

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 1/2005

BOLIGRETT

Tvangsfullbyrdelse mot seksjonssameie ved skyldig pantsikret festeavgift – Eierseksjonsloven (eisl.) § 43 tredje ledd. Rt. 2004 s. 793

1. Dommen i Rt. 2004 s. 793 er et nytt og viktig bidrag fra Høyesterett til læren om *seksjonssameiers prosessuelle rettsstilling* med utgangspunkt i eisl. § 43 tredje ledd.

Sameiet Gullskar på Stord ble opprettet ved seksjonering tinglyst 6/2–2002; etter at det samme dag var tinglyst, først en festekontrakt på tomten med klausul om panterett og dernest en overføring av eiendomsretten til den senere eier og bortfester,

Trio Eiendom. Et utgangspunkt før seksjoneringen var derved at bortfester hadde både avtale - og lovbestemt pant i hele eiendommen for krav på tre års festeavgift, jf. tomtefestel. 1996 § 14 første ledd og pantel. § 6-1 fjerde ledd 3. pkt. samt Brækhus: Omsetning og kreditt 2, Pant og annen realsikkerhet, 2. utg. 1994 s. 166, jf. s. 28. Ved tinglysning av seksjoneringen (jf. eisl. § 11) ble festekontrakten imidlertid registrert på den enkelte seksjon; noe som i kjennelsen synes å være blitt forstått slik at seksjoneringen medførte en samtidig omdannelse av panteretten i eiendommen til fellespant i seksjonene, se nedenfor pkt. 4.1.

Saken gjaldt direkte en begjæring fra bortfester som panthaver, om *tvangsfullbyrdelse ved tvangssalg av hele eiendommen*, etter tvangsl. kap. 11, med sikte på inndrivelse av angivelig skyldig festeavgift for første halvår 2002. Begjæringen ble fremmet med sameiet som helhet som saksøkt, etter regelen i eisl. § 43 tredje ledd. Hverken Sunnhordland tingrett eller Gulating lagmannsrett ville imidlertid ta begjæringen til følge (uten at de dermed avviste den, noe de ifølge Høyesterett burde gjort); da de mente en slik adgang til tvangsfullbyrdelse ikke var omfattet av § 43.

Ved videre kjæremål besluttet Høyesteretts kjæremålsutvalg at kjæremålet skulle avgjøres av Høyesterett, etter plenumsl. 1926 § 6 annet ledd; og det ble bestemt at partsforhandling skulle finne sted etter reglene for ankesaker. Høyesterett antok at den hadde full kompetanse til å behandle kjæremålet, etter tvml. § 404 nr. 1; da det i realiteten gjaldt spørsmålet om saken – med seksjonssameiet som saksøkt – skulle avvises

fra domstolene. For Høyesterett ble saken drøftet i stor bredde, ut over det den direkte gjaldt, noe som også tilsier en så pass omfattende presentasjon her.

2. Når det gjaldt sakens hovedspørsmål om *området for eisl. § 43 tredje ledd*, tok Høyesterett utgangspunkt bl.a. i kjennelsen i Rt. 2000 s. 1153 og antok at «saker vedrørende en festeavtale som den foreliggende, [må] anses å gjelde sameiernes felles rettigheter og plikter og således falle innenfor området» for bestemmelsen (avsnitt 30). Retten antok også at det ikke var grunnlag for å anta at tvangsfullbyrdelse generelt ikke kunne omfattes av bestemmelsen i eisl. § 43 tredje ledd, jf. første ledd. Styrelederen må således i saker som etter sin karakter omfattes av eisl. § 43 første ledd, (i allfall) kunne begjære tvangsfullbyrdelse på vegne av sameiet både overfor en sameier og overfor en utenforstående. (Avsnitt 31.)

Derimot mente Høyesterett at noe annet måtte gjelde et tilfelle som i denne saken, hvor begjæringen gjaldt tvangsfullbyrdelse av sameiernes felles «plikter». (Avsnitt 31.)

Det måtte først tas stilling til hva det etter at seksjoneringen er gjennomført, kunne tas dekning i. Etter rettens mening kunne dette – med et mulig unntak nevnt nedenfor (pkt. 3.2) – bare være den enkelte eierseksjon, dvs. at det etter at seksjoneringen er gjennomført, ikke kunne tas dekning i sameiet som sådant, med andre ord alle seksjonene under ett. (Avsnitt 32.)

Med dette utgangspunkt måtte så regelen i *tvangsl. § 11-4 første ledd* om at begjæringen må rettes mot den som er registrert som eier av formuesgodet, gjelde fullt ut; idet eisl. § 43

Innhold nr. 1:

Boligrett	1
Erstatningsrett	3
Familierett	6
Forsikringsrett	10
Immaterialrett	12
Kjennetegnrett	12
Patentrett	16
Obligasjonsrett	18
Odelsrett	22
Tingsrett	22

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

tredje ledd ikke kunne forstås slik at den innebærer en begrensning i bestemmelsens rekkevidde. (Avsnitt 33–34.) Retten la i denne forbindelse vekt på reelle hensyn; idet det, etter rettens mening, «ikke [var] særlig naturlig å anse en begjæring om tvangsdekning i en enkelt seksjon som en sak om sameiernes ‘felles rettigheter og plikter’. Som de tidligere instanser har fremhevet, taler hensynet til seksjonseieren klart for at begjæringen må rettes mot ham slik at han får anledning til å gjøre gjeldende sine rettigheter under tvangsfullbyrdelsen.»

Ut fra dette ble tingrettens og lagmannsrettens kjennelser opphevet og saken avvist fra tingretten.

3.1. Det sentrale spørsmålet i avgjørelsen gjelder altså krav om *tvangssalg etter tvangsl. kap. 11 av sameiet som helhet inkludert alle seksjonene*. På dette punkt bidrar avgjørelsen til en nyttig avklaring av rettsstillingen; når den avviser muligheten for dekning i sameiet som sådant (avsnitt 32) og gir tvangsl. § 11-4 forrang fremfor eisl. § 43 tredje ledd og ut fra dette avviser begjæringen (avsnitt 33–34; men se pkt. 5.)

Kjennelsen inneholder imidlertid også andre signaler, og reiser flere ubesvarte spørsmål som fortjener å diskuteres.

3.2. Først, når det gjelder valget av *dekningsobjekt og muligheten for dekning i sameiet som helhet*. I kjennelsen (avsnitt 32) sies det med tilsynelatende bred penn at det, etter at seksjoneringen er gjennomført, og når tvangsfullbyrdelsen gjelder sameiernes felles plikter (bare) «er den enkelte eierseksjon som er dekningsobjekt» og at det «ikke [kan] tas dekning i sameiet som sådant, med andre ord alle seksjonene under ett»; riktignok slik at retten selv angir et mulig unntak, som den unnlater å ta stilling til, ved begjæring «som grunner seg på forpliktelser fra før seksjoneringen hvor kreditor var uten kjennskap til at denne var forestående». En nærliggende, men drastisk måte å forstå hoveduttalelsen på, er å anta at seksjoneringen og tinglysningen av denne, i seg selv, med det angitte unntak, overhodet hindrer både opprinnelig og senere etablert helpant i den sameide eiendom; dvs. at det som deretter er mulig, bare er fellespant i seksjonene. Dette kan (eventuelt) forstås videre slik at dette ikke bare gjelder for pant i sameiet (dvs. i

sameiet som tingsinnbegrepspant etter pantel. § 2-2) som helhet, ved det man kan kalle fullt helpant, men også for pant i deler av dette, ved det man kan kalle delhelpant; herunder også pant i enkelte sameide (felleskapseide) seksjoner eller andre særlige gjenstander (formuesobjekter) som inngår i sameiet. Å legge alt dette inn i avgjørelsen tror jeg likevel er forhastet; og det er heller ikke nødvendig for resultatet. Også ut over det tilfelle som antydes av Høyesterett selv (se ovenfor), er det nemlig mulig å se et legitimt behov for å anerkjenne pant i enkelte sameide gjenstander, dvs former for *gjenstands-begrenset helpant* (som en form for delhelpant). Bl.a. må det være mulig for et sameie som for andre å erverve gjenstander beheftet med salgspant, å overgi løsøre til håndpant og å pantsette bankinnskudd og andre enkle pengekrav; og i forlengelse av dette synes det også naturlig å godta en mulighet for underpantsettelse av enkeltseksjoner eller annen særlig fast eiendom der sameiet er registrert som eier; etter vedtak i sameiermøte (se eisl. § 30 annet ledd d).

3.3. Når det gjelder det prosessuelle spørsmål om muligheten for å fremme et krav om tvangsfullbyrdelse mot sameiet som helhet: mener Høyesterett som nevnt at tvangsl. § 11-4 går foran eisl. § 43 tredje ledd; og retten synes å mene at dette generelt vil være til hinder for å *la sameiet som helhet være saksøkt* etter den første bestemmelsen. Grunnen er at dette i realiteten vil være krav om dekning ved tvangssalg av samtlige enkeltseksjoner, der de enkelte seksjonseiere jo er registrert som hjemmelshavere, og på et område, ved tvangsfullbyrdelse av sameiernes felles plikter, der det oppstår «særlige spørsmål, som ... medfører at eisl. § 43 tredje ledd ikke kommer til anvendelse». (Avsnitt 31 i.f., jf. avsnitt 33.)

Men heller ikke dette standpunktet trenger å rekke lenger enn begrunnelsen selv, dvs. til å gjelde for fullt helpant, når tvangsdekningen «må tas i den enkelte eierseksjon» (avsnitt 33). I de tilfellene med *gjenstands-begrenset helpant*, som nevnt ovenfor, bør det også være mulig å rette begjæringen om tvangsfullbyrdelse mot sameiet som helhet, også i tilfeller (som dette typisk vil være) hvor fullbyrdelsen gjelder felles plikter. At dette må gjelde ved krav om tilbake-

levering av salgspantegenstander etter kap. 9, er klart nok; men det må også gjelde i andre tilfeller, ved kap. 8 (jf. § 8-4) og i tilfeller som nevnt ved kap. 11.

4. Saken reiser også noen interessante spørsmål om *seksjonssameiers materielle rettsstilling* som Høyesterett ikke åpent tar stilling til; om obligasjons- og panterettslige spørsmål om gjeldsansvaret i forholdet til felles tredjemenn, dvs. utad.

4.1. Høyesteretts standpunkt til sakens hovedspørsmål synes å innebære ikke bare at en senere helpantsettelse av sameiet som sådant ved fullt helpant er umulig; men også at et opprinnelig helpant i eiendommen, ved seksjoneringen blir *omdannet til et fellespant* i seksjonene; enten uten videre eller ved registrering av festeavtalen på hver seksjon, og iallfall når, som her, både overdragelsen av eiendommen og seksjoneringen var kjent for de involverte og ledd i en samlet plan.

Det kan spørres om en slik omdannelse alltid vil inntreffe – så som ved andre former for legalpant etter pantel. § 6-1 første ledd.

Dessuten kan det spørres om ikke omdanningens mulighet og videre konsekvenser (bl.a. mht. pantel. § 1-12 omtalt nedenfor), bør ha følger for anvendelsen av reglene i panteloven § 1-11 første ledd tredje punktum; ved at det bør antas en plikt for eiendommens hjemmelshaver til å innhente samtykke fra panthaver, allerede ved en seksjonering (også uavhengig av avhendelse av seksjonene); for såvidt i analogi med eisl. § 12 fjerde ledd mht. deling av enkelte seksjoner.

4.2. Et annet spørsmål, som synes å ha vært omdiskutert av partene selv, men som Høyesterett unnlot å ta stilling til, var hvorvidt seksjonseierne etter seksjoneringen var *personlig solidarisk* ansvarlig for festeavgiften på avtalegrunnlag, eller om eisl. § 24 også her skulle tilsi et delt ansvar. (Se om dette avsnitt 16 og 27.)

4.3. Et spørsmål i forlengelse av det nevnte som kjennelsen reiser, men som Høyesterett ikke tar stilling til, gjelder forholdet til reglene om *pantesolidaritet i pantel. § 1-12 første ledd*. Ut fra samtale med saksøkers prosessfullmektig har jeg forstått at partene selv mener at et fellespant i seksjonene også medfører en pantesolidaritet etter denne bestemmelsen. Dette innebærer i så fall at

seksjoneringen og tinglysningen med registrering på hver seksjon, ikke alene medfører et unntak fra denne bestemmelsen; og at heller ikke eisl. § 24 var til hinder for dette. Et slikt standpunkt forutsetter at pantelovens system gis forrang fremfor eisl. § 24 – noe som vil kunne få drastiske konsekvenser for seksjonseierne i tilfeller (som i denne saken?) hvor pant-haveren ikke frafaller fellespantretten. Se om spørsmålet antydninger i Pind: Fellespant. TfR 2000

s. 1–165, s. 18–22. Det kan spørres om ikke denne konsekvens bør føre til en innskrenkende tolkning av § 1-12 på dette punkt; enten generelt, eller iallfall i tilfeller hvor en panthaver har gitt samtykke til seksjoneringen eller, som i denne saken, hvor «det var på det rene» for panthaver at seksjonering ville skje.

5. Noe som ble berørt under saken, men uten at Høyesterett uttalte seg om det, var forholdet til *tvangsl. § 4-10 annet ledd*; om tvangsfullbyrdelse ved ansvar etter eisl. § 24 i tilfeller hvor det foreligger et *alminnelig tvangsgrunnlag overfor sameierne* i saker som nevnt i eisl. § 43 tredje ledd. (Se avsnitt 10, 16 og 21.) Ut fra det som sies – og ikke sies – i kjennelsen om dette, virker det som partene og Høyesterett selv mente at bestemmelsen i denne saken av flere grunner ikke var anvendelig: ikke bare fordi det her ikke gjaldt et alminnelig tvangsgrunnlag, men også fordi det ikke gjaldt et krav etter § 24, kanskje også fordi det ikke gjaldt saker som nevnt i § 43 tredje ledd. Det kan likevel spørres om ikke denne bestemmelsen kunne trekkes mer inn i bildet pr. analogi; i den utstrekning den bygger videre på eisl. § 43 tredje ledd ved å bygge en bro ved identifikasjon mellom sameiet som helhet og de enkelte sameiere, ved å la et (alminnelig) tvangsgrunnlag overfor sameiet som helhet (= sameierne) samtidig være et tvangsgrunnlag overfor den enkelte sameier. Et vanlig argument mot en for rask identifikasjon av denne art som kommer frem i kjennelsen, er hensynet til seksjonseieren, ved at begjæringen «må rettes mot ham slik at han får anledning til å gjøre gjeldende sine rettigheter under tvangsfullbyrdelsen». Men nettopp dette argumentet synes å miste noe av sin kraft når det gjelder, som her, et særlig tvangsgrunnlag, der adgangen til å fremsette innvendinger mot tvangs-

grunnlaget under fullbyrdelsen i utgangspunktet er helt fri – se *tvangsl. § 4-2 tredje ledd*.

I forlengelse av dette kan det spørres om ikke nettopp § 4-10 annet ledd kunne gi et argument for å fremme saken om begjæringen også her. Bestemmelsen innebærer jo i utgangspunktet ikke mer enn det bortfester/panthaver trenger og bør innrømmes; en mulighet for å omdanne et tvangsgrunnlag overfor sameiet som helhet, til et tvangsgrunnlag overfor hver enkelt sameier (seksjonseier). Og dette er helt i tråd med det som ellers gjelder for forholdet mellom sameiet og seksjonseierne og det som antas av Høyesterett selv, både når det gjelder det alminnelige forholdet mellom sameiet som helhet og sameierne (avsnitt 29), og når det gjelder adgangen til å omdanne helpant til fellespant. En forutsetning for dette ville riktignok være at man supplerer regelen i § 4-10 med et krav etter § 11-4 (!); om samtidig rettelse av begjæringen også mot de enkelte seksjonseiere, så disse kan gjøre innsigelser gjeldende i saken ved siden av sameiets representant.

Gert-Fredrik Malt

ERSTATNINGSRETT

Regress – skadeserstatningsloven §§ 4-2 og 4-3. Mindreårige. Grov uaktsomhet. Høyesteretts dom 14. desember 2004. («Kinaputtdommen»)

I romjulen i 1999 oppstod brann i Langnes skole i Søgne kommune. Vesta hadde kommunens brannforsikring, og utbetalte i erstatning vel 12 mill. kroner. Brannårsaken var at to gutter på henholdsvis 15 og 16 år hadde plassert og tent på en kinaputt ved en lufteventil i hodehøyde på ytterveggen til et vaske/mopperom. Det heter hos førstvoterende dommer *Mitsem*: «A klemte kinaputten fast under et skrått skjold som skjermet ventilåpningen, i den hensikt å smelle bort skjoldet. Han forsøkte å antenne lunten med sin egen lighter, men lyktes ikke med dette. Han fikk derfor låne Bs lighter, som var bedre egnet. Idet kinaputten eksploderte, med et kraftig smell og lysglimt løp de fra stedet.» Det var på det rene at A plas-

serte kinaputten, mens altså B bidro med lighteren. Tidligere hadde A og B sammen med C fyrt av en rekke kinaputter o.l. rundt omkring i Søgne og rundt skolen.

Guttenes foreldre hadde en hjemforsikring som dekket familiemedlemmers ansvar. Vesta søkte regress hos de respektive ansvarsforsikrings-selskaper, som hver hadde en begrensning i ansvaret på tre mill. kroner. Regresskravet ble tatt til følge av tingretten, mens lagmannsretten frifant ansvarsforsikrings-selskapene.

Vilkåret for tingsskedeforsikrers regressrett er at skaden er voldt med forsett eller grov uaktsomhet, jf. skadeserstatningsloven § 4-2 nr. 1 b, jf. § 4-3. Spørsmålet i saken var følgende om A og B hadde opptrådt grovt uaktsomt.

Høyesterett stadfestet tingrettens dom. Saken har interesse av fire grunner:

For det første: Hva som er det rettslige innhold i «grov uaktsomhet» er beskrevet i tidligere rettspraksis med noe ulike formuleringer. I en straffesak i Rt. 1970 s. 1235 heter det at handlingen må være kvalifisert klanderverdig, og gi grunnlag for sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet. Det kan oppsummeres som et grovt og klanderverdig avvik fra forsvarlig handlemåte. I Rt. 1989 s. 1318, «Testamentdommen», ble grov uaktsomhet antatt å foreligge hvis en oppførsel representerte et «markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. Det må dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet». I Rt. 2000 s. 1614, «Passiv røyking», heter det at overtredelsen av aktsomhetsnormen «må være kvalifisert». Rettsregelen bød således ikke på særlig tvil, selv om dens anvendelse må tilpasses den konkrete skadesituasjon.

Begrunnelsen i denne saken var knapp: «Når A deretter, som en veloverveid hærverkshandling, låser fast og avfyrer en kinaputt inntil husveggen og nær ventilen, var dette etter mitt syn et så markert og klanderverdig fravik fra en forsvarlig handlemåte at det – selv når det tas hensyn til hans unge alder – må karakteriseres som grovt uaktsomt i forhold til risikoen for brann.» Denne vurderingen fikk tilslutning fra to av de øvrige fire dommere. Når det gjaldt

B, heter det hos førstvoterende: «Riktignok var det tilfeldig at B ble med inn på skoleområdet, og i første omgang hadde han reservert seg mot å ha noe med fyrverkeriet å gjøre. Da A festet kinaputten til ventilskjoldet, må imidlertid B har forstått at den skulle avfyres i hærverkshensikt. Deretter lyste B opp området rundt kinaputten med sin lighter, slik at de kunne se hvordan den var plassert, og idet A ikke fikk fyr på lunten, lånte han bort sin lighter til dette formålet. Han ytet dermed et vesentlig, samarbeidende bidrag til skadetilføyelsen.» Det var imidlertid dissens på dette punkt, idet to dommere ikke fant at Bs handlemåte kunne stemples som grovt uaktsom, selv om han burde sagt nei til å låne bort lighteren.

