt jeg har sett første gang Høyesterett viser til EUIPOs «Guidelines for Examination» ved tolkningen av vernereglene i varemerkeloven og foretaksnavneloven. «Guidelines for Examination» er retningslinjer for avgjørelsen av om vilkårene for registrering av et EU-varemerke er oppfylt. På den ene siden kan det være mindre grunn til skepsis mot å legge vekt på EUIPOs Guidelines enn på EUIPOs praksis fordi Guidelines er utarbeidet på grunnlag av praksis fra EU-domstolen og EUIPO selv, og de virker normerende for EUIPOs egen praksis. På den annen side er EUIPOs Guidelines utarbeidet som retningslinjer for granskerne, og er ikke en tolkning av varemerkeforordningen basert på alle relevante rettskildefaktorer. Høyesterett viser til EUIPOs Guidelines i den konkrete tolkningen, og det er viktig å merke seg hvordan Høyesterett anvender denne rettskilden. I avsnitt 59 og avsnitt 68 viser Høyesterett til EUIPOs Guidelines for å pre-

sisere og operasjonalisere uttalelser fra EU-domstolen. I avsnitt 62 vises til EUIPOs Guidelines for å tydeliggjøre en rettssetning som har grunnlag i en norsk Høyesterettsdom. Høyesterett utleder ikke rettssetninger alene på grunnlag av EUIPOs Guidelines. Etter min oppfatning tyder dette på at EUIPOs Guidelines har begrenset vekt. De er nyttige for å strukturere den konkrete rettsanvendelsen, og de gir gode analytiske verktøy for rettsanvenderen, særlig til å operasjonalisere argumenter fra andre, mer autoritative kilder. En bør imidlertid være forsiktig med å utlede rettssetninger direkte fra EUIPOs Guidelines.

Forvekselbarhet

Fra avsnitt 48, går Høyesterett over til å vurdere konkret om de to foretaksnavnene er forvekselbare. Partene var enige om at det ikke var nødvendig å vurdere forholdet til det registrerte varemerket PANGEA fordi det ikke ville gi noen selvstendige rettigheter utover foretaksnavnet Pangea AS, avsnitt 47.

Høyesterett tar i avsnitt 50 utgangspunkt i foretaksnavneloven § 3-2, jf. § 3-3, og at spørsmålet om et foretaksnavn er egnet til å forveksles med et annet har to elementer: Kjennetegnslighet og bransjelikhet. I avsnitt 51 viser Høyesterett til Rt-2008-1268, Søtt + Salt, avsnitt 40, hvor det fremgår at «forvekslings-spørsmålet beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering der graden av likhet i vareslag og i kjennetegn er de sentrale momenter». Vurderingen er elastisk, slik at en svak grad av kjennetegnslighet kan oppveies av høy grad av likhet mellom varene eller tjenestene, jf. EU-domstolens dom C-342/97, Lloyd. Både etter norsk rett, som kildegjennomgangen i avsnitt 52 viser, og etter EU-retten, jf. avsnitt 53, er vilkårene kumulative, slik at det må foreligge en viss minste grad av både kjennetegnslighet og bransjelikhet for at kjennetegnene skal være forvekselbare.

Partene i saken var enige om at vurderingen av tjenestelighet etter varemerkeloven og bransjelikhet etter foretaksnavneloven falt sammen. Videre var partene enige om at Pangea hadde særpreg og at kjennetegnsligheten var stor, jf. avsnitt 54. Vurderingstemaet for Høyesterett var dermed innsnevret til spørsmålet om «foretaksnavnet brukes for virksomhet av samme eller «lignende slag», jf. foretaksnavneloven § 3-3 første ledd.

I avsnittene 56 til 61 går Høyesterett gjennom kildegrunnlaget for å presisere nærmere det rettslige vurderingstemaet «virksomhet av samme eller lignende slag (bransjelikhet)», jf. foretaksnavneloven § 3-3 første ledd. Høyesterett tar utgangspunkt i de norske forarbeidene til foretaksnavneloven, og viser hvordan de konkretiserer vurderingstemaet som er gjort der, samsvarer med praksis fra EU-domstolen, også slik denne er søkt operasjonalisert i EUIPOs Guidelines. I avsnitt 61 sammenfattes elementer i vurderingen av bransjelikhet slik: «bransjelikhet vil kunne foreligge dersom tjenestene alternativt er av samme art, har felles formål, anvendelse, distribusjonskanaler

eller omsetningskrets, eller supplerer eller står i et konkurranseforhold til hverandre».

Høyesterett fremhever i avsnitt 62, at det er nødvendig at «(...)virksomhetene blir sammenlignet på et relevant abstraksjonsnivå.» Dette er et sentralt poeng i avgjørelsen. At begge virksomhetenes tjenester kan sammenfattes under samme språklige overbegrep, er ikke nok til at kravet om bransjelikhet er oppfylt. Som uttrykt i avsnitt 66, «må det først undersøkes hvilke typer tjenester foretakene faktisk tilbyr.» Denne vurderingen gjennomfører Høyesterett i avsnittene 67 følgende som en konkret sammenligning av de to virksomhetene, ut fra de skjønnstemaene som Høyesterett har definert i avsnitt 61 (sitert over). Når sammenligningen er gjennomført på et helt konkret nivå, finner Høyesterett altså, avsnitt 74 jf. 73, at det ikke foreligger noe minimum av likhet mellom virksomhetene, og kravet til bransjelikhet er dermed ikke oppfylt.

Fordi Høyesterett gir anvisning på at sammenligningen av virksomhetene må skje konkret, så er vurderingen også nettopp konkret, og det er derfor vanskelig å formulere noen generell rettsetning om hva som er det riktige abstraksjonsnivået for vurderingen av bransjelikhet. Det er derfor grunn til en viss refleksjon over hvordan denne avgjørelsen kan gi veiledning for senere avgjørelser. Partene i Pangea-saken var kun uenige om ett vilkår (bransjelikhet), men vilkåret inngår i en større, helhetlig vurdering (forvekselbarhet). Det kan bidra til å operasjonalisere spørsmålet om abstraksjonsnivå, å se på det overordnede utgangspunktet for vurderingen forvekselbarhet. Etter foretaksnavneloven § 3-2 annet ledd, er spørsmålet om kjennetegnene er egnet til å forveksles «i den alminnelige omsetning». I vurderingen av forvekselbarhet, er det derfor et poeng *hvem* det er som kan komme til å forveksle kjennetegnene. I norsk praksis formuleres dette ofte som hvorvidt en «ikke ubetydelig del av omsetningskretsen» vil kunne komme til å ta feil. Høyesterett har i Rt-2008-1268, Søtt + Salt, avsnitt 41, uttalt at dette innebærer det samme som når EU-domstolen vurderer hvorvidt «en alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velinformert forbruker» kan komme til å ta feil, jf. for eksempel C-342/97 Lloyd og C-125/95 Sabel.

Det overordnede spørsmålet i denne saken kan derfor også formuleres som hvorvidt en ikke uvesentlig del av omsetningskretsen til Pangea AS vil oppfatte de tjenestene som Pangea Property Partners AS tilbyr som så likeartet de tjenestene som Pangea AS tilbyr, at når de tilbys under så vidt like kjennetegn, kan omsetningskretsen komme til å ta feil eller tro at det består en kommersiell forbindelse mellom de to foretakene. Utgangspunktet for vurderingen blir da hvordan omsetningskretsen oppfatter tjenestene og hvor like de er. Ser en virksomhetene gjennom de mulige kundenes «briller», blir det muligens også tydeligere hvilke «tjenester foretakene faktisk tilbyr», jf. Høyesteretts formulering i avsnitt 66. Det blir imidlertid

også tydelig at dette må vurderes konkret og ikke kan formuleres i en generell setning.

En kan også merke seg at fordi partene i Pangea-saken var enige om at vurderingen av bransjelikhet og tjenestelikhet falt sammen, avsnitt 47, var det heller ingen foranledning for Høyesterett til å komme inn på spørsmålet om det likevel kan være visse forskjeller mellom vernereglene i varemerkeloven og foretaksnavneloven, selv om disse i utgangspunktet er harmonisert, se avsnitt 41. Vernet for eldre, særpregete foretaksnavn har blitt oppfattet å inkludere et visst rom for fremtidig ekspansjon av virksomheten, i tillegg til den virksomhet foretaket driver med nå, se Lassen/Stenvik, *Varemerkerett*, 2011 s. 377. Jeg oppfatter ikke at slike nyanseringer mellom vernet for foretaksnavn og varemerker er utelukket som følge av Høyesteretts avgjørelse i Pangea-saken.

Inger Berg Ørstavik

Lenker til ulovlig utlagt materiale – EU-domstolens dom i sak C-16/15 (GS Media)

Spørsmålet om forholdet mellom opphavsretten og lenker på Internett har vært heftig diskutert omtrent like lenge som Internett har eksistert. I norsk rett kom det en viss avklaring ved Høyesteretts dom i Rt. 2005 s. 41 (Napster.no), der lenker til ulovlig materiale ble ansett som medvirkning til opphavsrettskrenkelser, samtidig som retten vek tilbake for å anse utlegging av lenker som omfattet av eneretten til tilgjengeliggjøring for allmennheten (åvl. § 2). Siden den gang har EU-domstolen avsagt dommer som indikerer en noe annen tilnærming til lenkespørsmålet (sak C-466/12 (Svensson) og sak C-348/13 (BestWater), omtalt i *Nytt i privatretten* 2/2014 s. 15 og *Nytt i privatretten* 4/2014 s. 14. Dette følges opp i GS Media-saken, som i motsetning til de to foregående dommene gjelder lenker til ulovlig materiale. Dermed kan det synes som om brikkene i den EU-opphavsrettslige reguleringen av lenker er i ferd med å falle på plass, selv om dommene utvilsomt reiser en god del spørsmål. Gitt at åndsverkloven skal tolkes i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, bør dommene danne utgangspunkt for håndteringen av lenker etter åndsverkloven, mens Høyesteretts dom i Napster.no-saken kommer mer i bakgrunnen.

GS Media-saken oppsto i Nederland. Årsaken til tvisten var lenker på nettstedet GeenStijl til pikante fotografier av en nederlandsk kjendis (Britt Dekker) som var lastet opp på et australsk nettsted. Fotografiene var ment å skulle publiseres i bladet Playboy, og forlaget Sonoma, som utgir Playboy, saksøkte GeenStijl for inngrep i opphavsretten ved å legge lenker til fotografier som var lastet opp på Internett uten rettighetshaverens samtykke. Hovedspørsmålet som ble stilt EU-domstolen, ved foreleggelse fra den nederlandske høyesterett (Hoge Raad), var om det å legge en hyperlenke til en tredjeparts nettside der et verk er gjort tilgjengelig uten samtykke fra rettighetshaveren, innebærer «overføring til allmenn-

heten» («communication to the public») i henhold til opphavsrettsdirektivet (dir. 29/2001/EF) artikkel 3(1)). Overført til rettighetssystematikken i åndsverkloven er spørsmålet om utlegging av lenker til ulovlig materiale, må anses som tilgjengeliggjøring for allmennheten ved offentlig fremføring (jf. åndsverkloven (åvl.) § 2 første, tredje og fjerde ledd).

