

HÅKONARMÅL

2005

Bergen 2005

Innhald:

- Bjørnar Borvik: Grov aktløyse som vilkår for å straffe ærekrenkande ytringar – ein framand fugl i norsk rett 4
- Andreas Fötschl: Comparative spots on the law of lease 13
- Knut Høivik: Er det hensiktsmessig med både overtredelsesgebyr og foretaksstraff som sanksjon ved samme brudd på konkurranselover? 21
- Kåre Lilleholt: Urimelege standardvilkår i Norden og Europa 29
- Tore Lunde: Ansvar for juridiske personars interne sakskostnader 33
- Amund Bjøranger Tørum: CISG – unntakene for «ships» og «vessels» 42

Grov aktløyse som vilkår for å straffe ærekrenkande ytringar – ein framand fugl i norsk rett

Av universitetsstipendiat Bjørnar Borvik

1 PROBLEMSTILLINGA

Straffelovkommisjonen sette i delutgreiing VII fram forslag om at grov aktløyse i relasjon til spørsmålet om sanning skal vere eit vilkår for å straffe ærekrenkande ytringar.¹ Dette må sjåast på som ei oppfølging av forslaget frå Ytringsfridomskommisjonen om å grunnlovsfeste aktløyse som eit generelt minimumsvilkår for både sivilt og strafferettsleg ansvar.² Tilrådingane frå Ytringsfridomskommisjonen har ei innretning som klart nok kan sporast attende til rettstilstanden i USA: For det første er løysingsbidraga frå amerikansk rett sentrale i argumentasjonen om kvifor ein bør grunnlovsfeste eit generelt minimumsvilkår om skuld, sjølv om også gjeldande rett i andre utanlandske jurisdiksjonar er omtalt.³ Vidare vert det frå Ytringsfridomskommisjonen si side peika på at ei slik grunnlovsfesting ikkje er til hinder for at det i den alminnelege lovgjevinga kan opererast med krav om forsett eller grov aktløse, for eksempel i saker som gjeld offentlege personar eller emne av allmenn interesse, og i saker der saksøkkaren krev straff eller oppreising.⁴ Også denne påpeikinga er prega av dei rettslege løysingane som er utvikla i USA.

Etter mi vurdering framstår ikkje forslaget frå Straffelovkommisjonen som særleg veltilpassa det norske rettsregimet knytta til vernet mot ærekrenkingar. Eg vil i det følgjande gjere greie for nokre av dei innvendingane som kan reisast til forslaget om at grov aktløyse skal vere eit vilkår for å straffe ærekrenkande ytringar.

2 NÆRMARE OM SKULDKRAVET ETTER GJELDANDE RETT

Den nærmare utforminga av skuldkravet i ærekrenkingssaker verkar direkte inn på avveginga mellom ytringsfridommen og vernet av privatlivet. Generelt kan ein seie at eit objektivt ansvar for ærekrenkande ytringar representerer ei styrking av det rettslege vernet av privatlivet, medan eit krav om skuld – enten dette no er forsett, grov eller simpel aktløyse – tilgodeser ytringsfridommen. I ærekrenkingssaker er det ikkje snakk om å operere med eit fullt ut objektivt ansvar. Det gjeld klart nok eit forsettskrav i forhold til fleire av elementa i straffeboda om ærekrenkingar.⁵ Spørsmålet er om det etter gjeldande rett også kan påvisast eit skuldkrav for

¹ NOU 2002: 4 Ny straffelov: Straffelovkommisjonens delutredning VII s. 342–344.

² NOU 1999: 27 «Ytringsfrihed bør finde Sted»: Forslag til ny Grunnlov § 100 s. 114121 og s. 244. Sjølv om stortingshandsaminga avfødde ei grunnlovsføresegn utan eit generelt vilkår om skuld, inneber ikkje dette i og for seg at forslaget frå Straffelovkommisjonen står seg dårlegare. I St.meld. nr. 26 (2003–2004) Om endring av Grunnloven § 100 er det på s. 121 tvert imot lagt til grunn at departementet vil kome attende til spørsmålet om utforming av skuldkravet for dei ulike sanksjonstypene i samband med arbeidet med ny straffelov.

³ NOU 1999: 27 s. 119–120.

⁴ NOU 1999: 27 s. 121.

⁵ Sjø Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2004 s. 230, Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet: Vernet om ytringsfriheten i norsk rett*, Oslo 2002 (*Eggen 2002*) s. 763 og Henry John Mæland, *Ærekrenkelser*, Bergen 1986 (*Mæland 1986*) s. 151–153.

spørsmålet om sanning. – Straffelova sjølv inneheld ei eksplisitt regulering av skuldkravet i denne relasjonen i dei situasjonar der ytraren var «pliktig eller nødsaget til å uttale sig», eller der ytringa framstod som «berettiget varetagelse av eget eller andres tarv», jfr. strl. § 249 nr. 3. Det er ei alminneleg oppfatning at media er omfatta av denne føresegna,⁶ og at foretaket og journalisten følgeleg kan fri seg frå ansvar (med unntak av mortifikasjon) dersom dei «i enhver henseende har vist tilbørlig aktsomhet». – Men spørsmålet om skuld inngår også som eitt av momenta i vurderinga under rettsstridsreservasjonen, som er lovfesta i strl. § 246 og ulovfesta i strl. § 247. I Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad) la nemleg ein samla Høgsterett til grunn at i alle fall følgjande moment må inngå i vurderinga av om ei ærekrenking er rettsstridig:

«graden av allmenn interesse, beskyldningens karakter, derunder om beskyldningen klassifiseres som «value judgment» eller «factual statement», om den retter seg mot offentlig person eller privatperson, samt graden av aktsomhet, derunder om og eventuelt i hvilken utstrekning media på publiseringstidspunktet hadde holdepunkter i faktum for at påstanden var sann.»⁷

Desse kriteria hadde domstolen allereie bygd på i avgjerda i Rt. 2002 s. 764 (Nordlands-posten).⁸ Dei er seinare også lagt til grunn i Rt. 2003 s. 1190 (Johan Jørgen Holst Minnefond),⁹ og må difor sjåast på som eit sikkert uttrykk for gjeldande rett.

Ytringsfridomskommisjonen si utlegging av gjeldande rett på dette punktet – at «den som framsetter en påstand [har] tilnærmet objektivt ansvar for sannheten» – er slik sett ikkje trefande,¹⁰ sjølv om det nok kan hevdast at kravet om aktsemd jamt over har vorte formulert nokså strengt av norske domstolar.¹¹ Eg saknar dessutan ei sjølvstendig problematisering frå Straffelovkommisjonen si side av det foreslegne skuldkravet sin innverknad på den meir overordna avveginga mellom ytringsfridommen og vernet av privatlivet. Grunngevinga er i all hovudsak av prinsipiell *strafferettsleg* karakter: Dekningsprinsippet i strafferetten – at kravet om skuld normalt skal gjelde for heile det objektive gjerningsinnhaldet i straffebodet – framstår som det sentrale momentet. Straffelovkommisjonen framhevar sjølv at det kan gjerast unntak frå dette prinsippet, mellom anna for å sikre dei underliggende interessene eit meir effektivt vern,¹² men konkluderer likevel med at det her ikkje er grunn til å nøye seg med simpel aktløyse.¹³

⁶ Sjå Johs. Andenæs og Anders Bratholm, *Spesiell strafferett*, 3. utgave, 2. opplag 1997 (*Andenæs/Bratholm 1996*) s. 220–222, *Eggen 2002* s. 843–845 og *Mæland 1986* s. 205–213.

⁷ Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad) avsnitt 44. Eg nemner for ordens skuld at dommar Rieber-Mohn ville frifinne avisa og redaktøren fordi han meinte at journalisten ikkje hadde handla aktaust. Det er ikkje haldepunkt i avgjerda for å meine at Rieber-Mohn ville legge til grunn eit anna – og mildare – skuldkrav enn fleirtalet, men at han hadde ei anna vurdering av handlemåten til den involverte journalisten.

⁸ Sjå særleg s. 773–776.

⁹ Sjå særleg avsnitt 73. Ei generell tilslutning til desse momenta må ein også kunne lese inn i avgjerda i Rt. 2004 s. 1483 (Asker og Bærums Budstikke) avsnitt 28.

¹⁰ NOU 1999: 27 s. 244 andre spalte.

¹¹ Sjå *Andenæs/Bratholm 1996* s. 223–225. Sjå likevel *Mæland 1986* s. 213–220, som ser ut til å stille seg tvilande til korvidt det er treffande å operere med eit generelt strengt krav til aktsemd ved tolkinga av strl. § 249 nr. 3. Han framhevar på s. 220 at kravet til aktsemd må formulerast slik at også ytringsfridommen får eit tilfredsstillande vern.

¹² NOU 2002: 4 s. 87.

¹³ NOU 2002: 4 s. 343 første spalte.

3 KORT OM ANDRE RETTSVILKÅR OG AVVEGINGSMARKØRAR I ÆREKRENKINGSSAKER SOM TILGODESER YTRINGSFRIDOMMEN

Ein må heller ikkje, slik både Ytringsfridomskommisjonen og Straffelovkommisjonen etter mitt syn har gjort seg skuldig i, tape av syne at også andre rettsvilkår og avvegingsmarkørar kan gjevast ulike formuleringar, alt etter om lovgjevaren eller rettsbrukaren vil tilgodesjå ytringsfridommen eller vernet av privatlivet. Ein kan lett få det inntrykk at vernet av ytringsfridommen står og fell med utforminga av skuldkravet.

Ein kan for eksempel tenkje seg at domstolane eller lovgjevar (gjennom utsegner i forarbeida til formell lovgjeving) kvalifiserer det objektive gjerningsinnhaldet i det aktuelle straffebodet ut over det som måtte følgje direkte av ordlyden. Eit nærliggande eksempel på dette finn ein i rettspraksis og forarbeida knytta til strl. § 135 a, som mellom anna gjev heimel for å straffe-sanksjonere rasistisk motiverte ytringar som «truer, forhåner eller utsetter for hat, forfølgelse eller ringeakt». I Rt. 1978 s. 1072 (Lesarbrev) la likevel Høgsterett til grunn at «de skadevirkninger en uttalelse utsetter grupper eller personer som nevnt i § 135 a for, må være av kvalifisert art».¹⁴ Denne kvalifiseringa, som i samband med seinare lovrevisjonar også er sitert med tilslutning frå lovgjevar,¹⁵ er klart nok utforma med sikte på å gje ytringsfridommen eit tilstrekkeleg vern. Liknande kvalifiseringselement har domstolane ikkje tolka inn i det objektive gjerningsinnhaldet i straffeboda om ærekrenkingar: Dersom ein først kjem til at ytringane «krenker en annens æresfølelse» (strl. § 246) eller «er egnet til å skade en annens gode navn og rykte» (strl. § 247), er det ikkje ytterlegare krav som må oppfyllast for at ein skal legge til grunn at det objektive gjerningsinnhaldet er oppfylt.

For ærekrenkingane sitt vedkommande har avveginga mellom dei kolliderande interessene kome klarare fram gjennom utforminga av andre rettsvilkår og avvegingsmarkørar. – Eitt eksempel kan vere at Høgsterett dei seinare åra har lagt til grunn retningslinjer for tolkinga av omstridde ytringar som i vesentleg grad tilgodeser ytringsfridommen, sjølv om det kan vere vanskeleg å finne ein konsekvent bruk av desse retningslinjene. Til illustrasjon nemner eg dommen i Rt. 2002 s. 764 (Nordlandsposten) der ein samla Høgsterett la til grunn ein kontekstuell tolkingsmodell. På det grunnlag kom ein fram til eit tolkingsresultat som var meir avdempa enn det som kunne lesast direkte ut av ordlyden i dei omstridde utsegnene. Same året – i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) – tok fleirtalet avstand frå den kontekstuelle tolkingsmodellen i ei sak under strl. § 135 a, og baserte i staden tolkingsresultatet strengt på ordlyden i dei omstridde ytringane.¹⁶ Begge desse avgjerdene er eigna til å vise at det tolkingsresultatet som ligg til grunn for vurderinga av om ytringane er sanne eller ikkje (og i relasjon til strl. § 135 a om ytringane er «kvalifisert krenkende»), er sluttsteinen i ein prosess der ytringsfridommen allereie har vorte tillagt stor vekt. – Og eit anna eksempel på det same: Ytraren treng heller ikkje å bevise alt som vert sagt eller skrive; det er tilstrekkeleg å føre bevis for hovudtrekka i dei framsette påstandane.¹⁷ Også i dette ligg det viktige garantiar for ytringsfridommen. Når desse rettsvilkåra og avvegingsmarkørane ikkje får ein tilfredsstillande

¹⁴ Sjå s. 1076.

¹⁵ Sjå Ot.prp. nr. 29 (1980–1981) Om lov om endringer i straffelovens § 135 a og § 349 a (forbud mot diskriminering av homofile) s. 13.

¹⁶ Sjå særleg s. 1627. For ei meir detaljert framstilling av spørsmålet om retningslinjer for tolking av påstått rasistiske og ærekrenkande ytringar, viser eg til Bjørnar Borvik, Ytringsfridom på norsk – ein kritikk, Lov og Rett 2004 s. 72–98 på s. 91–92 og Bjørnar Borvik, Grunnlova § 100 og vernet mot rasistiske ytringar, Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter 2005 s. 159–173.

¹⁷ Sjå *Andenæs/Bratholm* 1996 s. 207–209, *Eggen* 2002 s. 819–822 og *Mæland* 1986 s. 166–174.

presentasjon, kan ein lett få det inntrykk at avveginga mellom ytringsfridommen og vernet av privatlivet står og fell med utforminga av skuldkravet.

4 DET KONSTITUSJONELT FORANKRA SKULDKRAVET I AMERIKANSK RETT: NOKRE HOVUDLINJER

Etter mitt syn er Ytringsfridomskommisjonen si framstilling av amerikansk rett nokså fattig på nyansar, og det er mogleg at dette også har innverka på sluttresultatet i utgreiinga frå Straffelovkommisjonen. Det er i og for seg treffande når Ytringsfridomskommisjonen peikar på at det etter amerikansk rett i nokre tilfelle berre kan sanksjonerast mot usanne ytringar dersom det kan påvisast forsett eller grov aktløyse hos ytraren.¹⁸ Dei øvrige variasjonane i skuldkravet vert derimot ikkje nemnt, og desse vil eg gje ein nærmare presentasjon i dette avsnittet.¹⁹

Fram til 1964 var det ei alminneleg oppfatning i USA at det domstolsskapte og common law-baserte regelsettet som oppstilte eit sivilrettsleg vern mot ærekrenkingar ikkje var problematisk i forhold til det konstitusjonelle vernet av ytringsfridommen i First Amendment.²⁰ Med avgjerda til U.S. Supreme Court i *New York Times Co. v. Sullivan*²¹ gjekk ein vekk ifrå det objektive ansvaret for ærekrenkingar, og formulerte eit krav om skuld i relasjon til spørsmålet om sanning. Skuldkravet i avgjerda frå 1964, som i og for seg skulle vere velkjent for mange, vart formulert på denne måten:

«The constitutional guarantee require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with «actual malice» – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.»²²

Kravet om «actual malice» skulle etter denne avgjerda berre gjelde i saker der det var offentlege tenestemenn («public officials») som kravde erstatning.²³ Skuldkravet gjaldt dessutan for alle former for erstatning; både den reint symbolske erstatninga,²⁴ dei formene for erstatning

¹⁸ NOU 1999: 27 s. 115 første spalte.

¹⁹ Sjå dessutan framstillinga av skuldkravet i amerikansk rett i *Maeland 1986* s. 70–77.

²⁰ Sjå Rodney A. Smolla, *Law of Defamation, Second Edition, Volume 1*, update # 11, 5/2005, St. Paul, Minnesota 1999 (*Smolla 1999-I*) § 2:1 med vidare tilvisningar.

²¹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

²² *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279–280 (1964).

²³ Kategorien «public official» vart derimot ikkje nærmare definert (sjå note 23 på s. 283 i avgjerda). I avgjerda *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966) vart det likevel klargjort at the «public official» designation applies at the very least to those among the hierarchy of government employees who have, or appear to the public to have, substantial responsibility for or control over the conduct of governmental affairs» (s. 85). Folkevalgte må slik sett alltid kunne seiast å vere omfatta. I seinare avgjerder har ein dessutan lagt til grunn at tilsette i politi og domstolar, og vitskapleg og administrativt tilsette i det statlege skule- og universitetssystemet er å sjå på som «public official» i denne relasjonen. Eg legg dessutan til grunn at også store grupper av offentleg tilsette elles vil vere omfatta av kategorien «public official». For ei nærmare framstilling av dette spørsmålet, viser eg til *Smolla 1999-I* §§ 2:99–2:108 og John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law, Seventh Edition*, St. Paul, Minnesota 2004 (*Nowak/Rotunda 2004*) s. 1267–1268.

²⁴ Den symbolske erstatning («nominal damages») vil typisk vere seks cent eller ein dollar. Sjå nærmare om denne forma for erstatning i Rodney A. Smolla, *Law of Defamation, Second Edition, Volume 2*, update # 11, 5/2005, St. Paul, Minnesota 1999 (*Smolla 1999-II*) §§ 9:5–9:10.

med kompensasjon som føremål,²⁵ og den med eit pønalt føremål.²⁶ – Vel tre år seinare, i avgjerdene *Curtis Publishing Co. v. Butts*²⁷ og *Associated Press v. Walker*,²⁸ avgjorde U.S. Supreme Court at kravet om «actual malice» også skulle gjelde der saksøkeren var ein offentlig person («public figure»), men altså ikkje hadde tilknytning til det offentlege styringsapparatet.²⁹ Mindretalet på fire dommarar meinte at det var grunn til å fråvike det skuldkravet som vart formulert i *New York Times Co. v. Sullivan*, og Justice Harlan la til grunn at:

«a «public figure» who is not a public official may also recover damages for a defamatory falsehood whose substance makes substantial danger to reputation apparent, on a showing of highly unreasonable conduct constituting an extreme departure from the standards of investigation and reporting ordinarily adhered to by responsible publishers.»³⁰

Eit skuldkrav som går ut «highly unreasonable conduct» og ei framferd som representerer «an extreme departure from the standards of investigating and reporting» oppstiller også eit sterkt vern for den saksøkte. Det går likevel klart fram av votumet til Justice Harlan at ein med denne formuleringa meinte å formulere eit noko svakare skuldkrav enn det som var formulert i *New York Times Co. v. Sullivan*.³¹ Fleirtalet meinte derimot at det ikkje var grunn til å behandle «public figures» annleis enn «public officials», og at kravet om «actual malice» difor også måtte gjelde her.³² – Det neste steget i denne utviklinga kom med avgjerda *Gertz v. Robert Welch, Inc.*³³ frå 1974. Saksøkeren her var verken «public official» eller «public figure», og spørsmålet var om skuldkravet i *New York Times Co. v. Sullivan* også skulle gjelde når saksøkeren var ein privatperson («private figure»). Fleirtalet på fem dommarar gjorde det innleiingsvis klart at det skuldkravet som vart formulert i *New York Times Co. v. Sullivan* i 1964 bygde på ei avveging mellom to kolliderande omsyn; på den eine sida omsynet til ei fri og

²⁵ Det er fire former for erstatning som har kompensasjon som føremål: Tapsposten «special damages» er erstatning for økonomisk tap («pecuniary loss»). Tapsposten «general damages» omfattar erstatning for «actual proof of injury to plaintiff's reputation», «actual proof of injury to a plaintiff's emotional well-being», og «presumed general damages». Også den sistnemnte kategorien skal ha kompensasjon som føremål, noko som legg føringar på storleiken på erstatningssummen, og slik sett bidreg til å skille denne forma for erstatning frå erstatning med pønalt føremål («punitive damages»). Desse formene for erstatning er nærmare gjort greie for i *Smolla 1999-II* §§ 9:11–9:35.

