

# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 4/2004

## KONTRAKTSRETT

### KJØPSRETT

#### Rt. 2004 side 675 – Agurkdommen

Store deler av agurkproduksjonen til et gartneri i Norge ble ødelagt i vekstsesongene 1997 og 1998. Senere analyser avdekket at skadene på agurkplantene skyldtes et angrep av grønnmuggsopp. Smittekilden var bambuspinner som gartneriet hadde benyttet som støttepinner de to nevnte sesongene. Tvisten i saken for Høyesterett gjaldt det erstatningskravet som gartneriet anla mot leverandøren av splittbambusen.

Det var enighet mellom partene om at tapet for gartneriet til sammen var på 3 400 000 kroner –

10 000 kroner i utgifter til å undersøke pinnene, 990 000 kroner til utgifter til å bekjempe plantesykdommer og 2 400 000 kroner i tapt fortjeneste.

Leverandøren av bambuspinnene, og dets forsikringselskap, erkjente at grønnmuggsoppet skyldtes smitte fra splittbambuspinnene, men bestred at det forelå grunnlag for erstatning.

Dommen drøfter en rekke sentrale kontraktsrettslige problemstillinger som vil bli gjengitt nedenfor i åtte punkter. Spørsmålet om kjøpslovens virkeområde ble avgjort med dissens 3–2, se punkt (2) nedenfor.

(1) *Mangelspørsmålet (avsnittene 36 og 37)*: Spørsmålet om det forelå en mangel ved de leverte pinnene, ble avgjort ut fra en formålsbetraktning. Etter kjl. § 17 (2) a) skal kjøpsgjensstanden passe for de formål tilsvarende ting vanligvis brukes til. Bambuspinnene ble brukt til å støtte opp agurkene i den første vekstfasen. Smitten med den aggressive sopparten gjorde støttepinnene uegnede til dette formålet. Dermed forelå det objektivt sett en mangel ved pinnene.

(2) *Hvorvidt kjøpslovens ansvarsregler kommer til anvendelse (avsnittene 40 til 45)*:

a) Høyesteretts synspunkter  
Leverandøren hevdet at skadene som grønnmuggsoppen påførte agurkavlingene, falt utenfor kjøpslovens erstatningsregler.

Først et par ord om kjøpslovens system når det gjelder skader forvoldt av produkter med mangel.

Det følger motsetningsvis av kjl. § 67 (2) d) at tap som følge av skade på «salgstingen selv og gjenstander som den brukes til framstilling av eller som har nær og direkte sammenheng med den forutsatte bruk», faller inn under kjøpsloven og er å betrakte som direkte tap (såfremt ikke annet følger av andre regler). Når det derimot gjelder andre skader enn de nevnte, vil de som hovedregel falle helt utenfor virkeområdet til kjøpsloven. Et krav om erstatning må derfor baseres på deliktsrettens regler. Forarbeidene åpner imidlertid for at rettspraksis lar kjøpsloven få anvendelse på enkelte slike skader. Det følger da av kjl. § 67 (2) d) at dette tapet er å betrakte som indirekte tap slik at kontrollansvaret ikke kan benyttes som ansvarsgrunnlag. Dette området for indirekte tap vil imidlertid måtte bli «forholdsvis snevert», jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–87) side 125. I denne smale sonen kan det være aktuelt å la kjøperen velge om han vil påberope seg kjøpsloven eller deliktsreglene, jf. Rt. 1993 side 1201 Lettbetongdommen, se side 1205 med henvisninger til forarbeidene til produktansvarsloven.

For så vidt gjaldt den aktuelle skadesituasjonen, slår flertallet på tre i Høyesterett fast at «de smittede agurkplantene [må] anses å ha en slik nær og direkte sammenheng med den forutsatte bruk av pinnene at tap som følge av slik skade etter min oppfatning må falle inn under kjøpslovens ansvarsregler og anses som direkte tap», se avsnitt 42. Dermed avviste flertallet at slike skadetilfeller «i første rekke reguleres av alminne-

### Innhold nr. 4:

Kontraksrett	1
Kjøpsrett	1
Entrepriserett	4
Erstatningsrett	5
Personskade	5
Immaterialrett	7
Designrett	7
Varemerkerett	7
Familierett	9
Litteratur	9
International Society of Family Law	10
Vergemål	10

e-post: [jus@cappelen.no](mailto:jus@cappelen.no)  
<http://www.cappelen.no>

lige regler om produktansvar». Flertallet avfeier temmelig kort betydningen av tidligere rettspraksis angående farlige egenskaper ved dyrefôr ut fra at sakene ble avgjort ut fra «konkrete risikobetraktninger på de områder sakene gjaldt», se avsnitt 44. Videre påpekes det at dommene «under enhver omstendighet ikke [kan] være avgjørende for fortolkningen av kjøpsloven av 1988».

*Mindretallet* på to dommere inntar et annet standpunkt til virkeområdet for kjøpsloven og en helt annen holdning til tidligere rettspraksis, se avsnitt 78 flg. Det trekkes fram at fôrdommene (Rt. 1945 side 388 og Rt. 1973 side 1153. Rt. 1949 side 121 kunne også ha vært nevnt) ligger nærmere sakens faktum enn hydratkalkdommen i Rt. 1974 side 269. Dessuten vises det til særbermerkningen til dommer Bugge i Rt. 1993 side 1201 Lettbetongdommen, se side 1207 flg. I tillegg påpekes det at tapet for agurkprodusenten var på 3,4 millioner kroner mens salgsværdien av støttepinnene lå på om lag 7–8 000 kroner. Dommer Støle oppsummerer sine synspunkter med at «det ikke er naturlig eller hensiktsmessig å forankre en skade som denne i kjøpsrettslige ansvarsregler».

#### b) Enkelte refleksjoner

Sett på bakgrunn av tidligere rettspraksis må det være berettiget å si at domstolene har vært tilbakeholdne med å statuere kontraktansvar i produktskadetilfellene, se Hagstrøm, Obligasjonsrett, Oslo, 2003, side 546 («ytterst tilbakeholdne»). I lys av agurkdommen må det stilles spørsmål om ikke Høyesterett har foretatt en viss kursjustering i så måte. I stedet for å foreta en ganske vanskelig fortolking av de dommene vi har hatt på området, med temmelig subtile nyanser mellom ulike typer årsaker, har Høyesterett holdt seg til ordlyden i kjl. § 67 (2) d). Spørsmålet er alene om skaden skjer på gjenstander som står i nær og direkte sammenheng med den forutsatte bruken av kontraktgjensstanden. I hvilken grad kontraktansvaret kan tenkes å strekke seg videre enn dette, var det unødven-

dig å gå nærmere inn på.

Betydningen av en slik endret grunnholdning vil i stor grad bero på utformingen av ansvarsgrunnlaget for produktskader utenfor kontrakt. Fordres det culpa utenfor kontrakt, vil kjøpslovens kontrollansvarsmodell tilby skadelidte et større vern. Eksisterer det derimot et ulovfestet objektivt ansvar utenfor kontrakt for produktskader, vil det være mer nærliggende å ty til dette ansvarsgrunnlaget.

Rettsstilstanden utenfor kontrakt er per i dag ikke helt avklart utenfor de tilfellene som produktansvarsloven dekker (forbrukerforhold). Utgangspunktet må tas i læren om ulovfestet objektivt bedriftsansvar, se eksempelvis Rt. 1993 side 1201 Lettbetongdommen, Rt. 1973 side 1153 Botulismeddommen og forarbeidene til produktansvarsloven. Dermed må det avgjøres fra tilfelle til tilfelle hvem av partene som er nærmest til å bære risikoen for de skadevoldende egenskapene. En mer fast regel om ansvar – slik som regelen om sikkerhetsmangel i produktansvarsloven – synes ikke å ha etablert seg. Foreligger det imidlertid en teknisk feil, er utgangspunktet at det foreligger ansvar. I Lettbetongdommen, se side 1206, framheves det at situasjonen må bedømmes likedan når det foreligger en fabrikkasjonsfeil.

På denne bakgrunnen representerer kontraktansvaret et sikrere og mer forutberegnelig ansvarsgrunnlag enn det ulovfestede ansvarsgrunnlaget utenfor kontrakt. Sett fra en rettsanvenders synspunkt, representerer dette en klar forenkling av skjønnstemaet.

(3) *Spørsmålet om uaktsomhet (avsnittene 46 til 48)*: Opprinnelig ble denne problemstillingen avvist av Høyesteretts kjæremålsutvalg, se avsnitt 16. Under Høyesteretts ankebehandling ble partene imidlertid gjort oppmerksomme på at kjæremålsutvalget ikke hadde anledning til å avskjære en anførsel fra ankemotparten, og spørsmålet ble dermed behandlet i Høyesterett, se avsnitt 17 og 18.