EU-domstolen starter drøftelsen med å vise til det den har fastslått i tidligere praksis. I utgangspunktet anses det å legge lenker til verk som overføring (tilgjengeliggjøring) for allmennheten, men det gjelder ikke for lenker til verk som fritt er lagt ut på et nettsted med rettighetshaverens samtykke. I en slik situasjon vil ikke lenkene innebære at verket er gjort tilgjengelig for en «ny allmennhet» – dvs. en allmennhet som rettighetshaveren ikke tok i betraktning da verket ble lagt ut på Internett (jf. Svensson-dommen avsnitt 24). Dette gjelder også ved såkalt «framing», der det lenkede innholdet fremtrer innenfor en «ramme» på «lenkenettstedet», slik at det fremstår som om innholdet stammer fra dette nettstedet (BestWater avsnitt 15, 16 og 18). Derimot, sier EU-domstolen i GS Media, kan det ikke slutes fra de tidligere dommene at lenker til beskyttede verk som er fritt lagt ut på Internett *uten* rettighetshaverens samtykke, faller utenfor konseptet overføring (tilgjengeliggjøring) for allmennheten. Tvert imot bekrefter disse dommene betydningen av at det foreligger *samtykke*, ettersom direktivet forutsetter at alle overføringshandlinger krever rettighetshaverens samtykke.

På den annen side fremhever domstolen hensynet til ytrings- og informasjonsfriheten (jf. EU-charteret om grunnleggende rettigheter artikkel 11). I lys av dette understrekes det også at det kan være vanskelig for privatpersoner som ønsker å legge lenker å vite om nettstedet det lenkes til inneholder beskyttede åndsverk, og om rettighetshaverne i så fall har samtykket til utleggingen av dem på Internett. Av den grunn er det ifølge EU-domstolen nødvendig å ta i betraktning at personer som legger lenker til verk som fritt er lagt ut på Internett, og som ikke har noe profittformål, ikke vet eller med rimelighet kan vite at verket er lagt ut på Internett uten rettighetshaverens samtykke. Slike personer gir ikke tilgang til verkene med full kjennskap til konsekvensene av sine handlinger. I tillegg, sier EU-domstolen, vil alle internettbrukere i prinsippet ha tilgang selv uten lenken der det det ulovlige innholdet fritt er lagt ut på Internett.

Motsatt fremholder EU-domstolen at der en person vet eller burde ha visst at lenken gir tilgang til et verk som er lagt ut ulovlig på Internett, f.eks. der han har fått melding om det fra rettighetshaverne, må det konstateres at utleggingen av lenken innebærer overføring til allmennheten i opphavsrettsdirektivets forstand. Interessant nok konstaterer domstolen på den annen side at der utleggingen av lenkene har profittformål («is carried out for profit»), må det foreligge en presumpsjon for at handlingen har skjedd med full kunnskap om verkets karakter. Resonnementet er at

det i slike tilfeller må forventes at den som legger lenken utfører nødvendige undersøkelser for å forsikre seg om at verket ikke er lagt ut ulovlig på nettsiden som lenken leder til. Så fremt denne presumpsjonen ikke tilbakevises, vil utleggingen av en hyperlenke til verk som var ulovlig utlagt på Internett innebære en 'overføring til allmennheten' i henhold til opphavsrettsdirektivet artikkel 3(1). Domstolen avslutter resonnementet med å vise til at hvis det derimot ikke er noen ny allmennhet, vil det heller ikke foreligge noen overføring til allmennheten for det tilfellet at verket som hyperlenkene gir tilgang til har blitt gjort fritt tilgjengelig på en annen nettside med rettighetshaverens samtykke.

Domstolen understreker også at når det gjelder lenker til ulovlig materiale, har rettighetshaveren muligheter for å informere de som legger lenkene om at materialet er ulovlig og å sette i verk tiltak mot dem dersom de nekter å fjerne lenken. Dermed foreskriver domstolen muligheten for å iverksette såkalt «notice and take-down»-prosedyrer mot rettighetshaverne på grunnlag av retten til overføring til allmennheten. Domstolen går også langt i å foreta selve subsumsjonen, idet man konstaterer at GS Media som driver GeenStijl-siden, la ut lenkene til den australske siden i profittøymed, og at Sanoma som rettighetshaveren ikke hadde gitt tillatelse til publiseringen av fotografiene på Internett. Videre mener domstolen at det fremgår av saksfremstillingen at GS Media var klar over dette, og at det derfor ikke er grunnlag for å snu presumpsjonen om at lenkene var lagt ut med full kunnskap om ulovligheten av materialet. Domstolen går derfor langt i retning av å konkludere at GS Media iverksatte en overføring til allmennheten i direktivets forstand.

Selv om domstolen søker å avklare rettstilstanden ved utlegging av lenker til ulovlig materiale, etterlater dommen noen spørsmål. Ett spørsmål, som har vært diskutert, er om domstolen ved å vise til at det ikke foreligger noen overføring (tilgjengeliggjøring) til allmennheten hvis verket har vært fritt tilgjengelig på en annen nettside med rettighetshaverens samtykke, mener det er tilstrekkelig at verket er lagt ut lovlig et eller annet sted på Internett. I så fall spiller det ingen rolle at selve lenken viser til et nettsted der verket er lagt ut ulovlig, så lenge det er lagt ut lovlig i annet sted. Lest på denne måten får dommen vidtgående konsekvenser. Undertegnede er ikke sikker på at dommen skal leses slik. Inntrykket fra Svensson-saken er at domstolen konsentrerer seg om det nettstedet det lenkes til, og i så fall er uttalelsen i GS Media-dommen bare en bekreftelse på at lenker til fritt lovlig utlagt materiale faller utenfor eneretten. Det er likevel uheldig at domstolen ikke uttaler seg tydeligere om uttrykket «verk» refererer seg til verket som sådant eller eksemplaret på nettstedet det lenkes til. Et såpass sentralt spørsmål burde ikke være gjenstand for tvil.

Videre er det grunn til å stille spørsmål ved bruken av såpass uklare uttrykk som «profittformål». Er det

tilstrekkelig at det aktuelle nettstedet har annonser som gir inntekter, eller kreves noe mer kvalifisert?

En tredje uklarhet er om dommen på dette punktet må leses på bakgrunn av sakens faktum, der det ble lagt manuelle lenker til det ulovlige materialet, eller om uttalelsene også omfatter automatisk genererte lenker som ved søkemotorer. Den generelle uttrykksformen kan tyde på det siste, men presumpsjonen om kunnskap slår ikke til i disse tilfellene, da søkemotorene ikke kan vite om de nettstedene søkemotoren gjennom søker, inneholder ulovlig materiale. En annen sak er det dersom de får konkret beskjed om det fra rettighetshaveren. Men så generelt som presumpsjonen er utformet, passer den ikke på automatisk genererte lenker.

Et fjerde forhold som kan påpekes, er at dommen visker ut skillet mellom objektive handlingsbeskrivelser og subjektive vilkår som enerettsreglene har vært basert på. I utgangspunktet fremstår det som unaturlig at innholdet i uttrykk som overføring – eller tilgjengeliggjøring – for allmennheten, skal bero på hva man vet eller burde vite. Enten foreligger det en overføring, eller så gjør det ikke. Subjektiv skyld har vanligvis vært knyttet til sanksjonsreglene for overtredelse av handlingsnormen eller medvirkningshandling. Et spørsmål som kan stilles, er om «bruddet» EU-domstolen foretar i skillet mellom handlingsnorm og subjektive vilkår bare gjelder for lenkene, eller om det gjelder for overføringsretten generelt. Det er også vanskelig å vite på grunnlag av dommen.

Når dette er sagt, ligger ikke *resultatet* i dommen så langt unna Høyesteretts dom i Napster.no, hvis vi ser bort fra presumpsjonen knyttet til profittformål eller ikke. Når EU-domstolen velger å innføre subjektive momenter under enerettshandlingene, må det ses i sammenheng med at medvirkningsansvaret ikke er harmonisert i EU. Det er heller ikke en ueffen tanke å introdusere en «notice og takedown-prosedyre» på grunnlag av eneretten. Det kan likevel hevdes at all usikkerhet knyttet til kriteriene EU-domstolen oppstiller, er lite gunstig i lys av den funksjonen lenkene har for informasjonsspredning, og ytringsfriheten, på Internett. Domstolens tydelige streben etter å finne en balanse mellom slike hensyn og rettighetshaverinteressene fører lett til finurlige distinksjoner som er vanskelige å praktisere. Profittformål eller ikke er stikkord her. Dommen bekrefter i det hele tatt at vi aldri ser ut til å bli ferdige med lenkene.

Ole-Andreas Rognstad

Kompensasjonsordning for privatkopiering i fare – EU-domstolens dom i sak C-470/14 (EGEDA)

I en dom av 9. juni 2016 har EU-domstolen avgitt uttalelser som er problematiske for den norske ordningen for kompensasjon for privatkopiering. Etter opphavsrettsdirektivet (dir. 29/2001/EF) artikkel 5(2)b) kan en medlemsstat tillate eksemplarframstilling til privat bruk, forutsatt at rettighetshaveren får en rimelig kom-

pensasjon for slik bruk. Norge har valgt å gjennomføre denne bestemmelsen ved å gi årlige bevilgninger til rettighetshaverne over statsbudsjettet, jf. åndsverkløven (åvl.) § 12 første ledd tredje pkt., i stedet for å legge avgifter på kopieringsutstyr som i mange andre land. Lovligheten av en slik ordning har nå vært til avgjørelse i den såkalte EGEDA-saken, som gjaldt Spanias tilsvarende ordning. EU-domstolen konstaterer i dommen at ordninger som kompenserer rettighetshaverne gjennom bevilgninger over statsbudsjettet i prinsippet er i samsvar med direktivet, men fremhever at regelen om privatkopiering til privat bruk bare tilgodeser fysiske personer og ikke juridiske personer. Dette innebærer på den annen side at det bare er fysiske personer som til syvende og sist skal betale for privatkopieringen. En ordning med kompensasjon over statsbudsjettet uten særlige tilpasninger, som i denne saken, ville i prinsippet innebære at juridiske personer betaler for privatkopieringen, ettersom også de betaler skatt og bidrar til statsfinansene. En slik ordning er ifølge EU-domstolen ikke i samsvar med direktivet.

Konsekvensen må være at heller ikke den norske ordningen, slik den er i dag, vil være i samsvar med direktivet. EU-domstolen foreskriver en mulig løsning på problemet, ved at juridiske personer får skattefradrag, eller i det minste skatterefusjon, for å utlikne at de bidrar til privatkopieringsordningen. I høringsutkastet til ny åndsverklov av 16. mars 2016 gir departementet uttrykk for at man vil avvente EGEDA-dommen før det eventuelt foreslås endringer i dagens regel. Avklaringen fra EU-domstolen er nå kommet, og det gjenstår å se hva departementet vil foreslå for å bringe ordningen i samsvar med opphavsrettsdirektivet.