For det annet: Dommen illustrerer bruken av skadeserstatningslovens § 1-1, hvor det heter at hvor skadevolderen er under 18 år, er ansvaret betinget av at «det finnes rimelig under hensyn til alder, utvikling [og] utvist atferd». Da guttene var normalt utviklet for sin alder, måtte aktsomhetsvurderingen «knyttes til de krav og forventninger man med rimelighet kan stille til gutter i denne aldersgruppen», avsnitt 32. Og denne vurdering «må skje uten hensyn til at de var ansvarsforsikret, jf. Rt. 2003 455, avsnitt 46». Men at de var det, fikk betydning, idet §1-1 derfor ikke ble påberopt som en utmålings- eller lempningsregel.

For det tredje: Vurderingen av om det var utvist grov uaktsomhet, ble – naturlig nok – konsentrert om deres atferd i forhold til risikoen for brann. Dommen er således et godt eksempel på at aktsomhetsvurderingens påregnelighetskriterium må vurderes i forhold til den aktuelle skade. Her måtte således spørsmålet om «grov uaktsomhet vurderes i forhold til risikoen for brann», avsnitt 38.

For det fjerde: I dette tilfelle forelå det en ansvarsforsikring som dekket Vestas regresskrav. Førstvoterende slo fast at vurderingen av guttenes handlemåte «må skje uten hensyn til at de var ansvarsforsikret», avsnitt 32. Her fulgte Høyesterett linjen bl.a. fra Rt. 1993 s. 1201, «Lettbetongblokkdommen».

Peter Lødrup

Kommunes ansvar for skade på en elev i gymnastikktime. Aktsomhetsvurderingen i skadeerstatningsloven § 2-1. Høyesteretts dom 22. desember 2004

En kommune ble holdt erstatningsansvarlig etter skadeerstatningsloven § 2-1 (arbeidsgiveransvaret) for skadene en elev pådro seg under høydehopp i gymnastikktime. Det er kun ansvarsgrunnlaget som drøftes og avgjøres av Høyesterett. Erstatningsutmålingen er ikke et tema, og har heller ikke vært det i de tidligere instanser. Dommen ble avsagt under dissens 3–2.

A, som var skoleelev i 6. klasse, skadet seg i gymnastikktime under forberedelse til et skolemesterskap i friidrett, hvor hun bl.a. skulle delta i høydehopp. Under øvelsene benyttet A en hoppeteknikk som kalles *Fosbury Flop*, som går ut på at utøveren passerer listen med ryggen mot den for så å lande på øverste del av ryggen. Ved et hopp hvor listen lå på 1,20 meter, landet A på ryggen (delvis) utenfor matten som elevene skulle lande på, den såkalte «tjukkassen». Som følge av skaden, som oppsto våren 1986, fikk A betydelige ryggplager som bl.a. medførte at hun var blitt tilkjent yrkesskadeerstatning.

Søksmål mot kommunen ble først reist i september 2001. Bergen tingrett frifant kommunen, og kom til at kravet var foreldet. Dommen ble påanket til Gulating lagmannsrett, som 24. juni 2004 påla kommunen erstatningsansvar (LG-2003–04315). Kommunen anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Kommunen anførte både at kravet var foreldet og at det ikke forelå ansvarsgrunnlag. Høyesteretts kjeremålsutvalg nektet å fremme foreldesspørsmålet etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 4, men henviste anken over ansvarsgrunnlaget til Høyesterett.

Høyesteretts flertall, førstvoterende, dommer *Matningsdal* med tilslutning av dommerne *Skoghøy* og *Øie*, stemte for å stadfeste lagmannsrettens dom om at kommunen var ansvarlig på arbeidsgivergrunnlag.

Matningsdal, som talsmann for flertallet, innleder med å si at faktum fremstår som noe uklart, uten at han vil bebreide noen av partene for det (avsnitt 25). Det legges til grunn at «tjukkassen» lå med lengderetningen

langs listen, og dekket området mellom hoppstativene, og at A landet på ryggen utenfor mattens kortende og at hun må ha satset relativt nær venstre hoppstativ (avsnittene 27 og 28). Videre legges det til grunn at gymnastikklæreren ikke så selve hoppet, men at han kom til etter at A hadde skadet seg.

I avsnitt 30 starter førstvoterende drøftelsen av ansvarsgrunnlaget – skadeerstatningsloven (skl.) § 2-1. For at kommunen skal være erstatningsansvarlig er det, sier førstvoterende, en forutsetning at gymnastikklærerens opptreden var uaktsom. For aktsomhetsnormen ved gymnastikkundervisning viser førstvoterende til en uttalelse fra Trampett-dommen inntatt i Rt. 1997 s. 1081: «Som et generelt utgangspunkt legger jeg til grunn at skolen har plikt til å sørge for at gymnastikkundervisningen skjer under forsvarlige forhold, slik at risikoen for at elevene skal bli påført skade reduseres så langt som mulig. Dette vil særlig ha betydning ved bruk av apparater som er forbundet med slike generelle risikomomenter som trampett, som elevene heller ikke vil være vant til fra dagliglivets aktiviteter.»

Dette generelle utgangspunktet for aktsomhetsnormen på området blir altså videreført av Høyesterett. Aktsomhetsnormen for gymnastikklærere, hvor det blant annet påligger gymnastikklæreren å redusere risikoen for at elevene skal bli påført skade så langt som mulig, innebærer langt på vei en objektivisering av culpanormen på dette livsområdet. I trampett-dommen, Rt. 1997 s. 1081 pålegges gymnastikklæreren omfattende handleplikter for å gå klar av uaktsomhetsansvaret.

I prosedyren for Høyesterett var det prosedert på hvilken faregrad man kunne si at høydehopp innebærer, særlig når man trekker inn faren for å lande utenfor matten. Høyesterett går ikke nærmere inn på denne kategoriseringen, men slår fast at det sentrale spørsmålet i saken er «hvilke tiltak som bør iverksettes for å forhindre at elevene lander utenfor matten» (avsnitt 31).

I avsnitt 32 sier førstvoterende at det etter hans mening ikke er erstatningsbetingende at gymnastikklæreren ikke hadde oppsyn med hvert eneste høydehopp. Det legges da vekt på at elevene hadde en viss trening med høydehopp fra før, og at læreren

hvis han skulle føre tilsyn med hoppøvelsen ville vært avskåret fra å instruere i andre aktiviteter samtidig, slik at det ville gå ut over treningsintensiteten. I trampett-dommen blir imidlertid lærerens plassering i salen trukket inn i argumentasjonen for culpa. Det sies der (på s. 1085) at det «må være større risiko for at det kunne bli foretatt ureglementerte hopp når læreren oppholdt seg tilbaketrasket i forhold til elevene, enn dersom hun hadde stått ved matten og passet på». I vår sak var det nok ikke faren for ureglementerte hopp som kunne begrunnet at læreren skulle stå ved matten, men muligheten for å kunne sikre elevene mot uheldig landing.

Flertallet mener at det må være en forutsetning for at det ikke skulle være uaktsomt å la elevene hoppe uten stadig tilsyn, at det er iverksatt tilstrekkelige tiltak for å motvirke uhell (avsnitt 33). Hvilke tiltak flertallet mener skulle vært iverksatt går frem av avsnittene 34 og 35. Av disse fremgår det at læreren skulle ha gitt elevene forhåndsinstruks om å påse at matten lå riktig før de hoppet, og at de måtte flytte matten frem og tilbake langs listen, slik at kortenden stakk et stykke forbi venstre hoppstativ når de hoppet fra høyre, og tilsvarende at den ble flyttet forbi det motsatte stativet ved tilløp fra venstre.

At matten skulle flyttes fra side til side avhengig av hvilken side elevene tok sats fra, gikk ikke frem av noen norske håndbøker i gymnastikkundervisning som kunne angi normen for hva som var anbefalt handlemåte. De sakkyndige som var oppnevnt i saken var heller ikke enige om hva som var den sikreste måten å gjennomføre hoppingen på. To sakkyndige mente det var sikrest å flytte matten fra side til side, mens en tredje mente det var tryggest at «tjukkassen» lå på samme sted under hele hoppseansen. Flertallet legger ikke avgjørende vekt på verken fra været av skrevne normer eller de avvikende oppfatningene blant de sakkyndige. De uttaler i avsnitt 37, at det «[a]vgjørende må være at anbefalingene er basert på kunnskap som man også må ha hatt i 1986. Det var da 18 år siden teknikken hadde blitt introdusert under sommerolympiaden i 1968.»

Flertallet la heller ikke vekt på at den type skade som her hadde oppstått var relativt sjelden, og da formo-

dentlig ikke veldig påregnelig. I Bergen kommunes skadestatistikk for 1998 over skader i gymnastikkundervisning, var kun tre av 309 skader relatert til høydehopp, og ingen av disse tre var skader under landingen.

I avsnitt 39 oppsummerer flertallet sitt standpunkt og uttaler: «Til tross for denne statistikken, og til tross for at det ikke fantes noen skrevne norske retningslinjer om at matten måtte flyttes fram og tilbake når den ikke var lengre enn listen, er jeg kommet til at gymnastikk læreren opptrådte uaktsomt når han ikke instruerte elevene om å plassere matten som nevnt før et hopp ble utført. På bakgrunn av de forhold jeg har fremhevet foran, måtte det for en gymnastikklærer være påregnelig at en elev på det aktuelle alderstrinnet kunne satse slik at vedkommende landet til side for høydestativet. Og ved høyder som i det foreliggende tilfellet er det videre påregnelig at en elev kan skade seg ved et fall som her. Disse forhold burde det vært tatt hensyn til gjennom instruksjoner om matts plassering.»

Dommerne *Støle* og *Coward* utgjør mindretallet i dommen, og i avsnitt 42 følgende gir dommer *Støle* uttrykk for hvorfor mindretallet har kommet til at gymnastikklærerens handlemåte ikke er erstatningsbetingende uaktsom.

Mindretallet har det generelle utgangspunktet at idrettsøvelser gjerne vil innebære en viss risiko for skader, og at dersom man legger opp til et sikkerhetsnivå i skolen som skal gi full trygghet mot alle skader, vil det samtidig være til hinder for fysisk aktivitet som er både nyttig og morsom for elevene. Mindretallet vil – ser det ut til – moderere uttalelsene fra trampett-dommen om at risikoen for at elevene skal bli påført skade skal reduseres så langt som mulig.

Videre i mindretallets begrunnelse brukes det en del plass på å «distinguish the case» fra trampett-dommen i Rt. 1997 s. 1081. For det første anses høydehopp (også i fosbury-stil) som en relativt ordinær øvelse i gymnastikktimene, og at man når alminnelig sikringsutstyr er brukt ligger langt fra risikonivået ved for eksempel bruk av trampett. For det andre vektlegger mindretallet at uhellet her skjedde under trening «da de bedre blant de 12–13 år gamle elevene trente høydehopp til et kolestevne». Dette innebærer også en forskjell fra

faktum i trampett-dommen, hvor elevene var relativt utrente i bruk av trampett.

Mindretallet er også uenige i flertallets vurdering av om det var uaktsomt ikke å instruere elevene om at mattene skulle flyttes frem og tilbake avhengig av hvilken side elevene tok sats fra. Mindretallet viser i avsnitt 47 til at det var uenighet mellom de sakkyndige om mattene burde vært flyttet frem og tilbake under øvelsen. De viser blant annet til uttalelsen fra den dissenterende sakkyndige som uttalte at «[e]n praksis med å flytte matten skaper et pedagogisk og organisatorisk problem. Dette fordi man legger opp til et sikkerhetsregime som innebærer at man hele tiden må være påpasselig med å flytte matten i riktig retning. Dette problemet er større enn om «tjukkasmatten» ligger permanent på plass.» Mindretallet er, virker det som, tilbøyelige til å anse den fremgangsmåten flertallet anser som normen for forsvarlig opptreden, som en høyere risikofaktor enn den fremgangsmåten flertallet stempler som uaktsom. Uavhengig av om den oppfatning flertallet av de sakkyndige hadde om plasseringen av matten var den riktige, mener mindretallet at dette ikke kan være avgjørende for hvor grensen for uaktsomhet skal trekkes. De ser de sakkyndiges uttalelser mer som anbefalinger om hvordan man ideelt sett skulle gått frem, enn som den eneste aktsomme fremgangsmåte (avsnitt 48). Mindretallet anser ulykken som et hendelig uhell.

Domspremissene og domsresultatet gjør det naturlig å komme med visse rettspolitiske betraktninger. Høyesteretts flertall har her valgt å legge seg på den strenge aktsomhetsnormen som statueres i trampett-dommen. Når listen for hva som er aktsom opptreden settes så høyt som vi har vært vitne til i disse to dommene fra gymnastikkundervisningen, kan det føre til at man stempler lærere som skadevoldere i tilfeller hvor de reelt sett er lite å bebreide. Dette kan i sin tur føre til at lærerne blir langt mer forsiktig med å bruke utstyr i undervisningen som kan ha et skadepotensial, noe som igjen kan føre til en mer ensformig og lite stimulerende undervisning for elevene. Vi kan da føres inn i en ond spiral av stadig strengere krav til lærernes aktsomhet og en stadig større forsiktighet med bruk av fartsfylte og utviklende aktiviteter i gymnastikken. I lys

av en slik mulig utvikling kan man kanskje stille spørsmålet om man bør gå til det skritt å innføre objektivt ansvar for skader i gymnastikkturen.

John Asland

Erstatning for trakassering på arbeidsplassen – Høyesteretts dom 1. desember 2004

I dom 1. desember 2004 (HR-2004-01985-A) tok Høyesterett stilling til erstatningskrav mot arbeidsgiver fra en arbeidstaker som mente seg utsatt for trakassering på arbeidsplassen. Sentralt i saken sto spørsmålene om arbeidsgiveren ved utøvelsen av sin styringsrett hadde overskredet grensene for tilbørlig opptreden, og om han burde forstått at den ansatte følte seg krenket og burde vært behandlet spesielt hensynsfullt.

Høyesterett kom enstemmig til at det ikke forelå grunnlag for erstatning. Det var ikke grunn til å tvile på at arbeidstakeren hadde følt seg dårlig behandlet, men arbeidsgiverens opptreden kunne objektivt sett ikke bedømmes som trakassering. De handlinger arbeidstakeren hadde opplevd som krenkende – bl.a. en omplassering, utferdigelse av ny stillingsinstruks, gjennomføringen av medarbeidersamtaler, omfanget av arbeidsoppgavene han ble pålagt, og permitteringsvarsler som følge av utilstrekkelig oppdragsmengde – var ledd i utøvelsen av arbeidsgiverens normale styringsrett, og kunne ikke anses som uforsvarlige eller krenkende. Arbeidsgiverens overordnede var «offensiv og la vekt på effektivitet». Selv om det fantes dem som ikke likte hans lederstil, forelå intet grunnlag for å karakterisere hans opptreden som trakassering. Heller ikke var det grunn til å bebreide arbeidsgiveren at han ikke hadde forstått at arbeidstakeren var svært følsom, og i ferd med å «utvikle så store psykiske problemer at han burde behandles på en spesielt skånsom måte».

Are Stenvik

Statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen – Borgarting lagmannsretts dom 14. januar 2005 – Finanger II

Borgarting lagmannsrett avsa 14. januar 2005 dom i den såkalte Finanger II-saken (sak nr. 03-011705). Bakgrunnen var denne: Veronika Finanger ble alvorlig skadet ved en trafikkulykke i 1995. Hun ble nektet forsikringsdekning etter den dagjeldende bestemmelsen i bilansvarslovens § 7 tredje ledd bokstav b, som fastslo at skadelidte som hovedregel ikke hadde rett til erstatning om hun «visste eller måtte vite at vognføreren var påverka av alkohol». I forbindelse med EØS-tilpasningen av norsk lovgivning i 1992–93, ble det vurdert om bestemmelsen var forenlig med direktivene om motorvognansvarsforsikring, som bl.a. bestemmer at forsikringen skal dekke «ansvar for personskader som skyldes bruk av et kjøretøy, for alle passasjerer bortsett fra føreren» (direktiv 90/232 artikkel 1). Lovgiver konkluderte den gangen med at bestemmelsen kunne opprettholdes, fordi den måtte anses som en erstatningsrettslig medvirkningsregel, og ikke som en regel om begrensning av forsikringsdekningen. Finanger gikk til sak mot forsikringsselskapet, idet hun hevdet at lovens bestemmelse var i strid med direktivene, og ikke kunne opprettholdes. Etter å ha innhentet uttalelse fra EFTA-domstolen, la Høyesterett i plenum til grunn at lovbestemmelsen var i strid med direktivene, men kom, under dissens, til at motstriden ikke ga grunnlag for å fravike lovregelen (Rt. 2000 s. 1811). Veronika Finanger fikk dermed ikke medhold i sitt krav mot forsikringsselskapet, hvilket hun ville ha fått om direktivene var riktig gjennomført. Etter dette anla Veronika Finanger søksmål mot staten, med krav om erstatning for det tapet hun var påført som følge av uriktig gjennomføring av motorvognforsikringsdirektivene. Hun vant frem i tingretten, men tapte under dissens i lagmannsretten.

Partene var enige om at det avgjørende for om ansvar skulle pålegges, var om gjennomføringsfeilen var «tilstrekkelig kvalifisert». Flertallet tok utgangspunkt i at «det skal atskillig til for at en stat skal pådra seg erstatningsansvar overfor en borger som lider tap som følge av mangelfull

gjennomføring av fellesskapsretten». Riktignok talte hensynet til skadelidte, som var kommet i en vanskelig økonomisk situasjon som følge av feilen, for å pålegge ansvar. Men dette hensynet ble, etter flertallets oppfatning, mer enn oppveid av statens behov for handlingsrom og slingeringsmonn ved gjennomføringen av direktiver. Det ble lagt vekt på at staten i 1992–93 befant seg i en situasjon hvor ekstraordinært mange EØS-rettsakter skulle gjennomføres, og på at det hadde knyttet seg usikkerhet til forståelsen av direktivene, selv om reglene «i og for seg [er] klare og presise, iallfall når man leser dem i dag, etter at deres rekkevidde er fastslått». Flertallet la også en viss vekt på at norsk lovgivning på andre punkter går lenger i favør av skadelidte enn direktivene krever, og fant etter dette at «lovgever lojalt har forsøkt å tilpasse norsk lov til EØS-retten». Mot denne bakgrunn kunne feilen, etter flertallets mening, ikke karakteriseres som åpenbar eller grov.

Mindretallet var av en annen oppfatning. Det kunne, etter mindretallets oppfatning, ikke anses som særlig tvilsomt at bestemmelsen i bilansvarslovens § 7 tredje ledd bokstav c var i strid med direktivets ordlyd og formål. Når lovforarbeidene ikke nærmere drøftet problemstillingen, som var nærliggende, måtte gjennomføringsarbeidet anses som mangelfullt. Ved bedømmelsen av om feilen skulle anses som tilstrekkelig kvalifisert, la mindretallet særlig vekt på at direktivets ordlyd var klar og presis, at det ikke åpnet for noen skjønnsfrihet ved gjennomføringen, og at lovgever burde vært oppmerksom på forholdet ved lovrettskraftig.

Avgjørelsen er ikke rettskraftig.

Are Stenvik

FAMILIERETT

Gjenopptakelse av farskapsaker

Ved endringer i barneloven i 2002 ble det med virkning fra 1. april 2003 åpnet adgang til å få gjenopptatt en farskapsak uten at vilkårene etter tvml. §§ 405–408 er oppfylt, jf. barneloven § 28a, se nærmere *Smith og Lødrup*, Barn og foreldre 6. utg. 2004 s. 57 flg.

Dette har medført at en rekke

saker er blitt gjenopptatt, noe som ikke er forbausende tatt i betraktning den tvil som klebet ved mange av de tidligere dommer. Her kan nevnes at det i tiden 1950–1990 ble avsagt 13 dommer om farskap i Høyesterett under dissens 3–2. At en rekke fedre, og barn (som nå er voksne) eller moren, hvor vedkommende mann ble frifunnet for farskapet, nå med DNA-analysens hjelp ønsker å få klarhet i farskapsspørsmålet, er naturlig.