²⁶ Den erstatninga som har eit pønalt føremål («punitive damages») skal verke avskrekkande, og står slik sett i eit tett forhold til dei alminnelege straffesanksjonane. Sjå nærmare om denne forma for erstatning i *Smolla 1999-II* §§ 9:36–9:51.

²⁷ *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

²⁸ *Associated Press v. Walker*, 389 U.S. 889 (1967).

²⁹ Chief Justice Warren la på s. 164 til grunn at kategorien «public figure» omfatta dei som er «intimately involved in the resolution of important public questions or, by reason of their fame, shape events in areas of concern to society at large». Den meir detaljerte utpenslinga av denne kategorien har valda amerikanske domstolar mykje hovudbry, og eg går ikkje her nærmare inn på denne grensedraginga. For ei nærmare framstilling av dette spørsmålet, viser eg til *Smolla 1999-I* §§ 2:15–2:19, §§ 2:55–2:76 og §§ 2:77–2:91 og *Nowak/Rotunda 2004* s. 1269–1270.

³⁰ *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 155 (1967).

³¹ Sjå særleg s. 155, der han mellom anna seier at «the rigorous federal requirements of *New York Times* are not the only appropriate accommodation of the conflicting interests at stake».

³² Dette standpunktet vart formulert av Chief Justice Warren, sjå særleg s. 163–164, og fekk tilslutning frå Justice Black og Justice Douglas (s. 170–172), og Justice Brennan og Justice White (s. 172–174).

³³ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

uredd presse, og på den andre sida omsynet til vern av enkeltpersonars omdømme.³⁴ Argumenta for eit sterkt vern av yringsfridommen hadde den same tyngda også i saker der det var privatpersonar som påstod seg ærekrenka, men fleirtalet framheva at behovet for rettsleg vern av omdømmet var meir tungtvegande i saker som involverte privatpersonar enn der det var offentlege tenestemenn eller offentlege personar meir generelt som meinte seg krenka.³⁵ Det å gjere skuldkravet i *New York Times Co. v. Sullivan* gjeldande fullt ut i saker der privatpersonar tok ut søksmål, ville difor «abridge this legitimate state interest to a degree that we find unacceptable».³⁶ Fleirtalet konkluderte deretter på følgjande vis:

«We hold that, so long as they do not impose liability without fault, the States may define for themselves the appropriate standard of liability for a publisher or broadcaster of defamatory falsehood injurious to a private individual.»³⁷

Så lenge statlege domstolar ikkje tilkjente erstatning på reint objektivt grunnlag, ville dei altså halde seg innafor dei konstitusjonelle skrankane i First Amendment. Dette inneber for eksempel at simpel aktløyse med omsyn til sanninga («negligence») er tilstrekkeleg for å tilkjenne erstatning til private saksøkarar som er ærekrenka.³⁸ Dette utgangspunktet må likevel nyanserast: Det mildare skuldkravet skulle berre gjelde for dei formene for erstatning som hadde til føremål å kompensere for dei skadene som ærekrenkinga hadde forårsaka. Fleirtalet kalla dette for «actual injury», og presiserte at desse formene for erstatning:

«is not limited to out-of-pocket loss. Indeed, the more customary types of actual harm inflicted by defamatory falsehood include impairment of reputation and standing in the community, personal humiliation, and mental anguish and suffering.»³⁹

Også under det svakare skuldkravet er det altså eit visst rom for å utøve skjønn frå juryen si side ved fastlegginga av erstatningssummane, sjølv om kompensasjonsomsynet er grunnleggande for desse tapspostane. Når det derimot gjaldt dei formene for erstatning som ikkje bygde på kompensasjonstanken, nemleg «presumed damages» og «punitive damages», skulle framleis kravet om «actual malice» slik det vart formulert i *New York Times Co. v. Sullivan*, gjelde fullt ut.⁴⁰ – Alle sakene som hittil er nemnt, gjaldt emne som hadde offentleg interesse («matters of public or general concern»). I 1985 fekk U.S. Supreme Court seg forelagt ei sak som fleirtalet la til grunn at ikkje hadde offentleg interesse, og der saksøkaren var eit privat firma. Fleirtalet i *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*⁴¹ framheva at omsynet til yringsfridommen i slike saker ikkje var særleg tungtvegande,⁴² men at behovet for rettsleg

³⁴ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 342–343 (1974).

³⁵ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 348–349 (1974).

³⁶ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 346 (1974).

³⁷ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 347 (1974).

³⁸ Spørsmålet om aktløyse vert i mange amerikanske statar avgjort på grunnlag av ei vurdering av avviket mellom faktisk framferd og yrkesetiske krav til journalistisk arbeid («professional malpractice»). Der den saksøkte ikkje er ein journalist eller ei mediebedrift, er det vanleg å vurdere avviket mellom faktisk framferd og framferda til ein alminneleg fornuftig person («ordinary reasonable person»). Sjå nærmare om dette i *Smolla 1999-I* §§ 3:88–3:111.

³⁹ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 350 (1974).

⁴⁰ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 349–350 (1974).

⁴¹ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985).

⁴² *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 758–761 (1985).

vern av omdømmet gjorde seg gjeldande med same tyngde her som i avgjerda i *Gertz v. Robert Welch, Inc.* frå 1974.⁴³ Difor kunne ein legge til grunn at det å tilkjenne erstatning for:

«presumed and punitive damages in defamation cases absent a showing of «actual malice» does not violate the First Amendment when the defamatory statements do not involve matters of public concern.»⁴⁴

Mindretalet på fire dommarar ville derimot vidareføre rettstilstanden som kom til uttrykk i *Gertz v. Robert Welch, Inc.*; nemleg at erstatning for «presumed damages» og «punitive damages» berre kunne tilkjennast dersom saksøkte hadde handla med «actual malice».⁴⁵ Det er ikkje fullt ut på det reine om U.S. Supreme Court med denne avgjerda opna for at statane i saker der emnet er utan offentleg interesse, og der saksøkaren er ein privatperson, kan tilkjenne «presumed damages» og «punitive damages» utan omsyn til skuld hos den saksøkte, eller om saksøkaren i alle fall må påvise simpel aktløyse («negligence») for å få medhald. Og av meir prinsipiell enn praktisk interesse: Tilsvarande uklart er det om statane, utan at det vert påvist skuld hos den saksøkte, også kan tilkjenne erstatning til offentlege tenestemenn og offentlege personar dersom emnet saka gjeld er utan offentleg interesse. I teorien er det lagt til grunn at statlege domstolar kan gjere dette utan å kome i konflikt med krava i First Amendment.⁴⁶

Etter mitt syn burde Ytringsfridomskommisjonen gjere greie for dei innvendingane som er reist mot det skuldkravet som vart formulert i *New York Times Co. v. Sullivan*. Mellom anna har fleire av dommarane i U.S. Supreme Court sjølv formulert kritiske merknader. Det er nærliggande å trekke fram votumet til Justice White i *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*⁴⁷ frå 1985. Han vurderer skuldkravet på denne måten:

«I have also become convinced that the Court struck an improvident balance in the New York Times case between the public's interest in being fully informed about public officials and public affairs and the competing interest of those who have been defamed in vindicating their reputation.»⁴⁸

Det høyrer med til historia at Justice White også var føderal høgsterettsdommar i 1964, og at han då ga si tilslutning til skuldkravet som vart formulert i *New York Times Co. v. Sullivan*. Ein tilsvarande kritikk er seinare formulert av Chief Justice Burger og dåverande Justice Rehnquist i *Coughlin v. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.* frå 1986.⁴⁹ Ytringsfridoms-kommisjonen får heller ikkje fram at det i sakene om avveginga mellom ytringsfridommen og vernet av privatlivet som regel ikkje er ein samstemt U.S. Supreme Court som snakkar, men at ein oftare ser eit djupt splitta dommarkollegium. Her som elles er det sjølv sagt fleirtalet som slår fast kva som er gjeldande rett, men etter mitt syn har det likevel ein viss eigenverdi å få klart fram dei ulike oppfatningane som har gjort seg gjeldande. Ikkje minst vil det å spele med

⁴³ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 757–758 (1985).

⁴⁴ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 763 (1985).

⁴⁵ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 796 (1985).

⁴⁶ Sjå *Smolla 1999-I* §§ 3:17 og 3:22 og *Nowak/Rotunda 2004* s. 1275–1276.

⁴⁷ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985).

⁴⁸ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 767 (1985). Denne kritikken fekk også tilslutning frå Chief Justice Burger på s. 764.

⁴⁹ *Coughlin v. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986).

opne kort her, kunne legge til rette for at lovgjevar foretek eit informert val mellom fullt ut akseptable løysingar.

Forslaget frå Straffelovkommisjonen gjev verken rom for ansvar på objektivt grunnlag eller ansvar som bygger på simpel aktløyse. Kravet om grov aktløyse skal gjelde generelt, og ikkje berre når saksøkarer er «public official» eller «public figure». Eit slikt skuldkrav er etter mitt syn ein framand fugl i norsk ærekrenkingsrett. Til denne kritikken kan det kanskje innvendast at skuldkravet som første gongen vart formulert av U.S. Supreme Court i *New York Times Co. v. Sullivan*⁵⁰ i 1964, gjaldt for *sivilrettslege* sanksjonar, og at ei samanstilling med Straffelovkommisjonen sitt forslag om grov aktløyse som vilkår for *strafferettslege* sanksjonar difor ikkje er treffande. Det er klart nok ein viktig prinsipiell forskjell mellom straffesanksjonar og sivilrettslege sanksjonar. Eg trur likevel at samanstillinga kan forsvarast, noko som kanskje først og fremst heng saman med at sonderinga mellom sivilrettslege og strafferettslege sanksjonar i ærekrenkingsaker ikkje ser ut til å ha verka inn på utforminga av skuldkravet i amerikansk rett. Allereie i *New York Times Co. v. Sullivan* peika Justice Brennan på forholdet til straffesanksjonerte forbud mot framsetting av ærekrenkande ytringar, og uttalte følgjande:

«What a State may not constitutionally bring about by means of a criminal statute is likewise beyond the reach of its civil law of libel. The fear of damage awards under a rule such as that invoked by the Alabama courts here may be markedly more inhibiting than the fear of prosecution under a criminal statute.»⁵¹

Slik eg oppfattar denne utsegna, er det ikkje særlege haldepunkt for at ein vil operere med andre krav til skuld der saksøkarer har lagt ned påstand om straff enn der vedkommande har kravd erstatning for dei ærekrenkande ytringane. I tillegg kjem at skuldkravet som vart formulert i denne saka, også vart lagt til grunn i *Garrison v. Louisiana* frå same året.⁵² Denne saka gjaldt nettopp strafferettslege sanksjonar.

5 SANKSJONSREGIMET SI INNVERKING PÅ UTFORMINGA AV RETTSVILKÅRA OG AVVEGINGSMARKØRANE

Skuldkravet som vart utforma i *New York Times Co. v. Sullivan*⁵³ må dessutan sjåast i samanheng med sanksjonssystemet i amerikansk rett, og kanskje særleg ordninga med oppreisingserstatning («punitive damages»). Domstolane i Alabama tilkjente Sullivan 500.000 dollar i erstatning,⁵⁴ og det verserte tilsaman 11 saker for domstolane i Alabama mot avisa *New York Times* med eit samla erstatningskrav på 5.600.000 dollar.⁵⁵ At erstatningsutmålinga skulle bygge på eit proporsjonalitetsomsyn, vart eksplisitt avvist av to av dommarane.⁵⁶ Fleir-

⁵⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁵¹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 277 (1964).

⁵² *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 67–75 (1964).

⁵³ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁵⁴ Justerer ein denne summen for prisstigning i perioden 1964 til 2005, finn ein at 500.000 amerikanske dollar i 1964 tilsvarar 3.170.000 amerikanske dollar i 2005. Omrekna til norske kroner vert dette omlag 21.250.000 kroner.

⁵⁵ 5.600.000 amerikanske dollar i 1964 tilsvarar 35.504.000 amerikanske dollar i 2005, noko som omrekna til norske kroner vert omlag 237.950.000 kroner. Det er gjort greie for desse søksmåla i fotnote 18 på s. 278 og i votumet til Justice Black på s. 294–295.

⁵⁶ Sjå grunngjevinga til Justice Black og Justice Douglas i *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 293–294 (1964).

talet i *Gertz v. Robert Welch, Inc.* frå 1974 såg det imidlertid som føremålsteneleg at «state remedies for defamatory falsehood reach no farther than is necessary to protect the legitimate interest involved»,⁵⁷ men det er likevel uklart om det etter denne avgjerda gjeld eit proporsjonalitetskrav i amerikansk rett.

Tanken om å formulere eit svakare skuldkrav, og å kombinere dette med eit tak på utmålinga av oppreisingserstatning («punitive damages»), har vorte lansert av fleire enkeltdommarar. Justice White peika i sitt votum i *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders* frå 1985 på følgjande alternative framgangsmåte:

«In New York Times, instead of escalating the plaintiff's burden of proof to an almost impossible level, we could have achieved our stated goal by limiting the recoverable damages to a level that would not unduly threaten the press. ... At the very least, the public official should not have been required to satisfy the actual malice standard where he sought no damages but only to clear his name.»⁵⁸

Påpeikinga av samvirket mellom utforminga av sanksjonsregimet og dei øvrige rettsvilkåra og avvegingsmarkørane er etter mitt syn heilt avgjerande for å forstå den amerikanske rettstilstanden. Med eit sanksjonsregime som det amerikanske gjev det meining å operere med skuldkrav som gjev ytraren eit sterkt vern mot å kome i ansvar.

Etter mitt syn kan det derimot vanskeleg vere noko ved det norske sanksjonsregimet som tilseier at det skulle vere eit reelt behov for å utforme eit strengare skuldkrav enn det som følgjer av gjeldande rett. Så vidt eg veit, er avgjerda i Rt. 1989 s. 257 (Vassdalen) det siste eksemplet på ilegging av straffansvar i form av bøter i norsk ærekrenkingsrett.⁵⁹ Og ein må vel nokså trygt kunne legge til grunn at bruken av fengselsstraff gjekk over i rettshistoria med avgjerda i Rt. 1979 s. 1606 (OBOS), der den tiltalte vart idømt 24 dagars fengsel på vilkår. Dei sivilrettslege sanksjonane som vert brukt mot ærekrenkande ytringar kan heller ikkje seiast å vere særleg inngripande i ytringsfridommen.⁶⁰ Dette gjeld kanskje i særleg grad for mortifikasjon, men erstatningssummane er jamnt over heller ikkje særleg høge. I tillegg må ein kunne sjå på proporsjonalitetskravet i EMK som eit effektivt vern av ytringsfridommen, og dette gjeld som kjent både for straffesanksjonar og sivile sanksjonar.

⁵⁷ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 349 (1974).

⁵⁸ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 771 (1985).

⁵⁹ Ansvarleg redaktør og to av medarbeidarane i avisa Dagbladet vart alle ilagt bøter på 10.000 kroner. For ein gjennomgang av utmåling av straffesanksjonar i saker avgjort av Høgsterett etter 1980, viser eg til Bjørnar Borvik, *The Norwegian Approach to Protection of Personality Rights: With a special emphasis on the protection of honour and reputation*, Bergen 2005 (*Borvik 2005*) s. 75–77. Ein tilsvarende gjennomgang av praksis for perioden 1955–1980 er innteken i *Mæland 1986* s. 229–231.

⁶⁰ For ein gjennomgang av utmåling av sivile sanksjonar, viser eg til *Andenæs/Bratholm 1996* s. 239–260, *Borvik 2005* s. 82–90, *Eggen 2002* s. 766–771 og *Mæland 1986* s. 244–306.

Comparative spots on the law of lease

av forsker mag. dr. Andreas Fötschl, LL.M., M.R.F.

1 INTRODUCTION

Legal science and especially the field of private law have in the last decades experienced a phase of basic comparative research focusing its subjects from a European perspective. In the year 1982 *Ole Lando* founded the Commission on European Contract Law that made it its aim to elaborate a set of rules on contract law. These rules should depict a model solution for a possible common contract law in the EU and reflect the contemporary contract law in Europe. For this purpose the work of the Commission on European Contract Law was strongly based on comparative research in the various jurisdictions. The outcomes of the Commission's efforts are the Principles on European Contract Law Part I–III (PECL), consisting of rules, comments and comparative notes.¹ The Commission on European Contract Law has fulfilled its tasks with Part III of PECL and has dissolved. From a methodological and structural view its work is continued by the Study Group on a European Civil Code (SGECC).² The SGECC started to work in the middle of the year 1999 and many of the former members of the Commission on European Contract Law are now members in the SGECC. The name of the SGECC expresses already that it is not only dealing with contract law. The final aim of the Study Group is an academic draft of a «European Civil Code».

In the latest past the European Commission has officially recognised the work of the SGECC: since May 2005 the SGECC is a part of the «Joint Network on European Private Law». This is a «Network of Excellence» funded by the European Commission. The task is to elaborate a «Common Frame of Reference» (CFR) that makes it (inter alia) possible to improve the existing directives concerning private law and that gives a guideline for both the future development of the *acquis* and the civil law legislation of the member states.³

How are these European developments connected with the University of Bergen and the premises in Håkonsgaten 3? The SGECC has several teams working on different subjects of the law of obligations and the core aspects of the law of property. These working teams are based in several EU-member states.⁴ One further working team of the SGECC is based outside the EU, namely in Norway at the University of Bergen, and is guided by Prof. *Kåre Lille-*

¹ *Lando/Beale*, Principles of European contract law Part I and II, The Hague, Kluwer Law Int., 2000, Part III, The Hague, Kluwer Law Int., 2003, translations to German: *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, I und II, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2002, Part III, 2005. For further translations to Italian, Spanish, French and Dutch see introduction of the German translation.

² For detailed information about the Study Group on a European Civil Code (structure, different working teams, texts, meetings) see www.sgecc.net.

