

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 2/2004

OBLIGASJONSRETT

En voldgiftsdom om forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36. Dom avsagt 16. mars 2004 av voldgiftsrett bestående av høyesterettsdommer Jens Bugge (formann), professor Hans Jacob Bull og professor Viggo Hagstrøm

Forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36 er fortsatt ikke endelig avklart. En nylig avsagt voldgiftsdom drøfter et aspekt som ikke tidligere har vært fremme.

I forhold til avtaleloven § 36 følger det av rettspraksis at det er de samlede virkninger av kontrakten som må vurderes, se

Rt. 1990 s. 284, Rt. 2003 s. 1132, og mest vidtrekkende Rt. 2000 s. 806. Dette kan være en grunn til at Høyesterett i flere nyere avgjørelser har markert at det skal svært meget til for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter, se Rt. 1999 s. 922, Rt. 2000 s. 806 og Rt. 2003 s. 1132. «[D]en bredere rimelighetsvurdering som avtaleloven § 36 gir anvisning på» (Rt. 2000 s. 806 på s. 816), åpner for avveining domstolene i slike forhold naturlig nok vil være forsiktig med å gå inn på.

På dette punkt kan temaet etter forutsetningslæren være enklere, noe voldgiftsdommen kan illustrere. Det var oppstått tvist i et omfattende kommersielt samarbeidsforhold. For en type tjenester var vederlaget vesentlig kontraktsfestet til fastpris. Denne var basert på volumanslag som viste seg å svikte vesentlig. Saksøker krevde vederlagsjustering både etter læren om bristende forutsetninger og etter avtaleloven § 36. Ved spørsmålet om anvendelsen av § 36 ble det fra saksøktens side hevdet at vederlaget ikke kunne ses løst fra de øvrige elementer i det omfattende samarbeidsforholdet og helhetsvirkningen av kontrakten. Voldgiftsretten tilkjente et tilleggsvederlag og uttalte bl.a. om det prinsipielle spørsmål:

«Voldgiftsretten ser det slik at spørsmålet om vederlagsjustering må bero på om det er inntrådt bris-

tende forutsetninger i forhold til det vederlag for [tjenestene] som følger av Foreløpig Protokoll. Dette har sammenheng med at det hevdes at [saksøkers] vederlag er basert på et bestemt transaksjonsantall, altså at det foreligger individuelle forutsetninger knyttet til Foreløpig Protokoll pkt. 3.4.4, samt at kontrakten i seg selv inneholder bestemmelser om partenes forutsetninger i pkt. 3.4.3 og om reforhandling under hensyn til partenes «forventninger» i pkt. 3.4.6. I tilfelle der det er en glidende overgang mellom individuelle forutsetninger som må anses som avtalevilkår eller som må bedømmes som en bristende forutsetning, er det også etter innføringen av avtalelovens § 36 rom for forutsetningslæren. Voldgiftsretten fremhever i denne sammenheng at det på en rekke rettsområder, eksempelvis i produksjonskontrakter, se Sandvik: Entreprenørrisikoen (1964) s. 234 f., er et velkjent problem at forutsetningene kan bryte for priser som er basert på antagelser om bestemte volum. Forutsetningslæren gir således direkte veiledning for de spørsmål saken gjelder. Den tradisjonelle oppfatning har vært at forutsetningslæren i hvert fall i slike tilfelle gir grunnlag for vederlagsjustering, uavhengig av de øvrige økonomiske sider ved kontraktsforholdet, jf. Rt. 1954 s. 50 (voldgiftsdom, formann høyesterettsjustitiarius Emil Stang). Den

Innhold nr. 2:

Obligasjonsrett	1
Erstatningsrett	3
Erstatningsrett	3
Forsikringsrett	4
Selskapsrett	5
Immaterialrett	7
Patentrett	7
Varemerkerett	7
Patentrett	9
Tingsrett	10
Familierett	11
Arbeidsrett	14
Litteratur	15

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

samlede vurdering av kontraktsforholdet som er utgangspunktet etter avtalelovens § 36, og som kan åpne for kompliserte og i verste fall uoverskuelige avveininger av omfattende kommersielle kontrakter, er det da ikke påkrevet å foreta. Voldgiftsretten vil fremholde at denne løsning også harmonerer best med Foreløpig Protokoll pkt. 3.4.3 som klart tilkjenner at det er en målsetting om «tilfredsstillende lønnsomhet» [for disse tjenestene], noe som trekker i retning av at partene må ha ment at dette forretningsområde skal vurderes isolert. Voldgiftsretten bemerker at en slik bestemmelse uansett ville måtte tillegges betydning i forhold til den rimelighetsvurdering som skal skje etter avtalelovens § 36.»