Praktiseringen av § 28a reiser naturlig nok en del spørsmål, som etter hvert vil bli avklart. Her skal nevnes tre av dem, som har vært oppe i den senere tid.

I kjennelsen i Rt. 2004 s. 590 var tvisten om *kravet om rettslig interesse* i tvml. § 54 måtte være oppfylt for en gjenoptakelsessak. Ved herredsrettens dom i 1944 ble A frifunnet for å være far til B's barn C, som var født året før. A ble imidlertid dømt til bidragsplikt, idet det ble funnet bevist at han og B hadde hatt samleie til slik tid at han etter naturens orden kunne være far. C døde i 2003. Noen måneder senere begjærte B saken gjenopptatt. A motsatte seg dette, idet han hevdet at B ikke hadde rettslig interesse i det. Det var på det rene at et eventuelt farskap for A ikke ville ha materiellrettslige konsekvenser. Høyesteretts kjæremålsutvalg sluttet seg til de tidligere instanser som hadde gitt B medhold og bemerket: «Dette innebærer at det her ikke gjelder noe krav om at det vil ha materiellrettslige konsekvenser for saksøkeren med en ny avgjørelse i farskapsspørsmålet.» Avgjørelsen harmonerer med at rettslig interesse heller ikke kreves i sak om et ekteskap er gyldig eller ikke, jf. Rt. 2002 s. 1541, som gjaldt spørsmålet om et ekteskap kunne kreves kjent ugyldig etter at partene var skilt.

Vernetingssspørsmålet var tvistepunktet i Rt. 2004 s. 718. Her ble det avgjort at vernetingsregelen i tvml. 409 går foran vernetingsregelen i barneloven § 15, om at farskapssak skal reises ved barnets vernetting. Kravet om gjenoptakelse skal således fremmes for den rett som har truffet avgjørelsen i den saken som kreves gjenopptatt.

Hvor en farskapssak blir gjenopptatt og vedkommende mann blir frifunnet for farskapet, oppstår spørsmålet om han skal tilkjennes saksomkostninger. I en dom i Rt. 1994 s. 1468 (som gjaldt frifinnelse

av den mann som i Rt. 1959 s. 1025 med 3 mot 2 stemmer var idømt farskap) ble saksomkostninger ikke idømt. Med fire mot én stemme kom Høyesterett i dom 22. desember 2004 til et annet resultat. Saken gjaldt opphevelse av det farskap mannen var idømt ved dommen i Rt. 1960 s. 878. Etter at en DNA-analyse viste at han ikke kunne være faren, ble det nedlagt felles påstand om frifinnelse. Saksøkt var både moren og barnet. Barnet ble enstemmig frifunnet for omkostningskravet, mens moren ble dømt til å betale mannens omkostninger for Høyesterett. Det heter i bemerkningene fra flertallet (saken var gjenstand for skriftlig behandling) at moren hele tiden må «ha vært klar over at hun i det kritiske tidsrommet har hatt samleie med en annen mann». Etter hennes forklaring som Høyesterett bygget på i 1960, het det at det ikke var grunn til å tro at hun i den kritiske tid «har hatt med noen annen mann å gjøre». Det var mot denne bakgrunn – «til tross for tidsforløpet – ikke naturlig å anvende unntaksregelen i § 172 annet ledd» overfor henne.

Peter Lødrup

Eidsivating lagmannsrett drøfter i en kjennelse inntatt i RG 2004 s. 1102 tre spørsmål av interesse for gjenoptakelsessakene.

Saksforholdet var dette: A (som var «barnet») var født i 1941, og ved to herredsrettsdommer i 1942 ble henholdsvis B frifunnet for farskapet, mens C ble dømt som far. B døde i 1997, og As mor er også død. Om bakgrunnen ellers heter det: «I gjenoptakelsesbegjæringen er det anført at Bs søster og kusine har opplyst at B er As far, og at det er stor likhet mellom far og sønn. Bs søster har avgitt blodprøve som taler mot at B, dersom han er hennes halvbror, er far til A med en sannsynlighetsovervekt på 250:1. Bs gjenlevende bror har ikke villet avgi blodprøve frivillig.» Det var klarlagt at det sykehuset som behandlet B før han døde, ikke har oppbevart blod, mens det ikke er undersøkt om det ved et annet behandlingssted kan være gjort.

Mot denne bakgrunn kom tingretten til at gjenoptakelsesbegjæringen måtte avvises. I kjæremålet hevdet A at «retten ikke kan avvise saken før de muligheter som ligger i barne-

loven § 24, er utredet. Rettsmedisinsk Institutt har opplyst at det også er mulig å sikre DNA-materiale av mennesker som er døde. Gravåpning forutsettes gjort, hvis det ikke er mulig å finne annet materiale som kan analyseres og bekrefte farskapet med sikkerhet» (s. 1103).

Lagmannsretten kom i sin kjennelse til at tingrettens avvisningskjennelse måtte oppheves og saken hjemvises til ny behandling ved tingretten. Lagmannsretten fant at det forelå en saksbehandlingsfeil, idet «tingretten skulle ha gitt saksøker en frist til å foreta nærmere undersøkelser, slik at det kunne bli avklart om Oslo Akuten selv oppbevarer DNA-materiale eller B har vært i kontakt med andre institusjoner som oppbevarer slikt materiale». Denne delen av kjennelsen gir ikke grunnlag for nærmere kommentarer. Men det er et par andre sider ved den som det er grunn til å komme nærmere inn på.

Først vil jeg knytte et par bemerkninger til spørsmålet om gravåpning, som så vidt jeg vet ikke tidligere har vært oppe i en farskapstvist. Lagmannsretten fant at det ikke er hjemmel i barneloven § 24 til å vurdere dette. Etter § 24 annet ledd kan retten hvor den mann som kan være «far til barnet er død eller av annen grunn utilgjengelig ... innhente og gjøre bruk av biologisk materiale eller prøver som tidligere er tatt av ham». Lagmannsretten tolket denne bestemmelsen antitetisk, og fant derfor at den ikke hadde «kompetanse til å beslutte andre tiltak, som gravåpning», idet det bare var materiale som tidligere var «tatt av ham» som kan innhentes og brukes.

Denne bestemmelsen kom inn i loven i 1997. Den ble i Ot. prp. nr. 56 (1996–97) s. 37 i første rekke begrunnet med at slikt materiale var underlagt «alminnelige taushetspliktsbestemmelser, og kan ikke utleveres».

Det er nærliggende å spørre om hvordan gravåpning ville vært vurdert hvis vi ikke hadde fått bestemmelsen i § 24 annet punktum i 1997 – lagmannsretten kunne jo da ikke begrunnet sitt nei med en antitetisk tolking av den. Etter min mening har § 24 annet punktum mindre interesse for spørsmålet om norsk retts stilling til gravåpning i farskapssaker. Den kan heller ikke kaste lys over spørsmålet om det av en avdød før begravelsen kan tas blodprøver med henblikk på en DNA-analyse. I fremmed

rett har vi en rekke eksempler på gravåpning med henblikk på å klargjøre et farskapsspørsmål. I Danmark kom spørsmålet for Høyesterett i 2002, UfR 2002 s. 2619, og ble under dissens besvart bekreftende. Rettens flertall la til grunn at retsplejelovens § 456 h stk 7 ga en hjemmel for gravåpning. Her heter det at «Retten træffer bestemmelse om gennemføring af retsgenetiske undersøgelser ...», en bestemmelse som står i retsplejelovens kapittel om farskapssaker. Retten fant at loven om «ligsyn» ikke begrenset hjemmelen i § 456 h stk. 7, til å foreta slike undersøkelser, og at den måtte tolkes dit hen at den også omfattet gravåpning.

I norsk rett er det gitt regler om gravåpning i to tilfeller. Den *spesielle* regelen i straffeprosesslovens § 228 gjelder hvor det er mistanke om at noens død er forvoldt ved en straffbar handling, og den *generelle* bestemmelsen i gravferdsloven 7. juni 1996 nr. 32 § 7. Etter denne bestemmelsen kan Kirkelig fellesråd gi «tillatelse til åpning av grav på kirkegård». Såvidt vites har ikke Fellesrådet fått noen slik henvendelse i en farskapssak. Hvorvidt slik tillatelse vil bli gitt, er det selvsagt ikke mulig å si noe om. Men etter mitt syn bør en henvendelse ikke uten videre avslås på prinsipielt grunnlag.

Mot denne bakgrunn bør det vurderes på politisk grunnlag om det bør gis en klar hjemmel – enten i gravferdsloven eller barneloven – til gravåpning i farskapssaker. Hvis lagmannsrettens antitese fra barnelovens § 24 annet ledd hviler på tynt grunnlag, oppstår spørsmålet om gravferdsloven på en uttømmende måte regulerer gravåpningsspørsmålet i farskapssaker – et aspekt som ikke var fremme ved utarbeidelsen av gravferdsloven.

Lagmannsretten reiste også et annet spørsmål om bruken av barnelovens § 28a, idet det heter i kjennelsen at «Det må være en forutsetning for gjenopptakelse etter bestemmelsen at det er mulig å foreta en DNA-analyse på gjenopptakelsestidspunktet». Er dette riktig, vil i alle andre tilfelle en gjenopptakelse av en farskapssak måtte følge reglene i tvml. kap. 27, med de strenge beviskrav som følger av § 407, jf. § 412. Lagmannsretten begrunner dette med annet punktum i § 28a, hvor det bestemmes at hvor det blir krevet gjenopptakelse, skal retten «gje

pålegg om blodprøve om DNA-analyse. Når DNA-analysen ligg føre, gjeld regelen i § 25 annet ledd», dvs. at dom kan avsies uten hovedforhandling. Hvor det ikke foreligger materiale (kravet om blodprøve kan neppe tas bokstavelig) til en slik analyse, kunne med andre ord ikke § 28a gi grunnlag for gjenopptakelse.

Jeg er i tvil om denne tolking kan være riktig. I det store flertall av tilfelle vil det foreligge grunnlag for en DNA-analyse, og for disse tilfellene passer annet punktum i § 28a godt, og det er for disse den er utformet. Men hvorfor skal gjenopptakelse etter § 28a utelukkes hvor det er andre bevis som blir påberopt? At det i slike tilfelle ikke er mulig å avsi dom uten hovedforhandling, kan ikke være avgjørende her. Slike bevis kan være frivillig tatte blodprøver og DNA-analyse av nære slektninger av vedkommende mann, nye dokumenter (for eksempel brev) eller vitneprov som kaster nytt lys over farskapsspørsmålet. Det vil da i mange tilfeller være mulig å få saken gjenopptatt etter tvml. § 407 nr. 7, men kravet om at det nye bevis enten alene eller sammen med det som tidligere var fremført «aabenbart» måtte ha medført en annen avgjørelse, kan bli en for høy terskel. Gjenopptakelse etter tvistemålsloven kap. 27 vil kunne hindre en ny sak hvor det materielle farskapsspørsmålet blir underkastet en ny prøvelse.

Peter Lødrup

Spørsmålet om falsk identitet kan gi grunnlag for å kjenne et ekteskap ugyldig

A og B inngikk ekteskap i 2001 og fikk et barn i september året etter. B var asylsøker og var kommet til Norge som C. Da det kom for dagen at B ved prøvingen av ekteskapsvilkårene hadde oppgitt å være C, som var hans bror, brøt A ut av ekteskapet, og partene ble skilt ved bevilling i oktober 2004. Senere gikk A til sak mot B for å få ekteskapet kjent ugyldig da hun var blitt viet til en mann med falsk identitet.

Etter at B ved Alta tingrett var blitt frifunnet, kom Hålogaland lagmannsrett ved dom 10. desember 2004 til at ekteskapet måtte kjennes ugyldig. Retten fant at det var på det rene at B ved prøvingen av ekteskapsvilkårene hadde oppgitt «urik-

tig fødselsdato, uriktig fødested, og uriktig statsborgerskap. Etter det han har forklart for lagmannsretten, har han brukt navnet til sin bror C. Da han møtte for vigsleren sammen med A, var følgelig alle sentrale opplysninger om hans identitet uriktige».

Etter tvistemålsloven § 418 skal retten varsle fylkesmannen om saker hvor det påstås at ekteskap består eller ikke består, og fylkesmannen kan opptre som part for å vareta offentlige interesser. Både A og Fylkesmannen i Finnmark hadde anket dommen fra Alta tingrett, og som nevnt ga lagmannsretten de ankende parter medhold i at ekteskapet var ugyldig etter reglene i ekteskapsloven. Det springende spørsmål i saken var om falsk identitet var ugyldighetsgrunn, jf. ekteskapsloven § 16 første ledd, som lyder slik: «Ekteskap er ikke inngått dersom bestemmelsene i § 11 første ledd, jf. § 12, ikke er overholdt.» Rettens begrunnelse for å kjenne ekteskapet ugyldig, var denne: «Lagmannsretten legger til grunn at ekteskapsloven § 11 første ledd forutsetter at de personer som fysisk er tilstede og erklærer at de ønsker å inngå ekteskap med hverandre, også er identisk med de personer som juridisk er vurdert og registrert som brudefolkene». Hvorvidt dette er et syn som fortjener tilslutning, lar jeg ligge.

Denne saken ble vurdert etter de regler som gjaldt før endringene i ekteskapsloven § 16, som trådte i kraft 1. oktober 2004. Da ble et nytt punktum føyet til § 16 første ledd: «Det samme gjelder dersom ekteskapet ble inngått uten at det forelå en gyldig prøving av ekteskapsvilkårene». Etter denne bestemmelsen må det anses på det rene at dersom A har fått prøvet ekteskapsvilkårene ved å utgi seg for C, kan man ikke si at ekteskapsvilkårene er prøvet for B's del. Ugyldighet vil da kunne begrunnes med § 16 første ledd annet punktum. Noen nærmere vurdering av lagmannsrettens begrunnelse er det derfor liten grunn til å komme nærmere inn på.

Det kan derimot være grunn til å peke på hvilke konsekvenser det har at et ekteskap blir kjent ugyldig. Det har da ikke bestått noe ekteskap; partene har «status som ugifte», jf. Ot.prp. (2002–2003) nr. 29 s. 25. Det vil si at det økonomiske oppgjøret mellom dem faller utenfor ekteskapslovens regler, og det er ikke aktuelt

med noe ektefellebidrag, noe som slås fast i den nettopp nevnte proposisjonen, jf. bl.a. Ot.prp.(1993–1994) nr. 44 s. 13 og 15. Også barn som blir født under samlivet får en uklar status: Er det å anse som født av en gift mor, slik at pater est-regelen kommer til anvendelse? Dette vil bero på en tolking av barnelovens § 3, og spørsmålet er ikke avklart i praksis. I rundskriv Q–9/94 pkt. 3.3 skriver Barne- og familiedepartementet at ugyldigheten kan medføre at barnet blir stående uten far, et standpunkt som det tas avstand fra i Holmøy og Lødrup, *Ekteskapsloven*, 2. utg. 2001 s. 96. Med rette påpekte en del av høringsinstansene i forbindelse med lovendringene i 2003 at de materielle følger av ugyldighet måtte utredes nærmere. Det er det et klart behov for, særlig hvis det offentlige reiser sak om ugyldighet i tilfelle tvangsekteskap, noe det er adgang til etter den nye § 16a i ekteskapsloven, som også trådte i kraft 1. oktober 2004, jf. hertil Lødrup og Sverdrup, *Familieretten*, 5. utg. 2004 s. 63 flg.

Peter Lødrup

Ektepakt og dobbelt rettsvernkrav – også for adkomstdokument til borettslagsleilighet? – Rt. 2004 s. 1152

Skal disposisjon i ektepakts form få rettsvern overfor kreditorene, krever ekteskapsl. § 55 første ledd at den tinglyses i Ektepaktregisteret i Brønnøysund. Men dreier det seg om overdragelse av eiendeler der «overdragelse trenger tinglysning eller registrering for å få rettsvern», følger det av annet ledd at ektepakten også må tinglyses/registreres i vedkommende register. Dette doble rettsvernkrav vil typisk få sin betydning der A overfører fast eiendom til sin ektefelle B. Er ektepakten tinglyst, er notoritetkravet – som er det viktigste i forhold til overdragerens kreditorer – oppfylt, men loven krever altså at overdragelsen av den faste eiendom også må være tinglyst i grunnboken for at B skal ha vern overfor As kreditorer.

Hvor langt rekker dette kravet i annet ledd?

Det synes alminnelig antatt at ordene «overdrar» og «overdragelse» ikke må tas bokstavelig. Bestemmelsen bør leses slik at det doble rettsvernkrav f.eks. gjelder enhver

disposisjon over fast eiendom der tinglysningsloven stiller krav om tinglysning for rettsvern overfor den disponerendes kreditor, jf. Holmøy & Lødrup, *Ekteskapsloven* (2. utg. 2001) s. 362. Der A f.eks. gir sin ektefelle B en tomtefesterett, en servitut eller en forkjøpsrett, er det således ikke tilstrekkelig med tinglysning i Brønnøysund.

Det underliggende hensyn som tillier en slik utvidende tolkning, skulle – kan det hevdes – medføre at ordene «trenger tinglysning eller registrering» heller ikke tolkes for snevert, f.eks. slik at der de ordinære rettsvernregler krever notifikasjon til tredjemann, gjelder det doble rettsvernkrav. For så vidt angår adkomstdokumenter til borettslagsleilighet, har imidlertid Høyesteretts kjæremålsutvalg sagt nei til dette, jf. Rt. 2004 s. 1152. Saken gjaldt et tilfelle der mannens kreditorer tok utlegg i den borettslagsleilighet som ved tinglyst ektepakt var overført fra felleseie til hustruens særeie. I borettslagsforhold er rettsvernkravet ved kontraktpantsettelse at adkomstdokumentene overleveres og at borettslaget notifiseres om pantsettelsen, jf. pantel. § 4-3. Ved utlegg gjelder denne bestemmelse «tilsvarende», jf. pantel. § 5-8. Noen notifikasjon til borettslaget om ektepakten var ikke gitt. Av Kjæremålsutvalgets begrunnelse fremgår det at det doble rettsvernkrav bare gjelder der vi har rettsvernregler knyttet til et realregister. Det uttales at ekteskapslovgivningen (tidligere lov § 46 annet ledd og någjeldende § 55 annet ledd) «har ingen bestemmelse om registrering av meldingen [notifikasjonen til borettslaget], og det finnes for øvrig ikke noe realregister for rettsstiftelser som gjelder slike atkomstdokumenter».

For definisjon av realregister, se pantel. § 1-1 fjerde ledd: «grunnbok, skipsregister (herunder Norsk Internasjonalt skipsregister), luftfartøyregister og lignende rettighetsregister ordnet etter de formuesgoder rettigheten gjelder. Verdipapirregistre og Løsøreregisterets motorvognregister regnes ikke som realregistre».

Thor Falkanger

Litteratur

Viola Broström: *Tolking av testamente. Juridiska institutionens skriftserie, no 7/2003. Umeå Universitet, 349 sider.*

Denne boken, som er forfatterens doktoravhandling, er en fremstilling av en rekke sentrale arverettslige spørsmål. Innholdsfortegnelsen viser at dette er en bok som er av stor interesse også for norsk rett. Selv om norsk og svensk arverett på en rekke sentrale spørsmål har valgt ulike løsninger, er problemene i forbindelse med tolking av testamenter ikke i så stor grad bundet av landegrensene.

De enkelte kapitler er disse:

1. Inledning, syfte och metod
2. Tolkning och utfyllnad av testamente
3. Formkravet och dess betydelse vid tolkning och utfyllnad av testamente
4. Funktion och grunder för den legala arvsordningen och testamentsrättsliga tolkningspresumtioner
5. Legat eller universellt förordnande
6. Jämkning av legat
7. Borttestamenterad egendom finns inte i boet
8. Istadarätt och fördelning av accrecens
9. Äktenskap eller samboförhållande har upphört
10. Verkan av ändrade rättsliga förutsättningar
11. Sammanfatning och analys.

Selv om boken ikke i nevneverdig grad trekker inn annen nordisk rett, vil den være til stor nytte for enhver som støter på problemer ved tolkingen av testamenter. Lærdom av de problemer av denne art som har oppstått i praksis, bør også få betydning når man skal opprette et testament. Målsettingen må jo bl.a. være å unngå konflikter om hvordan testamentet skal forstås etter arvelaterens død.