Når det gjaldt realiteten i spørsmålet, kom Høyesterett til at leverandøren ikke hadde utvist noen

uaktsomhet i forhold til den skade som hadde skjedd. For det første var grønnmuggsopp vanskelig å oppdage, og for det andre var det ikke noen spesiell smitterisiko knyttet til pinnene. Dermed hadde ikke leverandøren noen foranledning til å vurdere risikoen for grønnmuggsmitte.

(4) *Kontrollansvaret (avsnittene 49 til 55)*:

#### a) Høyesteretts synspunkter

Det andre hovedspørsmålet i saken var anvendelsen av kjøpslovens kontrollansvar på mangler. Det følger av kjl. § 40 (1) at kontrollansvarsmodellen i kjl. § 27 om forsinkelse får tilsvarende anvendelse på mangler.

Fordi de formuleringene som benyttes i kjl. § 27 ikke passer like godt på mangeltilfellene, starter Høyesterett med å presisere følgende: «Ved anvendelsen av kontrollansvaret på mangler må man etter min mening ta utgangspunkt i at kontrollansvaret er meget strengt, og at siktemålet med innføringen av kontrollansvar bare var å nyansere det tidligere objektive ansvar med unntak for force majeure», se avsnitt 51 og Ot.prp. nr. 80 (1986–87) side 36–37.

Høyesteretts anvendelse av kontrollansvarsreglene på det aktuelle tilfellet følger forarbeidenes anvisninger, jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–87) side 92 første spalte, og er ikke oppsiktsevkende. Det slås fast at det må anvendes en objektiv målestokk. Avgjørende for vurderingen er om «mangelen ligger innenfor det selgeren objektivt sett har kontroll over», se avsnitt 53 («Spørsmål er om denne mangel ligger innenfor det som selgeren kunne ha avverget.») At mangelen er skjult, er derfor ikke tilstrekkelig til å frita selgeren for ansvar.

Det sentrale spørsmålet er om «det på markedet fantes et tilstrekkelig kvantum splittbambuspinner som ikke var smittet med pencilium oxalicum». Siden dette var tilfellet i den aktuelle saken, måtte selgeren hefte på grunnlag av kontrollansvarsreglene.

b) Noen refleksjoner om risikoen for bruk av medhjelpere:

Det standpunktet Høyesterett har inntatt i agurkdommen, og som følger av forarbeidene, innebærer at selger av artsbestemte ytelser har risikoen for valg av leverandør når det gjelder mangelspørsmålet («seller's procurement risk», Schlechtriem, Oxford, 2 ed, 1998, side 613 flg.).

I NU 1984: 5 side 288 blir dette standpunktet begrunnet med at dersom man kunne ha valgt en annen leverandør med mangelfrie varer, foreligger ikke et objektivt hinder for riktig oppfyllelse. Synspunktet viderefører en lang tradisjon med tilknytning til tolkingen av gkjl. § 24 om force majeure og den tyske umulighetslæren. Det var ikke tilstrekkelig at den enkelte selger ble forhindret i å levere, såkalt subjektiv umulighet, umuligheten måtte ramme alle og enhver (objektiv umulighet), jf. eksempelvis Tore Almén, *Om Köp och Byte av Løs Egendom*, Del 1, Stockholm, 1934, side 312–13. Av denne grunn er det også unødvendig å ty til identifikasjonsregelen i § 40, jf. § 27 (2). Resultatet følger allerede av hovedregelen i første ledd.

(5) *Grensen mellom direkte og indirekte tap (avsnittene 56 til 64)*: Kontrollansvaret etter kjl. § 40 andre ledd omfatter bare direkte tap. Er tapet et indirekte tap, må ansvaret begrunnes med culpa eller garanti, jf. tredje ledd. Siden Høyesterett konstaterte at selger ikke kunne bebreides, og påstanden om garanti var frafalt, kom spørsmålet om grensen mellom direkte og indirekte tap på spissen.

Kjøpsloven definerer positivt og uttømmende hva som er et indirekte tap i kjl. § 67 (2) ved hjelp av fire tapskategorier. Hvis et tap ikke kan plasseres i noen av disse kategoriene, vil tapet være et direkte tap og gi grunnlag for bruk av kontrollansvar. En viss modifikasjon av reglene finner vi i bestemmelsens tredje ledd (surrogatregelen og tapsbegrensningsregelen).

Selgeren anførte to bestemmelser i kjl. § 67 (2) som grunnlag for å definere tapet som indirekte tap:

For det første ble kategori

d) påberopt. Høyesterett hadde imidlertid allerede under drøftelsen av om kjøpslovens regler kom til anvendelse, fastslått at skade på gjenstander som har «nær og direkte sammenheng» med salgsgjenstanden, er å betrakte som direkte tap, og viste til denne drøftelsen.

For det andre ble det vist til kategori a). Etter denne bestemmelsen skal som indirekte tap regnes «tap som følge av minsket eller bortfalt produksjon eller omsetning (driftsavbrudd)».

Umiddelbart synes denne beskrivelsen å passe på det oppståtte tapet hos agurkprodusenten. Her foretok imidlertid Høyesterett en innskrenkende fortolkning av lovens ordlyd. Dette skjedde med ankerfeste i forarbeidene til kjøpsloven. I Ot.prp. nr. 80 (1986–87) side 123 framheves det at «Bokstav (a) gjelder tap i form av *drifts-avbrudd*». På denne bakgrunnen anfører Høyesterett følgende: «Som det fremgår, tar bestemmelsen sikte på tilfeller hvor produksjonen eller omsetningen blir redusert fordi innkjøpte driftsmidler er mangelfulle eller forsinket, eller fordi kjøperen får problemer med lagerkapasiteten ved forsinket eller mangelfull vareleveranse.» Siden dette ikke var tilfellet i den aktuelle saken, ble omsetningstapet betraktet som direkte tap. (Utgiftene til å undersøke splittbambuspinnene falt ikke under noen av kategoriene i kjl. § 67 andre ledd, og vil av den grunn måtte betraktes som direkte tap. Og utgiftene til bekjempelse av sykdommen betraktes under enhver omstendighet som direkte tap etter tredje ledd.)

Et nærliggende tilleggsargument hadde kanskje vært å tolke bestemmelsen i litra a innskrenkende i lys av konstruksjonen i kategori d). Når lovgiver i litra d – motsetningsvis – karakteriserer en gruppe av produktskader som direkte tap, ville det være noe påfallende om bestemmelsen i litra a likevel gjorde dette til indirekte tap.

(6) *Adekvat årsakssammenheng (avsnittene 65 til 69)*: Det store skadeomfanget sett i forhold til

kontraktgjenstandens verdi gjorde at Høyesterett også måtte ta standpunkt til om tapet stod i en adekvat årsakssammenheng med mangelen.

Høyesterett legger til grunn at kjl. § 67 (1) andre punktum gir uttrykk for en generell adekvansbegrensning av erstatningsansvaret, se avsnitt 66. Siden tapet er karakterisert som et direkte tap, er det bare tapets omfang som det er nødvendig å bedømme etter adekvansregelen.

Som tidligere nevnt var tapet på 3 400 000 kroner, mens salgsgjenstandens verdi bare lå på 7000–8000 kroner. Også her trekker Høyesterett inn at tapet må karakteriseres som et direkte tap, og det framholdes: «Tapet må imidlertid som nevnt anses som et direkte tap, og dersom et gartneri får en grønmmuggsmitte i kulturen, kan det føre til et omfattende tap.» Dermed kunne ikke tapet anses som upåregnelig for selgeren.

Det har vært antatt at det også kan legges vekt på en konkret rimelighetsvurdering ved avgjørelsen av adekvansspørsmålet, se Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, Oslo, 2003, side 532. Høyesterett anmerker imidlertid at et slikt rimelighetsaspekt først og fremst må vurderes etter kjl. § 70 andre ledd, som inneholder en særlig lempingsregel, se (7) nedenfor.

(7) *Spørsmålet om lemping (avsnitt 70)*: Selgeren hadde ikke påberopt seg lemping av et eventuelt ansvar etter kjl. § 70 andre ledd. Høyesterett konstaterer da også kort at det heller ikke kan ses å være grunnlag for noen lemping siden selger hadde en ansvarsforsikring som dekker det aktuelle ansvaret.

Sett i forhold til ordlyden i kjl. § 70 (2), og forarbeidenes kommentarer til bestemmelsen, er Høyesterett på dette punktet temmelig knapp ved alene å vise til ansvarsforsikringen. Etter skl. § 5-2 vil en forsikring, eller en nærliggende forsikringsmulighet, regelmessig være avgjørende. Temaet i kjl. § 70 (2) er imidlertid formulert annerledes. Det framhevede vurderingsspørsmålet i lovteksten er om erstatning vil

virke urimelig «ut fra tapets størrelse i forhold til det tap som vanligvis oppstår i liknende tilfelle». Selv om det følger av ordlyden at også andre forhold kan trekkes inn i vurderingen, så som forsikringsadgangen, burde hovedproblemstillingen vært berørt av Høyesterett.

