



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Omfanget av likebehandlingsprinsippet for innleide fra vikarbyråer – HR-2018-1037-A

En arbeidstaker var utleid fra Manpower A/S til Statens vegvesen, med arbeidssted Tønsberg trafikkstasjon. Enkelte dager var imidlertid arbeidsstedet lagt til Larvik. De ansatte i Statens vegvesen med arbeidssted Tønsberg fikk i slike tilfeller utbetalt en egen reisetidsgodtgjørelse. Manpower nektet å betale en tilsvarende ytelse til arbeidstaker, ettersom en mente at dette falt utenfor begrepet «lønn» i dagjeldende tjenestemannslov § 3B første ledd bokstav f. Høyesterett fant at den aktuelle ytelsen falt inn under bestemmelsens lønnsbegrep.

Innhold nr. 3

Arbeidsrett	1
Arverett	7
Erstatningsrett	10
Fast eiendom	18
Immaterialrett	21
Internasjonal privatrett	22
Obligasjonsrett	23
Rettsøkonomi	23
Tingsrett	24

Tidligere tjenestemannslov § 3B var likelydende med arbeidsmiljøloven § 14-2a, som nå også er gjort gjeldende for innleide til staten, jf. statsansatteloven § 11 sjette ledd. Av bestemmelsene fulgte/følger at «[b]emanningsforetaket skal sørge for at utleid arbeidstaker minst sikres de vilkår som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstaker hadde vært ansatt hos innleier for å utføre samme arbeid» når det gjelder visse spesifiserte arbeidsvilkår, herunder «lønn og utgiftsdekning», bokstav f.

Bestemmelsene gjennomfører vikarbyrådirektivet (2008/104/EF) artikkel 5, med overskrift «Prinsippet om likebehandling». Direktivets likebehandlingskrav omfatter etter artikkel 5 nr. 1 «grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår(.)), noe som etter definisjonene i artikkel 3 nr. 1 blant annet omfatter «lønn», jf. bokstav f (ii). Videre heter det i artikkel 3 nr. 2 at direktivet ikke «berører ... nasjonal lovgivning når det gjelder definisjonen av lønn ...». Det vil da i utgangspunktet være opp til nasjonal lovgiver å presisere grensene for lønnsbegrepet, likevel slik at gjennomføringen ikke må stå i strid med annen EU-rett.

Kort oppsummert stod tvisten i saken om «lønn» i tjml. § 3Bs forstand skal oppfattes snevert, slik at det bare omfatter vederlag som er knyttet til faktisk arbeidet tid, eller om en – ut fra formålet om reell likebehandling – skal legge til grunn at også andre typer ytelser fra arbeidsgiver i forbindelse med arbeidsforholdet kan falle inn under lønnsbegrepet. Den aktuelle ytelsen, reisetidsgodtgjørelse, var ikke direkte knyttet til utførelse av arbeidsoppgaver. Den utgjorde imidlertid kompensasjon for en handling/aktivitet som var nødvendig for at arbeidstaker skulle kunne levere arbeidsytelsen.

I dommen viser Høyesterett til at det ikke foreligger noe enhetlig lønnsbegrep i norsk rett. Den norske bestemmelsens ordlyd gir derfor liten veiledning, men kan forstås slik at den også omfatter en ytelse som den aktuelle. Den sentrale kilden til forståelse av begrepet er forarbeidene, særlig Prop.74 L (2011–2012). Høyesterett viser til departementets utgangspunkt om at «alt vederlag for arbeid» skal omfattes av begrepet, og til at en del praktisk viktige ytelser ble behandlet i proposisjonen. Selv om denne gjennomgangen er

detaljert, oppfatter Høyesterett den ikke som en «uttømmende angivelse av hva som skal omfattes».

Eksempelene viser imidlertid at «regelen er ment å omfatte mer enn rent vederlag for arbeid». Høyesterett legger til grunn at formålet om reell likebehandling har vært styrende for avgrensningen og at «departementet derfor ønsket et *vidt* anvendelsesområde». Senere presiseres dette til at «forarbeidene legger opp til et *relativt vidt* anvendelsesområde, med reell likebehandling som siktemål». Det vises til at reisetidsgodtgjørelse er en ytelse som ligger nokså tett opp til eksemplene som er nevnt i forarbeidene og at det er sannsynlig at lovgiver ville ha inkludert denne type ytelser om det hadde vært tatt opp. Det er heller ikke praktiske vanskeligheter forbundet med å la regelen omfatte reisetidsgodtgjørelse. Høyesterett trekker så fram formålet om reell likebehandling, og legger til grunn at arbeidstaker ellers ville fått mindre utbetalt for samme arbeid enn de «fast» (dvs. direkte) ansatte. Endelig vises til at fordi arbeidstaker heller ikke kunne avspasere reisetiden, fikk han enten lengre arbeidstid eller mindre betalt enn dem som fikk reisetiden godtgjort i penger.

Høyesterett legger altså her opp til en formålsbasert tolkning av likebehandlingsprinsippet, i tråd med det som ble uttalt som et obiter dictum i Rt. 2013 s. 258 STX (avsnitt 145–148). Resonnementet er at dersom lønnsbegrepet ikke omfatter en bestemt type ytelser, vil formålet om reell likebehandling ikke være oppfylt. Samtidig tar man direkte avstand fra vikarbyråets anførsel om at bare ytelser som er knyttet opp mot arbeidstiden, omfattes. Dommen slår fast at lønnsbegrepet er bredere enn vederlag knyttet til faktisk arbeidet tid.

I juridisk teori har det vært uenighet om ytelser fra arbeidsgiver under sykefravær og permisjoner omfattes av lønnsbegrepet i aml. § 14-12a, hvor innleiers tariffavtale gir slike rettigheter til en tilsvarende ansatt hos innleier. Dette kan for eksempel dreie seg om lønn under omsorgspermisjon i forbindelse med fødsel eller om full lønn under sykdom. Til tross for at spørsmålet kan ha stor praktisk betydning, er det ikke tatt direkte stilling til denne type ytelser i forarbeidene til gjennomføringsloven. Den mest utbredte holdning i litteraturen synes å være at slike ytelser faller utenfor. Her henvises ofte til forarbeidenes fokus på «vederlag for arbeid». Denne rettsoppfatningen ble også lagt til grunn i en dom fra Oslo tingrett fra 2017, (TOSLO-2016-15486–TOSLO-2015-34731), hvor to arbeidstakere ikke fikk medhold i sine krav om lønn under en to ukers omsorgspermisjon («pappapermisjon») i forbindelse med fødsel.

Høyesterett har nå avgjort at det ikke er noe vilkår for å omfattes av begrepet «lønn» at ytelsen er direkte knyttet opp mot arbeidstakers arbeidstid. Men man har ikke tatt eksplisitt stilling til om det er et vilkår at ytelsen på annen måte knytter seg til gjennomføringen av arbeidsoppdraget.

Hensynet til reell likebehandling – som Høyesterett her bygger på – tilsier at også ytelser under sykdom og permisjoner omfattes. Er det avtalt et oppdrag med en bestemt varighet, vil arbeidstaker ha en berettiget forventning om at hun innenfor den avtalte oppdrags-tiden skal behandles på lik linje med en tilsvarende direkteansatt, også ved fravær. Andre deler av Høyesteretts begrunnelse lar seg ikke så lett overføre. Det er usikkert om Arbeidsdepartementet – dersom en hadde vurdert denne type ytelser – ville ha tatt det standpunkt at de falt innenfor lønnsbegrepet. Snarere enn en forglemmelse synes det her å foreligge en bevisst utelatelse av å ta stilling til et vanskelig dilemma. Reisetidsgodtgjørelse «likner» også mer på ytelser som ifølge forarbeidene faller inn under likebehandlingsbestemmelsens lønnsbegrep, ettersom det knytter seg til en handling arbeidstaker foretar i arbeidsgivers interesse. Høyesteretts prinsipielle tilnærming til problemstillingen kan likevel få betydning også utover denne konkrete typen godtgjørelse.

Tine Eidsvaag, førsteamanuensis, UiB

Beviskrav til oppsigelse av gravid arbeidstaker – HR-2018-1189-A

En gravid arbeidstaker var blitt oppsagt med henvisning til bedriftens nedbemanningsbehov. Oppsigelse under graviditet skal etter arbeidsmiljøloven § 15-9 anses å ha sin grunn i dette forholdet dersom ikke annet gjøres «overveiende sannsynlig». Høyesterett tolket dette som et krav om «klar sannsynlighetsovervekt». Bedriften hadde ikke oppfylt dette beviskravet og lagmannsrettens frifinnende dom ble opphevet.

Arbeidstaker, som hadde en mastergrad innenfor ledelse og markedsføring, var ansatt ved et kurs- og kompetansesenter for opplæring innenfor informasjons- og kommunikasjonsteknologi. Hun ble gravid og etter hvert delvis sykmeldt som følge av svangerskapsplager. Under graviditeten ble hun oppsagt med henvisning til manglende økonomi i markedet hvor hun hadde sine arbeidsoppgaver. Hun reiste sak og hevdet at hun var blitt usaklig oppsagt og at den reelle begrunnelsen for oppsigelsen var graviditeten.

Saken reiser spørsmål om hva som skal til for at en oppsigelse av en gravid arbeidstaker skal være rettmessig, om kravene til bevisets styrke samt bevismidler, herunder betydningen av manglende drøftelse forut for oppsigelsen.

Med hensyn til det første spørsmålet viser Høyesterett til uttalelser i forarbeidene til den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977, som gjaldt den tilsvarende bestemmelsen om oppsigelse under sykefravær. En utleder at det må foreligge grunner som *helt uavhengig av svangerskapet* kan gi grunnlag for oppsigelse. (Tilsvarende er tidligere lagt til grunn i flere saker som har gjeldt oppsigelse under sykefravær, se sist Rt. 2011 s. 596 Hurtigruten.) Det er i utgangspunktet klart at bedrifts-

økonomiske forhold kan gi grunnlag for oppsigelse også av sykmeldte og gravide. Høyesteretts tilnærming innebærer at arbeidsgiver i slike tilfeller må bevise at alle vilkår for oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold foreligger, se gjeldende arbeidsmiljølov § 15-7 første og annet ledd. Herunder stilles krav om at arbeidsgiver vurderer om det finnes «annet passende arbeid» i virksomheten som kan tilbys arbeidstaker, avveier virksomhetens behov mot de ulemper arbeidstaker blir påført ved oppsigelsen, samt foretar en saklig utvelgelse ut fra en korrekt utvalgskrets.

Det mest sentrale punktet i dommen er hvilke krav som stilles til *bevisets styrke*. Utgangspunktet etter aml. § 15-9 første ledd er at dersom oppsigelsen skjer i «denne perioden», altså under arbeidstakers graviditet, må arbeidsgiver gjøre det «overveiende sannsynlig» at oppsigelsen ikke skyldes graviditeten. Høyesterett uttaler seg her om beviskrav i sivile saker generelt, og i arbeidsretten spesielt. En legger til grunn at et krav om «sannsynlighetsovervekt», altså mer enn 50 % sannsynlighet, er utgangspunktet etter det alminnelige oppsigelsesvernet i § 15-7 – med forbehold om at bevisbyrden kan være relativ etter oppsigelsesgrunnens karakter. (Et strengere beviskrav har i noen tilfeller vært lagt til grunn der avskjed/oppsigelse er begrunnet i særlig stigmatiserende forhold, se for eksempel Rt. 2014 s. 1161 om avskjed på grunn av påstått underslag.) Videre vises til bevisbestemmelsen i aml. § 13-8 som gjelder diskriminering: Dersom arbeidstaker framlegger opplysninger som gir «grunn til å tro» at diskriminering foreligger må arbeidsgiver «sannsynliggjøre» det motsatte. For arbeidsgiver stilles her krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Sammenhengen i loven tilsier da at «overveiende sannsynlig» i aml. § 15-9 er et sterkere krav enn «sannsynlighetsovervekt». Videre viser Høyesterett til uttalelser i forarbeidene til aml. 1977 og skipsarbeidsloven av 2013 om at det stilles «strengt»/«store» krav til arbeidsgivers beviser. Formålet om at arbeidstaker skal skånes mot prosesser i en krevende livssituasjon, trekkes også fram. Konklusjonen er at «overveiende sannsynlig» i bestemmelsens forstand innebærer et krav om «klar sannsynlighetsovervekt» for at oppsigelsen skyldes noe annet enn graviditeten.

Høyesterett tar forbehold om at begrepet «overveiende sannsynlig» med dette ikke er gitt et universelt innhold. Standpunktet begrenser seg til forståelsen etter «arbeidsmiljølovgivningens spesielle stillingsvernsregler». Dette må, foruten aml. § 15-9, også omfatte aml. § 15-8 om oppsigelse under sykmelding; § 15-10 om oppsigelse i forbindelse med militærtjeneste samt tilsvarende bestemmelser i skipsarbeidsloven §§ 5-7 til 5-9. Statsansatteloven § 21 gir arbeidsmiljøloven §§ 15-8 til 15-10 tilsvarende anvendelse.

Når det gjelder *bevismidler* tar Høyesterett her som i en rekke tidligere saker utgangspunkt i at «tidsnære bevis» vil være særlig viktige. Deretter drøftes mer konkret betydningen av at selskapet hadde annonsert

etter en selgende prosjektleder, hvor arbeidsområdet delvis kunne overlappe med arbeidstakers, at en selger ble leid inn, og at det ikke var framlagt dokumentasjon på at arbeidstakers forretningsområde skulle nedlegges. En trekker også fram forhold som taler *for* at den alternative årsaksfaktoren, altså graviditeten, har hatt innvirkning på avgjørelsen: Arbeidstakers graviditet var blitt et vanskelig tema mellom henne og selskapet.

Høyesterett tar også opp betydningen av manglende forhåndsdrøftelse etter § 15-1. Her går en inn på forarbeidsuttalelser om bakgrunnen for dette kravet. Det uttales at «[m]anglende [sic] drøfting er ifølge proposisjonen ikke et gyldighetsvilkår», men «ett av flere momenter ved vurderingen av om en oppsigelse er saklig begrunnet». I den konkrete saken kaster manglende drøfting etter Høyesteretts mening skygger over den påberopte oppsigelsesgrunnen, ved at bedriften mistet muligheten til å drøfte eventuelle tilpasninger av arbeidstakers arbeidsoppgaver i forbindelse med omstilling i virksomheten.

Høyesterett uttaler seg i dommen ikke eksplisitt om overprøvingsadgang eller overprøvingsintensitet, men går i realiteten inn på en intensiv prøving av om arbeidsgivers grunner til oppsigelse var reelle. For eksempel går en svært langt i å overprøve bedriftens talloppstillinger som skal vise at arbeidstakers «avdeling» gikk med underskudd. Det er mulig at den inngående prøvingen kan ses på som utslag av en mer generell trend når det gjelder overprøving av nedbemanningsoppsigelser (sml. HR-2018-880-A Linjebygg, og HR-2017-561-A Posten). Forholdet må imidlertid også ses i sammenheng med det høye beviskravet som ble stilt.

Tine Eidsvaag, førsteamanuensis, UiB

Når er reisetid arbeidstid? HR-2018-1036-A Reisetid og EFTA-domstolens uttalelse i sak E-19/16

Dommen har vakt stor oppmerksomhet. Det er allerede en debatt om forståelsen og betydningen av dommen, der synspunktene spriker betydelig. Høyesterett har selv gitt grobunn for uenigheten ved å forholde seg nokså passivt til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken.

Bakgrunnen for saken var en politimann som ble beordret til tre oppdrag med oppmøte på et *annet* sted enn sitt faste arbeidssted, og reisetiden til og fra oppmøtestedene lå utenfor alminnelig arbeidstid. Under reisene var politimannen innom det faste arbeidsstedet, kjørte tjenestebil med bevæpning og var i kontakt med Operasjonssentralen. Bare de delene av reisetiden der han utførte konkrete arbeidsoppgaver var akseptert som arbeidstid av arbeidsgiver. Tvisten gjaldt den resterende reisetiden og reiste to hovedspørsmål: Skulle reisetiden anses som arbeidstid etter arbeidsmiljøloven, og hvilken godtgjørelse hadde politimannen krav på for denne tiden?

Til det første spørsmålet hadde Høyesterett innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen om forståelsen av arbeidstidsbegrepet i EUs arbeidstidsdirektiv (2003/88/EF), som er gjennomført i arbeidsmiljøloven kapittel 10. EFTA-domstolen la klart til grunn at den omtvistede reisetiden i den foreliggende saken måtte regnes som arbeidstid etter direktivet. Høyesterett konkluderte i tråd med uttalelsen med at reisetiden var arbeidstid så langt det gjaldt de vernebestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10 som gjennomfører EUs arbeidstidsdirektiv. Høyesterett delte seg i spørsmålet om godtgjørelse. Konklusjonen ble under dissens (4-1) at reisene som sådan *ikke* ga rett til overtidsgodtgjørelse. Tariffavtalene som regulerte godtgjørelsen ble ikke ansett å bygge på lovens (og direktivets) arbeidstidsbegrep. Godtgjørelsen var i stedet differensiert ut fra om tiden var «ren» reisetid eller tid i *aktivt* arbeid.