Peter Lødrup

Margareta Brattström: «*Makars pensionsrättigheter*» (Iustus Forlag 2004).

Boken – som er forfatterens doktoravhandling – handler om pensjonsrettigheter på skifte. Den har stor betydning også for norske forhold, ettersom de familierettslige reglene om

deling av pensjonsrettigheter er bygget over samme lest i Sverige som i Norge. I begge land holdes de allmenne, offentlige pensjonsrettighetene og tjenstepensjonene utenfor delingen av ektefellenes formue på felleseie-skifte. Én forskjell mellom de to land er at individuelle private pensjonsforsikringer som hovedregel er gjenstand for likedeling etter svensk rett (Åktenskapsbalken 10:3 §). Etter norsk rett holdes også slike rettigheter utenfor delingen, jf. eI. § 61 bokstav b.

Forfatteren drøfter hvilke hensyn som ligger bak unntaket fra likedeling både historisk og i lys av dagens samfunnsforhold. Hun analyserer den forsikringsmessige oppbyggingen av de tre formene for pensjonsrettigheter – allmenn pensjon (folketrygd), tjenstepensjon og individuell privat pensjonsforsikring, og konkluderer med at unntaket fra likedeling ved skilsmisse ikke er i tråd med de hensyn som i dag ligger bak delingsreglene. Etter forfatterens mening bør alle former for pensjonsrettigheter som hovedregel deles ved skilsmisse (men ikke ved død), så sant de er opparbeidet under ekteskapet. Boken inneholder også en skisse til hvordan en slik deling kan gjennomføres i praksis.

Internasjonalt går utvikling i retning av deling av pensjonsrettigheter i stadig flere land. Boken inneholder en oversikt over rettsstillingen i en rekke vesteuropeiske land, samt en grundig redegjørelse for reglene om delingen av pensjonsrettigheter i Tyskland og England.

Tone Sverdrup

FORSIKRINGSRETT

Rt. 2004 s. 871 HKj. Har en avtalt medforsikret panthaver krav på dekning selv om hans panthaverinteresse ikke har rettsvern?

1. F innvilget i juli 2001 lån til R på vel kr. en million til kjøp av båt. Det var forutsatt at F skulle ha første prioritets pant i båten og at det skulle tegnes forsikring for tredjemannsinteresse. Forsikring ble tegnet, og i det utstedte forsikringsbeviset for kasko- og ansvarsforsikring var pantsetnelsen notert.

Båten skulle registreres i skips-

registeret, men dette viste seg ikke å være mulig. I desember 2001 ble båten totalskadet i brann. I april 2002 ble R besluttet tvangsoppløst. Det oppsto tvist om retten til forsikringserstatningen mellom F og S, som var største kreditor i tvangsavviklingsboet.

2. Mens skifteretten ga S medhold, fordi man la til grunn at det ikke var avtalt medforsikring etter FAL § 7-5, fant lagmannsretten at slik avtale var truffet og at avtalen hadde rettsvern i forhold til tvangsavviklingsboet. Kjæremålsutvalget kom til samme resultat som lagmannsretten.

3. Det var enighet mellom partene om at FAL § 7-1 tredje ledd om automatisk medforsikring av panthaver ikke fikk anvendelse, i og med at pantobligasjonen ikke var tinglyst. Kjæremålsutvalget var enig med lagmannsretten i at ved avgjørelsen av om det forelå en gyldig avtale om medforsikring etter FAL § 7-5, måtte «vanlige avtalerettslige prinsipper» gjelde, men likevel slik at det måtte stilles krav til «klarhet og dokumentasjon», siden avtalen kunne få konsekvenser for andre rettighetshavere og kreditorer.

Det sentrale spørsmål for kjæremålsutvalget var etter dette om F som medforsikret etter § 7-5 hadde rettsvern for sitt krav på forsikringssummen i forhold til tvangsavviklingsboet, som rettslig sett hadde samme status som et konkursbo. Dette spørsmålet besvarte kjæremålsutvalget med ja: «En medforsikrets krav overfor forsikringsselskapet fremstår i loven som et selvstendig krav. Bestemmelsene i §§ 7-3 og 7-4 regulerer forholdet nærmere, også der grunnlaget er avtale, jf. § 7-5.» Utvalget henviste i denne forbindelse til uttalelser i juridisk litteratur for å understøtte sitt syn.

4. Avgjørelsen er på mange måter overraskende. Den synes å bygge på at en avtale om medforsikring vil stå seg i forsikringstagerens/hovedsikredes konkursbo, selv om den interessen medforsikringen skal dekke, ikke har rettsvern. Dette er tilsynelatende i strid med avgjørelsen i Rt. 1939 s. 343 og stemmer heller ikke med uttalelser i juridisk litteratur om denne dommen. Riktignok knytter både dommen og uttalelsene seg til FAL 1930 og Norsk Sjøforsikringsplan av 1964, men det er vanskelig å se at situasjonen kan være en annen under FAL 1989 og Norsk Sjøforsikringsplan av 1996. De uttalelsene fra juri-

disk litteratur som kjæremålsutvalget siterer, omtaler for øvrig bare medforsikredes generelle stilling og ikke spesielt situasjonen i konkurs.

5. Det er likevel mulig at de ulike rettskildene kan samstemmes på en hensiktsmessig måte. Det riktige må være at skal den medforsikrede (panthaver) ha krav på forsikringserstatningen, må hans (pante)krav ha rettsvern, såfremt forsikringstilfellet inntreffer etter konkursen. Dette var situasjonen i Rt. 1939 s. 343. Dommen forutsetter at det samme gjelder der konkurs inntreffer etter forsikringstilfellet. Denne forutsetningen har vært kritisert i juridisk litteratur, og Rt. 2004 s. 871 kan kanskje leses som en tilsidesettelse av Rt. 1939 s. 343 på dette punkt, selv om premissene i Rt. 2004 s. 871 ikke reiser problemstillingen.

Hans Jacob Bull

RG 2003 s. 910 Oslo. Gjelder de ulovfestede regler om surrogatpant i forsikringskrav ved siden av de lovfestede reglene om medforsikring i FAL kapittel 7?

1. Det ble tatt utlegg i As motorsykel til sikkerhet for en banks misligholdte krav mot A. I forbindelse med gjennomføringen av tvangsavviklingen av motorsykkelen viste det seg at den var blitt stjålet og erstatningen under kaskoforsikringen utbetalt, dels til den avtalt medforsikrede finansinstitusjonen som hadde finansiert innkjøpet av motorsykkelen, dels til A selv. Banken anla sak mot forsikringsselskapet med krav om dekning av sitt utestående krav, men fikk ikke medhold.

2. Problemstillingen var om banken automatisk fikk panterett i forsikringserstatningen som surrogat for panteretten i motorsykkelen når denne ble stjålet. Dette var løsningen under pantel. 1895 § 1, men ved FAL 1930 ble løsningen forlatt og ordningen med medforsikring av visse interesser innført. Dette ble videreført i FAL 1989, men likevel slik at kretsen av automatisk medforsikrede ble innskrenket.

Retten understreket at verken forarbeidene til FAL 1930 eller til FAL 1989 inneholdt noe som tydet på at surrogasjonsprinsippet skulle leve videre ved siden av medforsikringsreglene. Det fantes heller ikke rettspraksis som antok dette. Det kunne

nok anføres gode grunner for å gjeninnføre prinsippet fra den opphevede pantel. 1895 § 1, men etter gjeldende rett fantes det ikke noen ulovfestet regel om automatisk surrogatpant ved siden av reglene om medforsikring i FAL 1989 kapittel 7.

3. Subsidiært hadde banken gjort gjeldende at forsikringsselskapet hadde utvist erstatningsbetingende uaktsomhet når den utbetalte forsikringserstatningen uten å undersøke motorsykkelens tinglyste panteheftelser i Løsøreregisteret. Heller ikke på dette punkt fikk banken medhold. Selskapet hadde ikke en undersøkelsesplikt i dette tilfellet, og heller ikke noen plikt til å varsle saksøkte i egenskap av utleggshaver før utbetaling fant sted.

4. Rettens syn på de to spørsmål virker overbevisende. Selv om det nok kan anføres grunner for de synspunkter banken gjorde gjeldende, gjør vektige mothensyn seg gjeldende. Uansett må det eventuelt være en lovgiveroppgave dersom man ønsker å gi andre kreditorer enn de som er automatisk eller avtalt medforsikret et bedre vern enn det de har i dag.

Hans Jacob Bull

Høyesteretts dom av 14. oktober 2004. Var de medforsikrede bankene dekket for sitt tap under transportørens verditransportforsikring ved ran av pengetransport?

1. Et transportselskap hadde tegnet verditransportforsikring og ansvarsforsikring i august 2000. Under den første forsikringen sto to banker som medforsikrede, men forsikringsselskapet kjente ikke til hvem de var. I november 2001 ble en pengetransport ranet mens sjåføren, som var alene, var ute og tømte parkometre, og kr. 3.475.000 ble stjålet. Selskapet nektet å utbetale erstatning.

I tingretten ble selskapet dømt. Riktignok forelå det brudd på oppstilte sikkerhetsforskrifter fra transportselskapets side og det måtte skje identifikasjon mellom transportselskapet og bankene, men det var ikke årsakssammenheng: Ranet ville ha skjedd selv om sikkerhetsforskriftene var blitt fulgt.

Lagmannsretten kom til samme resultat, men med en annen begrunnelse. Det forelå brudd på sikkerhetsforskriftene og det var årsakssammenheng mellom bruddet og ranet.

Men FAL § 4-8, jf. § 1-3 var til hinder for at det kunne skje identifikasjon mellom transportselskapet og bankene.

Høyesterett kom enstemmig til et annet resultat enn tingretten og lagmannsretten, og fant at bankene ikke hadde krav på erstatning.

2. Høyesterett tok utgangspunkt i spørsmålet om det var fastsatt noen sikkerhetsforskrift, og – hvis ja – hvilket innhold denne hadde. Forholdet var at selv om forsikringsavtalen ble inngått i august 2000, ble forsikringsbeviset først utstedt i november 2001 etter at ranet hadde funnet sted. FAL § 2-2 fastsetter at forsikringsbevis skal utstedes «så snart avtalen er inngått og det er bestemt hvilke vilkår som skal gjelde for forsikringen», se første ledd, og at beviset skal fremheve hvilke sikkerhetsforskrifter som skal gjelde, se annet ledd bokstav (c). Høyesterett fant ikke dette avgjørende. Forarbeidene forutsatte at det i næringslivsforsikring kunne ta noe tid før forsikringsbevis ble utstedt. Det var i (udatert) e-post fra selskapet forutsatt at det ville bli fastsatt nye og strengere sikkerhetsforskrifter enn dem selskapet hadde i en løpende forsikringsavtale med transportselskapets morselskap. I e-post av januar 2001 var det lagt til grunn at «nye» sikkerhetsforskrifter skulle gjelde fra februar 2001, og disse «nye» sikkerhetsforskriftene ble gjennomgått med transportselskapet i et møte i september 2001, der det uttrykkelig ble fremhevet at transportselskapet «snarest» måtte sette to mann på de bilene som transporterte mer enn kr. 3 millioner. Høyesterett la derfor til grunn at de «nye» (og strengere) sikkerhetsforskriftene var avtalt mellom transportselskapet og selskapet, og at disse måtte kunne gjøres gjeldende overfor de medforsikrede bankene, selv om de ikke kjente til dem.

3. Partene var for Høyesterett enige om at hvis de nye og strengere sikkerhetsforskriftene fikk anvendelse, var forholdet at (1) sikkerhetsforskriftene var brutt, (2) transportselskapet hadde utvist grov uaktsomhet og (3) det var årsakssammenheng mellom bruddet og ranet. Problemstillingen som sto åpen var om det kunne skje identifikasjon mellom transportselskapet og bankene. Her var spørsmålet dels om det var avtalt mellom transportselskapet og forsikringsselskapet at identifika-

sjon kunne skje. Høyesterett besvarte spørsmålet bekreftende. Standardvilkårene «Vilkår for transportforsikring av varer av 1995» hadde i § 10 en bestemmelse om identifikasjon, som åpnet for identifikasjon mellom transportselskapet og bankene. I forskjellige bekreftelser, bl.a. av mars 2001 til transportselskapets morselskap, hadde forsikringsselskapet bekreftet at forsikringene var dekket «etter standard vilkår». Det måtte på denne bakgrunn legges til grunn at § 10 var avtalt.

Det videre spørsmålet var om standardvilkåret i § 10 var lovlig. Dette måtte avgjøres ut fra en fortolkning av FAL § 4-11 tredje ledd. Bankene hadde hevdet at identifikasjon bare kunne skje når en handling eller unnlattelse var begått av personer innenfor sikredes – altså bankenes – egen organisasjon. Dette var Høyesterett ikke enig i: Det fulgte både av forarbeidene og av juridisk litteratur at adgangen til identifikasjon i næringsforsikring var vid, og det var ikke holdepunkt for å forstå bestemmelsen slik at det bare kunne skje identifikasjon med personer eller persongrupper med nær tilknytning til sikrede.

Høyesterett anså det irrelevant at § 4-8 om avkortning ved brudd på sikkerhetsforskrifter var preseptorisk: «Adgangen til å avtale identifikasjon reguleres av § 4-11, ikke av § 4-8». Heller ikke ville det være urimelig eller i strid med god forretningsskikk å gjøre identifikasjonsklausulen gjeldende, jf. avtalel. § 36. Høyesterett la «særlig vekt på» at standardvilkårene utgjorde et «agreed document», og at identifikasjon i dette tilfelle heller ikke var så konkret urimelig at klausulen burde settes til side.

4. Når først bankene måtte identifiseres med transportselskapet i spørsmålet om avkortning eller bortfall av erstatningen etter FAL § 4-8, måtte erstatningen etter Høyesteretts mening helt bortfalle. Ledelsen i transportselskapet hadde med åpne øyne opptrådt grovt uaktsomt, samtidig som en rekke sikkerhetskrav var tilsidesatt som følge av systemfeil som ledelsen kjente til. Kjøreplanen var dessuten uforsvarlig når den forutsatte at en sjåfør som var alene med over kr. 3 millioner i bilen, skulle stanse for å tømme parkometre. Fullt bortfall ville ha vært riktig hvis transportselskapet selv hadde krevd erstat-

ning, og Høyesterett kunne ikke se at saken stilte seg annerledes fordi det her var tale om identifikasjon.

5. Bankene hadde subsidiært krevd dekning under transportselskapets ansvarsforsikring. Heller ikke denne anførselen førte frem. I vilkårene for ansvarsforsikring var det fastsatt at selskapet ikke var ansvarlig der transportselskapet pådro seg erstatningsansvar ved «flytting» av en ting som tilhørte en annen, og dette måtte sies å være situasjonen her. At selskapet ikke hadde opptrådt så ryddig som det burde, for eksempel ved å ta konsekvensen av at transportselskapet verken ga den informasjonen det skulle eller overholdt sikkerhetsforskriften, kunne ikke gi grunnlag for å konstatere ansvar utenfor kontrakt. Selskapet kunne dessuten ikke gi melding til bankene, siden det ikke visste hvem som til enhver tid var sikret etter verditransportforsikringen. Bankene hadde endelig selv oppfordring til på egen hånd å sikre seg at pengetransporten ble gjennomført på en forsvarlig måte.

6.a. Dommen viser at den medforsikrede kan få en prekær stilling dersom hans identitet ikke er kjent for selskapet. Dette er riktignok ikke det normale ved automatiske medforsikringer i næringsforsikring, men kan skje ved avtalte medforsikringer. Manglende kjennskap kan hindre selskapet i å holde den medforsikrede informert om irregulær utvikling i forsikringsforholdet, med den effekt at den medforsikrede ikke får truffet tiltak til beskyttelse av sin posisjon.

b. Dommen viser også en meget liberal holdning fra Høyesteretts side mht. kravet i FAL § 2-2 første ledd om når forsikringsbevis med tilhørende sikkerhetsforskrifter skal utstedes. Det er nok slik at forarbeidene forutsetter at det i næringslivsforsikring kan ta noe tid før det er endelig bestemt hvilke vilkår som skal gjelde for forsikringen. Men femten måneder må uansett være for lenge!

c. Dommen viser også at det er betydelig spenning i regelverket mht. den medforsikredes rettigheter på det tidspunkt forsikringsavtalen inngås og når den først er begynt å løpe. Ved inngåelsen av avtalen har den medforsikrede ikke krav på (kopi av) forsikringsbeviset eller de vilkår som skal gjelde for forsikringen. Og er beviset ikke fullstendig mht. informasjon om fastsatte sikkerhetsforskrifter, gjelder de uansett, så lenge

forsikringstageren kjente til dem, se FAL § 2-2 tredje ledd. I denne fasen er altså den medforsikrede helt «i lommen» på forsikringstageren. Når avtalen først løper, kan den på den annen side ikke endres i forhold til medforsikrede, uten at han varsles om det med en måneds frist, jf. FAL § 7-4 første ledd. Og normalregelen er at det ved et inntrådt forsikringstilfelle ikke kan skje identifikasjon mellom den medforsikrede og forsikringstageren ved dennes brudd på omsorgspliktene, jf. § 7-3 første ledd. Tillater man derfor en svært utstruktet inngåelsesperiode, slik Høyesterett godtar i dommen, risikerer den medforsikrede å miste et viktig element i sin (preseptoriske) beskyttelse.

d. Høyesterett må sies å være temmelig lemfeldig når det gjelder å godta et avtale om identifikasjon var inngått. Høyesterett påpeker at det var «vist til standardvilkårene i ulike bekreftelser» og «viser særlig» til bekreftelsen av mars 2001 til transportselskapets morselskap, der det het: «Alle forsikringene er dekket etter standard vilkår». Med mindre det uttrykkelig fremgikk av ikke-referert korrespondanse eller lignende mellom selskapet og transportselskapet at standard vilkår faktisk betydde «Vilkår for transportforsikring av varer av 1995», virker det overraskende at en slik upresis henvisning til et regelsett som først og fremst brukes ved ordinær vareforsikring, skal aksepteres som en avtalefesting av disse vilkårene i en verditransportforsikring. Dette gjelder ikke mindre når identifikasjonsbestemmelsen i vareforsikringsvilkårene § 10, som ikke er særskilt fremhevet, må oppfattes som relativt langtgående, og det her tross alt var snakk om å gi den anvendelse overfor de medforsikrede bankene.

Hans Jacob Bull

IMMATERIALRETT

KJENNETEGNSRETT

Foretaksnavn som varemerke – TRIPS-avtalen, Pariskonvensjonen og EFs varemerkedirektiv. EF-domstolens avgjørelse 16. november 2004 (sak C-245/02)

I Finland er Anheuser-Busch innehaver av øl-varemerkene BUD-

WEISER, BUD, BUD LIGHT og BUDWEISER KING OF BEERS, registrert i 1985 og i 1992. Den første registreringssøknaden – om BUDWEISER – ble inngitt i oktober 1980.

I februar 1967 ble et foretaksnavn med ordene Budweiser Budvar sammen med beskrivende tekstelementer, på tsjekkisk, engelsk og fransk, innført i det tsjekkosllovakiske handelsregister. Dette foretaket hadde i 1962 og 1972 fått registrert øl-varemerkene BUDVAR og BUDWEISER BUDVAR, men disse registreringene var senere opphevet på grunn av ikke-bruk av merkene.

I 1996 reiste Anheuser-Busch sak med påstand om forbud mot Budvars bruk i Finland av bl.a. varemerkene BUDVAR, BUDWEISER og BUDWEISER BUDVAR som kjennetegn ved markedsføring og salg av øl produsert av Budvar, og bruk av forretningsnavn med ordene Budweiser Budvar, idet man gjorde gjeldende at disse kjennetegnene kunne forveksles med varemerkene til Anheuser-Busch.