Ole-Andreas Rognstad

Forslaget til forordning for «visse af radio- og tv-selskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af radio- og tv-programmer»

Å øke mengden digitale tjenester som ytes mellom tilbydere og kunder i *ulike EU-land*, er et hovedmål for EUs digitale agenda, også den «opphavsrettspakke» som Kommisjonen nylig har presentert. Måten opphavsrett og nærstående rettigheter (som utøvende kunstnere og produsenters rettigheter) forvaltes på i dag, der ulike forvaltningsselskaper gjerne sitter på rettighetene for hvert sitt land, og tjenestetilbydere ofte bare klarer rettigheter for tilbud i ett eller noen få land i EU, skaper hindringer for samhandelen. Forslaget til forordning for «visse af radio- og tv-selskabernes onlinetransmissioner samt retransmissioner af radio- og tv-programmer» (COM (2016) 594 final) er et av flere lovinitiativ fra Kommisjonen som tar sikte på å gjøre slik klarering enklere. Men samtidig anerkjenner forslaget at tjenestetilbydernes interesse av å begrense tilbudet til enkelte land til en viss grad kan være legitim. Forslaget representerer et forsøk på å finne en rimelig balanse. Denne balansekunst har nok

ikke vært enkel, og den har gitt bestemmelser som virker temmelig kompliserte.

Forordningsforslaget har to hovedelementer:

For det første innføres det såkalte *senderlandsprinsipp* for såkalte «tilknyttede onlinetjenester» til kringkastingsprogrammer (artikkel 2). En «tilknyttet onlinetjeneste» defineres i forordningsforslagets artikkel 1 som en «onlinetjeneste, der består i at et radio- eller tv-selskab udbyder eller kontrollerer og har ansvar for udbuddet af radio- eller tv-programmer til offentligheden simultant med eller i en defineret tidsperiode efter selskabets udsendelse, samt af enhver form for materiale, som er knyttet til udsendelsen, og som er produceret af eller til selskabet». I fortalen punkt 8 nevnes som eksempler ulike «catch-up-tjenester», som gjør det mulig for TV-abonnenten å få sett programmene i et visst tidsrom etter at de er blitt sendt «lineært». I tillegg omfattes tjenester som «beriker» eller på annen måte «utvider» radio- og TV-programmene. Dette omfatter vel for eksempel tjenester som viser scener som er blitt klippet bort i det ferdige program, eller ulike konkurranser knyttet til programmene. Poenget med «senderlandsprinsippet» er at disse «tilknyttede tjenestene» skal anses for å finne sted der hvor kringkastingsforetaket har sitt «hovedforretningssted», og *bare* der. Så kringkastingsforetaket vil slippe å måtte gjøre noen klarering i andre medlemsland hvor tjenestene måtte være tilgjengelige.

For *selve* kringkastingssendingen etablerer forslaget imidlertid ikke noe senderlandsprinsipp. Så om den gjøres tilgjengelig i andre land enn der kringkastingsforetaket har hovedforretningssted, kan det hende at det må innhentes særskilt klarering for disse landene. Det avhenger av hvilke rettigheter kringkaster har fått klarert i senderlandet, og hvilken teknologi som benyttes til utsendelsene. For sendinger over satellitt etablerer satellitt- og kabeldirektivet 93/83 «senderlandsprinsippet», men samtidig presiserer det at der satellittsendingene tas ned av et selskap for å videresendes til abonnenter i kabel, vil dette kreve klarering for landet det videresendes i, og denne videresendingen må klareres gjennom en forvaltningsorganisasjon. I Norge er det organisasjonen Norwaco som står for denne klareringen.

Forordningsforslagets *andre hovedpunkt* er en utvidelse av denne videresendingsordningen. Det heter nå i artikkel 3.1 generelt om «retransmission» at «Rettighedsindehavere af ophavsret eller beslægtede rettigheder ud over radio- og tv-selskaber udøver udelukkende deres rettighed til at give eller nægte tilladelse til retransmission gennem en kollektiv forvaltningsorganisation». «Retransmission» defineres i artikkel 1 som «enhver form for simultan, uændret og uforkortet retransmission af en oprindelig udsendelse af tv- og radioprogrammer, der er beregnet til modtagelse af offentligheden, fra en anden medlemsstat (ud over kabelretransmissioner som defineret i direktiv 93/83/EØF og retransmissioner, der udbydes ved hjælp af en internettjeneste som defineret i Europa-Parlamentets

og Rådets forordning (EU) 2015/2120), som er beregnet til modtagelse af offentligheden og som er trådbunden eller trådløs, som udsendes via satellit, men ikke online, forudsat at denne retransmission foretages af en anden part end det radio- eller tv-selskab, der stod bag den oprindelige udsendelse, eller som kontrollerede eller havde ansvar for, at en sådan transmission blev udført.» Det blir videre presisert at den tvungne klarering ikke skal gjelde for de rettigheter et kringkastingsforetak rår over selv i forhold til sine egne sendinger, uansett om disse rettighetene er oppstått hos kringkastingsforetaket selv (jf. åndsverkloven § 45 a), eller er rettigheter som kringkastingsforetaket har fått overdratt fra rettighetshavere som bidrar til sendingen.

På bakgrunn av flere rettsavgjørelser som er falt i den siste tiden, kunne begrepet «retransmission» med fordel ha vært klargjort ytterligere. Som mange her i Norge er kjent med, har så vel norsk som nederlandsk høyesterett slått fast (se HR-2016-562) at en svært praktisk form for kabelformidling, nemlig formidling av sendinger som kabelselskapene mottar i en «lukket linje» fra kringkastingsforetaket i stedet for for eksempel over satellitt, ikke utgjør noen «videresending», i hvert fall ikke hvis sendingen har vært produsert med tanke på publikum i landet kabelselskapet sender det ut til publikum i. Den tvungne kollektive forvaltning gjelder dermed ikke for slike sendinger. Også EU-domstolen i saken *SBS Belgium* (S-325/14) støtter opp om dette, siden den synes å legge til grunn at den første «tilgjengeliggjøring for allmennheten» i disse tilfellene er utsendelsen fra kabelselskapet til kundene, ikke fra kringkastings-selskapet til kabelselskapet. Det er da naturlig å se kabelselskapets utsendelse som «primær-sendingen» og ikke en «videresending» eller «retransmission». Kommisjonen synes ikke å ville endre på den rettsstilstand som nå ser ut til å utkrystallisere seg.

Som nevnt er det en vanskelig balansegang Kommisjonen forsøker seg på. Store økonomiske interesser er involvert, og lobbyvirksomheten er trolig sterk. En god del kan nok derfor fortsatt forandre seg i forslaget før det eventuelt blir vedtatt.

Harald Irgens-Jensen

EUs «opphavsrettspakke»

14. september i år la EU-kommisjonen fram sine forslag til revisjon av opphavsrettslovgivningen. «Pakken» består av fem dokumenter. Det første er en meddelelse (COM (2016) 592) Om fremme av en rettferdig, effektiv og konkurransedyktig europeisk opphavsrettsbasert økonomi i det digitale indre marked. Her presenteres de øvrige fire dokumentene. Videre la Kommisjonen fram et direktivforslag om modernisering av opphavsretten (Com (2016) 593), et forslag til en forordning om distribusjon av kringkastings-sendinger i nett (COM 2016) 594. Dette forslaget er omtalt i dette nummer av *Nytt i Privatretten* i separat artikkel av Harald Irgens-Jensen. Dessuten la Kommisjonen fram to forslag som skal åpne for tiltredelse av den

såkalte Marrakesh-traktaten fra 2013 om tilgang for blinde, svaksynte eller på annen måte lesehemmede til verk utgitt i papirmedia. Det ene er et direktivforslag om obligatorisk unntak til fordel for denne gruppen (COM (2016) 596), og det andre et forslag til forordning som vil muliggjøre utveksling av eksemplarer i formater tilpasset blinde og lesehemmede (f.eks. lydbøker) mellom EU-land og tredjeland som har tiltrådt konvensjonen (COM (2016) 595. Alle forslagene er relevante for innlemming i EØS-avtalen.

I forslaget om modernisering av opphavsretten anerkjennes for første gang den nordiske avtalelisensmodellen som løsning på klarering av bruksrettigheter. Kommisjonen foreslår den som en løsning når kulturverninstitusjoner ønsker å klarere rettigheter for digital kopiering og tilgjengeliggjøring av verk som ikke lenger er i handelen. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor.

MEDDELELSEN

Meddelelsen orienterer i all hovedsak om de konkrete forslag som inneholdes i de ulike dokumentene i pakken. Kommisjonens mål er å sikre bredere on-line tilgang til innhold i EU, og å nå nye målgrupper. Dermed ønsker man å tilpasse enkelte unntak fra enerettene til en ny, grenseoverskridende virkelighet, og for det tredje å legge grunnlaget for en velfungerende og rettferdig opphavsrettslig markeds plass. Alle tiltakene vil styrke det indre, digitale marked.

I tillegg til omtalen av de konkrete forslag, orienterer Kommisjonen også om at den gjennomfører en evaluering av nåværende regelverk for håndhevelse av intellektuelle rettigheter – ikke bare opphavsrett. Kommisjonens langsiktige mål er å øke beskyttelsen for alle IP-rettigheter med fokus på lovbrudd av kommersielt omfang. Kommisjonen bebuder også at den som en konsekvens av evalueringen vil foreslå «alle endringer som er nødvendige» for å nå målene. Kommisjonen vil bl.a. foreslå tiltak som griper inn mot lovbruternes økonomiske transaksjoner. Kommisjonen angir ikke noen nærmere tidsplan.

OPPHAVSRETTSDIREKTIVET

Generelt

Artikkel 1

Som nevnt er målene med forslaget til direktiv mange, og det dekker flere temaer. Det er derfor delt i flere titler, med underkapitler. Et spørsmål mange har stilt seg, er om Kommisjonen ville åpne for en diskusjon av den uttømmende listen av unntak som finnes i det såkalte Opphavsrettsdirektivet av 2001 (2001/29/EC). Det gjør Kommisjonen ikke: den foreslår at de endringene som vil følge av dette nye direktivet inntas i gjeldende direktiv uten å åpne for en generell gjennomgang.

Artikkel 2

inneholder definisjoner, som jeg kommenterer etter hvert.

Tiltak for å tilpasse unntak og begrensninger til den digitale og grenseoverskridende virkelighet

Artikkel 3 Tekst og dataminering

Her foreslås det et obligatorisk unntak til fordel for forskningsinstitusjoner (både offentlige og kommersielle, forutsatt at eventuelle overskudd tilbakeføres institusjonen, og at ikke eiere har fortrinnsrett til resultatene). Formålet er å gi slike institusjoner adgang til å foreta vitenskapelig arbeid gjennom reproduksjoner og automatiserte analyser av tekst og data i digital form, med sikte på å frembringe informasjon slik som mønstre, trender og sammenhenger. Forutsetningen er at institusjonene har lovlig tilgang til det materiale som benyttes. Det foreslås ikke kompensasjon til rettighetshaverne til det materiale som analyseres.

Artikkel 4 – Bruk av verk mv i digital og grenseoverskridende undervisningsvirksomhet

Kommisjonen foreslår i artikkel 4.1 et obligatorisk unntak til fordel for «illustrasjon i undervisning», når formålet er ikke-kommersielt og finner sted på lærestedet, eller i et sikkert elektronisk nettverk som benyttes av lærere og studenter. Slike nettverk kan være grenseoverskridende. Da anses all bruk av verkene å skje på lærestedet.

I land hvor det finnes adekvate og lett tilgjengelige lisensieringsordninger for bruk av verk i undervisning, kan medlemslandene etter artikkel 4.2 bestemme at det ikke skal innføres unntak, enten generelt eller for kategorier av verk. I Norge vil gjeldende lisensieringsordninger for bruk av verk i undervisning, hvor avtalene mellom partene utløser avtalelisens, gå inn under denne bestemmelsen.