³ For further information about the political process, functions and structure of the CFR, see *Schmidt-Kessel*, Auf dem Weg zum Gemeinsamen Referenzrahmen: Anmerkungen zur Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004, GPR 2005, 2.

⁴ For a list of the working teams see http://www.sgecc.net/index.php?subsite=subsite_3&id=4.

holt.⁵ The task of the working team in Bergen is to elaborate the Principles of Lease of Goods (and Financial Leasing).

The author of this contribution is a member of the Bergen working-team since April 2005.⁶ The author's main task is to write comparative notes to the Principles of European law of lease. The comparative notes shall enable the national reader to see the relation between the Principles and his jurisdiction. Along these studies in lease law many results have been collected that are remarkable from a comparative point of view. This contribution spots three of them: The first one is concerned with the dogmatic basis of tacit prolongation (or tacit renewal) of a lease-contract; the second one with the question, if a lease contract has to have a determined term (and a maximum duration) or if lease contracts for an indefinite term are admissible; the third one is concerned with the different concepts for the obligation(s) of the lessor.

2 TACIT PROLONGATION/RENEWAL OF A LEASE-CONTRACT

The instrument of tacit prolongation or tacit renewal contains a legal solution for the following situation: the lease contract expires and neither party reacts to that; the lessee does not return the leased object and it remains available for his use; the lessor lets this happen without any reaction. This situation has been specifically addressed in Roman law, namely in the figure of the *relocatio tacita*.⁷ The dogmatic basis was a tacit or implied consent.⁸ The main task of the *relocatio tacita* in Roman law appears to be to find a foundation for the duty of the lessee to pay rent for the continued time of factual use,⁹ a purpose that, seen isolated from other problems connected with the situation, in nowadays continental European jurisdictions could well be solved by the rules on unjustified enrichment(s). Nevertheless the *relocatio tacita* has found its way into most of the various Civil Codes of Europe.¹⁰ But one has to see that this process of reproduction has taken place in different forms and with differences in details. One of the most obvious differences, that also explains the headline of this section, is that some jurisdictions regard the situation in question as a prolongation of the old contract whereas others regard it as a renewal (and therefore a new contract), and to a certain extent every solution has its own consequences. This contribution can not spot all differences in the reproduction and therefore restricts itself to the question of the dogmatic basis of tacit prolongation/renewal.

In many European jurisdictions the dogmatic basis for tacit prolongation or tacit renewal is seen in a refutable presumption in law: the inactivity of the parties in this special situation leads to the presumption of a declaration of will with the content that the parties wanted to

⁵ Further members of the working team are: Berte-Elen Konow, Tarjei Bjørkly, Andreas Fötschl, Andreas Meidell, Amund Tørum, and Anders Victorin (University of Stockholm).

⁶ From 1999 till 2005 the author was a member of the working team on extra-contractual obligations based at the European Legal Studies Institute at the University of Osnabrueck/Germany.

⁷ *Ulpian*, D. 19, 2, 13, 11.

⁸ *Zimmermann*, Law of Obligations, pp. 356 sq.

⁹ *Kaser*, Römische Privatrecht¹⁷, p. 203.

¹⁰ See § 545 BGB, § 1114 ABGB (Austrian «Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch»), Art. 266 sect. 2 Swiss OR, Art. 611 Greek CC, Art. 1738 French CC, Art. 1566 Span. CC, Art. 1597 Ital. CC, Art. 1536 Maltese CC, Art. 1056 Port. CC, Art. 674 Pol. CC, Art. 615 Slov. Code of Oblig., § 310 sect. 1 Est. CC, Art. 6.481 Lith. CC, § 431 sect. 2 Hung. CC, § 676 sect. 2 Czech/Slovak CC. The Latvian CC and the Common Law do not know a special instrument having its roots in the Roman *relocatio tacita*.

prolong or renew the contract. This is the case (inter alia) in Austria, Switzerland, France, Spain and Italy.¹¹ The situation is (or what will be shown later «was») different especially¹² in German Law: the dogmatic basis for § 545 BGB¹³ was seen as a fiction¹⁴, what means that the law links consequences to silence instead of declarations of will («*Schweigen an Erklärung Statt*»¹⁵). The consequences of this fiction were regarded as such in law and as independent of the will of the lessor and lessee.¹⁶ The notion was particularly then not applicable when an (implied) agreement was given.¹⁷

Two aspects have to be regarded to this situation. First, the practical impact of this dogmatic difference; and second the latest activities of the German legislator. Very often different dogmatic legal concepts do not lead to any differences in the results of the various rules. For an examination of the results some important factual issues shall be picked out. Of some practical importance is the question how to prevent tacit renewal/prolongation. Those jurisdictions working with a refutable presumption do regularly not mention the non-existence of a declared opposite will of any party as a specific part of the rule on tacit prolongation/renewal.¹⁸ It is simply said in judgments and literature that the presumption is refuted by every event that expresses the undoubtedly will of the lessor (or the lessee) not to continue the contract.¹⁹ In contrast to that the question of opposition is directly addressed in the BGB: according to § 545 sent. 1 BGB a prolongation is not taking place when the lessor or the lessee expresses an opposite will. The opposition is a declaration of will that has to show with no doubt that the declaring person does not want to continue the lease contract; the opposition can also be declared implicitly.²⁰ So, from the point of opposition the dogmatic divergence makes no difference. Further important issues connected with the dogmatic basis are legal capacity and the possibility to contest a declaration. For German law it is said that legal capacity is required, in spite of the fiction-concept²¹ and, most important, that the comparably broad possibility to contest a declaration under German law is excluded in the case of tacit

¹¹ See Würth in Rummel-ABGB I³, § 1114 nr. 4, Zihlmann in Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum OR I, Art. 266 nr. 2, Groslière, Rép. Civ. Dalloz, V° Bail, p. 41, nr. 659, 665, Albaladejo, Derecho Civil II¹², p. 654, nr. 23, Rescigno, Codice Civile I⁵, Art. 1596--1597, nr. 2, p. 1958.

¹² The following sentences are only concerned with German Law. In the preparation for this contribution no other jurisdiction could be found that would have followed the German example.

¹³ Before the *Mietrechtsreformgesetz* 2001 the relevant notion was found in § 568 BGB.

¹⁴ Reichsgericht, 5. May 1933, RGZ 140, 314, 316.

¹⁵ See Larenz, Allgemeiner Teil⁷, § 19 IV c., p. 361 et. sequ.

¹⁶ Larenz, Besonderer Teil I¹³, § 48 VI d., p. 265, Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, p. 53.

¹⁷ Staudinger [-Emmerich], BGB, Bearb. 1997, § 568 nr. 12, with the example of non-application of § 568 BGB (old version) when the lessor lets the lessee go on in use and accepts the rent. In the jurisdictions that have a presumption as a basis it is regularly said, that the ongoing use of the lessee and the acceptance of the rent by the lessor does not necessarily lead to tacit prolongation/renewal, but will be the case in most such situations.

¹⁸ Here has to be mentioned that a rule like Art. 1739 French CC is not dealing with the opposition itself.

¹⁹ Würth in Rummel-ABGB I³, § 1114 nr. 4, Amar-Layani, «La tacite reconduction», D. 1996, chr. p. 143, 146, Díez-Picazol/Gullón, Sistema II⁹, p. 337, Cian/Trabucchi, Codice Civile⁷, § 1597, III., nr. 2.

²⁰ BGH 25 Jan. 1991, BGHZ 113, 290, 297, for details see Emmerich/Sonnenschein, Hk-Mietrecht⁸, § 545 nr. 5 et sequ.

²¹ In the opinion of some authors the concept of a fiction seems as a whole not convincing, because legal capacity of the parties is required for prolongation, see f. ex. Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, p. 314.

prolongation.²² So, here could be, with all cautiousness, the real reason for the fiction concept: it seems to be needed to avoid the very broad possibility for a contestation in case of mistake under German Law.²³ In the other jurisdictions legal capacity is already necessary because of the character of a presumption of a declaration and contestation of a declaration is not even discussed in connection with tacit prolongation/renewal. So, from a practical point of view the different dogmatic bases seem to have no impact also in these issues.

The second aspect mentioned is the latest activity of the German legislator. The legislator of the *Mietrechtsreformgesetz* 2001²⁴ was not satisfied with the fiction from a linguistic point of view²⁵ and changed the wording of § 568 BGB (old version) in the new relevant § 545 BGB in this respect. In the opinion of the legislator the same results can be reached with the simpler wording of just ordering the prolongation of the contract. But this reformulation did not (and also should not) change anything in substance.²⁶ The consequences of tacit prolongation are still seen as such in law; a mistake of the lessor or the lessee about the legal consequences of their conducts is still irrelevant and still § 545 German CC is seen not to cover cases of implied agreement; it is only applicable when otherwise non-contractual-rules (especially *Be-reicherungsrecht*) would govern the relationship of the parties.²⁷ Considering these circumstances it is somehow understandable that some authors still speak of a fiction in connection with the new wording of § 545 BGB,²⁸ but nevertheless others see in the new wording an irrefutable²⁹ presumption.³⁰ So, also in the naming of the dogmatic basis the systems are approaching and what was seen as a divergence at the outset are rather similar systems, when one looks at the contents.

3 DEFINITE TERM ESSENTIAL – INDEFINITE TERM ADMISSIBLE

Another remarkable difference that appears at first sight in the various systems of lease law in European Civil Codes is found in the question, if every lease contract has to have necessarily a definite end (with or without a maximum period) or if lease contracts for an indefinite period (and with an open end) are admissible. To this question five different basic solutions could be found in European jurisdictions:

²² Weidenkaff in Palandt-BGB⁶⁴, § 545 nr. 10

²³ Another explanation could be the following: Today it is clear, that the lack of «*Erklärungsbewußtsein*» leads normally to the possibility to contest the declaration (BGHZ 91, 324). But in the year 1933, when the fiction concept was first mentioned by the Reichsgerichtshof, the «*Erklärungsbewußtsein*» was seen as part of the «*Tatbestand*», so that it's lacking lead to the non-existence of a declaration of will (see therefore *Fötschl*, *Hilfeleistungsabreden und contrat d'assistance*, pp. 101 et sequ.). In the case of tacit prolongation it is very unclear if the parties really intended to declare their will by their inactivity and in the year 1933 that was not regarded to be sufficient for the conclusion of a contract, so that the fiction concept was needed at that time.

²⁴ BGBI. I 2001, 1149.

²⁵ BT-Drucks. 14/4553, p. 44: fiction appears «linguistically awkward».

²⁶ *Emmerich/Sonnenschein*, *Hk-Mietrecht*⁸, § 545 nr. 1.

²⁷ BT-Drucks. loc. cit.: the rules on unjustified enrichments or on owner-possessor-relationship would not be appropriate and would in most cases not correspond with the presumptive will of the parties.

²⁸ *Eckert* in *Handkommentar-BGB*², § 545 nr. 1.

²⁹ For the «irrefutable» character of the presumption one has to see, that § 545 BGB already mentions the opposition in its wording and incorporates by this way the «refutability».

³⁰ *Oetker/Maultzsch*, loc. cit.

The first model is to allow indefinite contracts and have no maximum period for contracts for a definite term; that is for example the solution in the Austrian ABGB, although § 1090 ABGB works with the same wording («*gewisse Zeit*») as the French CC in Art. 1709 («*certain temps*»). But whilst in French law this ambiguous term is understood to be a prohibition of perpetual contracts,³¹ it is interpreted in Austria in its other possible sense, namely that the lessee must be contractually bound at all, what means for at least some time; any temporal binding of the lessor suffices to fulfil the criteria.³² This represents already the second possible model: to have no explicit maximum period, allow indefinite contracts, but perpetual leases are declared inadmissible. Next to French law³³ this system is followed for example in the Swiss OR.³⁴ The third possible model would be to allow indefinite contracts and to work with a maximum period for definite periods (most common 30 years³⁵); in this third model every party has a right to extraordinary termination after the maximum period³⁶ or the contract is transformed after the maximum period into a contract for an indefinite period.³⁷ There is a fourth model found in European Codes that does in contrast to model 1–3 not allow contracts for an indefinite period. If a contract is made for an indefinite period, the term is given by law (ex-lege duration). This model is found in Italian³⁸ and in Spanish law³⁹. But what happens in these jurisdictions when the parties were not aware of these rules and tried to make a contract for an indefinite period? Then, as already mentioned, the law determines the dura-

³¹ *Huet*, Contrats spéciaux, nr. 21145, p. 633 e. sequ., with reference to the origin of the thought, that contracts can not be perpetual. The thought came up during the French Revolution.

³² *Würth* in Rummel-ABGB I³, § 1090 nr. 4.

³³ See note above.

³⁴ *Zihlmann* in Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar OR I, Art. 255 nr. 6. One has to see also, that perpetual bindings in contracts are often forbidden by general rules, see therefore as an example Art. 6.109 PECL (Contract for an Indefinite Period) and Art. 15.101 PECL, comment B («*übermäßige Dauer*»).

³⁵ See the following footnotes for German, Greek, Estonian law. Italian law also knows a maximum duration of 30 years, but does not allow indefinite contracts. According to Art. 1573 Ital. CC a contract of lease can not be stipulated for a period exceeding thirty years (with exceptions found in Art. 1607 and Art. 1629 Ital. CC for dwellings and rural real estates). If a contract is stipulated for a longer period or in perpetuity, it is reduced to the duration of thirty years. For considerations following later on in this text it is important to remark here that Spanish Law does not know a thirty years maximum period.

³⁶ § 544 German CC states, that in the case of a contract made for a period exceeding thirty years every party has a right to extraordinary termination after thirty years after the surrender of the leased object. The only consequence of this provision is the possibility of extraordinary termination after the maximum period (see therefore *Emmerich/Sonnenschein*, Hk-Mietrecht⁸, § 544 nr. 5).

³⁷ According to Art. 610 Greek CC a lease contract can be terminated after the lapse of thirty years by notice in conformity with the provisions on leases for an indefinite duration, if the contract was concluded for a period longer than thirty years or for the lifetime of one of the parties. § 318 sect. 1 Est. Law of Oblig. stipulates that either party may cancel a lease contract entered into for longer than thirty years (with an exception for contracts for the lifetime of a party, sect. 2) after thirty years. For the details of cancellation a reference is made to § 312 Est. Law of Oblig. (sect. 3); this provision is dealing with terms for ordinary cancellation of lease contract for unspecified term.

³⁸ Art. 1574 Ital. CC gives an ex-lege duration for contracts without a determine duration. See *Cian/Trabucchi*, Codice Civile⁷, Art. 1574, I, nr. 1: «*tutte le locazioni hanno una durata: o determinata pattizamente o fissata dalla legge*».

³⁹ See Art. 1543, 1577 and 1581 Span. CC. For further details and references to judgments of the Tribunal Supremo see *Díez-Picazo/Gullón*, Sistema II⁹, p. 331: «*Plazo determinado es lo contrario de la perpetuidad y de la indefinición.*»; but see also *Albaladejo*, Derecho Civil II¹², p. 631 et sequ., nr. 10: «*tiempo determinado*» in Art. 1543 CC is a «*frase non feliz, ya que realmente el tiempo puede ser indeterminado, y lo que no puede ser el arrendamiento es a perpetuidad*». So, in the opinion of *Albaladejo* contracts for an indefinite period are allowed.

tion of the contract and it is most probable, that the lessee simply goes on in using the thing after the unknown term and the lessor lets leave it like that. But here it is important to see that the described situation can be regarded as a case of tacit prolongation/renewal: According to Art. 1596 sect. 2 Ital. CC the lease with an *ex-lege* duration does not end, if a notice of termination is not given⁴⁰ and according to Art. 1597 sect. 1 Ital. CC the contract with an *ex-lege* duration is tacitly renewed if a notice of termination has not been given in accordance with Art. 1596 sect. 2 Ital. CC.⁴¹ The duration of the new lease is governed (again) by the *ex-lege* duration of Art. 1574 Ital. CC and tacit renewal can take place as many times as notice is not given in time. Of course, frankly spoken it is not very convincing to use tacit renewal for such a purpose, because in these cases the renewal is a consequence of the missing notice of termination and not of a presumption of declarations.⁴² However, for our purposes it is only important to see that tacit renewal in these cases leads to the fact that the mandatory definite *ex-lege* duration is by no means as definite as it seemed. And the only real difference that can be seen between the Italian system and the systems with contracts for an indefinite period is, that in the latter ones the notice of termination is followed by a period of notice before the contract ends, whereas in the Italian system notice of termination can only be given (with a period of notice) for special points in time. The difference in the various concepts of the European Civil Codes concerning mandatory definite and admission of indefinite periods is by far smaller than it seemed at the outset.

4 OBLIGATIONS OF THE LESSOR

The various European Civil Codes contain two different basic models for a concept of the obligation(s) of the lessor. Some Civil Codes enumerate singular obligations of the lessor. In these systems one finds generally three main obligations of the lessor: to deliver the thing (in good repair), to maintain it in that state and to assure to the lessee the peaceful enjoyment of the thing. Such an enumeration is for example found in Art. 1719 French CC and especially in those jurisdictions which were under some influence of the French Civil Code.⁴³ This model regards the delivery of the thing similar to sales law and contains a special notion on peaceful enjoyment for the dynamic aspect of the lease relationship.

The second model is to see the obligation of the lessor as a dynamic unity at the outset. In this view the lessor is obliged to make the thing available to the lessee for the contractually agreed use. The Austrian ABGB (§ 1090) appears to be the first one working with this unitary concept and it is also found in § 535 BGB and in many other Codes.⁴⁴

The question, if this conceptual difference has any practical consequences can not be examined here. But what can be shown is that the difference is not a simple question of codifica-

⁴⁰ This Art. reads rather complicated: «*La locazione senza determinazione di tempo non cessa, se prima della scadenza stabilita a norma dell'art. 1574 una delle parti non comunica all'altra disdetta*».

⁴¹ Art. 1597 sect. 1 Ital. CC: «*La locazione si ha per rinnovata ... se, trattandosi di locazione a tempo indeterminato, non è stata comunicata la disdetta a norma dell'articolo precedente.*» For Spanish Law see Art. 1566 Span. CC.

⁴² *Rescigno*, Codice Civile I⁵, Art. 1596-1597, nr. 3: «*La rubrica dell'art. 1597 è impropria perché nel caso in esame la riconduzione non deriva da una tacita (e presunta) volontà delle parti ma dal mancato assolvimento di un onere con effetti risolutivi*» (w.f.r.).

⁴³ Art. 1719 Bel. CC, Art. 1554 Span. CC, Art. 1539 Maltese CC, Art. 1575 Ital. CC.

⁴⁴ § 664 Czech/Slovak CC, Art. 256 sect. 1 Swiss OR, Art. 575 Greek CC, § 276 Est. Law of Oblig., Art. 662 Pol. CC, Art. 6.483 Lith. Law of Oblig.

tory aesthetics. A codification aims to be a system of correct, logically deductible and harmonized sentences. For this reason it is necessary to see if the different concepts of the lessor's obligation(s) are in itself correct; German and French law shall serve as a role model here.