Det er først og fremst Høyesteretts vurdering av det første spørsmålet som har prinsipiell interesse. Arbeidsmiljøloven definerer begrepet 'arbeidstid' i § 10-1 (1) som «den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver», og som en motsats til begrepet 'fritid', der arbeidstaker ikke står til disposisjon. Dette arbeidstidsbegrepet har vært forstått slik at arbeidstaker må stå til disposisjon for arbeidsgiver «for å utføre arbeidsoppgaver i henhold til arbeidsavtalen», jf. blant annet Rt. 2001 s. 418 *Kårstø*. Når det gjelder reisetid, har det tradisjonelle utgangspunktet vært at reisetid utenom alminnelig arbeidstid, normalt ikke er arbeidstid. Arbeidstidsdirektivet er imidlertid gjennomført i arbeidsmiljøloven kapittel 10, og direktivets arbeidstidsbegrep er autonomt. EU-domstolen har tolket begrepet vidt i lys av formålet om å ivareta arbeidstakers sikkerhet og helse. Det er slått fast at direktivet kun kjenner kategoriene 'arbeidstid' og 'hviletid', og at begrepene utelukker hverandre gjensidig. Ved den konkrete grensedragningen har domstolen benyttet en strukturert tilnærming, der den tar stilling til om tre nærmere bestemte elementer som kjenneretegner begrepet arbeidstid er til stede. Domstolen har ikke formulert noe utgangspunkt om at reisetid utenfor alminnelig arbeidstid normalt ikke er arbeidstid. En dom fra 2016, i sak C-266/14 *Tyco*, gjaldt nettopp spørsmålet om reisetid var arbeidstid, og der konkluderte EU-domstolen med at reisetid mellom bopel og dagens første og siste kunde var arbeidstid i direktivets forstand. Saken var imidlertid spesiell, blant annet fordi arbeidstakerne i saken *ikke* hadde et fast eller vanlig oppmøtested. Et underliggende spørsmål var derfor hvilken betydning utviklingen i EU-domstolens praksis ville få for tolkningen av arbeidstidsbegrepet i norsk rett. Mer konkret var det et sentralt spørsmål hvilken overføringsverdi avgjørelsen i *Tyco* hadde for den foreliggende saken, der arbeidstakeren hadde et fast oppmøtested, noe som også er det vanlige. Dette danner bakgrunnen for involveringen av EFTA-domstolen.

For Høyesterett krevet staten det første hovedspørsmålet avvist på grunn av manglende rettslig interesse. Staten anførte at kravet om at den omtvistede reisetiden «anses som arbeidstid» var for upresist til å være et rettskrav. Det ble videre hevdet at det ikke var et reelt behov for en avgjørelse idet staten, i etterkant av EFTA-domstolens uttalelse, hadde akseptert at politimannens reisetid var arbeidstid etter direktivet og de parallelle bestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Høyesterett viste blant annet til «et behov for en formalisert rettsavklaring» (avsnitt 43) og fremmet saken til behandling, riktignok med en viktig presisering. Kravet ble tolket slik at det ikke gjaldt tolkningen av arbeidstidsbegrepet i sin alminnelighet, men «rekkevidden av vernebestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10» (avsnitt 40). Førstvoterende understreket samtidig at en avgjørelse i politimannens favør «ikke er avgjørende for hva som skal anses som arbeidstid i andre sammenhenger, verken i tariffavtaler, i andre deler av arbeidsmiljøloven eller i lovgivningen for øvrig» (avsnitt 44).

Denne uttalelsen tydeliggjør det skillet mellom lovtolkningen (det første spørsmålet) og tariffavtaletolkningen (det andre spørsmålet) som dommen bygger på. At lov og tariffavtale ikke bygger på samme begrep om 'arbeidstid', er imidlertid verken nytt eller oppsiktsvekkende. Det er mange eksempler fra rettspraksis på at arbeidstidsbegrepet i en tariffavtale avgrenses på annen måte enn etter loven. Uttalelsen kan imidlertid også sees som opptakten til en forsiktig lovtolkning, som ledet til en omhyggelig avgrenset konklusjon: Reisetiden ble ansett som arbeidstid «etter de bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 10 som implementerer EUs arbeidstidsdirektiv» (avsnitt 66).

I lovtolkningen bygget Høyesterett i all hovedsak på EFTA-domstolens uttalelse. Førstvoterende refererte først de sentrale «norske» kildene og gjentok de tradisjonelle utgangspunktene i norsk rett, men uten at det brakte noen avklaring (avsnitt 46–52). Deretter ble direktivet og uttalelsen trukket inn, og det er uttalelsen som avgjorde Høyesteretts rettsanvendelse. Førstvoterende nøyde seg med å gjengi noen sentrale premisser i uttalelsen. Hun viste til at «både generelle og individuelle karakteristika ved de aktuelle reisene» var trukket frem (avsnitt 59), men ga ingen selvstendig vurdering, verken av enkeltpremisser eller av uttalelsen som helhet. Videre avsto hun uttrykkelig fra å vurdere rekkevidden av uttalelsen. Hun tok kun stilling til det partene allerede var enige om; at uttalelsen klart la til grunn at den omtvistede reisetiden var arbeidstid etter direktivet (avsnitt 62). Det forelå ingen særlige grunner til å fravike EFTA-domstolens tolkning av direktivet (avsnitt 64). Ettersom direktivets krav er forutsatt oppfylt ved vernebestemmelser i arbeidsmiljøloven kapittel 10, fulgte det da av presumsjonsprinsippet at disse vernebestemmelsene må tolkes på samme måte (avsnitt 65).

Man kan spekulere i om Høyesteretts uvillighet til å forholde seg til uttalelsen skyldes en skeptisk hold-

ning til innholdet. Paradokset er at Høyesterett ved sin «forsiktige» tilnærming ikke benytter anledningen til å påvirke tolkningen ved å tydeliggjøre sin forståelse av uttalelsen. Siden EFTA-domstolens uttalelse kan virke uklar, burde det være en viktig oppgave. Dette gjør det imidlertid naturlig – og nødvendig – å se nærmere på uttalelsen for å klargjøre hvilken lovtolkning Høyesterett legger til grunn.

EFTA-domstolen slo innledningsvis fast at grensdragningen mellom arbeidstid og hviletid beror på en konkret vurdering, og den avviste at bare aktivt arbeid kan regnes som arbeidstid (avsnitt 68). Vurderingen videre var på sedvanlig måte knyttet til de tre elementene i arbeidstidsbegrepet, og bygget gjennomgående på premisser fra *Tyco*.

Det første elementet er at arbeidstakeren må *utføre sine arbeidsoppgaver eller plikter innenfor rammen av sitt arbeidsforhold*. EFTA-domstolen fant at dette elementet var til stede fordi en reise til et annet pålagt oppmøtested er «en nødvendig og vesentlig forutsetning» for å oppfylle forpliktelsene i arbeidsforholdet (avsnitt 70). Uttalelsen er generell i sin form og prinsipielt begrunnet i hensynet til direktivets formål om beskyttelse av arbeidstakers sikkerhet og helse. Det skulle tilsi at uttalelsen har betydning ut over den foreliggende saken. Uttalelsen synes videre å danne et utgangspunkt for den konkrete vurderingen som kommer i fortsettelsen.

Det andre elementet er at arbeidstakeren i løpet av denne tiden må *stå til arbeidsgivers disposisjon*. Her gikk EFTA-domstolen nærmere inn på grensdragningen mellom arbeidstid og hviletid, først generelt og så i lys av de konkrete forholdene i saken. Siden politimannen var underlagt en rekke begrensninger under reisen, var også dette elementet til stede. Det er interessant å merke domstolens fokus på kjennetegnene ved hviletid; om arbeidstakeren «fritt og uavbrutt» kan beskjeftige seg med egne interesser. Det forsterker inntrykket av at domstolen først oppstilte et utgangspunkt (om at reiser som er en nødvendig og vesentlig forutsetning for å oppfylle forpliktelsene i arbeidsforholdet i utgangspunktet må anses som arbeidstid), som så ble nyansert (reisetiden er likevel ikke arbeidstid dersom den er effektiv som hviletid).

Det tredje elementet er at arbeidstakeren i løpet av denne tiden også må *arbeide*. Som nevnt var det fastslått innledningsvis at det ikke kreves aktivt arbeid. I foreleggelsen var det særskilt spurt om det hadde betydning hvor ofte arbeidsgiver pålegger et annet oppmøtested. EFTA-domstolen viste til at arbeidstaker ikke selv kan bestemme pendleavstanden ved pålegg om oppmøte på annet sted enn det faste arbeidsstedet (avsnitt 79). Det er «derfor uvesentlig» hvor ofte et annet sted angis, «med mindre virkningen er at arbeidstakerens arbeidssted flyttes til et nytt fast eller sedvanlig oppmøtested» (avsnitt 79). På den bakgrunn ble reisene ansett som «en integrert del av hans arbeid», og det tredje elementet ble ansett å være tilstede. Også

denne delen av vurderingen er generell og uten henvisning til de konkrete forholdene i saken.

EFTA-domstolens uttalelse er ikke helt klar, og man kunne ønsket seg en tydeligere begrunnelse for å legge premisser fra *Tyco* til grunn. Like fullt gir uttalelsen etter mitt syn viktig veiledning for når reisetid er arbeidstid, med betydning langt utover den konkrete saken. Det gjelder til tross for – eller kanskje heller på grunn av – Høyesteretts forsiktige tilnærming til lovtolkningen.

Det andre hovedspørsmålet – hvilken godtgjørelse reisetiden ga krav på – ble løst ved konvensjonell tariffavtaletolkning. Godtgjørelsen var regulert i fellesbestemmelsene i Hovedtariffavtalen i staten samt i en særavtale for politi- og lensmannsetaten. Med partenes frihet til å regulere godtgjørelse ved avtale, ble tariffreguleringen tolket på selvstendig grunnlag. Tariffreguleringen bygget *ikke* på arbeidsmiljølovens kategorier, men ble i stedet ansett for å sonde mellom «ren» reisetid og *aktiv* arbeid. Mens reisetid ga kompensasjon time for time, var det i utgangspunktet kun aktivt arbeid som utløste den forhøyede overtidsgodtgjørelsen.

Dissensen knyttet seg til den konkrete rettsanvendelsen. Flertallet mente reisetiden som sådan ikke ga rett til overtidsgodtgjørelse, fordi forflytningen var hovedformålet, og fordi mannen hadde den «sedvanlige fleksibilitet» under reisen (avsnitt 85). Dommer Kallerud mente derimot at forholdene under reisene ga dem en «ganske annen karakter» enn tjenestereiser flest, og uten den «sedvanlige fleksibiliteten» arbeidstakere på reise ellers har (avsnitt 123 og 124). (Det hører imidlertid med at særavtalen inneholdt en særhjemmel for overtidsgodtgjørelse for politi ved beordring *på fritiden* til oppdrag på annet tjenestested. Flertallet ga politimannen derfor rett til overtidsgodtgjørelse for det ene av oppdragene som ikke var lagt i tilknytning til alminnelig arbeidstid, men ikke for de øvrige.)

Det er viktig å poengtere at Høyesteretts tariffavtaletolkning kun er prejudisiell. Det er Arbeidsretten som har eksklusiv kompetanse til å avgjøre tolkningen av tariffavtaler. Det kan derfor gjerne bli omkamp, både om forståelsen av politiets særavtaler spesielt og av statens fellesbestemmelser generelt.

Dommen er uansett en illustrasjon på nyansene i et grunnleggende begrep, som EU/EØS-retten bidrar til å synliggjøre og forsterke. Begrepsforståelsen etter arbeidsmiljøloven og tariffavtale kan gjerne være forskjellig. Og selv om begrepet er legaldefinert i arbeidsmiljøloven, forutsetter Høyesterett at begrepsinnholdet innad i loven kan variere, ikke bare i ulike deler av loven, men også innad i arbeidstidsreglene. Den skarpe uenigheten om dommen er kanskje også et uttrykk for frustrasjon over de praktiske problemene dette skaper.

Marianne Jenum Hotvedt

Rett adressat for reservasjonserklæring ved virksomhetsoverdragelse, Arbeidsrettens dom 21. mars 2018 (AR-2018-6)

Målet handler om i hvilken utstrækning ett företag i samband med en virksomhetsövergång reserverat sig mot fortsatt tillämpning av överlåtarens (overdragerens) kollektivavtal (tariffavtale). Frågan är närmare bestämt vem som är rätt adressat för en sådan reservation.

Haugaland Bilberging overtok den 1 september 2016 en virksomhet från Stord Bilhjelp. Stord Bilhjelp var vid övergången bunden av den så kallade Godsbilavtalen, ett tariffavtal mellom å ena sidan Norsk Lastebileierforbund (NLF) och förbundets bundna medlemsforetak och på den andra sidan Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS) och Yrkestrafikkforbundet (YTF). Godsbilavtalen blev gjællende i mai 2016 efter att YTF hadde framstilt krav om att overenskommelsen skulle gøres gjællende (gjøres gjældende) i Stord Bilhjelp och att NLF bekræftet dette. NLF informerte i e-brev YTF om avtalet och bifogede dette.

I början på augusti 2016 møttes daglig leder i Haugaland Bilberging, daglig leder i Stord Bilhjelp och förtroendemannen (tillitsvalgt) for de ansatte i Stord Bilhjelp angående avtalet mellom foretaket om virksomhetsövergangen. Av møtesprotokollet framgår det blandt annet att reservationsretten i arbeidsmiljøloven § 16-3 blev gjennomgangen och att det var oklart for alle parter om det var truffat något tariffavtal. I slutet av september 2016 sende daglig leder i Haugaland Bilberging ett e-brev till förtroendemannen (tillitsvalgt). Härav framgick det att «Ny arbeidsgiver har ikke noen tilhørighet til noen arbeidsgiverorganisasjon og basert på dette vises det til arbeidsmiljølovens bestemmelser § 16-2 (2)» samt att Haugaland Bilberging «varsler herved jf aml § 16-2 (2) at bedriften ikke ønsker å bli bundet av tariffavtalen som forelå med tidligere arbeidsgiver». Efter en del e-brevskorrespondens och förhandlingsmøte tog YTF ut stämning mot Haugaland Bilberging, jf arbeidstvisteloven § 35. YTF menade att Haugaland Bilberging skulle vara bunden av Godsbilavtalen.

I korthet anförde YTF följande som stöd för sina krav. Stord Bilhjelp skulle ha varit bekant med tariffavtalsbundenheten vid övergången och vilka konsekvenser en sådan bundenhet för med sig. E-brevet där Haugaland Bilberging reserverade sig oppfyllede inte lagens krav på sådan reservation. En sådan reservation ska riktas till den fackforeningspart som har rådighet i tariffavtalsforholdet på arbeidstagersiden. Förtroendemannen (tillitsvalgt) hadde ingen legitimation att motta en sådan reservation med giltig verkan.

Haugaland Bilberging anförde att man ansåg det vara oklart om det forelå något for Stord Bilhjelp bindende tariffavtal och att man saknade «positiv kunnskap om at det forelå tariffavtale, herunder hvem

som eventuelt var tariffmotpart på overtakelsestidspunktet» (avsnitt 23 i dommen). Vidare anförde man att förtroendemannen (tillitsvalgt) var representant for den reelle fackforeningen. Oavsett, hävdade man vidare, var man i «aktsom god tro» når man sende reservationen till förtroendemannen (tillitsvalgt).

Arbeidsretten var oenig i om hur saken skulle bedømmes. Domstolens majoritet på fire domare ansåg att forværvaren Haugaland Bilberging blev bunden av Godsbilavtalet som overlåteren Stord Bilhjelp var bunden av ved overgangstidspunktet, medan en minoritet på tre domare ansåg det motsatte.

Majoriteten ansåg således att förtroendemannen (tillitsvalgt) i Stord Bilhjelp inte var rätt adressat. av dommen framgår det att Haugaland Bilberging inte kunde komme undan med att hevda att man inte hadde tilrækkelig kunnskap om det tariffavtal som Stord Bilhjelp var bunden av och framhøllt att kjøparen har en undersøkningsplikt avseende existensen av tariffavtal: «Generelt plikter overtagende selskap å skaffe seg tilstrekkelig oversikt over de forpliktelser som følger med en virksomhetsoverdragelse.» Man hadde, enligt Arbeidsretten, «all mulig foranledning til å undersøke nærmere hvorvidt Stord Bilhjelp AS var bundet av tariffavtale. Haugaland Bilberging AS må på denne bakgrunn bære risikoen for sin påståtte uvitenhet om tariffbindingen» (avsnitt 30). I fråga om hvem som skulle anses vara rätt adressat menade domstolen, med en henvisning till ARD-2008-189, att «Det avgjørende for hvem erklæring skal rettes til, må slik flertallet ser det være det nivå som har inngått den tariffavtale som man vil reservere seg fra. I vår sak var det YTF». Det var altså YTF, och inte den lokale avdelningen, som hadde rådighet over tariffavtalen som Stord Bilhjelp var bunden av. «Godsbilavtalen var fremforhandlet av YTF med NLF, og det var YTF som etablerte tariffavtaleforholdet på arbeidstakersiden ved det krav som ble fremsatt overfor NLF 6. mai 2016. Det var overfor YTF at NLF bekreftet avtaleforholdet for Stord Bilhjelp AS. Riktig adressat for reservasjonserklæring må på denne bakgrunn være YTF» (avsnitt 39) och alltså inte den lokale avdelningen. Arbeidsretten ansåg alltså att det var YTF som var rätt adressat når «det er 'de reelle forhold i tilknytning til utøvelsen av ulike sider ved rådigheten over tariffavtalen i forhandlinger og annen kontakt med arbeidsgiversiden, som er avgjørende for hvem som er rett adressat for den aktuelle typen erklæringer'» (avsnitt 39). Arbeidsretten fann heller inget stöd for att förtroendemannen (tillitsvalgt) skulle vara legitimerad att på YTFs vägnar ta emot reservationen från Haugaland Bilberging, och «noen berettiget forventning om at reservasjonserklæring kunne gis til den tillitsvalgte» ansåg Arbeidsretten Haugaland Bilberging inte kunne ha.