Medlemslandene kan bestemme at rettighetshaverne, der hvor det innføres unntak, skal ha rimelig vederlag for det tap de lider.

Denne bestemmelsen vil nok bli møtt med innsigelser av rettighetshavere. De vil for det første ønske at det *skal* betales vederlag dersom det innføres tvangslisens, og at lisensordninger *skal* gjelde når de enkelt er tilgjengelige.

Artikkel 5 Konservering i kulturverninstitusjoner

Kommisjonen foreslår at det skal innføres et obligatorisk unntak til fordel for kulturverninstitusjoner (museer, bibliotek, arkiv), slik at de kan kopiere med sikte på å sikre verk de har i sine samlinger. Etter forslaget kan kopiering for konserverings- og sikringsformål skje i et hvilket som helst format og medium. Dette går lenger enn det som tillates i dagens norske forskrifter etter åndsverkloven, hvor det er visse begrensninger mht. format, jfr. forskriftens § 1-2 og 1-3..

Artikkel 6 Felles bestemmelser

Her fastslås bl.a. at unntakene som foreslås skal tilfredsstillende kravene i den såkalte tre-trinns-testen som finnes i Opphavsrettsdirektivets Art. 5 (5) (først fastsatt i Bernkonvensjonens Art. 9.2, og også inntatt i WIPOS opp-

havsrettskonvensjon av 1996), dvs. gjelde i særlige tilfelle, ikke stride mot vanlig utnyttelse av verket og ikke stride mot rettighetshavernes legitime interesser.

Tiltak for å bedre lisensieringspraksis og sikre bredere tilgang til innhold

Kapittel 1 Verk som ikke lenger er i handelen

Artikkel 7 Kulturverninstitusjoners bruk av verk som ikke lenger er i handelen

Her foreslår Kommisjonen at når en kollektiv forvaltningsorganisasjon på vegne av sine medlemmer inngår en avtale (for ikke-kommersielle formål) med en kulturverninstitusjon om digitalisering og tilgjengeliggjøring for publikum av materiale institusjonen har i sine samlinger, så skal en slik avtale kunne utvides til å gjelde også for andre, ikke-representerte rettighetshavere av samme kategori som de som er dekket av lisensen – m.a.o. gis avtalelisensvirkning.

Forutsetningen, foreslår Kommisjonen, må være at organisasjonen er «broadly representative» for rettighetshavere av den type verk og prestasjoner avtalen gjelder, at det garanteres likebehandling av alle rettighetshavere, og at de på ethvert tidspunkt kan trekke sine verk ut av avtalen.

Et verk er ute av handelen når det ikke i noen versjon er tilgjengelig gjennom vanlige handelskanaler, og heller ikke med rimelighet kan antas å ville bli det. Medlemslandene skal sikre at det ikke blir urimelig byrdefullt å klargjøre at verk er ute av handelen, og at muligheten for å klassifisere hele samlinger som ute av handelen ikke blir utelukket.

I rimelig tid før avtalen tar til å virke skal medlemslandene sørge for at avtalen bekjentgjøres.

Forslaget forutsetter at avtalelisensordningen bare skal gjelde verk av nasjonale rettighetshavere. Når det gjelder utenlandske rettighetshavere (som jo ofte vil være representert i samlingene, f.eks. i oversettelser) må det forutsettes gjensidighetsavtaler.

Artikkelen har noen særbestemmelser om klarering av rettigheter i fonogrammer og audiovisuelle verk.

Som kjent er Norge et foregangsland når de gjelder digitalisering og tilgjengeliggjøring av bøker på internett. Nasjonalbiblioteket har hjemmel til å foreta digitalisering av samlingene, og har brukt betydelige ressurser på dette. Avtalen Nasjonalbiblioteket har med Kopinor om tilgjengeliggjøring på nett i «Bokhylla.no» vil innen kort tid sikre publikum tilgang til alle norske bokutgivelser t.o.m. år 2000, dvs. ca. 250 000 bøker.

I forhold til avtalelisensordninger som har vært i virksomhet i Norge og andre nordiske land gjennom årrekker, virker Kommisjonens forslag mer byråkratisk og mindre dekkende. Det bør bl.a. klargjøres hva som gjelder for verk som publiseres sammen med det litterære verket, som illustrasjoner, bilder og kart. Begrepet «representativ» vil nok bli utdypet i de videre forhandlinger.

Det virker rimelig at gjeldende, velfungerende ordninger i de nordiske land kan fortsette upåvirket av dette direktivet.

Artikkel 8 Grenseoverskridende bruk

Når en kulturverninstitusjon har inngått avtale om distribusjon på nett kan verkene utnyttes i alle medlemsland i samsvar med vilkårene i avtalen.

En forutsetning for slik grenseoverskridende bruk er at det seks måneder før ikrafttreden gjøres kjent hvilke verk avtalen omfatter. Dette skal skje i en felles portal som kan søkes online, og som skal etableres og driftes av EUs IP-kontor i Alicante. Formålet er at rettighetshavere skal bli kjent med avtalen – bl.a. for å avgjøre om de vil trekke ut sine verk.

Artikkel 9 Dialog mellom berørte parter

Medlemslandene skal sikre en jevnlig dialog mellom rettighetshavernes og brukernes organisasjoner. Formålet er å sikre utviklingen av lisensieringsordningene, sikre rettighetshavernes interesser slik de er definert i bestemmelsen – særlig mht. bekjentgjørelse – og at det ikke blir for byrdefullt å avgjøre hvilke verk en avtale kan omfatte.

Kapittel 2 Tilgang til og tilgjengelighet av audiovisuelle verk på video-on-demand-plattformer

Artikkel 10 Forhandlingsmekanisme

Når noen som ønsker å etablere tjenester for tilgjengeliggjøring av DVD-er på forespørsel har vanskeligheter med å få inngått rettighetsavtaler, skal det etter forslaget sikres at det finnes et upartisk organ med relevant ekspertise som kan bistå partene i forhandlingene, og i å nå fram til avtaler.

Tiltak for å oppnå en velfungerende markeds plass for opphavsrett

Kommisjonen legger i denne delen av direktivforslaget vekt på å gi rettighetshavere – opphavsmenn så vel som utgivere – en større andel av verdiskapingen som skjer på nettet når verk og prestasjoner utnyttes av store operatører (Google, Youtube, Facebook m.fl.).

Kapittel 1 Rettigheter i publikasjoner

Artikkel 11 Vern for nyhetspublikasjoner vedrørende digital bruk

Det har i flere år vært diskusjon om lovligheten av digital bruk av (inklusive lenking til) verk som er lagt ut på nettet av nyhetspublikasjoner. Googles nyhetstjenester har stått i sentrum av debatten. Både Spania og Tyskland har innført lovbestemmelser som skulle sikre vederlag til utgivere av nyhetspublikasjonene. I vår gjennomførte Kommisjonen en konsultasjon og reiste bl.a. spørsmål om det bør innføres en naborett for utgivere, for å forbedre deres forhandlingsposisjon. Kommisjonens konklusjon er å finne i forslaget til artikkel 11, hvor den foreslår å innføre en naborettsskyttelse for kopiering og tilgjengeliggjøring i digital form av innholdet i nyhetspublikasjoner («press publications»). Denne retten skal ikke berøre andre rettighetshavere. Denne naboretten skal gjelde i 20 år regnet fra 1. januar året etter at utgivelsen skjedde.

Artikkel 12 Krav på rimelig kompensasjon

En annen debatt er forårsaket av en avgjørelse av EU-domstolen. I sak C- 572/13 fastslo domstolen at utgivere av tidsskrifter og bøker ikke har rett til noen andel av den kompensasjon som skal gis for adgangen til å kopiere til privat bruk og til undervisning. Den belgiske lovgivning som fordelte vederlagene 50/50 ble erklært å være i strid med direktivet. Denne avgjørelsen har allerede ført til store problemer for rettighetshaverorganisasjonene i Tyskland og Belgia, og vil også kunne få det for rettighetshaverorganisasjonene i de rundt 15 land som har tilsvarende lovgivning.

Kommisjonen kommer nå utgivere (både avis-tidsskrift- og bokutgivere) i møte. Den foreslår at medlemslandene kan fastsette at når en opphavsmann har overført eller lisensiert en rett til en utgiver, så skal denne overføringen utgjøre tilstrekkelig juridisk grunnlag for utgiveren til å kreve en andel av kompensasjon for bruk som skjer med hjemmel i en unntaksbestemmelse.

Kapittel 2 Viss anvendelse av vernet innhold av online-tjenester

Artikkel 13 Bruk av beskyttet innhold av informasjons-samfunns tjenestetilbydere som lagrer og gir tilgang til store mengder verk og prestasjoner som er lastet opp av deres brukere

Bestemmelsen forutsetter at det inngås avtaler mellom tjenestetilbydere (som f.eks. Youtube) og rettighetshavere om bruk av vernede verk og prestasjoner som lastes opp – eventuelt om å unngå at verk blir tilgjengelige. Bestemmelsen, som primært retter seg mot tjenestetilbyderne, pålegger dem – i samarbeid med rettighetshaverne – å gjennomføre tiltak som gjør at avtalene fungerer. Slike tiltak kan være teknologi som muliggjør identifikasjon av innhold. Tiltakene skal være hensiktsmessige og proporsjonale. Rettighetshaverne skal få adekvat informasjon om tiltakene, og rapporter om bruken av verk.

Medlemslandene pålegges å sikre at det for brukerne av tjenesten finnes klageordninger og ordninger som retter opp feilaktige beslutninger. Medlemslandene skal også sikre dialog mellom partene, bl.a. om bruken av gjenkjenningsteknologier.

Kapittel 3 Rimelig vederlag i kontraktene til opphavsmenn og utøvere

Artikkel 14 Forpliktelse til transparens

Etter forslaget pålegges medlemslandene å sikre at opphavsmenn og utøvere med jevne mellomrom får tidsmessig, adekvat og tilstrekkelig informasjon om hvordan deres verk og prestasjoner er utnyttet, hvilke vederlag som er opptjent og skal utbetales. Forpliktelsen omfang kan variere fra sektor til sektor. Denne bestemmelsen gjelder ikke for organisasjoner som går inn under direktivet om kollektiv forvaltning (2014/26/EU), og som inneholder samme type krav.

Artikkel 15 Mekanisme for kontraktsjustering

Bestemmelsen gir opphavsmenn og utøvere adgang til å be om tilleggsvederlag dersom det opprinnelig avtalte vederlag er uforholdsmessig lavt sammenliknet med det som senere viser seg å bli inntektene av utnyttelse av verket eller prestasjonen.

Artikkel 16 Tvisteløsnings-mekanisme

Tvister som oppstår om innsyn og om justering av kontrakter skal kunne henvises til en frivillig, alternativ tvisteløsningsprosedyre, og dette skal sikres av medlemslandene.

SLUTTBESTEMMELSER

Forslagene til nye bestemmelser foreslås tatt inn i tidligere vedtatte direktiver, henholdsvis direktiv 96/9/EC (Databasedirektivet) og 2001/29/EC (Opphavsrettsdirektivet). Det innebærer at det ikke åpnes for en generell debatt om disse direktivene.

Det nye direktivet skal være gjennomført i medlemslandene innen 12 måneder etter publisering i Official Journal.