The principal obligation of the lessor is found in § 535 sect. 1 sent. 1 BGB: the lessor is obliged to allow the lessee the use of the leased object during the lease period («*Mietzeit*»). Sentence 2 of § 535 sect. 1 BGB specifies, what the lessor has to do to fulfil this obligation: he has to hand over the leased object to the lessee in a state suitable to the agreed use and has to maintain it in that state during the lease period.⁴⁵ These sentences are free of any logical frictions.

Art. 1719 French CC enumerates the principal obligations of the lessor as already shown above. In French literature it is said, that this enumeration follows a chronological order.⁴⁶ But is this chronological order correct? For example: Art. 1720 French CC specifies the obligation to deliver; the lessor has to deliver «*la chose en bon état de réparations de toute espèce*». But according to Art. 1719 nr. 2 French CC the lessor has to maintain «*cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée*». Delivery and maintenance are separated only by one second; as soon as the lessor has delivered his obligation to maintain begins. Why are two different standards given for these obligations? The difference is seen in French literature but no explanation is given for it.⁴⁷ For Italian law arises the same problem.⁴⁸ But in Italian legal literature it is said, that the duty to deliver the thing in Art. 1575 nr. 1 Ital. CC is (in spite of the objective formula) understood as a concept referring to the agreed use.⁴⁹ So, it seems as if the chronological order runs out of order.

But it is more important to see, that a chronological order is not correct at the outset. *Bénabent* describes the enumeration of Art. 1719 French CC as deceptive in two ways: First, it is not complete,⁵⁰ second it pretends the obligations of the lessor to be parallel and independent one of each other, whereas in reality there is only one essential obligation of the lessor: to assure the lessee the peaceful enjoyment of the thing; all other obligations can be regarded as being just different means contributing to this aim.⁵¹ And if one compares the statements found to the obligation contained in Art. 1719 nr. 3 French CC⁵² with the statements to the

⁴⁵ «*Gebrauchsüberlassungs-, Gebrauchserhaltungs- und Instandhaltungspflicht*», see f.ex. *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, p. 278, *Larenz*, Besonderer Teil I¹³, § 48 II, p. 219.

⁴⁶ *Huet*, Contrats spéciaux, nr. 21160, *Malauriel/Aynès/Gautier*, Contrats spéciaux¹⁴, p. 427.

⁴⁷ *Groslière*, Rép. Civ. Dalloz, V° Bail, nr. 193.

⁴⁸ Art. 1575 nr. 1 Ital. CC demands delivery «*in buono stato di manutenzione*»; but nr. 2 stipulates to maintain the thing in a state to serve for the contractually agreed use.

⁴⁹ *Catelani*, Locazione³, p. 196: «*concetto relativo*» to the agreed use, *Cian/Trabucchi*, Codice Civile⁷, Art. 1575, II., nr. 1, *Rescigno*, Codice Civile I⁵, Art. 1575 nr. 3. For Belgium law, where the problem is also apparent, it is said, that the obligation to maintain the thing in a state to serve (for contractual use) implies to deliver it in the same state (*Haye/Vankerckhove*, Baux en général², nr. 575).

⁵⁰ The enumeration does not contain the guarantees and the obligation to secure, which are also found in the French CC.

⁵¹ *Bénabent*, Les contrats spéciaux⁶, nr. 334-3.

⁵² According to Art. 1719 nr. 3 CC the lessor is obliged to guarantee to the lessee a peaceful enjoyment for the duration of the lease. Normally this obligation is split up in two components: First, the lessor is bound not to make any personal act that disturbs the lessee in the use (*Bénabent*, contrats spéciaux⁶, nr. 336), what is seen as an obligation to omit (*Collart-Dutilleul/Delebecque*, contrats civils⁷, nr. 496, «*Gebrauchsbelassungspflicht*»), or as a prolongation of the delivery (loc. cit., 497) and constitutes the dynamic element of a lease; this is seen as an

obligation to allow the contractually agreed use during the lease period in German law, one can not overlook the similarities. From this can be summarized, that the system of enumeration of the lessor's obligation in a chronological order does not express the hierarchies correctly and that this has been recognised in French legal literature. Even if this might in many cases have no practical influence,⁵³ the unitary model seems to draw the picture of the lessor's obligations more precisely and should serve as a role model for a common European solution.

5 FINAL REMARKS

These spots are only examples of phenomenon's that appear very often in comparative law: Under point 2 and 3 it was shown that different dogmatic concepts and different expressions do not necessarily produce different results in the answering of functional questions. Moreover, very often despite these differences the results for functional questions are the same. The reason for this is that concepts are drawn and expressions are chosen with a specific, sometimes politically inspired, background, whereas functional questions are answered by courts; and in a court-yard dogmatic concepts are ousted by the necessity to find practical solutions that people can live with and this necessity knows no borders. Under point 4 it was shown that the European jurisdictions do not live isolated one from each other, but experience a vivid exchange of thoughts and ideas and learn from each other, even though the sources of an idea are not always declared. Ideas that are found in one jurisdiction are very often also present in another. From this it follows not only that the legal reasoning and the factual solutions for disputes under different legal systems are not as different as it might seem, but also that a «European Civil Code» is from a technical point of view feasible without revolutionary changes in the singular systems. The questions remain if the political will and the competence therefore exist. But these questions can be answered positively rather quick when the technical preparations are done and the right political mood has come. And that this political mood is in the future not as unrealistic as some opponents of a «European Civil Code» believe is shown by the «*Common Frame of Reference*» now requested of the European Commission. It shows the dissatisfaction of the European Commission with the *status quo* and that think-tanks in Brussels are at least running warm.

«*obligations essentielle du contrat*» (Huet, *contrats spéciaux*, nr. 21164, p. 658). The second component is of no importance in this connection.

⁵³ But problems can arise hypothetically, for example, if within the system of enumeration some obligations can be contracted away and others not, as it is the case in French law.

Er det hensiktsmessig med både overtredelsesgebyr og foretaksstraff som sanksjon ved samme brudd på konkurranseloven?

Av universitetsstipendiat Knut Høivik

1 INNLEDNING

Dersom et foretak overtrer konkurranselovens forbudsbestemmelser, risikerer det særlig to offentligrettslige sanksjoner: Overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 og foretaksstraff, jf. konkurranseloven § 30 og straffeloven § 48 a. Temaet for denne artikkelen er om dette tosporede sanksjonssystem er hensiktsmessig.¹

For å sikre at enkeltvedtak og pålegg om å gi opplysninger til konkurransemyndighetene etterleves, kan Konkurransetilsynet i tillegg ilegge et foretak tvangsmulkt til forholdet er rettet, jf. konkurranseloven § 28. Denne spesielle sanksjonsformen behandles ikke i denne artikkelen. Det samme gjelder muligheten for å gi dom for inndragning etter straffeloven §§34–38.

Bakgrunnen for å reise spørsmålet er at overtredelsesgebyret og foretaksstraffen i stor grad tjener samme funksjon. *Anvendelsesområdet* for de to sanksjonstypene er langt på vei sammenfallende. De fleste lovovertridelser, ikke minst det sentrale forbudet i § 10 mot konkurransebegrensende avtaler, kan gi grunnlag for både overtredelsesgebyr og straff. Et viktig unntak er likevel brudd på forbudet i § 11 om misbruk av dominerende stilling, som bare gir grunnlag for overtredelsesgebyr, ikke straff, jf. § 29 første ledd bokstav a, sml. § 30 første ledd bokstav a. Både overtredelsesgebyr og foretaksstraff er videre en *bøtesanksjon*. Dessuten har begge sanksjonene et *preventivt formål*. Overtredelsesgebyret skal styrke den preventive effekt av konkurranselovens forbudsbestemmelser.² I tråd med straffens generelle formål har også foretaksstraffen en preventiv begrunnelse. Formålet er å styrke straffebudets preventive effekt sammenlignet med hva som kan oppnås gjennom et personlig straffansvar.³

Siden overtredelsesgebyret og foretaksstraffen har samme grunnlag (overtredelse av forbudsbestemmelser konkurranseloven), samme formål (prevensjon) og samme karakter (bot), er det grunn til å reise spørsmål om det er behov for begge sanksjoner. Hvorfor valgte man et system med to alternative bøtesanksjoner for samme lovbrudd?

I konkurranselovens forarbeider er systemet begrunnet i særlig to hensyn: Hensynet til harmonisering med EU-konkurranseretten, jf. nedenfor pkt. 2, og effektivitetshensynet, jf. nedenfor pkt. 3. Vi skal se litt nærmere på hvor langt disse to hensyn kan begrunne et tosporet sanksjonssystem.

¹ Med «foretak» menes «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet», jf. konkurranseloven § 2. Dette omfatter i praksis alle næringsdrivende juridiske personer som for eksempel selskaper, stiftelser, foreninger og samvirkeforetak. Også enkeltpersonforetak omfattes.

² Se NOU 2003: 12 s. 124 andre spalte.

³ Se Ot.prp. nr. 27 (1990–91) s. 7 andre spalte.

2 HARMONISERINGSHENSYNET

Innføringen av et tosporet sanksjonssystem med overtredelsesgebyr og foretakstraff må ses i lys av ønsket om å harmonisere norsk konkurranserett med EU-konkurranserettens reguleringssystem. Den tidligere konkurranselov av 11. juni 1993 nr. 65 (konkurranseloven 1993) var utformet som en kombinert forbuds- og inngrepslov. Dersom foretak utviste konkurransebegrensende atferd, kunne Konkurransetilsynet treffe inngrepsvedtak etter § 3-10. Konkurranseloven 1993 hjemlet videre to administrative sanksjoner som kunne brukes mot foretak: Etter § 6-5 hadde Konkurransetilsynet for det første kompetanse til å pålegge foretak helt eller delvis å avstå den vinning foretaket oppnådde ved overtredelse av konkurranseloven, eller inngrepsvedtak med hjemmel i loven. Denne kompetansen ble aldri benyttet.⁴ Etter § 6-4 hadde Konkurransetilsynet for det andre kompetanse til å ilegge tvangsmulkt overfor foretak. Formålet med denne sanksjonen var å sikre at inngrep ved enkeltvedtak etter konkurranseloven ble overholdt. Tvangsmulkt gikk ut på at den som vedtaket rettet seg mot, skulle betale en løpende mulkt til staten til forholdet var rettet. Den ble svært sjelden benyttet.⁵ Ut over dette kunne et foretak som brøt konkurranselovens forbudsregler eller konkurransetilsynets inngrepsvedtak, ilegges foretaksstraff.

Under dette sanksjonssystemet tjente de administrative sanksjoner og foretaksstraffen ulike formål. Vinningsavståelse var først og fremst begrunnet i hensynet til at ingen skal tjene på lovovertridelser. Tvangsmulktens funksjon var først og fremst å være et tvangsmiddel for å sikre fullbyrdelse av et individuelt pålegg. Tatt i betraktning den sjeldne bruk av de administrative sanksjoner, var straff rent faktisk den dominerende sanksjon overfor foretak etter konkurranseloven 1993.

Konkurranseloven markerte overgang til et nytt reguleringssystem på konkurranserettens område. Inngrepshjemlene er langt på vei byttet ut med forbudsbestemmelser; ikke minst når det gjelder de sentrale forbudene mot konkurransebegrensende avtaler, jf. § 10, og misbruk av dominerende stilling, jf. § 11. Bakgrunnen for denne endringen i reguleringssystem var ønsket om å harmonisere reglene med EU-konkurranserettslige regler som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen. Forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11 svarer således til EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Overgangen fra inngrepshjemler til forbudsbestemmelser, aktualiserte også *harmonisering av sanksjonssystemet*. Ved brudd på EU-konkurranserettslige forbud kan foretaket ilegges bøter.⁶ Det er Kommisjonen som har kompetanse til å ilegge et foretak bot. Avgjørelsen kan bringes inn for EU-domstolen. De nærmere regler om vilkår for og utmåling av bøtesanksjonen er regulert i Rådets forordning nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i traktaten art. 81 og 82 (RfO nr. 1/2003). Med hjemmel i forordningen har Kommisjonen i tillegg utarbeidet nærmere retningslinjer for utmåling av bøkene. Etter forordningen artikkel 23 nr. 5 har boten ikke strafferettslig karakter. Etter alt å dømme vil foretaket like fullt være beskyttet av rettssikkerhetsgarantiene i EMK art. 6. Et ordinært straffansvar for fysiske personer eller foretak er ikke mulig innenfor EU-systemet.

⁴ Se NOU 2003: 12 s. 115 andre spalte.

⁵ På tidspunktet for Konkurranselovutvalgets innstilling, hadde den bare blitt benyttet i tre tilfeller som gjaldt manglende etterlevelse av vedtak etter § 3-10, jf. NOU 2003: 12 s. 116 første spalte.

⁶ Kommisjonen har også kompetanse til å ilegge et foretak tvangsmulkt for å tvinge frem opphør av en overtredelse eller etterlevelse av et pålegg, jf. RfO nr. 1/2003 artikkel 24.

Konkurranselovutvalget uttalte om dette:⁷

«EU/EØS-retten har et langvarig og etablert system med sivilrettslige bøter. Reelle hensyn taler for at konkurransemyndighetene ved en desentralisering får kompetanse til å ilegge sivilrettslige bøter ved brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54, slik som EFTA's overvåkningsorgan har i dag. Like prosessuelle regler og sanksjoner for saker med EØS-dimensjon og nasjonale saker bidrar til likebehandling og økt forutberegnelighet for aktørene. Dette kan igjen tale for at dersom sivilrettslige bøter blir innført gjennom desentralisert håndheving, bør sivilrettslige bøter også kunne ilegges i nasjonale saker.»

En spesiell side ved harmoniseringsargumentet var at straffutmålingspraksis etter konkurranseloven 1993 ikke var i overensstemmelse med utmålingspraksis i EU. Konkurranselovutvalget slo i den forbindelse fast:⁸

«Bøtenivået ved overtredelser av EU/EØS-konkurransereglene har som det fremgår ovenfor generelt vært høyere enn ved overtredelser av den norske konkurranseloven. Harmonisering av sanksjonsmidler kan sikre at bøtenivået som da gjelder ved overtredelser av EU/EØS-reglene opprettholdes ved desentralisert lovgivning.»

Innføring av et administrativt overtredelsesgebyr som utmåles i samsvar med bøtenivået i EU-konkurranseretten, skulle dermed bidra til å harmonisere bøtenivået.

Harmoniseringsargumentet er i forarbeidene først og fremst fremhevet som argument for innføring av en administrativ sanksjon som supplement til foretaksstraffen. Det er grunn til å påpeke at hensynet til harmonisering med EU-rettens konkurranseregler kunne vært ivaretatt gjennom videreføring av foretaksstraffen uten en supplerende administrativ sanksjon. EU-konkurranseretten krever nemlig ikke at sanksjonen skal være administrativ. Bakgrunnen for EU-konkurranserettens ensporede administrative system er blant annet at medlemslandene ikke har villet vedta overnasjonale håndhevingsorganer som kan ilegge borgerne straff.⁹ Den administrative bøtesanksjonen mot foretak er dermed den eneste (vesentlige) sanksjonsform ved brudd på EU-konkurranserettens forbud.

Problemet med at straffutmålingsnivået har vært lavere enn praksis i EU, kunne vært løst ved en lovfestet skjerpning av straffenivået. Slik er systemet i Danmark, hvor et foretaks brudd på konkurranselovgivningen sanksjoneres med foretaksstraff.

På den andre siden kunne harmoniseringshensynet vært ivaretatt gjennom å erstatte foretaksstraffen med overtredelsesgebyr. I Sverige kan det reageres med en administrativ bøtesanksjon overfor foretak som bryter konkurranseloven. Overtredelser er imidlertid ikke straffbare.

Følgelig er det ingen nødvendig sammenheng mellom et tosporet sanksjonssystem og behovet for harmonisering med EU-rettens konkurranseregler.

⁷ Se NOU 2003: 12 s. 124 andre spalte. Se også (2003–2004) s. 116–117.

⁸ Se NOU 2003: 12 s. 124 andre spalte, jf. s. 125 andre spalte. Departementet tiltrådte denne vurderingen, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 116 andre spalte.

⁹ NOU 2003: 12 s. 125 andre spalte.

3 HENSYNET TIL ET EFFEKTIVT SANKSJONSSYSTEM

3.1 Innledning

Det andre sentrale hensyn som bærer et tosporet sanksjonssystem, er ønsket om et effektivt sanksjonssystem. Dette effektivitetshensynet knytter seg dels til håndhevelsen av sanksjonene og dels til behovet for et fleksibelt sanksjonssystem.

3.2 Overtredelsesgebyret kan håndheves mer effektivt enn straff.

Et sentralt ledd i begrunnelsen for innføring av overtredelsesgebyr er at denne sanksjonen kan håndheves mer effektivt enn straffesanksjonen. Overtredelsesgebyret er en administrativ sanksjon som håndheves av Konkurransetilsynet. Dersom et foretak blir ilagt overtredelsesgebyr, kan det bringe spørsmålet inn for domstolen gjennom sivilt søksmål. Foretaksstraff ilegges ved dom, jf. grunnloven § 96, og behandles etter straffeprosessens regler. Konkurranselovutvalget viste til at gebyret kan håndheves mer effektivt blant annet fordi det ikke vil gjelde samme krav til bevisets styrke for å idømme overtredelsesgebyr som for straff. Utvalget la til grunn at beviskravet bør være «klar sannsynlighetsovervekt».¹⁰ Departementet mente terskelen var enda lavere og la til grunn at det er tilstrekkelig med «sannsynlighetsovervekt».¹¹ Selv om departementets uttalelse legges til grunn som lovgivers intensjon, bidrar forholdet til EMK artikkel 6 og beviskravsreglene i EUs konkurranserett til at løsningen likevel er nokså usikker.¹²

En annen faktor som kan bidra til å overtredelsesgebyret kan håndheves mer effektivt enn straff, er at Konkurransetilsynet har en faglig kompetanse som kanskje gjør det bedre rustet enn påtalemyndigheten til å etterforske lovbrudd innen for denne sektoren.¹³

Hensynet til effektiv håndhevelse er imidlertid neppe i seg selv en overbevisende grunn til et tosporet system. Konsekvensen av argumentet er snarere at det vil være lite behov for foretaksstraff ved siden av overtredelsesgebyret. Dette bringer oss over til den andre siden av effektivitetsargumentet.

3.3 Hensynet til et mer fleksibelt sanksjonssystem.

Den nye konkurranseloven innebærer flere forbudsregler sammenlignet med konkurranseloven 1993. Dette skaper behov for et mer finmasket reaksjonssystem som fanger opp både alvorlige og mindre alvorlige lovbrudd. Et tosporet sanksjonssystem kan sikre større fleksibilitet med hensyn til valg av sanksjonsform sammenlignet med et system som bare åpner for overtredelsesgebyr *eller* foretaksstraff.¹⁴

Et fleksibelt sanksjonssystem forutsetter imidlertid at de ulike sanksjoner tjener ulike funksjoner. Konkurranselovutvalget fremhevet i den forbindelse at straff burde forbeholdes de mest

¹⁰ Se NOU 2003: 12 s. 131 første spalte.