(8) *Hvorvidt en ansvarsbegrensning var avtalt (avsnittene 71 til 74):* Til slutt i domsgrunnene vurderer Høyesterett om en ansvarsbegrensning inntatt i de sluttsedler som fulgte fraktbrevene, kunne gjøres gjeldende overfor kjøper. Etter bestemmelsene i sluttseddelen var ansvaret under enhver omstendighet begrenset til faktura-verdien av bambuspinnene.

Høyesterett fant imidlertid at klausulen ikke var vedtatt av kjøperen. Som begrunnelse for sitt standpunkt framholdt Høyesterett for det første at salgsbetingelsene ikke hadde «vært omtalt i forhandlingene mellom partene». For det andre var bestemmelsene «ikke gitt noen fremtredende plass», og for det tredje medførte klausulen en «betydelig overføring av risiko fra selger til kjøper».

I sitt resultat er Høyesterett på dette punktet helt på linje med Rt. 1968 side 1188 Pakkseddeldommen. Det er likevel interessant å holde begrunnelsen fra 1968 opp mot begrunnelsen fra 2004.

I Pakkseddeldommen er Høyesterett temmelig kategorisk avvissende til vedtakelse. Eksempelvis tilla man det ikke vekt at «den omhandlede klausul for de aller fleste vil fortone seg som betydningsløs», og Høyesterett anså det unødvendig å gå inn på spørsmålet om forbeholdet var tatt på en «tilstrekkelig tydelig måte».

I agurkdommen derimot trekkes disse forholdene inn i argumentasjonen. Muligens innvarsler dette et noe mer nyansert syn på bruken av etterfølgende kontraktklausuler. Dersom det dreier seg om en naturlig etterfølgende detaljering eller spesifisering av en avtale hvor partene har nøyd seg med å fastslå hovedpunktene, kanskje også med et ankerfeste i partenes samtaler på avtaletidspunktet, bør det være en viss åpning for å tillate

suppleringer av avtalen. Dette må i tilfelle kombineres med en reklamasjonsplikt eller en reservasjonsrett for kjøper.

*Lasse Simonsen*

## ENTREPRISERETT

### Spørsmålet om bristende forutsetninger og terskelen for avtale-revisjon. Voldgiftsdom avsagt 5. juli 2004 (advokat Christian Fr. Michelet, formann, advokat Jon R. Gundersen, professor dr. juris Viggo Hagstrøm).

Dommen er avsagt under dissens (2–1). Om det prinsipielle spørsmål, som det ikke synes å ha vært uenighet om, ble det uttalt: «Det har lenge vært hevdet som en sikker setning innen entrepriseretten, at vår rett anerkjenner som en grunnleggende premiss for entreprenørens kontraktsforpliktelse at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data, jf. Rt. 1999 s. 922 (på s. 931 f.). En vesentlig svikt i disse forutsetninger, og dermed en vesentlig svikt i kalkylen entreprenøren har gjort m.h.t. tid og pris, vil gi entreprenøren rett til justering av kontrakten. Dette betyr at entreprenøren kan bli tilkjent tilleggsvederlag dersom de byrder entreprenøren påføres står i klart misforhold til dem en kunne ta i betraktning da avtalen ble inngått.»

Forutsetningslæren har spilt en ikke ubetydelig rolle i entrepriseretten. Riktignok er en del forhold som ellers ville vært oppfattet som forutsetningsspørsmål, direkte regulert i standardene, eksempelvis gjennom bestemmelsene om uforutsette hindringer i NS 3431 pkt. 22.2. Praktisk viktige forutsetningstilfelle som er uregulert, er gjerne uriktige forutsetninger, eksempelvis om grunnforhold. Men det er hevet over enhver tvil at også spørsmål om egentlige bristende forutsetninger kan gjøres gjeldende, eksempelvis svikt i slikt som tilgang til elektrisk kraft og vann, transportmuligheter osv. på byggeplass.

Terskelen for avtale-revisjon i

entreprisekontrakter etter forutsetningslæren har etter voldgiftsrettens mening vært lavere enn i andre kontraktstyper der forutsetningslæren har vært anvendt, eksempelvis i kjøp. Sandvik: *Entreprenørrisikoen* (1966) s. 293 f. fremholder således: «Noe ... spekulasjonspreg kan det ... ikke sies at entrepriserkontraktene har. Vel er det så at det på mange punkter gjør seg gjeldende en viss usikkerhet med hensyn til de faktiske forhold en vil møte under kontraktsoppfyllelsen, og at en må ta hensyn til dette når offergrensen skal fastlegges. Når kontrakten slutes etter en anbudskonkurranse, vil imidlertid begge parter være fullt på det rene med at det ikke blir tale om å operere med en synderlig stor risikomargin for den entreprenør som skal kunne levere et konkurransedyktig tilbud. Når begge parter er klar over dette, vil det uvegerlig måtte spille inn når en skal vurdere hvor langt usikkerhetsmomentene skal influere på «offergrensen».» En sammenfatning av det rådende syn på dette område er gitt i en prinsipielt anlagt voldgiftssak i RG 1992 s. 728 (formann professor Sjur Brækhus). Dommen bygger på den betraktningen at «Hvis rettsordenen påla entreprenøren å bære risikoen for hindringer som man nok vet kan inntreffe, men som man normalt ikke regner med, måtte entreprenøren legge inn et betydelig risikotillegg i sitt tilbud. Prissettingen blir mer rasjonell hvis entreprenøren kan basere tilbudet på en normalsituasjon, med rett til å kreve tilleggsbetaling dersom forholdene viser seg å avvike så sterkt fra det normale at hans kalkyler sprekker helt» (s. 743).

*Viggo Hagstrøm*

### PERSONSKADE. GRENSEN MELLOM EIERINNTTEKT (UTBYTTE) OG LØNN

**M og PAS mot If Skadeforsikring NUF (Borgarting lagmannsrett 5. mars 2004, LB-2003-14218). Saken behandles av Høyesterett i uke 46.**

1. Saken omhandler krav om erstatning for inntektstap ved personskade. Skadelidte M ble trafikkskadet i 1997. Ulykken påførte fysiske og psykiske skader. Ms ervervsuførhet ble av Borgarting lagmannsrett anslått til 30–40 %.

Vurderingstemaet er om skadelidte kan kreve erstatning for tapt utbytte fra aksjeselskapet PAS, som han fullt ut eier og er nøkkelpersonen i, eller om aksjeselskapet eventuelt kan kreve det tapte overskuddet erstattet.

Partene er enige om at det foreligger ansvarsgrunnlag etter bilansvarsloven § 8, og at det er årsakssammenheng mellom skaden og det økonomiske tapet. Tvisten er avgrenset til hvem som kan kreve tapet erstattet, samt erstatningens størrelse.

M tok ut søksmål mot trafikksikreren If Skadeforsikring NUF (If). Forsikringsselskapet motsatte seg kravet, og påsto seg frifunnet. If hevdet videre at aksjeselskapet var rett saksøker, ikke M. Som følge av dette anla også PAS søksmål, som imidlertid ble gjort subsidiært i forhold til Ms personlige søksmål. If bestred at aksjeselskapets økonomiske tap var erstatningsberettiget.

Ytre Follo tingrett påla If erstatningsansvar for Ms personlige tap, men frifant forsikringsselskapet i søksmålet fra PAS. If ble pålagt å betale ca. kr. 23 000 i ervervstaperstatning, i tillegg til anslagsvis kr. 580 000 som allerede var utbetalt.

Både M og PAS påanket dommen. For lagmannsretten aksepterte M tingrettens utmåling av det rene lønnstapet, samt frafalt kravet på merutgifter utover det som

allerede var utbetalt fra If.

Saken reiser interessante spørsmål om grensen mellom lønnsinntekt og eierinntekt (utbytte) ved utmåling av erstatning etter skadestatsloven (skl.) § 3-1.

2. Skadelidte M anførte i hovedtrekk at tingretten har trukket for vidtrekkende konklusjoner av selskapsrettslige utgangspunkter, og at prinsippet om full erstatning tilsier at eierinntekten har erstatningsvern på hans hånd. Videre fremhevet M at eierinntekt og lønnverken kan utskilles eller behandles ulikt ved et lite aksjeselskap som i den foreliggende saken. Det ble vist til Ot.prp. nr. 4 (1972–73) s. 15, samt norsk og svensk teori, jf. hhv. Nygaard *Skade og ansvar* (2000) s. 97 og Andersson *Trepartsrelasjoner i skadestandsretten* (1997) s. 118–120.