Minoriteten menade att förtroendemannen (tillitsvalgt) var rätt adressat. Poängen i argumentationen är att förtroendemannen (tillitsvalgt) skulle anses vara representant for den fackforening som var rätt adres-

sat och behörig att med bindande verkan för fackföreningen ta emot en reservation för tariffavtalsbundenhet. Minoriteten betonade det förhållandet att reservationer enligt «arbeidsmiljøloven § 16-2 skiller seg fra stiftelse og opphør av tariffrettslige reguleringer mellom de gjensidig tariffbundne ved at den nye arbeidsgiveren alene avgjør om en bestående tariffavtale ikke skal bli bindende som følge av virksomhetsoverdragelsen. Erklæringen er ikke avhengig av aksept fra motparten, og den det gjelder ikke en oppsigelsesfrist. Erklæringen skal virke fristavbrytende. Alminnelige tariffrettslige normer om tariffparters rådighet og medlemmers bundethet kan derfor ikke uten videre være avgjørende for kravene til en erklæring etter § 16-2» (avsnitt 45). Derfor skulle det finnas utrymme for legitimationsverkan når reservationen gjordes till förtroendemannen (tillitsvalgt) och att det gav en «rimelig forventning om at meldingen om tariffforholdet kan gis til den tillitsvalgte som representant for fagforeningens avdeling i virksomheten» (avsnitt 47). Att det tariffrettsliga förhållandet inte var klart för parterna vid förhandlingarna om verksamhetsövergången tillmättes också vikt. Det gav enligt minoriteten sammantaget Haugaland Bilberging «en berettiget forventning om at meldingen om reservasjon overfor en mulig tariffavtale kan gis til YTF-avdelingen i virksomheten. Mindretallet kan ikke se at det i dette tilfellet er grunn til å skille mellom melding til YTF eller melding til YTFs avdeling i virksomheten» (avsnitt 49).

Man kan tycka att det är märkligt att en köpare av ett företag inte på förhand förvissar sig om i vilken mån man binds av ett tariffavtal vid köpet. Utgångspunkten är ju att en säljare inte har (köprättslig) upplysningsplikt, men att köparen har en (köprättslig) undersökningsplikt. Risken för vad som köpts ligger hos köparen (*caveat emptor*). För att undvika negativa överraskningar genomför ofta köparen en företagsbesiktning av köpeobjektet (*due diligence*). Vid en sådan besiktning är det naturligt att undersöka i vilken mån man blir bunden av ett eventuellt befintligt tariffavtal. Den kollektivavtalsrättsliga utgångspunkten är att köparen som ny arbetsgivare blir bunden av säljarens, som tidigare arbetsgivare, tariffavtal. När köparen så ändå gör en reservation för att slippa tariffavtalsbundenhet, kan man undra varför man inte tar reda på vem som är rätt adressat. Även om också tariffavtalsjuridiken tar sin utgångspunkt i den allmänna avtalsrätten, gäller särskilda hänsyn och formkrav med alla dess syften (formål). Det är något som överlåtelseparterna måste förhålla sig till när det finns ett regelverk som avser att skydda arbetstagares rättigheter vid verksamhetsövergångar.

Bernard Johann Mulder

ARVERETT

Forslag til ny lov om arv og dødsboskifte – 1

Den 22. juni 2018 la Justisdepartementet frem forslag til ny lov om arv og dødsboskifte, Prop. 107 L (2017–2018). Den nye loven vil erstatte dagens arvelov og skiftelov. De delene av dagens skiftelov som omhandler felleseieskifte mellom ektefeller, vil flyttes over i et nytt kapittel 18 i ekteskapsloven.

I dette nummeret av *Nytt i privatretten* har Peter Hambro redegjort for den delen av lovforslaget som viderefører arveloven. Jeg vil her kort redegjøre for den delen av lovforslaget som viderefører skifterettslige regler. Det er bestemmelsene i lovforslagets tredje del om skifte av dødsbo, §§ 83 flg.

Lovgivningen om arv og skifte har aldri tidligere vært helt godt koordinert. Men tanken om en koordinert arve- og skiftelovgivning er gammel. Utvalget som utarbeidet utkastet til det som ble uskifteloven av 1851 og loven om forsvunne personer av 1857, Lasson, Hallager og Collet, fikk også i oppdrag å utarbeide et utkast til skiftelov. Den flittige komiteen la frem et utkast til lov om skifte i 1855, men dette lovforslaget ble aldri vedtatt. En fullstendig skiftelov kom først i 1930, og det er denne, nå snart 90 år gamle loven, som skal revideres og sammenføres med arveloven.

Ønsket om å lage en felles lov om arv og dødsboskifte har nok vært en medvirkende årsak til at NOU 2007: 16 Ny skiftelovgivning ble liggende såpass lenge i departementet før det kom noen proposisjon. En felles lov om arv og dødsboskifte er ellers den ordningen man har i våre naboland Sverige og Finland, hvor ärvdabalken inneholder både arverettslige regler og saksbehandlingsregler.

Skifteloven er til tross for (og kanskje også på grunn av) en rekke endringer opp gjennom årene, vanskelig tilgjengelig både for lekfolk og for jurister. I den nye loven er det lagt stor vekt på brukervennlighet, klart språk og klar struktur. Terminologien er endret. Begrepene «loddeier» og «legatar» er erstattet med fellesbegrepet «arving». Begreper som «utlodning» og «boslodd» er også på veg over i rettshistorien.

Selv om en del av de gamle begrepene forsvinner, er mye av innholdet fra dagens skiftelov videreført i lovforslaget. Domstolene skal fortsatt ha oppgaver med behandling av dødsbo. Og det vil fortsatt være et valg mellom privat og offentlig skifte. I utkastets § 85 foreslås en regel om internasjonal prosessrett for når dødsboskifte skal eller kan skje i Norge og om at norsk lov i så fall anvendes. Regler om formuesfullmakter, bankboksfullmakter o.l. er foreslått i utkastets § 92. Dette er nyttige avklaringer.

Det vil fortsatt være et vilkår for å kunne overta et dødsbo til privat skifte, at minst en av de myndige arvingene påtar seg ansvaret for avdødes forpliktelser, jf. utkastets § 116. Skiftelovutvalgets forslag om at arvingene bare skal være ansvarlige for avdødes for-

pliktelser innenfor rammene av boets midler, følges altså ikke opp. I § 119 er det foreslått en bestemmelse om oppgaver som normalt skal eller bør gjøres ved gjennomføringen av et privat skifte. Denne sjekklisten vil trolig være et nyttig hjelpemiddel for privatskiftende arvinger.

Når det gjelder offentlig skifte, er det i utkastets § 131 foreslått å lovfeste en ordning hvor forberedende rettsmøte skal være hovedregelen. I et slikt forberedende rettsmøte er det foreslått at det skal være adgang til å inngå rettsforlik. Reglene om hvem som kan kreve offentlig skifte foreslås videreført omtrent som i dag, men det foreslås i § 129 en adgang for tingretten til i særlige tilfeller å åpne offentlig skifte av eget tiltak, selv om det ikke er tilstrekkelige eiendeler til å dekke skifteomkostningene. Slike særlige tilfeller kan for eksempel være at det bør åpnes offentlig skifte av hensyn til barn eller andre svake grupper, at næringsvirksomhet må avvikles eller at verdier står i fare for å gå tapt. Bestemmelsen i § 129 er ment som et verktøy for å få bukt med de såkalt «flytende» boene. I lovforslagets § 90 femte ledd er tingretten dessuten pålagt en meldeplikt til landbruksmyndighetene dersom det inngår landbrukseiendom i boet.

Reglene om bobestyrer ved offentlig skifte foreslås videreført omtrent som i dag.

Reglene om naturalutlegg foreslås også videreført omtrent som i dag. Når det gjelder verdsettelse av eiendeler, foreslås det at utgangspunktet skal være avtalefrihet, men at hvor arvingene ikke blir enige, så kan det kreves skiftetakst (som i dag). Verdsettelsestidspunktet skal være tidspunktet hvor det blir bestemt hvem som skal overta eiendelen, hvis arvingene ikke har avtalt noe annet, jf. utkastets § 105. Reglene om naturalutlegg for gjenlevende ektefelle videreføres også, men retten for gjenlevende ektefelle til å overta bolig og innbo som var avdødes særeie, foreslås styrket. Slike aktiva kan overtas hvis ikke særlige grunner tilsier noe annet, jf. utkastets § 114 første ledd.

Departementet vil videreføre en særlig skifteprosess som skal være mer fleksibel enn tvistelovens generelle regler. Område for skifteprosessen foreslås utvidet noe, samtidig som den innenfor sitt område skal være mer eksklusiv. Se nærmere Prop. 107 L (2017–2018) s. 235–239.

Departementet vurderte om insolvente dødsbo fortsatt skulle særreguleres i skiftelovgivningen eller om disse boene kunne reguleres fullt ut etter konkurslovgivningen. Departementet landet på at det fortsatt var behov for særlige regler om slike bo i skiftelovgivningen, se §§ 175 flg.

Det er også inntatt en del bestemmelser i lovforslaget for å ivareta stiftelser som opprettes gjennom testament. I den innledende skiftebehandlingen skal Stiftelsestilsynet og de som skal være stiftelsens styre varsles, jf. utkastets § 90 andre ledd fjerde punktum. Stiftelsestilsynet kan kreve å bli holdt orientert om bobehandlingen både ved privat og offentlig skifte, jf.

§ 94 og representere stiftelsen hvis et styre ikke er oppnevnt. Stiftelsestilsynet skal også få kopi av skifteattesten, jf. § 118 sjette ledd tredje punktum, og de skal få tilsendt kjennelsen om booppgjøret ved offentlig skifte, jf. § 161 fjerde ledd. Hvis noen vil bestride en stiftelses rett, er de som vil bestride retten pålagt byrden ved å reise skiftetvist i forslaget § 174 første ledd. Hvem som kan være parter i tvister om en stiftelse er gyldig opprettet, er også foreslått lovregulert i § 174.

Som nevnt innledningsvis, foreslås det vesentlige endringer i den skifterettslige terminologien. Begrepene skifte og bo beholdes, mens begrepene «loddeier» og «legatar» erstattes av fellestermen «arving». Dagens lov skiller klart mellom loddeiere og legatarers rettigheter og plikter. Dette skillet videreføres til en viss grad i lovforslaget ved at i bestemmelser hvor det er grunn til å skille mellom arvingene, gis særlige regler for testamentsarvinger som bare skal motta «et bestemt avgrenset gode av liten verdi». Særbestemmelsen for denne gruppen arvinger til mindre legater, er foreslått for eksempel for reglene om hvem som kan kreve offentlig skifte i § 127 og om stemmerett i saker om forvaltningen av boet i § 138.

John Asland

Forslag til ny lov om arv og dødsboskifte – 2

I juni 2018 fremla Justisdepartementet Innstilling 107 L (2017–2018) om ny lov om arv og dødsboskifte.

Her gis først en oversikt over reglene som innebærer en endring fra 1972-loven.

I lovens første del defineres forskjellige begreper. Her finner man en definisjon av hva som ligger i begrepet samboer.

Reglene om slektens arverett forblir uendret. Eneste foreslåtte endring er i nåværende § 2 tredje ledd hvor aldersgrensen settes til 25 år og samboere likestilles med ektefeller.

Reglene om ektefellens arverett – både brøkarven og minstearven – forblir uendret. Minstearven kan medføre at gjenlevende ektefelle arver alt. I § 8 andre ledd er det presisert at de øvrige arvinger fortsatt i slike tilfeller kan gjøre gjeldende en rekke rettigheter som følger av lovens tredje del om skifte av dødsboer.

Uskifte. Når det gjelder uskifte er det bare foreslått en praktisk viktig endring. Skillet i § 19 mellom gaver av fast eiendom og andre gaver foreslås opphevet og det avgjørende for alle gaver blir om gaven er i misforhold til boets størrelse. Gavesalg likestilles fortsatt med gaver. Hvorvidt et salg av en fast eiendom er et gavesalg, vil bare ha interesse hvis den eventuelle gaveandelen står i misforhold til boets størrelse. Omstøtelse betyr at gavens verdi føres tilbake til boet. Videre foreslås i § 25 en regel om en arvings rett til å kreve bevissikring utenfor rettsak etter reglene i tvisteloven kapittel 28.

Testamenter. Kapittel 7. Kapittel 7 innledes med en definisjon i § 40 av dødsdisposisjoner. Som døds-

disposisjon regnes avtaler eller gaver som verken hadde eller var ment å ha realitet for arvelateren i hans levetid. Denne definisjon er helt i samsvar med gjeldende rett.

Formkravene for opprettelse av testamenter er i det vesentlige uendret, dog med den endring at begge vitner ikke trenger være til stede samtidig når testator undertegner eller vedkjenner seg sin underskrift, jf. § 41. I regelen om inhabilitet for vitner er samboere likestilt med ektefelle.

Tilbakekall kan fortsatt gjøres ved overstryking eller ødeleggelse, men etter forslaget må det gjelde hele testamentet, ikke bare en enkelt bestemmelse, jf. § 48.

I ny § 59 foreslås en felles regel for opprinnelig villfarelse og etterfølgende bristende forutsetninger. Det avgjørende er hva testator ville ha ment med rette kunnskap, forutsatt at dette kan klarlegges. Dette gjelder ikke hvis testator senere er kjent med de riktige eller nye forhold og kunne ha endret eller tilbakekalt testamentet.

I kap.7 V § 60-62 er det tatt med felles regler for felles testamenter og gjensidige testamenter. Disse tilsvarende i det alt vesentlige §§ 57 tredje ledd, 58 og 67 i 1972-loven. En tilføyelse er at hvis testamentet ikke gir lengstlevende større rett enn det som følger av loven, kan lengstlevende fritt endre sekundærbestemmelser dersom ikke testamentet fastsetter noe annet. Dette vil gjelde for gjensidige testamenter opprettet av ektefeller som bare har arvinger i tredje arveangsklasse. Foreslåtte § 62 tilsvarende någjeldende tolkingsregel i § 67, men § 67 nr. 2 annet og tredje punkt er sløffet og også § 67 nr. 4. Det presiseres at § 62 bare gjelder for testatorer uten livsarvinger.

Oppbevaring av testamenter er tatt med i § 63 (kapittel 7 VI) som tilsvarende nåværende regel, dog med den tilføyelse at en forbigått arving i visse tilfeller kan kreve erstatning av Staten hvis et testament som oppbevares ved feiltakelse ikke blir fremlagt.

I foreslåtte § 67 i kapittel 8 er det tatt med en ny regel om ukjent dødsrekkefølge og dødsfall straks etter hverandre som følge av samme begivenhet. Dør både arvelater og arving i samme ulykke, regnes arvingen som ikke å ha overlevet arvelateren.

Pliktdel. Det kanskje viktigste nye finnes i kapittel 7 III om pliktdel. Brøken forblir etter § 50 2/3 av formuen, men beløpsgrensen settes opp fra kr. 1 mill. til 25 ganger folketrygdens grunnbeløp, hvilket i dag vil si ca. kr. 2.5 mill. Pliktbelskyttelsen skjerpes dermed, men rike mennesker vil fortsatt kunne testamenter fritt over mesteparten av sitt bo. Med to barn kan man ved testament disponere over alt utover kr. 5 mill. Etter overgangsregelen i § 180 får den nye lov anvendelse hva angår pliktbelssreglene når arvelateren dør senere enn ett år etter lovens ikrafttreden.

I § 51 er det nå presisert at pliktdelen bare er en summessig beskyttelse idet arvelater ved testament fritt kan disponere over alle sine eiendeler. Om en arving i kraft av et testament arver en eiendom verdt

mer enn sin arv, må han summessig løse ut de andre arvingene. I § 73 andre ledd er det for øvrig foreslått at arvinger på forhånd kan inngå avtaler om fordelingen av eiendeler som i fremtiden vil inngå i et dødsbo.

Båndleggelse reguleres i § 53 og en endring er at båndleggelse bare gjelder til arvingen er 25 år gammel.

En helt ny regel er foreslått § 54 om testamentariske bestemmelser over arvegangen for pliktdelsarv i visse tilfeller. Det ene tilfelle gjelder når livsarvingen dør før fylte 18 år. Et eksempel er to fraskilte personer som sammen har en sønn på 12 år. Hustruen får en sykdom med en prognose på at hun dør i løpet av ett år. Hun ønsker å være sikret at arven etter henne ikke går til den fraskilte ektefelle hvis sønnen dør før han er 18. En slik bestemmelse bortfaller når arvingen fyller 18, får barn før han er 18 eller selv oppretter et gyldig testament før han er 18.

Det andre tilfelle er når arvingen mangler testasjonsevne og dette ikke antas å være bare forbigående. Et eksempel kan være at foreldre vil at barnet skal arve deres formue, men at restformuen ved barnets død skal gå til et bestemt veldedig formål fremfor å fordeles blant fjerne slektninger. En slik bestemmelse bortfaller hvis barnet etterlater ektefelle, samboer med arverett eller livsarving. Bestemmelsen bortfaller også hvis arvingen hadde testasjonsevne ved sin død.

I bestemmelse § 55 om arveløsgjøring har man inkludert straffbare handlinger mot arvelaterens ektefelle eller samboer.

I § 56 finnes en regel om utdeling til livsarving som avdøde forsørget ved sin død. Regelen tilsvarende § 36 første ledd i 1972-loven og § 36 andre ledd er ikke foreslått videreført.

Avkall og avkortning. Kapittel 9 har tittelen Avtaler om arv. Etter § 74 kan en arving gi helt eller delvis avkall på arv. Avkall brukes i loven som en fellesbetegnelse på avkall på forventet arv og avslag på falt arv. Virkningen er at arvingen anses som død før arvelateren.