¹¹ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 241 første spalte, jf. s. 117 andre spalte. Tilsvarende syn er lagt til grunn av Konkurransetilsynet i vedtak om overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 11, jf. V2005-9: SAS AB.

¹² Se Hans Petter Graver: Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten (TfR 2004 s. 465–498), særlig s. 488 flg.

¹³ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 117 første spalte.

¹⁴ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 116 andre spalte.

alvorlige lovovertrødelserne, mens den administrative sanksjon skulle anvendes ved mindre graverende forhold:¹⁵

«Innføring av sivilrettslige bøter vil kunne bidra til å fange opp lovovertrødelser som ikke er så graverende at det er nødvendig med en straffereaksjon. Det kan trekkes en parallell til skatterettens område. Dersom ordinær straffesak skulle være eneste reaksjonsmulighet i bekjempelsen av skattesvik, ville de effektivitetskrav som gjør seg gjeldende på dette området, med et stort antall lovovertrødelser, bli tilsidesatt. Dette hensynet tilsier med styrke at det også må kunne opereres med sivilrettslige sanksjonsmidler. Hensynet til forholdsmessighet mellom overtrødelse og sanksjon er viktig. Det er derfor nødvendig med ett sett av reaksjoner som gjør det mulig å velge en reaksjon som er tilpasset den aktuelle overtrødelse. Ved overgangen til et rent forbudsprinsipp der flere type handlinger blir forbudt vil det, i enda større grad enn i dag, være behov for et mindre ekstremt reaksjonsmiddel enn straff.»

Dette synet på forholdet mellom administrativ sanksjon og straff er i tråd med innstillingen til Sanksjonsutvalget.¹⁶ Innstillingen inneholder anbefalinger knyttet til bruk av administrative sanksjoner og straff på generelt grunnlag. Utvalgets anbefaling er at administrative sanksjoner i form av blant annet bøter bør benyttes der det er nødvendig med en sanksjon, men hvor overtrødelsen ikke er så alvorlig at det bør reageres med straff.¹⁷

Uttalelsene i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) vedrørende forholdet mellom overtrødelsesgebyr og foretaksstraff er ikke like klare, men siden departementet gjengir både Konkurranselovutvalgets og Sanksjonsutvalgets anbefaling uten nærmere kommentarer, er det grunn til å trekke den konklusjon at departementet var av samme oppfatning som disse utvalgene på dette punkt.¹⁸ I tillegg presiserte departementet at:¹⁹

«... innføringen av et nytt sivilrettslig sanksjonsspor vil kunne effektivisere håndhevelsen av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og ... dette kan innebære at foretaksstraff og individuelt straffansvar gis en noe mer tilbaketrøkket rolle der dette er rimelig og hensiktsmessig.»

Forarbeidene bygger etter dette på den forutsetning at et tosporet sanksjonssystem best sikrer at sanksjonen står i forhold til overtrødelsens grovhet. Straffesanksjonen skal begrenses til de mest graverende tilfeller, mens overtrødelsesgebyret skal brukes ved øvrige lovbrudd.

At straff skal brukes i de mest graverende tilfeller, forutsetter at foretaksstraff kan anses som en strengere sanksjon mot brudd på konkurranseloven enn et overtrødelsesgebyr. Det er grunn til å reise tvil om dette er treffende. Det som gjør straff til en typisk strengere reaksjonsform enn et administrativt gebyr, er for det første at dens innhold kan være mer inngripende. Overfor en fysisk person trer dette klart frem: En fengselsstraff vil for eksempel være mer inngripende enn et administrativt gebyr. I forholdet mellom overtrødelsesgebyr og foretaksstraff ved brudd på konkurranseloven er dette ikke like innlysende fordi begge sanksjonsformer går ut på betaling av en pengesum. Av forarbeidene fremgår at det er meningen at utmålingen av overtrødelsesgebyr skal tilpasses bøteniåvet i EU-konkurranseretten.²⁰ Dette nivået er i noen saker meget høyt. Konkurranselovutvalget refererer for eksempel til en sak fra 2001 om ulov-

¹⁵ Se NOU: 2003: 12 s. 126 andre spalte.

¹⁶ Se NOU 2003: 15.

¹⁷ Se NOU 2003: 15 s. 150 første spalte.

¹⁸ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 109 første spalte og s. 116 andre spalte.

¹⁹ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 124 første spalte.

²⁰ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 118 første spalte.

lig prissamarbeid og markedsdelingsavtaler hvor Kommisjonen ila bøter på totalt 218 000 000 euro.²¹ Straffutmålingspraksis i norske konkurransesaker har tradisjonelt ligget langt under dette nivået. Det er ingen bestemmelser i konkurranseloven som tar sikte på å skjerpe denne straffutmålingspraksisen, og harmoniseringshensynet tilsier uansett at nivået ikke bør være høyere enn i EU-systemet. Forbudet mot dobbeltstraff i EMK 7. tilleggsprotokoll artikkel 4 nr. 1 vil videre være til hinder for at man anvender både foretaksstraff og overtredelsesgebyr mot et foretak for samme overtredelse av konkurranseloven. Det er derfor grunn til å tro at gebyrpraksis vil ligge på et høyere nivå en bøtestraff.²²

For det andre anses straff som en strengere sanksjon fordi den ofte vil ha en mer stigmatiserende effekt enn en administrativ sanksjon.²³ Overfor foretak vil en eventuell stigmatiserende effekt kanskje først og fremst kunne måles i dets omdømme eller goodwill. Under forutsetning av at utmålingsnivået er like høyt, er det imidlertid høyst usikkert om det spiller noen rolle for omdømmet om det reageres med overtredelsesgebyr eller foretaksstraff ved brudd på konkurranseloven.

I tillegg kommer at ønsket om å forbeholde straff for de mest graverende tilfeller kan være problematisk i forhold til skyldkravet for henholdsvis overtredelsesgebyr og foretaksstraff. Etter konkurranseloven § 29 er et vilkår for overtredelsesgebyr at den som har overtrådt loven på vegne av foretaket, har utvist forsett eller grov uaktsomhet. I forarbeidene er vilkåret begrunnet med at det er nødvendig av hensyn til skyldprinsippet som anses beskyttet av EMK artikkel 6 nr. 2 jf. nr. 1.²⁴ Tilsvarende krav gjelder også i EU-konkurranseretten, jf. RfO nr. 1/2003 artikkel 23 nr. 1. Ved anvendelse av foretaksstraff etter straffeloven § 48 a gjelder et tilsvarende vilkår om skyld for den som har overtrådt straffebudet på vegne av foretaket, jf. Rt. 2002 s. 1312. Skyldkravet modifiseres ved at straffansvaret også omfatter anonyme og kumulative feil.²⁵ Etter den nye straffeloven § 27 første ledd andre punktum kreves imidlertid ikke noen form for skyld ved illeggelse av foretaksstraff. Foretaksstraffen er dermed gjort til et rent objektivt ansvar. Forholdet til skyldprinsippet er overhodet ikke kommentert i forarbeidene, men det presiseres at foretaket ikke blir ansvarlig ved rene uhell og force majeure.²⁶ Særlig i lys av Rt. 2005 s. 833 er det riktig nok tvilsomt om den nye straffeloven § 27 står seg i forhold til skyldprinsippet i EMK artikkel 6 nr. 2, jf. nr. 1. Men inntil videre har lovgiver på den ene siden vedtatt en *streng* administrativ gebyrsanksjon som bygger på skyldansvar, og på den andre siden en *mildere* foretaksstraff som kan ilegges på rent objektivt grunnlag. Det er ikke lett å forene dette med ønsket om å forbeholde straffesanksjonen for de mest graverende overtredelser av konkurranseloven.

Et spesielt problem med et tosporet sanksjonssystem er endelig at forbudet mot dobbeltstraff i EMK 7. tilleggsprotokoll artikkel 4 utfordrer samordningen mellom en parallell straffeforfølgning og administrativ forfølgning av samme forhold. Det synes klart at overtredelsesgebyret

²¹ Se NOU 2003: 12 s. 118.

²² Se NOU 2003: 12 s. 131 første spalte.

²³ Se NOU 2003: 12 s. 124 andre spalte, NOU 2003: 15 s. 145 andre spalte, 151 første spalte og 153 første spalte. Se også NOU 2002: 4 s. 86 første spalte.

²⁴ Se NOU 2003: 12 s. 130 andre spalte og Rt. 2005 s. 833.

²⁵ Se Magnus Matningsdal og Anders Bratholm (red.): Straffeloven. Kommentartutgave. Første Del. Almindelige Bestemmelser (2. utg. Oslo 2003) s. 395.

²⁶ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 242 andre spalte.

er å anse som straff etter EMK.²⁷ Forbudet mot dobbeltstraff innebærer da at en endelig avgjørelse om overtredelsesgebyr er til hinder for at det senere innledes strafferettslig etterforskning mot foretaket om samme forhold eller motsatt. Dersom Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten driver parallell forfølgning av samme forhold, blir spørsmålet om dobbeltstraffforbudet er til hinder for fortsatt forfølgning når det faller endelig avgjørelse i straffesaken eller den sivile saken. Konkurranselovutvalget uttalte følgende om dette:²⁸

«Det kan være vanskelig på et tidlig tidspunkt i saken å vite hvorvidt saken vil kunne ut i et forvaltningsvedtak, en sivilrettslig bot eller en anmeldelse til påtalemyndigheten. Dersom det er aktuelt med strafferettslige sanksjoner, vil påtalemyndigheten normalt først begynne å etterforske saken etter anmeldelse fra Konkurransetilsynet. Det er imidlertid ingenting i veien for at en og samme sak forfølges både hos påtalemyndigheten og Konkurransetilsynet på samme tid. Påtalemyndigheten kan i prinsippet innlede strafferettslig forfølgning selv om saken behandles hos konkurransemyndighetene. Det er heller ingen rettslige hinder for at konkurransemyndighetene fortsetter å behandle en sak etter at den er sendt påtalemyndigheten. Skjæringspunktet for vernet mot dobbeltstraff inntreffer ved vedtatt forelegg eller, dersom forelegget ikke blir vedtatt, når det foreligger dom i saken. Dersom Konkurransetilsynet har anmeldt en overtredelse som påtalemyndigheten velger å henlegge, har Konkurransetilsynet fremdeles adgang til forfølge saken etter det sivile sporet og utstede forelegg og eventuelt ta ut stevning. Som nevnt utelukker vedtatt forelegg ny sak om samme forhold på samme måte som en dom. Forelegg på sivilrettslig eller strafferettslig bot som ikke vedtas, utelukker imidlertid ikke forfølgning i det motsatte sporet.»

Uttalelsen er noe uklar. Det er nærliggende å tolke utvalget slik at vedtatt forelegg eller endelig dom i den ene saken er til hinder for fortsatt forfølgning i den andre saken. Dette er i hovedsak i samsvar med oppfatningen i juridisk teori.²⁹ Derimot er utvalgets standpunkt om at *henleggelse* av en straffesak ikke er til hinder for at Konkurransetilsynets fortsatte forfølgning av saken, tvilsom. Hensynene bak dobbeltstraffforbudet gjør seg tilsvarende gjeldende i slike situasjoner som når det foreligger en fellende dom. I juridisk teori legger *Skoghøy* til grunn at påtalemyndighetens henleggelse stenger for ny forfølgning.³⁰ Av dette følger at henleggelse i straffesaken bør sperre for fortsatt forfølgning på samme måte som ved en endelig fellende eller frifinnende dom. Dette viser at et tosporet sanksjonssystem skaper et samordningsproblem.

4 OVERTREDELSESGEBYR ELLER FORETAKSSTRAFF?

Slik reglene i dag er utformet, er det ikke lett å se at det eksisterer gode grunner for et tosporet sanksjonssystem med både overtredelsesgebyr og foretaksstraff.

Det kan tenkes minst to alternativer til dagens system. Dersom begge sanksjoner skal opprettholdes, er et alternativ å gi overtredelsesgebyret og foretaksstraffen ulikt anvendelsesområde, for eksempel slik at foretaksstraff bare anvendes ved brudd på forbudet mot konkurransebegrensede avtaler, jf. konkurranseloven § 10, mens overtredelsesgebyret bare anvendes ved brudd på forbudet i § 11 mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

²⁷ Se NOU 2003: 12 s. 131 andre spalte og Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 117 første spalte.

²⁸ Se NOU: 2003: 12 s. 136 første spalte.

²⁹ Se Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter* (Bergen 2004) s. 399–400. Noe annerledes Jens Edvin Skoghøy: *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 («ne bis in idem»)*, TFR 2003 s. 1–40, på s. 26–27

³⁰ Se *Skoghøy* op.cit. s. 19. I motsatt retning, se NOU 2003: 15 s. 166 andre spalte, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 116 første spalte.

Men en slik løsning forutsetter som dagens system at straffesanksjonen er den strengeste, en forutsetning som vi har sett ikke umiddelbart er treffende.

Et annet alternativ er å innføre tilsvarende ensporet system som i Danmark, hvor foretaket kan ilegges foretaksstraff, og Sverige, hvor foretaket kan ilegges en administrativ sanksjon ved overtredelse av konkurranselovgevingen. Hvis valget står mellom foretaksstraff og det administrative overtredelsesgebyret, blir spørsmålet hvilken sanksjon som er å foretrekke.

Tar vi utgangspunkt i sanksjonenes preventive formål, er det grunn til å tro at bøtenivå og effektivitet i håndhevelse er av nokså stor betydning for prevensjonseffekten. Når det gjelder bøtenivå er det prinsipielt sett ingen forskjell mellom sanksjonsformene. Selv om overtredelsesgebyret er tiltenkt utmålt i samsvar med EU-konkurranserettens bøtenivå, og straffutmålingspraksis tradisjonelt har ligget lavere enn dette nivået, er det ingenting i veien for å lovfeste en heving av bøtestraffen i samsvar med dette nivået.

At en administrativ håndhevelse som antydnet ovenfor er en mer effektiv håndhevelsesform enn straffeforfølgning, tilsier at overtredelsesgebyret gir størst preventiv effekt. På den andre siden er det nokså underlig å begrunne en streng administrativ sanksjon med at den kan håndheves mer effektivt fordi man ikke trenger å følge vanlige rettssikkerhetsregler. Særlig prosessuelle rettssikkerhetshensyn kan derfor tilsi at straffesanksjonen er å foretrekke.

Det er videre mulig at straffesporet er mer hensiktsmessig enn det administrative sporet i de tilfeller brudd på konkurranseloven også aktualiserer brudd på andre lover. I slike tilfeller vil bare straffesporet kunne fange opp alle lovbruddene.³¹

Etter min oppfatning er det springende punkt om overtredelsesgebyrets påståtte effektivitetsfortrinn kan ivaretas uten å gjøre for sterkt inngrep i grunnleggende prosessuelle rettssikkerhetskrav. Dette reiser vanskelige og til dels uavklarte spørsmål som det vil føre for langt å drøfte her. Ikke minst gjelder dette forholdet mellom håndhevelse av overtredelsesgebyret og EMK. Disse spørsmålene vil formentlig bli noe nærmere avklart når de første sakene om overtredelsesgebyr blir brakt inn for domstolen.

Innenfor dagens tosporede system har Konkurransetilsynet foreløpig lite incitament til å overføre saker til politiet for en straffeforfølgning mot foretak som bryter konkurranseloven. Med mindre de prosessuelle rettssikkerhetsreglene for overtredelsesgebyret må skjerpes i forhold til lovgivers forutsetninger, er det grunn til å tro at Konkurransetilsynet vil følge departementets anbefaling om at foretaksstraff bør spille en tilbaketrukket rolle.³² I så fall vil overtredelsesgebyret bli den dominerende sanksjon på konkurranserettens område.

³¹ Dette påpekte Økokrim i sin høringsuttalelse til konkurranselovutvalgets lovutkast, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 115 andre spalte.

³² Se pkt. 3 ovenfor.

Urimelege standardvilkår i Norden og Europa¹

av professor dr. juris Kåre Lilleholt

Den som skal seie noko om «ogiltighetsfrågor i Norden och Europa» på eit kvarter, må velje ut eit emne. Her får det bli mest om urimelege standardvilkår og lovgjevingsteknikk.

Rettssystematikken styrer tankane våre, og ein nordisk jurist som høyrer ordet «ugyldig» i tilknytning til avtalar, tenkjer straks på tredje kapitlet i avtalelova og kanskje særleg på reglane om manglar ved sjølve avtaleinngåinga, som svik og mistak. Desse reglane er sjølvstykke viktige nok, enda dei neppe dominerer den kontraktsrettslege kvardagen i domstolane. Storparten av reglane om avtalar som ikkje er bindande, finst likevel utanom avtalelova, og dei fleste gjeld innhaldet, ikkje måten avtalen vart til på. Først og fremst må vi nemne dei mange kontraktslovene med ufråvikelege reglar, oftast reglar som skal verne forbrukarar. Eksempel kan vera lovgjeving om kjøp, om leige av husrom eller om forsikring. Men vi har også reglar om innhaldssensur som skal vareta andre føremål, til dømes forbod mot avtalar som avgrensar konkurransen mellom næringsdrivande.

I praksis blir det ikkje alltid skarpe grenser mellom spørsmål om kontraktsrettsleg binding og spørsmål om oppfylling og mishald av kontraktar. Spørsmålet om avtalebinding kjem gjerne opp i tilknytning til oppfyllinga: Var kjøparen bunden av ein avtale om at seljaren kunne levere ei vare med andre eigenskapar enn dei avtalte? Hadde vara dei eigenskapane kjøparen kunne krevje? Kunne seljaren fråskrive seg ansvar for eit avvik i eigenskapane?

Reglar med krav til avtaleinnhaldet kan vera meir eller mindre spesifikke. I mange av kontraktslovene finn vi detaljerte reglar om kva som kan avtalast. I den andre ytterkanten har vi i Norden generalklausulen i avtalelova § 36. I den føresegna – som vel kom til å bli ein av dei siste store suksessane i det nordiske lovsamarbeidet – er grensa mellom innhaldssensur og manglar ved avtaleinngåinga viska ut, og i forma opnar paragrafen for eit nærast uavgrensa dommarskjøn der både avtaleinngåinga og avtaleinnhaldet kan trekkjast inn.

Litt frimodig kan vi kanskje sjå avtalelova § 36 som den avtalerettslege kulminasjonen av velferdsstaten: Etter fleire tiår med velstandsvekst og sosialdemokrati hadde vi vent oss til at nokon stod klar til å ta imot oss om vi skulle falle, også om vi snubla i ein dårleg avtale. Som ein framstående advokat sa det i 1989: «Det burde i dag etter min oppfatning være en selvfølge at det skal herske rimelighet i alle rettsforhold.»² – Seinare vart det arbeidsløyse, lågkonjunktur, gjeldskrise, marknadsliberalisme, globalisering og mykje anna som gjorde livet utrygt, men det er ei anna historie.