Helsingfors tingsrätt fant at de øl-etikettene Budvar brukte i Finland, når etikettene ble sett som helhet, særlig på grunn av det dominerende elementet «Budějovický Budvar», var så forskjellige fra Anheuser-Busch's varemerker og etiketter at varene ikke kunne forveksles. Dessuten fant tingsrätten at teksten «BREWED AND BOTTLED BY THE BREWERY BUDWEISER national enterprise», som – med vesentlig mindre bokstaver – sto under det dominerende elementet, ikke ble anvendt som varemerke, men bare henviste til bryggeriets foretaksnavn. Retten antok at Budvar hadde rett til å bruke dette tegnet, da det dreide seg om den engelske oversettelsen av Budvars foretaksnavn, som var registrert som sådant. Det fylte dessuten det krav som etter finsk rettsoppfatning var et vilkår for vern etter Pariskonvensjonens art. 8, at det i det minste i et visst omfang hadde vært kjent i de relevante omsetningskretsene i Finland, og dette vernet var etablert da varemerkene ble registrert for Anheuser-Busch.

Anheuser-Busch anket til hovrätten. Den fant at bevisene for at den engelske oversettelsen av Budvars foretaksnavn hadde vært kjent i de relevante omsetningskretsene i Finland da varemerkene ble registrert for Anheuser-Busch var utilstrekke-

lige, og at Budvars foretaksnavn derfor ikke kunne ha krav på vern etter Pariskonvensjonens art. 8.

Begge parter anket til Högsta Domstolen, som besluttet å forelegge endel spørsmål for EF-domstolen, for prejudisiell avgjørelse. Domstolen besvarte spørsmålene i sin avgjørelse i Store Avdeling 16. november 2004 (sak C-245/02).

Anheuser-Busch påsto anmodningen om prejudisiell avgjørelse avvist i sin helhet, idet man gjorde gjeldende at TRIPS-avtalen hverken tidsmessig eller materielt kunne få anvendelse i forhold til tvisten mellom partene. Domstolen hadde derfor ikke, ble det hevdet, kompetanse til å fortolke TRIPS-avtalens bestemmelser i art. 16, 1 om registrerte varemerkers vern mot bruk av forvekselbare kjennetegn.

Avvisningspåstanden førte ikke frem. Domstolen bemerket, under henvisning til Dior m.fl.-dommen (Domstolens dom av 14. desember 2000 i forenede saker C-300/98 og C-392/98, Sml. I s. 11307), at det fulgte av rettspraksis at Domstolen har kompetanse til å fortolke TRIPS-avtalens bestemmelser «med det formål at oppfylle de behov, der oppstår for medlemsstaternes dømmende myndigheter, når disse skal anvende deres nationale regler med henblik på at træffe foranstaltninger for at beskytte rettigheter, der følger af fællesskabslovgivningen inden for TRIPS-avtalens anvendelsesområde ...» (premiss 41). «Eftersom Fællesskabet har indgået TRIPS-avtalen, er det nemlig forpligtet til i videst muligt omfang at fortolke sin lovgivning om varemærker i lyset af ordlyden af og formålet med TRIPS-avtalen (jf. i denne retning vedrørende en situation, der både er omfattet af en bestemmelse i TRIPS-avtalen og af direktiv 89/104, dom af 24.6.2004, sag C-49/02, Heidelberg Bauchemie, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 20). Domstolen har således kompetence til at fortolke TRIPS-avtalens artikel 16, stk. 1 ...» (premissene 42-43).

I sitt første prejudisielle spørsmål ba Högsta Domstolen opplyst om TRIPS-avtalen var anvendelig i en tvist om varemerkeinngrep når det påståtte inngrepet var begynt før TRIPS-avtalens ikrafttredelse for Fællesskabet, men var fortsatt etter dette tidspunktet. Dette spørsmålet ble, under henvisning til avtalens art. 70, besvart

med ja (premiss 53). For denne eventualitet hadde Högsta Domstolen stilt følgende videre spørsmål:

«2 ... a) Kan en virksomheds firmanavn også anses for et mærke på varer eller tjenesteydelser i henhold til TRIPS-afталens artikel 16, stk. 1, første punktum?

b) Såfremt spørgsmål 2 a) besvares bekræftende:

Under hvilke betingelser kan et firmanavn anses for et mærke på varer eller tjenesteydelser i henhold til TRIPS-afталens artikel 16, stk. 1, første punktum?

3) Såfremt spørgsmål 2 a) besvares bekræftende:

a) Hvorledes skal henvisningen i TRIPS-afталens artikel 16, stk. 2, tredje punktum, til eksisterende fortrinsrettigheder forstås? Kan også rettigheder, der er knyttet til firmanavnet, betragtes som sådanne eksisterende fortrinsrettigheder i artikel 16, stk. 1, tredje punktums forstand?

b) Såfremt spørgsmål 3 a) besvares bekræftende:

Hvorledes skal den nævnte henvisning i TRIPS-afталens artikel 16, stk. 1, tredje punktum, til eksisterende fortrinsrettigheder fortolkes i et tilfælde, hvor et firmanavn, der i den stat, hvor varemærket er registreret, og hvor der anmodes om foranstaltninger til beskyttelse af mærket mod det pågældende firmanavn, hverken er registreret eller er indarbejdet i handelen, når henses til, at der i henhold til Pariserkonventionens artikel 8 skal ydes firmanavnet beskyttelse, uanset om det er registreret, samt henset til, at Den Stående Appelinstans under WTO er af den opfattelse, at henvisningen i TRIPS-afталens artikel 2, stk. 1, til Pariserkonventionens artikel 8 betyder, at WTOs medlemmer i medfør af TRIPS-afтален er forpligtet til at yde firmanavne beskyttelse i overensstemmelse med den sidstnævnte bestemmelse? Kan det i et sådant tilfælde ved afgørelsen af, om et firmanavn har et ældre retsgrundlag end et varemærke i TRIPS-afталens artikel 16, stk. 1, tredje punktums forstand, være afgørende,

i) om firmanavnet i den stat hvor varemærket er registreret, og der anmodes om foranstaltninger til beskyttelse af mærket, i det mindste i et vist omfang var kendt i de berørte erhvervskredse før det tidspunkt, hvor der blev indgivet

ansøgning om registrering af varemærket i den pågældende stat
ii) eller om firmanavnet i den stat, hvor varemærket er registreret, og der anmodes om foranstaltninger til beskyttelse af mærket, blev anvendt erhvervsmæssigt før det tidspunkt, hvor der blev indgivet ansøgning om registrering af varemærket i denne stat, eller
iii) hvilke andre omstændigheder kan være afgørende for, om firmanavnet skal anses for en eksisterende fortrinsret i TRIPS-afталens artikel 16, stk. 1, tredje punktums forstand?»

I de innledende bemerkninger til sine svar på disse spørsmålene pekte Domstolen på at den allerede hadde fastslått at bestemmelsene i TRIPS-avtalen etter sin karakter og oppbygning ikke har direkte virkning. De hører prinsipielt ikke til de regler som gir basis for Domstolens lovlighetsprøvelse av fellesskapsinstansjonenes rettsakter i medfør av artikkel 230, 1 EF, og etter sin karakter skaper de heller ingen rettigheter for borgerne, som disse i medfør av fellesskapsretten kan påberope seg direkte for de nasjonale domstolene (premiss 54, som her viser til Dior m.fl.-dommen, premissene 42-45).

«Det fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at de nationale domstole i medfør [af] fællesskabsretten er forpligtet til, når de anmodes om at anvende deres nationale regler med henblik på at træffe foranstaltninger for at beskytte rettigheder inden for et område, hvorpå TRIPS-afтален finder anvendelse, og hvor Fællesskabet allerede har lovgivet, som f.eks. varemærkeområdet, i videst muligt omfang at gøre dette i lyset af ordlyden af og formålet med de relevante bestemmelser i TRIPS-afтален (jf. i denne retning navnlig dommen i sagen Dior m.fl., præmis 42-47).

Det skal iøvrigt også påpeges, at de nationale myndigheter, der skal anvende og fortolke den relevante nationale ret, ifølge denne retspraksis er forpligtet til at gøre dette i videst muligt omfang i lyset af direktiv 89/104's ordlyd og formål, for at det med direktivet tilsigtede resultat nås, og således at der handles i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF (jf. navnlig dom af 12.2.2004, sag C-218/01, Henkel, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis).

I det foreliggende tilfælde skal de relevante bestemmelser i national varemærkeret i videst mulig omfang anvendes og fortolkes i lyset av ordlyden af og formålet med de pågældende bestemmelser i direktiv 89/104 og TRIPs-aftalen» (premissene 55–57).

Når det gjaldt spørsmålet om og i tilfelle under hvilke betingelser et foretaksnavn kunne anses som et tegn som omhandlet i TRIPs-avtalens art. 16, 1, tredje punktum, fremgikk det av rettspraksis om begrepet tredjemanns bruk i direktivets art. 5, 1, at den enerett som tildeles en varemærkehaver er gitt ham for å sette ham i stand til å beskytte sine særlige interesser som innehaver av merket, dvs. å sikre at varemærket kan oppfylle sine egentlige funksjoner, og at utøvelsen av retten derfor bør være begrenset til de tilfelle hvor tredjemanns bruk av tegnet gjør inngrep eller kan gjøre inngrep i varemærkets funksjoner, og særlig i dets vesentligste funksjon, som er å garantere varens opprinnelse overfor forbrukerne (jf. dom av 12.11.2002, sak C-206/01, Arsenal Football Club, Sml. I, s. 10273, premiss 51 og 54) (premiss 59).

«Dette er navnlig tilfældet, hvis tredjemands påtalte bruk af dette tegn giver indtryk af, at der er en faktisk erhvervsmæssig forbindelse mellem tredjemands varer og den virksomhed, som varerne hidrører fra. I denne forbindelse skal det efterprøves, om de pågældende forbrugere – herunder de forbrugere, som varerne tilbydes, efter at de har forladt tredjemands salgssted – kan fortolke det af tredjemand anvendte tegn således, at det betegner eller tilsigter at betegne den virksomhed, som tredjemands varer hidrører fra (jf. i denne retning Arsenal Football Club-dommen, præmis 56 og 57)» (premiss 60).

Det påhviler den foreleggende rett å etterprøve de konkrete omstendigheter ved tredjemanns bruk av tegnet – i dette tilfelle Budvars etiketteringspraksis i Finland, og å fastslå om det i den konkrete sak dreide seg om en *erhvervsmessig* bruk og om den hadde vært for *varer*, i den forstand ordet er brukt i direktivets art. 5, 1 (premissene 61–62).

Hvis det skulle fremgå ved den prøvelse ved den foreleggende rett som er nevnt i premiss 60, at bruken av det omhandlede tegn skjer med annet formål enn å sondre mellom de

omhandlede varer – «navnlig i form af firmanavn eller selskabsnavn – skal man i overensstemmelse med artikel 5, stk. 5, i direktiv 89/104 henholde sig til den pågældende medlemsstats nationale ret for at fastslå omfanget og i givet fald det konkrete indhold af den beskyttelse, der ydes varemærkeindehaveren, der gør gældende at have lidt skade ved, at dette tegn er blevet brugt som firmanavn eller selskabsnavn (jf. dom af 21.11.2002, sag C-23/01, Robelco, Sml. I, s. 10913, præmis 31 og 34)» (premiss 64).

For så vidt angår TRIPs-avtalen skulle videre påpekes at dens vesentligste formål er å styrke og harmonisere vernet for immaterielle rettigheter på verdensplan. Ifølge fortalen til avtalen har den til formål å «reduere vridningene og hindringene i verdenshandelen», idet den «tar i betraktning at det er nødvendig å fremme en effektiv og tilstrekkelig beskyttelse av immaterielle rettigheter», og «ved å sikre at tiltak og prosedyrer som skal bidra til at disse rettigheter håndheves, ikke i seg selv blir til hinder for lovlig handel».

Domstolen pekte videre på at TRIPs-avtalens art. 15 bestemmer at ethvert tegn og enhver kombinasjon av tegn som er egnet til å skille et foretaks varer eller tjenester fra et annet foretaks varer eller tjenester, skal kunne utgjøre et varemærke, og på at denne bestemmelsen i TRIPs-avtalen, i likhet med art. 2 i varemærkedirektivet, fastsetter at garantien for opprinnelse utgjør varemærkets vesentligste funksjon. Og det heter videre i premissene 70–71:

«Det følger af disse elementer, at den fortolkning af de relevante bestemmelser i national varemærkeret, der i videst mulig omfang skal ske i lyset af ordlyden af og formålet med de pågældende fællesskabsretlige bestemmelser – i det foreliggende tilfælde direktiv 89/104 – ikke berøres af en fortolkning alene ud fra ordlyden af og formålet med de pågældende bestemmelser i TRIPs-aftalen (jf. denne doms præmis 57).

De relevante bestemmelser i national varemærkeret skal derfor anvendes og fortolkes således, at indehaverens udøvelse af sin enerett til at forhindre bruken af tegn, som udgør dette varemærke, eller af et tegn, der er af lignende art, bør være begrenset til de tilfælde, hvor tredjemands bruk af tegnet gjør indgrep eller kan gjøre

indgrep i varemærkets funksjoner og navnlig i dets væsentligste funksjon, som er at garantere varens opprinnelse over for forbrukerne.»

En slik tolkning ble også styrket av det generelle formål med TRIPs-avtalen som er kommet til uttrykk i fortalen til avtalen (jf. ovenfor her). Ennvidere syntes betingelsene i TRIPs-avtalens art. 16 om «erhvervsmessig» og «på varer» å være de samme som i art. 5, 1, i varemærkedirektivet (premiss 73).

Domstolen tilføyde her i premissene 74–80:

«... hvis det fremgår af den prøvelse, som den forelæggende ret skal foretage, at varemærkeindehaveren i det foreliggende tilfælde kan gøre sin enerett som omhandlet i TRIPs-aftalens art. 16, stk. 1, gældende for at hindre tredjemands påtalte brug, indeholder denne aftale en anden bestemmelse, som kan være relevant for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

Det bemærkes i denne forbindelse, at det tilkommer Domstolen at oplyse den nationale ret om alle de momenter, der angår fortolkning af fællesskabsretten, og som kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne, uanset om den henviser til dem i sine spørsmål (jf. dom af 7.9.2004, sag C-456/02, Trojani, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

Inden for rammerne af den foreliggende sag skal virkningen af TRIPs-aftalens artikkel 17 – som gjør det muligt for WTO's medlemmer at fastsette begrensede undtagelser fra de rettigheter, der indrømmes ved et varemærke, som f.eks. rimelig anvendelse af deskriptive uttrykk, forutsatt at der i sådanne undtagelser tages hensyn til de legitime interesser, som varemærkets indehaver og tredjeparter har – undersøges nærmere. Denne undtagelse kan omfatte tredjemands anvendelse af et tegn i god tro, navnlig hvis det drejer sig om angivelsen af dennes eget navn eller adresse.

Hvad angår Fællesskabet er en sådan undtagelse fastsat i art. 6, stk. 1, litra a), i direktiv 89/104, som i det væsentlige giver tredjemand rett til å gjøre bruk af tegn til angivelse af deres navn eller deres adresse, for så vidt dette sker i overensstemmelse med redelig markedsføringsskikk.

Rådet for Den Europæiske Union

og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har ... [ganske vist] ved direktiv 89/104's vedtagelse afgivet en fælles erklæring, der er optaget i Rådets mødeprotokol hvorefter det er deres opfattelse, at direktivets bestemmelser kun omfatter navnet på fysiske personer.

Den i en sådan erklæring anlagte fortolkning kan imidlertid ikke anvendes, når indholdet af denne erklæring overhovedet ikke omhandles i den pågældende bestemmelse, og erklæringen er følgelig uden retlig betydning. Rådet og Kommissionen har desuden udtrykkelig anerkendt denne begrænsning i præambelen til deres erklæring, hvoraf fremgår, at «Rådets og Kommissionens erklæringer, der er gengivet nedenfor, ... ikke [er] en del af lovtæksten, de prædicerer ikke [De Europæiske Fællesskabers] Domstols[...] fortolkning af lovtæksten» (jf. Heidelberger Bauchemie-dommen, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

Imidlertid omhandles den væsentlige begrænsning af begrebet «navn», sådan som det fremgår af den i denne doms præmis 78 nævnte erklæring, overhovedet ikke i ordlyden af artikel 6, stk. 1. litra a), i direktiv 89/104. Følgelig er denne erklæring uden retlig betydning.»

Unntaket i art. 6, 1, a) kan i prinsippet påberopes av tredjemann som vil bruke et tegn som er identisk med eller ligner et varemerke, til å angi sitt foretaksnavn, uansett at det dreier seg om en bruk som hører under direktivets art. 5, 1, og som varemerkehaveren i prinsippet kan hindre i medfør av sin enerett til merket. Men bruken må skje i samsvar med redelig markedsføringsskikk, som er det eneste bedømmelseskriterium som angis i art. 6, 1. Denne betingelsen er i det vesentlige uttrykk for en forpliktelse til å handle på en måte som er lojal i forhold til varemerkehaverens legitime interesser. Domstolen viser her til sin avgjørelse av 7.1.2004 i sak C-100/02, Gerolsteiner Brunnen (ennå ikke trykt i Sml.) premiss 24 og den der nevnte retspraksis. «Det drejer sig derfor i det væsentlige om samme betingelse som den, der er fastsat i TRIPS-avtalens artikel 17» (premiss 82).

Og i premissene 83–84 fremholder Domstolen:

»Det bemærkes, at opfyldelsen af betingelsen om redelig markedsføringsskikk skal bedømmes under

hensyn til det omfang, hvori dels bruken af tredjemands firmanavn i den pågældende kundekreds, eller i det mindste i en betragtelig del af denne kundekreds, opfattes som angivelse af en forbindelse mellem tredjemands varer og varer fra varemerkeindehaveren eller en person, der er berettiget til at anvende varemerket, dels [i hvilken grad] tredjemand måtte have haft kendskab hertil. Den omstændighed, at det drejer sig om et varemerke, der har et vist renommé i den medlemsstat, hvor det er registreret, at der anmodes om beskyttelse og at tredjemand kan drage fordel heraf ved markedsføringen af sine varer, udgør også en faktor, der bør tages hensyn til.

Det påhviler den nationale ret at foretage en helhetsvurdering af alle relevante forhold, herunder også af flaskeetiketten, for navnlig at vurdere, om producenten af den drikkevare, der bærer firmanavnet, kan anses for at udøve illoyal konkurrence over for varemerkeindehaveren (jf. i denne retning Gerolsteiner Brunnen-dommen, præmis 25 og 26).»

I premiss 85 formuleres så *svaret på spørsmål 2*:

«– Et firmanavn kan anses for et tegn som omhandlet i TRIPS-aftalens artikel 16, stk. 1, første punktum. Denne bestemmelse tilsigter at give varemerkeindehaveren eneret til at forhindre, at en tredjemand gør brug heraf, hvis den pågældende brug gør indgreb eller kan gøre indgreb i varemerkets funktioner og navnlig i dets væsentligste funktion, som er at garantere varens oprindelse over for forbrugerne.

– De i TRIPS-aftalens artikel 17 fastsatte undtagelser tilsigter blandt andet at gøre det muligt for tredjemænd at gøre brug af et tegn, der er identisk med eller ligner et varemerke, til angivelse af deres firmanavn, for så vidt dette sker i overensstemmelse med redelig markedsføringsskikk.»

Med sitt spørsmål 3 ønsket Högsta Domstolen å få opplyst om, og i tilfelle under hvilke betingelser, et foretaksnavn, som hverken er registrert eller innarbeidet i den medlemsstat hvor varemerket er registrert, og hvor det søkes vern for varemerket mot foretaksnavnet, kan anses som en eksisterende fortrinnsrettighet som omhandlet i TRIPS-avtalens art. 16, 1, første punktum, når det sees hen til

at denne medlemsstat skal beskytte foretaksnavnet i henhold til Paris-konvensjonens art. 8 og TRIPS-avtalens art. 2, 1.

