

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 2/2005

ARBEIDSRETT

Plassoppsigelse, oppsigelsesfrister og sjømannslovens § 6 – Arbeidsrettens dom 9. mars 2005 (Inr. 7/2005)

Oppsigelse av arbeidsforholdene er ett av vilkårene for lovlig arbeidskamp. Det loven kaller «arbeidsoppsigelse» er kjent som «plassoppsigelse» i daglig tale, og det er et krav at oppsigelsesfristen for de individuelle arbeidsforhold er utløpt etter lovlig oppsigelse for at streik (eller lockout) skal kunne iverksettes; jfr. arbeidstvistslovens § 29 nr. 1 første ledd. Selv om oppsigelsesfristen for den enkelte er en

annen, etter lov eller avtale, for oppsigelser ellers, er oppsigelsesfristen for «plassoppsigelse» som alminnelig regel 14 dager. Arbeidsmiljøloven har en særskilt bestemmelse om dette (og om unntak fra materielle krav til oppsigelsesgrunn, m.v.); jfr. aml. § 56 annet ledd.

Bestemmelsen glimrer med sitt fravær i proposisjonen til ny arbeidsmiljølov, Ot. prp. nr. 49 (2004–2005) (jfr. lovutkastets kap. 15). Det er en åpenbar inkurie som utvilsomt vil bli rettet med den komitéinnstillingen som etter planen skal fremlegges for Odelstinget 31. mai, slik at regelen i dagens § 56 annet ledd vil bli videreført i en ny lov.

Arbeidsrettens dom 9. mars 2005 illustrerer betydningen både av regelen og av at den ikke gjelder på et område:

Sjømannsloven har ikke noen bestemmelse som tilsvarende arbeidsmiljølovens § 56 annet ledd. Sjømannsloven har på den annen side en særskilt bestemmelse i § 6 første ledd, som gjelder såvel lovens egne som avtalte oppsigelsesfrister, om at dersom oppsigelsesfristen løper ut «mens skipet er i sjøen, gjelder ansettelsesforholdet til skipet kommer i havn».

Det er sikker rett at på sjømannslovens område er det den ordinære oppsigelsesfrist som må være utløpt for at den enkelte arbeidstager lovlig skal kunne tas ut i streik etter arbeidstvistslovens § 29 nr. 1. Det gjelder også der det er avtalt andre, i praksis lengre, oppsigelsesfrister for de individuelle arbeidsforhold enn de frister som følger av sjømannslovens deklarasjonelle regler.

Arbeidsretten bygget på og bekreftet dette sentrale utgangspunktet i en dom 1. juli 2004 i en tvist mellom partene i saken her.

Dommen av 9. mars 2005 gjelder en videre tvist mellom de samme parter om gyldigheten av en ny plassoppsigelse som ble gitt av arbeidstagersiden etter dommen fra juli i fjor. Saksforholdet var i korte trekk:

PGS Geophysical AS (PGS) – driver flere seismikkskip som benyttes i virksomhet med kartlegging av mulige petroleumskomster under havbunnen. PGS er medlem av Norges Rederiforbund (NR) og har tariffavtaler for maritimt personell, men ikke for ingeniører og annet seismisk personell, på seismikkskip. Deler av det seismiske personalet i PGS er medlemmer av Parat (tidligere PRIFO, et YS-forbund som pr. 1. januar 2005 sluttet seg sammen med et annet YS-forbund, Flerfaglig Fellesorganisasjon 2fo).

De berørte arbeidstagerne hadde individuelle arbeidsavtaler (standard «ansettelseskontrakter») som bl.a. inneholdt en bestemmelse om tre måneders oppsigelsesfrist «regnet fra utløpet av en friperiode». Da denne formuleringen ble tatt inn i standardkontrakten, ble det samtidig tatt inn en bestemmelse om «4:4-rotasjon» – dvs. turnustjeneste med «4 uker ombord og 4 uker avspasering». Med en slik ordning ville tre måneders frist fra utløpet av en friperiode alltid føre til at oppsigelsesfristen løp ut i vedkommende arbeidstagers friperiode. Senere ble turnusordningen endret, først til en

Innhold nr. 2:

Arbeidsrett	1
Litteratur	5
Avtalerett	6
Boligrett	8
Erstatningsrett	13
Familierett	13
Immaterialrett	15
Varemerkerett	15
Databaser	19
Kjøpsrett	21

e-post: jus@cappelen.no
<http://www.cappelen.no>

6:6-rotasjon og så til en 5:5-rotasjon, som var den ordningen som gjaldt da saken kom opp og ble pådømt. På dette punkt var de individuelle arbeidsavtalene for så vidt blitt endret; dette var uomtvistet, selv om det var en viss uklarhet om det rent formelle (jfr. dommens avsnitt 70). Standardbestemmelsen om oppsigelsesfrist ble derimot ikke endret. Med en 5:5-rotasjon (og likeledes med en 6:6-rotasjon) ville imidlertid en periode på tre måneder regnet fra utløpet av en friperiode alltid løpe ut i en arbeidsperiode, dvs. på et tidspunkt arbeidstageren forutsetningsvis skulle være til sjøs.

Parat (PRIFO) hadde siden 2003 ført forhandlinger med PGS om inngåelse av en tariffavtale for seismisk personell, men partene kom ikke til enighet. I april 2004 gikk Parat til plassoppsigelse for sine medlemmer med varslet virkning fra 26. juni (tidspunktet ble utsatt i påvente av dom; jfr. likeledes nedenfor). Ved dommen av 1. juli 2004 ble det fastslått at denne plassoppsigelsen ikke gav lovlig grunnlag for å iverksette plassfratredelse (streik).

Efter dette gikk Parat til ny plassoppsigelse for sine medlemmer 2. august 2004, da med varslet virkning fra 1. mars 2005 kl. 24.00. PGS (støttet av NR) bestred plassoppsigelsens gyldighet. Igjen kom partene ikke til enighet, og i januar 2005 bragte Parat tvisten inn for Arbeidsretten med krav om fastsettelsesdom om at iverksettelse av plassfratredelse etter plassoppsigelsen av 2. august 2004 ikke ville «komme i konflikt med arbeidstvistloven § 29 nr. 1, 1. ledd, jfr. § 6 nr. 3», subsidiært at arbeidstagere som befant seg ombord på utløpstidspunktet, kunne nedlegge arbeidet fra første etterfølgende vaktbytte. (Etter at saken var bragt inn for retten, ble tidspunktet for iverksettelse utsatt i påvente av dom i saken (jfr. dommens avsnitt 16–18); dette er i tråd med det som oftest gjøres i praksis i tilsvarende tilfeller.) Den subsidiære påstanden hadde sammenheng med forholdet til sjømannslovens § 6. Seismikkskipene gikk i regelen ikke til havn for skifte

av mannskap; dette ble vanligvis gjennomført ved bruk av helikopter eller tilbringerskip.

Plassoppsigelsen av 2. august innebar for det første at det for en rekke av de berørte arbeidstagerne ble gitt oppsigelse med et *lengre* forhåndsvarsel enn arbeidsavtalenes oppsigelsesfrist på tre måneder. For det annet ville iverksettelsestidspunktet for noen av arbeidstagerens vedkommende inntreffe *mens de var til sjøs* i en arbeidsperiode. Begge aspekter var gjenstand for tvisten.

På det første punktet fremholdt Arbeidsretten det som er den deklarasjon uttalt i uttalen: I alminnelighet kan en oppsigelse gis med en lengre frist enn det minimumstidsrom som følger av lov eller avtale for arbeidsforholdet; et varsel («påbud») om opphør av et arbeidsforhold kan fastsette «et opphørstidspunkt som i tid ligger etter det tidligst mulige tidspunkt for opphør som følger av de regler om oppsigelsesfrister som gjelder i arbeidsforholdet» (dommens avsnitt 68). Arbeidsretten fant ikke grunnlag for at standardkontraktbestemmelsen om tre måneders oppsigelsesfrist skulle forstås slik at den fastsatte en annen løsning, om et absolutt «fristløp» på verken mer eller mindre enn tre måneder regnet fra utløpet av den første friperioden etter at en oppsigelse ble gitt. Verken ordlyden eller andre omstendigheter tilsa en slik fortolkning; retten la dessuten vekt på forholdet til og virkningene av endrede rotasjonsordninger (jfr. avsnitt 67–73).

På det annet punkt var det uomtvistet at det seismiske personell var omfattet av sjømannsloven, og at lovens § 6 i utgangspunktet også gjelder ved plassoppsigelse. Parat anførte at bestemmelsen likevel ikke skulle ha anvendelse ved plassoppsigelse for seismisk personell – underforstått til forskjell fra for maritimt personell, som er nødvendig for driften av et skip som sådant. Arbeidsretten fant det klart at en slik løsning ikke kunne antas. Retten bemerket lakonisk at verken «forarbeider eller andre tungtveiende tolkningsfaktorer» gav grunnlag for en slik innskrenkende

fortolkning, og at de «hensyn som åpenbart begrunner bestemmelsen, gjør seg etter rettens syn gjeldende uavhengig av om arbeidstakeren har sjømannsfunksjoner eller ikke» (avsnitt 76). Retten uttalte også, likeledes helt kort, at heller ikke internasjonale konvensjoner eller reelle hensyn gav «noe konkret grunnlag for en innskrenkende tolkning» (avsnitt 76). Det fremgår at konvensjonsvern for retten til streik ble påberopt, med henvisning til såvel EMK som Den (reviderte) Europeiske Sosialpakt og ILO-konvensjoner (jfr. dommens avsnitt 27). Hvor inngående dette ble prosekert og vurdert er det imidlertid ikke mulig å slutte seg til ut fra det som er skrevet i dommen. Men det må da også sies at de folkerettslige normene på dette felt verken er presise eller lett tilgjengelige forøvrig.

Ut fra dette måtte retten ta stilling til ytterligere to spørsmål. Det ene gjaldt en annen side av fortolkningen av sjømannslovens § 6 første ledd. Her bygget Arbeidsretten på det syn – som sakens parter var enige om – at bestemmelsen ikke fullt ut kan forstås etter sin ordlyd. Regelen om at ansettelsesforholdet gjelder videre til skipet kommer «i havn», må i et forhold som det saken gjaldt, forstås innskrenkende «ut fra sitt formål» slik at den bare «vil forlenge ansettelsesforholdet frem til neste vaktbytte i situasjoner hvor dette ikke skjer ved at skipet går til havn, men ved bruk av helikopter eller tilbringerskip» (avsnitt 75). Dette ledet til at Parat fikk medhold i sin subsidiære påstand (jfr. om denne ovenfor).

Det andre spørsmålet gjaldt forholdet mellom sjømannslovens § 6 og arbeidstvistlovens § 29 nr. 1 første ledd. Teknisk sett er dette et spørsmål om hvorvidt kravet i § 29 nr. 1 om at «oppsigelsesfristen» skal være utløpt, også omfatter slike tilfeller som sjømannslovens § 6 første ledd regulerer. Arbeidsretten bemerket at «det er mye av en smakssak om man vil si at [bestemmelsen i § 6 første ledd] innebærer en forlengelse av *ansettelsesforholdets* varighet eller en forlengelse

eller suspensjon av *oppsigelsesfristens løp*», og ut fra formåls- og sammenhengshensyn måtte arbeidstvistslovens § 29 nr. 1 forstås slik at den forlengede varighet som følger av § 6, må være utløpt for at utløpskravet i § 29 nr. 1 skal være oppfylt (dommens avsnitt 65).

Det er først og fremst på dette siste punktet dommen bidrar med noe nytt, for så vidt som standpunktet ikke tidligere har vært klart uttrykt i rettspraksis. Men særlig overraskende eller diskutabelt burde resultatet ikke være. Det samme kan sies om de standpunkter Arbeidsretten inntok, prejudisielt, til forståelsen av sjømannslovens § 6 første ledd. Partenes enighet om den innskrenkende fortolkning av uttrykket «til skipet kommer i havn» er for så vidt illustrerende. Slik sett illustrerer saken også hvordan posisjoner i interessetvister søkes varetatt gjennom rettsliggjøring, i dette tilfelle med arbeidsavtalenes fristformuleringer som springbrett.

Dommen har dessuten en ytterligere side. På veien til en konklusjon måtte Arbeidsretten ta stilling til forståelsen av sjømannslovens § 6. Det kunne retten gjøre, og det gjorde den – prejudisielt. For så vidt gir saken et eksempel på en form for prejudisiell lovanvendelse som er helt konvensjonell og utvilsomt innefor rammen av Arbeidsrettens domsmyndighet. Retten valgte imidlertid å drøfte dette spørsmålet særskilt (dommens avsnitt 62–65). Det kan vel sees som uttrykk for en varsomhet og et ønske om tydeliggjøring av egen domsmyndighet og dens grenser som man også ellers finner eksempler på i rettspraksis. Det er imidlertid et lite paradoks at mens retten tok opp dette spesielt og premissene ellers er til dels omstendelige, snubler retten i slutningen. I sin avsluttende oppsummering uttrykker retten seg slik at «det vil stride mot» (avsnitt 77), og i selve domsslutningen heter det «uten hinder av», arbeidstvistslovens § 29 nr. 1. Formuleringsmåten er et feilslag. Det hører ikke under Arbeidsrettens domsmyndighet å avsi dom om forståelsen av eller om mulig brudd på § 29 nr. 1 isolert sett.

Derimot hører det, etter § 7 nr. 2, under Arbeidsretten å avgjøre tvister om mulige brudd på lovens § 6 nr. 3 – som viser bl.a. til § 29 nr. 1. Reelt sett var det også dette retten gjorde, i tråd såvel med Parats påstandsformulering som med sin egen formulering av problemstillingen (i dommens avsnitt 63). Når formuleringen av konklusjonen likevel ble uriktig, teknisk sett, må det betraktes som en inkurie, som vel får skrives på en konto for uoppmerksomhet.

Stein Evju

Avskjed – rettstridig nedlasting fra Internett; styringsrett, kontroll, personvern. – Høyesteretts dom 22. april 2005 (HR-2005-00649-A)

Den 22. april i år avsa Høyesterett dom i en mye omtalt sak om nedlasting fra Internett av pornografisk materiale og lagring av dette i arbeidsgivers dataanlegg. Sommeren 2002 ble ledelsen i Conoco Philips Norge gjort oppmerksom på mulig misbruk av selskapets datautstyr til søking etter og nedlasting av pornografisk materiale. Saken gjaldt ansatte på Ekofiskfeltet. De ansatte på Ekofisk har tilgang til Internett via selskapets datasystem. Dette er et globalt system for ulike operative og administrative oppgaver. Delsystemene henger delvis sammen, samtidig som adgangen og kommunikasjonen til og mellom enkeltsystem er strengt begrenset og kontrollert med et sett av tekniske og administrative barrierer. Det ble besluttet iverksatt undersøkelser med sikte på å avdekke om ansatte hadde vært inne på sider med barnepornografiske bilder, og eventuelt lagret materialet. Noe slikt ble ikke påvist. Men det ble konstatert at ansatte hadde besøkt sider på Internett med pornografisk innhold, og at det var lagret pornografisk materiale på selskapets servere. Etter en vurdering av aktivitetens art, omfang og varighet valgte selskapet å forfølge saken overfor tretten av de ansatte. Av disse ble seks gitt skriftlig irettesettelse. De resterende syv ble meddelt at bedriften mente å ha

grunnlag for avskjed, men at de i samsvar med praksis kunne velge å si opp arbeidsforholdet, og da slik at de ville beholde lønn i oppsigelsestiden. Etter dette valgte fem oppsigelse som alternativ til avskjed.

To arbeidstagere valgte imidlertid å ikke si opp; de ble da meddelt avskjed i juli 2002. I etterfølgende forhandlingsmøter ble tilbudet om å si opp med lønn i oppsigelsestiden gjentatt, men dette ble ikke akseptert. De to reiste søksmål og vant frem både i tingretten og i lagmannsretten. Conocos anke førte ikke frem, Høyesterett kom enstemmig til at avskjedene var ugyldige, og de to ble tilkjent erstatning med 250 000 kr. hver.

Avskjedene var begrunnet med brudd på bedriftens arbeidsreglement og retningslinjer for bruk av IT mv., og de ble av Høyesterett ansett å ha vært «alt overveiende ... forankret i hensynet til bedriftens sikkerhet» (dommens avsnitt 45, jfr. avsnitt 30–32). Arbeidsreglementet hadde klare og utvetydige bestemmelser, bl.a. et uttrykkelig forbud mot nedlasting av ikke jobbrelaterte datafiler (avsnitt 33), og bedriften hadde formidlet sitt regelverk «på en adekvat og formålstjenlig måte overfor de ansatte» (avsnitt 44 jfr. 43). De ansatte var også ved flere anledninger blitt gitt skriftlige påminnelser om regelverket, herunder om at overtredelser kunne medføre «disiplinærtiltak» (avsnitt 37, 48). Det var uenighet mellom sakkyndige om hvorvidt surfing på pornografiske websider representerer en større risiko for datasystemets sikkerhet enn surfing på andre sider. Høyesterett fant det ikke nødvendig å ta stilling til dette, men førstvoterende fremholdt at det generelt må «ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett å etablere det sikkerhetsnivå som han finner nødvendig og formålstjenlig for virksomheten, med plikt for arbeidstaker til å innrette seg lojalt i samsvar med det» og sluttet seg til en uttalelse i lagmannsrettens dom om at «[e]tterlevelse av arbeidsinstrukser og tilhørende regelverk er helt grunnleggende i et arbeidsforhold. Det er bl a slik arbeidsgiver

utøver sin styringsrett, og det er bl.a. ved etterlevelse av instruksjer at den ansatte overholder sin lojalitetsplikt» (avsnitt 48 og 44 jfr. 43).