Viggo Hagstrøm

Mangelfull lydisolering av flerfamiliehus, Rt. 2003 side 1312 **Avkjørelsen**

Saken gjaldt krav om prisavslag ved kjøp av fast eiendom som følge av eventuelt manglende lydtetthet mellom hovedleilighet og hybelleilighet. Spørsmålet var om en mangel etter avhendingslova (§ 3-1 første ledd) foreligger når lydisoleringen mellom hovedleilighet og hybelleilighet ikke tilfredsstillende forskriftsbestemte krav som gjelder for flerfamiliehus.

Den aktuelle forskriften (Byggeforskrift 1987 – forskrift 27. mai nr 458) skilte mellom småhus og flerfamiliehus. For småhus stilte forskriften ingen særskilte krav til lydisolering. Derimot stilte forskriften spesifikke krav til lydisolasjon til flerfamiliehus. Ut fra forskriftens ordlyd og veiledning har «småhus» bare én boenhet, mens «flerfamiliehus» består av flere selvstendige boenheter. Hvis en enhet er funksjonsmessig uavhengig av hovedleiligheten med hensyn til kjøkken, bad osv. taler dette for at det dreier seg om

et flerfamiliehus. Hvis en enhet har separat inngang, trekker det i samme retning. Hvis en hybel eller hybelleilighet i en enebolig er innredet for utleie til en annen husstand, foreligger et flerfamiliehus.

Partene hadde uttrykkelig avtalt at selger skulle være ansvarlig for at alle offentligrettslige krav er oppfylt i forbindelse med salget, og det var enighet mellom partene om at boligen ikke tilfredsstilte forskriftens krav til flerfamiliehus. Spørsmålet var derfor om kjøper hadde blitt lovet et flerfamiliehus i forskriftens forstand. Høyesterett besvarte dette spørsmålet bekræftende og kom således til at boligen ikke var i samsvar med avtalen. Byrettens dom, som innebar et prisavslag på 150.000,- for denne mangelen, ble derfor stadfestet.

De enkelte ledd i begrunnelsen

1. Ved avtaletolkningen kunne det ikke legges vekt på at byggesøknaden var utfylt med angivelse av bare én boenhet, og at kommunens byggetillatelse måtte forstås slik at det var dette som ble godkjent. Byggesøknaden og bygningsrådets vedtak var ikke en del av kjøpekontrakten, og kjøper var heller ikke kjent med disse dokumentene. De kunne da ikke brukes som argument mot at støyisolering til «flerfamiliehus»-standard var lovet.

2. Partene hadde regulert spørsmål knyttet til lydisolasjon i avtalen. Blant annet var gulvet mellom 1. etasje og underetasje beskrevet som «14 mm eikeparkett, flytende lagt på 22 mm gulvspon», og bjelkelaget beskrevet som «gulvspon på 220 mm bjelker, ilagt randisolering og steglydisolering, sikkerhetsfolie og paneler ... ». Videre hadde kjøper betinget seg følgende endringer i forhold til standardbeskrivelsen: «Lydvegg mot hovedleilighet: Lydhimling ut over eksisterende himling – gips – isolasjon.» Det var også avtalt at ventilasjon og avtrekk fra kjøkken ikke må bryte

himlingen, men føres ut på kortvegg. Disse endringene kom inn fordi kjøper under kontraktsforhandlingene hadde vært svært opptatt av lydisoleringen mellom hovedleiligheten og hybelleiligheten. Selv om Høyesterett ikke sier det direkte, fremgår det av sammenhengen at denne kontraktsreguleringen isolert sett taler mot at støyisolering til «flerfamiliehus»-standard var lovet.

3. Kontrakten måtte leses i sammenheng med prospekt og tegninger. Prospektet innholdt følgende formulering: «Alle husene får separat inngang til hybelleilighet i underetasjen». De vedlagte tegningene viste dessuten at hybelleiligheten skulle ha separat inngang fra utsiden av huset, at den skulle ha eget bad, toalett og kjøkken, og at det ikke var planlagt noen gjennomgang mellom hovedleiligheten og hybelleiligheten. Samlet sett var det derfor klart at hybelen objektivt sett ville kunne tjene som en selvstendig boenhet for en annen husstand.