I sitt svar fremholdt EF-domstolen at hvis det fremgår av den foreliggende retts prøvelse etter de prinsipper som er nevnt i dommens premiss 60, at bruken av foretaksnavnet inngår under TRIPS-avtalens art. 16, 1, tredje punktum, har varemerkehaveren enerett til å hindre bruken, med mindre bestemmelsene i avtalens art. 17 kommer til anvendelse.

Bestemmelsen i avtalens art. 16, 1, tredje punktum om at denne enerett ikke skal «berøre eksisterende rettigheter», må forstås slik at hvis innehaveren av et foretaksnavn «har en ret, der falder inden for anvendelsesområdet af TRIPS-aftalen, og som udspringer af et forhold, der ligger før det varemerke, den hævdes at være i konflikt med, og som giver ham ret til at bruge et tegn, der er identisk med eller ligner varemerket, er en sådan brug ikke forbudt i medfør af den eneret, som varemerkeindehaveren i henhold til aftalens artikel 16, stk. 1, første punktum, har i kraft af sit varemerke.

Forstået på denne måde kræves det, for at nævnte bestemmelse finder anvendelse, at tredjemand kan påberåbe sig en ret, som henhører under TRIPS-aftalens materielle anvendelsesområde.

I denne forbindelse skal det påpeges, at firmanavnet udgør en ret, som henhører under udtrykket «intellektuel ejendomsret» som omhandlet i TRIPS-aftalens artikel 1, stk. 2. Endvidere følger det af denne aftales artikel 2, stk. 1, at beskyttelsen af firmanavne, som er særligt fastlagt i Pariserkonventionens artikel 8, udtrykkeligt er inkorporeret i denne aftale. Beskyttelsen af firmanavne er således gældende for WTO's medlemmer i medfør af TRIPS-aftalen ...

Heraf følger, at det omhandlede firmanavn, i det omfang det udgør et eksisterende forhold som omhandlet i TRIPS-aftalens artikel 70 stk. 2 ... skal være beskyttet i medfør af TRIPS-aftalen.

Følgelig udgør firmanavnet en ret, der henhører under TRIPS-aftalens materielle anvendelsesområde, således at den første betingelse, der er fastsat i TRIPS-aftalens artikel 16, stk. 1, tredje punktum, er opfyldt.

Det drejer sig herefter om en

eksisterende ret. Udtrykket «eksisterer» betyder, at den pågældende ret henhører under TRIPs-aftalens tidsmessige anvendelsesområde og altid skal være beskyttet fra det tidspunkt, hvor denne ret påberåbes af rettig-hedshaveren til støtte for ikke at imødekomme krav fra indehaveren af det varemærke, som den hævdes at være i konflikt med.

I det foreliggende tilfælde skal det således undersøges, om det omhand-lede firmanavn, med hensyn til hvil-ket det er ubestridt, at det hverken er registreret eller indarbejdet i hande-len i den medlemsstat, hvor vare-mærket er registreret, og hvor der an-modes om foranstaltninger til beskyt-telse af mærket mod det pågældende firmanavn, opfylder de betingelser, der er nævnt i foregående præmis.

I denne forbindelse følger det af Pariserkonventionens artikel 8 – hvis bindende virkning følger af TRIPs-aftalen som nævnt i denne doms præmis 91 – at beskyttelsen af firma-navne skal sikres, uden at den kan underlægges nogen form for registre-ringsbetingelse.

Hvad angår eventuelle betingelser vedrørende en minimal brug eller et minimalt kendskab til et firmanavn, hvis eksistens ifølge den fore-læggende ret er underkastet finsk ret, skal det fastslås, at hverken TRIPs-aftalens artikel 16, stk. 1, eller Pariserkonventionens artikel 8 i princippet er til hinder for sådanne betingelser.

Endelig hvad angår det omhand-lede begreb fortrinsrettighed i TRIPs-aftalens artikel 16, stk. 1, tredje punktums forstand, indebærer det, at det pågældende retsgrundlag i tid skal gå forud for registreringen af det varemærke, det påstås at være i konflikt med. Som generaladvokaten har anført ... i sit forslag til afgørelse, drejer det sig om et eksempel på prin-cippet om ældre enerettigheders for-rang, som udgør en del af grundlaget for varemærkeretten og i videre for-stand også for hele området for intel-lektuelle ejendomsrettigheder.

I denne forbindelse skal det til-føjes, at dette princip om fortrinsret også findes i direktiv 89/104, nær-mere bestemt i dets artikel 4, stk. 2, og artikel 6, stk. 2» (premissene 89–99).

I premiss 100 formuleres så *svaret på spørsmål 3*,

«... et firmanavn, som hverken er registreret eller indarbejdet i hande-len i den medlemsstat, hvor varemær-

ket er registreret, og hvor der anno-des om beskyttelse af mærket mod det pågældende firmanavn, kan kva-lificeres som en eksisterende fortrins-rettighed i TRIPs-aftalens artikel 16, stk. 1, tredje punktums forstand, såfremt indehaveren af firmanavnet har en ret, der henhører under TRIPs-aftalens tidsmessige og materielle anvendelsesområde, og retten udspringer af et forhold, der ligger forud for det varemærke, den hevdes at være i konflikt med, og som ... [berettiger ham til] at bruge et tegn, der er identisk med eller ligner dette varemærke.»

Birger Stuevold Lassen

PATENTRETT

Ekvivalenslæren i House of Lords

Den 21. oktober 2004 falt den første dommen fra House of Lords om patenttolkning og ekvivalensbeskyt-telse etter at den engelske patent-loven i 1977 ble tilpasset Den euro-peiske patentkonvensjonen (EPC). Lavere domstoler har nesten uten unntak lagt til grunn at eldre praksis kunne videreføres under den nye loven, men det har vært betydelig usikkerhet knyttet til anvendelsen av de eldre prinsipper. Og fastholdelsen av disse prinsippene har ført til at man på dette området ikke har opp-nådd den harmonisering av rettstil-standen i Europa som EPC tok sikte på. House of Lords' avgjørelse i *Kirin-Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.* [2004] UKHL 46 bryter på enkelte punkter med tilvante prin-sipper for patenttolkning, men synes dessverre ikke å bevege seg i retning av kontinental rettsoppfatning, og det er derfor vanskelig å se at avgjørelsen gir forbedrede utsikter for den euro-peiske harmoniseringsprosessen, snarere tvert om.

Utgangspunktet for engelsk prak-sis gjennom de seneste drøyt 20 årene har vært avgjørelsen i *Catnic Compo-nents Ltd. v. Hill & Smith Ltd.* [1982] RPC 183 (som gjaldt et patent med-delt før ikrafttredelsen av loven fra 1977), hvor Lord Diplock slo fast at patenters beskyttelsesomfang skulle fastlegges ved formålsorientert tolk-ning av patentkravene («purposive construction»). Den formålsorien-terte tolkning ga i praksis et visst rom for ekvivalensbeskyttelse; i *Catnic*

ble f.eks. ordet «vertical» tolket som en omtrentlig angivelse, som også omfattet en linje som avvek noen få grader fra den geometriske vertikal. Noen ekvivalenslære, i den forstand vi kjenner den fra kontinental prak-sis, har imidlertid aldri vært praktiisert i England. I stedet formulerte Lord Hoffman i 1990 – den gangen som dommer i High Court – de såkalte «Improver questions» (senere også kalt «Protocol questions», for å markere den oppfatning at de harmo-nererte med Protokollen om tolkningen av art. 69 EPC):

«If the issue was whether a feature embodied in an alleged infringement which fell outside the primary, literal or acontextual meaning of a descrip-tive word or phrase in the claim («a variant») was nevertheless within its language as properly interpreted, the court should ask itself the follow-ing three questions:

- (1) Does the variant have a mate-rial effect upon the way the inven-tion works? If yes, the variant is outside the claim. If no?
- (2) Would this (ie that the variant had no material effect) have been obvious at the date of publication of the patent to a reader skilled in the art? If no, the variant is outside the claim. If yes?
- (3) Would the reader skilled in the art nevertheless have understood from the language of the claim that the patentee intended that strict compliance with the primary mean-ing was an essential requirement of the invention? If yes, the variant is outside the claim.

On the other hand, a negative answer to the last question would lead to the conclusion that the patentee was intending the word or phrase to have not a literal but a figurative meaning (the figure being a form of synec-doche or metonymy) denoting a class of things which include the variant and the literal meaning, the latter being perhaps the most perfect, best-known or striking example of the class.»

Senere hen har «the Improver questions» nærmest unntaksfritt vært lagt til grunn av engelske domstoler for å avgjøre om varianter som ikke faller direkte inn under ordlyden i patentkravet skal anses omfattet av patentvernet eller ikke. I *Kirin-Amgen* holdt Lord Hoffman – som i mellomtiden hadde tatt sete i House

of Lords – fast ved læren om formålsorientert tolkning, men han nedtonet i stor grad betydningen av «the Improver questions» – spørsmålene kan være nyttige som hjelpemidler i enkelte saker, men slett ikke i alle, og de skal derfor ikke anvendes mekanisk eller inngå som et obligatorisk element i inngrepsvurderingen. Det er bare ett avgjørende spørsmål ifølge Lord Hoffman, nemlig: «what would a person skilled in the art have understood the patentee to have used the language claim to mean?» (avsnitt 69). Etter denne oppfatningen blir ekvivalens bare et hjelpemiddel ved tolkningen av patentkravene, og ikke et instrument for å strekke patentvernet ut over patentkravenes ordlyd: «Although article 69 [EPC] prevents equivalence from extending protection outside the claims, there is no reason why it cannot be an important part of the background of facts known to the skilled man which would affect what he understood the claims to mean. That is no more than common sense» (avsnitt 49). Lord Hoffman forsøker å tone ned motsetningene mellom denne oppfatningen og kontinental praksis: «The German courts have their own guidelines for dealing with equivalents, ... It seems to me, however, that the German courts are also approaching the question of equivalents with a view to answering the same ultimate question as that which I have suggested is raised by Article 69, namely what a person skilled in the art would have thought the patentee was using the language of the claim to mean» (avsnitt 75). Det lar seg imidlertid ikke nekte at Bundesgerichtshof har anvendt ekvivalenslæren som et selvstendig instrument, separat fra tolkningsprosessen, og heller ikke at ekvivalensbeskyttelsen etter tysk oppfatning kan omfatte varianter som ikke fornuftigvis kan passes inn under patentkravenes ordlyd (se f.eks. BGH 3.10.89 GRUR 1989, 903 – Batteriekastenschnur).

Konkret dreide saken seg om et patent på en DNA-sekvens for rekombinant fremstilling av polypeptidet EPO. Krav 1 var formulert slik at det dekket «A DNA sequence for use in securing expression in a ... host cell of a polypeptid product ...» Da patentet ble skrevet kjente man bare én måte å gjøre dette på, nemlig ved å isolere det riktige genet (DNA-sekvensen som koder for EPO) og

sette dette inn i en egnet vertscelle, f.eks. i en bakteriecelle. Senere ble det utviklet en ny metode for rekombinant produksjon av polypeptider, hvor man tar utgangspunkt i en celle som allerede inneholder det riktige genet (f.eks. en menneskecelle), og setter inn regulatoriske sekvenser som aktiverer genet, slik at cellen produserer det ønskede polypeptidet. Spørsmålet var om patentvernet omfattet DNA-sekvenser for bruk i den nye metoden – som saksøkte hadde anvendt – eller om den bare omfattet sekvenser til bruk i den tradisjonelle metoden. House of Lords fant svaret ved å tolke uttrykket «host cell», en betegnelse som etter dommens mening bare passer på celler som mottar fremmede gener, og ikke på celler som allerede har det aktuelle genet i seg. Dermed omfattet patentkravet, etter en formålsorientert tolkning, ikke saksøktes produkt, og det måtte være avgjørende for resultatet.

Det er vanskelig å se det annerledes enn at House of Lords med sin avgjørelse har gitt uttrykk for en særegen rettsoppfatning, som skiller seg fra de mest fremtredende tendenser i Europa ellers, og fra rettsoppfatningen i USA. Mot denne bakgrunn bør avgjørelsen neppe tillegges betydning for ekvivalenslærens stilling her i landet.

Are Stenvik

Middelbart patentinngrep

En dom fra den tyske høyesterett (BGH 4.5.04 GRUR 2004, 758 – Flügelradzähler) bidrar på viktige punkter til avklaring av patenthaverens vern mot såkalt *middelbart patentinngrep*. Etter patentlovens § 3 annet ledd kan patenthaveren motsette seg at noen, uten hans samtykke, leverer midler til å utøve oppfinnelsen til andre som ikke er berettiget til å utnytte den. Innehaveren av et patent på en ny radiokonstruksjon kan f.eks. motsette seg at andre selger elektroniske komponenter som setter kjøperen i stand til å bygge en radio av den patenterte type. Forutsetningen for at slik levering skal rammes, er at de midler som leveres «vedrører noe vesentlig i oppfinnelsen og leverandøren eller tilbudsgiveren vet, eller det etter omstendighetene er åpenbart, at de er egnet og bestemt for slik utnyttelse».

Det har knyttet seg usikkerhet til innholdet av kravet om at midlene må vedrøre «noe vesentlig i oppfinnelsen». Forarbeidene inneholder ingen retningslinjer for tolkningen, og vi har her i landet heller ikke rettspraksis av betydning. I litteraturen har det vært antatt at vilkåret iallfall vil være oppfylt hvis midlene er nødvendige for å utnytte oppfinnelsen, og vedrører noe som er nytt og karakteristisk for vedkommende oppfinnelse» (Are Stenvik: *Patentrett*, Oslo 1999 s. 273). Den tyske avgjørelsen går imidlertid lenger enn det som her er antydning, idet det legges til grunn at det er tilstrekkelig for å konstatere middelbart patentinngrep at det leverte middel er egnet til å samvirke funksjonelt med et av de i patentkravet angitte elementer, hva enten dette elementet hører med blant dem som er nye og karakteristiske for oppfinnelsen eller ikke: «Ein Mittel bezieht sich dabei auf ein wesentliches Element der Erfindung, wenn es geeignet ist, mit einem solchen Element bei der Verwirklichung des geschützten Erfindungsgedankens funktional zusammenzuwirken. ... Leistet ein Mittel einen solchen Beitrag, wird es demgegenüber im allgemeinen nicht darauf ankommen, mit welchem Merkmal oder welchen Merkmalen des Patentanspruchs das Mittel zusammenwirkt.»

Konkret dreide saken seg om et måleapparat for væskestrøm, bestående av et hus og en i huset plassert måleenhet, med et roterende skovlhjul og telleverk. Det nye og karakteristiske for oppfinnelsen lå i utformingen av huset, nærmere bestemt i konstruksjonen av en i huset anbrakt innsats for styring av væskestrømmen. Saksøkte hadde fremstilt og solgt måleenheter som var egnet til innbygging i hus av den i patentkravet angitte type. Disse måleenhetene kunne kjøperne kombinere med hus anskaffet fra patenthaveren, til måleapparater av den patenterte type. Salget av måleenhetene utgjorde ikke patentinngrep i seg selv, idet patentkravet bare dekket komplette måleapparater, bestående av både hus og måleenhet. Heller ikke omfattet de leverte måleenhetene det som var nytt og karakteristisk for oppfinnelsen. Intet av dette utelukket imidlertid at salget kunne anses som middelbart patentinngrep. Det avgjørende måtte være at de leverte måleenhetene var egnet til å sam-

virke funksjonelt med elementer angitt i patentkravet, ved at de var egnet og bestemt til å plasseres i hus av den i patentkravet angitte type.

Are Stenvik

Litteratur

Rudolf Kraßer: *Patentrecht – Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und internationalen Patentrecht*, 5. utg., München 2004

Atten år etter at 4. utgave ble publisert, foreligger nå 5. utgave av Rudolf Kraßers *Patentrecht* (grunnlagt av Wolfgang Bernhardt). Den nye utgaven er betydelig utvidet i forhold til den forrige, og man finner i dag ingen mer omfattende systematisk fremstilling av tysk patentrett. Boken er velegnet både som lærebok og håndbok. Den setter gjennomgående reglene i perspektiv ved å redegjøre for deres utvikling og begrunnelse, samtidig som reglenes anvendelse og tolkning fremstilles i stor detalj, og med all den grundighet man kan ønske. Såvel aktuelle retts spørsmål, knyttet til bl.a. softwarebaserte og bioteknologiske oppfinnelser, som mer grunnleggende spørsmål, om f.eks. oppfinnelseshøyde og beskyttelsesomfang, analyseres og fremstilles i stor bredde. Bokens fremste kvaliteter ligger i de skarpe, presise og innsiktsfulle analysene. Skulle man ønske seg noe mer, måtte det være et mer fremtredende komparativt perspektiv. Praksis fra EPO og internasjonale konvensjoner trekkes riktignok i betydelig grad inn i fremstillingen, men nasjonal rettspraksis og litteratur fra andre land brukes bare i mindre grad. Det er imidlertid lett å ha forståelse for at forfatteren har valgt å begrense materialet på denne måten, i betraktning av det betydelige omfanget tysk litteratur og rettspraksis har på dette området. Til tross for at hovedvekten er lagt på tysk og europeisk praksis, vil Kraßers fremstilling være en meget nyttig og verdifull kilde også for norske patentrettsjurister.

Are Stenvik

OBLIGASJONSRETT

Lempning av erstatningsansvar i kontrakt i medhold av skadeserstatningsloven § 5-2. Høyesteretts dom 8. desember 2004

Spørsmålet om lempning av kontraktsansvar har vært usikkert, se Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 568 ff.

Tradisjonelt har oppfatningen vært at det ikke er adgang til å lempe et misligholdsansvar etter rimelighetsbetraktninger. Med kjøpsloven ble det imidlertid innført en lempningsregel i § 70 (2), som har dannet forbilde for senere lovbestemmelser som avhendingslova § 7-2 (2), håndverkertjenesteloven § 30 (3), bustadoppføringslova § 36 tredje ledd, forbrukerkjøpsloven § 54 annet ledd og husleieloven § 2-14 femte ledd. Disse bestemmelsene åpner for lempning av misligholdsansvar dersom ansvaret «vil virke urimelig ut fra tapets størrelse i forhold til det tap som vanligvis oppstår i liknende tilfelle, og tilhøva ellers». Selv om det dreier seg om en skjønnsmessig lempningsregel, skal det således i første rekke foretas en sammenligning med et forventet normalt tap. Dersom det aktuelle tap i ikke ubetydelig grad overstiger et slikt normalt tap, kan det komme på tale å lempe ansvaret såfremt dette etter «tilhøva ellers» fremtrer som «urimelig». Det dreier seg således om en annen type regel enn avtaleloven § 36.

I forarbeidene til kjøpsloven § 70 (2) – som forarbeidene til de øvrige lempningsreglene i stor grad synes å bygge på – fremholdes at: «det ikke er meningen med lempingsregelen å åpne adgang til fri erstatningsfastsettning. Bestemmelsen tar sikte på de unntakstilfelle der normal erstatningsutmåling slår spesielt skjært ut ...

Avgjørelsen beror imidlertid på en samlet vurdering der det også må tas hensyn til andre forhold.

Av slike relevante forhold kan nevnes kjøpets art, hvem som er parter og årsaken til kontraktsbruddet, herunder graden av forsømmelse hos den som har brutt kontrakten og den skadelidtes oppreden. Dessuten må det legges vekt på tapets størrelse og foreliggende muligheter til forsikring. Det må også tas hensyn til i hvilken utstrekning skadelidte ved inngåelsen av kjøpet

har gjort medkontrahenten oppmerksom på sine ekstraordinære tapsmuligheter.

Behovet for lempning av ansvar kan også avhenge av hva slags kontraktsbrudd det gjelder. F.eks. vil det sjeldnere oppstå store, uforutsettbare tap på grunn av brudd på kjøperens betalingsplikt enn på grunn av selgerens kontraktsbrudd.» (Ot. prp. nr. 80 (1986–87) s. 128 f.

De lempningsreglene som gjelder partikulært for de enkelte kontrakstyper, bygger på den forutsetning at lempning av misligholdsansvaret trenger særlig hjemmel.