Forholdet til arbeidsgivers kontrolladgang var også fremme. Conoco hadde anført at «hensynet til de ansattes personvern har begrenset muligheten til å søke aktivt etter nedlasting av filer med pornografisk innhold, og at det derfor ikke er grunnlag for kritikk mot at bedriften ikke har foretatt slike søk tidligere» (jfr. avsnitt 53). Førstvoterende bemerket at det på dette området utvilsomt «kan måtte gjøres vanskelige avveininger mellom arbeidsgivers legitime behov for kontroll og arbeidstakeres interesse i beskyttelse mot innhenting og bruk av opplysninger om personlige forhold. Personvernlovgivningen står her sentralt» (avsnitt 54). Men sammenfatningsvis fremhevet han: «Så langt de undersøkelser som foretas har som formål å avdekke ansattes nedlasting av filer med pornografisk materiale i klar strid med bedriftens regler ut fra en saklig begrunnet oppfatning om at slik aktivitet utgjør en reell sikkerhetsrisiko, kan jeg vanskelig se at dette skulle være i strid med de nevnte reglene i personopplysningslov med forskrift. Jeg må videre legge til grunn at bedriften kunne ha valgt en alternativ fremgangsmåte ved at man i forkant hadde tatt opp med tilsynet på generelt grunnlag behovet for en nærmere kontroll av hensyn til det særlige behov for et høyt sikkerhetsnivå ved petroleumsutvinning. At man skulle være avskåret fra å foreta undersøkelser i slikt øyemed, kan jeg ikke anta» (avsnitt 58).

Det var uomtvistet at det forelå pliktbrudd fra de to arbeidstagernes side. Deres forhold ble av Høyesterett karakterisert som «et langvarig og forsettlig brudd på reglene om bruk av bedriftens internettlinje», de to hadde «i en periode på tre år forsettlig og systematisk forholdt seg i strid med de pålegg som er gitt fra arbeidsgiver, pålegg som begge visste at arbeidsgiver oppfattet som vesentlige bl a ut fra et sikkerhetsperspektiv», deres oppreden var

«kvalifisert urettmessig» (avsnitt 59, 44 jfr. 43, og 74).

Likevel fant Høyesterett enstemmig, klart og utvetydig, at det ikke forelå grunnlag for avskjed.

I tilslutning til lagmannsretten og tidligere høyesterettspraksis fremholdt førstvoterende det *rettslige utgangspunkt* at spørsmålet om vilkåret «grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold» i arbeidsmiljølovens § 66 nr. 1 *ikke bare* beror på «det aktuelle misligholdets art og alvor». Bare en konstatering av pliktbrudd er ikke tilstrekkelig, det må foretas en «*bredere vurdering*»; avskjed «må – etter en bredere helhetsvurdering hvor det tas hensyn til de ansattes og bedriftens forhold – ikke fremstå som en urimelig eller uforholdsmessig reaksjon» (avsnitt 39, 44, 41 jfr. 40; det siste av sitatene her er sitat i førstvoterendes votum av en uttalelse i lagmannsrettens dom). I en slik bredere vurdering er det også «nødvendig ... å se hen til i hvilken grad selskapet overfor de ansatte ... har fulgt opp arbeidsreglement og retningslinjer» (avsnitt 49).

Nettopp det siste var sentralt i den konkrete vurderingen i saken. Bedriften hadde lenge kjent til at det forekom surfing og nedlasting fra nettsider med pornografisk innhold, men ikke aktivt fulgt opp sitt eget regelverk – og da den gjorde det sommeren 2002, var det ikke av hensyn til sikkerheten, men fordi det var blitt «rapportert om mulig nedlasting av barnepornografisk materiale ... [og] da ... for å bringe på det rene om slik straffbar nedlasting var skjedd» (avsnitt 51, jfr. 49–50). Da, fremholdt førstvoterende, var det «vanskelig å akseptere at det sikkerhetsmessige aspektet skal være utslagsgivende i vurderingen av om avskjed er en uforholdsmessig reaksjon. Under enhver omstendighet får selskapets handlemåte et preg av *vilkårslighet*» (uth. her), og avskjed fremstod «som fremhevet av lagmannsretten, som «en unødige skarp individuell markering i forhold til et problem som omfattet et betydelig større antall ansatte ... »» (avsnitt 52). Etter omstendighetene var avskjed en

uforholdsmessig reaksjon; og førstvoterende bemerket i denne sammenheng – i tilslutning til lagmannsretten – «at det hører med i bildet at A og B sommeren 2002 hadde vært ansatt i bedriften i henholdsvis 23 år og 17 år, uten at det tidligere hadde vært noe å utsette på deres oppfyllelse av arbeidskontrakten» (avsnitt 59).

Ut fra den samme vurdering konkluderte Høyesterett med at det heller ikke forelå grunnlag for oppsigelse, og til bedriftens atter subsidiære påstand etter aml. § 66 nr. 4 bemerket førstvoterende lakonisk at «[j]eg finner det klart at det her ikke er åpenbart urimelig at arbeidsforholdet fortsetter, og kravet kan ikke føre frem» (avsnitt 62, jfr. 61).

Ved erstatningsfastsettelsen pekte Høyesterett på «det klare utgangspunkt» at krav på lønn for den tid en arbeidstaker har vært ute av stillingen som følge av uberettiget avskjed ... skal dekkes fullt ut», men understreket at dette likevel *ikke* innebærer at «lønnstapet alltid kan kreves dekket fullt ut» (avsnitt 70, 71, jfr. 69). I den konkrete vurderingen ble det spesielt fremhevet at en «så vidt kvalifisert urettmessig oppreden» som de to hadde utvist, «må tillegges betydelig vekt ved erstatningsutmålingen». De erstatningsbeløp som ble tilkjent, svarte for begge til omtrent halvdel av det lønnstap som ble lagt til grunn.

Dommens poengtering av at det ved (rimelighets)vurderingen av om det foreligger grunnlag for avskjed, må tas hensyn ikke bare til arbeidstagerens mulige mislighold, men også til andre individuelle forhold og til arbeidsgivers forhold, er i tråd med tidligere rettspraksis og vel etablerte normer. For så vidt bringer ikke dommen noe prinsipielt nytt. Dens betydning ut over det konkrete ligger først og fremst i den – meget – sterke understrekning av kravene til arbeidsgivers oppfølging og håndhevelse av egne regler og pålegg, og poengteringen av at tjenestetid – her den «kardinalt ansiennitet» – er et moment av vekt i vurderingen av om et «vesentlig mislighold» foreligger.

Stein Evju

Litteratur

Jan Fougner, Tron Sundet, Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner, Mette Jenssen, Merete Bårdsen og Bjørn Jacobsen: *Kollektiv arbeidsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2005. 520 sider.

Boken er et nytt bidrag til arbeidsrettslitteraturen fra en forfattergruppe i advokatfirmaet Wiersholm, Mellbye & Bech. Det første var «Omstilling og nedbemanning» (2003). *Kollektiv arbeidsrett* tar opp hovedtemaene i rettsområdet. Kapittel 1 og 2 gir en introduksjon, og kapittel 3 drøfter «rettslige rammer», herunder internasjonale og folkerettslige aspekter. Endel slike spørsmål behandles også i kapittel 7. I kapittel 4 og 5 drøftes «forhandlingsretten» og tariffavtalebegrepet, mens «særavtaler» behandles særskilt i kapittel 7. Tariffavtalens «inngåelse, varighet og bortfall» tas opp i kapittel 6, dens ettervirkning behandles imidlertid i kapittel 11, og noen spesielle spørsmål om etablering og bundethet av tariffavtale tas opp i kapittel 15. Bundethet og ufravikelighet drøftes ellers – kort – i kapittel 10, mens tolkning av tariffavtaler tas opp i kapittel 8. En hoveddel av fremstillingen er viet spørsmål knyttet til fredsplikt, arbeidskamp og løsning av interessetvister (kapittel 12–16, s. 251–421). Avslutningsvis behandles konfliktløsning i retstvister, arbeidstvisteprosess og sanksjoner ved rettsbrudd (kapittel 17–18).

Boken er rimelig godt à jour med rettskildematerialet (pr. 1. august 2004). Men såvel disposisjon som fremstilling preges – nok mer enn «Omstilling og nedbemanning» – av at de enkelte deler er skrevet av forskjellige forfattere og med varierende grad av presisjon, omfang og intensjonsdybde. Det gjelder både problemstillinger og drøftelser. Enkelte regulære feil og mangler forekommer, f.eks. s. 277 og 320 og ved at dommene i ARD 1995 s. 98 og 129 er oversatt i kapittel 13. Med slike reservasjoner gir boken et tilskudd til et relativt litteraturfattig område, hvilket i seg selv kan være

nyttig. Boken har brukbare registre, som sammen med en detaljert innholdsfortegnelse gjør det mulig å orientere seg i fremstillingen også for lesere som ikke på forhånd er fortrolige med rettsområdet.

Stein Evju

Bernhard Johann Mulder: *Anstallningen vid verksamhetsövergång*. Lund: Juristförlaget, 2004. (Akad. avh.) 392 sider.

EU-rettsens regler om overføring av virksomhet med basis i direktivet (nu Rådskdirektiv 2001/23/EF) er hos oss forankret i arbeidsmiljølovens kapittel XII A og er et stadig aktuelt tema i rådgivning, litteratur og rettspraksis. Mulders doktorgradsavhandling gir en omfattende og grundig behandling av såvel direktivregler som EF-domstolens rettspraksis på feltet. Avhandlingen faller i fire hoveddeler. Kapittel 3 sammen med kapittel 1 og 2 utgjør den introduserende del (s. 11–166). Kapittel 1 og 2 behandler opplegg, metode og «normstrukturella utgangspunkter». Her behandles blandt annet rettskilder, EU-institusjonenes normgivningskompetanse og forholdet mellom EU-rett og nasjonal rett. Kapittel 3 tar for seg regelverkene og deres bakgrunn, såvel nasjonalt som EF-direktivene. Hovedvekten ligger på direktivreglenes utvikling, sentrale avgjørelser fra EF-domstolen (som *Spijkers*, *Schmidt og Sützen*), og samspillet mellom dem. Avhandlingens kjerne og hoveddel er kapittel 4–5 (s. 167–335). Tyngdepunktet ligger klart i kapittel 4 (s. 167–279), som behandler overføringsreglenes anvendelsesområde – når foreligger overføring av virksomhet. Det skilles, etter for så vidt kjent mønster, mellom spørsmålene om gjenstanden for overføring (hvilke «virksomheter» omfattes), om hvilke transaksjonsformer som omfattes, og om kravet til at den økonomiske enhet som overføres «beholder sin identitet». Kapittel 5 behandler, ganske kortfattet, endel spørsmål om rettsvirkningene av overføring – et tema som har en rekke viktige aspekter, men hvor

rettspraksis og litteratur er knappere enn om rettsfaktumproblemer.

Systematikken i Mulders fremstilling er ikke i alle henseender vellykket. Oppdelingen mellom kapittel 3 og 4 medfører endel gjen-tagelser; samtidig som enkelte problemstillinger som berøres ett sted, ikke riktig følges opp i senere deler. Både i forhold til rettskildematerialet og i lys av internasjonal litteratur kan det nok også settes spørsmålsteget ved den analytiske tilnærmingen til forholdet mellom «økonomisk enhet» og «identitet». Slike innvendinger må imidlertid ikke skygge for at Mulders avhandling gir en inngående og solid behandling av rettskildematerialet, med mange verdifulle analyser og drøftelser. God kjennskap til andre nasjonale rettsordninger gir også bredde og tyngde til beskrivelse og forklaring av flere sentrale EF-domstolsavgjørelser. Hans perspektiv i forhold til nasjonal rett er, naturlig nok, først og fremst svensk. Men med den hovedvekt som er lagt på det EU-rettslige materialet, vil boken ha interesse for enhver som beskjeftiger seg med temaet overføring av virksomhet også ut fra norsk og, for oss, EØS-rett. Gode registre gir god inngang til rettskildematerialet og behandlingen av det.

Stein Evju

Hege Torp (red.): *Nytt arbeidsliv: Medvirkning, inkludering og belønning*. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2005. 302 sider.

Boken springer ut av Forskningsrådets program for Arbeidslivsforskning og et samarbeid mellom sentrale samfunnsvitenskapelige forskningsmiljøer på området. Artiklene i boken er i hovedsak basert på data fra Arbeids- og bedriftsundersøkelsen (ABU) 2003, et omfattende datamateriale som gir detaljert og verdifull informasjon både om virksomheter og om deres ansatte. I alt 18 forfattere behandler i 13 artikler et bredt spekter av emner, så som ledelsesstrategier, erfaringer med omstillinger, bruk og effekter av nye

former for prestasjonslønn og incentivordninger, rekruttering av ikke-vestlige innvandrere, og utviklings-
trekk i det kollektive arbeidslivet og dets institusjoner. I et mer overordnet perspektiv knytter boken an til den bredere og etterhvert ganske lange diskusjon om «fleksibilisering» og endringstrekk i det «nye» eller «(post)moderne» arbeidslivet. Artiklene tar ikke opp juridiske problemstillinger, men hver for seg og ikke minst samlet gir de et bakgrunnsmateriale som er en nyttig del av referanserammen også for diskusjon av mange arbeidsrettslige spørsmål.

Stein Evju

AVTALERETT

Rt 2004 s 1582: NL 5-1-2

1) Hva saken gjelder

Saken gjelder gyldigheten av avtale mellom selger og kjøper av en konsesjonspliktig landbruks-eiendom om at kjøperen skulle betale et hemmelig tillegg til den offisielle kjøpesummen.

2) Problemstillingen

B og A overdro ved kjøpekontrakt av 10. februar 2000 sin landbruks-eiendom i Froland kommune til C og D. Kjøpesummen er i kjøpekontrakten oppgitt til kr 1.800.000. Salgsoppgaven viste til en verditakst på kr 1.600.000, og prisantydningen var høystbydende over dette beløpet. Kjøpekontrakten fastsatte at kjøperne hadde risikoen for at det ble gitt konsesjon.

Eiendommen ble utlyst for salg i slutten av januar 2000, og det viste seg å være stor interesse for den. I sin partsforklaring for Høyesterett opplyste B at han etter kort tid mottok et bud på kr 2.200.000 – en sum han karakteriserte som «helt uaktuelt» å selge for. Under et møte med C i månedsskiftet januar/februar uttalte B at C måtte gå «betydelig over» dette budet, og antydning at C måtte betale opp mot kr 2.600.000 om han skulle være villig til å selge.

Det ble deretter oppnådd enighet om en salgssum på kr 2.550.000.

B forklarte at C under dette møtet uttrykte tvil om det var mulig å få konsesjon med denne prisen. De avtalte derfor at kjøpekontrakten skulle oppgi kjøpesummen til kr 1.800.000, mens restbeløpet, kr 750.000, skulle gjøres opp i henhold til en tilleggsavtale. I avtalen heter det at «[d]et er i partenes interesse og holde denne avtale strengt konfidensielt».

C ble innvilget konsesjon den 22. juni 2000. Det fremgår av saksdokumentene at både kommunen og landbruksdirektøren fant prisen noe høy, men at man likevel kunne anbefale konsesjon.

C overtok eiendommen omkring 20. juni 2000, og den offisielle del av kjøpesummen på kr 1.800.000 ble betalt kontant. Første halvår 2001 oppstod det tvist om betaling av tillegget til den offisielle del av kjøpesummen. For Høyesterett ble uforpliktetheten begrunnet under henvisning til NL 5-1-2.

3) Rettens begrunnelse

Førstvoterende i den enstemmige dommen tar utgangspunkt i at konsesjonssøknaden skulle opplyse om «alle vilkår for ervervet», jf. den dagjeldende konsesjonsloven § 19. Da et av konsesjonslovens formål var å oppnå «en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling vedrørende fast eiendom», jf. § 1 nr. 4, var priskontrollen etter rettens oppfatning sentral ved vurderingen av om konsesjon skulle gis. For høy pris kunne medføre at konsesjon ble avslått med den virkning at salget enten ble omgjort eller at eiendommen måtte overdras til noen som kunne få eller ikke behøvde konsesjon. Dette var partene vel kjent med.

Høyesterett viser til at saksdokumentene fra konsesjonsbehandlingen avdekker at landbruksmyndighetene fant den offisielle prisen i høyeste laget, og begge parter var kjent med at den avtalte prisen på kr 2.550.000 neppe ville bli akseptert av landbruksmyndighetene. Retten fremholder at selv om B ikke hadde noe skattemotiv for å holde en

del av vederlaget skjult, var hemmeligholdet likevel klart i hans interesse da han ellers hadde måttet akseptere en atskillig lavere salgssum.

Så kommer retten til det første av sakens to *kjernepunkter*. Det uttales at tilleggsavtalens vilkår om at den reelle prisen skulle holdes «strengt konfidensielt», i realiteten innebærer en avtale om at det i konsesjonssøknaden av så vel kjøperne som selgerne skulle gis falsk forklaring til landbruksmyndighetene om kjøpesummen, jf. straffeloven § 166.

Spørsmålet var så om det forhold at avtalen hadde et lovstridig innhold måtte føre til at den ble ansett ugyldig etter NL 5-1-2. Førstvoterende viser til Rt. 1993 s. 312, der det fremholdes at det ikke er noen alminnelig regel i norsk rett om at en avtale med lovstridig innhold er uten virkning mellom partene, men at «spørsmålet må avgjøres ved en tolking av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertrедelsen får slik virkning», se Woxholth, *Avtalerett*, Oslo 2003, s 355.

I denne vurderingen tilla Høyesterett det avgjørende betydning at tilleggsavtalen tok sikte på å omgå et av konsesjonslovens sentrale formål – å oppnå en «samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling». Dette formålet og den korresponderende priskontrollen er begrunnet i to hovedhensyn, uttalte retten: For det første å forhindre at personer utenom landbruket får drive prisene på landbrukseiendommer i været slik at yrkesutøverne i landbruket fordrives – med andre ord et ønske om at eierskap og drift av landbruks-eiendommene skal være på samme hånd. For det andre tar det sikte på å beskytte kjøperne mot å måtte betale vederlag som ikke kan forsvares ved den avkastning eiendommen kan gi. Deretter inntok retten det standpunkt at tilleggsavtaler som den foreliggende er ugyldige.