Til støtte for sitt rettssyn viste skadelidte også til flere underrettsdommer. M sondret imidlertid mot Eidsivating lagmannsretts dom 20. juni 2003, som trekker et prinsipielt skille mellom tap/krav på aksjeselskapet LAS sin hånd og aksjonæren J sin hånd. Begrunnelsen fra M var at han som arbeidstaker hadde sterkere tilknytning til aksjeselskapet PAS, enn J hadde i forhold til LAS. Det ble også påpekt at lagmannsrettsdommen atskilte seg fra nærværende sak ved å omhandle erstatning etter en persons død, jf. bl.a. skl. § 3-4.

M underbygget endelig kravet med reelle hensyn. Det ble særlig påpekt at en sondring mellom eierinntekt og lønn basert på formalbetraktninger, vil stride mot gjenoppbyggingshensynet. En slik tvedeling vil også lede til irrasjonelle tilpasninger før og etter skade. Skadelidte fremhevet videre harmonihensyn, idet «sammenhengen mellom første og annet ledd i skl § 3-1 [blir] dårligere med et slikt skille».

I det subsidiære saksanlegget anførte PAS at tapet måtte dekkes etter den ulovfestede læren om tredjemannstap, og viste til bl.a. *Kabel* (Rt. 1955 s. 872), *Flymanøver* (Rt. 1973 s. 1268) og *Arbeidsgiveravgift* (Rt. 2000 s. 1756). Det ble fra aksjeselskapet lagt vekt på

at M var den eneste og avgjørende nøkkelpersonen i selskapet. Endelig ble det anført at tapet var påregnelig, under henvisning til *Metningsdykker* (Rt. 2003 s. 338).

3. If på sin side hevdet at «[d]et er et grunnleggende skille mellom et aksjeselskaps rettigheter og aksjonærens rettigheter». Synspunktet ble forankret i Eidsivating lagmannsretts dom 20. juni 2003, samt Rt. 1990 s. 1203, Rt. 1994 s. 1004 og den svenske avgjørelsen inntatt i NJA 1975 s. 533. Forsikringsselskapet anførte videre at en sondring ville medføre retts tekniske og beregnings tekniske vanskeligheter, samt at skadelidte «ikke kunne høste fordelene av aksjeselskapsformen uten å ta ulempene».

If motsatte seg videre den konkrete erstatningsberegningen, hvor kravet ble ansett for å være fastsatt for høyt.

Når det gjaldt søksmålet fra PAS, hevdet If at arbeidsgiver ikke er omfattet av den personkretsen som nyter erstatningsvern. Det ble også i denne sammenhengen vist til *Kabel*, *Flymanøver* og *Arbeidsgiveravgift*, samt den angitte dommen fra Eidsivating lagmannsrett.

Av de reelle hensynene ble det påpekt at aksjeselskapet kunne tegnet en nøkkelmansforsikring.

Subsidiært bestred If den konkrete utmålingen. Det ble særlig fremhevet at aksjeselskapet har en innretningsplikt, og at skadelidte må forutsettes å kunne begrense tapet over tid ved å erstatte de bortfalte (nøkkelmans)funksjoner.

4. Lagmannsretten tar utgangspunkt i en alminnelig språkforståelse av *ordlyden* i skl. § 3-1. Lovtolkningen er nært relatert til det aktuelle faktumet, og er således ikke helt generell. I den konkrete vurderingen legger retten vekt på den nære sammenhengen mellom selskapsresultatene og skadelidtes personlige innsats i form av arbeidsmengde, kreativitet og personlig engasjement. Det ble også fremhevet at virksomheten har få faste, driftsuavhengige kostnader. På denne bakgrunnen fremsto

aksjeselskapet kun som én del av skadelidtes samlede inntektsarrangement. Etter rettens syn hadde utbytte «nærmest karakter av avkastning på utnyttningen av Ms personlige ressurser». Utfallet av ordlydsfortolkningen av skl. § 3-1 ble derfor at «[f]orskjellen mellom lønn og utbytte fortoner seg ... som svært liten».

5. Videre fremhever retten prinsippet om *full* erstatning. Lagmannsretten legger vekt på det bærende legislative hensynet om *gjenopprettelse*, som etter dens syn «tilsier at den produktive ervervsvevnen vernes». Ut fra det konkrete faktumet taler restitusjonsbetraktningene samtidig «mot et skille mellom tap i lønn og tap i eierinntekt». Ved at kravet fra PAS ble gjort til gjenstand for et eget søksmål, var det heller ingen risiko for dobbeltkompensasjon. Lagmannsretten bemerker (obiter) at den «heller ikke [kan] se slik fare i andre tilfeller».

6. Lagmannsrettens rettsoppfatning forankres også i *prevensjonshensynet*, som er det andre grunnhensynet i erstatningsretten. Etter rettens oppfatning går «[e]t skille mellom tap i lønn og tapt utbytte i et slikt tilfelle ... på tvers av ønsket om å forebygge skader». Retten påpeker videre at en avskjæring av erstatning ut fra Ms inntektsarrangement, ville innebære en «tilfeldig fordel» for forsikringsselskapet. Synspunktet suppleres av den mer generelle konsekvensorienterte betraktningen om at «dersom slike arrangementer er eller blir vanlige, ville skillet også lett redusere de signalene som erstatningskravene gir til potensielle skadevoldere, blant annet via premier og forsikringsvilkår».

Gjennom vurderingene av prevensjonshensyn, fremhever lagmannsretten erstatningsrettens moraldannende funksjon.

7. Endelig støttes løsningen på forskjellige *reelle hensyn*, herunder praktikabilitetshensyn. Vurderingen er trolig foranlediget av Ifs anførsel om at Ms krav som aksjonær i aksjeselskapet vil lede til

rettstekniske og beregningstekniske vanskeligheter. Lagmannsretten finner på sin side at disse problemene ikke er større enn man «uansett må regne med ved den praktiske håndteringen av erstatningsrettens grunnvilkår».

8. Etter en samlet vurdering av rettskildematerialet, finner Borgarting lagmannsrett at det ikke kan innfortolkes et skille mellom lønn og forventet utbytte med virkning for Ms krav. Uten eksplisitt å anvende juridisk teori i argumentasjonen, bemerkes at det utledete rettsynet samsvarer med Nygaards rettsoppfatning i *Skade og ansvar* (2000) s. 97.

9. Lagmannsretten foretar deretter en konkret erstatningsutmåling, som er av begrenset rettslig interesse. Det ble lagt til grunn at M ville ha drevet PAS frem til 2015, og at han i denne perioden ville tatt ut virksomhetens overskudd som utbytte. Det ble videre lagt til grunn at M før skaden hadde nedlagt en ekstraordinær arbeidsinnsats, og at han også uten skaden ville arbeidet mer enn normale arbeidsuker.

Ved fastsettelsen av ervervsuførheten avgir lagmannsretten imidlertid en uttalelse om medisinsk sakkyndiges vurderinger som er verdt å påpeke. Retten hevder at «[s]like medisinskfaglige anslag har imidlertid den svakhet at de bygger på en *standardpreget* vurdering bl.a. slik at uførheten vurderes i lys av normal arbeidstid.» (min kursivering) Av den grunn fastsetter ikke retten noen bestemt uførhetsgrad for M, men antar at den ligger i sjiktet 30–40 %.

Det lidte tapet ble fastsatt til 1,4 millioner kroner. Det ble ikke gitt skattepåslag, idet «det i realiteten ikke ville vært skatt på slikt utbytte». Lagmannsretten legger derfor til grunn at det heller ikke blir skatt på «surrogatet», det vil si erstatningen. Det fremtidige ervervstapet ble fastsatt til 1 million kroner, som med påslag av 25 % skatteulempe utgjorde kr. 1 250 000.

Lagmannsretten tilkjente etter dette M kr. 2 650 000 som samlet ervervstaperstatning.

10. Dommen ble av både If og PAS anket til Høyesterett. Ved avgjørelse 27. mai 2004 henviste Høyesteretts kjæremålsutvalg sakene til felles behandling. Temaet for Høyesterett er avgrenset til lagmannsrettens rettsanvendelse.

Etter mitt syn anlegger lagmannsretten en adekvat rettskildemessig tilnærming basert på de sentrale hensynene og hovedprinsippene i erstatningsretten. Disse danner naturlige utgangspunkter for vurderingen, idet de angir rammen for løsningen av rettsproblemet. Det kan kanskje innvendes at lagmannsretten i beskjedne grad har vurdert andre, mer spesifikke, rettskilder som omhandler beslektede problemstillinger/temaer. Når lagmannsretten finner at tapet er oppstått på Ms hånd, er det imidlertid naturlig at retten ikke inngående behandler eksempelvis den rettspraksis som partene har vist til (se punkt 2 og 3).