Den opne formuleringa av avtalelova § 36 oppfyller mange krav til abstrakt og systematisk lovgjevingsteknikk, og det er ei framifrå føresegn å skrive akademiske avhandlingar om. For

¹ Innlegg på konferansen «Avtalslagen 90 år», Juridiska institutionen, Universitetet i Lund, 25. november 2005. Emnet var oppgjeve til «Ogiltighetsfrågor i Norden och Europa».

² Nils Moe, Kontraktsregulering, Lov og Rett 1989 s. 18–21 på s. 21.

partane som forhandlar om ein avtale, gjev føresegna derimot inga som helst rettleiing, og den parten som er misnøgd med ein avtaleklausul, må vera budd på å prosedere saka til siste instans før fasit ligg på bordet.

I den europeiske forbrukarretten har ein til dels gått andre vegar. Den reguleringa som skal omtalast her, er forbodet mot urimelege vilkår i standardiserte avtalar med forbrukarar.³ Urimelege standardvilkår skal ikkje binde forbrukaren. Sjølv forbodet mot urimelege vilkår (artikkel 3 første ledd) er mesta like ope i formuleringa som avtalelova § 36:

«Ett avtalsvillkor som inte har varit föremål för individuell förhandling skall anses vara oskäligt om det i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten.»

Men direktivet har eit vedlegg med ei liste over avtalevilkår som «kan» vera urimelege;⁴ lenger enn til dette rettleiande «kan» kom ein ikkje i den politiske prosessen.⁵ I nokre europeiske land har ein tilsvarande lister som kan vera bindande («svarte») eller rettleiande («grå»). Mest kjend er den tyske lovgjevinga om standardvilkår, som no er integrert i sivillovboka.⁶

Tanken var at lista med kontraktvilkår skulle følgje med ved gjennomføringa av direktivet. Slik skulle det ikkje gå i dei nordiske landa. Ein meinte det var i strid med nordisk lovgjevingsteknikk å ta inn ei slik liste. Dessutan gav avtalelova § 36 minst like godt forbrukarvern. Det norske Justisdepartementet sa mellom anna at ei lovfesting av lista kunne «innebære en binding av rettsanvendelsen», og at lista gav «uttrykk for et lavere forbrukerbeskyttelsesnivå enn det som i dag følger av norsk rett».⁷ I dei nordiske landa vart direktivet om urimelege kontraktvilkår dermed innført gjennom nokre tilvisingar til avtalelova § 36 – tilvisingar som kanskje ikkje er like stilreine som § 36 sjølv.⁸

Denne måten å gjennomføre direktivet på, fekk eit etterspel. Kommisjonen reiste sak mot Sverige med påstand om at direktivet ikkje var gjennomført fordi lista ikkje var teken med i lovgjevinga. Den svenske regjeringa – med stønad frå Danmark og Finland – gjorde gjeldande mot dette at⁹

«förarbetena enligt en rättstradition som är väl befäst i Sverige och gemensam för de nordiska länderna utgör ett viktigt instrument för lagtolkningen. Vidare har den svenska regeringen uppgett att dessa förarbeten är lättillgängliga och att informationen till allmänheten angående de villkor som kan anses oskäliga tillförsäkras på flera sätt».

³ Rådskdirektiv 93/13/EØF om urimelege vilkår i forbrukaravtalar.

⁴ Sjå tilvisinga i artikkel 3 tredje ledd til vedlegget.

⁵ Nokre opplysningar om prosessen finn ein i Kommissionens rapport om tillämpningen av rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskålige villkor i konsumentavtal (KOM(2000) 248 slutlig), sjå særleg s. 15–17 om lista med avtalevilkår.

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch §§ 305–310.

⁷ Ot.prp. nr. 89 (1993–1994) avsnitt 4.7.

⁸ Danmark, Island og Noreg fekk nye føresegner i avtalelova med presiseringar av korleis § 36 skal brukast på standardvilkår i forbrukaravtalar; i Sverige finst tilsvarande presiseringar i § 11 i lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. I Finland er ei parallellføresegn til avtalelova § 36 teken inn i konsumentskyddslagen kapittel 4, der det også er særlege føresegner om standardvilkår.

⁹ Sak C-478/99, *Kommisjonen mot Sverige*, Saml. 2002 s. I-04147, avsnitt 23.

Den svenske regjeringa vart høyrte med dette i EF-domstolen, og Kommisjonen kom ingen veg.

Domstolen skal få ha siste ordet når det gjeld eventuelt traktatbrot. Men vi kan stille spørsmålet om den nordiske gjennomføringa er *heldig*. Det kan samtidig bli eit spørsmål om kor sikre vi kan vera på at den abstrakte og akademiske lovgjevingsteknikken verkeleg er betre enn meir kasuistisk og triviell regulering på eit område som dette.

Om lovførearbeid generelt skal reknast som lett tilgjengelege, er ei sak for seg. Kanskje er lista over uheldige avtalevilkår velkjend i Sverige. I Noreg er lista iallfall lite kjend. Ho er ikkje sitert, og berre i varierende grad omtala, i vanlege kommenterte utgåver av avtalelova og i lærebøkene i jusstudiet. Så vidt eg skjønner, er det fullt mogleg for norske jusstudentar å gjennomføre sine kontraktsrettskurs utan nokon gong å ha sett denne lista.

Det er synd, for i norske standardavtalar er det dessverre ikkje uvanleg å møte vilkår som om er omhandla i lista, til dømes vilkår som går ut på at næringsdrivande einsidig kan endre spesifikasjonar for ytinga, eller vilkår som inneber at berre forbrukaren er endeleg bunden for ein periode, medan den næringsdrivande har teke reservasjonar. Lista ville ikkje gje eit heilt eintydig svar som gjekk ut på at desse vilkåra er ulovlege. Det er også vanskeleg å seie om situasjonen er betre i land som har slike lister i lovgjevinga. Men det er vel ikkje umogleg at juristar som formulerer standardavtalar – og det gjer mange utan å vera ekspertar på forbrukarvern – iallfall hadde tenkt seg om ein gong til dersom dei hadde kjent lista.

Teknikken med å vise til ei slik liste er lett å forklåre i ein europeisk samanheng. Utan ei viss konkretisering kunne eit generelt forbod mot urimelege vilkår lett bli praktisert ulikt frå land til land. Vi kan merke oss at ein liknande teknikk er nytta i det nye direktivet om urimeleg forretningspraksis; der er det også ei liste, denne gongen ei liste over handelspraksis som alltid er urimeleg, altså ei bindande liste.¹⁰

Etter mitt syn kan ei tilsvarende konkretisering ha mykje for seg også i nasjonal rett. Vi kan rett nok ikkje oppfylle det vanlege ønsket frå praktikanane om at lova skal gje svar på alle spørsmål. Ei reint kasuistisk lovgjeving ville klårt ha uheldige sider. Noko skjøn må det vera rom for. Men det finst mellomveggar. Ein generell regel følgt av eksempel, som i direktivet om urimelege avtalevilkår, er altså ein måte å gjera det på. Eit annan måte har vi sett i den nordiske gjennomføringa av forbrukarkjøpsdirektivet: Forbrukaren må reklamere over ein mangel innan rimeleg tid, men rimeleg tid er aldri kortare enn to månader.¹¹ Andre måtar å styre skjønnet på finst også.

Men ei styring av skjønnet vil vel «innebære en binding av rettsanvendelsen», som det norske Justisdepartementet var inne på? Ja visst, men er det ikkje lovgjevarens oppgåve å binde rettsbruken? Rettsreglar kan brukast til så mangt. Dei opne skjønnsreglane kan vera gode å ha når konflikatar skal løysast. Skal ein *hindre* konflikatar, er dei detaljerte reglane meir tenlege.

¹⁰ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29 EF, sjå artikkel 5 femte ledd.

¹¹ Dansk kjøbelov § 61, finsk konsumentskyddslag § 16, islandsk lög um neytendakaup § 27 første ledd, norsk forbrukarkjøpslov § 27 første ledd, svensk konsumentköplag § 23. Dette er sjølvstøtt ikkje eit spørsmål om bindande avtale; dømet gjeld lovteknikken.

Det kan nemnast at ein i dei europeiske kontraktsrettsprinsippa (PECL) har valt ei løysing som liknar mest på den nordiske,¹² og det er rimeleg nok når det nettopp er prinsipp ein skal fastleggje. Det er heller ingen grunn til at dei nordiske landa skal gje opp tradisjonen med prinsipiell og abstrakt regulering. Men no og da bør ein kanskje også ta på seg støvlane og gå ut og sanke verkelege avtaleklausular for å regulere dei?

¹² Artikkel 4:110. Lista frå direktivet er referert i kommentarane i Ole Lando og Hugh Beale (red.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Haag/London/Boston 2000.

Ansvar for juridiske personars interne sakskostnader

Av postdoktor, dr. juris Tore Lunde

Artikkelen fokuserer på spørsmålet om dekning av «interne» sakskostnader for juridiske personar som er partar i rettslege prosessar for domstolane. Forfattaren stiller spørsmål ved om den såkalla forsiktighetslinja som vert lagt til grunn for krav om godtgjering for partens eige arbeid, også gjeld for juridiske personars interne kostnader.

1 INNLEIING

Rettslege prosessar har alltid ei kostnadsside, og i praktisk talt alle saker er det spørsmål om kven av partane som skal påleggjast ansvar for å dekkje sakskostnadane til motparten. Dekning av sakskostnader reiser ei rad vanskelege og samansette spørsmål, og er stadig emne for tvistar. Hovudspørsmålet er om ein part bør ha ansvar for motparten sine sakskostnader, og i tilfelle på kva vilkår. Eit anna hovudspørsmål – som denne artikkelen drøftar visse sider ved – gjeld *utmålinga* av erstatning for sakskostnader.

Med «sakskostnader» siktar ein særleg til utgifter og godtgjering til prosessfullmektigar og deira medhjelparar, fagkyndige meddommarar, sakkyndige, vitne, rettsgebyr, translatørar, reise- og opphaldsutgifter, og liknande kostnader.

Ein annan type kostnad som får relativt lita merksemd i rettslege prosessar, er det som eg her stikkordsmessig omtalar som «interne kostnader» for juridiske personar. Med dette siktar eg førebels til kostnader til bruk av ulike interne ressursar som den juridiske person må nytte til handteringa av tvisten, særleg kostnader til arbeidskraft.

Problemstillinga er om, og eventuelt i kva omfang, slike interne kostnader skal kunne krevjast erstatta etter dei alminnelege reglane om erstatning for sakskostnader. Verken tvistemålslova eller den nye tvistelova har uttrykkelege reglar om dekning av juridiske personars *interne* kostnader, slik eg har definert dette innleiingsvis.

Eitt sentralt spørsmål er om prinsippa for godtgjering av partens eige arbeid, medrekna den såkalla «forsiktighetslinja» som har festna seg når det er spørsmål om å tilkjenne erstatning for partens eige arbeid med saka,¹ også gjeld for juridiske personars interne kostnader.

Formulert annleis er spørsmålet om juridiske personar står i ei særstilling i forhold til fysiske personar når det gjeld spørsmål om erstatning for partens eige arbeid. Dette spørsmålet reiser seg på bakgrunn av eit standpunkt som teorien hevdar med brei penn, og som krev nærare etterprøving.²

Problemstillinga er ikkje, eller berre heilt knapt, omtalt i eldre litteratur. Sjå *Francis Hagerup*, Den norske civilproces, tredje utgåve (Oslo 1919) s. 271, *Jon Skeie*, Den norske civilproces, tredje bind (Oslo 1935) s. 781–810, *Per Augdahl*, Norsk Civilprosess, andre utgåve, (Oslo 1951) s. 398–401,

¹ Jf. *Tore Schei*, Tvistemålsloven med kommentarer, (2. utg.) bd. I s. 581, *Skoghøy*, Tvistemål, (2. utg.) s. 1048.

² Jf. *Schei*, op. cit. s. 580–581, *Skoghøy*, op. cit. s. 1048.

E. Alten, Tvistemålsloven med kommentar, tredje utgåve (Oslo 1954) s. 195–196, *Anders Brat-holm/Jo Hov*, Sivil rettergang, (Oslo 1973) s. 570. Heller ikkje i nyare litteratur er problemstillinga drøfta inngåande. Eit fellestrekk der spørsmålet er nemnt, er at framstillingane er prega av førestellinga av parten som ein *fysisk*, ikkje ein *juridisk*, person.

2 RETTSLEG UTGANGSPUNKT – SNEVER RETT FOR Å TILKJENNE ERSTATNING FOR PARTENS EIGE ARBEID

Dei rettslege prinsippa om erstatning for partens eige arbeid dannar eit bakteppe og utgangspunkt for problemstillinga som er tema for artikkelen her. Det sentrale lovgrunnlaget er tvistemålslova (tvml.) § 176. Andre særreglar om dekning av sakskostnader ser eg her vekk frå. Føresegna vil verte avløyst av § 20-5 i lov om mekling og rettargang i sivile tvistar (tvistelova) av 17. juni 2005 nr 90 når den nye lova vert sett i verk, jf. tvistelova § 37-1. Forarbeida uttalar at § 20-5 «... viderefører i det vesentligste tvistemålsloven § 176».³ Det er derfor neppe nokon realitetsskilnad mellom gammal og ny lov på dette punkt. Sidan det neppe er tale om vesentlege skilnader, og tidspunktet for iverksetjing av den nye tvistelova er usikkert, vert begge føresegnene i det følgjande i nokon grad behandla parallelt, i den grad dette kan kaste lys over problemstillinga.

Den etablerte læra er at tvml. 176 andre ledd, med formuleringa «... arbeid som han sjøl ... har hatt med saka ...», inneheld ein føresetnad om at godtgjering for partens eige arbeid etter omstenda kan dekkjast. I forarbeida er det gitt uttrykk for at retten til å tilkjenne godtgjering for partens eige arbeid skal vere snever:

«Enhver må ... finne seg i å bruke tid og arbeid på sine forretningsmessige og private affærer, også om de leder til en rettstvist, uten at utgiftene kan belastes andre.

Det blir derfor ... særlig det mer omfattende arbeid i forbindelse med føringen av en konkret retts-sak som det kan bli tale om å erstatte, og fortrinnsvis dersom partene ikke har prosessfullmektig.»⁴

På grunnlag av desse merknadane har det som nemnt utvikla seg ein praksis – ei forsiktighetslinje for å bruke teoriens ord – med nokså snever rett til å tilkjenne erstatning for partens eige arbeid med saka.⁵ Ei anna sak er at grunngevinga for dette prinsippet ikkje er noko anna enn eit postulatprega imperativ om at alle «må» finne seg i å handtere sine prosessar utan å kunne velte kostnadane over på andre.

3 TEORIENS SONDRING MELLOM FYSISKE OG JURIDISKE PERSONAR – ER FORSIKTIGHETSLINJA RESERVET FOR PARTAR SOM ER FYSISKE PERSONAR?

Med utgangspunkt i den siterte formuleringa frå tvml. § 176, stiller teorien opp eit nokså skarpt skilje mellom på den eine sida godtgjering for «partens eget arbeid», underforstått at parten er ein fysisk person, og på den andre sida godtgjering for arbeid som vert utført av «... en som er ansatt hos parten» eller «partens lovlige stedfortreder».⁶ For sistnemnde gruppe konstaterer Schei, med tilvisning til Rt. 1984 s. 1491, at slikt arbeid *kan* krevjast godtgjort, ut

³ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 279 andre spalte.

⁴ Ot. prp. nr. 30 (1972–73) s. 14.

⁵ Jf. nærare *Schei*, op. cit. s. 580–582, *Skoghøy*, op. cit. s. 1048–1049.

⁶ Jf. *Schei*, op. cit. s. 580–581.

frå synsmåten om at det i slike tilfeller «... gjerne [vil] påløpe direkte utgifter for parten, f eks ved at det må betales arbeidsgodtgjørelse».⁷

Schei går endå lenger og understrekar at det «ikke [er] tvilsomt» at utgiftene som eit upersonleg rettssubjekt har hatt ved at tilsette har måtta arbeide med saka, kan krevjast erstatta av motparten. Skoghøy legg til grunn tilsvarande sontring, med støtte i framstillinga til Schei, og der sontringa er tydeleggjort allereie i avsnittsoverskrifta.⁸ Kjeldegrunnlaget som ligg til grunn for denne sontringa i teorien er svært tynt, og ser ut til å vere avgrensa til avgjerdene i Rt. 1984 s. 1491 og Rt. 1989 s. 358.

4 ANDRE RETTSKJELDER

Den skarpe sontringa i juridisk teori mellom kostnader med partens eige arbeid og kostnader som den juridiske person/det upersonlege rettssubjekt vert påført i form av utgifter ved at tilsette har måtta arbeide med saka, har ikkje noko grunnlag i ordlyden i tvml. § 176. Omgrepet «part» er nøytralt, og omfattar i prinsippet alle rettssubjekt som har partsevne.⁹ Ei mogeleg forklaring på at skiljet mellom fysiske og juridiske personar har grodd fram, kan kanskje vere at tolkinga av partsomgrepet har vorte farga av ordlyden «... han sjøl ...». Noko overtudande tolkingsalternativ er likevel ikkje dette, og formuleringa «han sjøl» framstår i dag i alle høve som utdatert. Sidan eit upersonleg rettssubjekt alltid vil måtte få oppgåvene til rettssubjektet utført av andre, gir det i høve til slike partar lita mening å tale om godtgjering for arbeid som «han sjøl» har hatt med saka, om ein ikkje då også inkluderer interne kostnader for juridiske personar i termen «partens eget arbeid».

Forarbeida til tvml. § 176 gir avgrensa rettleiing om partsomgrepet. Formuleringa «enhver» i merknadane som sitert over, dekkjer både fysiske og juridiske personar. Tilvisinga til «private affærer» tyder rett nok på at prinsippet rettar seg mot fysiske personar som partar, men formuleringa «forretningmessige ... affærer» tilseier at også juridiske personar er omfatta. Forarbeida støttar såleis ikkje den sontringa som teorien har stilt opp. Desse merknadane i forarbeida til endringslova i 1973 må framleis reknast å gi uttrykk for gjeldande rett, også under den nye tvistelova, sidan § 20-5 i det vesentlege vidarefører tvml. § 176.