Avkortning reguleres i § 75. Har arvelateren gitt en arving en ytelse av økonomisk art kan han fastsette avkortning hvis det var satt som betingelse for ytelsen. Bestemmelsen bør være skriftlig og gjøres kjent for de andre livsarvinger. Vilråene om «betydelig» og at de andre arvinger ikke har fått tilsvarende verdier, jf. § 38 i 1972-loven, er ikke tatt med i forslaget.

Avkortingsbeløpet skal være lik verdien av ytelsen da den ble gitt. Dette gjelder med mindre noe annet ble fastsatt da ytelsen ble gitt. Unntakene i nåværende § 40 er ikke foreslått videreført.

Reglene i kapittel 9 får etter § 108 anvendelse når avtalen inngås eller disposisjonen foretas etter lovens ikrafttreden.

Kapittel 11 har tittelen Internasjonal arverett. I § 78 finnes hovedregelen om lovvalg og i § 79 en bestemmelse om arvelaters adgang til å bestemme noe annet, hvilket må gjøres i testamentsform.

Peter Hambro

**Erstatningsansvar for eiendomsmegler?
– HR-2018-1234-A**

Saken gjelder spørsmål om erstatningsansvar for eiendomsmegleren overfor selgeren for kritikkverdig utførelse av eiendomsmegleroppdraget. Det avgjørende spørsmålet i saken var om eiendomsmegleren skulle ha orientert selgeren om en mulig kjøper som hadde meldt interesse for eiendommen, men som ifølge eget utsagn ikke kunne bestemme seg for å gi bud innen utløpet av den akseptfristen som var satt av en annen budgiver. Eiendomsmegleren ble frifunnet i tingretten og lagmannsretten. Høyesterett kom enstemmig til samme resultat. Selv om eiendomsmegleren kunne kritiseres for utførelsen av salgsoppdraget, forelå det ikke erstatningsbetingende uaktsomhet.

Ankeutvalget tillot anken fremmet begrenset til spørsmålet om ansvarsgrunnlag (avsnitt 17). Saken for Høyesterett omfattet ikke årsakssammenheng og økonomisk tap, som for øvrig henger nøye sammen i et tilfelle som dette. En konklusjon i Høyesterett om erstatningsbetingende uaktsomhet ville derfor ikke uten videre ha ført til erstatningsansvar for megleren overfor selgeren. Ansvar ville blant annet ha vært betinget av at det bevismessig kunne legges til grunn at selgeren ikke ville ha akseptert det foreliggende budet dersom megleren hadde orientert om den andre interessenten, og at den andre interessenten (eller andre) ville ha gitt høyere bud, kanskje med en videre budgivningsprosess som resultat. Ut fra læren om omvendt bevisbyrde for hypotetisk hendelsesforløp er det for øvrig mulig at eiendomsmegleren ville ha hatt bevisbyrden for at orientering til selgeren ikke ville ha resultert i høyere salgssum for eiendommen.

Salgsoppdraget gjaldt en bygård i Trondheim med flere leiligheter. På salgstidspunktet var det to eiere av bygården. De var begge oppdragsgivere overfor eiendomsmegleren og selgere av eiendommen til kjøperen. I anken til Høyesterett ble det opplyst at den ene av de to hadde overdratt sitt krav mot eiendomsmegleren til den andre. Etter at sistnevnte døde, ble saken ført videre av hans datter. Parten på selgersiden omtales alt etter sammenhengen i det følgende dels i flertall som «selgerne», dels i entall som «selgeren».

I oppdragsavtalen mellom selgeren og eiendomsmegleren ble markedsverdien av gården vurdert til 25 – 30 millioner kroner. En etterfølgende boligsalgsrapport viste stort behov for vedlikehold, og prisantydningen ble i salgsoppgaven redusert til 20 millioner kroner. Selgerne aksepterte 11. mai 2015 et bud på 20 millioner kroner, men mente i ettertid at salgssummen ble for lav som følge av meglerens kritikkverdige opptreden under budgivningen, svak rådgivning, utilstrekkelig markedsføring av eiendommen samt utelatelser og feil i salgsoppgaven om blant annet forventede

leieinntekter og mulighet for seksjonering og etablering av nye leiligheter på loftet. Av forskjellige grunner, som det er redegjort for i avsnitt 37 – 39, er det bare kritikkverdig opptreden i forbindelse med budgivningen som er behandlet i Høyesterett (avsnitt 40). Forhold knyttet til markedsføringen av eiendommen, innholdet i salgsoppgaven mv., ble ikke tatt opp i saken. Førstvoterende uttaler selv (avsnitt 64) at det springende punktet i saken er om megleren har opptrådt uaktsomt ved at han ikke informerte selgerne om den andre interessenten.

Eiendommen var blitt annonsert i avis og på Finn. no 8., 9. og 11. mai 2015. Det ble ikke annonsert noen fellesvisning for interessentene. Eiendomsmegleren holdt 11. mai visninger for i alt elleve interessenter. Flere interessenter var til stede samtidig, uten at det var tale om noen annonsert fellesvisning.

Allerede 10. mai, det vil si før visningene 11. mai, var det kommet bud på eiendommen på 20 millioner kroner. Dette ble avslått av selgerne. Den 11. mai kom det inn et bud på 19,2 millioner kroner. Også dette budet ble avslått. Senere samme dag kom det et bud på 20 millioner kroner med akseptfrist kl. 18.00. Før denne fristen var ute, fikk megleren en henvendelse fra en annen interessent, som ga uttrykk for interesse, men som trengte mer tid for å bestemme seg. Den nye interessenten, som hadde vært på visning samme dag (avsnitt 56), ble orientert om akseptfristen kl. 18.00 på budet på 20 millioner kroner. Selgerne ble ikke orientert om henvendelsen fra denne interessenten. Siden også selgerne trengte noe mer tid på å vurdere budet på 20 millioner kroner, gikk budgiveren med på å forlenge fristen til kl. 20.00 samme dag på betingelse av at forlengelsen ikke skulle meddeles andre interessenter (avsnitt 9) og at megleren heller ikke skulle gå aktivt ut for å skaffe flere bud (avsnitt 60). Selgerne aksepterte budet på 20 millioner kroner innenfor den nye akseptfristen, fortsatt uten å være orientert om den andre interessenten.

Etter at den andre interessenten var gjort kjent med at budet på 20 millioner kroner var blitt akseptert, henvendte han seg 15. mai til megleren med spørsmål om muligheten for å kjøpe eiendommen av kjøperen for 21 millioner kroner. Megleren svarte at kjøperen kunne vurdere salg for 25 millioner. Interessenten ga da bud på 22 millioner, senere forhøyet til 23,2 millioner. Salg kom ikke i stand.

Da selgerne ble kjent med interessentens etterfølgende kjøpstilbud, henvendte de seg gjennom advokat til kjøperen og hevdet at kjøpsavtalen var ugyldig. Kravet ble ikke fulgt opp. Selgerne rettet i stedet erstatningskrav mot eiendomsmegleren. Det var dette kravet som forelå for Høyesterett, med den avgrensningen som er omtalt ovenfor.

Førstvoterende tok (avsnitt 41) utgangspunkt i en uttalelse i Rt. 1995 s. 1350, som også gjaldt erstatningsansvar for eiendomsmegler, om at det gjelder et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjons-

utøvere, men at det samtidig er et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, utgjør erstatningsbetingende uaktsomhet. Videre gikk førstvoterende (avsnitt 42–51) inn på lov- og forskriftsbestemmelser samt rundskriv fra Finanstilsynet av betydning for aktsomhetsvurderingen. Ifølge eiendomsmeglingsloven (LOV-2007-06-29-73) § 6-3 skal eiendomsmegleren opptre i samsvar med god meglerskikk (første ledd), og gi kjøperen og selgeren råd og opplysninger av betydning for handelen (andre ledd). I eiendomsmeglingsforskriften (FOR-2007-11-23-1318) § 6-3 heter det i første ledd at megleren skal legge til rette for forsvarlig avvikling av budrunden, og avpasse tempoet i salgsarbeidet slik at selgeren og interessentene får et forsvarlig grunnlag for sine handlingsvalg. Ifølge tredje ledd skal eiendomsmegleren i forbrukerforhold ikke formidle bud med kortere akseptfrist enn kl 12.00 første virkedag eller siste annonserte visning. Førstvoterende bemerket at det ikke var blitt annonsert noe visningstidspunkt, og mente under henvisning ordlyden og til Rundskriv RFT-2007-7 og RFT-2010-16 fra Finanstilsynet at det ikke var blitt annonsert slik visning som bestemmelsen i tredje ledd forutsetter (avsnitt 47–50). Bestemmelsen kom derfor ikke til anvendelse, og det var ikke nødvendig å ta standpunkt til om det her var tale om et salgsoppdrag i forbrukerforhold.

Det var også anført fra selgerens side at eiendomsmegleren ikke hadde fulgt reglene om budjournal i eiendomsmeglingsforskriften § 3-5. Førstvoterende kunne ikke se at det her forelå feil av betydning for erstatningsansvaret, og han gikk derfor ikke nærmere inn på dette (avsnitt 55).

Førstvoterende så det slik at eiendomsmegleren gjennom annonseringen og sitt øvrige arbeid hadde nådd frem til målgruppen, som var profesjonelle aktører i eiendomsmarkedet i Trondheim. Interessentene måtte regne med at budgivningen kunne komme raskt i gang etter visningene. Både budet på 19, 2 og budet på 20 millioner kroner ble formidlet til selgerne. Det ble ikke gjort noen feil ved mottak og formidling av disse budene. Budet på 20 millioner kroner ble avgitt kl 16.38 og hadde opprinnelig akseptfrist kl 18. Det finnes ingen regler som regulerer akseptfristens lengde. En budgiver bestemmer selv hvor lang akseptfristen skal være. Budet kunne ikke avvises på det grunnlag at akseptfristen var kort (avsnitt 52–54).

Det sentrale temaet ved vurderingen av erstatningsspørsmålet var eiendomsmeglerens opptreden knyttet til den andre interessenten (avsnitt 56–60). Interessenten ble informert om budet på 20 millioner kroner med akseptfrist kl 18, og ga da uttrykk for at han trengte lengre tid enn dette. Han ba om å bli holdt orientert om hvorvidt salg kom i stand. Selgerne ble, som tidligere nevnt, ikke orientert om denne interessenten. Etter at budgiveren utvidet akseptfristen til kl 20 på de betingelsene som er nevnt ovenfor – at forlengelsen ikke skulle meddeles andre interessenter og at megleren ikke skulle gå aktivt ut for å innhente flere

bud – aksepterte selgerne budet på 20 millioner kroner. Selgerne var da orientert av megleren om budgiverens betingelser for å forlenge akseptfristen, men altså ikke om den andre interessenten som – ifølge eget utsagn – trengte mer tid for å vurdere bud. Førstvoterende legger for øvrig til grunn at det var betingelsen som var satt av budgiveren, som gjorde at den andre interessenten ikke ble kontaktet på ny i tiden mellom kl 18 og kl 20.

Førstvoterende reiste (avsnitt 61–62) spørsmål om meglerens opptreden var i strid med eiendomsmeglingsforskriften § 6-3 andre ledd tredje punktum om at eiendomsmegleren «så langt det er nødvendig og mulig [skal] orientere oppdragsgiver, budgivere og øvrige interessenter skriftlig om mottatte bud». Førstvoterende viste (avsnitt 63) til Finanstilsynets rundskriv RTF-2013-9 punkt 4 om at begrensningen «nødvendig og mulig» omfatter den omstendighet at budgiveren har stilt betingelse om at budet ikke skal benyttes i en åpen budrunde. Det var ikke galt av megleren å godta budgiverens betingelse for forlenget akseptfrist. Den nye akseptfristen kunne formidles til selgerne, men altså ikke til andre interessenter.

Den avgjørende problemstillingen i saken er formulert i avsnitt 64: Var det uaktsomt av eiendomsmegleren å unnlate å informere selgerne om den andre interessenten?

Plikten etter forskriften § 6-3 andre ledd tredje punktum til å orientere selgeren gjelder bare mottatte bud, ikke uttrykt interesse som ikke har resultert i bud. Plikt til å orientere selgeren kan likevel følge av lovens § 6-3 om at megleren skal gi selgeren «råd og opplysninger av betydning for handelen» (avsnitt 65). Flere forhold trakk i retning av at megleren burde ha orientert selgerne om interessenten før akseptfristen for budet gikk ut. Selgerne var i stor tvil om budet på 20 millioner kroner skulle aksepteres. Selv om budet var i samsvar med prisantydningen, var det vesentlig lavere enn den opprinnelige verdivurderingen. At salgsprosessen gikk raskt, kunne tale for at selgerne skulle ta seg bedre tid for å undersøke muligheten for høyere bud. Det ville i denne forbindelse kunne være av betydning for selgerne å vite om interessen fra en annen enn budgiveren. Førstvoterende nevner også at selgerne var privatpersoner, ikke profesjonelle aktører i eiendomsmarkedet (avsnitt 66–67).

I tillegg nevner førstvoterende (avsnitt 68) at provisjonsavtalen mellom selgerne og eiendomsmegleren, som gikk ut på at meglerens vederlag var betinget av at salg kom i stand, ga megleren en klar interesse i at salg kom i stand.

På den annen side var det høyst uklart hvor stor interessen fra den andre interessenten egentlig var. Interessenten var kjent med at eiendommen kunne bli solgt for 20 millioner kroner før kl 18 den 11. mai, uten at dette førte til bud fra interessenten innen denne fristen. For meglerens vurdering hadde det ifølge førstvoterende også betydning at andre aktører som tidligere

hadde gitt bud på eiendommen, valgte å avslutte sin budgivning etter budet på 20 millioner kroner. Det var høyst usikkert om det ville komme bud på 20 millioner kroner eller mer dersom det foreliggende budet ikke ble akseptert innen fristen (avsnitt 69–70).

Interessenten opplyste i ettertid at det blant annet var reisefravær i ledelsen som var grunnen til at man ikke kunne bestemme seg innen fristen. Dette var ikke kjent for eiendomsmegleren den 11. mai. Meglerens handlemåte må vurderes ut fra den kunnskapen han da hadde. Det er uten betydning at interessenten senere viste sin interesse ved å gi høyere bud på eiendommen. Megleren kunne ikke bebreides for ikke å ha gjort mer for å avklare styrken i interessen (avsnitt 71–72).

Derimot var det grunn for megleren til å orientere selgerne om interessenten. Forsømmelsen utgjorde likevel ikke erstatningsbetingende uaktsomhet. Førstvoterende la her avgjørende vekt på at det var høyst usikkert om det var noen reell mulighet for høyere bud fra interessenten (avsnitt 75–76). Konklusjonen var at det ikke forelå ansvarsgrunnlag for erstatning i saken (avsnitt 77).

I saken var det også gjort gjeldende at det var grunnlag for nedsettelse av eiendomsmeglerens vederlag etter eiendomsmeglingsloven § 7-7 og at den avtalte provisjonssatsen på tre prosent var urimelig og ugyldig etter avtaleloven §§ 33 og 36. Ifølge § 7-7 kan vederlaget settes ned eller falle bort dersom det foreligger en «ikke ubetydelig pliktforsømmelse» fra meglerens side. Ingen av disse kravene førte frem (avsnitt 78–82).

God meglerskikk innebærer at eiendomsmegleren i sitt arbeid med salgsoppdraget plikter å legge til rette for en best mulig pris for selgeren. Når akseptfristen for et bud er i ferd med å løpe ut, er det viktig at selgeren har oversikt over muligheter for høyere bud fra andre interessenter. Det er i lys av dette vanskelig å være uenig med Høyesterett i at selgerne burde ha vært orientert om den andre interessenten før de måtte bestemme seg for aksept av det foreliggende budet. Det var ingen grunn til at de ikke skulle bli orientert. At en orientering om interessenten kunne ha skapt en vanskeligere valgsituasjon for selgerne frem mot akseptfristens utløp kl 20, er i seg selv neppe et argument mot å orientere dem. På den annen side er det, med utgangspunkt i tidligere rettspraksis om at ikke enhver kritikkverdig opptreden innebærer erstatningsbetingende uaktsomhet, heller ikke vanskelig å forstå Høyesteretts konklusjon om frifinnelse for erstatningsansvar. Ut fra de opplysningene som forelå for eiendomsmegleren, var det ikke tale om å holde en reell interessent skjult for selgerne. Interessenten valgte selv å unnlate å gi bud innenfor fristen kl. 18.00, som han hadde fått oppgitt som gjeldende akseptfrist. For megleren må det ha fremstått som lite sannsynlig at interessenten senere ville gi høyere bud på eiendommen.

Det er i dommen (avsnitt 5) opplyst at eiendomsmegleren i oppdragsavtalen ga en «salgsgaranti», som innebar at provisjon på tre prosent bare skulle betales dersom eiendommen ble solgt. Eiendomsmeglerens rett til provisjon er i sin alminnelighet avhengig av at eiendommen blir solgt, uten at det er nødvendig å slå dette fast gjennom en salgsgaranti. Innholdet i en «salgsgaranti» er ellers gjerne at oppdragsgiveren fritas for utgifter til annonsering mv dersom eiendommen ikke blir solgt. Førstvoterende nevner (avsnitt 68) at provisjonsavtalen ga eiendomsmegleren en klar interesse i at salg kom i stand. At eiendomsmeglerens rett til provisjon kan medføre at megleren ønsker et raskt og sikkert salg i strid med selgerens interesse, er en kjent problemstilling i eiendomsmeglerretten. Siden eiendomsmeglerens andel av kjøpesummen er svært lav, er meglerens økonomiske gevinst ved en høyere salgssum langt mindre enn selgerens. Megleren kan være mer interessert enn selgeren i å akseptere et foreliggende bud fremfor å gi opp budet ut fra en usikker forventning om høyere bud. Provisjon har stor aksept som vederlagsform i eiendomsmegling. Det er i alminnelighet vanskelig å legge vekt på meglerens provisjonsinteresse ved vurderingen av om eiendomsmegleren har foretatt en balansert avveining av et foreliggende sikkert bud mot en usikker mulighet for et høyere fremtidig bud.