Borgarting lagmannsretts dom er blant praktiserende erstatningsjurister sammenliknet med (og kontrastert mot) Oslo byretts dom 12. desember 1996 og Eidsivating lagmannsretts dom 20. juni 2003. I byrettsdommen fikk skadelidte ikke medhold i kravet om erstatning for redusert utbytte som følge av ervervsuførhet. Oslo byrett hevdet at skadelidte ikke kunne gjøre gjeldende et slikt krav, som i så fall måtte fremmes av aksjeselskapet. I den omtalte dommen fra Eidsivating lagmannsrett, angis det (tilsvarende) at «[d]et må sondres mellom selskapets krav og krav som tilkommer aksjonærene. F [etterlatte] kan ikke gjøre selskapets krav gjeldende, selv om hun har en økonomisk interesse av selskapets status.» Dommen ble rettskraftig ved Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 22. september 2003, som avviser anken etter tvistemålsloven § 373 (4). Ved at dommen omhandler erstatning ved en persons død, skiller den seg fra den aktuelle saken. Synspunktet ble imidlertid reflektert (på nytt) i førsteinstansbehandlingen av den her omtalte saken, se den tilnærmet like lydende formuleringen i Ytre Follo tingretts dom s. 14–15.

Grovt skissert og oppsummert avspeiler rettspraksis to hovedretninger i argumentasjonslinjene. Den ene fremhever formelle (selskapsrettslige) betraktninger, mens den andre mer er orientert mot kartlegging av det reelle tapet og gjenoppretelse av dette.

Den rettslige situasjonen kan i øyeblikket fortone seg som noe uklar. Det er derfor hensiktsmessig at temaet blir behandlet av Høyesterett. Saken berører en av de mange intrikate problemstillingene ved erstatning for tredjemannstap. Grensedragningen mellom eierinntekt og lønnsinntekt vil kaste lys over betydningen av å sondre mellom direkte og indirekte skadessubjekter, hvilket er av prinsipiell erstatningsrettslig interesse. Det er derfor å håpe at Høyesterett vil trekke opp prinsipper og retningslinjer, slik at vi får noen tiltrente preferanser for vurderingen innen denne delen av personskadeerstatningsretten.

Høyesterettsdommen vil bli omhandlet i neste nummer av *Nytt i privatretten*.

*Morten Kjelland*

## IMMATERIALRETT

### DESIGNRETT

#### Slutt på designvern for «must match-reservedeler»?

Mønsterverndirektivet har i art. 14 en overgangsbestemmelse om at statene inntil direktivet endres skal beholde sine internrettslige regler om design for komponenter som anvendes til reparasjon av et sammensatt produkt for å gi det tilbake dets opprinnelige utseende («must match-deler»), og skal foreta endringer i disse reglene bare dersom formålet er å liberalisere markedet for slike komponenter. Under henvisning til denne overgangsbestemmelsen fastsetter designloven (15/2003) § 23 annet ledd en lengste vernetid på 5 år (mot ellers 25 år) for design til slike deler.

En studie utført for Kommissjo-

nen har vist at prisnivået for reservedeler for biler er «significantly higher» i stater som gir designvern for slike deler enn i stater som ikke gir slikt vern, og gir grunnlag for å anta at markedene «are systematically distorted», «to the detriment of consumers».

Kommisjonen har på denne bakgrunn i september 2004 fremlagt forslag om å endre Mønsterverndirektivet, slik at det ikke skal gis designvern for design til komponenter i et sammensatt produkt, for anvendelse ved reparasjon av det sammensatte produkt for å gi det tilbake dets opprinnelige utseende.

En tilsvarende endring er allerede gjennomført i regelverket om fellesskapsmønstre (OHIM-registreringer).

*Birger Stuevold Lassen*

## VAREMERKERETT

### Høyesterettsdommer om parallellimport, Rt. 2004 s. 904 (Paranova) og dom av 7. oktober 2004 i ankesak 2004-01671-A (Volvoimport.no)

Høyesterett har i løpet av en tre måneders periode avsagt to dommer vedrørende markedsføring av parallellimporterte produkter.

Ved dom av 8. juni 2004, Rt. 2004 s. 904, kom Høyesterett til at firmaet Paranova, som er spesialisert på parallellimport av legemidler, ikke gjorde inngrep i legemiddelprodusentens Mercks varemerkerett ved å påføre egne fargestriper på lovlig ompakket emballasje ved siden av Mercks produktvaremerke. Dermed kom Høyesterett til motsatt resultat av Borgarting lagmannsrett, som i sin dom av 14. januar 2002 (omtalt i *Nytt i Privatretten* nr. 2/2002) forbød Paranova å markedsføre ompakkede produkter påført grafiske elementer som en del av emballasjens design. Lagmannsrettens dom gjaldt også påføring av ordelementet Paranova samt logo, men kun spørsmålet vedrørende de grafiske elementene (fargestripene) var gjenstand for

anken til Høyesterett. Det var i saken stilt spørsmål til EFTA-domstolen vedrørende tolkningen av konsumsjonsregelen i varemerkedirektivets art. 7, jf. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse av 8. juli 2003 (referert i *Nytt i Privatretten* nr. 3/2003).

Dommen av 7. oktober 2004 gjaldt en parallellimportør av Volvo personbiler, Hoppestad, som hadde registrert domenenavnet «volvoimport.no» og annonsert sine produkter på sin hjemmeside under dette domenenavnet. Høyesterett stadfestet Agder lagmannsretts dom av 26. november 2003, som forbød Hoppestads bruk av domenenavnet «volvoimport.no». I denne saken var det ikke stilt tolknings spørsmål til EFTA-domstolen, noe som kan være en medvirkende forklaring til de ulikheter i tilnærming til problemene knyttet til markedsføring av parallellimporterte varer som kan spores mellom denne dommen og Paranova-dommen avsagt tre måneder tidligere.

Begge sakene gjelder tolkningen av varemerkelovens § 4, som bestemmer at ingen annen enn innehaveren kan bruke samme varemerke i næringsvirksomhet, sammenholdt med det såkalte konsumsjonsprinsippet som er nedfelt i varemerkedirektivets art. 7 og følger av ulovfestede prinsipper i norsk rett. Men i Volvoimportdommen trekker Høyesterett også inn § 6 om forvekslingsfare (første ledd) samt det såkalte «Kodak-ernet» for velkjente varemerker (annet ledd).

I Paranova-dommen, der Høyesterett fremhevet at det skal «meget til for at Høyesterett skal fravike det [EFTA-]domstolen uttaler om de EØS-rettslige bestemmelsene, og ganske særlig på et område som det foreliggende, hvor EU- og EØS-retten er spesialisert og utviklet», trakk retten frem hensynet til parallellimportøren som et selvstendig hensyn som kan utledes av reglene om frie varebevegelser i EØS-avtalens art. 11–13. Dette skjedde på bakgrunn av EFTA-domstolens henvisning til at spørsmålet om varemerke innehaveren har berettiget grunn til å motsette seg paral-

lellimportørens bruk av hans varemerke ved markedsføringen av de parallellimporterte varer, jf. varemerkedirektivets art. 7(2), forutsetter en «omfattende faktisk vurdering som gir en omhyggelig interesseavveining» (EFTA-domstolen premiss 47, jf. Høyesterett premiss 71). I EFTA-domstolens rådgivende uttalelse var det presisert at det såkalte nødvendighetskravet, som EF-domstolen har trukket frem i saker vedrørende ompakking av legemidler (se f.eks. *Nytt i Privatretten* nr. 2/2002), ikke kan anvendes «mekanisk» på spørsmålet om parallellimportørens adgang til å påføre pakningene egne varemerker ved siden av varemerkeinnhaverens produktmerke. Begrunnelsen var at parallellimportøren etter å ha foretatt en lovlig ompakking av produktene, er å anse som en aktør på like fot med varemerkeinnhaveren, og at å «anvende nødvendighetskriteriet på parallellimportørens markedsatferd etter at denne har oppnådd markedsadgang, særlig på dens strategi med hensyn til produktpresensasjon, som reklame eller pakningsdesign, ville utgjøre en uforholdsmessig begrensning av det frie varebyttet». På den bakgrunn uttalte Høyesterett at hensynet til parallellimportøren tilsier ... «ikke bare at parallellimportøren må kunne markedsføre ompakkelegemidler, men at han også må kunne gis en rimelig mulighet for å presentere sine varer for publikum, dvs. at han må gis et visst spillerom for en strategi for produktpresensasjon» (Høyesterett premiss 73, jf. EFTA-domstolen premiss 45).

Med dette som bakgrunn gikk Høyesterett gjennom enkelte momenter som EF-domstolen har oppstilt i sine dommer om ompakking og markedsføring av parallellimporterte varer, og som EFTA-domstolen trakk frem i sin rådgivende uttalelse, samt varemerkeinnhaverens anførsler.