ØKT TILGANG FOR LESEHEMMEDE

I 2013 ble WIPOs traktat om bedret tilgang til utgitt materiale for personer som er blinde eller lesehemmede vedtatt i Marrakesh i Marokko. Traktaten trådte i kraft i september i år, da 20 land hadde ratifisert den. Den ble signert av EU i 2014. Norge har signert og tar sikte på å tiltre traktaten, men har avventet EU-kommisjonens forslag. Traktaten forplikter land som ratifiserer til å ha unntaksbestemmelser fra enerettene til reproduksjon og tilgjengeliggjøring til fordel for blinde og lesehemmede, og til å tillate utveksling av kopier i formater blinde og lesehemmede kan utnytte. EU-kommisjonen foreslår i direktivet obligatoriske og harmoniserte unntak, og i forordningen fastsettes bestemmelser som sikrer at EUs medlemsland kan utveksle kopier i tilpassede formater med tredjeland som har tiltrådt konvensjonen.

I det utkastet til ny åndsverklov som Kulturdepartementet sendte på høring før sommeren, hadde departementet tatt inn en hjemmel til å gi forskrifter som gir Norge mulighet til å ratifisere.

DIREKTIVET

Direktivet fastsetter hvilke verk som omfattes og definerer brukergruppen. Verkene som kan kopieres må være utgitt og foreligge i en trykket versjon; bok, avis, magasin eller annet trykket materiale inkl. notetrykk, og tilhørende illustrasjoner i ethvert medium inklusive lydbøker.

Brukergruppen er vidt definert – blinde, svaksynte, personer som har en lesehemming (inklusive dysleksi) eller som av fysiske grunner ikke kan nyttiggjøre seg trykket materiale.

Medlemslandene skal i sin lovgivning gi unntak fra eneretten, slik at det kan fremstilles eksemplarer i

formater som gjør stoffet tilgjengelig for brukergruppen, f.eks. i blindeskrift (digitalt eller analogt), stor-skrift eller som lydbøker. Eksemplarframstillingen skal være ikke-kommersiell. Framstillingen kan gjøres av en person på vegne av en berettiget bruker, eller av særskilt autoriserte institusjoner. Et eksemplar fremstilt innen EU-området (og etter hvert EØS-området) kan fritt gjøres tilgjengelig i andre land i området – og i andre land som har tiltrådt traktaten.

Medlemslandene skal gi autoriserte institusjoner tillatelse til å fremstille eksemplarer i tilgjengelig format og gjøre dem tilgjengelig for brukergruppen. Medlemslandene skal også autorisere institusjoner som kan stå for utveksling med tredje- land.

Medlemslandene kan etter traktaten velge om de vil nekte adgang til å kopiere fra tilgjengelige eksemplarer som finnes i handelen og er egnet for brukergruppen, f.eks. lydbøker. Det er ellers bare tre-trinns-testen som avgjør om en eksemplarframstilling ligger innenfor traktatens rammer. Medlemslandene kan etter traktaten også selv avgjøre om det skal betales vederlag til rettighetshaverne.

På dette punktet er direktivforslaget problematisk for norske rettighetshavere. Kommisjonen forutsetter nemlig at det verken skal legges begrensninger på muligheten til å kopiere fra verk som er i handelen, eller betales vederlag i noen form.

I Norge er både lov og forskrifter (åvl. § 17 og 18, forskriftenes § 1-11) til hinder for å fremstille kopier på grunnlag av eller i konkurranse med produkter som finnes i handelen og som kan nyttiggjøres av brukergruppen (f.eks. lydbøker). De norske bestemmelsene om adgang til å produsere lydbøker for denne brukergruppen forutsetter også at det betales vederlag som utredes av staten. Produksjonen forestås av Norsk lyd- og blindeskriftbibliotek, og det er inngått en avtale mellom rettighetshaverne og staten ved Kulturdepartementet.

FORORDNINGEN

Forordningen gir bestemmelser som sikrer at autoriserte institusjoner kan utveksle kopier i formater som er tilgjengelig for brukergruppen også med tredjeland som har tiltrådt konvensjonen. Institusjonene skal også sikre at eksemplarene brukes i samsvar med bestemmelsene.

Den norske åndsverklovens bestemmelser inneholder allerede unntak som dekker traktatens krav, men det må gis bestemmelser om tilgang over landegrensene, noe høringsforslaget åpner for.

VIDERE SAKSGANG

Direktivene og forordningen vil nå gå til EU-parlamentet og Ministerrådet. I EU-parlamentet er det Justiskomiteen som er hovedansvarlig. Saksordfører for opphavsrettsdirektivet er allerede utpekt; Therese Comodini Cachia fra Malta. Komiteene for Kultur- og utdanning, Forbrukersaker, Industri- samt Regionkomiteen vil gi sine innstillinger til Justiskomiteen.

I Ministerrådet er det ventet at behandlingen først starter på nyåret under det maltesiske formannskap, og da med prioritet for Marrakesh-forslagene samt tilrettelegging av den videre debatt. Estland overtar formannskapet høsten 2017, og etterfølges av Bulgaria våren 2018. Endelig vedtak i parlament og råd kan man neppe regne med før fram mot sommeren 2018, kanskje ikke før høsten 2018 under østerriksk formannskap.

Helge M. Sønneland

Litteratur

Irina Eidsvold Tøien: *Skapende, utøvende kunstnere. Beskyttelsen av utøvende kunstners prestasjoner etter norsk rett*, Universitetsforlaget 2016. 288 sider

Norsk opphavsrettslig litteratur har fått et betydelig tilfang når Irina Eidsvold Tøiens doktoravhandling fra 2015 nå foreligger i bokform på Universitetsforlaget. Forfatteren, som er førsteamanuensis på BI, skrev avhandlingen mens hun var stipendiat ved Institutt for privatrett, UiO.

Boken omhandler beskyttelsen av utøvende kunstners prestasjoner etter norsk rett. Åndsverkloven § 42 gir en utøvende kunstner enerett til å råde over sin fremføring av verk ved å gjøre varig eller midlertidig opptak av fremføringen, fremstille eksemplarer av et opptak av fremføringen, og gjøre fremføringen eller opptaket tilgjengelig for allmennheten. Er det snakk om et lydopptak, er eneretten til fremføring imidlertid begrenset til såkalte «på forespørsel-tjenester». Den utøvende kunstneren har likevel rett til vederlag for annen type fremføring (åndsverkloven § 45 b). Rettighetene har mye til felles med de eneretter som åndsverkloven § 2 gir til *opphavsmenn*, og som for eksempel forfattere, komponister og filmregissører tradisjonelt har nytt godt av. Men utøverretten er på flere måter snevrere enn opphavsretten. I tillegg til en mer begrenset fremføringsrett, er vernetiden kortere. Og utøveren har, i motsetning til opphavsmannen, intet vern mot *etterligning* av sine prestasjoner.

Forfatteren har lang erfaring som profesjonell skuespiller, og hun argumenterer i boken sterkt for at de utøvende kunstnere må anerkjennes som *opphavsmenn* og nyte godt av «fullt åndsverkvern» for sine prestasjoner, ved siden av rettighetene etter § 42.

Bokens rettspolitiske preg svekker den ikke som akademisk prestasjon. Her er grundige analyser av norske og utenlandske kilder som etter denne anmelders mening vil gi alle jurister med interesse for opphavsrett verdifull innsikt både i vilkårene for å oppnå opphavsrett og «utøverrett», og det nærmere innhold i disse rettighetene. Og det gjelder selv om man, som undertegnede, ikke deler forfatterens konklusjoner til slutt.

Boken består av fire deler. I *del I* presenteres først avhandlingens tema og enkelte metodiske spørsmål.

Deretter får vi en interessant «faktumsbeskrivelse», en gjengivelse av samtaler Eidsvold Tøien har hatt med fremstående skuespillere, musikere, dansere, dirigenter og teaterregissører om hvordan de arbeider med et verk de skal fortolke for publikum. En opphavsrettslig skolert leser vil merke poengteringen av at kunstneren foretar en rekke *valg* om hvordan fortolkningen skal gjøres, valg som er preget av vedkommendes *personlighet*.

I *del II* får vi først en beskrivelse av hvordan et utøververn har vokst frem i det tyvende århundre. Deretter, i kapittel 5, gis det en grundig redegjørelse for hvilke krav som stilles for at en som fremfører åndsverk, skal få vern etter åndsverkloven § 42. I samsvar med det Birger Stuevold Lassen i sin tid skrev om emnet, legger Eidsvold Tøien til grunn at de fleste fremføringer av åndsverk vil være vernet, men at det først og fremst for enkelte språkverk må gjøres unntak for opplesninger uten kunstnerisk karakter (ordinær nyhetsopplesning o.l.). Så lenge det er et verk som fremføres, vil vernet også omfatte fragmenter av prestasjonen som selv ikke tilfredsstiller det opphavsrettslige krav om verkshøyde. Dette var tema i den såkalte Mauseith-dommen i Rt. 2010 s. 366.

Forfatteren drøfter også om ulike «medvirkere», som regissører, repetitører, sminkører og lydteknikere kan få vern etter § 42, men kommer til at bestemmelsen ikke kan gi vern for «andre enn de som selv opptrer», unntatt de medvirkere som er konkret nevnt i lovens forarbeider, nemlig dirigenter og teaterregissører (s. 144). Kapitlet avsluttes med et særlig avsnitt om teaterregi, som åndsverklovens over 50 år gamle forarbeider forutsatte at ofte ikke ville tilfredsstille kravet til verkshøyde, og derfor burde gis vern som utøverprestasjon. Forfatteren argumenterer etter mitt skjønn godt for at med den utvikling teaterregi har hatt, vil det i dag som oftest tilfredsstille kravet om verkshøyde og dermed måtte gis opphavsrett. Hun viser også at teaterregissører har et legitimt behov for vern mot etterligninger som opphavsretten, men ikke utøververnet, kan gi.

I *del III* kommer så forfatterens store diskusjon om utøvende kunstners prestasjoner kan beskyttes som åndsverk. Forfatteren gjør først rede for at det har vært praktisert et «unntak» fra åndsverkvernet for utøvende kunstners prestasjoner, fordi man ikke har ansett disse som «åndsverk», uavhengig av om de skulle fylle de vanlige krav til «verkshøyde» eller ikke. Forfatteren presenterer det rettskildemessige grunnlag for unntaket, og begrunnelsene som er gitt for det.

I kapittel 8 går forfatteren gjennom kravet til verkshøyde i opphavsretten i dag, først og fremst slik det fremgår av EU-domstolens avgjørelser C-5/08 *Infopaq*, C-403/08 og 429/08 *Premier League*, C-393/09 *BSA* og C-145/10 *Painer*. Hun er klar på at de krav EU-domstolen stiller om at den angivelige opphavsmann må ha foretatt «frie og kreative valg» og gitt verket et personlig preg, vil være oppfylt for utøverprestasjonene. Jeg er enig i at en utøver i sin fortolkning kan gi uttrykk for en kreativitet som i utgangspunktet tilfredsstiller

EU-rettens krav til verkshøyde, selv om jeg nok synes Irina Eidsvold Tøien gir uttrykk for at kravet er lavere enn dommene gir dekning for. Slik jeg forstår henne, mener hun at kravet til verkshøyde vil være tilfredsstillt så lenge «det foreligger valgfrihet for uttrykket» (s. 175). Dét mener jeg er å gå for langt: Dommene krever faktisk, slik jeg leser dem, at de valg som den som hevder å være opphavsmann har foretatt når han har begått et angivelig verk, må være «kreative» (se for eksempel *Painer* premiss 89). Selv om han hadde stor valgfrihet for uttrykket, og *kunne* vist sin kreativitet i valg av uttrykksform, blir han ingen verksskaper dersom valget han til slutt foretar, er uoriginalt.