4. Som profesjonell var selger nærmest til å bære risikoen for den uklarhet som var oppstått om hvorvidt støyisolering til «flerfamiliehus»-standard var lovet. En slik risikoplassering beskytter de inntektsmuligheter som ligger i at en separat hybelleilighet er egnet til utleie til utenforstående. Det må antas at en vanlig kjøper vil legge betydelig vekt på slike muligheter.

5. Kjøperen var utdannet tømrer og dermed mer bygningskyndig enn en vanlig kjøper. Han utviste dessuten en betydelig aktivitet for å få bedret lydforholdene i huset, og hans ønsker ble tatt til følge, jf. punkt 2 ovenfor. I tillegg var hans uttrykte plan for hybelleiligheten på tidspunktet for kjøpet å leie ut til sin svigermor. Disse momentene tilsa vel isolert sett at støyisolering til «flerfamiliehus»-standard ikke var lovet, men de kunne etter Høyesteretts syn ikke gis utslagsgivende vekt.

6. Ved vurderingen av moment-

ene omtalt i punktene 3 til 6 ovenfor la Høyesterett vekt på en objektiv vurdering av forholdene, ut fra boligens faktiske karakter. En slik objektivisering fremmer formålet med forskriften, mente retten, og la til: «En boligeiendom som er utformet slik at separat utleie er mulig, bør, med mindre annet er særskilt avtalt, tilfredsstillende de krav som gjelder til selvstendige boenheter.»

Vurdering

Mangelsvurderingen i saken preges av synspunkter på hvordan eiendommer, i lys av offentlige forskrifter og økonomiske forhold, bør utformes. Tolkingsstilen tyder dessuten på at kontraktsbestemte krav kan fungere som en form for bistand fra private til å håndheve offentligrettslig regulering. Det synes som Høyesterett i denne saken har lagt vekt på dette aspektet ved mangelsvurderingen.

Endre Stavang

ERSTATNINGSRETT

Lempning av erstatningsansvar – skl. § 5-2.

Høyesteretts dom av 30. januar 2004

En ildspåsetter (dømt etter strl. §§ 148 og 291, jf. § 292) som var tyve år da den straffbare handlingen fant sted, ble i lagmannsretten dømt til å betale regresskrav på 1,5 mill kroner fra det forsikringsselskapet som hadde dekket brannskaden og hadde utbetalt skadelidte. Under «adskillig tvil» kom en enstemmig Høyesterett til at ansvaret ville virke «urimelig tyngende for den ansvarlige», jf. skl. § 5-2. Det var på det rene at med rentene ville selskapets krav øke betydelig i årene fremover, og førstvoterende, dommer *Flock*, bemerket at det i dag fremstår «som uvisst om han noen gang vil være i stand til fullt ut å gjøre opp for seg i samsvar med lagmanns-

rettens dom» (24). Etter å ha pekt på at lempningsregelen i skl. § 5-2 har en «snever rekkevidde», jf. Rt. 1997 s. 883, «Nessedommen».

Regresskravet ble redusert til 750 000 kroner, dvs. med 50 %. Følgende forhold ble trukket frem:

- Motivenes henvisning til at et forsikringsselskaps regresskrav nok i større grad kunne lempes enn kravet fra den direkte skadelidte (25).

- Graden av skyld og de nærmere omstendigheter ved handlingen, som av lagmannsretten var beskrevet som «en innskyttelse i forvirret tilstand» og under rus. Saken lå således annerledes enn bl.a. «Psykologdommen», Rt. 2003 s. 1358 (27–31).

- Mulighetene for en senere gjeldsordning, ble ikke tillagt vekt (32).

Peter Lødrup

ERSTATNINGSRETT

Produktansvar for systemfeil – Høyesteretts dom 26. januar 2004

En produsent av tannfyllingsmateriale inneholdende metakrylater kunne ikke holdes erstatningsansvarlig etter produktansvarsloven overfor en tannlege som utviklet allergi ved bruk av materialet (HR-2004-00145-A). Det er grunn til å fremheve særlig tre aspekter ved dommen: For det første uttales, under henvisning til EF-domstolens avgjørelse i sak C-183/00 *Sánchez mot Medicina Asturiana*, Sml. 2002 s. I-3901 (se også avgjørelsene i sak C-52/00 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 2002 s. I-3827, sak C-154/00 *Kommisjonen mot Hellas*, Sml. 2002 s. I-3879), at produktansvarsdirektivet som hovedregel uttømmende regulerer produktansvaret innenfor sitt område. Det innebærer at tidligere norsk praksis om ulovfestet objektivt ansvar (jf. f.eks. Rt. 1993 s. 1201, *lettbetongblokk*) ikke kan påbe-