Trygve Bergsåker

En mindreårig drapsmanns ansvar etter skadeerstatningsloven § 1-1 for gravferdsutgifter og oppreisning til de etterlatte – HR-2018-1014-A

En 15 ½ år gammel gutt ble av lagmannsretten dømt til fengsel i 11 år for meget brutale drap av en jevn gammel gutt og en voksen kvinne. Han ble med grunnlag i skadeerstatningsloven av 1969 § 1-1 dømt til å betale en samlet erstatning for gravferdsutgifter med 91 319 kroner og 200 000 kroner i oppreisning til hver av syv etterlatte. Domfelte innga særskilt anke til Høyesterett over avgjørelsen av de sivile kravene. Høyesterett forkastet enstemmig anken. Resultatet var neppe overraskende. Dommen innebærer på enkelte punkter en avklaring og presisering vedrørende skadeerstatningsloven § 1-1 og § 3-5.

Skadeerstatningsloven § 1-1 regulerer både ansvarsgrunnlaget for og omfanget av det erstatningsansvar barn og ungdom under 18 år kan ilegges på skyldgrunnlag. Det heter her at mindreårige er ansvarlig for skader de volder ved skyld, for så vidt det «finnes rimelig under hensyn til alder, utvikling, utvist adferd, økonomisk evne og forholdene ellers». Utgangspunktet i erstatningsretten om full erstatning må – som førstvoterende bemerker – «balanseres mot hvilket ansvar det er rimelig å pålegge et barn». Dette innebærer at den generelle lempningsregelen i skadeerstatningsloven § 5-2 neppe har praktisk betydning for erstatningsansvar begrunnet i § 1-1.

Et hovedspørsmål i dommen er om skadeerstatningsloven. § 1-1 kan gi grunnlag for å tilkjenne oppreisning etter skadeerstatningsloven § 3-5. Slik dommen er formulert kan det synes tvilsomt om dette egentlig ble bestridt fra den ankende parts side, men siden problemstillingen ikke tidligere var behandlet av Høyesterett, måtte retten uansett ta stilling til det. Førstvoterende bemerker på dette punkt innledningsvis at det ikke er «holdepunkter i loven for at et slikt ansvar er ment å falle utenfor § 1-1.» At eksemplene i forarbeidene til § 1-1 ikke tydet på at lovgiver hadde hatt erstatning for økonomisk tap i tankene, ble ansett for å ha sammenheng med at reglene om oppreisning først kom inn i skadeerstatningsloven i 1973. Førstvoterende legger i sin argumentasjon stor vekt på at den parallelle bestemmelsen i skadeerstatningsloven § 1-3 om «sinnsykes» ansvar var blitt ansett for å omfatte oppreisning etter § 3-5, jf. den utførlige begrunnelsen for dette standpunkt i dommen i Rt. 2005 side 104. Førstvoterende trakk også frem flere andre argumenter som hun mente talte for at skadeerstatningsloven § 1-1 på dette punkt skulle forstås på samme måte, og konkluderte med «å legge til grunn at i alle fall barn over den kriminelle lavalderen kan ilegges ansvar for oppreisningserstatning.»

Den praktisk viktigste problemstillingen saken reiste, var om og i tilfelle i hvilken utstrekning ansvaret etter § 1-1 skulle reduseres i forhold til full erstatning. Førstvoterende tok utgangspunkt i at forarbeidene til § 1-1 «indikerer at det skal mye til for å sette ned ansvaret til barn over den kriminelle lavalder har pådratt seg som følge av straffbare handlinger, i alle fall så fremt det gjelder erstatning for den økonomiske skaden som barn har voldt.» Førstvoterende drøfter i fortsettelsen av dette betydningen av barns styrkede rettigheter gjennom Grunnloven § 104 annet ledd og barnekonvensjonen artikkel 3. Det legges til grunn at «skadeserstatningsloven 1-1 er utformet slik at den gir rom for den fleksibilitet som er nødvendig for å ivareta forpliktelsene overfor barn etter Grunnloven og barnekonvensjonen.» For øvrig var bemerkningene om disse overordnede rettskilder naturlig nok av nokså generell karakter. Konklusjonen på dette punkt er at dersom «erstatningskravet knytter seg til alvorlig straffbare handlinger, kreves det betydelig mer for å unnlate å pålegge ansvar eller utmåle en lavere erstatning enn ellers.»

Førstvoterende forklarer ordningen hvor Kontoret for voldsoffererstatning utbetaler den erstatningen som den erstatningsansvarlige blir dømt til å betale, for deretter å søke regress hos den erstatningsansvarlige. Hvor stort regresskravet i dette tilfellet vil bli, var det «ikke mulig å vite.» Det redegjøres også for at regresskravet på visse vilkår helt eller delvis kan ettergis. Førstvoterende fremhever at voldsoffererstatningen er «subsidiær og ikke er ment å komme i stedet for skadevolders ansvar.» Noen direkte konklusjon trekkes ikke på dette punkt. Det er etter mitt syn ikke helt

uproblematisk å la muligheten for at regresskravet vil bli ettergitt, være et argument for ikke å nedsette kravet mot gjerningsmannen. Men dette spørsmålet kom neppe på spissen her. Drøftelsen knyttet til skadevolders økonomiske evne konkluderer med at selv om «et betydelig erstatningskrav vil gjøre det vanskelig for ham å etablere seg etter soning, vil han være i stand til å bære ansvaret.»

Høyesterett kom «etter en samlet vurdering av de ulike momentene som er nevnt i skadeerstatningsloven § 1-1» til at det er rimelig å pålegge A fullt erstatningsansvar for gravferdsutgifter og oppreisning i denne alvorlige saken.» Førstvoterende uttalte at hun «la særlig vekt på at A med kvalifisert forsett har begått to brutale drap, hvorav det ene til en viss grad var planlagt og det andre ble begått for å skjule det første». Jeg er enig i disse betraktninger, og antar at dommen så langt begrunnelsen rekker vil bli retningsgivende for fremtidig praksis.

Avslutningsvis behandler førstvoterende den ankende parts subsidiære anførsel om at oppreisningserstatningen til den drepte kvinnens foreldre skulle settes til et lavere beløp enn den generelle normerstatningen til etterlatte, fordi hun var voksen og på drapstidspunktet ikke bodde sammen med foreldrene. Denne drøftelsen gjelder altså ikke anvendelsen av § 1-1, men rekkevidden av den normerstatningen etter § 3-5 som er fastsatt gjennom Høyesteretts praksis, altså hvilken oppreisningserstatning som skulle vært fastsatt dersom gjerningsmannen hadde vært voksen. Systematisk sett kan det hevdes at denne anførselen burde vært behandlet før spørsmålet om anvendelsen av § 1-1, men siden Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for å nedsette ansvaret selv om man la til grunn den erstatning lagmannsretten hadde fastsatt, var det valgte opplegget hensiktsmessig.

I dommene i Rt. 2004 side 592 og Rt. 2004 side 1324 ble oppreisningserstatningen til etterlatte foreldre etter forsettlig drap satt noe lavere enn den normerte erstatningen fordi avdøde i begge sakene var voksen og hadde flyttet hjemmefra. I en prinsipielt sett tilsvarende sak i Rt. 2010 side 1203, hvor det for øvrig ble fastsatt en generell normerstatning på 200 00 kroner for etterlatte etter forsettlig drap, ble det imidlertid – uten at forholdet til dommene i 2004 ble kommentert – ikke foretatt en slik differensiering. Det samme var tilfellet i dommen i Rt. 2014 side 892. Dette standpunkt ble etter en samlet gjennomgang av tidligere rettspraksis fastholdt i denne saken. Førstvoterende fremhevet at «selv om sorgen kan arte seg ulikt, er felles for de etterlatte at det uopprettelige tapet og savnet gjennomgående er helt dominerende.» Dette innebærer at det må ansees avklart at den omstendighet at avdøde er voksen og har flyttet hjemmefra, ikke er et typetilfelle som i seg selv begrunner reduksjon i foreldrenes oppreisningserstatning i forhold til normerstatningen.

Steinar Tjomsland

Erstatning ved leiringsskade og «uoppklarte årsaksforhold» etter passkl. § 3, jf. HR-2018-1056-A

Bakgrunn

En leiringsskade er en skade som oppstår under en operasjon og som skyldes måten pasienten har ligget på under operasjonen – altså under såkalt «leiring» av pasienten. Karakteristisk for slike skader er at de rammer en frisk del av kroppen. Det vil typisk være tale om nedsatt følsomhet som følge av at nerver er kommet i klem under operasjonen. Armer og bein er mest utsatt. Det er en ikke upraktisk skadetype hos Norsk pasientskadeerstatning.

I passkl. § 3 finnes en særregel med overskriften «uoppklarte årsaksforhold». Det er en bevisbyrderegel. Kommer bestemmelsen til anvendelse skal det «normalt [...] antas at skaden skyldes feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelp». Bestemmelsen har to vilkår, for det første at årsaken til skaden «ikke kan bringes på det rene», og for det andre at «skaden sannsynligvis har skjedd som følge av ytre påvirkning under behandlingen». Det fremgår av forarbeidene at et typisk virkeområde for denne bestemmelsen er «klemskader under operasjoner» (Ot. prp. nr. 31 1998-1999 merkn. til § 3). Det er i praksis det samme som det som går under betegnelsen «leiringsskader».

Henvisningen til leiringsskader i proposisjonen må ses i sammenheng med at passkl. § 3 var ment å være i samsvar med Pasientskadenemndas bevispraksis (Ot. prp. nr. 31 1998-1999 merkn. til § 3). Departementet mente at Pasientskadenemndas bevispraksis nesten hadde «skapt en ny objektiv erstatningsregel» i slike saker (Ot. prp. nr. 31 1998-1999 punkt 4.5.). Men ifølge tidligere ass. direktør i Norsk pasientskadeerstatning bygget nemnda i sin praksis på «en klar formening om at klemskader under operasjoner burde og kunne unngås ved korrekt leiring/polstring av pasienten», jf. R. G. Jørstad *Tidsskrift for erstatningsrett* 1 (2004) nr. 2/3 s. 138-153, s. 148. Uttalelsene i passkl. § 3 om at leiringsskader skyldes «uoppklarte årsaksforhold» bygger derfor sannsynligvis på en «misforståelse» (Jørstad, *op.cit.*) Årsaken til slike skader er at nervene kommer i klem, og Pasientskadenemndas praksis bygget på en «klar formening» om at årsaken til dette igjen var en mangelfull leiring/polstring av pasienten.

Saksforhold

Den 6. juni 2018 avsa Høyesterett dom i en sak om erstatning for en leiringsskade. Saken reiste spørsmål om tolkningen av passkl. § 3 og dets forhold til den alminnelige regelen om erstatning for «svikt» ved behandlingen i passkl. § 2 første ledd bokstav a). Saken gjaldt en tømmer som etter sin andre hofteoperasjon hadde fått nedsatt følsomhet på fremsiden av begge lårene. Skaden hadde ingen konsekvenser for pasientens motoriske funksjon.

Opprinnelig hadde man antatt at skaden skyldtes spinalbedøvelsen pasienten hadde fått under operasjonen. Både Norsk pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda hadde kommet til at det var årsakssammenheng mellom denne spinalbedøvelsen og skaden, men mente det ikke forelå «svikt» etter passkl. § 2 første ledd bokstav a).

Under saksforberedelsen for tingretten hadde det blitt innhentet en erklæring fra en rettsoppnevnt sakkyndig, dr. Johan Ræder. Han konkluderte med at skaden ikke skyldtes spinalbedøvelsen, men leiringen under operasjonen. Skaden skyldtes at de store lårnervene på begge lårene hadde ligget i klem mens pasienten lå i en sidestilling under den tre timer lange operasjonen. Partene ble deretter enige om å legge denne årsaksforklaringen til grunn.

Det var på det rene at sykehuset hadde egne retningslinjer for leiring av pasienter under hofteoperasjoner under sidestilling. Retningslinjene hadde blitt fulgt, og skadelidte hadde ikke reist kritikk mot disse retningslinjene. Men pasienten hadde spesielle anatomiske forhold, etter å ha fått operert lyskebrokk på begge sider. Kombinert med langvarig statisk sideleie var dette sannsynligvis årsak til skaden, ifølge den rettsoppnevnte sakkyndige. Ved hofteoperasjoner var det dessuten få valgmuligheter med hensyn til hvordan pasienten kunne ligge, i motsetning til i enkelte andre operasjoner (avsnitt 52).

Tingretten hadde tilkjent erstatning med henvisning til at det var en presumsjon for svikt ved leiringsskader, og at denne presumsjonen ikke var motbevist. Lagmannsretten hadde derimot kommet til at det ikke skulle utbetales erstatning, jf. dom 29. november 2017 (nr. LB-2016-160273). Lagmannsretten kom til at det ikke var noen «fast og entydig» forvaltningspraksis for å innfortolke en presumsjon for svikt ved leiringskader etter passkl. § 2 første ledd bokstav a).

Høyesteretts resultat og begrunnelse

En enstemmig Høyesterett kom til samme resultat som lagmannsretten og frifant staten ved Pasientskadenemnda. Med støtte i uttalelsene fra forarbeidene, tok førstvoterende utgangspunkt i at leiringsskader falt innenfor virkeområdet til passkl. § 3 (avsnitt 39). Når det gjaldt tolkningen av denne bestemmelsen, presiserte førstvoterende at passkl. § 3 ikke gjør unntak fra grunnvilkåret etter passkl. § 2 første ledd bokstav a om at det må foreligge en «svikt ved ytelsen av helsehjelp» (avsnitt 41). Bestemmelsen kunne altså ikke tolkes som en særegen unntaksbestemmelse med objektivt ansvar for leiringsskader.

Førstvoterende drøftet uttalelser i forarbeidene som trakk i motsatt retning med hensyn til å anvende passkl. § 3 på leiringsskader. Det fremgår bl.a. av forarbeidene at passkl. § 3 ikke gjelder der hvor det er tale om en kjent medisinsk risiko (avsnitt 40, 42). Selv om leiringsskader «utvilsomt» er en kjent risiko, mente førstvoterende at de likevel måtte falle inn under

passkl. § 3 fordi eksempelet uttrykkelig er nevnt i forarbeidene (avsnitt 40).

Førstvoterende understrekte at passkl. § 3 «utelukkende» var en bevisregel, som ikke gjør unntak fra kravet om at det må foreligge en svikt etter passkl. § 2 første ledd bokstav a (avsnitt 42). Den setter bare opp en «formodning» for slik svikt, og forutsetningen må fortsatt være at svikt ved pasientbehandlingen kan «motbevises» (avsnitt 43).

Etter en gjennomgang og drøftelse av praksis fra Norsk pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda (avsnitt 47-51), konkluderte førstvoterende med at det forelå «langvarig og fast praksis» for erstatning i disse sakene. Men hun presiserte at avgjørelsene baserte seg på en «forutsetning om at skaden i den enkelte sak beror på en svikt» (avsnitt 51).

Førstvoterende konkluderte med at passkl. § 3 må tolkes som en presumsjonsregel, hvor det «i utgangspunktet er Pasientskadenemnda som må vise at leiringen ikke skyldes en svikt ved helsehjelpen». Og videre: «Føres det ikke slike motbevis, trenger skadelidte ikke påvise at skaden skyldes en svikt» (avsnitt 51).

Når det gjaldt den aktuelle sak påpekte førstvoterende at det er lite handlingsrom for hvordan pasienten kan ligge under hofteoperasjoner (avsnitt 53). Videre påpekte førstvoterende at retningslinjene var blitt fulgt, at det ikke var påstått å være spesielle forhold ved pasienten som sykehuset skulle vært oppmerksom på, eller at operasjonen varte lenger enn det som er innenfor det normale (avsnitt 54). Journalføringen kunne heller ikke sies å være mangelfull (avsnitt 55). Det ble ellers henvist til lagmannsrettens bevisvurdering (avsnitt 56), og staten ved Pasientskadenemnda ble frifunnet.

Avslutning

Avgjørelsen forutsetter at årsaks- og ansvarsspørsmålet ved leiringsskader må vurderes konkret, og ikke på bakgrunn av en særregel med objektivt ansvar. Det gir utvilsomt best sammenheng når denne skadetypen ses opp mot andre saker etter passkl. § 2 første ledd bokstav a. Forarbeidenes henvisning til leiringsskader står dessuten i et uavklart forhold til vilkåret om at årsaksforholdet må være «uoppklart» og at det ikke skal være tale om en «kjent medisinsk risiko». Også praksis fra Norsk pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda bygger på «en forutsetning om at skaden i den enkelte sak beror på en svikt» (avsnitt 51).

Det kan spørres om det er heldig med en særegen bevispresumsjon for at leiringsskader skyldes svikt ved helsetilbudet i Høyesteretts dom. I andre saker om pasientskadeerstatning forholder det seg motsatt, ettersom bevisbyrden i utgangspunktet påhviler den som krever erstatning. Men betydningen av en slik bevispresumsjon må antagelig ikke overdrives.

Er det bragt på det rene at skaden skyldes leiring av pasienten, vil spørsmålet forøvrig kunne bli om og eventuelt hvordan denne skaden kunne ha vært

unngått. Vurderingen av om presumsjonen for at «skaden skyldes feil eller svikt» er motbevist, vil slik sett være vanskelig å skille fra vurderingen av om det foreligger «svikt» i helsetilbudet etter passkl. § 2 første ledd bokstav a. Førstvoterende påpekte da også at praksis fra forvaltningsorganene viste at spørsmålet «så å si utelukkende» ble vurdert ut fra sviktkriteriet (avsnitt 50).