I kapittel 9 går Eidsvold Tøien så inn på de reelle hensyn som kan tale for og imot å holde fast ved praksisen om å holde de utøvende kunstnere utenfor åndsverkvernet, selv om de er skapende. Ikke overraskende kommer hun til at de reelle hensyn som skulle tale for å opprettholde denne ordningen, ikke er vektige nok. Her skal jeg bare kommentere én av hennes drøftelser, nemlig drøftelsen av argumentet om at opphavsrett for utøvende kunstnere vil belegge kulturfeltet med så mange rettigheter at det blir en hemsko på den kulturelle utviklingen. Selv om jeg er enig med forfatteren i at spekteret for mulige fortolkninger fortsatt vil være stort, er dette etter mitt syn et argument med atskillig vekt. Tatt i betraktning hvor mange fremføringer som skjer og hvor mange utøvere som kan være involvert i dem, må det bli en betydelig økning i utnyttelsesformer som faller inn under én eller flere eneretter dersom en vesentlig del av disse utøverne skal få vern ikke bare mot at andre uten tillatelse bruker opptak av deres prestasjoner, men også mot at prestasjonene etterlignes. Irina Eidsvold Tøien mener dette ikke er noen avgjørende innvending, mye fordi opphavsretten – i forbindelse med saker om ulike bearbeidelser – allerede må håndtere utfordringene med å skille ulike verk i en produksjon fra hverandre. Hun viser også til at effektiv kollektiv klarering kan håndtere mange av disse problemene. Etter mitt syn er dette å ta litt for lett på problemet. At opphavsretten allerede kjenner problemet med å håndtere flere verk i en prestasjon, er ikke noe godt argument for å gjøre problemet større. Og kollektiv forvaltning reiser i seg selv mange spørsmål som ikke er lette å løse.

Irina Eidsvold Tøiens konklusjon er som nevnt at de utøvende kunstnere bør få vern som opphavsmenn om deres prestasjon tilfredsstiller det alminnelige krav til verkshøyde. Det er en konklusjon hun trekker *de lege ferenda*, men også *de lege lata* stiller hun spørsmål om de utøvende kunstnere må sies å ha krav på slikt vern i dag, siden «de reelle hensynene som forelå for å oppstille et unntak, i stor grad er bortfalt» (s. 285). I spørsmålet om hva som gjelder de lege lata, mener jeg nok hun legger for liten vekt på etablert praksis som rettskilde. Jeg er nok heller ikke helt overbevist om at det de lege ferenda vil være hensiktsmessig å likestille de utøvende kunstnere med dem som i dag nyter vern som opphavsmenn. Irina Eidsvold Tøi-

ens bok er imidlertid en tankevekkende utfordring av vedtatte sannheter. Det er i det siste fra ulikt hold stilt spørsmål ved flere av opphavsrettens grunnbegreper og rettighetsstruktur, og det er grunn til spørre om ikke tiden er moden for radikal tenkning om hvordan opphavsretten bør struktureres i fremtiden. Irina Eidsvold Tøiens bok er et gjennomarbeidet og engasjerende innspill i den debatten.

Harald Irgens-Jensen

KONKURRANSRETT

Litteratur

Eirik Østerud: *Materielle kontrollvurderinger i konkurranseretten*, Universitetsforlaget 2016. 308 sider

Eirik Østeruds bok om kontrollvurderinger tar opp de situasjonene hvor vurderingen av hvem som har kontroll med et annet foretak har betydning for anvendelsen av de materielle konkurransereglene. Dette gjelder spørsmål som når flere juridiske enheter inngår i samme økonomiske enhet og dermed behandles som ett og samme foretak, når morselskaper er solidarisk ansvarlig for datterselskapers bøter, når det foreligger en endring i kontrollen som utløser meldeplikt under fusjonsreglene m.v. Boken dekker både konkurranseloven og EU-/EØS-regler. En slik behandling av likeartede konkurranse-rettslige vurderinger på tvers av de tre pilarene som utgjør konkurranseretten, dvs. forbud mot konkurransebegrensende samarbeid, forbud mot misbruk av dominerende stilling og fusjonskontroll, er viktig ikke bare for forståelsen av konkurranseretten, men avdekker også spenninger og kilder til inkonsistens som gir grunnlag for refleksjon. Boken bidrar imidlertid ikke bare til dette, men inneholder presise og relevante drøftelser av detaljspørsmål, samt meget rikholdige henvisninger. Boken retter seg altså både mot praktikere og forskere. Begge grupper vil finne mye av interesse.

Erling Hjelmeng

KONTRAKTSRETT

Tolking av standardvilkår. Skade på bygning valda av leigars bruk. Høgsterettsdom 29. juni 2016 (HR-2016-1447-A)

Leigaren av eit lokale vart ikkje halden ansvarleg for skade på bygningen som var valda av leigars bruk. Eit slikt skadebotansvar kunne ikkje byggjast på eit standardvilkår om ansvar for skade som «skyldes» leigaren. Mishald var ikkje gjort gjeldande.

Eit utleigebygg vart skadt for om lag ti millionar kroner i ein brann som oppstod ved gneistar frå ei maskin i leigarens lokale. Utleigarens forsikringssel-

skap kravde regress frå leigaren. Grunnlaget var ein klausul i standardvilkåra frå Huseiernes Landsforbund mfl., der det mellom anna heiter at leigaren «blir erstatningsansvarlig for all skade eller mangler som skyldes ham selv ...» (og ei rekkje andre personar).

Om bakgrunnsretten kan det kort seiast: Leigaren har etter husleigelova § 5-3 ei nærare fastsett plikt til å halde husrommet ved like. Vedlikehaldsplikta omfattar ikkje utbetring av hendeleg skade. Vidare har leigaren plikt til «å behandle husrommet med tilbørlig aktsomhet og for øvrig i samsvar med leieavtalen» (§ 5-1 andre ledd). Mishald av denne sistnemnde plikta kan føre til skade på eigedommen, i verste fall total-skade, og mishaldet kan føre til skadebotansvar etter § 5-8, som byggjer på det såkalla kontrollansvaret. Skade på husrommet med tilhøyrsløse blir rekna som direkte tap (fjerde ledd). Leigaren skal som hovudregel innrette verksemda si slik at det ikkje oppstår skade. Samtidig inneber tilvisinga i § 5-1 til «tilbørlig aktsomhet» at ein skade etter omstenda kan reknast som hendeleg. Med andre ord inneber ikkje all skade automatisk mishald. For tap som ikkje er følgje av mishald, gjeld vanlege skadebotreglar (§ 1-7).

I denne saka var det ikkje gjort gjeldande at brannen kom av mishald av leigarens plikter etter kontrakten (avsnitt 58), så rekkjevidda av mishaldsansvaret vart ikkje drøfta. Kontraktsklausulen var einaste grunnlaget.

Høgsterett har dei seinare åra stendig understreka at kontraktar mellom næringsdrivande skal tolkast «objektivt». Heilt klårt er det ikkje kva som ligg i dette.

For tolkinga av kontraktsvilkår gjeld det tre hovudreglar: 1) Har begge partane meint det same, er dette avgjerande, same kva ord partane har nytta. 2) Der ein part kjenner til – kanskje til og med *må* kjenne til – kva den andre parten meinte, skal den oppfatninga leggjast til grunn. 3) Elles er det avgjerande korleis kvar av partane med rette kunne oppfatte vilkåret (samtid formulert som eit spørsmål om korleis ein forstandig person med same kjennskap som partane til bakgrunnen for kontrakten ville oppfatte vilkåret). Det er denne siste regelen som normalt blir omtala som den «objektive».

Dei to første reglane – dei «subjektive» – gjeld òg for kontraktar mellom næringsdrivande. Meininga med å framheve at kontraktar mellom næringsdrivande skal tolkast «objektivt», kan vera å peike på at det skal mykje til før ein part blir høyrd med at partane hadde ei anna oppfatning enn den som følgjer av den tredje regelen (sjå særleg Rt. 2011 s. 1553 avsnitt 48). Forbod mot å føre prov for kva partane meinte, har vi likevel ikkje etter norsk rett. At *tredjepartar* ikkje alltid kan møtast med tolkingar etter dei to første reglane, er ei sak for seg som ikkje utan vidare påverkar rettsforholdet mellom kontraktspartane.

Dommen vi ser på no, har – saman med nokre andre nyare dommar – presisert utsegnene om «objektiv» tolking. Der orda åleine ikkje gjev klårt svar, må andre omstende trekkjast inn; det er ikkje noko «subjektivt» i dette. Føremålet med dei aktuelle vilkåra og «andre

reelle hensyn» er relevante (Rt. 2010 s. 961, referert i avsnitt 38 i vår sak). Det same gjeld for «systembe-traktninger» og samanhengen mellom kontrakts-dokumenta (Rt. 2012 s. 1729, referert i avsnitt 39 i vår sak. Desse synspunkta er òg viste til i Rt. 2014 s. 866 (nemnd i avsnitt 40 i vår sak).

Spørsmålet no var om «skyldes» i den nemnde klausulen var ei rein tilvising til årsak, slik at det ikkje var noko tilleggsvilkår om mishald. Førstevoterande meinte at ordet «skyldes» ikkje er eintydig, og at det iallfall i juridisk samanheng er «mer nærliggende og presise måter å uttrykke et årsakskrav på» (avsnitt 37). Det var på det reine at partane ikkje hadde ei sams oppfatning av forståinga av klausulen ved kontraktsinngåinga; «subjektiv» tolking vart det med andre ord ikkje tale om.

Forsikringsselskapet hevda at materiale utanom dokumentet i mindre grad enn elles kan trekkjast inn i tolkinga av standardkontraktar. Førstevoterande var ikkje samd i det. Samanhengen i kontrakten må framleis telje med (avsnitt 43). Dessutan peikte han på at tilhøvet til bakgrunnsretten kan vera eit moment i tolkinga (avsnitt 44). Førearbeid til standardvilkår kan òg trekkjast inn, meinte førstevoterande, med tilvising til rettspraksis og litteratur (avsnitt 45). Konkret var det her historikken for standardvilkåra og samanhengen med tilsvarande formuleringar i tidlegare husleigelov som vart løfta fram som moment. Lovregelen som nok hadde vore mønster for kontrakten, var ein regel om mishald. Bakgrunnsretten i form av no gjeldande husleigelov § 5-8 (sjå ovanfor) trekte òg i retning av at ansvaret ikkje var reint objektivt (avsnitt 57). Dermed vart konklusjonen at leigaren ikkje var ansvarleg.

Dommen gjev eit velkome tilskot til praksisen om kontraktstolking. Om ei hending som dette kunne ha vore rekna som mishald, vart ikkje avgjort, så det får vi heller høyre om ein annan gong.