Høyesterett avviste således at Paranovas konsekvente bruk av fargestriper på ytterpakningene kunne skade produktvaremerkets eller varemerkeinnhaverens omdømme.

Videre ble det også avvist at bruken av fargestriper bidro til å gi inntrykk av *kommersiell forbindelse* mellom parallellimportøren og produsenten/direkteimportøren. Blant annet ble det lagt vekt på at dette søkes motvirket av kravet om at parallellimportørens emballasje skal navngi både produsent og importør. Høyesterett uttalte også at de aktuelle fargestripene var for lite distinktive til å gi inntrykk av å være design eller varemerke, og at man vanskelig kunne se at det kunne foreligge en fare for å forbinde parallellimportøren med varemerkeinnhaveren så lenge Paranova ble forbudt å benytte sitt varemerke og logo på pakningene. Høyesterett tok heller ikke til følge Mercks anførsel om at bruken av produktvaremerket i forskjellig pakningsdesign kunne medføre en *degenerering* av varemerket, idet denne innsigelsen etter Høyesteretts oppfatning i første rekke rammet selve ordningen med parallellimport, og ikke Paranovas konsekvente bruk av fargestriper ved utformingen av emballasjen. På liknende måte ble også Mercks anførsel om at Paranovas pakningsdesign medfører at parallellimportøren *snylter på varemerkeinnhaverens goodwill* tilbakevist. Det er, ifølge Høyesterett, selve ordningen med parallellimport som åpner for utnyttelse av produsentens goodwill, mens den konsekvente utformingen av Paranovas emballasje hadde ingen – eller svært liten – betydning i så henseende.

Høyesterett avviste også at Paranovas bruk av fargestriper kunne forbyes på grunnlag av forbudet mot illojal markedsføring i markedsføringslovens § 1 og/eller forbudet mot villedende forretningsmetoder i § 2. Det ble bemerket at også markedsføringslovens regler forutsatte en interesseavveining, og at det ville være de samme momentene som kom inn ved vurderingen som ved det varemerkerettslige spørsmål.

I dommen av 7. oktober 2004 om bruken av domenenavnet «volvoimport.no» drøftes som nevnt spørsmålet i lys av både § 4 og § 6 i varemerkeloven, sammenholdt med konsumpsjonsprinsip-

pet i varemerkedirektivets art. 7. Høyesterett viste her til uttalelsen i Paranova-saken om at det skal foretas en «omhyggelig interesseavveining», og uttalte at «sentrale momenter i denne vurderingen vil være om bruken av «volvoimport» skaper et inntrykk av at det er tilhørighet eller en sentral forbindelse mellom Hoppestads virksomhet og Volvokonsernet, om bruken er nødvendig av hensyn til formålet med [varemerkedirektivets] art. 7, som er å sikre en effektiv konkurrerende import, og om bruken har preg av urimelig utnyttelse av varemerket Volvo».

Til det førstnevnte momentet bemerket Høyesterett at bruken av «volvo» i domenenavnet skaper en sterk forventning hos publikum om at det er tilhørighet eller i alle fall en forretningsmessig forbindelse mellom Hoppestad og Volvokonsernet. Riktignok gikk det frem av Hoppestads hjemmeside at han var en uavhengig importør. Men, uttalte Høyesterett, det blir man først oppmerksom på når man er kommet inn på hjemmesiden, og da har det allerede skjedd en utnyttelse av goodwill. Videre fremhevet Høyesterett at bruken av «volvo» i domenenavnet ikke kunne være nødvendig for å fremme Hoppestads interesser som konkurrerende importør, og at det ikke var rimelig at Hoppestad ved å bruke et domenenavn hvor et varemerke med Kodakvern er det sentrale element, blir spart for betydelige markedsføringsutgifter. På den bakgrunn fant Høyesterett at Volvo Personbiler Norge AS måtte sies å ha «berettiget grunn» til å motsette seg Hoppestads bruk av domenenavnet «volvoimport.no», jf. varemerkedirektivets art. 7(2).

Mye kan sies om disse to dommene. Her skal jeg begrense meg til noen få bemerkninger. Selv om de to sakene gjelder forskjellige faktiske forhold, og det slik sett ikke er noe å si på at *resultatene* i sakene falt ulikt ut, er det påfallende ulikheter i Høyesteretts *tilnærming* til problemene. I Paranova-saken nedtonet Høyesterett spørsmålet om bruken av fargestripene var nødvendige ved markedsføringen av de parallellimport-



terte produkter, med henvisning til EFTA-domstolens bemerkning om at nødvendighetskriteriet ikke skal anvendes «mekanisk» overfor parallellimportørens markedsførings tiltak. Motsatt fremsto nødvendigheten av å benytte domenenavnet «volvoimport.no» ved markedsføringen av Hoppestadts parallellimporterte biler som et helt sentralt moment i Volvoimportsaken. Videre skiller Høyesterett i Paranova-saken tydelig mellom spørsmålet om det pretereres en forbindelse mellom parallellimportør og produsent, og spørsmålet om parallellimportørens markedsatferd innebærer en urimelig utnyttelse av produsentens goodwill. I Volvoimportsaken kobles derimot disse spørsmålene sammen ved Høyesteretts uttalelse om at det allerede har skjedd en utnyttelse av produsentens goodwill når forbrukerne på hjemmesiden får beskjed om at domenenavninnehaveren er uavhengig importør av Volvo-biler. Og endelig kan det være grunn til å stille spørsmål både ved nedtoningen av fargestripenes kjenne-tegnsfunksjon og bagatelliseringen av goodwill-aspektet i Paranova-saken, og ved relevansen av varemerkelovens § 6 og ikke minst betydningen av at det dreier seg om et såkalt «Kodak-merke» i Volvoimportsaken. I sum har de to sakene avgjort en helt ulik tone, selv om de begge gjelder samme rettslige hovedproblem, nemlig hvilket spillerom parallellimportøren har ved markedsføringen av sine varer.

Ole-Andreas Rognstad

## FAMILIERETT

### Litteratur

Det nordiske familie- og arverettsprosjektet er nå avsluttet. Det ble satt i gang av de nordiske justisministre ved at det ble nedsatt en arbeidsgruppe bestående av professor Anders Agell, Uppsala, professor Peter Lødrup, Oslo og professor Linda Nielsen, København. Da Linda Nielsen ble valgt til rek-

tor ved Københavns universitet, tok adj. professor Svend Danielsen hennes plass. Som veileder i finsk rett, tok professor Urpo Kangas, Helsingfors, del i arbeidet.

Ifølge mandatet skulle arbeidsgruppen i sin rapport

– redegjøre for de viktigste ulikheter i rettsreglenes utforming, anvendelse og formål

– klargjøre hvilke ulikheter som kan medføre praktiske problemer, f.eks. ved flytting mellom landene, og hvor ofte slike problemer oppstår

– beskrive hvilke spørsmål det fra et praktisk juridisk utgangspunkt er behov for å regulere gjennom et nordisk lovsamarbeid

– beskrive hvilke spørsmål som med utgangspunkt i gjeldende rett kan egne seg for et nordisk lovsamarbeid på kort, middels og lengre sikt

Resultatet av gruppens arbeid foreligger nå komplett og er utgitt som en serie på fire bøker av Nordisk ministerråd. Arbeidsgruppens medlemmer står som eneforfattere av de forskjellige bind. De gir alle en grundig sammenlignende fremstilling av rettsreglene i de fem nordiske land på familierettens og arverettens område, og de inneholder vurderinger av gjeldende rett på en rekke sentrale spørsmål:

– Anders Agell: *Nordisk äktenskapsrätt*, 515 s.

ISBN 92-893-0830-3

– Peter Lødrup: *Nordisk arverett*, 469 s. ISBN 92-9893-0831-1

– Peter Lødrup, Anders Agell og Anna Singer: *Nordisk børneret I*, 482 s. ISBN 92-893-0865-6, hvor Peter Lødrup har skrevet om farskap og morskap (til s. 234) og de to øvrige om underhåll till barn (s. 235-482).

– Svend Danielsen: *Nordisk børneret II Foreldreansvar*, 391 s. ISBN 92-893-0923-7

I denne sammenheng kan nevnes at Svend Danielsen på oppdrag av Nordisk ministerråd har utgitt *Forældres pligter – Børns rettigheder*, 423 s. ISBN 92-893-0974-1.

Denne boken er en sammenlignende fremstilling av reglene om foreldreansvar i den engelske *Children Act* 1989, i *Children (Scotland) Act* 1995, i part VII fra

1995 av den australske *Family Law Act* 1975 og et canadisk lovforslag.