Begrunnelsen ble «stivet opp» med en uttalelse om at retten anser at ugyldighet mest effektivt vil kunne motvirke avtaler som den foreliggende.

Retten uttalte endelig at det ville være støtende om en avtale som den foreliggende skulle kunne håndheves med domstolenes hjelp. Her er vi ved sakens *andre kjernepunkt*. Det er primært selgerne som har den økonomiske interessen i å inngå slike avtaler som middel til å skaffe seg et vederlag som overstiger det som kan oppnås på lovlig måte. Og markedssituasjonen gir, slik denne saken illustrerer, fortsatte førstvoterende, selgerne mulighet for å utnytte denne posisjonen. Retten uttaler at den ikke kan se at selgerne har noen beskyttelsesverdig interesse i å beholde «merprisen». Retten viser i denne forbindelse til at en avtale som forplikter partene til å begå en alvorlig forbrytelse, representerer et kvalifisert brudd på allment aksepterte moralnormer. Med dette anså retten avtalen også for stridende mot ærbarhet.

På denne bakgrunn kom retten til at avtalen må kjennes ugyldig, fordi den strider både mot lov og ærbarhet. I nyere rettspraksis er det bare ett annet eksempel på at et saksforhold er blitt ansett stridende både mot lov og ærbarhet: Rt. 1995 s. 46 (Nimbus), se Woxholth, *Avtalerett*, Oslo 2003, s. 357. Resultatet i den aktuelle saken er likevel ikke på noen måte oppsiktsvekkende.

Geir Woxholth

Høyesteretts dom 15. mars 2005: HR-2005-00397-A: Pan Fish Norway AS mot Alsvåg Fiskeprodukter AS: Avtalerett, selskapsrett, mislighold og erstatning i kontraktsforhold

Saken reiser spørsmål om det er inngått en bindende avtale mellom et fiskeslakteri og en produsent av oppdrettslaks om slakting av laks, om avtalen er misligholdt og om erstatning.

1) Er bindende avtale kommet i stand?

Representanter for tre foretak – Troms Sjøfarmer, Vesterålslaks og Alsvåg Fiskeprodukter fremforhandlet vinteren/våren 1999 en

avtale om slakting av oppdrettslaks, som ble undertegnet av partene 27. april 1999. Representanten for Vesterålslaks tok forbehold om styrets godkjenning, som ble gitt etter kort tid. Avtalen krevet imidlertid at styret i et foretak som ikke var part i den – Norway Seafarms – skulle godkjenne den. Det hang sammen med at Norway Seafarms var eier av et selskap med store eierinteresser i avtaleparten Troms Sjøfarmer.

Avtalen ble behandlet på et styremøte i Norway Seafarms 17. juni 1999, og i referatet heter det at styret «godkjente slakteriavtalen med Alsvåg Fiskeprodukter AS, forutsatt at kontraktsvarigheten reduseres med 1 år og at det framforhandles en opsjonsavtale som styret godkjenner».

I et brev til Norway Seafarms AS datert 10. juni 1999 etterlyste Alsvåg «bekreftelse på at styret i Deres selskap har godkjent slakteavtalen». Etter en purring informerte daglig leder i Norway Seafarms 4. november 1999 Alsvåg om at styreforbeholdet var løftet, og at Alsvåg kunne få dette bekreftet skriftlig om ønsket.

Pan Fish (Norway Seafarms retts etterfølger) anførte for Høyesterett at forbeholdet i slakteavtalen la den materielle kompetansen til styret, og at daglig leder da ikke med bindende virkning for selskapet kunne meddele at forbeholdet var hevet.

Etter aksjeloven § 6-30 representerer styret som kjent selskapet utad og tegner dets firma, men med hjemmel i § 6-31 kan styret gi daglig leder rett til å tegne selskapets firma, og daglig leder hadde i det aktuelle tilfellet firmategningsrett. Det ble imidlertid gjort gjeldende fra Pan Fish's side at en daglig leder ikke med bindende virkning for selskapet kan underrette medkontrahenter om faktiske forhold hvor beslutningskompetansen ligger til styret. På denne måten ble det forsøkt trukket en sontring mellom meddelelse av slike faktiske forhold og rettslige disposisjoner. Det ble fremholdt at bare rettslige disposisjoner kunne føre til legitimasjonsvirkninger etter reglene om overskridelse av myndighet i asl. § 6-33.

Førstvoterende i den enstemmige dommen påpeker innledningsvis at en eventuell slik begrensning i tilfelle måtte gjelde både når meddelelsen er i samsvar med styrets vedtak, og når den ikke har grunnlag i et slikt vedtak. Deretter uttaler hun at hun ikke er enig i at daglig leders fullmakt etter § 6-31 er begrenset til rettslige disposisjoner og ikke omfatter meddelelser om faktiske forhold om innholdet av et styrevedtak. Verken lovtekst eller forarbeider støtter en slik tolking, og heller ikke bruken av uttrykket «disposisjon» i aksjeloven § 6-33 kan etter førstvoterendes oppfatning tas til inntekt for et slikt syn.

Dette mer formelle resonnementet ble forsterket med argumentasjon bygget på reelle hensyn. Førstvoterende tillegger det betydning, etter min mening med rette, at aksjeloven bygger på den forutsetning at medkontrahenter i alminnelighet ikke skal ha noen undersøkelsesplikt, og at vedkommende skal kunne legge til grunn at forholdet innad er i orden, såfremt det ikke foreligger noen særlig grunn til mistanke. Dette gjelder helt uavhengig av om det er tale om en faktisk eller rettslig disposisjon.

Høyesterett la etter dette til grunn at meddelelsen 4. november 1999 medførte at styreforbeholdet ble løftet, og at slakteavtalen ble bindende.

2) Mislighold

Førstvoterende gikk så over til å drøfte om slakteavtalen ble *misligholdt* av Troms Sjøfarmer da konsesjonene avtalen partene i mellom omfattet ble solgt i juli 2000. Kjøperen av konsesjonene valgte etter kjøpet å slakte det meste av produksjonen annetsteds, noe som førte til tap for Alsvåg. Alsvåg gjorde gjeldende at dette innebar et mislighold av slakteavtalen.

På dette punkt inneholder dommen enkelte mer prinsipielle argumenter om avtaletolkning. Førstvoterende starter med å henvise til at prinsippene for tolking av avtaler mellom næringsdrivende er behandlet i Rt. 2002 s. 1155, hvor det på side 1158 flg. heter at slike

kontrakter som et utgangspunkt bør fortolkes objektivt, at kontraktens ordlyd må tillegges stor vekt, og at den som hevder en forståelse i strid med kontraktens ord, har bevisbyrden for partenes felles forståelse på avtaletiden. Deretter ble det uttalt at oppgaven i vår sak i første rekke blir å klarlegge hva som følger av det avtalekompleks som slakteavtalen utgjør.

Førstvoterende tar utgangspunkt i ordlyden, og kommer til at den ikke gir grunnlag for noen sikker slutning om adgangen til å selge konsesjonen slakteavtalen var knyttet til. Deretter tok hun for seg begrepet «rammeavtale» som var brukt, uten at dette ga retten noen veiledning. Førstvoterende gikk så over til å kartlegge hvilke forpliktelser avtalen påla partene. Det er i samsvar med synspunktet om at avtalens innhold kan ha betydning ved valg mellom flere tolkningsalternativer, jfr. Woxholth, *Avtalerett*, Oslo 2003, s. 447.

Forpliktelsen for oppdretterne var å levere «hele sin produksjon» til slakt hos Alsvåg. Pan Fish hadde anført at slakteavtalen ikke legger konkrete forpliktelser på Alsvåg, og at den langt på vei var utformet som intensjoner om en ønsket utvikling. Forpliktelsene etter avtalen ville derfor vært asymmetrisk fordelt dersom den var slik å forstå at den bandt produsentene.

Til dette uttalte førstvoterende at avtaleteksten på flere punkter uttrykker ønsker og intensjoner, og at flere av bestemmelsene neppe kunne gi grunnlag for rettskrav. Men slakteavtalen inneholder også, fastslo førstvoterende, bindende forpliktelser for Alsvåg.

Etter å ha imøtegått de argumenter Pan Fish hadde ført til fordel for sin forståelse av avtalen, kom førstvoterende til at slakteavtalen ble misligholdt da konsesjonene ble solgt i juli 2000. Retten anfører ikke mange selvstendige argumenter til fordel for dette standpunktet. Det ble kun vist til at når Troms Sjøfarmer kort tid inn i avtaleperioden ikke lenger så seg forpliktet til å levere laks til slakting hos Alsvåg, skyldes det ikke omstendigheter som man var uten herredømme over.

Bakgrunnen var, heter det, tvert imot en frivillig disposisjon som på tidspunktet fremsto som fordelaktig, nemlig salget av de åtte konsesjonene til et annet rettssubjekt. Det er imidlertid klart at Høyesterett innfortolker et salgsforbud, ut fra det syn at avtaleformålet ikke kunne oppfylles, dersom det hadde vært rettslig adgang til å gjennomføre salg av konsesjonen. Dette underbygges ved at det vises til lojalitetsprinsippet i kontraktsretten.

3) Erstatning:

Konsekvensene av mislighold av slakteavtalen er etter avtalens egen regulering at «den annen part har rett til å kreve sitt økonomiske tap som følge av misligholdet erstattet». Høyesterett drøftet derfor ikke om det forelå erstatningsgrunnlag, noe som var åpenbart. Retten gikk rett over til *erstatningsutmålingen*. Rettens resonnement på dette punkt er utpreget konkret og uten særlig prinsipiell interesse.

Geir Woxholth

BOLIGRETT

Boligaksjeselskaper: Omgjøring av aksjekjøp etter styrets nektelse av samtykke til overdragelsen? Rt. 2004 s. 1256

Dommen handler om et *boligaksjeselskap* med tre hovedleiligheter, Ths. Heftyesgt 14b i Oslo; der vedtektene hadde regler om at erverv av aksjer i selskapet var betinget av styrets samtykke. Etter kjøpekontrakten selv var kontraktens gyldighet «avhengig av styrets godkjenning». Etter at samtykke var foreløpig nektet en gang (18/5), men etter videre kontakt mellom partene der man bl.a. diskuterte muligheten for å omdanne selskapet til seksjonssameie; erklærte kjøper kjøpet for opphørt, til slutt (2/6) ved en erklæring om at kjøpet «heves (ugyldiggjøres) herved». Tre dager senere (5/6) ble imidlertid styrenektelsen omgjort. Da selgeren, som hadde mottatt kjøpesummen,

nektet å medvirke til en omgjøring av kjøpet, foretok kjøperen «dekningsalg» og krevde selgeren for differansen til egen kjøpesum.

Høyesterett gav under dissens (3–2) selgeren medhold. Til tross for at kjøpers omgjøringsrett hadde tydelig støtte både i avtalens ordlyd og i aksjeloven § 4-17 første ledd nr. 1, fant flertallet at kjøper i dette tilfelle ikke kunne omgjøre kjøpet. Avgjørelsen ble først og fremst begrunnet med *prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold*; som var styrket ved at overtakelsen av leiligheten allerede var gjennomført, ved at kjøper etter avtalen, sammenholdt med aksjeloven § 4-17 hadde flere valgmuligheter, noe som innebar at et bortfall ikke var automatisk gitt, og ved de videre kontakter mellom partene. Dette tilsa at kjøperen både umiddelbart etter nektelsesvedtaket og særlig etter de videre forhandlingene mellom partene, «måtte gi sin medkontrahent ... en mulighet, eventuelt ved en kort frist, til å utvirke styregodkjenning før han eventuelt erklærte kjøpsavtalen for opphørt» (avsnitt 45). Saken endte derved med at kjøperen selv måtte dekke tapet.

Avgjørelsen reiser flere interessante spørsmål om forholdet mellom normer satt ved avtale og bakgrunnsrett som angår følger for partene av styrets samtykkenektelse ved kjøp av aksjer; samt om tilsvarende problemer ved overføring av andeler eller andre adkomstdokumenter i husromsforhold. Her er jeg særlig ute etter å belyse det siste emnet, som et emne i boligrett. Det kan likevel være nyttig først å sette avgjørelsen i et større, obligasjonsrettslig perspektiv.

Et underliggende spørsmål saken reiser, men som ikke er tydelig tematisert i dommen, gjelder forholdet mellom regler om avtalers *uvirk-somhet* (ineffektivitet) ved forskjellige former for ensidig erklært irregulær omgjøring, som former for *hevning* i vid forstand; i dette tilfelle henholdsvis ved avtalesatt betinget *ugyldighet* (anfektbar, resolutivt betinget gyldighet, med samtykket som gyldighetsbetingelse), ved *senere bortfall* på grunn av irregulær

utvikling (idet samtykkenektelsen sees som en form for bristende forutsetning), og ved *mislighold* med avtalte misligholdsvirkninger (idet samtykkenektelsen sees som en form for etterfølgende delvis rettsmangel).

Begge parter, og også Høyesterett, tok utgangspunkt i en betraktning av tvisten som et spørsmål om avtalesatt *ugyldighet*. Men selgeren, og etter ham, *Høyesteretts flertall*, mente når det kom til stykket, at avtalen ikke kunne tas helt på ordet («absolutt», avsnitt 37). Ugyldigheten inntraff åpenbart ikke automatisk som følge av samtykkenektelsen. Avtalen måtte «reelt sett sees som en bestemmelse om hvilken part som har *risikoen* for at styret nekter godkjennelse. Bestemmelsen gir etter dette *en rett til å fri seg fra kontrakten*» (avsnitt 37 – mine uthevelser). Reelt sett innebar dette videre, uten at det ble sagt, at forholdet var mer å likestille med *hevning* ved bristende forutsetninger eller mislighold. Ut fra dette var det også nærliggende, som selgeren gjorde, å påberope seg som bakgrunnsrett alminnelige *kjøpsrettslige regler*; herunder om selgers adgang til å foreta *retting* for å unngå uforholdsmessige følger av eget mislighold, idet man tar særlig hensyn til selgeren hvor avtalen allerede er delvis gjennomført mellom partene. Noe som talte for dette var også at avtalen selv henviste til avhendingslovens regler. (Se avsnitt 31. Etter Rt. 1999 s. 408 antar jeg forøvrig at verken løssørekjøpsloven eller avhendingsloven ville gjelde direkte for tilfellet.) Flertallet drøftet ikke alt dette åpent. Men det kan virke som dets påberopelse av en *lojalitetsplikt* for kjøperen virket på samme måte som bakgrunnsretten, nærmest som et overordnet prinsipp om rimelig hensynstagen og forholdsmessighet i reaksjonene, svarende til eller muligliggjørende en analogi fra de kjøpsrettslige rettings- og hevningsreglene, med en rettingsadgang koblet til en varslingsplikt for kjøper før hevning (sml. avhendingsl. § 4-10 med tredje ledd); vel også i retning av et vesentlighetsprinsipp for hevningen. (Se til

dette siste særlig et obiter dictum av flertallet i avsnitt 43.) Noe som styrket selgers sak, var også at kjøper hadde innlatt seg på forhandlinger for å finne praktiske løsninger, og selv hadde medvirket til at saken trakk ut (avsnitt 40–42 og 44–45).

Mindretallet nærmet seg spørsmålet på en enklere måte, gjennom en annen tolkning av avtalen, der denne ble tatt mer på ordet, i retning av fastsatt *ugyldighet*, på en måte som innebar at «det som skjedde etter nektinga 18. mai og fram til 2. juni var at partane søkte å finne ei løysing på ein tvist»; noe partene måtte kunne gjøre uten at det gav noen av dem større rett (avsnitt 52, jf. avsnitt 56). Mindretallet la også vekt på de gode grunnene kjøperen kunne ha til å sette betingelsen, og til å motsette seg de løysningene som etter hvert ble foreslått, og mente at han hadde handlet raskt og tydelig nok (avsnitt 53–54).

Et særlig spørsmål i saken gjaldt forholdet til de spesielle reglene i *aksjel. 1997 § 4-17 første ledd*, som direkte handler om virkningene av styrets samtykkenektelse ved overføring av aksjer. Tatt på ordet gir bestemmelsen i nr. 1 en løysning til fordel for kjøper, og i vår sak (som nevnt) til ytterligere støtte for avtalens ordlyd; ved at den tilsynelatende setter en alminnelig omgjøringsadgang for kjøper i slike tilfeller, unntatt når noe annet er avtalt i en sterk forstand («fastsatt i avtalen»). Dette svarer også til forståelsen av § 4-17 i kommentarutgaven til loven (se Aarbakke o.a.: *Aksjeloven ... Kommentartutgave*. 2. utg. 2004 s. 264 flg.). Men mot dette hadde iallfall M. Andenæs tidligere hevdet at bestemmelsen må forstås på en svakere måte, som en henvisning til alminnelige avtalerettslige prinsipper (se Andenæs: *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper* 1998 s. 156). Høyesteretts flertall valgte først (avsnitt 38–41) å fremheve § 4-17 første ledd som en meny med flere valgmuligheter for kjøperen, noe som tilsa at det ikke kunne være snakk om en enkel ugyldiggjøring. Deretter, til kjøperens anførsel om at § 4-17 første

ledd nr. 1 direkte gav ham en omgjøringsrett som ikke kunne innskrenkes ut fra en generell regel om lojalitetsplikt i kontraktsforhold, stilte flertallet seg avvisende: «Dette standpunktet er etter min mening klart uholdbart. Aksjeloven § 4-17 første ledd fastsetter uttrykkelig at den viker for partenes avtale. Så langt fra å medføre en særskilt vernet posisjon står vi overfor en deklarasjonsbestemmelse, som viker for avtale. Det må klarligvis også innbefatte de generelle prinsipper som får anvendelse ved en tolkning av kontrakten» (avsnitt 46). Så langt fra å styrke avtalen i dette tilfelle, ble § 4-17 derved brukt til å svekke den! Alt i alt synes det etter dette å være lite igjen av den spisse regelen i nr. 1. Det som gjensto i saken var såvidt jeg forstår flertallet, nærmest en adgang for kjøper til å påberope seg samtykkenektelsen som en relevant bristende forutsetning, men med rettingsadgang for selger. (Det kan spørres hvordan saken ville stilt seg uten noen avtaleklausul om risikoen for samtykkenektelse. Lovtolkningen ville i så fall kommet på spissen. Antakelig burde resultatet da bli det samme.)