Et annet spørsmål er riktignok hvem som har bevisbyrden for at skaden skyldes leiring av pasienten i utgangspunktet, eller generelt når bevispresumsjonen kommer til anvendelse.

Som ledd i begrunnelsen for å oppstille bevispresumsjonen for leiringsskader, konkluderte Høyesterett med at det i denne saken forelå et «uoppklart årsaksforhold» (avsnitt 37). Det bør nok ikke trekkes for generelle konklusjoner fra Høyesteretts tolkning av uttrykket «uoppklart årsaksforhold». Førstvoterende uttalte at tolkningen ikke var opplagt, og tolkningen synes primært å være begrunnet med at eksempelet med leiringsskader er nevnt i forarbeidene.

Johannes Hygen Meyer

Reineieres erstatningsansvar ved beite på innmark. Spørsmål om ansvarsreglene er i strid med Grunnloven § 108 og folkerettslige regler. Ansvarsreglene i reindriftsloven må suppleres med skadeserstatningsloven § 5-1 og § 5-2 – HR-2018-872-A

Saken gjelder grunneieres krav om erstatning i h.t. reindriftsloven (reinl) § 67 etter at rein i Femund sitje (tidligere Femund reinbeitedistrikt) i november 2012 kom inn på innmark i Tufsingdalen og Narjordet i Tolga kommune. Vær- og føreforholdene gjorde det svært vanskelig for reineierne å hindre at reinen beveget seg ned mot innmark. Først ved årsskiftet ble det mulig å lede reinen bort fra området.

Grunneierne krevde i desember 2012 beiteskadeskjønn etter reinl. § 70 ved jordskifteretten. Elleve av tjue grunneiere ble tilkjent erstatning på til sammen kr. 290 000. Femund sitje anket til jordskifteoverretten. Jordskifteoverretten stadfestet jordskifterettens avgjørelse under dissens for ti av grunneierne med samlet erstatning kr. 280 000. Mindretallet mente det ikke forelå årsakssammenheng mellom reinbeitingen og avlingstapet. Han mente skaden skyldtes de spesielle værforholdene. Overskjønnet ble anket av Femund sitje til lagmannsretten. I henhold til tidligere jordskiftelov var lagmannsrettens kompetanse begrenset til å prøve jordskifteoverrettens rettsanvendelse og saksbehandling. Lagmannsretten sluttet seg til konklusjonene i overskjønnet. Femund sitje anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelse og saksbehandling.

Etter reinl § 67 er reineierne innen et reinbeitedistrikt fast objektivt og solidarisk ansvarlig for skade som rein forårsaker. Første og annet ledd i § 67 lyder:

«Med de unntak som er fastsatt i denne lov, er eier av rein ansvarlig for skade reinen volder uten hensyn til skyld.

For skade som voldes av rein i reinbeitedistrikt, er samtlige reineiere som utøver reindrift i distriktet ansvarlige en for alle og alle for en. Er slik skade voldt utenfor reinbeitedistrikt av rein som må antas å tilhøre reineiere som utøver reindrift i nærliggende distrikt, er de reineiere som utøver reindrift i vedkommende distrikt på samme måte solidarisk ansvarlige overfor skadelidte. Kongen kan avgrense det område utenfor bestemt reinbeitedistrikt hvor slikt solidarisk ansvar skal gjelde.»

Reineieres erstatningsansvar er strengere enn husdyreieres ansvar. Også for husdyr gjelder det et objektivt ansvar, men for reineiere er dette ansvaret solidarisk; for husdyreiere er ansvaret proratisk. Beiteloven har i § 7 regler om at ansvaret kan reduseres ved skadelidtes medvirkning. Reindriftsloven mangler slike regler. Det solidariske ansvaret for reineierne rammer urimelig hardt ved store distrikt, der grupper av rein (siidaer) oppholder seg i ulike deler av distriktet. Femund sitje anførte at disse strengere regler for reindrift er i strid med bestemmelsene i Grunnloven § 98 om likebehandling og § 108 om vern av samiske rettigheter, og at de også bryter med FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 26, FNs rasediskrimineringskonvensjon og bestemmelser i ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater.

Grunneierne mente at forskjellen i erstatningsreglene for husdyr og rein er saklig begrunnet.

Femund sitje anførte at skadeserstatningslovens regler om skadelidtes medvirkning i § 5-1 og lempning i § 5-2 måtte få anvendelse i denne saken, og viste bl.a. til grunneierne til tross for gunstige støtteordninger hadde unnlatt å gjerde inn innmarken. Grunneierne mente prinsipielt at disse reglene ikke fikk anvendelse, og subsidiært at det uansett ikke forelå noen gjerdeplikt. Lagmannsretten hadde uttalt:

«Noen generell plikt for grunneiere til å beskytte sin avling mot skade fra rein ved å sette opp gjerder er ikke etablert i norsk rett, jf. Rt-1967-1265, og LF-2002-127. Det faller derfor ikke inn under medvirkning, at grunneieren på generell basis ikke har satt opp gjerder og beskyttet sin innmark på denne måten. Selv om det er svært gode muligheter for å finansiere slike gjerder med tilskudd, kan det likevel ikke ut fra dagens lov pålegges grunneierne en generell plikt til å beskytte sin avling mot skade av rein.»

Høyesterett kom til at anken fra Femund sitje delvis førte frem.

Først ser retten på vernet av samenes rettigheter som urfolk i Grunnloven og folkerettslige regler og forholdet til reindriftslovens regler om reneieres erstatningsansvar. Førstvoterende presiserer «at spørsmålet Høyesterett skal ta stilling til, er om loven – *slik den er anvendt i saken her* – har medført at de samiske reindriftsutøverne er blitt utsatt for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling, i strid med Grunnlovens bestemmelser og internasjonale bindende konvensjoner om vern av urfolk» (avsnitt 36).

Når det gjelder det *objektive ansvaret* i reinl. § 67, foreligger det ingen forskjellsbehandling. Partene i tvisten var enige om at reinen ikke kunne oppholde seg på innmark. Hadde ansvar for skade vært vurdert etter beiteloven, ville husdyreier også vært objektivt ansvarlig (avsnitt 55).

Retten går deretter over til å se på *solidaransvaret* i § 67. Ansvarsregelen innebærer at den enkelte reneier ikke kan fri seg fra ansvaret overfor skadelidte ved å bevise at hans rein ikke medvirket til skaden. Det er først ved det interne oppgjøret reineierne imellom at han kan bli fri for ansvar. En tilsvarende bestemmelse om solidaransvar overfor skadelidte følger ikke av alminnelig erstatningsrett, jf. skadeserstatningsloven § 5-3. Enkelte lovbestemmelser pålegger både eiere og innehaver av skadevoldende dyr et fellesansvar, se skadeserstatningsloven § 1-5. Førstvoterende peker på at også beiteloven § 7 kan synes å oppstille et fellesansvar for eier og innehaver, men at dette er uklart. Men førstvoterende fremhever:

«Det solidariske ansvaret etter reindriftsloven er under enhver omstendighet klart mer vidtrekkende enn ansvaret etter beiteloven. Ettersom reinbeitedistriktene utvides, blir også kretsen av de dyrene som ansvaret omfatter, større. Det foreligger derfor en forskjell i reglene om solidaransvar for dyr på beite, avhengig av hva slags dyr som volder skaden. Spørsmålet er om denne forskjellen er saklig begrunnet.» (avsnitt 59)

Retten går gjennom lovhistorien bak dagens regler om reneieres erstatningsansvar. Solidaransvaret ble innført ved reindriftsloven av 1933, og er videreført i senere lovgivning opp til dagens lov. Førstvoterende uttaler:

«Når man leser lovforarbeidene gir disse et klart preg av å være skrevet i en tid hvor synet på sameenes rettigheter var et annet enn i dag. Gjennomgangen av de eldste forarbeidene viser en lite ærerik historie og en nedvurdering av samisk reindrift sammenholdt med jordbrukets interesser som det ikke er grunnlag for. Etter mitt syn er det blant annet ut fra dette uheldig at reglene for ansvar og erstatning ikke ble revidert i forbindelse med vedtakelsen av reindriftsloven av 2007.» (avsnitt 66)

Solidaransvaret er imidlertid også «begrunnet i forskjellene mellom rein og andre beitedyr når det gjelder

driftsform og organisering» (avsnitt 67). Ikke enhver forskjellbehandling vil være i strid med loven, jf. Rt. 2010 s. 1565. Retten mener at ulikhetene mellom rein-drift og annet husdyrhold er såpass tydelig, og dette må vektlegges i vurderingen av om solidaransvaret er diskriminerende. Slik faktum i saken er opplyst finner retten at anvendelse av et solidaransvar i den konkrete sak ikke er diskriminerende. Det var snakk om et stort antall dyr som kom inn på innmark, og det er ikke opplyst at det er enkelte reineiere som ikke hadde dyr i området på det aktuelle tidspunkt. Førstvoterende peker imidlertid på at ved «et annet faktum kunne det eksempelvis ha vært aktuelt å vurdere om bestemmelsen må tolkes slik at solidaransvaret er subsidiært, og om reineiere som kan godtgjøre at deres rein ikke har medvirket til skaden, bør fritas for ansvar direkte overfor skadelidte» (avsnitt 70).

Høyesterett går deretter over til å vurdere spørsmålet om *begrensninger i erstatningsansvaret*. Etter alminnelig erstatningsrett kan skadevolders ansvar bortfalle helt eller delvis som følge av skadelidtes medvirkning, jf. skadeserstatningsloven (skl.) § 5-1. Ansvar kan dessuten lempes etter § 5-2. Beiteloven, som gjelder husdyr, har en egen bestemmelse om medvirkning i § 7 andre ledd:

«Har skadelidne sjølv medverka til skaden med å vanhalda gjerdeskyldnaden sin eller på annan måte, kan skadebota setjast ned eller falla heilt bort alt etter kor stor skuld han har.»

Reindriftsloven inneholder ingen regler om betydningen av medvirkning og har ingen henvisning til skl. § 5-1 og § 5-2. Om dette uttaler førstvoterende:

«Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at erstatningsreglene i reindriftsloven må suppleres med de alminnelige bestemmelsene om medvirkning og lemping i skadeserstatningsloven. Disse bestemmelsene er utslag av alminnelige rettsprinsipper, som også gjør seg gjeldende der ansvarsgrunnlaget følger av særlovgivning. Jeg kan ikke se at avgjørelsene i Rt-1967-1265 eller Rt-1975-796, som begge er korte avgjørelser fra det tidligere kjæremålsutvalget, er til hinder for en slik forståelse.» (avsnitt 78)

I de to tidligere avgjørelser som førstvoterende her nevner, ble reineierne fullt ut ansvarlige selv om grunneierne ikke hadde gjerdet inn innmarken. I saken fra 1967 hadde grunneier avslått statens tilbud om å bidra til inngjerding, og i saken fra 1975 var det snakk om en større nydyrking som var anlagt midt i reinens tradisjonelle trekkveier.

Førstvoterende oppsummerer rettens gjennomgang av reindriftslovens ansvarsregler slik:

«**Oppsummert** viser gjennomgangen av ansvarsreglene for skade voldt av rein, sammenliknet med de tilsvarende reglene for skade voldt av andre beitedyr, ulikheter i ansvarssubjekt, ansvarsform og muligheten for å fri seg fra ansvaret. Det kan

derfor stilles spørsmål ved om reindriftsloven § 67 er i samsvar med Grunnloven § 108, § 98 og tilsvarende bestemmelser i internasjonale konvensjoner som SP og ILO nr. 169.» (avsnitt 90)

En nærmere vurdering av disse spørsmålene krever ifølge Høyesterett en inngående drøftelse av ulike hensyn, og dette er avveininger som først og fremst er en oppgave for lovgiver. Retten peker på at de sentrale rettskildene, når det gjelder ansvarsreglene, er fra tiden forut for grunnlovfestingen av vernet for samisk kultur og Høyesteretts avgjørelser i Selbuddommen, Rt. 2001 s. 769 og Svartskogendommen i Rt. 2001 s. 1229. Både grunnlovsbestemmelsen og de to høyesterettsavgjørelsene har vært av stor betydning for utviklingen av sameretten. Førstvoterende uttaler videre:

«Denne saken illustrerer hvorfor det er behov for en snarlig revisjon av reindriftslovens regler om ansvar og erstatning. Jeg viser her til at det nå er gått mer enn ti år siden Samerettsutvalget avga sin utredning, og ved behandlingen av Norges 7. periodiske rapport om tiltak truffet for å gjennomføre og ivareta de rettigheter som er anerkjent i SP, jf. artikkel 40, rettet FNs menneskerettskomité 5. april 2018 kritikk mot Norge for manglende oppfølging av utredningen.»

Samerettsutvalget hadde i NOU 2007: 13 foreslått endringer i reglene om reineieres erstatningsansvar.

I den konkrete saken mente Høyesterett at det ikke var nødvendig å ta endelig stilling til om reinl. § 67 innebar en diskriminering av samisk reindrift, i strid med Grunnlovens bestemmelser og våre internasjonale konvensjoner (avsnitt 92).

Som nevnt kom Høyesterett til at skl. § 5-1 og § 5-2 om *medvirkning og lemping* måtte supplere reindriftslovens ansvarsregler, og gikk nærmere inn på den konkrete anvendelsen i denne saken.

Jordskifteoverretten hadde behandlet spørsmålet om medvirkning og lemping under ett. Den la til grunn at disse regler ikke fikk anvendelse med mindre erstatningssaken, eventuelt en serie erstatningssaker, har virket urimelig tyngende for reindriftnæringen». Jordskifteoverretten konkluderte slik:

«Overretten kan ikke se at de erstatningsbeløp som i denne saken er pålagt reindriftnæringen skulle være av en slik størrelse at det vil true med å knekke reindriften, og retten kan ikke se at det i denne saken er grunnlag for å lempe på erstatningen.» (avsnitt 97)

Høyesterett mente at dette ikke var en riktig forståelse av reglene i § 5-1 og § 5-2. Det var ikke tilstrekkelig å vise til at erstatningen ikke ble urimelig tyngende for skadevolder. Det kan foreligge medvirkning etter § 5-1 nr. 2 dersom skadelidte «har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for

skade eller etter evne å begrense skaden» (avsnitt 98). Det var klart at jordskifteoverrettens rettsanvendelse i saken var uriktig (avsnitt 99).

Heller ikke lagmannsretten hadde ifølge Høyesterett foretatt en helhetlig vurdering av spørsmålet om medvirkning, og førstvoterende peker på momenter som måtte vært tatt med i en slik helhetlig vurdering (avsnitt 109). Det samiske perspektivet var ikke med i lagmannsrettens vurdering. Det er heller ikke tilstrekkelig å drøfte spørsmålet om gjerdeplikt helt generelt. Spørsmålet om betydning av gjerdehold må vurderes konkret i forhold til hver enkelt skadelidt eiendom, og her må man se på eiendommens karakter og hvordan utvidelse av innmark har skjedd i senere år. Tidligere vansker med å holde reinen ute vil også spille inn i betydningen av gjerdehold. Forskrift om konfliktbyggende tiltak mellom reindrift og jordbruk, bør også trekkes inn i vurderingen. Etter denne forskriften kan inntil 80 prosent av kostnader til konfliktforebyggende tiltak dekkes av det offentlige. Høyesterett trekker videre frem vedtaket fra Områdestyret for Sør-Trøndelag/Hedmark vinteren 2012 der det heter at reineierne først var pliktig til å drive reinen tilbake når føreforholdene tillot det.

Høyesterett tilføyde at selv om beiteretten for rein ikke kan utøves på innmark, kunne det ha betydning for vurderingen av medvirkning om eiendommen ligger i et reinbeitedistrikt eller i annet område der det foreligger beiterett (avsnitt 110).

Også når det gjaldt spørsmålet om lemping av erstatningen, var vurderingene i tidligere instanser mangelfull. Jordskifteoverretten hadde lagt til grunn at et avgjørende kriterium for lemping var at erstatningens størrelse truet med å «knekke reindriften». Lagmannsretten hadde riktig påpekt at dette var en uriktig rettsanvendelse, noe Høyesterett var enig i. Et slikt kriterium oppstilles ikke for andre skadevoldere, og «ville klart medført ulovlig diskriminering» (avsnitt 113). Hverken jordskifteoverretten eller lagmannsretten kom i sin konkrete vurdering til at det var grunnlag for lemping av erstatningen.

Høyesterett peker på at det er forhold anført av Femund sitje som ikke er tatt med i vurderingen av lemping. Det dreier seg om reineiernes mulighet til å hindre at reinen kommer inn på innmark, værforholdene og behovet for å ivareta sørsamisk reindrift. Jordskifteoverrettens skønnsgrunner ga ikke grunnlag for nærmere drøftelse av disse anførsler, og de er heller ikke kommentert av lagmannsretten.

Høyesterett konkluderte med at det forelå uriktig rettsanvendelse i både jordskifteoverretten og lagmannsretten når det gjaldt skadelidtes medvirkning etter skl. § 5-1 og lemping etter § 5-2, og begge avgjørelser på dette punkt måtte oppheves.

Femund sitje hadde også anførsler til beviskravet i saken. Høyesterett påpekte at det ville vært hensiktsmessig om grunneierne i større grad kunne underbygget sitt krav med konkrete tall og sammenlikning med

referanseområder, men kom til at det samlet sett ikke var anvendt et uriktig beviskrav (avsnitt 120).

Kirsti Strøm Bull

FAST EIENDOM

Vinterbrøytet vei eller skiløype?

– HR-2018-1004-A

Spørsmålet om privat vei i utmark skal kunne vinterbrøytes – til irritasjon for skiløpere – er en aktuell problemstilling rundt om i Norges land. I slutten av mai avgjorde Høyesterett en slik sak. Konklusjonen ble at veien kunne vinterbrøytes. Tilfellet hadde dog en så kronglete rettslig bakgrunn at det ble avgitt hele tre separate begrunnelser.