Den sentrale rettspraksis som ligg til grunn for teoriens behandling av spørsmålet, gir også inntrykk av at den forsiktighetslinja som har utvikla seg med utgangspunkt i merknadane frå forarbeida, primært er mynta på tilfella der parten er ein *fysisk* person, jf. på den eine sida mellom anna Rt. 2000 s. 1684, Rt. 1999 s. 1422, Rt. 1997 s. 458, Rt. 1988 s. 353, Rt. 1987 s. 1563, og på den andre sida saker som involverer *juridiske* personar; Rt. 1989 s. 358 og Rt. 1984 s. 1491

Rt. 2000 s. 1684 gjaldt sakskostnader for partens eige arbeid med saka, der begge partar var fysiske personar, i sak om tvangsfullføring av samværsrett. Fleirtalet slutta seg til lagmannsrettens rettsbruk, og uttalte at «... lovforarbeider samt foreliggende rettspraksis tilsier at partens eget arbeid med saken bare kan kreves godtgjort av motparten i sjeldne tilfeller ...».

⁷ Jf. Schei, op. cit. s. 581, og tilsvarande sontring hjå Skoghøy, op. cit. s. 1048–1049.

⁸ Jf. Skoghøy, op. cit. s. 1049: «I tilfeller hvor parten er en *fysisk person*, kan parten ikke kreve dekning for tapt arbeidsfortjeneste, og vederlag for partens eget arbeid kan bare kreves dekket under særlige omstendigheter» (mi uth.).

⁹ Om partsevne, sjå m.a. Skoghøy, op. cit. s. 157 flg.

Rt. 1997 s. 458 gjaldt tvist mellom to fysiske personar, sjølvprosederande for tingrett og lagmannsrett. Kjæremålsutvalet uttalte her at «... utgangspunktet [er] at parten bare under særlige omstendigheter kan få godtgjørelse for [eget arbeid med saken], se Rt 1987 s. 1563».

I Rt. 1987 s. 1563, som er ei avgjerd det ofte er blitt referert til, uttalte Kjæremålsutvalet at «... en part bare under særlige omstendigheter [kan] få godtgjørelse gjennom saksomkostningsavgjørelsen for det arbeidet *han personlig* har måttet yte i anledning saken» (s. 1560, mi utheving). Formuleringa «han personlig» kunne kanskje tyde på at Kjæremålsutvalet oppfattar prinsippet som gjeldande for partar som er fysiske, ikkje juridiske, personar. Men noko godt slutningsgrunnlag er ikkje dette, og det bør visast atterhald med å leggje for mykje i slike formuleringar.

Rt. 1988 s. 353 la til grunn at det kunne krevjast både erstatning for utgifter til prosessfullmektig, og godtgjering til styreformann for tapt arbeidsforteneste.

I Rt. 1989 s. 358 konstaterte Kjæremålsutvalet at det var rett rettsbruk at parten fekk vederlag for eige arbeid med saka, i tillegg til at det var gitt erstatning for prosessfullmektigens arbeid og utgifter. *Schei*, op. cit. s. 581, brukar denne avgjerda til å understreke skiljet mellom dekning av partens arbeid, og dekning av utgifter som eit upersonleg rettssubjekt har hatt med å arbeide med saka.

Rt. 1984 s. 1491 slo fast at ein styreformann i eit aksjeselskap, som opptrer for selskapet som prosessfullmektig etter tvml. 44 andre ledd, har krav på godtgjering.

Sjølv om det i rettspraksis lar seg påvise ei slik sontring som teorien stiller opp, gir likevel ikkje desse sakene i seg sjølv noko god forklaring på sontringa mellom fysiske og juridiske personar i forhold til spørsmålet om godtgjering for eige arbeid. Utvalet av saker er nokså avgrensa, og spørsmålet har ikkje kome heilt på spissen i nokon av desse sakene.

Søk i Lovdata på formuleringa «partens eget arbeid»/«partens eige arbeid» og liknande formuleringar, viser at hovudtyngda med treff gjeld saker mellom privatpersonar. I dei relativt få sakene som involverer juridiske personar, synest likevel prinsippet om at det må ligge føre «særlige omstendigheter» for å tilkjenne godtgjering for partens eige arbeid også å vere nytta på det upersonlege juridiske subjektets «interne» kostnader. I ei sak, LE-2003-756, fann lagmannsretten at eit krav på kr. 25.000 for «... dekning av påløpte administrasjonskostnader ... var «rimelig og erstatningsmessig».

Ei sontring mellom fysiske og juridiske personar framstår uansett som litt tilfeldig, og det er uklart om *Schei* og *Skoghøy* meiner at forsiktighetslinja som vart nedfelt i forarbeida frå 1973, ikkje gjeld for juridiske personars interne kostnader.

I den nye tvistelova § 20-5 (1), tredje setning, er det partens eige arbeid som er fokusert, men her utan ei tilsvarande formulering som «... han sjølv ...» i tvml. § 176:

«Parten kan kreve rimelig godtgjøring for eget arbeid med saken når det har vært særlig omfattende eller det ellers måtte ha vært utført av en prosessfullmektig eller annen fagkyndig hjelper.»

Ordlyden her tilseier derfor at partsomgrepet er nøytralt, og at det omfattar alle rettssubjekt som har partsevne. Formuleringa «godtgjøring for eget arbeid» må då naturleg omfatte også kostnader som kjem på i samband med at det upersonlege rettssubjekt brukar interne ressursar til å arbeide med saka.

Konklusjonen bør etter dette vere at partsomgrepet i tvml. § 176 og tvistelova § 20-5 er nøytralt i høve til partens rettslege status, også når det er spørsmål om å tilkjenne godtgjering for partens eige arbeid. Konsekvensen av denne konklusjonen er at det ikkje er grunnlag for å oppstille eit slikt skarpt skilje mellom fysiske og juridiske personar som har vore vanleg lære i

teorien til no. Og det må bety at den såkalla forsiktighetslinja i prinsippet gjeld også når det er spørsmål om å tilkjenne erstatning for juridiske personars interne kostnader.

Noko anna er at det kan gjere seg gjeldande ulike omsyn i relasjon til ulike typar partar, både når det gjeld spørsmålet om det er grunnlag for å tilkjenne godtgjering for eige arbeid, og sjølv utmålinga av slik godtgjering.

5 NÆRARE OM VILKÅRA FOR Å TILKJENNE GODTGJERING FOR JURIDISKE PERSONARS INTERNE KOSTNADER

Tvistemålslova § 176 inneheld ikkje nærare vilkår for å tilkjenne godtgjering for juridiske personars interne kostnader. Men konklusjonen i pkt. 4 over om at partsomgrepet er nøytralt, tilseier at prinsippa som har utvikla seg i høve til erstatning for partens eige arbeid (underforstått parten som fysisk person), også må gjelde når det er spørsmål om erstatning for juridiske personars interne kostnader.

Det sentrale rettslege utgangspunktet her er merknadane i forarbeida som sitert i pkt. 2, og den praksis som har utvikla seg på grunnlag av desse, særleg avgjerda i Rt. 1999 s. 1422. Saka gjaldt kjæremål mot kostnadsavgjerda frå lagmannsretten ei i sak der det frå ei rad investorar forgjeves var gjort gjeldande erstatningsansvar mot styremedlemmer og revisor for påstått mangelfull og villeiande informasjon om den økonomiske situasjonen i investerings-selskapet AS Investa. For spørsmålet om å tilkjenne godtgjering for partane sitt eige arbeid, hadde lagmannsretten gitt følgjande grunngjeving:

«Når det gjelder det som er krevd i form av godtgjørelse til Magne Jordanger, Petter Raaholt og Odd Rune Austgulen, legger lagmannsretten etter en nøye vurdering til grunn at disse tre er berettiget til slik dekning. Disse har hjulpet prosessfullmektigene med nødvendig spesialkunnskap og arbeid som prosessfullmektigene ellers måtte ha skaffet eksternt. Omkostningene til ytterligere nødvendig eksternt sakkyndighet ville med all sannsynlighet ha overskredet det som er krevd. Ut fra de samme betraktninger godtas utgiftene til intern konsulentbistand som Coopers & Lybrand [det saksøkte revisjonsselskap] har ytet, også når det gjelder arbeid utført av fagsjef Trond Tømte.»¹⁰

Kjæremålsutvalet slutta seg til lagmannsrettens vurdering av at slik nødvendig sakkunnskap som partane her hadde ytt til prosessfullmektigane, og som prosessfullmektigane ellers måtte ha skaffa eksternt, fell sentralt innanfor slike særlege forhold som kan gjere det rimeleg å fråvike hovudprinsippet om at partens eige arbeid ikkje vert godtgjort.

At avgjerda i Rt. 1999 s. 1422 var karakterisert som «... en erstatningssak av helt usedvanlige dimensjoner, både økonomisk og når det gjelder omfanget av det fremlagte materiale»,¹¹ kan neppe oppfattast slik at det er eit vilkår for å tilkjenne godtgjering til den private part at det må vere tale om saker av heilt ekstraordinært stort omfang. Det relevante vurderingstemaet er nok i det alt vesentlege ein variant av nødvendighetskriteriet, og der det er spørsmål om det har vore nødvendig at partane har ytt «nødvendig sakkunnskap og arbeid som prosessfullmektigene ellers måtte ha skaffet eksternt». I prinsippet må alle typar sakkunne vere omfatta av dette prinsippet.¹²

¹⁰ Rt. 1999 s. 1422 (s. 1435).

¹¹ Rt. 1999 s. 1422 (s. 1434).

¹² Sjå til illustrasjon avgjerd frå Agder lagmannsrett 4. november 2003, LA-2003-1207.

Eitt forhold som er framheva i forarbeida, er at det særleg er «... det mer omfattende arbeid» i samband med føringa av ei konkret retts sak som det kan vere tale om å erstatte. Dette aspektet understrekar at kostnadsdekning for interne kostnader i større saker er viktig; det er særleg i saker av større omfang at det vil kunne framstå som urimeleg om ikkje parten, herunder både fysiske og juridiske personar, skulle kunne få dekkja interne kostnader som går med til å føre saka på ein forsvarleg måte. Reservasjonen i forarbeida – om at dekning også av «det mer omfattende arbeid» fortrinnsvis er aktuelt berre «... dersom partene ikke har prosessfullmektig» – kan neppe oppfattast som uttrykk for nokon reell reservasjon, og i alle fall ikkje i saker av nokon storleik, jf. særleg Rt. 1999 s. 1422.

Vurderingskriteriet som vart formulert i Rt. 1999 s. 1422, finn vi att klare spor av i den nye tvistelova § 20-5 (1) tredje setning, der vilkåra for å tilkjenne godtgjering for partens eige arbeid er at arbeidet må ha vore «særleg omfattende eller det ellers måtte ha vært utført av en prosessfullmektig eller annen fagkyndig hjelper». I forarbeida er føresegna utlagt slik at «[v]ederlag for partens eget arbeid kan kreves dekket under særlige omstendigheter, for eksempel der parten i betydelig grad har utført arbeid som ellers ville ha måttet utføres av en advokat eller av en person med annen sakkyndighet».¹³ Sidan § 20-5 i det alt vesentlege er ei vidareføring av tvml. § 176, tilseier dette at forsiktighetsprinsippet som vart formulert i forarbeida til endringslova til tvml. § 176 andre ledd i 1973, og praksis som har utvikla seg i lys av dette prinsippet, framleis må reknast som uttrykk for gjeldande rett, med visse reservasjonar, også under den nye tvistelova.

Eit særleg spørsmål gjeld erstatning for tapt arbeidsforteneste for parten eller partens lovlege representant ved å møte i retten. Det har på dette punkt vore vanleg lære at ein part som er ein fysisk person, i motsetnad til partens lovlege representant, ikkje får dekkja tapt arbeidsforteneste ved å møte i retten. Men også for partar som er fysiske personar, har det i teorien vore argumentert for at tapt arbeidsforteneste ein part har ved å møte i retten i saker av noko omfang, må reknast som ein nødvendig kostnad ved saka. Det blir vist til saker som går over fleire dagar, og det oppstår tap av arbeidsforteneste av «ikke-ubetydelig omfang».¹⁴ Sjølv om det ikkje ligg føre noko empirisk materiale, er det nok relativt sjeldan at posten tapt arbeidsforteneste er inkludert i kostnadsoppgåver som vert levert til domstolane. Det kan vel vere ulike grunnar til det, men ei forklaring kan nok vere at prinsippet ikkje har fått nok merksemd frå prosessfullmektigane.

6 UTMÅLING AV ERSTATNING FOR INTERNE SAKSKOSTNADER

Dersom det først ligg føre grunnlag for å tilkjenne ein part erstatning for interne saks kostnader, oppstår det spørsmål om utmåling av denne erstatninga. For denne utmålinga gjeld dei generelle reglane om utmåling av saks kostnader.

Utmåling av erstatning for saks kostnader har vesentleg betydning for kostnadsnivået for rettslege prosessar. Tvistemålsutvalet har i sine prinsipielle synspunkt på utforminga av saks kostnadsreglane, med tilslutnad frå Justisdepartementet, kritisert det generelle kostnadsnivået: «Saks kostnadsreglane bør utformes slik at den kostnadsspiralen som en har sett de siste årtier i sivile søksmål, ikke skyter ytterligere fart.»¹⁵ Dette generelle synspunktet vil også gjelde for utmåling av erstatning for juridiske personars interne saks kostnader. Ei anna sak er at kritikken på dette punkt er postulatprega, unyansert og udokumentert.

¹³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 279 første spalte.

¹⁴ Jf. *Skoghøy*, op. cit. s. 1048, med støtte i *Schei*, op. cit. s. 581.

¹⁵ Jf. NOU 2001: 32 Del A, II, kap. 20.1, s. 531 andre spalte, og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 276 andre spalte.

Tvistemålslova § 176 første ledd byggjer som nemnt på eit prinsipp om full erstatning for partens «omkostninger», men avgrensa innanfor eit nødvendighets- og tilknytningskrav; «erstatningen [skal] omfatte alle de omkostninger, han har hat med saken, forsaavidt de efter rettens skjøn var nødvendige for at faa saken betryggende utført». Innanfor ramma av kravet om at kostnadane må ha vore nødvendige, og ha tilknytning til saka, skal erstatninga altså omfatte alle kostnader. Eg ser her vekk frå reglane om deling av kostnader, og tilkjenning av delvis dekning av kostnader.

Den nye tvistelova § 20-5 første ledd, første og andre setning, inneheld eit tilsvarande prinsipp når det er tale om å tilkjenne full erstatning, men med ei særskilt presisering av proporsjonalitetsprinsippet i andre setning, som eit element i nødvendighetskriteriet.

«Full erstatning for sakskostnader skal dekke alle partens nødvendige kostnader ved saken som ikke særlige regler gir grunnlag for å unnta. Ved vurderingen av om kostnadene har vært nødvendige, legges det vekt på om det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem.»

Felles for begge desse føresegnene er eit noko uklart kostnadsomgrep. Det er like eins noko uklart kva Schei legg i formuleringa «direkte utgifter» i den siterte merknaden i punkt 3 over, i høve til ordlyden «omkostninger» i lova. «Direkte utgifter» synest å vere snevrare enn «omkostninger». Men dømet som vert gitt i tilknytning til Rt. 1984 s. 1491 – betaling av arbeidsgodtgjering – syner at utgiftsomgrepet her reelt sett dekkjer generelle kostnader til arbeidskraft som vert nytta til å arbeide med saka. Også i forarbeida til den nye tvistelova vert omgrepa utgift og kostnad brukt upresist om einannan. Kostnadsomgrepet synest såleis ikkje å ha skarpe avgrensingar utover det som kan utleiast av nødvendighets-, proporsjonalitets- og tilknytningskravet.

Tvistemålsutvalets generelle og prinsipielle utgangspunkt når det gjeld utmåling av sakskostnader er at utmålinga «... som hovedregel [bør] dekke de utgifter som faktisk er påløpt for parten i saken».¹⁶ Dersom det først er slått fast at det er riktig å tilkjenne ein part dekning for sakskostnader, må det etter Tvistemålsutvalets syn vere gode grunnar for å kunne avgrense dei kostnadane som vert tilkjent, i forhold til kostnader som faktisk er påløpt. Under føresetnad av at interne kostnader ikkje står i nokon særstilling, må desse generelle utgangspunkta også leggjast til grunn ved utmåling av parten sine interne sakskostnader.

Det er særleg tre element som vil stå sentralt ved eventuelle slike avgrensingar i prinsippet om «full erstatning»: «(a) Bare nødvendige utgifter dekkes, (b) det skal være proporsjonalitet mellom utgiftene og det som kan oppnås ved dem – med andre ord betydningen av saken og (c) det skal være en begrensning i forhold til særlig kostbar bistand, ...».¹⁷

Kravet om at utgiftene eller kostnadane må ha vore «nødvendige», vil normalt vere oppfylt dersom utgifta eller kostnaden representerer tilføring av sakkyndig hjelp som har ført til innsparing på andre postar i sakskostnadsrekneskapen, jf. særleg Rt. 1999 s. 1422. I visse saker der parten har vore advokat, og har utført eige arbeid i tillegg til prosessfullmektigen, har dette gitt grunnlag for godtgjering av eige advokatarbeid. Til dømes la lagmannsretten i LE-1994-1080 til grunn at parten hadde utført advokatarbeid, og at det under slike forhold må «...

¹⁶ Jf. NOU 2001: 32 Bind A, Del II, kap. 20.7, s. 542 andre spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 279 andre spalte.

¹⁷ Jf. NOU 2001: 32 Bind A, Del II, kap. 20.7, s. 542 andre spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 279 andre spalte.

antas å være hjemmel for å dekke partens eget arbeid». ¹⁸ Rettspraksis elles tyder på at den såkalla forsiktighetslinja som har utvikla seg, ikkje står sterkt i saker av omfattande omfang og kompleks karakter, heller ikkje der partane er fysiske personar jf. særleg Rt. 1999 s. 1422.

Eit anna spørsmål er kva krav til dokumentasjon for eller annan sannsynleggjing av interne kostnader som bør stillast. Under førebuinga til ny tvistelov avviste Justisdepartementet eit krav som vart sett fram i høyringsrunden om at godtgjering for ein parts eige arbeid skulle avgrensast til *dokumenterte* tap. Synspunktet til departementet her var at kriteriet «rimelig godtgjøring» i § 20-5 første ledd tredje setning gir tilstrekkeleg avgrensing i tilfelle der eige arbeid på partens side ikkje medfører tap for parten. ¹⁹

Dersom det er grunnlag for å tilkjenne godtgjering for partens sitt eige arbeid (underforstått parten som ein fysisk person), er det i teorien lagt til grunn som naturleg utgangspunkt partens vanlege timegodtgjering, dersom slik fins, men at det ved utmålinga må vere rom for «atskil- lig skjønn fra rettens side». ²⁰ Eit tilsvarende marknadsverdiprinsipp må også gjelde ved utmåling av erstatning for interne kostnader. Dette følgjer av prinsippet om full erstatning. Erstatninga må såleis utmålst etter dei kriteria som gjeld for fastsetjing av vederlaget for kjøp av det arbeid som vert godtgjort, typisk i form av timeprisar for det personell som er allokert til arbeid med tvisten. ²¹ Til dømes må eit entrepriseselskap som må allokere ein ingeniør til ein rettsleg tvist, i prinsippet kunne krevje erstatning for talet på arbeidstimar multiplisert med vedkommande sin timesats, med påslag for normale «overheads» i form av arbeidsgivaravgift og sosiale kostnader, under føresetnad av at timetalet ligg innanfor nødvendighets-, proporsjonalitets- og tilknytingskravet.