Kåre Lilleholt

SELSKAPSRETT

Forslag til endringer i aksjelovgivningen – Aksjelovgivning for økt verdiskaping (NOU 2016:22)

Bakgrunn

Den 22. januar 2016 ble det ved kongelig resolusjon oppnevnt et aksjelovsutvalg for å evaluere aksjeloven og allmennaksjeloven med formålet «å forenkle aksjelovgivningen med tanke på å lette de økonomiske og administrative byrdene for næringslivet der dette gavner samfunnets samlede verdiskaping», samt å evaluere de endringene i aksjelovgivningen som trådte i kraft 1. juli 2013. Utvalget ble ledet av professor dr. juris Tore Bråthen og fremla sin utredning til Nærings- og fiskeridepartementet den 21. oktober 2016.

Forslagene tar særlig sikte på de små og mellomstore aksjeselskapene, men det er også foreslått endringer

i allmennaksjeloven. Utredningen viderefører således forenklingsarbeidet av aksjelovene som har pågått de siste årene (se blant annet Knudsen-utredning av 11. januar 2011, Prop. 148 L av 2. september 2011 og Prop 111L av 5. april 2013).

Under følger en kort oversikt over noen av de viktigste foreslåtte endringene.

Kapitalreglene

Aksjekapital

Utvalget foreslår å redusere minstekravet til aksjekapital til NOK 1. Utvalget er av den oppfatning at minstekravet til aksjekapital ikke har noen betydning for selskapets kreditorer og at minstekravet ikke har noen betydning i kampen mot økonomisk kriminalitet. Utvalget kan heller ikke se at kravet om minste aksjekapital fungerer som en form for «seriøsitetssperre».

Det vises også til at flere land i Europa har redusert kravet til minste aksjekapital til EUR 1. Forslaget om redusert aksjekapital omfatter kun aksjeselskap, for allmennaksjeselskap foreslås det ingen reduksjon i kravet til minste aksjekapital.

Åpningsbalanse

I lovendringen LOV-2013-06-14-40 ble plikten til å utarbeide åpningsbalanse ved kontantinnskudd fjernet. Utvalget foreslår å fjerne plikten til utarbeidelse av åpningsbalanse ved stiftelse av selskap ved tingsinnskudd, fusjon, fisjon og omdanning av aksjeselskap til allmennaksjeselskap (jf. aksjelovene § 2-8 (1)). Dette er også i samsvar med Regnskapslovutvalgets forslag i NOU 2016:11.

Utvalget viser til at nytten av åpningsbalanser er liten da informasjonen vil fremgå av andre kilder. Det foreslås at endringen skal gjelde både for aksjeselskap og allmennaksjeselskap.

Ny regel vedrørende redegjørelse ved kapitalforhøyelse hvor aksjeinnskuddet gjøres opp ved motregning

Utvalget foreslår en ny regel vedrørende aksjeinnskudd som gjøres opp ved motregning. Bakgrunnen for forslaget er at kravene til redegjørelse etter aksjelovene § 2-6 ikke er spesielt tilpasset gjeldskonvertering. Utvalgets forslag skal kun gjelde motregning som foretas i forbindelse med kapitalforhøyelse (ikke ved stiftelse) og foreslås derfor tatt inn i kapittel 10. En redegjørelse etter den nye bestemmelsen skal inneholde (1) en beskrivelse og identifikasjon av gjelden med angivelse av pålydende verdi, (2) erklæring om at gjelden er reell og tilsvarer pålydende verdi av gjelden og (3) en erklæring om selskapet er kreditor og avtalemotparten er debitor. Det må antas at det er en skrivefeil i punkt 3 og at korrekt ordlyd skal være at selskapet er debitor.

Dersom gjelden har sitt opphav i en avtale med nærstående (etter § 3-8) skal redegjørelsen i tillegg inneholde opplysninger etter reglene i § 2-6 første ledd. Revisor skal bekrefte redegjørelsen etter at motregningen er gjennomført som en del av bekreftelsen på at innskuddet er mottatt. Forslaget gjelder kun for aksjeselskap.

Avtaler mellom selskapet og nærstående (aksjelovene § 3-8)

Utvalget foreslår viktige endringer i bestemmelsene om avtaler mellom selskapet og nærstående. Det foreslås endringer både i aksjeloven og allmennaksjeloven da utvalget er av den oppfatning av at eksisterende bestemmelse ikke er særlig velegnet til å beskytte aksjonær- og kreditorinteresser utover det som allerede følger av andre bestemmelser i loven.

Aksjeloven

Utvalget foreslår å erstatte den nåværende gyldighetsregelen i aksjeloven § 3-8 med en bestemmelse om meldeplikt. Bestemmelsen omfatter avtaler med den samme personkrets som var omfattet av eksisterende regel, dog slik at alternativet i 4. ledd om personer som «opptrer i forståelse med» personer i første ledd, ikke videreføres. Meldeplikten avgrenses til å gjelde avtaler med aksjonærer som eier mer enn 10 % av aksjene.

Informasjonen skal kun gis om vesentlige transaksjoner, og nedre grense settes til avtaler med verdi tilsvarende 2,5 % av selskapets balansesum. Det skal i alle tilfeller ikke kreves melding for transaksjoner under NOK 500 000. Det foreslås også unntak fra meldepliktsregelen som tilsvarer de eksisterende regler, men unntaket for vanlig virksomhet oppheves, det skal inntas et unntak for konserninterne transaksjoner hvor morselskapet eier mer enn 90 % av aksjene i datterselskapet, samt avtaler som omfattes av § 8-7 tredje ledd første punktum nr. 2 og 3.

Ugyldighetsregelen oppheves, men utvalget noterer at vanlige ansvarsregler kommer inn ved brudd på informasjonsplikten.

Allmennaksjeloven

For allmennaksjeloven noterer utvalget at bestemmelsen må tilfredsstillende minimumskravene i Rdir. 2012/30/EU, men bør ikke inneholde strengere krav enn EU-direktivet. Utvalget foreslår derfor å endre § 3-8 til å kun komme til anvendelse på avtaler der selskapet erverver eiendeler fra stifter eller visse nærstående av stifter innen to år etter selskapet er stiftet. Bestemmelsen skal ikke komme til anvendelse der vederlaget utgjør mindre enn NOK 5 millioner eller 2,5 % eller mindre av selskapets samlede eiendeler etter sist fastsatte balanse.

Med denne innsnevringen har ikke allmennaksjeloven noen generell regel som sikrer åpenhet om transaksjoner med nærstående, og utvalget foreslår derfor en tilsvarende regel som foreslått i aksjeloven § 3-8 i allmennaksjeloven § 3-8a. Terskelverdien for transaksjonsverdien skal settes til det høyeste av NOK 5 millioner eller 2,5 % av selskapets balansesum.

Styrets handleplikt

Utvalget foreslår å fjerne styrets handleplikt som inntre dersom selskapets egenkapital må antas å være mindre enn halvparten av aksjekapitalen (§ 3-5 første ledd annen setning). Styrets handleplikt dersom egenkapitalen ikke

er forsvarlig opprettholdes. Det foreslås videre regler som pålegger styret å vedta en handlingsplan samt å ta stilling til hvorvidt generalforsamlingens medvirkning er nødvendig. I det tilfellet generalforsamlingen ikke innkalles skal aksjonærene informeres om styrets tiltak.

Elektroniske løsninger

Utvalget foreslår en rekke løsninger som skal sikre at teknologiske løsninger som kan være kostnadseffektive kan benyttes, og at aksjelovene skal bli «teknologinøytrale» slik at videre teknologisk utvikling ikke forutsetter nye regelendringer. Løsningene som foreslås er blant annet at generalforsamlingsinnkallinger og andre meldinger til aksjonærer kan sendes per e-post, at protokoller skal kunne utarbeides og oppbevares elektronisk, elektronisk deltakelse på generalforsamlinger, forhåndsstemming mm.

Andre viktige endringer

Adgang for finansinstitusjoner og advokater til å bekræfte mottak av aksjeinnskudd, og unntak fra krav om bekreftelse ved aksjeinnskudd på NOK 100 000 eller mindre.

Fjerning av flere krav om attestasjoner fra revisor, herunder ved kapitalnedsettelse.

Adgang til fravalg av revisjon for morselskap i konsern hvis vilkårene oppfylles for det samlede konsernet.

Styremedlemmer som er valgt av generalforsamlingen velges på ubestemt tid inntil de selv ønsker å fratre eller blir erstattet ved generalforsamlingens beslutning.

Opphevelse av kravet om at fullmakt til utdeling av utbytte må registreres i Foretaksregisteret.

Utredningen vil bli sendt på høring, og det er forventet at lovforslaget vil bli fremmet for Stortinget i løpet av 2017.

Erlend Eriksen Gjein

Forslag til ny stiftelseslov (NOU 2016:21)

Bakgrunn

Den 5. februar 2016 ble det ved kongelig resolusjon oppnevnt et offentlig utvalg for å evaluere stiftelsesloven. Bakgrunnen for ønsket om evalueringen var regjeringens ønske om å «styrke den private finansieringen av kulturlivet gjennom for eksempel gaveforsterkningsordninger og bedre tilrettelegging for private fond og stiftelser» (politisk plattform for Regjering Solberg, 7. oktober 2013). Dette er også fulgt opp i Prop. 1 S (2014-2015) hvor det fremkommer at «Regjeringen legger vekt [på] at regelverket på stiftelsesfeltet i størst mulig grad bidrar til å fremme stiftelsesformen, og vil vurdere om gjeldende regler gir hensiktsmessige rammevilkår for norske stiftelser eller om det er nødvendig å foreta endringer». De siste årene har utviklingen gått i retning av flere store og færre små stiftelser og tallet på stiftelser med en betydelig egenkapital har økt. Utvalget noterer at de har lagt vekt på dette når det gjelder reglene om stiftelsenes formålsrealisering, kapitalforvaltning og styrets ansvar for dette.

Utvalget ble ledet av advokat Gudmund Knudsen og fremla sin utredning til Nærings- og fiskeridepartementet den 21. oktober 2016. Under følger en kort oversikt over noen av de viktigste foreslåtte endringene.

Skillet mellom næringsdrivende stiftelser og alminnelige stiftelser foreslås fjernet

Utvalget mener det ikke er behov for å ha «næringsdrivende stiftelser» som en egen kategori og dette er derfor ikke videreført i det nye lovforslaget. Endringen vil ikke medføre en begrensning på stiftelsers adgang til å drive næringsvirksomhet. Utvalget bemerker at «der en lovbestemmelse bare skal gjelde for stiftelser som driver næringsvirksomhet, kan dette angis direkte i den aktuelle lovbestemmelsen».

Utvalget bemerker også at forslaget til endring ikke vil ha betydning for vurderingen om en stiftelse er skattepliktig da dette må avgjøres etter skattelovens bestemmelser, og heller ikke avgjørende for om stiftelsen skal registreres i Foretaksregisteret da dette må avgjøres etter foretaksregisterlovens bestemmelser.

Finans- og sparebankstiftelser

Utvalget ønsker å videreføre definisjonen av hva en stiftelse er, og det foreslår ingen endringer i særreglene for finans- og sparebankstiftelse i finansforetaksloven. Utvalget foreslår at det foretas en gjennomgang av regelverket for finans- og sparebankstiftelser, særlig med tanke på reglene i finansforetaksloven. Et slikt arbeid vil gå utenfor rammen for utvalgets arbeid, men utvalget foreslår en henvisning i stiftelsesloven til finansforetaksloven som en spesiallov for finans- og sparebankstiftelser for å markere at bestemmelsene i stiftelsesloven på enkelte områder også vil omfatte disse.