Jeg synes nok flertallet var svært snar til å nedtone den alminnelige betydningen av ordet «fastsette» i § 4-17 første ledd. Men reelt sett har flertallets tilnærming mye for seg. Både i resultat og begrunnelse synes dommen å svare godt til situasjonen etter *eldre aksjerett*, der spørsmålet ikke var særlig lovregulert, og der hovedregelen var at samtykkenektelse ikke i seg selv medførte ugyldighet mellom partene, men at noe annet kunne følge av alminnelige avtalerettslige regler. (Se henvisninger i Aarbakke o.a.: *Aksjeloven ... Kommentartutgave*. 2. utg. 2004 s. 265.) Dommen er også i samsvar med den alminnelige lære om partenes risiko og plikter ved lignende overføringsvansker på *andre rettsområder*; f.eks. ved konsesjonsnektelse ved overføring av fast eiendom; se til dette Falkanger i LoR 1969 s. 193–224, på s. 202 flg.

Også ved overføring av andeler i *borettslag* og for så vidt i *seksjons-*

sameier kan lignende problemer oppstå, og jeg tror løsningen der tendensielt vil være den samme. Verken i gammel eller ny *borettslov* finnes det noen uttrykkelig regel om omgjøringsadgangen, dvs. at forholdet lovteknisk svarer til situasjonen for aksjeoverføring etter gammel aksjelov, se ovenfor. En kjøper som blir nektet godkjennelse som erverver etter *borl. 1960 § 16* vil i utgangspunktet naturlig selv ha risikoen for dette; bl.a. fordi selger ofte vil ha flyttet ut og ikke har større muligheter enn kjøperen til å nyttiggjøre seg leiligheten. Her som ved aksjeoverdragelse vil den vanlige følgen av godkjennelsesnektelse være enten at nektelsen anfektes, se *borl. § 17*, eller at erververen overfører andelen videre; se *borl. § 18*. (I § 18 er det også en regel om at borettslaget selv kan velge å innløse andelen om den ikke overføres innen en frist; for så vidt delvis svarende til ordningen etter aksjeloven § 4-17 første ledd nr. 4, jf. tredje til sjette ledd.) Om det som i vår sak finnes en avtale som gir kjøperen en omgjøringsrett, vil avtalen måtte tolkes og utfylles i lys av lojalitetsprinsippet; noe som kan tilsi at omgjøringsretten likevel etter omstendighetene ikke kan gjøres gjeldende. (At borettsloven § 16 knytter virkningene til styrets manglende godkjennelse, mens aksjeloven handler om manglende *samtykke* bør være et ytterligere moment i selgers favør i borettslag.) Tilsvarende vil gjelde ved nektelse av godkjennelse til erverv etter *ny borettslov av 2003 § 4-5*. Heller ikke der er det noen egen regel om forholdet mellom partene, og spørsmålet er ikke omtalt i forarbeidene. Det samme kan sies om tilfeller ved *seksjonssameier*, i tilfeller hvor vedtektene i samsvar med *eis. § 22* annet ledd har regler om godkjennelse av erverv. En forskjell her – som ved borettslag etter *ny borettslov* – er likevel at *avhendingsl.* får direkte anvendelse for kjøpet, noe som nok gjør det enda mer naturlig å påberope seg misligholdsreglene i loven som bakgrunnsrett. Jeg kjenner forøvrig ingen tilsvarende *domstolsavgjørelser* om spørsmålet ved borettslag

eller seksjonssameier. De avgjørelsene som finnes om hevning og omgjøring mellom partene i borettslag handler enten om hevning ved (andre former for) mislighold – så som den viktige dommen i Rt. 1999 s. 408, eller om omgjøring ved andre tilfeller av ugyldighet og bristende forutsetninger, typisk knyttet til forkjøpsretten etter *borl. § 22*; – se bl.a. RG 1968 s. 82, RG 1970 s. 576 og Agder LR- Dom 13/12-1984, samt et tilfelle der kjøper angret med forskjellige anførsler, i Eids LR -Dom 15/3-1991.

Gert-Fredrik Malt

Borettslag: Tvangssalg av tildelingskontrakt ved mislighold av innskuddsbetalingsplikt. Tvfl § 5-17. Rt. 2004 s. 1785

Saken gjelder saksøktes mulighet til å avbryte et igangværende tvangssalg av en tildelingskontrakt om andel etter *borl. av 1960 § 18 første ledd annet punktum*, jf. *bl.a. tvfl. § 5-17 første ledd pkt a*, ved betaling av det underliggende pengekravet som ligger til grunn for tvangssalget, i et tilfelle der kravet var *et skyldig restinnskudd*, jf. *borl. § 27 annet ledd*.

En hittidig andelseier i Ødegården Borettslag i Oppegård fikk ved en tildelingskontrakt (jf. *borl. § 26*) rett til andel for en nyoppført bolig i laget, og plikt til å betale innskudd for boligen. Men hun misligholdt (ifølge borettslaget) både denne og andre plikter; bl.a. ved å holde tilbake en del av innskuddet som følge av angivelige mangler. Borettslaget mente hun ikke hadde rett til dette, og begjærte etter påkrav og andelseierens fristoversittelse *tildelingskontrakten tvangssolgt i henhold til borl. § 27 annet ledd*, jf. § 18 første ledd annet punktum, jf. *tvfl. kap. 12*, jf. *kap. 11* osv. (Salgspålegget gjaldt som nevnt direkte bare tildelingskontrakten med borettslaget, ikke en andel, da andeler for de nye boligene her ennå ikke var opprettet. Og heller ikke reglene om tildelingskontrakter med boligbyggelag i *borl. § 8*, jf. § 40 kom til anvendelse. Strengt tatt

innebar dette at pålegget måtte bygge på en analogisk anvendelse av § 27 annet ledd jf. § 18 første ledd, og vel også på en en særlig, delvis utvidende anvendelse av *tvfl. § 12-1*, jf. § 1-8 fjerde ledd. Dette spørsmålet ble imidlertid ikke tematisert videre under saken, heller ikke av Kjæremålsutvalget, som tvert imot i sine premisser så som i avsnitt 22 omtaler salgspålegget som gjeldende en «andel». Jeg skal heller ikke kommentere det nærmere her, idet jeg forutsetter at de samme reglene gjelder for tvangssalg av tildelingskontrakt som for andel.)

Borettslaget fikk *medhold i kravet om tvangssalg*, og herunder prejudisielt også i en påstand om at innskuddet måtte betales uavhengig av det øvrige mellomværende mellom partene. En avgjørelse av tingretten om dette, der det samtidig ble bestemt at salget skulle gjennomføres ved medhjelper (jf. *tvfl. § 11-12* første ledd), ble stadfestet av lagmannsretten; se *Borg. LR Kj. 13/5-2004*; og lagmannsrettens kjennelse ble ikke påkjært.

Men allerede dagen etter kjennelsen begjærte saksøkte, forgjeves, *utsettelse* av tvangsfullbyrdelsen etter *tvfl. § 5-11*. Dernest begjærte hun *innstilling* av fullbyrdelsen idet hun hevdet at hun nå fullt ut hadde betalt borettslagets krav. Begjæringen ble behandlet ved en ny kjennelse av tingretten og senere av lagmannsretten, og endte for *Høyesteretts kjæremålsutvalg*.

Andelseieren selv begrunnet innstillingskravet med en henvisning til *borl. § 20 annet ledd*; men for lagmannsretten og senere for Kjæremålsutvalget, kom spørsmålet til å handle særlig om regelen om hevning av sak ved kravsoppfyllelse i *tvfl. § 5-17 første ledd pkt. a*, jf. § 6-1.

Ved første blick kan spørsmålet synes enkelt avgjort i § 5-17. Men en vanskelighet med anvendelse av bestemmelsen, som ble fremhevet av utvalget, er at det *kravet* som gjøres gjeldende etter *borl. § 27* annet ledd, jf. § 18, etter ordlyden strengt tatt, her som ved de tilsvarende bestemmelsene i *borl. § 37* og

eierseksjonsl. § 26, bare er et krav om oppfyllelse av pålegg om salg av andelen; noe som jo er *noe annet enn det underliggende pengekravet* som lå til grunn for salgspålegget (avsnitt 22–23). På den annen side mente Kjæremålsutvalget at *reelle hensyn* tilsa en annen tolkning her enn ved eierseksjonsl. § 26, ved at det underliggende kravet så tydelig var et pengekrav og ikke også krav grunnet på andre typer mislighold (avsnitt 24). Dessuten kom borl § 20 annet ledd en slik mer liberal tolkning til hjelp; ved at det der, for tilfeller hvor salget skjer ved *auksjon*, bestemmes at denne skal innstilles om andelseieren imøtekommer «lagets krav samt betaler de med auksjonen forbundne omkostninger». Ved en betraktning av denne bestemmelsens forhistorie, plassering i forhold til første ledd, og juridisk litteratur, antok Kjæremålsutvalget at bestemmelsen måtte være «helt sentral» ved forståelsen også av det krav laget har etter borl. § 27 annet ledd, og derved også for forståelsen av borl. § 18, jf. tvfl. § 5-17 i slike tilfeller. *Borettslagets krav* etter disse bestemmelsene *måtte* altså *kunne oppfylles ved at det underliggende pengekravet dekkes fullt ut*. (Avsnitt 25-26.)

Det som gjensto var å avgjøre om saksøkte hadde oppfylt kravet. Kjæremålsutvalget opphevet her lagmannsrettens avgjørelse, idet lagmannsretten ikke åpent hadde drøftet om det innbetalte beløpet var tilstrekkelig til *også å dekke omkostningene ved medhjelpersalget*, som måtte være dekket for at kravet skulle være oppfylt etter § 5-17 (avsnitt 27). Under den nye behandlingen for lagmannsretten, ble saken forlikt.

Avgjørelser om borl. § 20 og 27 (som for så vidt også om §§ 18, 19 og 21), er i seg selv svært sjeldne, og kan tyde på at spørsmålet er upraktisk – iallfall etter tilkomsten av en ny borettslagslov der spørsmålet synes løst noe anderledes (se nedenfor). En grunn til å omtale avgjørelsen her er imidlertid at den gir et nyttig inntak til en mer generell forståelse av *tvfl. § 5-17 første ledd pkt. a*; og samtidig at den gir et

artig eksempel på Høyesteretts evne til ad tolkningsvei å finne praktiske, systemkonsekvente og rimelige løsninger. Kjæremålsutvalget gir selv inntrykk av at avgjørelsen først og fremst beror på en særlig tolkning av borl. § 27 annet ledd, der § 20 annet ledd kommer til hjelp. Men det kan hevdes at avgjørelsen i realiteten handler mer om muligheten for en *utvidende tolkning av § 5-17 første ledd pkt. a*, ved at det kravet som ifølge bestemmelsen kan oppfylles av saksøkte, ikke *bare* er vedkommende *hovedkrav* – her salgspålegget – men *også det underliggende krav* – her pengekravet. (At bestemmelsen kan forstås slik er ikke uttrykkelig sagt av Kjæremålsutvalget. Men utvalget sier heller ikke at dette ikke er tilfellet – se særlig kjennelsens avsnitt 25, der det bare sies om «lagets krav» etter § 27 annet ledd, at «det kan oppfylles ved at det underliggende pengekrav innfris», ikke at det ikke kan oppfylles etter sitt innhold som hovedkrav; og dette må etter min mening også være den naturlige regel i slike tilfeller.) Og den underliggende grunnen til en slik utvidende tolkning er her nok ikke bare at det underliggende kravet er et pengekrav, men at det *misligholdet* som ligger til grunn for salgspålegget og tvangssalget *ikke trenger å være vesentlig*; noe som gir saksøkte i slike saker *et særlig behov for vern*. For så vidt stemmer avgjørelsen i sin tendens til den regelen til fordel for leietakeren ved utkastelse på grunn av mislighold av leiebetalingen som nå finnes i tvfl. § 13-2 tredje ledd pkt. a annet punktum (som tildels fremstilles som et unntak fra hovedregelen i § 5-17 første ledd pkt. a).

I *den nye borettslagsloven av 2003* er det inntatt generelle regler om salgspålegg ved mislighold svarende til reglene i seksjonssameier, uten særregler som i dagens lovs § 20 eller § 21, også for tilfeller ved mislighold av innskuddsplikten – se borl. 2003 § 2-11 annet ledd, jf. § 4-8 annet ledd; noe som synes å tilsi at en betalingsadgang som angitt i kjennelsen ikke lenger skal finnes. Borettslaget mente dette, og at dette talte for deres standpunkt

også i saken. Men Kjæremålsutvalgets avgjørelse viser kanskje at det bør være plass for lignende unntak som etter borl. § 20 annet ledd også i fremtiden; og at det ikke er utelukket at dette fremdeles kan tenkes gjennomført ved en utvidende tolkning av tvfl. § 5-17 første ledd – om ikke lovgiver selv velger å løse problemet?

Gert-Fredrik Malt

Eierseksjoner: Tilleggsdel som egen boenhet? Rt. 2004 s. 1711

Dommen angår spørsmål om *etablering av og fysisk rådighet over tilleggsdeler* til bruksenheter i seksjonssameier. Saken gjaldt et lite seksjonssameie, Drammensv. 103 B i Oslo, som ble omdannet fra boligaksjeselskap til seksjonssameie på 1980-tallet. Ved seksjoneringen ble en tidligere vaktmesterleilighet i kjelleretasjen, som ikke oppfylte det vanlige standardkravet til boligseksjon etter eisl. 1983 § 5 nr. 3 første ledd, gjort til egen seksjon etter unntaket i annet ledd. Seksjonen fikk samme eier som en av de vanlige større boligseksjonene i sameiet. I 1991 og senere i oktober 1997 ble det inngått en avtale blant sameierne i sameiet, om at *de to seksjonene ved reseksjonering skulle slås sammen til en seksjon*, med den store seksjonen som hoveddel og kjellerseksjonen som tilleggsdel. Bakgrunnen for avtalen var et ønske om å ikke opprettholde bruken av kjellerleiligheten som egen boenhet. Etter datidens lov forutsatte gjennomføringen av dette en delvis ombygging med areal tilhørende andre seksjoner i sameiet og at det ble bygget en innvendig trapp som skulle binde hoveddelen og tilleggsdelen fysisk sammen.

I desember 1997, før noe mer var gjort med sammenslåingen, ble de to seksjonene solgt til en kjøper; idet sameiet forpliktet seg til å gjennomføre en reseksjonering i samsvar med avtalen av oktober, med bygging av innvendig trapp og uten omkostninger for kjøperen. Da den nye eierseksjonsloven av 1997 trådte i kraft 1/1-1998 bortfalt imidlertid

kravet etter den gamle loven om fysisk sammenheng mellom hoveddel og tilleggsdeler, hvorefter partene ble enige om å sløyfe trappen, og styret gav sitt samtykke til reseksjonering uten at trappen ble bygget – noe som ble gjennomført ved reseksjonering tinglyst i 1999.

I 2001 foretok kjøperen en omfattende ombygging av tilleggsdelen, bl.a. ved installering av kjøkken og bad med WC, hvorefter den ble leid ut til kjøperens datter med familie. Sameiet og en av sameierne (selgeren) protesterte mot dette, og tok ut stevning mot kjøperen med krav om bl.a. at kjøkkenet skulle fjernes og at bruken som selvstendig bolig skulle opphøre. Men kjøperen fikk medhold, både i tingretten, i lagmannsretten (under dissens) og i Høyesterett.

For tingretten og lagmannsretten var det et hovedspørsmål hvorvidt kjøperen var forpliktet etter *avtale* til ikke å foreta en slik ombygging og utleie, og herunder hvordan man skulle forstå en klausul i sameiernes avtale som det var vist til i kjøpsavtalen, om at seksjonene skulle slås sammen til *en boenhet*. For sameiet og selgeren fremstod dette også som sakens kjerne. Noe som tilsa en slik avtalebegrensning, var forutsetninger for avtalen i sameiet, som bl.a. var kommet til uttrykk i plan-tegninger og på annen måte, og også at prisen ved salg av seksjonene samlet fremsto som lavere enn markedsprisen for to seksjoner. Lagmannsrettens mindretall mente, etter en inngående begrunnelse, at avtalen måtte forstås med en slik begrensning. Flertallet mente imidlertid etter en nokså knapp begrunnelse noe annet; og anken over denne del av avgjørelsen ble nektet fremmet for Høyesterett i henhold til tvml. § 373 tredje ledd nr. 2 og 4, ved Kjæremålsutvalgets kjennelse av 28/7–2004. (For lagmannsretten ble også diskutert evt. videre spørsmål om dette; så som om en evt. avtale ville være i strid med eierseksjonsloven eller med avtaleloven § 36.)

For Høyesterett kom saken bare til å handle om det som for tingretten og lagmannsretten var sameiernes andre og mer subsidiære grunnlag:

at ombyggingen og bruken av tilleggsdelen var i strid med *alminnelige regler om etablering og bruk av tilleggsdeler i eierseksjonsloven av 1997*. Dette innebar i seg selv en ikke uvesentlig reduksjon av vurderingstemaet i saken; og emnet ble ytterligere innsnevret ved at sameiet, uvisst av hvilken grunn, *unnlot å påberope seg de viktige reglene om begrensning av adgangen til fysisk rådighet, i eierseksjonsloven § 19 første og annet ledd*. Sameiet satset etter dette alt på ett kort, og tapte.