Det er såleis ikkje heimel for at domstolane stiller strenge krav til dokumentasjon som vilkår for å tilkjenne og/eller utmåle eit rimeleg nivå på godtgjeringa for partens eige arbeid, inkludert juridiske personars interne kostnader. Her som ellers gjeld det eit krav om sannsynleggjing av kravet, og domstolane bør også ta omsyn til at mange partar, inkludert næringsdrivande, ikkje alle er like flinke til å dokumentere sine krav. Trass lite dokumentasjon kan det likevel utøvast eit forstandig og rimeleg skjønn over interne kostnader. Domstolane har også plikt til å gjere ei slik vurdering, jf. Rt. 1970 s. 702. Med tilvising til denne avgjerda vart det i Rt. 1984 s. 1491 slått fast at den skjønsmessige fastsetjinga av sakskostnadane måtte omfatte *alle* kostnadane vedkommande part hadde hatt med saka, sjølv om det ikkje var lagt fram kostnadsoppgåve. I lys av desse prinsippa må derfor parten sine eigne oppgåver over ressursbruket i utgangspunktet kunne gi ei viss rettleiing. Det gjeld såleis ikkje noko strengt dokumentasjonskrav for å kunne tilkjenne dekning av interne sakskostnader. Den praktiske konsekvensen av desse synsmåtene er at partane må syte for forsvarleg registrering og dokumentasjon av intern ressursbruk i samband med rettsaker.

Eit anna spørsmål ved utmåling av interne kostnader er om summen av godtgjering for arbeid utført av part og prosessfullmektig må ligge innanfor ei normal kostnadsramme, som om arbeidet hadde vore utført av *ein* prosessfullmektig. Svaret her må vere nei. Vurderingstemaet

¹⁸ Sjå liknande synsmåtar i avgjerd frå Eidsivating lagmannsrett 30. april 1993, LE-1993-440.

¹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 281 første spalte.

²⁰ Jf. *Tore Schei*, Tvistemålsloven med kommentarer (2. utg.) bd. I s. 582.

²¹ Jf. *Skoghøy*, op. cit. s. 1049.

er nok heller «... om summen av partens og prosessfullmektigens bidrag overstiger nødvendighetskriteriet».²²

I tillegg til nødvendighetskriteriet som avgrensingsfaktor vil prinsippet om full erstatning også vere avgrensa av eit prinsipp om at det skal vere «proporsjonalitet mellom utgiftene og det som kan oppnås ved dem – med andre ord betydningen av saken», jf. forarbeida som sitert over. Eit slikt proporsjonalitetsprinsipp er ei nydanning – eller kanskje rettare ei tydeleg-gjering av eit allereie eksisterande prinsipp for utmåling av sakskostnader. Innføringa av eit slikt prinsipp vil etter Justisdepartementets vurdering «... muliggjøre at domstolene – i større grad enn etter gjeldende rett – vil kunne påvirke kostnadsnivået. Proporsjonalitetskriteriet vil kunne bli et effektivt grunnlag for en reell domstolskontroll og vil kunne sikre at kostnadsnivået i sivile saker holdes på et forsvarlig nivå».²³

Proporsjonalitetsprinsippet vil truleg verte både eit fleksibelt og effektivt verktøy for domstolane sin kontroll med sakskostnadane i sivile saker. Prinsippet femner vidt nok til også å kunne danne grunnlag for sensur av partens sine egne kostnader, herunder også interne kostnader.

Ei ytterlegare avgrensing i prinsippet om full erstatning er at det normalt ikkje vil bli gitt erstatning for «særleg kostbar bistand». Dette kriteriet vil neppe ha noko særleg praktisk betydning som avgrensning av krav på dekning av partens interne, ved sidan av proporsjonalitetsprinsippet.

²² Jf. avgjerd frå Eidsivating lagmannsrett 13. april 2000, LE-2000-191.

²³ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 280 andre spalte, samt s. 51–55.

CISG – unntakene for «ships» og «vessels»

Av universitetsstipendiat Amund Bjøranger Tørum

I hvilken grad kommer konvensjonen om internasjonale løssørekjøp (CISG) av 1980 til anvendelse på skipsbyggingskontrakter og kjøp av brukt tonnasje? Det kan på samme måte spørres om konvensjonen kommer til anvendelse på oljefabrikasjonskontrakter og kjøp av brukte offshoreinnretninger. Spørsmålene er til dels uavklarte, samtidig som dette er praktisk viktige internasjonale transaksjoner, fordi henholdsvis kjøper og selger, og bestiller og verksted, ofte har hjemting i forskjellige konvensjonsland.

I likhet med kjl. § 5 tredje ledd bokstav e unntar CISG art. 2 (e) «sales of ships, vessels, hovercraft or aircraft» fra virkeområdet. I forløperne til CISG – Haagkonvensjonene fra 1964 om internasjonale løssørekjøp – var det bare gjort unntak for «sales of any ship, vessel or aircraft, which is subject to registration».¹ I forarbeidene til CISG er unntaket i art. 2 (e) begrunnet slik:²

«9. This subparagraph excludes from the scope of the Convention all sales of ships, vessels, [hovercraft] and aircraft. In some legal systems the sale of ships, vessels, [hovercraft] and aircraft are sales of «goods» while in other legal systems some sales of ships, vessels, [hovercraft] and aircraft are assimilated to sales of immovables. Furthermore, in most legal systems at least some ships, vessels, [hovercraft] and aircraft are subject to special registration requirements. The rules specifying which ones must be registered differ widely. In order not to raise questions of interpretation as to which ships, vessels, [hovercraft] or aircraft were subject to this Convention, especially in view of the fact that the relevant place of registration, and therefore the law which would govern the registration, might not be known at the time of the sale, the sale of all ships, vessels, [hovercraft] and aircraft was excluded from the application of the Convention.»

Hovedbegrunnelsen for ikke å oppstille et registreringsvilkår i CISG var altså dels at det var vanskelig å forene med uniform anvendelse av konvensjonen, fordi vilkårene for registrering i noen grad er forskjellige i de ulike konvensjonslandene, dels at det kunne være vanskelig å ta stilling til hvilket konvensjonslands registreringsvilkår som skal være avgjørende i den enkelte sak, noe som kunne skape rettsusikkerhet. Som alternativ ble det overveid å bare ekskludere skip av en viss størrelse, eller en viss vekt, men heller ikke dette forslaget fikk gjennomslag.³ Ordlyden i CISG art. 2 (e) ble i hvert fall som den ble, og det til tross for at det under forhandlingene var stor uenighet om kjøp av skip etc. overhodet burde unntas fra CISG.⁴

Dette er bakgrunnen for at man strides om rekkevidden av unntaket i CISG art. 2 (e). Uenigheten knytter seg særlig til om bortfallet av registreringsvilkåret innebærer at det ved

¹ ULIS art. 5 (1) (b) og ULF art. 1 (6) (b).

² Se <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-02.html>

³ Jf. *John Honnold*, *Uniform Law For International Sales*, Pennsylvania 1999, s. 49–50, med videre henvisninger til forarbeidene, og *Franco Ferrari* i *Schlechtriem*, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, München 2000, s. 82, sec. 38.

⁴ Se <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting1.html> (se punktene 62–65).

kjøp av brukt tonnasje skal *skilles mellom små og store skip*. Det er særlig *Schlechtriem* som har tatt til orde for at unntaket ikke omfatter «boats», i motsetning til «ships»:

«With the elimination of the registration criterion, it has, however, become uncertain whether and to what extent smaller boats – row boats, canoes, dinghies and yachts – belong to the subject matter excluded from the application of the Convention. The function and reason for the exception – recognition of special rules for transactions involving ships – suggest that the exception should not be extended to boats (although no distinction is feasible in regard to aircraft). Delimiting the application of this exception will of course be difficult, for example, with small fishing boats or high sea yachts. In such cases, one will consult domestic law to learn whether such boats come under the special rules applicable to ships. If they do, the sense and purpose of Article 2(e) is that the exception should then apply. In many cases, the duty to register will therefore remain an important criterion. As a whole, the rule is probably only acceptable because it increases the willingness of states to join the Convention.»⁵

Ferrari legger på lignende måte avgjørende vekt på «die Funktion des Wasserfahrzeuges» (fartøyets funksjon), slik at fartøy som egner seg som transportmidler, skal falle utenfor konvensjonen, mens typisk vannsportutstyr, som for eksempel kanoer og gummiåter, skal falle innenfor.⁶ *Krüger* går så langt som å hevde at det er «... klart at lystbåt-import fra utenlandsk produsent må anses dekket av CISG.»⁷ Det har på lignende måte vært hevdet at unntaket bare omfatter også vært hevdet at unntaket bare omfatter skip av «nicht ganz unbedeutender Grösse». Dels på grunnlag av bestemmelsens forhistorie, dels på grunn av behovet for en avgrensning som er autonom i forhold konvensjonsstatenes registreringsvilkår, jf. art. 7 (1).⁸

Khoo, Honnold og Rognlien hevder derimot at alle skip, uansett hvor lite «skipet» er, faller utenfor CISG. Dette begrunnes med at det ikke ble noe av forslaget om bare å unnta skip av en viss størrelse, eller en viss vekt. Og at en slik tilnærming, der man ikke ser hen til «skipets» størrelse, er bedre egnet til å fremme konvensjonskonform tolkning, jf. art. 7 (1), enn å overlate til domstolene å begrense rekkevidden av unntaket.⁹ *Ramberg/Herre* er på linje med dette, og er klare på at ordlyden, som unntar ethvert skip, må tas på ordet. De peker dessuten på at vektlegging av skipets størrelse kan virke vilkårlig, og at kjøp av mindre fartøyer gjerne vil være forbrukerkjøp, jf. art. 2 (a).¹⁰

Fordelen med *Schlechtriem*-linjen er at den henfører i hvert fall noen av de praktisk viktige internasjonale transaksjonene som involverer kjøp av «skip» til CISG, men til gjengjeld er den retts teknisk problematisk. Fordelen med å gi unntaket anvendelse på ethvert «skip», herunder «boats», er at denne enten–eller-løsningen er skarpskåret og enkel å forholde seg til. Partene trenger klare regler å forholde seg til, kanskje særlig i internasjonale kjøp. Eksempelvis kan det lett oppstå rettsusikkerhet dersom CISG skal kunne til anvendelse bare fordi en dommer kommer til at partenes lovvalg eller lovvalgsreglene utpeker et rettssystem som ikke oppstiller et registreringskrav for det aktuelle «skipet». En slik enten–eller-løsning er dessuten enklest å

⁵ Se <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-02.html> (1986).

⁶ Se *Ferrari* op.cit. s. 83, sec. 41.

⁷ Se *Kai Krüger*, Norsk Kjøpsrett, Bergen 1998, s. 619, note 6.

⁸ Se opplysningene hos *Ferrari* op.cit. s. 83, sec. 40 og *Jan Ramberg/Johnny Herre*, Internationella köplagen (CISG), Stockholm 2001, s. 91.

⁹ Se *Khoo* i C.M. Bianca/Michael Joachim Bonell, Commentary on the International Sales Law, Milano 1987, s. 38, sec. 2.6, *Honnold* op.cit. s. 50 og *John Egil Bergem/Stein Rognlien*, Kjøpsloven, Oslo 1995, s. 459 (Rognlien er eneforfatter til kommentarene til CISG, jf. forordet).

¹⁰ Se *Ramberg/Herre* op.cit. s. 90–91, likevel annerledes de lege ferenda.

håndtere på en ensartet og konvensjonskonform måte, jf. art. 7 (1), og den er mest i tråd med ordlyden i art. 2 (e). Ulempen er, som antydnet, at slike transaksjoner overlates til lovvalgsreglene og nasjonal kjøpsrett; uniforme kjøpsregler har en egenverdi.¹¹ Men det er tvilsomt om dette veier opp for de retts tekniske problemene med å anvende CISG på kjøp av «boats». Behovet for å gi CISG anvendelse på bl.a. kjøp av vannsportutstyr, er vel dessuten begrenset, ettersom slike kjøp kan være forbrukerkjøp, som uansett faller utenfor konvensjonen, jf. art. 2 (a) og kjl. § 5 (3) (a). Konklusjonen blir at art. 2 (e) helst bør tolkes slik at ethvert «skip», uavhengig av størrelsen, vekten og bruksområdet, faller utenfor konvensjonen.

Spørsmålet er hvor langt dette unntaket strekker seg. Det er på det rene at det ikke omfatter *underleveranser*.¹² Kjøp av for eksempel skipsutstyr,¹³ motorer, skipsseksjoner (moduler), og mer eller mindre ferdige skrog, omfattes dermed av CISG.¹⁴

Når det gjelder *skipsbyggingskontrakter*, tyder CISG art. 3 (1) på at slike kontrakter faller inn under unntaket for «sales» av «ships» i art. 2 (e). I art. 3 (1) står det jo at tilvirkningskjøp «... are to be considered sales ...». På bakgrunn av *dette* er det neppe grunnlag for å tolke unntaket i art. 2 (e) antitetisk, slik at skipsbyggingskontrakter omfattes av CISG. I teorien hevder imidlertid *Ferrari* at «... nur wenn ein Kauf die Fahrzeuge als fertige Einheit zum Gegenstand hat, dieser unter den Ausnahmetatbestand fällt [min kursivering].¹⁵ En slik tilnærming, der unntaket i art. 2 (e) synes å tolkes slik at det bare omfatter kjøp av *ferdigbygde* skip, kan muligens forankres i «ship»; inntil skipet er ferdigbygd, er det ikke et «ship». Problemet er at det kan være vanskelig å ta stilling til om skipet er «ferdig» eller ikke. Og det ville være underlig om CISG bare gjaldt fram til skipet er ferdigbygd; partenes rettsstilling ville i så fall bli meget uoversiktlig. – Virkeområdet for CISG bør ikke bero på om nybygget har fått installert og klargjort hovedmaskinen, montert propeller osv. Det som kunne tale for å gi CISG anvendelse på skipsbyggingskontrakter, er at det kan være en flytende overgang fra omfattende kontrakter om underleveranser, eksempelvis kjøp av skrogseksjoner, som klart omfattes av CISG, til regulære skipsbyggingskontrakter. Men dette er vel uansett ikke tilstrekkelig til å fravike det klare utgangspunktet i art. 3 (1) om at også tilvirkningskjøp skal anses som «sales», slik at en skipsbyggingskontrakt helst må anses som «sales» av «ships».

Et annet spørsmål er om «sales» av «vessels» omfatter *kjøp av offshoreinnretninger*, for eksempel borerigger, og produksjonsskip (FPSO) – som ikke kan anses som «ships». I norsk rett kommer registreringsordningen for skip til en viss grad til anvendelse også på offshoreinnretninger, jf. sjøl. § 507. Men dette kan neppe være tilstrekkelig til at slike innretninger også blir å anse som skip etter CISG Art 2 (e).¹⁶ Noe av bakgrunnen for at registreringsvilkåret ble forkastet ved utarbeidelsen av CISG, var, som nevnt, at det er vanskelig å forene et slikt registreringsvilkår med en uniform anvendelse av konvensjonen, jf. art. 7 (1). Derimot kan det hevdes at det neppe er noen reell grunn til at kjøp av slike offshoreinnretninger skal omfattes

¹¹ Jf. særlig *Ernst Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs I*, 1954 (optrykk Berlin 1964), s. 43–49.

¹² Jf. *Ferrari* op.cit. s. 83, sec. 45, med videre henvisninger til teori og praksis.

¹³ Slik også *Honnold* op.cit. s. 50.

¹⁴ I samme retning *Krüger* op.cit. s. 619, note 4.

¹⁵ Jf. *Ferrari* op.cit. s. 83, sec. 45, med henvisninger til teori og praksis, og muligens forutsetningsvis *Honnold* op.cit. s. 50. Motsatt *Rognlien* op.cit. s. 459 og *Krüger* op.cit. s. 620. De ulike språkversjonene av art. 2 (e) er ikke her helt konsistente, jf. *Ramberg/Herre* op.cit. s. 642.

¹⁶ Motsatt *Krüger* op.cit. s. 620.

av CISG, når ikke kjøp av regulære skip omfattes, og at hensynet til konsekvente regler derfor taler for å likestille kjøp av slike offshoreinnretninger med kjøp av «ships» og «vessels».

Men ifølge *Ferrari* og *Herber* er det bare «ships» og «vessels» som er i stand til bevege seg effektivt av egen maskin som omfattes av unntaket i art. 2 (e).¹⁷ Dette har også en viss støtte i ordlyden. Det er tvilsomt om eksempelvis oppdrettsmerder og flytebrygger kan anses som «fartøy», og de kan i hvert fall ikke anses som «skip», mens det ikke er like klart for eksempelvis lektere. Holder man fast ved at bare «ships» og «vessels» som er i stand til bevege seg effektivt av egen maskin omfattes av unntaket i art. 2 (e), betyr det at CISG omfatter kjøp av borerigger og produksjonsskip (FPSO). Sistnevnte kan riktignok bevege seg av egen maskin, men ikke like effektivt som regulære skip. De er til forveksling lik skip, men funksjonelt tar de bare sikte på utvinning og oppbevaring av olje, ikke transport av olje. Men det er, som antydnet, ikke opplagt at et «fartøy» må kunne bevege seg effektivt av egen maskin; ordlyden er vag. Det kan dessuten virke noe tilfeldig at virkeområdet for CISG her skal bero på om «fartøyet» kan bevege seg effektivt av egen maskin. Løsningen må derfor sies å være usikker.¹⁸ Etter min mening bør man her legge avgjørende vekt på at avgrensningen av CISG mot «sales» av «ships» og «vessels» er vanskelig å begrunne, og at man derfor ikke bør legge mer i den enn nødvendig.

Hvorvidt CISG kommer til anvendelse på *oljefabrikasjonskontrakter*, må vel etter dette bero på om CISG kommer til anvendelse på «sales» av offshoreinnretningen. – I CISG art. 3 (1) er det, som nevnt, bestemt at tilvirkningskjøp skal likestilles med «sales».

Som det har framgått, er det vanskelig å begrunne unntaket i CISG art. 2 (e), og det er vanskelig å avgrense et slikt unntak på en adekvat måte. Det er derfor et framskritt når Study Group on a European Civil Code ser ut til å foreslå at European Principles for Sales Law (Art. 1:104 (a)) også skal omfatte «ships» og «vessels».¹⁹

¹⁷ Jf. *Ferrari* op.cit. s. 82–83, sec. 39, med henvisning til *Herber*.

¹⁸ Helst slik *Ramberg/Herre* op.cit. s. 92.

¹⁹ Se http://www.sgecc.net/index.php?subsite=subsite_4.