Av annen ny litteratur kan nevnes Lucy Smith og Peter Lødrup: *Barn og foreldre*, 6. utg. Oslo 2004.

Anders Agell: *Äktenskap Samboende Partnerskap*, 3. utg. Uppsala 2004.

Denne boken er standardverket i svensk rett om disse spørsmål.

Örjan Telemann: *Bodelning under äktenskap och vid skilsmässa*. 4. utg. Stockholm 2003.

Boken gir en meget grundig fremstilling av skiftereglene i svensk rett. Selv om de på en rekke punkter atskiller seg fra norsk rett, kaster den lys over spørsmål som også er av interesse for norsk rett.

Peter Lødrup og Eva Modvar (ed.): *Family Life and Human Rights*, Oslo 2004.

Boken gjengir ca. 60 foredrag som ble holdt under den kongress International Society of Family Law arrangerte i Oslo høsten 2002.

### Lotta Dahlstrand: Barns deltagende i familjerettslige prosesser, Uppsala universitet, 2004

Lotta Dahlstrand fikk den juridiske doktorgraden ved Uppsala universitet i 2004 på avhandlingen *Barns deltagande i familjerettsliga prosesser*.

Forfatterens hensikt med dette arbeidet har vært å undersøke hvilke muligheter barn har til å delta i ulike familjerettslige prosesser som angår dem personlig. De prosesser forfatteren har valgt å se nærmere på, er avgjørelser om foreldreansvar (vårdnad), og samværsrett, flytting av foreldreansvar hvis en eller begge foreldre dør, avgjørelser om navnebytte og om adopsjon. Bakgrunnen for valg av tema har vært at det ikke er foretatt mange slike undersøkelser, og at viktige lovendringer har funnet sted uten at man har visst i hvilken utstrekning barn faktisk blir hørt i disse sakene. Forfatteren har undersøkt praksis i 4 tingsretter i

to år før lovreformen fra 1996 om barnets rett til å bli hørt, og i ett år etter reformen. Hovedkonklusjonen er at barnekonvensjonens regler om barns rett til å bli hørt, i mange saker ikke blir fulgt. En interessant observasjon er at dersom loven inneholder klare aldersgrenser, vil barnets mening oftest bli tillagt vekt. Avhandlingen gir også en oversikt over gjeldende svensk rett om barns rett til å bli hørt, nye lovforslag og internasjonale regler.

Avhandlingen vil ha interesse også for norske jurister som arbeider med disse spørsmålene. Norge har imidlertid hatt regler om barns rett til å bli hørt lengre enn i Sverige, og det er etter min mening grunn til å tro at det har utviklet seg en fastere praksis i Norge enn i Sverige når det gjelder barns rett til å bli hørt i rettsaker.

Lucy Smith

## INTERNATIONAL SOCIETY OF FAMILY LAW

arrangerer sin 12 verdenskonferanse i familierett i dagene 19.–23. juli 2005 i Salt Lake City, Utah, USA. Nedenfor følger invitasjonen til konferansen som er åpen for alle. Nærmere opplysninger kan fås ved henvendelse til professor Peter Lødrup under adresse [peter.lodrup@jus.uio.no](mailto:peter.lodrup@jus.uio.no).

### *Notice and Call for Papers*

for the 12<sup>th</sup> World Conference of the International Society of Family Law

### *Family Law – Balancing Interests, Pursuing Priorities*

July 19 – 23, 2005, in Salt Lake City, Utah, USA

### *Theme: Family Law – Balancing Interests, Pursuing Priorities.*

Part of the fascination and frustration of family law is that many diverse and important interests must be recognized, weighed and managed, and policy priorities must be established and effectuated. Family law (like family life) often seems to involve a delicate high-wire «juggling act.» involving the balancing of many important interests while trying to make

progress toward achieve priorities. The balancing of interests and pursuit of priorities in family law often reveals dichotomies and tensions, such as parent-child, spousal-parental, formal-informal, economic-non-economic, autonomy-commitment, rights-responsibilities, nuclear-extended, immediate-long-term, state-family, individual-family, career-family, past-present. Consideration of family laws, doctrines, rules, decisions and reforms from these perspectives can be illuminating. The theme is intended to be *broad and inclusive* and to accommodate papers dealing with a wide range of family law subjects. Papers concerning civil and common law, spousal as well as parent-child issues, traditional as well as non-traditional relations, existing laws as well as proposed reforms, economic as well as non-economic issues, and essential as well as adjective laws are invited.

*Dates:* The Conference will run from Tuesday afternoon, July 19 through Saturday noon, July 23, 2005.

*Venue:* The conference will convene at the *Little America Hotel* in Salt Lake City, Utah. The ISFL has negotiated three different room rates: \$69, or \$99, or \$120 per room, plus taxes (hotel taxes are approximately 11 percent); these special rates also apply for three nights before and three nights after the conference. The hotel is five blocks (about 1/2 mile) south of the main downtown shopping and tourist center of Salt Lake City, Utah. A light rail train runs through the town and stops at the hotel. There is no charge to ride the train from the hotel to the downtown tourist area, or the distance can be walked in about 10–12 minutes. The hotel has a nice swimming pool, garden areas, parking (both outdoor and underground), some ground floor rooms, a large hotel tower, a beautiful ballroom, and meeting rooms.

*Social Program:* On Thursday afternoon, we will travel by bus down to Provo, Utah (45 miles away) to hold our afternoon sessions there and visit Brigham Young University. That evening, we will have a chuck wagon dinner up one

of the mountain canyons. We will also schedule free visits (by bus) on Saturday to several sights of interest including (options) the Great Salt Lake, a «Pioneer Village,» Winter Olympic venues (which in summer offer a variety of activities), and one of the delightful national or state parks nearby. In addition, time will be scheduled for participants to do some sightseeing of historical pioneer sights in downtown Salt Lake City (15 minutes walking distance, or 5 minutes away by free trolley), and walking tours of those sights will be scheduled for accompanying persons (during sessions) and for participants in the non-session times.

### *Convenor:*

Professor Lynn D. Wardle,  
Email: [lynn\\_wardle@byu.edu](mailto:lynn_wardle@byu.edu);  
518 JRCB, Brigham Young University Law School, Provo, UT 84602; tel. (801) 422-2617; fax (801) 422-0391.

### *Conference Manager:*

Ms. Marcene Mason, 553 JRCB, BYU, Provo, UT 84602; tel. (801) 422-2079; fax (801) 422-0391; Email: [masonm@lawgate.byu.edu](mailto:masonm@lawgate.byu.edu)

## VERGEMÅL

### NOU 2004:16 om vergemål

Etter tre og et halvt års godt arbeid har Lødrup-utvalget levert en omfattende innstilling med forslag til reformer av vergemålslovgivningen (vergemålsloven og umyndiggjørelsesloven). Selv om det ikke redegjøres for departementets unnlatesyndes, er det på det rene at reformen mildt sagt er overmoden.

Utvalget foreslår **lovfestet regelen om ugyldighet** for avtaler ved sinnslidelser, så som demens og utviklingshemming. (Det er mulig regelen er ment å gjelde alle slags disposisjoner.) Slik ugyldighet kan også gjøres gjeldende mot en annen part i god tro, som imidlertid vil kunne kreve erstatning på rimelighetsgrunnlag. Utvalget drøfter ikke *når* det er rimelig at en sinnslidende skal betale for følgene av sin lidelse.

Voksne med mentale problemer

kan trenge lovgivningens hjelp for å hindre uheldige disposisjoner, for å kunne skaffe seg goder og for å virke troverdige overfor en potensiell kontraktsmotpart som er i tvil om vedkommendes mentale tilstand. Utvalgets fokus har, som i gjeldende rett, vært **beskyttelsen mot uheldige disposisjoner**. Med mer penger blant folk, økt forbruk, lengre levealder (med alderdomsvekkelse) og nedbygging av institusjoner (psykisk utviklingshemmede!) er kanskje dette noe snevert. Men de foreslåtte reglene kan nok fungere i alle sammenhengene.

Utvalget opprettholder ordningen med at en ved behov relativt enkelt skal kunne få en offentlig oppnevnt fullmektig til å varetas ens rettslige interesser, men at det skal mer til, både materielt og prosessuelt, for å bli fratatt den rettslige handleevnen. I begge tilfeller bruker utkastet terminologien verge og vergemål. **Hjelpevergebegrepet bortfaller**.

**Fratakelse av handleevnen** forutsettes fortsatt å skje bare i unntakstilfeller. I tillegg oppheves helse- og sosialsektorens mange særordninger for klientenes økonomiforvaltning. Utkastet åpner for delvis fratakelse av handleevnen; en gledelig reform.