Førstvoterende i Høyesterett tok utgangspunkt (avsnitt 23–28) i en alminnelig redegjørelse for «eierseksjonslovens sentrale bestemmelser, spesielt systemet for seksjonering og reseksjonering»; herunder for ordningen etter lovens § 6 med et skille mellom fellesarealer og seksjoners hoveddel og tilleggsdel; og skjelnet etter dette mellom tre videre hovedspørsmål:

Et første spørsmål (avsnitt 31–34) var om loven er til hinder for at *tilleggsdelen fremstår som en selvstendig boenhet*. Hovedspørsmålet var her om lovens § 6 forutsatte at adgangen til å opprette tilleggsdeler bare skulle gjelde for boder, garasje og andre rom eller arealer som ikke hovedsakelig hadde boligformål. Men etter en gjennomgang av forarbeidene (herunder sammenhengen med gammel lovs § 6) og ut fra sammenhengen i loven fant førstvoterende at *en tilleggsdel kan omfatte alt som ikke må være fellesareal*.

Et neste spørsmål (avsnitt 35–40) gjaldt om loven setter begrensninger på bruken av en slik tilleggsdel. Førstvoterende gjennomgikk her først lovens § 19, og fant at det i denne lå en svært vidtgående *bruksrett innenfor rammen av formålet, i vårt tilfelle bolig*; med bl.a. en rett til ikke-bruk, til å foreta ominnredninger osv., innenfor rammen av § 19 annet ledd og alminnelige sameiere-rettslige prinsipper. Når oppgraderingen som her ikke var påberopt å være til sjenanse for de øvrige sameierne etter § 19 annet ledd, og heller ikke innebærer noe inngrep i bygningens bærende konstruksjoner

eller på annen måte skader fellesanlegg, innebar dette samlet at den ikke var i strid med loven.

Det siste spørsmålet (avsnitt 42–45) gjaldt *sameierens adgang til å leie ut tilleggsdelen for seg*. Spørsmålet ble behandlet dels ut fra lovens § 22 første ledd, som ikke alene var til hinder for dette; og dels ut fra vedtektene (jf. § 22 annet ledd), som her hadde en uttrykkelig bestemmelse om at også delvis utleie var tillatt!

Heller ikke andre bestemmelser eller forutsetninger i loven om tilleggsarealer og deres kvalitet eller bruk, så som § 6 første eller syvende ledd – eller muligheten for uoversiktige bruks- og rettighetsforhold, kunne tilsi noe annet resultat; verken mht bruken av tilleggsdelen eller mht utleie av den (avsnitt 41 og 46–47).

Resultatet var etter dette at seksjonskjøperen fikk fullt medhold; med tilkjennelse av saksomkostninger både for lagmannsretten og Høyesterett (avsnitt 48).

Saken er interessant på flere måter; men kanskje aller mest som et eksempel på hvor galt det kan gå (for den ene part, sameiet), når de grunnleggende avtaler (som her ble utformet bevisst i sameiet for å unngå denne typen disposisjoner) ikke gjøres klare nok; og når saken deretter ledes inn i et altfor snevert – og formalistisk – spor.

Rettslig sett er det ikke så mye å si til utfallet; – det er i tråd med signalene både i loven selv i retning av større frihet ved organisering av seksjonssameier, og i tolkningstradisjonen knyttet til loven i retning av størst mulig frihet til rådighet innenfor lovens rammer. Det dommen gir oss er først og fremst *en liberal tolkning av lovens § 6* når det gjelder adgangen til å opprette tilleggsdeler, og dessuten uttalelser i retning av en *liberal tolkning av § 19*, når det gjelder fysisk rådighet over slike. Men siden saken ikke også gav en prøve på anvendelse av § 19 annet ledd, får dommen nesten et abstrakt preg, der de vanskeligste spørsmålene om grensdragning og om rekkevidden for § 19 ikke kommer på spissen.

En påstand som ofte går igjen hos den ene part i slike saker, er at det i seksjonssameier må kreves en særlig *hjemmel for begrensninger* i den fysiske rådigheten. Generelt er det, etter min mening, grunn til å være skeptisk til denne typen skarpe påstander ved tolkning av privatrettslige lover. Når det spesielt gjelder ombygging må setningen dessuten bygge på en særlig tolkning av § 19 utover det ordlyden alene tilsier, idet denne direkte bare gjelder for bruk – ikke for endringer av det brukte. Og setningen har heller ikke støtte i dommen. Avgjørende for utfallet – og for den prinsipielle tolkningen av § 19, var der *lovsystematiske betraktninger*. Fanebestemmelsen i lovens § 19 første ledd, jf. § 1 første ledd annet punktum i retning av «enerett» og regelen i § 22 første ledd om sameiernes rådighet «som eier», ble gitt en fremtredende plass. Andre lovsystematiske argumenter, f.eks. med utgangspunkt i § 14 og § 22 tredje ledd, og mer konkrete argumenter ble tonet ned. Men det ble også åpnet for påberopelse av alminnelige sameierettslige prinsipper om rådighet. Samlet gir dette fremdeles rom både for oppfinnsomhet og for bruk av reelle hensyn ved etablering av normer om fysisk rådighet i seksjonssameier. De siste ord om emnet er neppe sagt.

Gert-Fredrik Malt

ERSTATNINGSRETT

Sinnssykes oppreisningsansvar – Høyesteretts dom 8. februar 2005

I desember 2001 ble en av hotellvaktene på Oslo Plaza Hotel alvorlig knivskadet av en sinnssyk gjerningsmann, som etter ugjerningen ble dømt til tvungent psykisk helsevern. I tingretten ble han dessuten dømt til å betale offeret kr 90 000 i oppreisning. Lagmannsretten opprettholdt dommen på tvungent helsevern, men frifant tiltalte for oppreisningskravet. Frifinnelsen på det sistnevnte punkt ble brakt inn for Høyesterett,

som under dissens (3–2) dømte den sinnssyke til å betale kr 50 000 i oppreisning til offeret (HR-2005-00202-A).

Etter skadeserstatningslovens § 1-3 er utgangspunktet at en sinnssyk «plikter å erstatte den skade han voldet for så vidt det finnes rimelig under hensyn til utvist adferd, økonomisk evne og forholdene ellers». Høyesterett kom enstemmig til at erstatningsplikten etter § 1-3 også omfatter erstatning for ikke-økonomisk skade (oppreisning) etter § 3-5. Førstvoterende la vekt på at selv om idømmelse av oppreisning skal gi uttrykk for samfunnets fordømmelse av handlingen, og samtidig skal ha en preventiv funksjon, har utviklingen i senere år gått i retning av at «oppreisning først og fremst [skal] kompensere for den krenkelse som er påført». Hensynet til slik kompensasjon gjør seg ikke gjeldende med mindre styrke fordi om skadevolderen var sinnssyk. Anvendelsen av § 3-5 reiser imidlertid særlige spørsmål for sinnssyke skadevoldere, fordi bestemmelsen krever at det er utvist forsett eller grov uaktsonhet, dvs. at skadevolder er sterkt å bebreide. Skadevolder hadde her anført at han ikke hadde skyldevne på grunn av sinnssykdommen, men Høyesterett kom – også på dette punktet enstemmig – til at det måtte skilles mellom tilregnelighet og skyldevne, og at sinnssykdommen ikke var til hinder for å anse skadeforvoldelsen i dette tilfellet som forsettlig. Avgjørende måtte være at skadevolder var klar over at han anvendte vold, og at volden rettet seg mot et menneske. Det er ikke nødvendig at forsettet også omfatter skadefølgen.

Det var i den skjønsmessige avgjørelse av om oppreisning skulle tilkjennes, at Høyesterett delte seg i et flertall og et mindretall. Flertallet la vekt på at hensynet til skadelidte taler for at oppreisning normalt skal tilkjennes når lovens vilkår er oppfylt. Dette utgangspunktet måtte legges til grunn også for en sinnssyk skadevolder, men oppreisningsbeløpet ble redusert vesentlig fordi den skadegjørende handling her var en direkte følge av sinnssykdommen,

og fordi skadevolderen hadde meget begrenset økonomisk evne. Mindretallet la større vekt på de pønale og preventive elementene i oppreisningen, og mente at når handlingen, som i dette tilfellet, var en direkte følge av sinnssykdommen, «mangler helt den bebreidelse som ... utgjør et sentralt element i oppreisningsbestemmelsen i § 3-5». I en slik situasjon fant mindretallet ikke grunn til å idømme oppreisningsansvar.

Etter den rettsoppfatning flertallet la til grunn, synes normalregelen å måtte bli at sinnssyke må betale oppreisning for forsettlige skadeforvoldelser av alvorlig art, selv om skadetilføyelsen fullt ut er en følge av sinnssykdommen. Ved mindre alvorlige skader, og i tilfelle hvor det ikke er utvist forsett, vil nok saken lett komme i en annerledes stilling.

Are Stenvik

FAMILIERETT

Eierforhold til gårdsbruk og skjjevelingskrav: Frostating lagmannsretts dom 22. februar 2005 (LF-2004-85364)

Lagmannsretten kom til at en kvinne etter 12 års samliv (hvorav ni år i ekteskap) ikke hadde ervervet noen eierandel i gårdsbruk som mannen hadde fått overdratt fra sine foreldre. Mannen fikk dessuten skjjevdelt kr. 600 000 av boets samlede netto på ca. kr. 650 000. Partene flyttet sammen som samboere på gården i 1991 og hadde to fellesbarn.

Gårdsbruket ble overdratt fra foreldrene til sønnen i to tapper. I 1991 ble maskinutstyr samt halvparten av buskap og varelager overdratt for ca. 1.1 mill kr., hvorav kr. 690 000 som gave, og det ble da etablert en samdrift av gården. I 2001 ble den faste eiendom til ca 2.2 mill kr. overdratt til sønnen mot overtakelse av gjeld på ca 1.9 mill kr. samt kårforpliktelser. Resten av buskapen mv. ble også overdratt, og det var her enighet om at det i dette lå et gaveelement på kr. 300 000. Lånet ble noe senere konvertert i et

nytt lån hvor også hustruen sto som solidarisk skyldner, etter oppfordring fra banken. I forbindelse med samlivsbruddet i 2003 oppsto tvist både om eierforhold og skjevdeling, samt eksistensen av en gjeldsforpliktelse. De to førstnevnte forhold kommenteres i det følgende.

Eierforholdet. Det sentrale grunnlaget for hustruens påstand om medeiendomsrett til gårdsbruket var en muntlig avtale, men lagmannsretten fant det ikke bevist at det forelå noen slik avtale. Hustruen viste dessuten til at hun var solidarisk ansvarlig for lånet, men lagmannsretten uttalte at det «er ikke først og fremst låneopptaket som kan gi grunnlag for å erverve sameieandel, men nedbetalingen av gjelden. I det foreliggende tilfelle må legges til grunn at det var Bs [mannens] næringsvirksomhet tilknyttet gården som var ment å stå for nedbetalingen av gjelden, og som rent faktisk sto for betjeningen av gjelden i perioden 2001–2003.» Hustruen hadde også vist til sine bidrag til familiens felles økonomi gjennom 12 års samliv. Foruten lønnsinntekt en kort periode, hadde hun løpende ytelser fra folketrygden i form av rehabiliteringspenger og attføringspenger; i forbindelse med svangerskap og sykdom mottok bruket refusjon av avløserkostnader samt at hun har deltatt i gårdsdriften i 1991–92 og hele perioden har hatt hovedansvaret for husarbeid og barnestell. Om dette uttaler lagmannsretten at det «er vanskelig å se at det økonomiske bidrag har gått ut over den forpliktelse begge ektefeller har til å bidra til familiens felles underhold. En del av hennes bidrag er naturlig nok også gått til underhold av hennes særkullsbarn. Dernest blir det avgjørende for lagmannsretten at det aktivum det kreves etablert sameie i, er Bs næringsvirksomhet, noe som ligger i grenseland for hva det kan erverves sameieandel i gjennom husarbeid.»

Det er ikke overraskende at mannen ble ansett for eneier av gården, når først avtalegrunnlaget ikke førte frem. Hustruens bidrag var ikke av en slik karakter og størrelse at de alene kunne betinge

medeiendomsrett. Hus- og omsorgsarbeid kan riktignok også ha relevans ved erverv av gårdsbruk, men da bare ved siden av direkte bidrag til ervervet, jfr. bl.a. Rt. 1956 s. 264, jf. Lødrup og Sverdrup, *Familieretten* 5. utgave 2004, s. 144–145. I dette tilfellet hadde hustruen ytet beskjedne direkte bidrag i form av innsats i gårdsdriften i en kort periode (1991–92). Dertil kommer at mesteparten av gården ble overdratt to år før samlivsbruddet, slik at hennes indirekte bidrag til lånebetalingen uansett ikke kunne utgjøre noe stort beløp. Men lagmannsrettens uttalelse om at hennes bidrag ikke gikk ut over «den forpliktelse begge ektefeller har til å bidra til felles underhold» foranlediger en kommentar. At et bidrag går utover underholdsplikten er intet vilkår for medeiendomsrett, jf. bl.a. Rt. 1980 s. 1403 og uttalelsene i forarbeidene til el. § 31 tredje ledd hvor det heter «at man i alle fall ved de mer ordinære forhold, der en ektefelle har vært hjemmeværende av hensyn til felles barn, vil anse hjemmearbeidet som et tilstrekkelig ervervsgrunnlag», Ot. prp. nr. 28 (1990–91) s. 62. Ektefellene (eller samboerne) kan ha ytet like stor innsats på et hvilket som helst gitt tidspunkt under samlivet, skjevheten oppstår fordi den enes innsats konsumeres, mens den andres investeres. Når den ene på denne måten tar mer enn sin del av omsorgsarbeidet (normalt halvparten), frigjøres tid eller kapital for den andre; og benyttes dette til investeringer, kan det oppstå et indirekte bidrag til ervervet.

Skjevdeling. Ektemannen krevde også skjevdelte verdien av gavene som ble ytet i forbindelse med overføringene i 1991 og 2001 i form av driftsutstyr, besetning, varelager m.v. i medhold av el. § 59 første ledd. Spørsmålet var hvor mye av dagens verdier i gården som kunne føres tilbake til disse gaveoverføringene. Lagmannsretten fant at hele gaven på kr. 300 000 som ble ytet ved overdragelsen i 2001 kunne skjevdeles, mens det av gaveoverføringen på kr. 691 000 fra 1991 var ca. kr. 300 000 i behold, «hvilket utgjør knappe 45 % av den nomi-

nelle verdi av gaven dette året». I sin begrunnelse peker lagmannsretten på at mange av de individualiserte eiendeler som i sin tid ble gitt i stor grad er borte, og at utskiftninger har skjedd som en naturlig del av en næringsvirksomhet som drives på en gård. Videre heter det: «I dette tilfellet vil det, slik lagmannsretten ser det, være slik at både avkastning av skjevdelsingsmidler og avkastning av gården som sådan har bidratt til de totale investeringer, sammen med den arbeidsinnsats som er ytet i næringen.» Når det gjaldt beviskravene, viser retten til at skjevdeling kan bero på en «skjønnsmessig vurdering», og at det ikke er noe vilkår at ombygging kan følges transaksjon for transaksjon bakover. Etter mitt syn er lite å si på denne vurderingen og de beviskrav som her stilles – når eiendelene ikke kan etterspores konkret, må vurderingen bli skjønnspreget.

Derimot kan det stilles spørsmål ved sluttresultatet. Mannen fikk holde utenfor delingen kr. 600 000 av de kr. 650 000 som utgjorde boets netto – slik resultatet for øvrig også ble i tingretten. Resultatet ble m.a.o. at det knapt var skapt verdier i løpet av det 12 år lange samlivet, og det kan synes noe overraskende, ettersom ektefellene hadde arbeidet på gården under hele samlivet. Man skulle kanskje tro at arbeidet i større grad hadde nedfelt seg i verdier som skulle være gjenstand for likedeling ved ekteskapets opphør. Lagmannsretten påpeker innledningsvis at hustruen blir sittende igjen med et beskjedent beløp dersom tingrettens dom legges til grunn, men viser til at det skyldes gjeldsbelastningen på bruket, og den «verdi som er satt på gårdsbruket ved takster som ingen av partene har hatt innsigelser mot». Det kan imidlertid reises spørsmål ved selve utgangspunktet for skjevdelingskravet som skriver seg fra gaven i 2001. Gården – den faste eiendommen – ble i 2001 taksert til 2.296 mill. kr., og kjøpesummen ble oppgjort ved overtakelse av gjeld og kårforpliktelser. Den resterende halvparten av besetning og varelager ble ved en forglemmelse utelatt i denne kjøpekontrakten, og det var

enighet mellom partene om at dette representerte en gave på kr. 300 000. Da gården ble overdratt i 2001 hadde ektefellene (særlig ekte-mannen) arbeidet på gården i ti år, og det er ikke unaturlig å tenke seg at dette arbeidet har hatt betydning for gårdens nettoverdi ved overføringen. (Alternativet for mannens foreldre ville vært å leie inn arbeidskraft, og gjelden ville da vært større ved overtakelsen – eventuelt ville den manglende arbeidsinnsatsen gitt seg utslag i en lavere takst på gården). Ekteemannens innsats i disse ti årene ble ytet i visshet om at han skulle overta gårdsbruket, og spørsmålet reiser seg da om det ikke er naturlig å se arbeidsinnsatsen som en slags «forskuddsbetaling» eller lignende, med den følge at gavedelen ved overføringen i 2001 i realiteten var mindre enn kr. 300 000. Det er ikke helt dekkende for realiteten å regne gavedelen som gårdens verdi minus gjeld, hvis det er ytet delvis vederlag i form av innsats på gården i de forutgående år. Om – og i hvilken grad – det skal tas hensyn til en slik forutgående innsats vil bero på skjønn, og jeg har ikke grunnlag for å uttale meg om det var naturlig å gjøre det i denne saken, ettersom det også var tatt hensyn til arbeidsinnsatsen i tilbakeføringsvurderingen. Men det er grunn til å peke på de spesielle problemene som oppstår når en ektefelle har tilført arbeid eller kapital til en eiendel som *senere* gis som arv eller gave. Grunntanken bak lovens system er at det som er skapt under ekteskapet – uavhengig av hvem av ektefellene som har skapt verdiene – skal deles likt. Det er ikke bare i forbindelse med overdragelse av gårdsbruk at dette spørsmålet oppstår. Den ene ektefellen påkoster for eksempel foreldrenes (eller svigerforeldrenes hus) i visshet om at huset senere skal overføres som arv eller gave fra foreldrene. Når huset så overføres, er det husets verdi fratrukket verdien som er påkostet av ektefellen som kan tilbakeføres til arven, jf. Sverdrup i Bonus Pater Familias, Festskrift til Peter Lødrup 2002, s. 692.