Enkeltbestemmelsene står imidlertid i et uavklart forhold til den alminnelige lempningsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2. Opprinnelig hadde skadeserstatningsloven en særskilt regel i § 3-1 (fra 1973 § 4-1) om forholdet til kontraktsansvaret, der det ble fastslått at «[r]eglene i denne lov gjør ingen innskrenkning i det ansvar som påhviler noen etter kontrakt». Bestemmelsen ble tatt ut ved lov av 21. juni 1985 nr. 81, for å klargjøre at det i unntakstilfelle skulle være mulig å anvende lempningsreglene i skadeserstatningsloven også på et kontraktsansvar, jf. NOU 1977: 33 s. 15. Betydelig nok ble det ikke truffet et uttrykkelig vedtak om opphevelse, men bestemmelsen falt ut etter den omredigering av loven de øvrige vedtatte endringene medførte.

Det er ellers å merke at Høyesterett allerede i Rt. 1980 s. 1498 anvendte skadeserstatningslovens lempningsregler på et kontraktsansvar uten at spørsmålet om det var adgang til dette, er nærmere kommentert i premissene.

Under innsetting av en ny motor i et fiskefartøy ble det brukt en acetylenbrenner, og det oppstod brann som skyldtes uaktsomhet fra verkstedets ansatte. Rederiet og fartøysassurandøren, som hver bar en halvpart av tapet, krevde erstatning av verkstedet, men ansvaret ble lempet etter den nå opphevede skadeserstatningsloven § 2-2, som inneholdt en lempningsregel for arbeidsgiveransvaret av samme innhold som den senere vedtatte alminnelige lempningsregel i § 5-2. Høyesterett fant grunn til å anvende lempningsregelen. «Jeg tillegger det ved vurderingen betydning at erstatningsbeløpet er høyt i forhold til hva Heimdalsmotor skulle utføre av arbeid på fartøyet. Vesentlig vekt

legger jeg dog på at skaden fikk et stort omfang som følge av omstendigheter som må sies å være upåregnelige for skadevolderen» (s. 1504 f.).

Dommen synes å være oversett ved vedtagelsen av skadeserstatningsloven § 5-2. Ved innføringen av generelle lempningsregler anførte de sakkyndige at det bør være adgang til å lempe også et kontraktsansvar når dette oppstår under forhold som like gjerne kunne foreligge utenfor kontrakt, eksempelvis «at en leieboer ved uaktsomhet har voldt brannskade i utleierens uforsikrede eiendom, eller at en privatperson har påtatt seg å oppbevare et kostbart kunstverk for en venn, men på grunn av oppbevarerens forsømmelse, blir kunstverket skadet ved brann. I disse tilfelle bør lemping ikke være utelukket. Den omstendighet at det foreligger et kontraktsforhold, bør således ikke i seg selv være nok til at lempning ikke kan skje» (NOU 1977: 33 s. 15). Departementet sluttet seg til disse uttalelsene og bemerket at det måtte skilles mellom ulike former for ansvar i kontrakt. Ved ansvar pga. direkte kontraktsbrudd, som unnlatt eller mangelfull oppfyllelse, antok departementet at det ikke ville «være grunnlag for å anvende lempningsreglene i erstatningsloven». Annerledes stilte det seg der en kontraktspart «volder skade hos den annen part i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt. Det kan her være tale om skade som er av en slik karakter at den også kunne være voldt av en annen enn parten, men også disse skadene kan ha tilknytning til kontrakten (f.eks. skade som en leier påfører den leiligheten han leier)». Departementet fremholdt at i sistnevnte tilfelle «kan det etter forholdene være aktuelt å anvende lempningsregelen. Den omstendighet at det foreligger et kontraktsforhold mellom partene, vil imidlertid være et moment som vil bli tatt i betraktning i vurderingen» (Ot.prp. nr. 75 (1983–84) s. 18).

En del kan tyde på at det under behandlingen i Stortinget ble åpnet for en videre bruk av regelen, ved at en enstemmig justiskomiteé i prinsippet åpnet adgang til å lempe også et ordinært kontraktsbruddsansvar.

Det ble i denne forbindelse uttalt: «Lemping bør kunne innrømmes i tilfelle hvor full erstatningsplikt vil ramme den ansvarlige meget hardt,

f.eks. hvis den ansvarlige og hans pårørendes økonomiske livsgrunnlag trues eller hvis en næringsvirksomhet settes sterkt tilbake ... Komiteen vil peke på at mindre næringsdrivende som f.eks. håndverkere eller underleverandører også kan ha et betydelig behov for lempning av erstatningsansvar» (Innst. O. nr. 92 (1984–85) s. 2–3). Uttalelsene er ikke forbilledlig klare. Det kan imidlertid virke som om Stortingets justiskomiteé ville innføre en alminnelig lempningsadgang av misligholdsansvar, og ikke forbeholde bestemmelsen i § 5-2 til tilfelle der det i kontraktsforhold oppstår tingsskader som like gjerne kunne oppstått utenfor kontrakt. En slik lempningsadgang fremgår forøvrig eksplisitt av vegfraktloven § 39. At denne antagelsen kan være riktig, støttes av flere andre eksempler på dramatisk inngripen fra Stortingets side ved behandlingen av lovendringer i skadeserstatningsloven.

Det er neppe til å komme bort fra at de senere vedtatte lempningsregler av det innhold som kjøpsloven § 70 (2) formelt og reelt har, er av et annet innhold enn den frie lempningsadgang som kan følge av § 5-2, slik at det fra lovgiverens side foreligger systematiske forskjeller det er vanskelig å begrunne.

Dette er bakgrunnen for Høyesteretts dom. Saken gjaldt spørsmål om lemping av erstatningsansvar for et rådgivende ingeniørfirma i forbindelse med prosjektering av en molo.

Saksforholdet var at Mandal kommune i 1998/99 solgte en industri-tomt på sørsiden av Gismerøya til Norelement AS, som skulle oppføre en fabrikk for betongelementer på tomten. Tomten skulle leveres ferdig opparbeidet. Til avskjerming mot sjøen skulle det bygges en ca. 100 meter lang molo. Kommunen hadde i 1997 latt bygge en omtrent like lang molo ca. 200 meter lenger øst på Gismerøya, til det såkalte Mollskjæret. Denne moloen, som det ikke hadde vært problemer med, ble prosjektert av Multiconsult AS, ved sivilingeniør Arnold Moseidjord. Til planlegging av det nye prosjektet engasjerte kommunen høsten 1998 igjen Moseidjord. Kommunen visste ikke da at Moseidjord på dette tidspunkt var gått av med pensjon og derfor ikke lenger var ansatt i Multiconsult. I et møte i mars 1999 mellom Moseidjord og Bernt Hausvik fra

Multiconsult påtok Multiconsult seg et oppdrag i forbindelse med prosjektet. Det ble imidlertid ikke skrevet noen formell kontrakt, og Multiconsult oppfattet ikke at oppdraget også omfattet ansvar for å prosjektere den nye moloen. Den ble derfor planlagt ut fra tegningene til moloen på Mollskjæret.

Grunnarbeidene, i hovedsak fjellsprengning og utfylling i sjøen, ble igangsatt i oktober 1999 med Mandal kommune som byggherre. Byggingen av moloen ble påbegynt i desember 1999. I en uværperiode ved juletider samme år oppsto skader på moloen, og dimensjoneringen og tegningene ble i noen grad lagt om. I mai 2000 var moloen halvveis ferdigbygget. I en storm 27.–28. mai 2000 ble den overskyttet og ødelagt. Fabrikbygningen, som da var nesten ferdig, ble skadet. Det ble anlagt en midlertidig fylling og fabrikk ble reparert, men en ny kraftig storm den 30. oktober 2000 ødela fyllingen og skadet bygningen igjen. Kommunen hadde på dette tidspunkt engasjert SINTEF til å undersøke hva som måtte til for å sikre fabrikkbygningen og tomten. Resultatet ble at man lot oppføre en ny molo til ca. 40 millioner kroner.

Mandal kommune krevde erstatning for mangelfull prosjektering av moloen av Moseidjord og Multiconsult. Etter kommunens syn ville en forsvarlig prosjektering ha hindret at utbyggingsprosjektet ble igangsatt. Kommunens krav var på vel 33 millioner kroner, og besto i det vesentlige av kostnader til moloen med fradrag av vel 7 millioner for verdien av innvunnet areal.

I så vel tingretten som lagmannsretten ble Multiconsult funnet ansvarlig, mens Moseidjord ble frifunnet. Det ble gjort fradrag etter vanlige regler, men ikke foretatt lempning av ansvaret. Multiconsult påanket dommen i sin helhet til Høyesterett, men anken ble bare fremmet for så vidt gjaldt spørsmålet om lempning av ansvaret.

Høyesterett delte seg i to fraksjoner (3–2). Begge fraksjoner la til grunn at ansvaret kunne lempes, men mindretallet ville lempe ansvaret en del mer enn flertallet. Flertallet (dommerne Stabell, Gussgard og Oftedal Broch) bygget på skadeserstatningsloven § 5-2. Mindretallet (dommerne Skoghøy og Aasland) viste til de kontraktsrettslige regler,

som har en noe annen utforming enn § 5-2, idet de særlig fremhevet tapets størrelse i forhold til det tap som vanligvis vil oppstå i lignende tilfelle. Den reelle begrunnelse for dette er at ansvaret for mislighold i kontrakt må utlignes i kontraktsvederlaget, og at partene av hensyn til en rasjonell prisfastsettelse har behov for å kunne basere seg på at erstatningsansvar vil ligge innenfor noenlunde normale rammer. Dette hensyn gjør seg gjeldende også utenfor de lovregulerte tilfelle. Mindretallet så dermed de kontraktsrettslige regler som utslag av et obligasjonsrettslig prinsipp, slik at «lempningsvurderingen ved mislighold i kontraktsforhold hvor det ikke foreligger noen uttrykkelig lov- hjemmel for lemping, må skje på grunnlag av vurderingstemaet i kjøpsloven § 70 andre ledd» (avsnitt 57).

Førstvoterende som målsmann for flertallet fremhevet at «[d]et klare erstatningsrettslige utgangspunkt er at skadelidtes tap skal erstattes fullt ut, med mindre det finnes hjemmel for noe annet» (avsnitt 30). Deretter gjennomgikk førstvoterende lovgivningshistorien særlig til de lempningsreglene som på ulike stadier har vært inntatt i skadeserstatningsloven. Førstvoterende påpekte: «Det er usikkert hvor stor betydning det tidligere unntaket for kontraktsansvar hadde for erstatningsansvar som, selv om det dreiet seg om kontraktsforhold, vesentlig var erstatningsrettslig fundert. I Rt 1980 1498 – Heimdal-motorsaken – lempet Høyesterett således ansvar for brannskader på en båt forårsaket ved uaktsomhet fra en ansatt på et verksted der båten var til reparasjon, under henvisning til skadeserstatningsloven § 2-2 nr. 1. Høyesterett viste til at erstatningsbeløpet var høyt i forhold til hva verkstedet skulle utføre av arbeid på fartøyet. Vesentlig vekt ble lagt på at skaden fikk et stort omfang på grunn av omstendigheter som måtte sies å være upåregnelige for skadevolderen. Bestemmelsen i § 4-1 ble ikke nevnt, og det ble ikke problematisert at skaden skjedde under utførelsen av et kontraktsmessig oppdrag» (avsnitt 33). Etter å ha gjennomgått forarbeidene til endringsloven i 1985 konkluderte førstvoterende slik: «Selv om forarbeidene gir anvisning på en viss forsiktighet ved anvendelsen av lempingsregelen på erstatningsansvar i kontraktsforhold, må jeg legge

til grunn at bestemmelsen i § 5-2 etter sin ordlyd har generell anvendelse. Etter mitt syn har det dessuten betydelig vekt at konsekvensene av skillet mellom selve kontraktsforpliktelsen og et erstatningsrettslig ansvar etter hvert er blitt betydelig utvisket gjennom lovgivning. Således er det, i tillegg til avtaleloven § 36, som departementet peker på, innført lempingsbestemmelser i en rekke kontraktsrettslige særlover, som Multiconsult har vist til. Multiconsult har gjort gjeldende at disse bestemmelsene må ses som utslag av et generelt kontraktsrettslig prinsipp, eller at de i det minste må gis analogisk anvendelse. For min del finner jeg det ikke nødvendig å gå inn på dette, da skadeserstatningsloven, slik jeg forstår den, gir tilstrekkelig hjemmel til lemping i en sak som vår» (avsnitt 37).

Etter dette gikk førstvoterende over til å vurdere hvorvidt det var grunnlag for lempning: «Med utgangspunkt i skadeserstatningsloven § 5-2 skal det tas hensyn til skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers. Jeg oppfatter bestemmelsen slik at det skal foretas en avveining av partenes interesser ut fra en rimelighetsvurdering av hvem som er nærmest til å bære ekstraordinært store skader. I kontraktsforhold kan det være særlig grunn til å legge vekt på det særskilte vurderingsmomentet i kjøpsloven § 70 og de øvrige lovregler om lemping i kontraktsforhold – om erstatningen vil virke urimelig for den ansvarlige part ut fra tapets størrelse i forhold til det tap som vanligvis oppstår i liknende tilfelle» (avsnitt 38).

Om det ansvarsbetingende forhold uttalte førstvoterende: «at Multiconsult forsømt sitt rådgiveransvar ved ikke å undersøke grunn- og bølgeforholdene i forbindelse med den prosjekterte moloen. I stedet bygde man ukritisk på de tidligere tegningene som var brukt til moloen på Mollskjæret. Årsaken til forsømmelsen er at selskapet på det aktuelle tidspunktet ikke oppfattet at det hadde påtatt seg prosjekteringsansvar for den nye moloen. Det ble ikke skrevet noen formell kontrakt, og det ble derfor ikke tatt inn bestemmelser om slik ansvarsbegrensning som er vanlig i bransjen. Dette kommer jeg tilbake

til» (avsnitt 39). «Den kontraktsmessig riktige oppfyllelsen av rådgiveroppdraget, basert på undersøkelse av de faktiske forhold, ville vært å fraråde hele prosjektet. Kommunens industrisatsingsprosjekt på Gismerøya var ment å basere seg på selvkost, og partene er enige om at kommunen ikke ville blitt bundet til noen kontrakt ... dersom kostnader i den størrelsesorden man allerede da ville ha kunnet forutse, hadde vært kjent. Den moloen som kommunen var kontraktsforpliktet til å oppføre, og som senere ble oppført, kom til å koste ca. 40 millioner kroner. Tapet er med andre ord av nokså spesiell karakter. Dette er likevel ikke i seg selv tilstrekkelig grunnlag for lemping. Jeg kan heller ikke se at det forhold at tapet er stort sammenholdt med det som ble betalt for oppdraget, eller hva som ville blitt betalt dersom det var riktig utført, er tilstrekkelig grunnlag for lemping» (avsnitt 40).

Om tapet fremholdt førstvoterende at dette var «helt ekstraordinært stort, og må sies å ligge langt over hva som er vanlig og påregnelig ved denne type oppdrag. Hertil kommer at Multiconsult – i likhet med bransjen for øvrig – vanligvis bruker standardkontrakt basert på NS 3403, nå 8401/02. I kontrakten inngår ansvarsbegrensning på 3 millioner kroner for hvert skadetilfelle og 9 millioner kroner for hele oppdraget. Beløpsgrensene var de samme i 1999 da avtalen ble inngått. Selskapets ansvarsforsikring er begrenset til disse beløpene. Som jeg har vært inne på, har Multiconsults forsikringsselskap allerede betalt 3 millioner kroner, som er det aktuelle beløpet i vår sak, til kommunen. Jeg må legge til grunn at en slik ansvarsbegrensning ville blitt tatt inn, og akseptert av kommunen, dersom det var blitt skrevet formell kontrakt for oppdraget» (avsnitt 40).

Førstvoterende påpekte at skadevolders økonomiske bæreevne isolert sett ikke tilsa lempning: «Det er ikke omtvistet at Multiconsult har økonomisk bæreevne til å betale full erstatning. Selskapet må også i utgangspunktet selv ta konsekvensene av at det forsømt muligheten til å benytte vanlig ansvarsbegrensning. Jeg finner likevel at de spesielle forholdene omkring kontraktsinngåelsen tilsier at lemping må skje i noen grad. Dette gjelder både ut fra en vurdering av skyldforholdene hos begge parter, og forholdene ellers» (avsnitt 42).

For så vidt gjaldt spørsmålet om Multiconsult hadde utvist skyld, måtte det legges til grunn at selskapet ikke hadde oppfattet at det hadde påtatt seg et prosjekteringsansvar for kommunen, at misforståelsen var uaktsom, men ikke grov, fordi Multiconsults folk ikke var klar over de reelle forhold, men trodde at kommunen allerede hadde besluttet å bygge en molo etter modell av den gamle moloen. Skyldgraden var således ikke «så stor at dette er til hinder for at lemping kan vurderes» (avsnitt 46).

Om kommunens forhold fremhevet førstvoterende at lagmannsretten hadde kommet til «at kommunen ikke hadde utvist en slik grad av skyld at det kunne gi grunnlag for fradrag i erstatningen etter medvirkningsbestemmelsen i skadeserstatningsloven § 5-1. Den uklarheten som ble skapt med hensyn til ansvarsforholdene, er likevel et relevant moment ved vurderingen av spørsmålet om lemping» (avsnitt 49).

Førstvoterende la videre vekt på «at skaden ble betydelig større enn hva det ville vært grunn til å regne med selv ved en riktig oppfatning av oppdragets karakter. Moloen var opprinnelig kostnadsberegnet til kr 636.000. Etter uværet i oktober 2000, som på ny ødela steinfyllingen og skadet Norelements fabrikkbygning, var SINTEFs konklusjon i rapport 20. november 2000 at det måtte bygges en molo med andre dimensjoner, blant annet ved bruk av betydelig større steinblokker. Kostnadene ble nå beregnet til 20 millioner kroner. Etter ytterligere undersøkelser, blant annet modellforsøk for bølger, anbefalte SINTEF i rapport 3. mai 2001 å bygge moloen med enda større steinblokker. Samtidig anbefalte de å sprengte ut deler av en liten fjellknaus i sjøkanten ved moloens vestende, det såkalte Bukkespringet. Årsaken var at bølgene, som her kom rett inn fra det åpne havet, brøt mot knausen på en slik måte at de fikk en betydelig forsterket kraft. Moloen ble bygget i samsvar med denne anbefalingen, og den endelige prisen ble, som jeg har vært inne på, 40 millioner kroner» (avsnitt 50). Spørsmålet om effekten av det såkalte Bukkespringet var uklar. Førstvoterende nøyde seg «med å legge til grunn at ca. 4 millioner kroner av tapet var i særlig grad upåregnelig» (avsnitt 51).

I den samlede vurdering av om lempning burde skje fremholdt førstvoterende «at saken er spesiell på flere måter. Det foreligger et ekstraordinært stort tap i et rådgivningsforhold som normalt ikke utløser tap av slike dimensjoner, og hvor avtalt ansvarsbegrensning er vanlig. Der nest er kontrakten inngått på en usedvanlig måte, der begge parter har ansvar for at de uklarheter som har ført til tapet, er oppstått. I tillegg var deler av tapet i særlig grad upåregnelig for skadevolder. Samlet sett finner jeg det derfor rimelig at skadelidte bærer om lag 1/3 av tapet, slik at Multiconsults ansvar blir 23 millioner kroner» (avsnitt 52).

Mindretallet bygget som nevnt på kontraktsrettens lempningsregler. Annenvoterende som målmann for mindretallet fremholdt: «Ved bestemmelsen i kjøpsloven av 1988 § 70 andre ledd ble det gitt en generell regel om lemping av erstatningsansvar for kontraktsbrudd i kjøpsforhold, og denne bestemmelsen har dannet mønster for tilsvarende lempingsregler i senere kontraktsrettslovgivning, se håndverker-tjenesteloven § 30 tredje ledd, avhendingsloven § 7-2 andre ledd, bustadoppføringsloven § 36 tredje ledd, husleieloven § 2-14 femte ledd og forbrukerkjøpsloven § 54 andre ledd. Det er noe tilfeldig hvilke områder av kontraktsretten som er blitt lovregulert, og dersom misligholdsansvar bare skal kunne lempes i tilfeller hvor det foreligger uttrykkelig lovhjemmel for det, vil det virke vilkårlig. På bakgrunn av den lovgivningsmessige utvikling som har funnet sted, må det etter min oppfatning i dag legges til grunn som en generell regel at også ansvar i kontraktsforhold kan lempes» (avsnitt 56).