Nytt er det også at en ved frivillig disposisjon kan frasi seg sin rettslige handleevne for å få en verge, som da ikke kan handle på egen hånd («**samvergemål**»). En slik ordning må etter forslaget godkjennes av retten, siden det dreier seg om fratakelse av handleevne. Rettens oppgave her blir imidlertid å påse at vedkommende har handleevnen i behold, slik at samtykke kan gis. Antakelig er ordningen best egnet for personer med manisk sinnslidelse, skjønt ordningen kan gjøre det vanskelig å få gjort nødvendige disposisjoner i sykdomsperioder. Kanskje er den manisk-depressive like godt tjent med å stole på ugyldighetsreglene.

Utvalget tar det for gitt at **vergens kompetanse bør gjøres så snever som mulig**. Igjen er perspektivet å hindre uheldige disposisjoner mer enn aktiv varetakelse av mulige rettigheter og anskaf-

felse av goder.

For så vidt vergemålet beror på samtykke, vil en kunne **trekke samtykket tilbake**. Siden den vergetrengende normalt ikke trenger å samtykke til overformynderiets eller vergens enkeltdisposisjoner, er dette hans eller hennes sikkerhetsnett. Men den vergetrengende kan i så fall lett bli møtt med at han eller hun ikke (lenger) har rettshandelsevne. Utvalget legger opp til at slike konflikter løses temmelig uformelt. En mer formalisert prosedyre i retten kunne kanskje vært mer betryggende.

For dem som ikke ønsker en offentlig verge, bekrefter forslaget gyldigheten av **fremtidsfullmakter**; fullmakter til f.eks. en sønn eller datter som gjelder også etter at mor eller far er blitt senil. Det nye er at overformynderiets annullere disse ved å oppnevne verge. Jeg synes ikke det er opplagt at slike fullmakter skal kunne settes til side så enkelt. Det statueres for øvrig også formkrav, som det er uklart om skal gjelde de fremtidsfullmakter som måtte etableres før lovens ikrafttredelse.

**Reglene for mindreårige** foreslås stort sett uendret, slik at alle ikke ubetydelige formuer skal forvaltes av overformynderiets. Det foreslås ikke regler for å avklare grensen mellom barns og foreldres formue for eksempel når foreldrene har satt av midler i barnas navn, og heller ikke regler som kan gjøre det praktisk mulig for overformynderiets å inndra midler det skulle ha forvaltet, men som har glidd inn i familieøkonomien. En del institusjoner får imidlertid meldeplikt om midler som skal forvaltes av overformynderiets.

Det klargjøres at den mindreårige kan bli **erstatningsansvarlig** for å ha villedet noen til å inngå avtale.

**Enslige, mindreårige asylsøkere** skal etter forslaget varetas av en egen ordning, der en «representant» får et bredt ansvar for å sørge for at asylsøkeren får det vedkommende har krav på og behov for, og ellers være til hjelp og støtte. Det samme vil vel i noen grad gjelde for en verge. Men med særordningen får denne gruppen spesiell oppmerksomhet. Den

uheldige siden ved særordningen er at for eksempel utgiftsdekningen lett kan bli snevrere enn den som gjelder for verger, fordi det skal fastsettes egne regler.

Reglene om **bevis for alder**, som særlig er viktig for rekkevidden av det spesielle vernet for enslige, mindreårige asylsøkere, drøftes ikke. Dette er et praktisk problem i forbindelse med forskjellige medisinske bevis som føres i marken.

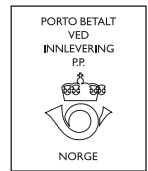
**Forvaltningen av finansielle eiendeler under overformynderiets** skal ikke lenger skje i bank, men i selskaper (flertallet) eller en statsinstitusjon (mindretallet) som forvalter verdipapirer. Det fremgår ikke klart av utkastet, men forutsetningen synes å være at slike eiendeler skal gjøres om til et felles kapitalinnskudd, men med investeringshorisont tilpasset den enkelte klient. Forholdet mellom flertallets forslag og EØS-retten er ikke drøftet, men det foreslås (for sikkerhets skyld?) at valg av selskap skal skje ved en EØS-anbudskonkurranse med passende tidsintervaller.

**Forvaltningen av ikke-finansielle eiendeler**, så som smykker og fast eiendom, er ikke spesielt regulert. Det er i praksis et problem at voksne, vergetrengendes verdier kan forsvinne uten at vergen kan gjøres ansvarlig for det, fordi den vergetrengende selv kan ha disponert over dem.

Reglene om **forskudd på arv** foreslås ikke endret. De vil fortsatt være restriktive, og store verdier vil fortsatt forbli båndlagt gjennom år. Utvalgets forslag om fremtidsfullmakt vil være en naturlig vei å gå for dem som ikke ønsker en slik situasjon.

Det forutsettes bruk av **profesjonelle verger** ved siden av familiemedlemmer mv som verger. Om en ektefelle/samboer kan være verge for den andre er ikke prinsipielt løst; her vil det fortsatt være problematisk i de tilfellene det kan se ut som den vergetrengende ektefellen/samboeren blir økonomisk utnyttet av den andre. Overformynderiets pålegges ikke å lage et kvalitetssikringssystem for vergesfunksjonen.

Verger for mindreårige og



representanter for enslige, mindreårige asylsøkere må etter utkastet legge frem **politiattest** vedrørende visse seksualforbrytelser som angår mindreårige. Voksne verge-trengende, for eksempel psykisk utviklingshemmede, får ikke et tilsvarende vern. Og politiattest vedrørende vold (heller ikke voldtekt) eller økonomisk utroskap kan ikke kreves fremlagt.

**Overformynderiene**, som i dag består av kommunale folkevalgte, foreslås gjort til profesjonaliserte og regionaliserte statlige organer under et Vergetilsyn. Departementet skal ikke kunne instruere Vergetilsynet, for å unngå at det styres av «politiske eller andre hensyn». For disse organene vil forvaltningsloven gjelde.

**For vergen og den verge-trengende vil forvaltningsloven fortsatt ikke gjelde.** Det synes klart at saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak ikke kan brukes i alle småsaker, men det skjer da heller ikke i offentlige institusjoner der forvaltningsloven gjelder. Men at f.eks. en mindreårig som driver egen næringsvirksomhet med vergens tilsyn ikke skal ha ordentlig klagerett etter forvaltningsloven, synes jeg er merkelig. Særlig gjel-

der dette når vergens stilling er styrket, for eksempel slik at vergemålet bare kan fratras ham eller henne med rettens medvirkning.

Valgte verger pålegges **taushetsplikt**, og utvalget reparerer derved en gammel forglemmelse i lovverket. Taushetsplikten gjelder ikke for foreldre som verger, og heller ikke for representanter for enslige, mindreårige asylsøkere. Det siste er nok en lapsus. Jeg savner uansett en drøftelse av taushetspliktens omfang i ikke-profesjonelle forhold. Det er ikke gitt at den av tre døtre som er oppnevnt som verge for mor skal være like taus som advokaten, at foreldre skal kunne snakke fritt om hvor mye barna har på bok eller at representanten for en enslig, mindreårig asylsøker ikke skal kunne fortelle pressen om vergebarnets tragiske skjebne.

Er vergen i ferd med å gjøre noe som er uheldig, har overformynderiet ingen **instruksjonsrett**, uansett om det har oppnevnt vergen. Vergen kan da påføre den verge-trengende irreversibel skade før en rekker å ta vergemålet fra vedkommende. Jeg kan ikke se tilstrekkelig tungtveiende grunner til å ha en slik ordning. Utvalget slår fast

regelen om manglende instruksjonsrett uten nærmere drøftelse.

Etter **forvaltningsloven § 35** kan overordnet organ omgjøre vedtakene til et underordnet. Regelen har vært brukt relativt mye i praksis på dette feltet. Det ville vært nyttig med en avklaring om bruken av denne regelen, og om virkningen på privatrettslige disposisjoner (antakelig har slik omgjøring ingen privatrettslig virkning). Utvalget tar ikke opp problemet.

Utvalget har vært lite opptatt av **internasjonale forhold**. Nordisk rett er godt referert, men utvalget synes ikke å ha vært oppmerksom på f.eks. de store amerikanske reformene. Men den store mangelen er at utkastet knapt inneholder interlegale regler og regler om anerkjennelse av andre lands beslutninger om vergemål. Foruten den uklarheten dette opprettholder, har det ført til uhell, som at en enslig, mindreårig asylsøker som blir bortvist mister retten til representant, selv om han eller hun vil hevde at bortvisningen er urettmessig. Dette er en svekkelse av vernet etter gjeldende rett.

*Erik Røsæg*

## 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](http://www.cappelen.no)

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

Et årsabonnement (2004) 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](mailto:jus@cappelen.no)  
<http://www.cappelen.no>

*Nytt i privatretten* © J.W. Cappelens forlag a.s 2004

Neste hefte kommer februar 2005.