Tone Sverdrup

IMMATERIALRETT

VAREMERKERETT

Bruk av en annens varemerke for å angi formålet med en vare eller tjeneste, Varemerkedirektivets art. 6, 1, c

Varemerkedirektivets art. 6, 1, c bestemmer at rett til et varemerke ikke skal berettigede merkehaveren til å forby andres bruk av merket, når det «er påkrevd for å angi formålet med en vare eller en tjeneste, særlig som tilbehør eller reservedeler», og bruken skjer i samsvar med redelig markedsføringskikk.

Gillette Company hadde i Finland registrert varemerkene GILLETTE og SENSOR for bl.a. barberhøvler. Eneretten etter den finske registreringen var overført til Gillette Group Finland, som markedsførte barberhøvler som besto av et håndtak med utskiftbart barberblad, og blader til slike høvler.

LA-Laboratories solgte på det finske markedet barberhøvler som besto av et håndtak med utskiftbart blad, og barberblad uten håndtak, som alle lignet dem som ble markedsført av Gillette. Barberbladene ble solgt under varemerket PARASON FLEXOR, i emballasje forsynt med en etikett med slik tekst: «Alle Parason Flexor- og Gillette Sensorhåndtak passer til dette barberblad.»

LA-Laboratories hadde ikke tillatelse fra Gillette til å bruke Gillettes varemerker, og Gillette gikk til søksmål der de gjorde gjeldende at LA-Laboratories krenket varemerkene GILLETTE og SENSOR. Gillette hevdet at LA-Laboratories' atferd bibrakte forbrukerne den oppfatning at det var en forbindelse mellom varene fra LA-Laboratories og Gillettes varer, eller ga inntrykk av at LA-Laboratories i kraft av lisens eller på annet grunnlag hadde tillatelse til å bruke merkene GILLETTE og SENSOR.

Helsingfors tingsrett ga Gillette medhold. Den finske varemerkelovens bestemmelser om unntak fra eneretten måtte tolkes strengt i lys av direktivets art. 6, 1, c, og kunne

da ikke vedrøre bruk for de vesentligste delene av en vare, men bare bruk for reservedeler og andre lignende deler, som passer til en vare som fabrikeres eller markedsføres av en annen. Både håndtaket og bladet måtte anses som vesentlige deler av barberhøvelen, og ikke som reservedeler eller tilbehør.

LA-Laboratories anket til hovrätten, som frifant for inngrep. Den barberhøvel som saken handlet om, var sammensatt av et håndtak og et barberblad, og slik at forbrukeren kunne erstatte bladet ved å anskaffe et nytt, som var å få kjøpt særskilt. Ettersom et slikt nytt blad erstattet en gammel del av høvelen, kunne det anses som en reservedel i lovens forstand.

Hovrätten antok videre at opplysningen på etiketten om at bladene passet også til Gillettes håndtak, kunne være nyttig for forbrukeren, og at det derfor kunne være mulig for LA-Laboratories å godtgjøre at det var nødvendig å nevne GILLETTE- og SENSOR-merkene på etiketten.

For det tredje pekte hovrätten på at emballasjen på bladene som LA-Laboratories markedsførte, synlig var merket med kjennetegnene PARASON og FLEXOR, som utvetydig anga varens opprinnelse. Henvisningen til varemerkene GILLETTE og SENSOR var gjort med standardtyper av liten størrelse på relativt små etiketter på emballasjen, og kunne ikke på noen måte gi grunnlag for å anta at det var noen kommersiell forbindelse mellom Gillette og LA-Laboratories. Henvisningen var således gjort på lovlig måte.

Gillette anket til Högsta Domstolen, som besluttet å forelegge for EF-domstolen endel spørsmål om fortolkningen av Varemerkedirektivets art. 6, 1, c for prejudisiell avgjørelse. Domstolen besvarte spørsmålene i sin dom 17. mars 2005, Tredje avdeling, sak C-228/03.

Spørsmålene var som følger:

«1) Hvilke er de kriterier

a) på grundlag af hvilket spørsmålet om at anse en vare for en reservedel eller et tilbehør skal afgøres, og

b) på grundlag af hvilke man definerer de andre varer end dem, der skal anses for reservedele eller tilbehør, som også kan henhøre under ovennævnte bestemmelses anvendelsesområde?

2) Skal lovligheden af brugen af tredjemands varemærke vurderes forskelligt afhængig af, om varen har karakter af tilbehør eller en reservedel, eller om det drejer sig om en vare, der på andet grundlag kan henhøre under ovennævnte bestemmelses anvendelsesområde?

3) Hvorledes skal man fortolke kravet om, at brugen er «nødvendig» for at angive anvendelsen af en vare? Kan nødvendighedskriteriet være opfyldt, selv om det er muligt at angive denne anvendelse uden udtrykkeligt at henvise til en tredjemands varemærke, f.eks. ved kun at henvise til det tekniske princip for varens funktion? Hvilken relevans har herved den omstændighed, at anvendelsesformålet måske er vanskeligere at forstå for forbrugerne, hvis der ikke udtrykkeligt henvises til tredjemands varemærke?

4) Hvilke omstændigheder skal der tages hensyn til ved vurderingen af overholdelsen af redelig markedsføringssskik? Udgør angivelsen af tredjemands varemærke i forbindelse med markedsføringen af ens egen vare en henvisning til den omstændighed, at den markedsførendes egen vare kvalitetsmæssigt, teknisk og med hensyn til dens andre egenskaber svarer til den vare, som angives ved tredjemands varemærke?

5) Berører det lovligheden af brugen af en tredjemands varemærke, at den erhvervsdrivende, som henviser til tredjemands varemærke, også – foruden en reservedel eller tilbehør – markedsfører et eget produkt, som denne reservedel eller tilbehør er bestemt til at anvendes med?»

Domstolen behandlet spørgsmålene 1, 2 og 3 samlet, og pekte innled-

ningsvis på at varemærkerettigheder er et essentielt element i den ordning med lojal konkurrence som EF-traktaten tilsigter å gennemføre og opprettholde. Den fremhevet, under henvisning til tidligere avgjørelser, at i en slik ordning må virksomhetene settes i stand til, på grunnlag av produktene og tjenestenes kvalitet, å bygge opp en fast kundekrets, hvilket bare er mulig når det finnes særlige kjennetegn som de kan identifiseres ved hjelp av. For at varemærket skal kunne utøve sin funksjon, må det utgjøre en garanti for at alle varer og tjenesteytelser som er forsynt med det, er blitt fremstilt under kontroll av én bestemt virksomhet som er ansvarlig for kvaliteten.

Direktivets art. 5 fastlegger de rettigheter som er knyttet til et registrert varemærke, og art. 6 inneholder regler om begrensninger i varemærkets rettsvirkninger. Det følger av art. 6, 1, c at varemærkehaveren ikke kan hindre tredjemann i å gjøre ervervsmessig bruk av varemærket, når dette er påkrevd for å angi formålet med en vare eller en tjenesteytelse, særlig som tilbehør eller reservedel.

«Det bemærkes, at denne bestemmelse ikke fastlægger kriterier for afgørelsen af, om en givet anvendelse af en vare falder ind under bestemmelsens anvendelsesområde, men alene kræver, at brugen af varemærket er nødvendig for at angive en sådan anvendelse. [premiss 31]

Eftersom varenes anvendelse som tilbehør eller reservedele kun er angivet som eksempler, der sandsynligvis vedrører de almindelige situationer, hvor det er nødvendigt at anvende et varemærke for at angive anvendelsen af en vare, er anvendelsen af artikel 6, stk. 1, litra c) ... desuden ikke begrænset til disse situationer. Følgelig er det under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende ikke nødvendigt at afgøre, om en vare skal anses for et tilbehør eller en reservedel. [32]

For det andet bemærkes på den ene side, at Domstolen allerede har fastslået, at brugen af et varemærke med henblik på at oplyse offentligheden om, at annoncøren er speciali-

seret (eller specialist) i salg – eller at han yder reparation og vedligeholdelse – af varer, som er forsynet med dette varemærke, og som er markedsført af indehaveren af varemærket eller med hans samtykke, udgør en brug med henblik på at angive anvendelsen af en vare eller en tjenesteydelse i den forstand, der er omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra c), i direktiv 89/104 (jfr. BMW-dommen [dom 23.2.1999 i sak 63/97, Sml. I, s. 905], præmis 54 og 58–63). Denne oplysning er nødvendig med henblik på at sikre ordningen med loyal konkurrence på markedet for denne vare eller denne tjenesteydelse.» [33]

Det forholdt seg på samme måte i den foreliggende sak, idet Gillettes merker var blitt brukt av tredjemann med henblikk på å gi allmennheten en forståelig og fullstendig opplysning om bruken av den vare han markedsfører, dvs. om den omstendighet at varen passer til de varer som er forsynt med disse varemærkene. Det var tilstrekkelig å bemerke at slik bruk av et varemærke var nødvendig i de tilfelle, hvor den nevnte opplysning i praksis ikke kan gis allmennheten av en tredjemann, uten at det varemærke som ikke er tredjemanns brukes, jfr. i denne retning BMW-dommen premiss 60. [34–35]

«For at konstatere, om der kan benyttes andre måder til meddelelse af en sådan oplysning, er det i den forbindelse nødvendigt – f.eks. – at tage hensyn til, om der eventuelt foreligger tekniske standarder eller normer, som generelt anvendes for den type varer, der markedsføres af tredjemand, og som er kendt af den offentlighed, som denne type vare er bestemt til. Disse normer eller andre kendetegn skal være egnede til at give den nævnte offentlighed en forståelig og fuldstændig oplysning om anvendelsen af den vare, der markedsføres af denne tredjemand, med det formål at sikre ordningen med loyal konkurrence på markedet for denne vare. [36]

Det påhviler den forelæggende ret – under hensyntagen til de krav, der er omtalt i denne doms præmis 33–36, samt til karakteren af den

offentlighed, som den vare der markedsføres af LA-Laboratories, er bestemt til – at efterprøve, om brugen af varemærket under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder er nødvendig. [37]

For det tredje opstiller artikel 6, stk. 1, litra c), i direktiv 89/104 vedrørende bedømmelsen af lovligheden af brugen af et varemærke ingen sondring mellem mulige anvendelser af varerne. Kriterierne for bedømmelsen af lovligheden af brugen af et varemærke – navnlig for så vidt angår tilbehør eller reservedele – er derfor ikke forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre kategorier af mulige anvendelser. [38]

Henset til de ovennævnte betragtninger skal det første, det andet og det tredje spørgsmål besvares med, at lovligheden af brugen af varemærket i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i direktiv 89/104 afhænger af, om denne brug er nødvendig for at angive anvendelsen af en vare.

En tredjemands brug af et varemærke, som han ikke er indehaver af, er nødvendig for at angive anvendelsen af en vare, der markedsføres af denne tredjemand, når en sådan brug i praksis er den eneste måde, hvorpå offentligheden kan gives en forståelig og fuldstændig oplysning om denne anvendelse med det formål at sikre ordningen med loyal konkurrence på markedet for denne vare.

Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om en sådan brug er nødvendig i hovedsagen under hensyn til karakteren af den offentlighed, som den vare, der markedsføres af den omhandlede tredjemand, er bestemt til.

Artikel 6, stk. 1, litra c), i direktiv 89/104 opstiller vedrørende bedømmelsen af lovligheden af brugen af et varemærke ingen sondring mellem de mulige anvendelser af varerne, og kriterierne for bedømmelsen af lovligheden af brugen af et varemærke – navnlig for så vidt angår tilbehør eller reservedele – er derfor ikke forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre kategorier af mulige anvendelser af varerne.» (39)

Om det fjerde spørgsmål udtalte Domstolen:

«For så vidt angår dette spørgsmåls første led bemærkes, at betingelsen vedrørende «redelig markedsføringsskik», som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i direktiv 89/104, ifølge Domstolens faste praksis i det væsentlige er udtryk for en forpligtelse til at handle på en måde, der er loyal i forhold til varemærkeindehaverens legitime interesser (BMW-dommen, præmis 61, og Gerolsteiner Brunnen-dommen [dom 7.1.2004 i sak C-100/02], præmis 24). En sådan forpligtelse svarer til den, forhandleren er underlagt, når han anvender en andens varemærke til at annoncere om videreforhandling af varer, der er forsynet med dette varemærke (jf. dom af 4.11.1997, sag C-337/95, Parfums Christian Dior, Sml. I, s. 6013, præmis 45, og BMW-dommen, præmis 61). [41]

I denne forbindelse bemærkes, at brugen af varemærket ikke er i overensstemmelse med redelig markedsføringsskik, når den for det første er sket på en måde, som kan give indtryk af, at der består en erhvervs-mæssig forbindelse mellem tredjemanden og varemærkeindehaveren (BMW-dommen, præmis 51). [42]

Endvidere må en sådan brug ikke skade varemærkets værdi ved en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé (BMW-dommen, præmis 52). [43]

Desuden er brugen af varemærket ... ikke sket i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, litra c), i direktiv 89/104, såfremt den bringer dette varemærke i miskredit eller udsætter det for nedvurdering. [44]

Endelig bemærkes, at i det tilfælde, hvor tredjemand præsenterer sin vare som en imitation eller en kopi af den vare, der er forsynet med det varemærke, som tredjemand ikke er indehaver af, er en sådan brug af dette varemærke ikke i overensstemmelse med redelig markedsføringsskik som omhandlet i nævnte artikel 6, stk. 1, litra c). [45]

Det påhviler den forelæggende ret – bl.a. under hensyntagen til de betingelser, der er henvist til i denne doms præmis 42–45 – at efterprøve, om den brug, der i hovedsagen er

gjort af de varemærker, som Gillette Company er indehaver af, er sket i overensstemmelse med redelig markedsføringsskik. I den forbindelse skal der tages hensyn til, hvordan den vare, der markedsføres af tredjemanden, samlet set præsenteres, navnlig hvorledes det varemærke, som tredjemand ikke er indehaver af, er fremhævet i denne præsentation, hvorledes forskellen mellem dette varemærke og tredjemands varemærke eller tegn er angivet, samt de bestræbelser denne tredjemand har gjort for at sikre sig, at forbrugeren adskiller hans varer fra dem, som han ikke er varemærkeindehaver for. [46]

Hvad angår dette spørgsmåls andet led betyder den omstændighed, at en tredjemand anvender det varemærke, som han ikke er indehaver af, med det formål at angive anvendelsen af sin vare ... ikke nødvendigvis, at han præsenterer denne vare, som om den har samme kvalitet eller tilsvarende egenskaber som den vare, der er forsynet med nævnte varemærke. Om den præsenteres således, afhænger af de faktiske omstændigheder i det konkrete tilfælde, og det påhviler den forelæggende ret at bedømme, om en sådan præsentation eventuelt foreligger som følge af omstændighederne i hovedsagen. [47]

Hvorvidt den vare, der markedsføres af tredjemand, præsenteres, som om den har samme kvalitet eller svarer til egenskaberne ved den vare, hvis varemærke, der er gjort brug af, udgør desuden en omstændighed, som den forelæggende ret skal tage i betragtning, når den efterprøver, om denne brug sker i overensstemmelse med redelig markedsføringsskik. [48]

Henset til de ovennævnte betragtninger skal det fjerde spørgsmål besvares med, at betingelsen vedrørende «redelig markedsføringsskik», som omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra c), i direktiv 89/104, i det væsentlige er udtryk for en forpligtelse til at handle på en måde, der er loyal i forhold til varemærkeindehaverens legitime interesser.

Brugen af varemærket er ikke i

overensstemmelse med redelig markedsføringsskikk, bl.a. når den:

- sker på en måte, som kan give indtrykk af, at der består en erhvervsmæssig forbindelse mellom tredjemanden og varemerkeindehaveren
- skader varemærkets verdi ved en utilbørlig udnyttelse af dets særpræg eller renommé
- bringer nævnte varemærke i miskredit eller udsætter det for nedvurdering
- eller når tredjemand presenterer sin vare som en imitation eller en kopi af den vare, der er forsynet med det varemærke, som tredjemand ikke er indehaver af.

Den omstændighet, at en tredje-mand bruker det varemærke, som han ikke er indehaver af, med det formål at angive anvendelsen af den vare, han markedsfører, betyder ikke nødvendigvis, at han presenterer denne vare, som om den har samme kvalitet eller tilsvarende egenskaper som den vare, der er forsynet med dette varemærke. Om den presenteres således, afhenger af de faktiske omstændigheter i det konkrete tilfælde, og det påhviler den forelæggende ret at bedømme, om en sådan præsentation eventuelt foreligger som følge af omstændighetene i hovedsagen.