Videreføring av Stiftelsestilsynet og Stiftelsesregisteret

Utvalget presiserer at det er viktig at Stiftelsesregisteret er et eget register og at registeret blir ført av Stiftelsestilsynet. Utvalget noterer at søkeverktøyene i registeret er gode og bidrar til åpenhet rundt stiftelsene. Utvalget foreslår en lovendring for å klargjøre ansvarsfordelingen mellom Enhetsregisteret og Stiftelsesregisteret.

Teknologinøytralitet

Utvalget foreslår å endre loven slik at det blir mulig å opprette stiftelsesdokumentet og vedtektene elektronisk. I tillegg foreslår utvalget å muliggjøre elektronisk signatur på styreprotokoller og andre dokumenter.

Stiftelsens kapital

Utvalget mener at loven bør opprettholde det eksisterende minstekravet til grunnkapitalens størrelse for opprettelse av stiftelser, og at dette minstekravet skal gjelde alle stiftelser.

Utvalget foreslår å endre definisjonen av begrepet «grunnkapital» til den kapitalen stiftelsen blir tilført ved opprettelsen, slik at grunnkapitalen som regn-

skapsmessig balansepost står fast. Det vil innebære at grunnkapitalen ikke kan endres (forhøyes eller nedsettes) etter opprettelsen av stiftelsen.

Kapitalforvaltning og styrets handleplikt

Utvalget har kommet til at det ikke bør gjelde bestemte plasseringsregler for stiftelser, i likhet med lovutvalget til stiftelsesloven av 2001. Utvalget foreslår heller ikke at det utarbeides en anbefaling for stiftelsers kapitalplassering.

I stedet har utvalget foreslått at det innføres et krav om at styret har ansvaret for å utarbeide en plan for stiftelsens kapitalforvaltning. Planen skal vurderes og om nødvendig justeres av styret minst én gang i året, og styret skal i årsberetningen bekrefte at en slik plan er utarbeidet og fulgt. Utvalget foreslår momenter som bør vurderes i styrets plan, og forslaget bidrar til å klargjøre det generelle kravet til forsvarlig kapitalforvaltning som er gjeldende rett.

Utvalget foreslår også en bestemmelse om at risikoen ved stiftelsens kapitalforvaltning og øvrige virksomhet skal i stå i et forsvarlig forhold til stiftelsens egenkapital. Det foreslås også en handleplikt for styret ved tap av stiftelsens egenkapital.

Stiftelsers organisasjon og styremedlemmer

Utvalget foreslår ikke omfattende endringer i reglene om stiftelsers organisasjon, men foreslår enkelte bestemmelser for å presisere styrets oppgaver og ansvar. Utvalget foreslår i samsvar med det tidligere stiftelseslovutvalget i NOU 1998:7 at alle stiftelser skal ha minst tre styremedlemmer, og utvalget foreslår også at minst to av styremedlemmene skal være uavhengig av oppretteren og den som har skutt inn grunnkapitalen til stiftelsen.

Utvalget foreslår en generell bestemmelse som rammer misbruk av posisjon i stiftelsen. Bestemmelsen vil være en myndighetsmisbruksregel rettet mot styremedlem, daglig leder eller medlem av annet organ i stiftelsen. I tillegg foreslår utvalget en bestemmelse om avtaler mellom stiftelsen og nærstående (styremedlemmer, daglig leder, medlemmer av andre organ i stiftelsen og deres nærstående). Slike avtaler må være skriftlig og behandles av styret for å være bindende for stiftelsen. Det skal være et generelt unntak for avtaler som er av «uvesentlig betydning for stiftelsen og for forretningsavtaler som inngår i stiftelsens vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler.»

Gjennomføringen av stiftelsens formål og utdelinger

Utvalget foreslår at det lovfestes en plikt for styret til å utarbeide en plan for hvordan stiftelsens formål skal gjennomføres. Styret skal minst én gang i året behandle planen og vurdere behov for å endre den. I årsberetningen skal det opplyses om en slik plan er vedtatt og om det er foretatt en årlig vurdering av denne.

Utvalget foreslår at det skal være mulig for styret å delegerede vedtaksmyndigheten i utdelingssaker til daglig leder. Bakgrunnen for dette er å gjøre saksbehandlingen for utdelinger mer smidig. En slik fullmakt skal

vedtas av styret og kan ikke gjelde for mer enn ett år av gangen. I tillegg skal fullmakten angi den totale rammen for årlige utdelinger daglig leder kan foreta og verdien av hver enkelt utdeling eller et øvre beløp for disse. Utdelinger av uvanlig art eller stor betydning for stiftelsen skal alltid vedtas av styret.

Andre endringer

Utvalget foreslår å videreføre regnskaps- og revisjonsplikten. Utvalget foreslår i likhet med Regnskapslovutvalgets forslag at regnskapsreglene skal skille mellom stiftelser som driver næringsvirksomhet og andre stiftelser.

Utvalget foreslår å videreføre de materielle vilkårene for omdanning (vedtektsendringer, sammenslåing mv.). Det foreslås endringer i saksbehandlingsreglene for å gjøre disse enklere. Mindre vedtektsendringer skal ikke kreve godkjenning fra Stiftelsestilsynet.

Utvalget foreslår at myndigheten til å beslutte granskning og oppnevning av granskere flyttes til tingretten (fra Stiftelsestilsynet).

Utredningen er sendt på høring, og det er forventet at lovforslaget vil bli fremmet for Stortinget i løpet av 2017.

Erlend Eriksen Gjein

Litteratur

Anders H. Liland: *Fusjon og fisjon av selskaper*, Universitetsforlaget 2016. 670 sider

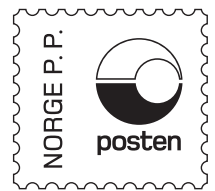
Fusjon og fisjon av selskaper er skrevet av Anders H. Liland, som også tidligere har vært involvert i bokprosjekter knyttet til samme emne. Boken behandler først og fremst selskapsrettslige, skatterettslige, avgiftsrettslige og regnskapsrettslige regler som får anvendelse ved sammenslåing og deling av selskaper. Vi får også en god oversikt over andre regelverk som kommer til anvendelse, herunder konsesjonsregler, konkurranserettslige og arbeidsrettslige regler.

Liland behandler fusjon og fisjon av selskaper som er underlagt særlig regulering, som finansforetak, verdipapirfond og samvirkeforetak. Boken har også internasjonale elementer, som regler knyttet til stiftelse av SE-selskap og SCE-foretak ved fusjon og grenseoverskridende fusjoner og fisjoner. For øvrig er kildene i det vesentlige norske.

I boken behandles først og fremst selve fusjons- og fusionsprosessene, med utgangspunkt i de involverte selskapers rettsstilling. Det redegjøres imidlertid også for de konsekvenser fusjon og fisjon kan ha både for overdragende og overtakende selskaps medkontrahtenter, herunder rettsvernsspørsmål.

I bokens del II som omhandler de selskapsrettslige reglene, får vi en detaljert gjennomgang av de ulike stegene i fusjons- og fusionsprosessen. I denne delen gis både en redegjørelse for hvordan man faktisk bør gå frem for å oppfylle aksjelovens krav, og det foretas drøftelser av sentrale aksjerettslige problemstillinger.

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



I den skatterettslige delen (del III) behandles vilkårene for at en transaksjon godtas som skatterettslig fusjon og fisjon, samt en redegjørelse for hva skattemessig kontinuitet innebærer for involverte parter. Det gis også en detaljert oversikt over regler for avskjæring av skatteposisjoner og gjennomskjæring. Fremstillingen av avgiftsrettslige regler fokuserer på merverdiavgift, og i tillegg dokumentavgift og omregistreringsavgift. I den regnskapsrettslige delen (del V) redegjøres for de aktuelle regnskapsstandarter som får anvendelse ved fusjon og fisjon.

Boken inneholder detaljert behandling av sentrale rettsregler knyttet til fusjon og fisjon, men også av selve prosessene. Boken fremstår dermed som et svært nyttig verktøy for praktikere, både advokater, revisorer og offentlig ansatte. Den er tidvis så grundig, at den vil være til god hjelp i rettsprosesser knyttet til fisjon og fusjon. Boken vil også kunne være nyttig i undervisningsøyemed.

Margrethe Buskerud Christoffersen

Jukka Mähönen og Seppo Villa: *Aktiebolag I. Allmänna läror*, Talentum forlag 2016. 531 sider

Boken omhandler grunnleggende aksjeselskapsrettslige prinsipper, med utgangspunkt i finsk og svensk rett. Den er også svært aktuell for norske selskapsrettsjurister, da temaene som behandles i aller høyeste grad er relevante i norsk rett. Forfatterne foretar sjeldent grundige analyser av de hensyn aksjelover bygger på, og av interessekonflikter mellom ulike aktører tilknyttet aksjeselskaper. Boken er således et verdifullt bidrag for å øke forståelsen for aksjerettslige problemstillinger og ved tolkningen av de norske aksjelovene.

I boken behandles i del II prinsipper for tolkning av aksjerettslige kilder, både nasjonal lov og EU-rettslige

kilder. I del III analyseres aksjeselskapet og dets aktører ut fra en kontraktsrettslig vinkel, med utgangspunkt i teorien som omtales som avtalenettverksideen (Nexus of contracts). Teorien er basert på en tanke om at selskaper i realiteten er en samling av kontrakter mellom ulike parter som aksjeeiere, styremedlemmer, ansatte, kunder og leverandører. Forfatterne viser hvordan aksjeloven i et slikt perspektiv kan ses på som en standardavtale som parter som skal drive virksomhet kan benytte for å finne gode løsninger og spare transaksjonskostnader, dog med noen preseptoriske innslag. Også i norsk rett har selskapsretten utspring fra obligasjonsretten, og avtalenettverksideen kan være et pedagogisk verktøy for å analysere og løse interessekonflikter i relasjon til den norske aksjeloven. I del IV behandles en del av de hensyn aksjeloven er basert på, som aksjeeiers ansvarsbegrensning og kapitalbeskyttelsesbehovet. Del V er viet til agent-prinsippal problematikk, både mellom aksjeeiergrupper og mellom aksjeeiere og ledelsen i selskapet. I begge relasjoner behandles de lojalitetsforpliktelser som påhviler agent og prinsippal, herunder sanksjonene ved manglende overholdelse av slike forpliktelser.

Boken inngår i en serie om aksjeselskaper på tre bøker, som er utgitt på finsk, første utgave i 2006, tredje utgave i 2015. Det er bare denne første boken i serien som nå i 2016 er oversatt til svensk. Boken står imidlertid fint på egne ben, og den har et selvstendig innhold som kan leses uten at det er nødvendig å ha de andre to bøkene tilgjengelig.

Boken kan etter min oppfatning være et nyttig hjelpemiddel for både akademikere og praktikere med interesse for selskapsrettsfaget. Det gjelder både ved løsning av rettsspørsmål knyttet til tolkning av lov, vedtekter og andre avtaler, samt i avtaleforhandlinger. Boken anbefales!

Margrethe Buskerud Christoffersen

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 (2017) på *Nytt i privatretten* koster kr 650,-. Studentabonnement koster kr 325,-. 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 februar 2017.