Saken gjaldt Gjevilvassveiene, som er en fellesbetegnelse på flere veistrekninger som fører til Gjevilvassdalen i Oppdal. Til dette veinettet er det 115 bruksberettigede eiendommer – skog- og setereiere i dalen. Veiene ble opprinnelig forvaltet av et veilag for de bruksberettigede, men i 2013 ble laget omdannet til et samvirkeforetak, Gjevilvassveien SA. Veinetten benyttes også av andre enn medlemmer av samvirkeforetaket, særlig hytteeiere og besøkende til Gjevilvasshytta (turistforeningshytte). Disse brukerne betaler bompenger for å komme inn i området, for så å parkere og gå den skiløypa som har vært anlagt i veitraseen.

En del bruksberettigede ønsket imidlertid å vinterbrøyte veien der skiløypa har gått. Dette gjaldt særlig de som leier ut setre, da leietakerne som regel ønsker bilvei helt frem. De som driver skogsdrift har også ønsket vinterbrøyting, for uttransport av virke. De fleste bruksberettigede har likevel ønsket å beholde skiløype i veien, da det gir inntekter ved bomplassering fra skiturister.

For å få en ordning av forholdene, ble sak om bruksordning for veien brakt inn for jordskifteretten. Høsten 2014 la den til grunn at samtlige bruksberettigede hadde rett til vintervei, og vedtok en bruksordning der hver veirettshaver for egen kostnad kunne brøyte veistrekningene som ellers ikke ble brøytet. Samtlige bruksberettigede var parter i bruksordningen, men ikke Gjevilvassveien SA.

Etter at bruksordningen var blitt rettskraftig (etter ikke ubetydelige juridiske vidervedigheter), fattet flertallet i Gjevilvassveien SA – samvirkeforetaket – høsten 2016 et årsmøtevedtak i strid med bruksordningen, og besluttet at de aktuelle veistrekningene likevel ikke skulle vinterbrøytes. I desember samme år fattet like godt Oppdal kommunestyre vedtak (senere stadfestet av Fylkesmannen) om å ekspropriere rett til å anlegge skiløype i Gjevilvassdalen. Da var imidlertid forholdet mellom jordskiftebruksordningen og årsmøtevedtaket brakt inn for domstolene, og behand-

lingen av ekspropriasjonssaken ble stilt i bero i påvente av resultatet. For Høyesterett påsto de brøytevillige at Gjevilvassveien SAs årsmøtevedtak var ugyldig, noe Gjevilvassveien SA imøtegikk.

Samtlige av Høyesteretts dommere fant at bruksordningen ikke var rettskraftig avgjort overfor Gjevilvassveien SA. Samvirkeforetaket var ikke var part i bruksordningen, og det var heller ikke grunnlag for avledet rettskraft etter tvisteloven § 19-15 første ledd annet punktum. Årsmøtevedtaket ble likevel kjent ugyldig, med noe varierende begrunnelse.

Førstvoterende tok utgangspunkt i veirettens innhold, og drøftet om den i seg selv ga rett til å kjøre bil til eiendommene om vinteren, slik behovet er i dag. Siden det ikke fantes noe konkret stiftelsesgrunnlag for bruksretten, ble den vurdert på bakgrunn av tidligere bruksutøvelse og behovet for tidsmessig tilpasning. Førstvoterende viste til prinsippene nedfelt i servituttolven § 2 og i sameieloven § 3, til eldre og nyere rettspraksis (senest Rt. 2015 s. 120), og konkluderte med at den næringsvirksomheten som i dag drives av seter- og skogeierne, ga rett til ferdsel med bil og traktor om vinteren. Mot den bakgrunnen fant førstvoterende det også klart at jordskifteretten hadde hjemmel til å fastsette en bruksordning som tillot vinterbrøyting til eiendommene.

Dermed var bakteppet strukket ut for å avgjøre partenes påstander: hadde samvirkeforetaket kompetanse til å endre jordskifteavgjørelsen, til å forby brøyting om vinteren? Førstvoterende fant at formålet med samvirkeforetaket var «drift og vedlikehold» av veien. Samvirkeloven og vedtektene regulerte da bare rettsforholdet mellom bruksrettshaverne innenfor dette formålet. Forbudet mot vinterbrøyting falt etter førstvoterendes syn utenfor formålet, og samvirkeforetaket hadde følgelig ikke kompetanse til å forby vinterbrøyting. For øvrig mente førstvoterende at sameieloven § 4, som begrenser flertallsvedtak til styring og utnyttning «i samsvar med det sameigetingen er etla eller skikka til», uansett ville utgjøre en yttergrense for den kompetansen som kan overlates samvirkeforetaket gjennom vedtektene. Et flertallsvedtak som stenger for bruk av veien vinterstid, hindrer etter førstvoterendes syn utnyttning av veiretten i samsvar med disse formålene, og også av den grunn måtte årsmøtevedtaket betraktes som ugyldig.

Annenvoterende tok sitt utgangspunkt direkte i samvirkeloven. Etter lovens § 56 kan et vedtak kjent ugyldig hvis det «er blitt til på ulovleg vis eller er i strid med lover eller vedtektene for foretaket». Av forarbeidene fremgår det at et vedtak også er ugyldig, hvis det er i strid med andre lovregler enn samvirkeloven. Annenvoterende reiste derfor spørsmål om jordskifterettens bruksordning, selv om den ikke hadde rettskraftvirkning overfor Gjevilvassveien SA, kunne innskrenke kompetansen til samvirkeforetakets årsmøte. Men under henvisning til enkelte forarbeidsuttalelser til jordskiftelovgivningen, fant dommeren

at et vedtak om bruksordning ikke kunne innskrenke årsmøtets kompetanse etter samvirkeloven og vedtektene.

Dermed ble rettsspørsmålet rent: det var vedtektenes formålsbestemmelse som dannet den ytre ramme for hva som kunne besluttes i foretaket, og det avgjørende ble om årsmøtevedtaket hadde holdt seg innenfor denne rammen. I det spørsmålet sluttet annenvoterende seg i det vesentlige til førstvoterendes vurdering av hva som ligger i vedtektenes bestemmelse om «drift og vedlikehold», og han var også enig i hennes vurdering av veirettens innhold.

Forskjellen mellom førstvoterende og annenvoterende synes å ligge i vektleggingen av sakens tingsrettslige aspekter. Begge kom til at årsmøtevedtaket lå utenfor samvirkeforetakets formål, og dermed måtte kjennes ugyldig. Men førstvoterende lot også sin relativt omfattende tingsrettslige drøftelse få direkte betydning for samvirkelovens virkeområde: uansett hvordan foretakets formålsbestemmelse hadde vært, ville grensene for hva et flertall etter sameieloven kunne bestemme om bruksrettsutøvelsen, representere yttergrensene også for samvirkeforetakets kompetanse i så måte.

Både førstvoterende og annenvoterende tar stilling til bruksrettighetens innhold, og sammenholder det med vedtektenes formålsangivelse. Siden veirettighetene gir rett til vinterbrøyting, setter det rammene for hva som kan vedtas under «drift og vedlikehold»-kompetansen. Tredjevoterende, derimot, synes mer positivt innstilt til skiløperne. Selv om veiretter utvikles med «tida og tilhøva», sier hun, «er det ikke gitt at bruksrett til en fjellvei som så å si alltid bare har vært åpen om sommeren, i dag gir rett til vinterbrøyting for å legge forholdene til rette for biltrafikk og hytteutleie». I det hele tatt finner hun selve det tingsrettslige rettighetsspørsmålet for lite opplyst under saken.

Når hun likevel vil kjenne årsmøtevedtaket ugyldig, er det av hensyn til regelen om mindretallsvern i samvirkeloven § 55: «Årsmøtet kan ikkje gjere noko vedtak som er skikka til å gi visse medlemmar eller andre ein urimeleg fordel til skade for andre medlemmar eller foretaket.» Tredjevoterende må forstås slik, at hun mener jordskifterettens bruksordning la sterke bindinger på Gjevilvassveien SA, selv om foretaket ikke var part i bruksordningen. Hun argumenterer: Dersom «samvirkeforetaket tenkes borte, er det ikke tvil om at bruksrettshaverne ikke kunne ha satt ordningen til side ved et flertallsvedtak. De kunne da etter mitt syn heller ikke sette bruksordningen til side ved vedtak i samvirkeforetaket, uten å komme i strid med mindretallets interesser etter § 55» (avsnitt 92). Argumentasjonen synes noe uklar. Hvis samvirkeforetaket tenkes borte, ville jo rettskraftvirkningen av bruksordningen overfor bruksrettshaverne gjøre enhver flertallsproblematikk irrelevant. Spørsmålet var nettopp om det faktum at bruksordningen ikke har retts-

kraftvirkning overfor Gjevilvassveien SA, gjør noen forskjell, og svaret på det spørsmålet burde nok vært tilgodesett med en nærmere rettslig begrunnelse.

Geir Stenseth

Tvilløst-kravet etter tomtefesteloven – ingen endelig avklaring – HR-2018-865-S

Etter tomtefesteloven er normalordningen at partene i en festeavtale regelmessig kan kreve festeavgiften regulert i samsvar med pengeverdiendringen. For en rekke festeavtaler kan imidlertid reguleringen heller skje med utgangspunkt i tomteverdiendringen, dersom det tvilløst er avtalt.

Beviskravet tvilløst er fortolket av Høyesterett i en rekke saker. I Rt. 2006 s. 1547 ble det lagt til grunn at de beviskrav som loven stiller til en avvikende avtale, er strenge, og at kravene ikke bare gjelder for at det er inngått en avvikende avtale, men også for hva denne i tilfelle går ut på. For å fravike lovens normalordning måtte det «på grunnlag av de partsytringer som har funnet sted, ikke finnes rimelig tvil om at partene har valgt en annen løsning, eller om hva denne går ut på» (avsnitt 44).

Etter denne dommen er Norge – i en annen sak om tomtefeste, Lindheimdommen – dømt for overtredelse av eiendomsvernet i EMK P 1-1. Lindheimdommen har foranlediget endringer i lovgivningen om fastsettelse av festeavgift, og den har foranlediget endringer i hvordan Høyesterett fortolker tomtefesteloven, jf. Rt. 2015 s. 421. Tidligere var det etablert den rettstilstand at hvis partene i et tomtefesteforhold hadde foretatt en avtalemessig justering av festeavgiften etter konsumprisindeksen én gang, kunne bortfesteren ikke senere kreve oppjustering i samsvar med tomteverdiforholdene. I Rt. 2015 s. 421 fikk imidlertid bortfesteren medhold i å kunne foreta én avtalebasert oppregulering av festeavgiften uansett om avgiften tidligere hadde vært justert én eller flere ganger på grunnlag av konsumprisindeksen. Forklaringen var at den tidligere rettstilstanden var etablert uten en grundig drøftelse av EMK P 1-1, og – særlig – at Høyesterett tok inn over seg det proporsjonalitetsvilkår EMD har oppstilt ved vurderingen etter EMK P 1-1.

Like etter kom det også opp spørsmålet om tvilløst-kravet måtte tolkes på en annen måte som følge av de proporsjonalitetsvilkår EMD hadde oppstilt ved vurderingen etter EMK P 1-1. Tapende part i den før nevnte Rt. 2006 s. 1547 saksøkte staten, men under dissens ble søksmålet avvist, da det reelt sett ble ansett å innebære en omkamp om riktigheten av den tidligere høyesterettsdommen, se HR-2016-2195-S. Et mindretall på tre dommere, som var uenig i at saken skulle avvises, uttalte seg imidlertid om konvensjonsspørsmålet, og fant at det forelå en krenkelse av EMK P 1-1.

I den saken som nå er avgjort, HR-2018-865-S, var det på ny spørsmål om tvilløst-kravet må tolkes på

en annen måte, eller helt bortfortolkes, som følge av bestemmelsen i EMK P 1-1. Men heller ikke dette var en «ren sak», siden bortfesteren her var en kommune (Nannestad). Kommuner er ikke beskyttet av EMK, og det var dermed klart at en eventuell begrensning i Nannestad kommunes rett til å oppregulere festeavgiften, ikke utgjør en krenkelse av EMK. Nannestads rettslige grunnlag var imidlertid at dersom tvilløst-kravet, slik det så langt hadde vært fortolket, systematisk ville føre til krenkelser av EMK P 1-1 for private bortfestere, måtte det vurderes om presumpsjonsprinsippet kan gi grunnlag for en generelt endret tolkning av loven, som så igjen ville få konsekvenser også for offentlige bortfestere (avsnitt 51). Kommunen fikk ikke medhold.

Høyesterett uttrykte for det første at denne saken avvek fra Rt. 2015 s. 421 på viktige punkter. Mens det i den sistnevnte dommen var rom for ulike fortolkninger av lovteksten, var det ikke noe tilsvarende fortolkningsrom for det lovbestemte tvilløst-kravet, mente Høyesterett: Nannestads anførsel var utenfor det som med rimelighet kunne anses som tolkning av bestemmelsen.

Videre mente Høyesterett at den nye tolkningen i Rt. 2015 s. 431 ble valgt for å unngå mulig *systematisk krenkelse* av EMK P 1-1. Også her lå saken i HR-2018-865-S annerledes an: «Saken her gjelder et beviskrav som ikke i seg selv kan utgjøre en krenkelse av EMK P 1-1», skriver Høyesterett, slik at «det som kan vurderes opp mot EMK P 1-1, vil være de eventuelle konsekvenser av beviskravet i den enkelte sak. Det er da uten videre klart at beviskravet ikke systematisk vil føre til krenkelser» (avsnitt 58). Å helt generelt skulle bortfortolke tvilløst-kravet, ville etter Høyesteretts mening bety at lovgivers løsning ville bli tilside-satt også i festeforhold som fullt ut var forenlig med EMK P 1-1, noe Norge ikke har noen folkerettslig forpliktelse til å gjennomføre.

Gitt at tvilløst-kravet ikke generelt kunne bortfortolkes, fremsto det for Høyesterett heller uklart hvordan den påberopte likebehandlingen mellom private bortfestere og kommunale bortfestere skulle hjemles og praktiseres. Førstvoterende mente å ikke ha grunnlag for noen

begrunnet oppfatning av hvilken løsning lovgiver ville velge, om det skulle vise seg at tvilløst-kravet vil føre til krenkelser av EMK P 1-1: «Lover vedtas etter særlige prosedyreregler fastlagt i Grunnloven, og kan normalt ikke erstattes med domstolenes oppfatning av en hypotetisk lovgivervilje» (avsnitt 65).

Argumentasjonen i HR-2018-865-S bærer sterkt preg av at en kommune ikke er rettighetshaver etter EMK. For å kunne nå frem, ble kommunens hovedanførsel at det helt generelt må ses bort fra tvilløst-kravet i loven. Dette ble tungt, all den stund Høyesterett i så fall måtte fravike lovens ordlyd helt, ikke bare endre kurs innenfor et fortolkningsrom i ordlyden. Kommunens anførsel om at den uansett måtte likestil-

les med privatbortfestere i tilfeller der konsekvensene av beviskravet ville føre til EMK-brudd i den enkelte sak, ble også tungt, siden en vilje til prinsipiell likebehandling av private og offentlige bortfestere ikke var å spore i drøftelsene bak lovendringene som skjedde i kjølvannet av Lindheimdommen.

Dommens preg av de særlige rettsforholdene som knytter seg til kommunale bortfestere, gjør også at siste ord ikke er sagt om forholdet mellom tvilløstkravet og EMK P 1-1. Det som er avklart, er at en helt generell bortfortolkning av tvilløstkravet ikke er aktuelt. For øvrig heter det i dommen selv: «Om, og i tilfelle under hvilke omstendigheter, tvillaustkravet ville kunne føre til uforholdsmessige inngrep overfor private bortfestere, har jeg ikke foranledning til å ta stilling til» (avsnitt 60).

Geir Stenseth

IMMATERIALRETT

Opphavsrett

Ny åndsverklov

Stortinget vedtok ny åndsverklov 15. juni 2018 (L. 40/2018). Loven avløser åndsverkloven av 1961, som har vært endret en rekke ganger, sist i 2015. Hovedhensikten med den nye loven har vært å «modernisere og forenkle loven, slik at den blir et mer effektivt og lettere anvendelig verktøy for alle dens brukere» (Prop. L 104 (2016–17) s. 14). Slik sett innebærer loven materielt sett en stor grad av konsolidering av gjeldende rett, men det er også materielle endringer. I *Nytt i privatretten* 2/2016 ble det redegjort inngående for endringer som ble foreslått i Kulturdepartementets høringsnotat av 16. mars 2016, og det vises til fremstillingen der. Endringene er i stor grad videreført i den endelige loven, selv om det er foretatt justeringer i detaljene og paragrafnummereringen er en helt annen. Her skal det pekes på noen spesielle forhold som er nye i forhold til høringsutkastet.