Hvorvidt den vare, der markedsføres af tredjemand, presenteres, som om den har samme kvalitet eller svarer til egenskapene ved den vare, hvis varemærke der er gjort bruk af, udgør en omstændighet, som den forelæggende ret skal tage i betraktning, når den etterprøver, om denne bruk sker i overensstemmelse med redelig markedsføringsskikk.» [49]

Til det femte spørsmål bemerket Domstolen at det i Varemerkedirektivet ikke er noen bestemmelse som utelukker at tredjemann kan påberope seg art. 6, 1, c i et tilfelle hvor han ikke bare markedsfører en reservedel eller et tilbehør, men også selve den vare, som reservedelen eller tilbehøret skal anvendes sammen med. Imidlertid skal tredjemanns bruk av varemærket være påkrevd for å angi formålet med den varen som han markedsfører, og den

skal skje i samsvar med redelig markedsføringsskikk. Om bruken er påkrevd og i samsvar med redelig markedsføringsskikk, er et faktisk spørsmål som det påligger den nasjonale rett å bedømme under hensyn til omstendighetene i det enkelte tilfelle. (50–52)

«Henset til de ovennevnte betraktninger skal det femte spørsmål besvares med, at såfremt en tredjemand, der bruker et varemærke, som han ikke er indehaver af, ikke alene markedsfører en reservedel eller et tilbehør, men også selve den vare, som reservedelen eller tilbehøret skal anvendes sammen med, falder en sådan bruk inden for anvendelsesområdet for artikkel 6, stk. 1, litra c), i direktiv 89/104, for så vidt som den er nødvendig for at angive anvendelsen af den vare, som han markedsfører, og den sker i overensstemmelse med redelig markedsføringsskikk.» (53)

Dommen er ikke oppsiktsvekkende, og egger neppe til motsigelse fra noen som er oppfostret i norsk varemerkerettslig tradisjon. Men den er avklarende, og bør være en nyttig byggestein i den felles-europeiske varemerkeretten.

Birger Stuevold Lassen

God morgon II

Svenske Jo-Bolaget søkte i 1990 registrering av et kombinert ord- og figurmerke med teksten GOD MORGON APPELSINJUICE MED FRUKTKÖTT. Patentstyret krevde unntaksanmerkning etter varemerkelovens § 15 annet ledd for uttrykket GOD MORGON, fordi uttrykket måtte anses å mangle særpræg, og dermed var uregistrerbart i seg selv, og fordi det kunne oppstå tvil om enerettens omfang dersom merket ble registrert uten unntaksanmerkning. Jo-Bolaget aksepterte ikke slik unntaksanmerkning, og søknaden ble avslått. Avslaget ble opprettholdt av Patentstyrets 2. avdeling. Deretter ble det brakt inn for domstolene, hvor det ble opprettholdt av Oslo byrett, men kjent ugyldig av Borgarting lagmannsrett og Høyesterett

(Rt. 2002 s. 391). Høyesterett kom, under tvil, til at uttrykket GOD MORGON for appelsinjuice oppfylte kravet til særpræg etter varemerkelovens § 13 første ledd, men tilføyde at merket måtte anses «for å være et temmelig svakt merke. Dette må få betydning når man skal vurdere hvilket vern merket gir mot merker som ligger nær opptil.» Og det var nettopp det sistnevnte spørsmålet Oslo tingrett fikk seg forelagt da Jo-Bolaget senere gikk til sak mot meieriselskapet Tine, med påstand om at Tines yoghurtvaremærke GO' MORGON krenket Jo-Bolagets varemerkerett. Tingretten mente at vareslagene fruktjuice og yoghurt lå nær hverandre, og at ordelementene GOD MORGON og GO'MORGON var «svært like», men kom likevel til at merkene som helhet var tilstrekkelig ulike til at forvekslingsrisiko ikke kunne anses å foreligge (Oslo tingretts dom 6. april 2005 i sak nr. 03-018673TVI-OTIR/06). Retten synes å ha lagt stor vekt på at uttrykket GOD MORGON er et svakt merkeelement, med en beskjeden grad av særpræg, hvilket tilsier at andre næringsdrivende må kunne legge seg tett opptil. Avgjørelsen må sies å innebære at Jo-Bolagets varemerkeregistrering ikke gir noe vern av betydning for uttrykket GOD MORGON, og situasjonen blir dermed praktisk talt den samme som om det hadde vært gjort unntaksanmerkning for merkeelementet.

Are Stenvik

Endring av registrert varemærke

Etter varemerkeloven § 24 kan eieren av et registrert varemærke etter søknad få endret merket dersom endringene er «uvesentlige» og «ikke påvirker helhetsinntrykket.» Patentstyret krever en avgift for endringen, i dag 1.100 kroner. Fordelen med å endre et registrert varemærke fremfor å søke ny registrering er først og fremst at registreringen får beholde sin opprinnelige prioritet. Her ligger en fare: Det ville være uheldig om

andre næringsdrivende vil kunne oppleve at et kjennetegn som de lovlig har tatt i bruk etter søkerens opprinnelige registrering, viser seg å være forvekselbart med søkerens merke etter endringen.

Praksis i Patentstyrets 2. avdeling synes også å ha vært streng mot dem som søker om endring (jf. Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Oversikt over norsk varemerkerett*, 2. utgave, Oslo 2003 s. 159 flg.). Avgjørelsene om dette har sjelden vært prøvet av domstolene, men ett tilfelle er en dom som Oslo tingrett avsa 9. februar i år (sak 04-034421TVI-OTIR/08).

Saken gjaldt et varemerke til entreprenørselskapet NCC. Merket bestod av bokstavene NCC og en stjernelignende figur til høyre for bokstavene. «Stjernen» var i gult og blått, bokstavene sorte.



NCC søkte om å endre bokstavene NCC fra å være loddrette til å bli skråstilte, og «stjernen» til å bli helt blå.



Patentstyrets 1. avdeling avsto søknaden. NCC påklaget avslaget, men også 2. avdeling nektet registrering.

Partene var enige om at endringen av bokstavene i ordmerket NCC fra å være loddrette til å være skråstilte var en uvesentlig endring, og at det heller ikke kunne være et tilleggsmoment i vurderingen av om endringen av fargen på stjernefiguren var uvesentlig. Om denne siste endringen uttalte retten at man var i et «grenseland», men den sluttet seg til 2. avdelings avgjørelse om av å avslå søknaden. Retten uttalte: «Endringen av merket fra å være gult/blått til å være rent blått endrer noe på inntrykket, idet merket etter endringen fremstår mer som en stjerne enn en pil på en gul bakgrunn, slik det registrerte merket kunne fremstå som. Uten at det har vært nærmere berørt av partene, oppfatter retten det også slik at fargene gul og blå henspeiler på at NCC er et svensk firma. Denne assosiasjon forsvinner når den gule delen skiftes ut med blå.

Endringen er både synbar og til en viss grad iøynefallende. I likhet med flertallet i Annen avdeling kan retten ikke se at det er avgjørende om en gjennomsnitts forbruker vil oppfatte endringen i merket. Det er andre kriterier enn distinktivitet som må vurderes når det skal tas stilling til om endringen er uvesentlig. Retten er videre enig med Annen avdelings flertall i at en endring fra tofarget til enfarget merke innebære[r] en forskyvning av merkets verneområde, og at det i utgangspunkt innebærer en utvidelse når merket endres fra tre til to farger.

Videre nevnes at hovedbegrunnelsen for at praksisen ved endringene må være restriktiv er registrerte varemerkers notoritet og dermed hensynet til andre varemerkebrukere. Bakgrunnen for å tillate rettinger av et registrert varemerke er innehaverens ønske om å bevare den opprinnelige prioritet. Dette hensyn må vike, når en endring kan krenke andre varemerker som er brukt i tillit til den opprinnelige registreringen.»

Det kan være verdt å merke seg at retten ikke fant det avgjørende at endringen var blitt godkjent av registreringsmyndighetene i Danmark og Sverige.

Harald Irgens-Jensen

DATABASER

Vilkår for databasevern og vernets innhold

EF-domstolen avsa 9. november 2004 fire viktige dommer – sak nr. C-46/02, C-203/02, C-338/02 og C-444/02 – om rekkevidden av vernet for databaser etter direktiv 96/9/EF artikkel 7. Bestemmelsen er søkt gjennomført i norsk rett ved åndsverkloven § 43.

Det viktigste i tre av sakene, C-46/02, C-203/02 og C-444/02, er en klargjøring av hovedvilkåret for at en database skal være vernet etter artikkel 7: Å skaffe, kontrollere eller å presentere databasens innhold må være «uttrykk for en væsentlig investering».

Sakene dreide seg om kampprogrammet til de øverste divisjonene i engelsk og skotsk fotball. I England settes dette opp av Football Association Premier League Ltd og Football League Ltd og i Skottland av the Scottish Football League. Organisasjonene har gitt selskapet Football Fixtures Ltd (heretter kalt «Fixtures») i oppgave å utnytte «rettighetene» til disse kampprogrammene ved utlisensiering. Tre tippeselskaper i Sverige, Finland og Hellas hadde uten å ha tegnet noen lisensavtale benyttet seg av opplysningene om kampene for å organisere sine tippetjenester. Det virker som tippeselskapene hentet opplysninger om kampene fra Internett og aviser, i noen tilfeller også fra fotballklubbene direkte. Fixtures gikk til søksmål mot de tre selskapene i deres hjemland og hevdet at kampprogrammene utgjorde databaser som tippeselskapene krenket ved sin virksomhet. Domstolene i alle tre land ba EF-domstolen om svar på en rekke spørsmål om tolkningen av databasedirektivet. Domstolen konsentrerte sitt svar om spørsmålet om en samling av informasjon av denne art oppfylte direktivets vilkår for vern, og gav, til prejudisiell avgjørelse å være, svært sterke signaler om at de aktuelle kamp-program falt utenfor direktivets beskyttelse.

I sak C-444/02 gav EF-domstolen først uttrykk for at kamp-programmet som sådan kunne regnes som en database, siden det var en «collection of works, data or other materials, separable from one another without the value of their contents being affected, including a method or system of some sort for the retrieval of each of its constituent materials». Men for å være beskyttet måtte databasen tilfredsstillende vilkåret om en vesentlig investering. Og her var domstolen kritisk til Fixtures' database: «The expression 'investment in ... the obtaining ... of the contents' of a database must ... be understood to refer to the resources used to seek out *existing* independent materials and collect them in the database, and *not to the resources used for the creation as*

such of independent materials (uthevet her). The purpose of the protection by the *sui generis* right provided for by the directive is to promote the establishment of storage and processing systems for existing information and not the creation of materials capable of being collected subsequently in a database (avsnitt 40) ... The fact that the creation of a database is linked to the exercise of a principal activity in which the person creating the database is also the creator of the materials contained in the database does not, as such, preclude that person from claiming the protection of the *sui generis* right, provided that he establishes that the obtaining of those materials, their verification or their presentation ... required substantial investment in quantitative or qualitative terms, which was independent of the resources used to create those materials» (avsnitt 45). Når det skulle vurderes om frembringerne hadde gjort en vesentlig investering i å skaffe, kontrollere eller presentere databasens innhold, måtte man altså se bort fra investeringen i det å sette opp kamp-programmet. EF-domstolen gav nokså klart uttrykk for at databasen da ikke nøytt vern etter artikkel 7. Sak C-308/02 og C-46/02 er på dette punkt tilnærmet identiske.

Dommene illustrerer at vårt hjemlige vern for databaser står i en problematisk stilling i forhold til databasevernet slik det skal være i EU. Etter åvl. § 43 kan beskyttelse for en database oppnås dersom databasen er resultatet av en vesentlig investering, eller den «sammenstiller et større antall opplysninger». Dersom de aktuelle kamp-program måtte sies å «sammenstille et større antall opplysninger», skulle de altså etter ordlyden kunne beskyttes i Norge. Dette ville i så fall trolig være i strid med EF-retten.

Sondringen mellom investeringer brukt til å «seek out existing independent materials and collect them in a database», som kan gi grunnlag for vern, og investeringer «used for the creation as such of independent materials», som ikke gir vern, var nok forholdsvis enkel å trekke i de

foreliggende saker. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor det vil være betydelig vanskeligere å si om en investering faller i den ene eller annen kategori, og hvor de foreliggende dommer gir liten veiledning.

Den siste saken, C-203/02 (William Hill), dreide seg om opplysninger om kommende hesteveddeløp i Storbritannia: når og hvor de forskjellige veddeløp skulle være og hvilke hester som skulle delta. The British Horseracing Board Ltd (BHB) mfl., som organiserte veddeløpene i Storbritannia, hadde disse «løpsopplysningene» i en stor database sammen med annen informasjon om hester, hesteeiere og veddeløpsorganisasjoner. Dels via selskapet Satellite Information Services Ltd. (SIS) gjorde BHB igjen løpsopplysningene for de enkelte veddeløp tilgjengelige for aviser og tippeselskaper som hadde «abonnement», ettermiddagen før løpet, eller om morgenen samme dag. Tippeselskapet William Hill benyttet seg av disse løpsopplysningene for å organisere tippetjenester. Det hentet inn opplysningene dels fra SIS, dels fra aviser. William Hill ordnet opplysningene på en egen måte og la dem ut på sine nettstedet som del av et «on-line» tippetilbud.

EF-domstolen uttalte en like snever forståelse av vilkåret om «vesentlig investering» som i de andre tre sakene og gav deretter uttrykk for at ressursene som trengtes til å sette opp en liste over deltaende hester i et løp og å kontrollere opplysningene i den forbindelse, ikke var en relevant investering etter direktivets artikkel 7.

Domstolen tok imidlertid også opp andre spørsmål om tolkningen av direktivet i denne saken. Det var trolig nødvendig fordi hele databasen til BHB – det vil si løpsopplysningene sammen med all den andre informasjonen om hester, hesteopprettelse mv. – trolig kunne oppfylle investeringsvilkåret. BHB hadde nok derfor vern for hele databasen som sådan. Da ble det spørsmål om det å bare bruke løpsopplysningene innebar en krenkelse av dette vernet. For løsningen av dette spørsmålet gav EF-domstolen en rekke

retningslinjer til domstolen i England. De ble i stor grad begrunnet ut fra direktivets formål om å sikre frembringeren av en database *vederlag* for den investering han har gjort i å skape og vedlikeholde den aktuelle database.

EF-domstolen slo fast at beskyttelsen ikke bare gjelder uttrekk og gjenbruk av opplysninger *direkte* fra den aktuelle database. Også det å hente av hele eller vesentlige deler av databasens innhold fra aviser og andre tredjeparter, som tidligere har fått innholdet direkte fra databasen, vil falle inn under frembringerens enerett. At de aktuelle tredjeparter hadde fått tillatelse fra frembringeren til uttrekk og gjenbruk, innebar ikke at personer som fikk tilgang til opplysningene fra disse tredjeparter, selv hadde rett til uttrekk og gjenbruk, for eksempel ved å legge opplysningene ut på egen nettside, slik William Hill hadde gjort.

Etter artikkel 7 første ledd omfatter frembringerens enerett bare uttrekk og gjenbruk av «hele eller vesentlige deler» av databasens innhold. Et utvalg av opplysningene i databasen kan utgjøre en «vesentlig del» både kvantitativt – ved at det er mange opplysninger – og kvalitativt – ved at det har ligget en vesentlig investering bak de opplysninger som man har trukket ut. Domstolen understreket at hva som var å anse som vesentlig rent kvantitativt, måtte ses i forhold til *hele* den aktuelle database: «The expression ‘substantial part, evaluated ... quantitatively, of the contents of [a] database’ in Article 7 of Directive 96/9 refers to the volume of data extracted from the database and/or re-utilised and must be assessed in relation to the *total* volume of the contents of the database.» (Avgjørelsen punkt 3 første ledd. Min utheving). Domstolen gav klare signaler om at løpsopplysningene som William Hill benyttet, rent kvantitativt ikke kunne ses på som en vesentlig del av den aktuelle database.

Når det gjaldt den kvalitative vurderingen, uttalte domstolen: «The expression ‘substantial part, evaluated qualitatively ... of the contents of [a] database’ refers to the

scale of the investment in the obtaining, verification or presentation of the contents of the subject of the act of extraction and/or re-utilisation, regardless of whether that subject represents a quantitatively substantial part of the general contents of the protected database.» (Avgjørelsen punkt 3 annet ledd) Ettersom man ikke kunne ta hensyn til de ressurser BHB hadde brukt på å sette opp løpene, virket det ganske klart at William Hill ikke kunne anses for å ha trukket ut eller gjenbrukt vesentlige deler av databasens innhold kvalitativt sett. At opplysningene i og for seg var svært verdifulle for BHB, var ikke relevant.

Det siste spørsmålet EF-domstolen tok stilling til, gjaldt bestemmelsen i artikkel 7 femte ledd om at også uttrekk og gjenbruk av opplysninger som utgjør en uvesentlig del av databasens innhold, krenker frembringerens enerett hvis bruken skjer gjentatt og systematisk og utgjør handlinger som skader den normale utnyttelse av arbeidet eller urimelig tilsidesetter frembringerens legitime interesser. EF-domstolen gav uttrykk for at William Hills uttrekk og gjenbruk av løpsopplysningene var både gjentatt og systematisk. Men domstolen gav deretter uttrykk for at handlingene neppe skadet den normale utnyttelse av arbeidet eller urimelig tilsidesatte frembringerens legitime interesser. For at femte ledd skulle ramme forholdet, mente nemlig domstolen at den *kumulative effekt* av de systematiske uttrekk og gjenbruk måtte innebære uttrekk og/eller gjenbruk av vesentlige deler. Og det kunne det ikke være tale om her.

EF-domstolen har med dette satt grenser for databasevernet som er snevrere enn mange har antatt og til dels fryktet. Avgjørelsene kan nok så klart tas til inntekt for at artikkel 7 bare skal beskytte investeringer i det å fremstille en database, ikke andre investeringer. Bruk av databaser som ikke innebærer noen «snylting» på vesentlige deler av denne investeringen, vil ikke rammes av direktivet, selv om den skjer gjentatt og systematisk.

Harald Irgens-Jensen

KJØPSRETT

Nok en dom om opplysningsrisiko – uten endelig avklaring. Adgangen til å heve for en annen gjenstand kjøpt under samme kontrakt. Tilsikringsansvar. Høyesteretts dom 15. mars 2005 (HR-2005-00392 – A)

Selgers opplysninger om tingen kan ha betydning for hvilke krav kjøperen kan stille til den. Om dette fastslår kjøpsloven § 18 (1) at tingen er mangelfull «når den ikke svarer til opplysninger som selgeren i sin markedsføring eller ellers har gitt om tingen, dens egenskaper eller bruk og som kan antas å ha innvirket på kjøpet». En slik regel finnes ikke i CISG, men er en av de mange som den norske lovgiver uten videre støtte i konvensjonsmaterialet hevder følger av en tolkning av CISG. I hovedtrekkene er samme regel inntatt i forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd, litra c, jf. annet ledd. Disse bestemmelsene fastsetter at det foreligger en mangel dersom det er gitt: a) uriktige eller villedende opplysninger om tingen, som b) kan antas å ha innvirket på kjøpers beslutning om å forplikte seg.