Annenvoterende foretok deretter en sammenligning mellom dette almene kontraktsrettslige prinsippet og lempningsregelen flertallet bygget sitt resultat på: «De kontraktsrettslige lempingsregler vi har fått, er noe annerledes utformet enn lempingsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2. Etter skadeserstatningsloven § 5-2 kan erstatningsansvar lempes «når retten under hensyn til skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers finner at ansvaret virker urimelig tyngende for den ansvarlige» eller

«når det i særlige tilfelle er rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden». Kjøpsloven § 70 andre ledd fastsetter at erstatningen «kan settes ned dersom den vil virke urimelig for den ansvarlige part ut fra tapets størrelse i forhold til det tap som vanligvis oppstår i liknende tilfelle, og tilhøva ellers». De øvrige kontraktsrettslige lempingsbestemmelsene er utformet på samme måte som kjøpsloven. Siden de kontraktsrettslige lempingsbestemmelsene ikke bare viser til «tapets størrelse i forhold til det tap som vanligvis oppstår i liknende tilfelle», men også til «tilhøva ellers», vil det i praksis neppe bli noen stor forskjell på lempingsvurderingen, da dette uttrykket blant annet må omfatte den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter og partenes skyldforhold. Siden de kontraktsrettslige lempingsbestemmelsene særskilt fremhever tapets størrelse i forhold til det tap som vanligvis vil oppstå i lignende tilfeller, må imidlertid dette momentet ved lemping av kontraktsansvar bli noe mer sentralt enn ved lemping av utenomkontraktsrettslig ansvar. Den reelle begrunnelse for dette er at ansvaret for mislighold i kontrakt må utlignes i kontraktsvederlaget, og at partene i tilfeller hvor det ikke foreligger forsikringer eller forsikringsmuligheter, av hensyn til en mest mulig rasjonell prisfastsettelse har behov for å kunne basere seg på at erstatningsansvar vil ligge innenfor noenlunde normale rammer. Dette hensynet gjør seg ikke bare gjeldende ved kjøp og andre kontraktsforhold som det finnes uttrykkelige lempingsbestemmelser for, men også på områder innenfor kontraktsretten hvor man ikke har uttrykkelige lempingsbestemmelser. På denne bakgrunn må det etter min oppfatning legges til grunn at lempingsvurderingen ved mislighold i kontraktsforhold hvor det ikke foreligger noen uttrykkelig lovhjemmel for lemping, må skje på grunnlag av vurderingstemaet i kjøpsloven § 70 andre ledd» (avsnitt 57).

Mindretallet mente at kostnadsøkningen på grunn av «Bukkespringeffekten» måtte være adskillig større enn flertallet antok, mest sannsynlig over 10 millioner kroner.

Mindretallet la også vekt på at det for rådgivningsansvar av denne type er vanlig å avtale ansvarsbegrens-

ninger: «Dersom det var blitt skrevet formell kontrakt, ville ansvaret i dette tilfellet høyst sannsynlig ha vært begrenset til kr 3 millioner. Da det ikke er avtalt ansvarsbegrensning, kan imidlertid ansvaret ikke reduseres til dette beløp. Det at det er vanlig å avtale ansvarsbegrensning, og at ansvaret i dette tilfellet mest sannsynlig ville ha vært begrenset til kr 3 millioner dersom det var blitt inngått formell kontrakt, må likevel tillegges betydelig vekt ved vurderingen av om ansvaret skal lempes. Jeg er også enig med førstvoterende i hennes syn på partenes skyld og betydningen av Multiconsults økonomiske stilling» (avsnitt 60).

På dette grunnlag kom mindretallet til at Multiconsults totale ansvar burde reduseres til kr 18 millioner.

Det er gode argumenter både for flertallets og mindretallets standpunkt: De lempningsregler mindretallet anså som utslag av et generelt prinsipp, er nok mer tilpasset kontraktsansvar enn skadeserstatningsloven § 5-2. Men dogmet om full erstatning og forestillingen om at lempning krever særlig hjemmel, kan tilsa at det bygges på et sikrere grunnlag, nemlig den almene bestemmelsen i § 5-2. Selv om dommen er avsagt under dissens, klargjør den spørsmål som tidligere var meget usikre.

Viggo Hagstrøm

ODELSRETT

Odelsmisbruk? Løsningskrav fra 100 % uføretrygdet. Høyesteretts dom 5. november 2004

«Misbruk av rett» innebærer i allminnelighet en påstand om at en rettsregel er uheldig utformet og gir seg utslag som ikke er tilsiktet. Den slags kan man ofte komme utenom ved f.eks. innskrenkende tolkning av en lovregel. Men i alle fall innen odelsretten er det etablert en egen lære om misbruk av odelsrett – nærmest en rettsregel av høyere orden som kan brukes til sensur av de vanlige regler. Det er nok ikke uten grunn at en slik lære har fått en hjemstavnsrett i odelsretten: De regler vi har, skal anvendes på livsforhold som kan variere utrolig meget, slik at det stadig oppstår nye rettslige konstella-

sjoner som man ikke har overveiet da reglene ble gitt eller en dom ble avsagt. En klar indikator på dette har vi i de særdeles mange odelsaker som havner i Høyesterett.

Behovet for en misbrukslære er imidlertid etter hvert redusert. Det henger sammen med at kretsen av odelsberettigede er blitt redusert, at det ikke er så fristende å benytte odelsretten når det følger med bo- og driveplikt, at vi har interpellasjonsregler som kan avklare på forhånd om odelsretten vil bli benyttet, og at domstolene i det enkelte tilfelle har mulighet til å fravike lovens prioritetsrekkefølge. Likevel dukker misbruksspørsmålet fortsatt opp. For noen år siden ble det reist spørsmål om løsningskrav fra kvinner i 70- og endog 80-årene representerte odelsmisbruk når det var rimelig klart at de ikke selv kom til å drive eiendommen, men løste utelukkende for å gi slektninger odelsrett (jf. prinsippet i odelsl. § 8 første ledd: refleksodel). Høyesterett anså ikke slike løsningskrav som illegitime, jf. Rt. 1985 s. 452, Rt. 1985 s. 1215, Rt. 1990 s. 781 og Rt. 1992 s. 868.

Saken nevnt i overskriften gjaldt et ektepar i tredeårene med barn som kjøpte en odelseiendom for kr 1.700.000; kort tid etter fikk de odelsløsningskrav fra en mann på 55 år som var 100 % uføretrygdet etter leddgikt fra 35-årsalderen og hjerne-slag i 1994. Ekteparet som mente at løsning her ville være «misbruk av odelsrett», tapte i tingretten, mens lagmannsretten mente at løsning ville være misbruk av odelsretten.

En enstemmig Høyesterett fant at løsningskravet måtte tas til følge.

Førstvoterende peker på at bare i ett tilfelle har Høyesterett anvendt misbrukslæren under loven av 1974, jf. Rt. 1988 s. 56 som karakteriseres som et «meget spesielt» tilfelle (57-åring, av norsk avstamning, som hele sitt liv hadde bodd i USA, ble nektet å løse et småbruk i Kvinesdal), og at det i Rt. 1990 s. 278, jf. også Rt. 1990 s. 781, er trukket opp snevre grenser for odelsmisbrukslæren.

Disse synspunkter var «langt på vei» tilstrekkelig til å begrunne resultatet. Men det pekes også på noen konkrete omstendigheter. Løsningsmannens motiv: å sikre eiendommen for slekten, var «et akseptabelt motiv», og det er ingen motstrid i at løsningsmannen selv vil drive eiendommen frem til et generasjonsskifte

blir aktuelt. Innvendingen fra ekteparet om manglende realisme i driftsplanen kan dels ta sikte på å belyse motivet, dels dreie seg om en antagelse om at driveplikten ikke vil bli overholdt; men ikke under noen av disse synsvinkler finner førstvoterende grunnlag for å konstatere odelsmisbruk. Løsningsmannens «fysiske handicap vil riktignok utvilsomt hindre ham i å utføre en del av de arbeidsoppgaver som driften av eiendommen krever. Eiendommen er tungdrevet, blant annet på grunn av gamle driftsbygninger og store høydeforskjeller. Men den er liten, og som uføretrygdet kan han bruke den restarbeidsevnen han har, på eiendommen. [Løsningsmannen] viser også til bistand fra sine voksne barn og fra sin samboer. Og han har som anført en økonomi som skulle gi mulighet for å leie noe hjelp.» Førstvoterende peker også på at dersom driveplikten ikke skulle bli oppfylt, har ekteparet muligheten for å søke eiendommen tilbake i medhold av odelsl. § 28 annet ledd, men med tilføyelse om at «dette nok i praksis ofte vil være mindre aktuelt».

Thor Falkanger

TINGSRETT

Konsesjonspliktig salg – gyldighet av hemmelig avtale om vederlaget Høyesteretts dom 26. oktober 2004

Det er et velkjent forhold at mange selgere av fast eiendom er lite glade for den priskontroll som konsesjonsmyndighetene utøver. I konsesjonsl. 19/1974 var «samfunnsmessig forsvarelig prisutvikling vedrørende fast eiendom» ett av de formål som var angitt i § 1. I gjeldende lov 98/2003 er prisen et viktig element når det skal tas standpunkt til meddelelse av konsesjon ved erverv av landbruks-eiendom (§ 9).

I den ovennevnte sak ble i februar 2000 en landbrukseiendom solgt for kr 2.550.000 med konsesjonsrisikoen på kjøperen. Da partene fryktet at det ikke ville bli gitt konsesjon med så høy pris, ble de enige om å angi prisen til kr 1.800.000 overfor konsesjonsmyndighetene. De skrev under på dokumenter som ble brukt ved konsesjonsbehandlingen og som viste dette beløp. Avtalen om betaling

av ytterligere kr 750.000 ble hemmeligholdt, men kom for en dag da kjøperen ikke ville betale og søksmål til inndrivelse av beløpet ble anlagt.

Selgeren vant i tingretten, men tapte i lagmannsrett og Høyesterett.

Det er på det rene at en høy pris i seg selv ikke er ulovlig i forhold til konsesjonsreglene. Sanksjonen er at konsesjon ikke blir meddelt, og er det – som det var i det foreliggende tilfelle – kjøperen som har konsesjonsrisikoen, betyr det at han må kvitte seg med eiendommen, normalt med et tap som er differansen mellom ervervspris og det beløp konsesjonsmyndighetene vil godta. Og en slik risiko vil en kjøper i praksis ikke ta. Det spesielle i det foreliggende tilfelle var naturligvis at partene bevisst hadde gitt uriktig informasjon til myndighetene, hvilket klart er i strid med konsesjonsl. 1973 § 19 (og gjeldende lov § 12) og dertil er straffbart etter strl. § 166.

Førstvoterende i en enstemmig Høyesterett anførte at Rt. 1993 s. 312 viser at virkningene mellom partene av en lovstridig avtale må avgjøres ved «tolkning av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovrettedelsen får slik virkning». (I 1993 dreiet det seg om forpliktelser som utsprang av at megleren på ulovlig måte hadde gitt kreditt til aksjespekulasjon; det ble pålagt tilbakebetalingsplikt, men slik at megleren ikke fikk noen fortjeneste.)

Den hemmelige avtale tok her sikte på å «omgå et av konsesjonslovens sentrale formål», og ugyldighet vil her «mest effektivt kunne motvirke avtaler som den foreliggende». At konsesjonsl. § 23 gav hjemmel for omgjøring av konsesjonen ved uriktige opplysninger, kunne ikke føre til at avtalen ble ansett gyldig; bestemmelsen kan ikke oppfattes som uttømmende med hensyn til sanksjoner ved uriktige opplysninger. I tillegg, sier førstvoterende, at det «ville være støtende om en avtale som den foreliggende skulle kunne håndheves med domstolens hjelp».

Konklusjonen blir at avtalen kjennes «ugyldig fordi den strider mot lov og ærbarhet. For så vidt angår det siste alternativet viser jeg til at en avtale som forplikter partene til å begå en alvorlig forbrytelse,

representerer et kvalifisert brudd på allment aksepterte moralnormer».

Thor Falkanger

Barns fiskerett – ansvar etter grunnloven § 105? I strid med EMK?

Høyesteretts dom 22. desember 2004

Ved lakse- og innlandsfiskeloven 15. mai 1992 nr. 47 fikk vi i § 18 en ny regel om en begrenset fiskerett for barn under 16 år (mine kursivering):

«I vassdrag der rettighetshaver utsteder fiskekort har personer som *ikke har fylt 16 år* rett til fiskekort uten vederlag for å fiske innlandsfisk med stang og håndsnøre i perioden fra og med 1. januar til og med 20. august.

I andre vassdrag har personer som *ikke har fylt 16 år* rett til, uten rettighetshavers tillatelse, å fiske innlandsfisk med stang og håndsnøre i samme periode som nevnt i første ledd.

Bestemmelsene i første og annet ledd gjelder *ikke* i vassdrag eller deler av vassdrag som fører *anadrome laksefisk*. Bestemmelsene er også underordnet regler gitt i medhold av § 34.

Der fiske etter denne paragraf vil være *til skade for fiskekulturtiltak* eller hvor barns fiske er til *vesentlig fortrensel* for rettighetshaverens fiske, kan departementet regulere utøvelsen av fisket.

Departementet kan gi retningslinjer.

Bestemmelsene i denne paragraf gjelder *ikke for kreps*.»

Medfører denne bestemmelse erstatningsansvar for staten, jf. grunnl. § 105? Eller er den endog i strid med det vern som EMK protokoll 1 gir eiendomsretten? Det første spørsmål ble besvart benektende i alle tre instanser (med en dissens i lagmannsretten). EMK-spørsmålet som var nytt for Høyesterett, ble også besvart benektende.

Først litt om grunnlovsspørsmålet:

Før lovens vedtagelse var det uenighet om grunnlovsmessigheten, med dissens i Stortinget. Førstvoterende finner «ingen grunn til å gå nærmere inn på hvilken vekt som bør legges på Stortingets standpunkt i spørsmålet». Vi får således en prinsipiell drøftelse, der det tas utgangspunkt i det tradisjonelle skillet mellom inngrep som medfører rådighetsbegrensning, og inngrep som medfører at rettigheter over fast eiendom overføres til andre – med poengtering av at i det første tilfellet skal det «meget til før en slik rådighetsbegrensning vil utløse rett til erstatning etter Grunnloven». I den foreliggende sak er barn «tilført en fiskerett som uten lovbestemmelsen eksklusivt ville ha ligget på grunneierens hånd». Men grunneieren har fortsatt sin fiskerett i behold; § 18 inneholder derfor, sier førstvoterende, «elementer fra begge disse to kategorier inngrep».

Deretter omtales forholdet mellom eiendomsrett og allemannsrett: «Innholdet i allemannsretten har – på samme måte som innholdet i grunneiers eiendomsrett – gjennom tidene vært gjenstand for endringer i pakt med skiftende samfunnsforhold. Det er vanskelig å tenke seg at de to rettsinstituttene skal være statiske og ikke kunne endre seg i samsvar med rettsutviklingen.»

Det pekes videre på at der den lovfesting som har funnet sted, «har utvidet allmennhetens rett, har dette skjedd uten at det har utløst erstatning etter Grunnloven § 105». Det har vært «et visst handlingsrom for lovgiveren i grenseoppgangen mot eiendomsretten», men § 18 innebærer ikke «utvidelse av noen av de etablerte allmenne nyttesrettene ... Loven etablerer en ny rettighet for allmennheten – eller riktigere: en aldersbestemt del av den». Deretter får vi førstvoterendes prinsipielle syn:

«Jeg kan vanskelig se at det uten videre kan være avgjørende at vår sak gjelder en bruk hvor det fra gammelt av ikke har vært etablert allemannsrett. Det må også i en slik situasjon være adgang til en viss justering i pakt med tiden og forholdene, etter en nærmere vurdering av karakteren og omfanget av det inngrep i eiendomsretten som retten for allmennheten representerer. Hvorvidt en slik justering hvor det fra før ikke har vært noen allemannsrett, kan gå like langt som der det dreier seg om utvidelse av allemannsretter som har eksistert fra gammelt av, er det ikke nødvendig å gå inn på» (avsnitt 49).

Og litt senere:

«Lovgiveren må kunne foreta en justering av grensen mellom grunneierens rådgighetsrett og allmennhetens rettigheter, uten at dette utløser erstatningskrav fra grunneierne. Dette må også gjelde ved utvidelse av allemannsrettene til å omfatte en rådgighet av en annen karakter enn de tradisjonelle. Jeg er således ikke enig med den ankende part i at enhver ulempe som oppstår, gir rett til erstatning, uavhengig av størrelsen på det økonomiske tapet. Etter min mening ligger den adgang til fiske som er gitt barn under 16 år, innenfor de inngrep som kan gjøres uten å utløse krav om erstatning» (avsnitt 58, min kursivering).

Førstvoterende viser til den statsrettslige teori fra Aschehoug av og finner støtte der for sitt syn. Dette lar jeg ligge. Isteden nevner jeg en del av de momenter som førstvoterende peker på ved den endelige avveining av grunnlovsmessigheten av § 18:

Det dreier seg her om et generelt utformet inngrep som retter seg mot alle grunneiere, og eiere i vassdrag må i dag tåle vesentlige rådgighetsbegrensninger. Viktigere er de begrens-

ninger som ligger i fiskeretten (jf. de kursiveringer jeg har gjort i lovsitatet). Særlig vekt legger førstvoterende på fjerde ledd, og for så vidt kommer han med en uttalelse som bør bemerkes:

«Regjeringsadvokaten har under prosedyren for Høyesterett gitt uttrykk for at loven og forskriften [om at fylkesmannen etter søknad kan begrense barns fiske i bestemte områder] må forstås slik at utøvelsen av barns fiskerett skal begrenses dersom vilkårene ellers er oppfylt. Jeg er enig i dette. Det kan følgelig fastsettes begrensninger dersom inngrepet går ut over det som må karakteriseres som mindre vesentlig. Domstolene må fullt ut kunne overprøve forvaltningens avgjørelse om dette. Det dreier seg om et rettsanvendelsesskjønn» (avsnitt 63, førstvoterendes kursivering).

I det foreliggende tilfelle var det ikke aktuelt å vurdere hvorvidt fjerde ledd var anvendelig.

Forholdet til EMK protokoll 1 artikkel 1 omtales kort. Det konstateres at Strasbourg-domstolen har:

«gitt statene et vidt skjønnsmessig spillerom når et inngrep skal vurderes mot bestemmelsene i

artikkel 1 ... Hensett til det beskjedne inngrep den norske lovbestemmelsen om barns fiskerett gjør i grunneierens adgang til å utnytte sin eiendom, bestemmelsens generelle karakter, karakteren av de offentlige interesser som har båret frem denne regelen, dispensasjonsmuligheten etter § 18 fjerde ledd og den adgang domstolene har til å prøve forvaltningens vedtak, kan jeg vanskelig se det annerledes enn at det i dette tilfellet ikke har funnet sted noen krenkelse av P 1–1» (avsnitt 69).

Det for undertegnede mest interessante ved avgjørelsen er uttalelsene om allemannsrettens dynamikk: Den kan utvikle seg ved at eldre rettighetstyper utvides, men det kan også etableres nye rettigheter uten at det nødvendigvis utløser erstatning etter grunnloven § 105. Den tradisjonelle lære om at lovgiverens overføring av en rettighet (rådgighet) fra grunneieren til en annen, utløser erstatning, kan ikke lenger opprettholdes uten modifikasjoner. Hvor omfattende disse modifikasjoner er, vil bero på de interesseavveininger som må foretas og som nødvendigvis vil måtte avspeile «samfunnsutviklingen».

Thor Falkanger

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 mai 2005.