Under høringsrunden kom det en lang rekke innspill, der det særlig fra produsent- og utnyttersiden ble fremholdt at de opprinnelige rettighetshavernes interesser var ivaretatt i for stor grad på bekostning av produsenter og andre rettighetserververe. Dette medførte visse endringer fra høringsutkastet i departementets endelige lovforslag i proposisjonen (Prop. L 104 (2016–17)). Endringene medførte til dels sterke reaksjoner blant de opprinnelige rettighetshaverne (opphavere og utøvere) og deres organisasjoner. Særlig vakte forslaget om utvidelse av den såkalte ‘arbeidsgiverregelen’, som i proposisjonen var foreslått som ny § 71 (jf. høringsutkastet § 5-6), til også å omfatte selvstendige oppdragstakere, stor motstand. På rettighetshaverhold var det allerede i høringsrunden uttrykt motstand mot lovfesting av ‘arbeidsgiverregelen’ – i realiteten en

kodifisering av det som i norsk opphavsrett er omtalt som ‘Knophs maksime’, nemlig prinsippet om at rettighetene til verk skapt i arbeidsforhold går over til arbeidsgiveren i den utstrekning det er nødvendig og rimelig for at arbeidsavtalen skal nå sitt formål. Men når forslaget i proposisjonen var at regelen også skulle få anvendelse i «oppdragsforhold, og i lignende tilknytningsforhold hvor verket skapes på bestilling og opphaveren er uten risiko for resultatet av det som skapes» (forslaget § 71 annet ledd), ble motstanden massiv. Diskusjonen rundt dette, og andre forhold spesielt knyttet til rettighetsoverdragelser, medførte at stortingskomiteen utsatte behandlingen av saken våren 2017, med den følge at lovarbeidet først ble gjenopptatt våren 2018, bl.a. som følge av valget av nytt Storting. Ved den fornyede behandlingen valgte den nye stortingskomiteen samme løsning som den tidligere komiteen hadde innstilt på, nemlig å ta den foreslåtte § 71 helt ut av loven. Samtidig presiserte komiteen «at gjeldende rett ikke skal tolkes som endret på bakgrunn av at forslaget trekkes» (Innst. L 258 (2017–2018) s. 7). Den vedtatte loven inneholder derfor verken en ‘arbeidsgiverregel’ eller en ‘oppdragsgiverregel’, men det er altså ikke meningen at dette skal rokke ved gjeldende oppfatninger om ulovfestede regler.

For øvrig ble det ikke gjort substansielle endringer ved stortingsbehandlingen i forhold til proposisjonens lovforslag. I forhold til høringsutkastet, som omtalt i *Nytt i privatretten* 2/2016, er det som sagt flere endringer i detaljene, bl.a. ved formuleringen av formålsbestemmelse i ny lov § 1 (jf. høringsutkastet § 1-1), formuleringen av det såkalte ‘spesialitetsprinsippet’ ved rettighetsoverdragelser, jf. § 67 (høringsutkastet § 5-1), herunder også sløyfing av en egen bevisbyrde-regel, formuleringen av kriteriene for ny regel om opphavernes og utøvende kunstneres rett til rimelig vederlag i § 69 (høringsutkastet § 5-3) og i reglene om økonomisk kompensasjon ved rettighetskrenkelser i § 81 (høringsutkastet § 9-3).

Stortinget la imidlertid ved sin behandling noen føringer for videre arbeid. For det første ba Stortinget regjeringen om å utrede nærmere forhold rundt den såkalte ‘klasseromsregelen’ som nå er nedfelt i ny lov § 43 fjerde ledd, som går ut på at fremføring og overføring av verk «i ordinær klasseromsundervisning» må anses for å skje innenfor det private området. Denne regelen var fra departementets side ment som en kodifisering av gjeldende rett, og impliserer at det ikke skal betales for slik bruk. Samtidig er det en realitet at det betales for eksemplarframstilling innenfor rammen av såkalte avtalelisenser, og mandatet fra Stortinget til regjeringen er å utrede «hvordan og hvorvidt verk som overføres i klasserommet, deriblant strømming fra Internett, kan likestilles med eksemplarframstilling i klasserommet, og dermed bli vederlagspliktig, slik at det blir mulig for partene å inngå avtalelisens også for strømming og annen overføring». For det andre ba Stortinget regjeringen om å utrede tvisteløs-

ningsmekanismer for fastsettelse av rimelig vederlag, ettersom loven i dag ikke har opprettet noen særskilt løsning, men forutsetter at tvister skal behandles av domstolene. For det tredje ga stortingskomiteen også uttrykk for et behov for å utrede forhold knyttet til det faktum at vederlag for utøvende kunstnere og fonogramprodusenters prestasjoner etter § 21 (tidligere lov § 45b) utbetales til utenlandske utøvere og produsenter i større utstrekning enn det man er forpliktet til etter internasjonale konvensjoner (se Innst. 258 L (2017–18) s. 7–8). Og for det fjerde ble regjeringen, i lys av diskusjonen om det såkalte verditapet ('value gap') som oppstår ved bruk av verk på Internett, anmodet om å «fortløpende vurdere om norske myndigheter kan gi regler som sikrer at leverandører av netjenester som lagrer og tilgjengeliggjør store mengder av verk og annet kreativt innhold lastet opp av brukere, må bidra til at rettighetshaverne får vederlag for slik bruk av deres materiale (se Innst. 258 L (2017–18) s. 8).

Som nevnt også i *Nytt i privatretten* 2/2016 pågår det parallelt en lovgivningsprosess i EU. Uansett utfallet av de utredningene Stortinget har sett behov for, og der noen av dem har sider til lovarbeidet i EU, vil det derfor neppe ta mange år før det blir behov for en revisjon også av den nye åndsverkloven.

Ole-Andreas Rognstad

Litteratur

Ole-Andreas Rognstad: Property Aspects of Intellectual Property. Cambridge University Press, Cambridge/New York 2018. 226 sider

En av Norges mest erfarne immaterialrettsjurister, Ole-Andreas Rognstad, har nå utgitt en bok som tar opp et fundamentalt immaterialrettslig spørsmål: i hvilken grad bør tingsrettstenkning påvirke immaterialretten? Bokens hovedtese er at det må utvises stor grad av forsiktighet når eiendomsrettsbegrepet («property») blir benyttet i immaterialrettssammenhenger.

Boken kretser rundt tre hovedproblemstillinger. Den første er hvilke hensyn og formål som ligger bak henholdsvis tingsretten og immaterialretten. Den andre er hvordan rettsforholdene på disse to områdene er strukturert. Den tredje er hvordan tingsrettslige og immaterialrettslige posisjoner blir behandlet som økonomiske aktiva. De tre problemstillingene blir behandlet under to hovedoverskrifter. Først gir forfatteren en deskriptiv oversikt over problemstillingene, dernest foretar han en vurdering av om, og i hvilken grad, tingsrettstenkning bør påvirke immaterialretten.

Når det gjelder den første hovedproblemstillingen, formuleres spørsmålet slik: «What does it mean to use, and what are the possible implications of using, the property metaphor in justifying IP rights»? Forfatteren legger vekten på tre innflytelsesrike teoridannelser bak den tingsrettslige eiendomsbeskyttelsen: utilita-

ristiske hensyn og formål, eiendomsrett gjennom arbeid (med utgangspunkt i John Locke) og eiendomsrett som personlighetsuttrykk. Rognstad går langt i å avvise at de ulike begrunnelsene for tingsrettslig eiendomsbeskyttelse har overføringsverdi til immaterialretten.

Når det gjelder den andre hovedproblemstillingen, diskuteres forholdet mellom rettighetsobjektet («the "thingness"») i tingsretten og ideen om det immaterielle rettighetsobjekt. Rognstad mener det blir for enkelt å overføre tenkningen rundt et konkret, ytre, rettighetsobjekt i tingsretten til immaterialretten. Slik tenkning kan lede til ubegrunnet analogisering. Han vil imidlertid ikke helt forkaste ideen om et immaterialrettslig rettighetsobjekt, så lenge det blir klargjort at dette er en ren abstraksjon.

Når det gjelder den tredje hovedproblemstillingen, er Rognstad noe mer positiv til å analogisere fra tingsrettsforhold til immaterialrettsforhold. Grunnen er at når privatrettsposisjoner først er etablert, vil behandlingen av posisjonene følge et mer generelt rettslig rammeverk, slik at den bakenforliggende begrunnelse og strukturering av rettsposisjonen blir mindre fremtredende. Men Rognstad advarer også her: rettsposisjonens begrunnelse og struktur kan – og bør – ha betydning for de rettslige løsninger også for økonomiske aktiva, og analogisering fra tingsrettsforhold må eventuelt skje i en klar bevissthet om dette.

Boken representerer en grundig gjennomgang av både klassisk og moderne teori om tingsretten og dens forhold til immaterialretten, og leseren får nyte godt av forfatterens innsikt i de problemstillingene han tar opp i forlengelsen av litteraturgjennomgangen. Det er vel rett å si at Rognstads rettslige analyser og rettspolitiske syn har fast forankring i den nordiske realismetradisjon, der funksjonelle, kontekstuelle og pragmatiske hensyn blir temmelig sterkt vektlagt. Dette gir seg også utslag i åpenhet i kilde tilfang og toleranse for andres innfallsvinkler til analysene. Rognstads bok representerer en helstøpt rettsvitenskapelig analyse, og boken bør ha betydelig interesse både for tingsrettsjurister og immaterialrettsjurister.

Are Stenvik og Geir Stenseth

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Litteratur

Giuditta Cordero-Moss (red.): Norsk Ordre Public som skranke for partsautonomi i internasjonale kontrakter. Universitetsforlaget, 2018. 467 sider

Norsk Ordre Public som skranke for partsautonomi i internasjonale kontrakter er et resultat av forskningsprosjektet «Arbitration and Party Autonomy» ved Insti-

tutt for Privatrekt. Bokens redaktør var initiativtaker og leder for prosjektet.

Ordre public er en innsigelse som begrenser norske domstolers rett og plikt til å anvende utenlandsk rett, samt til å anerkjenne og tvangsfullbyrde utenlandske dommer og voldgiftsavgjørrelser. Boken, som er en sammenstilling av avhandlinger og artikler fra prosjektet, belyser denne skranken fra en rekke perspektiver. Utover problemstillingene lovvalg og anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av dommer, analyseres ordre public på ulike rettsområder som konkurranserett, selskapsrett, konkursrett og arbeidsrett. Fremstillingen er inndelt i tre deler: Del 1 som tar opp hovedtrekk ved hhv. lovvalg og anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av dommer, Del 2 om Ordre Public-forbeholdet (hovedsakelig vilkår for anvendelse av forbeholdet og «arbitrability» som alternativ skranke), og Del 3 om innholdet i Ordre Public-forbeholdet på ulike rettsområder.

Boken representerer et verdifullt bidrag til norsk internasjonal privatrekt, og den kollektive innsats som er nedlagt kan knapt overvurderes. Michal Bogdan skriver i sin anmeldelse for *Tidsskrift for Rettsvitenskap*: «Bokens sätt att närma sig problematiken är originellt och det finns, såvitt jag känner till, för närvarande inte något norskt – eller ens nordiskt – verk med samma syfte, upplägg och ambitionsgrad.»

Boken er, som en av de første i norsk rettsteori, gjort gratis tilgjengelig som Open Access på følgende nettadresse: <https://www.idunn.no/norsk-ordre-public#/info>.

Det er bare å gratulere bokens redaktør og leder av forskningsprosjektet med en meget vellykket gjennomføring.

Erling Hjelmeng

OBLIGASJONSRETT

Litteratur

Peter Hallsteinsen: *Alminnelig obligasjonsrett*. Gyldendal, 2018. 758 sider

Bokas overordnede formål er ifølge forordet å gi en praktisk, pedagogisk og moderne fremstilling av obligasjonsretten. Den føyer seg inn i rekken av flere nye obligasjonsrettslige fremstillinger de senere årene. Boka tar sikte på å gi en utførlig fremstilling av obligasjonsrettens grunnprinsipper, og de sentrale hensyn som faget hviler på. Forfatteren er advokat i Kluge advokatfirma.

Boka består av 86 kapitler inndelt i 15 deler. I tillegg til klassiske emner som oppfyllelse av kontraktsforpliktelse (del IV), kontraktsbruddssanksjoner (del VII) og ugyldighet og avtalerevisjon (Del VIII), inneholder den noe mer utradisjonelle emner som bevis (del XIV) og avtaleteknikk og sikring (del XV). Boka har også en egen del om konkurrans mellom regler

med overlappende virkeområde, herunder forholdet mellom vederlagsopptjening, kontraktsbruddssanksjoner, ugyldighet og avtalerevisjon (del IX).

Boka dekker store deler av obligasjonsretten, med hovedvekt på kontraktsrettslige emner. Pengekravsrettslige temaer er mer overfladisk behandlet. Boka retter seg mot både praktiserende jurister og studenter.

Marte Eidsand Kjørven

RETTSØKONOMI

Litteratur

Erling Eide og Endre Stavang: *Rettsøkonomi*, 2. utgave. Cappelen Damm Akademisk, 2018. 655 sider

Som Olav Kolstad skrev i *Nytt i privatrekten* 3/2008 s. 27–28 i sin bokrecension om den första upplagan av Erling Eides och Endre Stavangs *Rettsøkonomi* (Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2008), boken var ett resultat av ett långvarigt rättsekonometiskt samarbete mellan de två författarna, professor Erling Eide och professor Endre Stavang. Kalle Määttä beskrev i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (122:3 (2009) s. 464–470) boken som en sammanfattning av deras kunskap och erfarenhet i rättsekonomi och som en milsten i den norska och nordiska rättsekonometiska litteraturen. Som allmän översikt i rättsekonometin var boken enligt hans mening imponerande men på samma tid förvirrande särskilt för en läsare som har ingen förkunskap i rättsekonometin. Boken passade bra för läroboken vid universiteten men kräver stödande undervisning från lärare familjär med ämnet, särskilt för studenter som har inte lärt ekonomi i skolan. Å andra sidan boken betonade författarnas egna forskningsintressen i rättsekonomi, särskilt kriminalitet och miljö. Det var bokens starkhet; vanligtvis rättsekonometiböcker särskilt i den angloamerikanska världen koncentrerar i privatrekten.

Efter tio år är boken dock föråldrad. Därför är det en stor glädje för alla i Norden som är intresserade om rättsekonometin att författarna har uppdaterat boken. Den andra upplagan är inte mycket tjockare än den första (från 615 sidor till 655) men den är mer balanserad mellan olika rätts- och samfundsområden. Boken börjar med en inlednings- och teorikapitel som leder läsaren till mikroekonomi, särskilt marknads-teori, välfärdsteori, Pareto-effektiviteten, risk- och spelteori, transaktionskostnadsteori och Coase-teoremet. Utvecklingen av olika rättsekonometiska metoder har tagits på allvar, först och främst spelteori (spillteori, game theory) och beteendekonomi (adferdsøkonomi, behavioural economics) som diskuteras separat i den sista delen av boken. Som en långvarig vän av dessa metoder blev jag mycket rörd då jag läste de nya avsnit-

ten om spelteori og beteendeeкономи. Den tredje delen diskuterer förmögenhetsrätt (dvs. sakrätt, tingsrett, property rights). Det är viktigt att utveckling i rättssystemen har tagit i hänsyn i delen, särskilt immaterialrätt som har sitt eget avsnitt i den nya upplagan. De andra delarna behandlar skadeståndsrätt (erstatningsrett), miljörett, kontraktsrätt och offentlig rätt, särskilt beskattning, civilprocess och kriminalitet.

Boken är en ambitiös översikt till rättssystemet, från både privaträttens och offentliga rättens synvinkel. Man kan kritisera som Kalle Määttä gjorde, att i boken diskuteras inte konkurrensrätten och bolagsrätten. Kritiken är av min mening utan grund: modern konkursrätt och bolagsrätt är tillämpad ekonomi redan på juridisk (dogmatisk) teorinivå, och har sin plats i sår litteraturen inom dessa rättsområden.

Som sagt, boken är krävande som en lärobok. Orsaken är dess ambitionsnivå: det är först och främst en forskningsframställning med sårnorska exemplar till allmänteoretiska frågor. Det är bokens stora starkhet i slutet av dagen.

Jukka Mähönen

TINGSRETT

Litteratur

Kåre Lilleholt: *Allmenn formuerett*, 2. utgave. Universitetsforlaget, 2018, 377 sider

Denne 2. utgaven av boken *Allmenn formuerett* er oppdatert med rettspraksis og lovendringer til 1. januar 2018. Boken gir en komprimert, men like fullt

forklarende og grundig fremstilling av reglene om forholdet mellom flere rettigheter til samme formuesgode, eller også faget «dynamisk tingsrett». *Allmenn formuerett* brukes som lærebok, men går vesentlig utover dette formatet med et rikt noteapparat og kildeister, og med et løpende internasjonalt perspektiv på rettsspørsmålene.

Fremstillingens overordnede struktur er den samme som i førsteutgaven. Del I tar opp generelle spørsmål om formuesgoder og rettigheter til ulike formuesgoder. Del II behandler reglene om godtroerverv i ulike situasjoner og for ulike formuesgoder, og del II gir på samme måte en overgripende fremstilling av reglene om kreditorvern.

Ajourføringen av boken har ført til noen mindre endringer. Det er kommet et kort avsnitt om elsertifikater (avsnitt 6.2.9). Det er også kommet et avsnitt om momentane godtroerverv og tap av rett på grunn av passivitet (avsnitt 11.1.2). Forfatteren forklarer kortfattet men presist rettsavgjørelser som tidligere har blitt diskutert under synsvinkelen ekstinksjon på ulovfestet grunnlag, og viser at dette kan konkretiseres til et vern mot negative virkninger av passivitet. Endringer i reglene om immaterialrettigheter er også reflektert i boken.

Allmenn formuerett i ny utgave er fortsatt et sentralt og viktig verk i den sentrale formueretten. Den setter ellers kasuistiske regler inn i et overordnet helhetlig system, forsterket ved at forfatteren løpende trekker linjer til andre rettsspørsmål og rettsområder. Forfatterens kunnskap om og henvisninger til internasjonale kilder setter fremstillingen i et dypere perspektiv.

Inger B. Ørstavik

Nytt i privatretten

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

Redaktør: Endre Stavang
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 (2018) på *Nytt i privatretten* koster kr 670,-. Studentabonnement koster kr 335,-. 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 2018

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer november 2018.