At tingen skal svare til selgers opplysninger, innebærer at det positivt må være gitt en opplysning. Bestemmelsens hovedområde er uriktige faktisk gitte opplysninger. Men også misvisende opplysninger omfattes – altså at selgeren har opplyst om forholdet A, men ikke om B, og at opplysning A dermed er misvisende. Dette forutsetter at det er nær sammenheng mellom forholdet A og B. Tilbakeholdt informasjon i alminnelighet (såkalt misligholdt opplysningsplikt) faller utenfor dette. Videre må gitte opplysninger for å ha betydning ikke være forbeholdne e.l. for eksempel ved at de gjelder usikre prognoser, jf. Rt. 1931 s. 1195, der selgeren i brosjyremateriell hadde angitt resultatene av endel forsøk som var gjort med en presse til fremstilling av hvalolje; han innestod ikke dermed for at resultatene alltid ville oppnås.

Bestemmelsene gjelder uavhengig av om noen kan bebreides for feilinformasjonen. Måten opplysningen er gitt på er også uten betydning, idet såvel markedsføring (annonser, salgsprospekt o.l.) som individuell informasjon omfattes. Innvirkningskravet stiller imidlertid begrensninger i to retninger: For det første må informasjonen være kommet til kjøpers kunnskap før bindende avtale er kommet i stand. Opplysninger som kommer senere, kan ikke endre innholdet av selgers forpliktelse. For det annet må informasjonen angå forhold som kjøperen kan ha lagt vekt på da han forpliktet seg, uten at det kreves at den var bestemmende e.l. Kravet om innvirkning innebærer altså at opplysningen må sies å være en del av kjøperens beslutningsgrunnlag.

Hva det nærmere ligger i dette kan være usikkert. Spørsmålet har stor praktisk betydning. Prinsippene om misligholdt opplysningsplikt har et tilsvarende krav. Men ettersom selgeren etter gjerningsbeskrivelsen i disse tilfelle har søkt å føre kjøperen bak lyset, vil årsakssammenheng – kausalitet – nærmest implisitt være gitt. Dermed har ikke innvirkningskravets nærmere innhold noen videre betydning i disse tilfelle. Annerledes blir det med uriktige opplysninger; det må her åpenbart skje en viss eliminering, kjøperen kan ikke gjøre mangelskrav gjeldende pga. helt uvesentlige uriktige opplysninger. Lovens ordlyd – «kan antas å ha innvirket på kjøpet» – tilsier både et lempelig beviskrav og krav til hva som utgjør innvirkning. Ifølge Ramberg kan innvirkningskravet ikke oppfattes strengt: «Köparen behöver inte visa att avvikelser är sådan att han inte skulle ha inngått köpet på oförändrade villkor om han vetat om det rätta förhållandet. Om köpet avser en bil med röd färg blir säljaren ansvarig, om han i stället lämnar en bil med grå färg, och detta även om köparen i och för sig vitsordar att han tycker lika bra om en bil med grå färg som en med den avtalade röda färgen» (*Köplagen* s. 279). Dette er å gå noe langt; eksempelet har også først og fremst praktisk interesse ved avtalte

egenskaper der det ikke gjelder et innvirkningskrav. I Rt. 2003 s. 612 om den tilsvarende bestemmelse i avhendingslova § 3-8, der det var et arealavvik innendørs på 8,9 % uttalte førstvoterende: «Spørsmålet blir altså om en opplysning generelt sett må antas egnet til å motivere» og fortsatte med å fremholde at selgeren må ha «bevisbyrden for at avtalen ville vært inngått på samme vilkår med korrekt informasjon» (s. 617 – avsnitt 42). Uttalelsene er ikke helt klare: På den ene side fokuseres det på om avtale ville vært inngått på samme vilkår – hvilket trekker i retning av en kausalitetsbetragtning. Men på den annen side oppstilles det en betydningsfull bevisbyrde, samtidig som kravet formuleres som et spørsmål om opplysningen generelt må antas egnet til å motivere.

Den nylig avsatte dommen bringer heller ikke en rettsavklaring.

Twisten

Institutt for Medisinsk Pleie AS (IMP – kjøper) kjøpte ved firmaets oppstart to apparater av Tamro MedLab AS (Tamro – selger). Det ene var et hårfjerningsapparat av typen EpiLight superfast og det andre et massasjeapparat av typen SilkLight. Begge apparatene ble kjøpt ved samme kontrakt.

IMP var misfornøyd med apparatene, og reklamerte både muntlig og skriftlig. Det var primært effektiviteten til hårfjerningsapparatet EpiLight man hadde innvendinger mot. Mulige svakheter ved massasjeapparatet ble ikke behandlet av Høyesterett. (I avsnitt 45 uttaler Høyesterett tvert i mot at det ikke er anført at massasjeapparatet er beheftet med mangler.) Til slutt krevde IMP å få hevet kjøpet av begge apparatene. Samtidig ble det krevd erstatning for tapt omsetning.

Høyesterett ga kjøperen enstemmig medhold i sine krav mot selgeren. Nedenfor skal gjennomgås de rettslige problemstillingene som Høyesterett tar opp i denne saken.

(1) *Mangelspørsmålet – avsnittene 27 til 37*: Grunnlaget for mangelinnsigelsen var at det i markedsføringen var gitt uriktige opplysninger om varens egenskaper, jf. kjøpsloven § 18 (1).

Høyesterett konstaterer på bakgrunn av uttalelser fra det sakkyndige vitnet at hårfjerning ved hjelp av lysbehandling først og fremst er effektivt på personer med mørkt hår og hvit hud. Ved lyst, brunt og rødt hår vil virkningen av lysbehandlingen være langt svakere. På hvitt hår virker behandlingen overhodet ikke. I brosjyrematerialet var det derimot gitt klart inntrykk av at apparatet kunne benyttes overfor alle hårfarger: «EpiLight Hair Removal System, eliminates all light hair colours hair as well as dark, as can be seen from the clinical cases on the first page.» Dermed konkluderer Høyesterett med at «IMP ved kjøpet ble forespeilet at apparatet var langt mer effektivt enn det var grunnlag for».

Om innvirkningskravet uttalte førstvoterende i en enstemmig Høyesterett: «Forutsetningen for at de uriktige opplysninger skal gi grunnlag for mangelsbeføyelser, er at de «kan antas å ha innvirket på kjøpet». Denne formulering viser at beviskravet for at opplysningene har innvirket på kjøpet, ikke er særlig strengt. Etter min mening er også dette vilkåret oppfylt. Tone Strømme Johansen har forklart at hun før kjøpet vurderte forskjellige maskiner for lysbehandling, og at hun valgte EpiLight fordi den kunne behandle alle hårtypen – noe som ifølge Sakshaug [selgers representant] var unikt på området. At maskinen hadde betydelige begrensninger i så måte, var noe hun ikke forstod» (avsnitt 37).

Det ser følgelig ut til at Høyesterett har benyttet et helt ordinært årsakskriterium ved bedømmelsen av forholdet, men med en bevislettelse.

Det er temmelig påfallende at Høyesterett ikke nevner Rt. 2003 s. 612 Arealviktdommen, som i avsnittene 38 til 44 foretar en grundig behandling av dette temaet i

forhold til avhendingslova. Sentralt i denne dommen er at man benytter et generelt og objektivisert tema for vurderingen av innvirkningskriteriet. Regelmessig vil det være tilstrekkelig at en uriktig opplysning er «egnet til å virke kjøpsmotiverende», se avsnitt 42. Forklaringen kan være at årsakssammenhengen var på det rene når det gjaldt hårfjerningsapparatet, og at det derfor var unødvendig å begi seg inn på det generelle vurderingstemaet som lanseres i Rt. 2003 s. 612. En annen forklaring kan være at kjøps situasjonen var såpass spesiell at det var naturlig å ta utgangspunkt i den aktuelle kjøperen.

Realiteten er formodentlig etter dette at det i praksis blir spørsmål om hvilke opplysninger som ikke kan antas å ha vært en del av kjøperens beslutningsgrunnlag. Det innebærer eksempelvis at overdrevne og mer svevende lovprisninger («praktfull utsikt», en «perle» av en eiendom o.l.) i alminnelighet må settes ut av betraktning, jf. Rt. 1932 s. 835 og Rt. 1926 s. 962 (uttrykket «fordelaktig opdreven» forretning måtte «opfattes som en reklame-mæssig anbefaling, som en kjøper ikke uten nærmere undersøkelse bør ta for god» (s. 963)). Hvis det derimot er tvil om opplysningen generelt er egnet til å motivere, vil dette gå ut over selgeren. Forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd litra c pålegger selgeren bevisbyrden for at opplysningene ikke kan ha innvirket på kjøpet; løsningen avviker neppe etter dette fra hva som følger av kjøpsloven § 18.

Lovens formulering – «antas å ha innvirket på kjøpet» – må formodentlig innebære at opplysningene må ha fremkommet i tilknytning til kjøpers overveielser om å erverve tingen; dersom en person har sagt noe om en ting til en annen flere år i forveien før de begynte å diskutere kjøp, kan han ikke få mangelsansvar for disse opplysningene som ikke har noen sammenheng med kjøpet.

(2) *Heving – avsnittene 38 og 39*: Etter kjøpsloven § 39 kan en kjøper

heve avtalen dersom det foreligger et «vesentlig kontraktbrudd». I den foreliggende saken var apparatet «langt mindre effektivt enn fore-speilet» og vesentlighetskravet ble ansett oppfylt.

At kjøper dermed har fått en erstatningsbeskyttelse for levering av en vare som etter fysikkens lover er uoppnåelig, er ikke avgjørende. Det utslagsgivende er hva selger har lovet kjøperen.

(3) *Reklamasjon – avsnittene 40 til 43*: Det neste spørsmålet som behandles, er om hevingsretten er tapt som følge av for sen reklamasjon.

Etter kjøpsloven § 32 skal kjøper reklamere *nøytralt* i rimelig tid etter at han oppdaget eller burde ha oppdaget mangelen. Kjøper la tidlig for dagen en misnøye med produktet. Problemet var at kjøper først på et sent tidspunkt presiserte hva mangelen besto i. Høyesterett fant likevel ikke at det er reklamert for sent, men benytter to sett med argumenter for sitt standpunkt. Det første er at kjøper ikke forsto årsakssammenhengene, og at det derfor ikke kunne stilles opp et krav til presisering av mangelen. Det andre er at selger som svar på den presiseringen som kom i november 2000, måtte anses å ha akseptert at det var reklamert i tide.

Heller ikke ble kjøper ansett å ha foretatt den *spesifiserte* reklamasjonen for sent, jf. kjøpsloven § 29 (2). Det presiseres av Høyesterett at en avventing av et utbedringsforsøk, ikke kan lede til at fristen løper ut.

(4) *Forsinkelsesrente – avsnitt 44*: Forsinkelsesrente skal etter kjøpsloven § 65 (2) betales fra den dag selger mottok betaling. Tingrettens dom måtte forstås slik at det skulle løpe forsinkelsesrente fra oppfyllesfristen for dommen. Av forskjellige prosessuelle årsaker kunne Høyesterett ikke overprøve dette standpunktet.

(5) *Sammenhengen mellom leveransene – avsnittene 45 til 48*: Kjøper ønsket imidlertid også å heve kjøpet for massasjeapparatets vedkommende selv om det ikke var påberopt mangler ved dette apparatet. Et viktig prinsipielt spørsmål var dermed om mangler ved ett produkt kan rettferdiggjøre heving for et annet produkt kjøpt under samme kontrakt.

Om dette ble det fremholdt: «Spørsmålet er om kjøpet av de to apparatene har en slik saklig sammenheng at en vesentlig mangel ved EpiLight apparatet representerer en bristende forutsetning for kjøpet av SilkLight apparatet. For tilfeller hvor det skal leveres etter hvert, følger det av kjøpsloven § 44 første ledd at det som utgangspunkt skal foretas en separat vurdering av den enkelte leveranse. Samtidig fastsetter tredje ledd at dersom kjøperen hever for en enkelt levering, kan han samtidig heve kjøpet for tidligere eller senere leveringer som «på grunn av sammenhengen mellom leveringene ikke vil kunne brukes til formål som partene forutsatte på avtaletiden». Selv om denne bestemmelsen ikke gjelder direkte i vår sak, ser jeg den som uttrykk for et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp om at mangel ved en kjøpsgjensstand etter omstendighetene kan gi rett til å gå fra kjøpet av den annen gjenstand som ble kjøpt ved samme kontrakt, jf. Hagstrøm: *Obligasjonsrett* side 441–443» (avsnitt 45). Ved vurderingen av om det forelå hevingsrett, la Høyesterett vekt på at det mangelfulle apparatet var det viktigste behandlingsapparatet, og at det andre apparatet, som ikke var mangelfullt, «ble kjøpt for at virksomheten skulle ha ytterligere et ben å stå på, men kunne ikke alene gi grunnlag for å starte virksomhet for hudpleie ... de to apparatene ble tilbudt som en pakkeløsning. Slik situasjonen var i denne saken, må det etter min mening legges til grunn at det var en så nær sammenheng mellom kjøpet av de to apparatene at IMP [kjøperen] også må kunne heve kjøpet av SilkLight apparatet» (avsnitt 46).

(6) *Erstatning – indirekte tap/culpa – avsnitt 49*: I tillegg til heving krevde kjøper erstatning for omsetningssvikt som følge av mangelen ved hårfjerningsapparatet.

Høyesterett konstaterte først at det dreier seg om et *indirekte* tap, jf. kjøpsloven § 67 (2) a). Dermed gjelder ikke et kontrollansvar, jf. kjøpsloven § 40 (2).

Deretter slås det fast at det ikke foreligger *culpa* fra selger side, jf. kjøpsloven § 40 (3) a). I den forbindelse presiseres det at selger klart ikke kan identifiseres med en eventuell uaktsomhet fra produsentens side. Noen begrunnelse gis ikke, men forklaringen må være at en generell leverandør/produsent ikke er å betrakte som en kontraktmedhjelper, det vil si en som er engasjert for å oppfylle (nettopp denne) kontrakten med kjøper.

(7) *Spørsmålet om det forelå tilsikring – avsnittene 50 og 51*: Etter dette kom spørsmålet på spissen om egenskapene ved hårfjerningsapparatet kan anses «tilsikret» av selger, jf. kjøpsloven § 40 (3) b). Ved tilsikring foreligger som kjent et ubetinget erstatningsansvar for alt påregnelig tap.

Høyesterett fant at kjøper hadde «særlig grunn til å forutsette at tingen ikke skulle avvike fra det opplyste», og at opplysningene av den grunn måtte betraktes som «tilsikrede». Som begrunnelse for å benytte dette vurderingstemaet, ble det vist til utlegningen av tilsikringsbegrepet i forarbeidene til kjøpsloven, se Ot. prp. nr. 80 (1986–87) side 93. Høyesterett la særlig vekt på at det dreide seg om en spesifisert oppregning av egenskaper, at budskapet var gjentatt reservasjonsløst en rekke ganger, og at virkningene var illustrert ved tre illustrasjoner. «Med en så massiv, illustrert og reservasjonsløs fremheving av at apparatet virket på alle hårfarger», hadde kjøper en «særlig grunn» til å stole på utsagnene.» Som etter kjøpsloven (1907) § 42 forutsettes det altså ikke et garantitilsagn for å holde selgeren ansvarlig.

(8) *Erstatningsutmålingen* – avsnittene 52 og 53: Til slutt avgjør Høyesterett utmålingsspørsmålet. Høyesterett fant utmålingen vanskelig fordi det foreligger dårlige

holdepunkter for beregningen av tapet. Det er imidlertid på det rene at den manglende effekten ved hårfjerningsapparatet må ha hatt en negativ innvirkning på omsetningen, og Høyesterett utmåler dermed tapet

rent skjønnsmessig, se til sammenligning Rt. 1982 s. 394. Erstatningen ble satt til 250 000 kroner inklusive rentekompensasjon.

*Viggo Hagstrøm og
Lasse Simonsen*

Fagseminaret i familie- og arverett Institutt for privatrett

Invitasjon til møte onsdag 8. juni 2005 kl. 1530 – 1730 (merk tiden) på Lunsjrommet, Institutt for privatrett, Domus Media 2. etasje Vestfløyen.

Program

Lemping av ektepakter og skifteavtaler – hvilke linjer kan vi nå trekke av rettspraksis?

Innledning ved vitenskapelig assistent Heidi Trudvang, Institutt for privatrett, som skriver avhandling om dette emnet (Hjort-stipendet).

Diskusjon

Avslutningsvis vil Peter Lødrup innlede til diskusjon om **noen sentrale saksbehandlingsspørsmål ved skifte av felleseie** – advokatrollen, bobestyrerrollen og fylkesmannens behandlingsrutiner ved søknader om separasjon.

Fagseminaret er et forum hvor jurister med interesse for familie- og arverett kan møtes for å drøfte aktuelle spørsmål i disse fagene.

Påmelding til Bjørg Bachke: b.k.bachke@jus.uio.no eller telefon 22 85 97 06.

Vennlig hilsen

Peter Lødrup Tone Sverdrup

Nytt i privatretten

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

Hovedredaktør: Peter Lødrup
Forlagsredaktør: Eirik Spillum

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

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Akademisk Forlag, telefon 22 98 58 25 eller telefaks 22 98 58 45

Et årsabonnement (2005) på *Nytt i privatretten* koster kr 440,-. Studentabonnement koster kr 150,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Akademisk Forlag
Postboks 350 Sentrum
0101 Oslo
E-post: jus@cappelen.no
<http://www.cappelen.no>

Nytt i privatretten © J.W. Cappelens forlag a.s 2005

Neste hefte kommer september 2005.