ropes som et supplement til ansvaret etter produktansvarsloven (avsnitt 31). For det andre inneholder dommen bidrag til en avklaring av produktansvarets rekkevidde for såkalte systemfeil, dvs. for skadevirkninger som er kjente og unngåelige. Ansvar for slike feil kan bare unntaksvis tenkes: «Skulle en systemfeil unntaksvis kunne medføre ansvar, må det etter min mening være tale om en meget alvorlig helseskade, der risikoen for slik skade var kjent, men særdeles liten, jf. til veiledning P-pilledom II i Rt. 1992 side 64» (avsnitt 38). Så lenge risikoen for skade er kjent, må derfor både mindre alvorlige skadevirkninger (slik som allergiske reaksjoner), og alvorlige skadevirkninger som inntreffer mer enn unntaksvis (f.eks. kreft eller hjertelidelser forårsaket av tobakksbruk), falle utenfor produktansvarets rekkevidde. Og siden produktansvarsloven uttømmende regulerer ansvaret for sikkerhetsmangler, kan ansvar i disse tilfellene heller ikke bygges på det ulovfestede objektive ansvaret. Den mulighet for ulovfestet objektivt ansvar som Høyesterett prinsipielt holdt åpent for i Rt. 2003 s. 1546 (*røykedommen*), vil dermed ikke være aktuelt for produkter omsatt etter produktansvarsdirektivets ikrafttredelse. For det tredje inneholder dommen avklarende retningslinjer for bedømmelsen av om det foreligger sikkerhetsmangel, dvs. om produktet «byr den sikkerhet som en bruker eller allmennheten med rimelighet kunne vente» (produktansvarslovens § 2-1). I tråd med forarbeidenes forutsetninger, uttales det at vurderingen i utgangspunktet er objektiv. Det avgjørende er altså ikke hvilke forventninger om sikkerhet den enkelte skadelidte hadde, men hvilke forventninger en gjennomsnittsbruker hadde rimelig grunn til å ha. Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid ved førstvoterendes uttalelse om at når skade-

lidte «var fullt ut klar over produktets skadevoldende egenskaper ved vanlig bruk, er dette ikke uten betydning for om det forelå en sikkerhetsmangel» (avsnitt 33). Når skadelidte har slik kunnskap, har han selv mulighet til å treffe sikkerhetstiltak, herunder til å tegne forsikring mot skaden (avsnitt 35). Forholdet kunne også vært sett under synsvinkelen aksept av risiko.

Are Stenvik

FORSIKRINGSRETT

Rt. 2003 s. 1524 – Forsikrings-selskapets informasjonsplikt, forsikringsavtalel. § 2-1

1. Et nystartet anleggssenter ønsket i mars 1995 å innhente forsikringstilbud fra Gjensidige og Storebrand. En av Storebrands assurandører ble i møte med senteret på dets forretningssted orientert om forsikringsbehovet, og fremkom på denne bakgrunn med et tilbud om «næringslivsforsikring for Deres bedrift». Tilbudet, som var lavere enn Gjensidiges tilbud, ble akseptert av senteret.

To år senere ble en ansatt ved senteret skadet i en arbeidsulykke. Det ble fremmet krav mot Storebrand, som avslo kravet, idet senterets forsikring ikke omfattet yrkesskade.

Senteret anla søksmål med påstand om at Storebrand var ansvarlig som om yrkesskadeforsikring hadde vært tegnet. Senteret tapte i byretten, men fikk medhold i lagmannsretten og i Høyesterett – i Høyesterett likevel slik at erstatningen ble redusert med en fjerdedel pga. senterets eget forhold.

2. Høyesterett tok utgangspunkt i den opplysnings- og rådgivningsplikt et forsikrings-selskap har i et forsikringsforhold som det foreliggende. Plikten er hjemlet i FAL § 2-1, men «[b]estemmelsen gir

imidlertid ikke nevneverdig veiledning for løsning av det konkrete rettsspørsmål» (s. 1528). Selskapet hadde med utgangspunkt i forarbeidene (NOU 1987:24 s. 51) argumentert for at informasjonsplikten var mindre vidtgående i skadeforsikring (som her) enn i personforsikring, og at selskapet ikke hadde noen selvstendig plikt til å sette seg inn i kundens totale situasjon. Høyesterett fastslo at også ved skadeforsikring måtte omfanget av informasjons- og rådgivningsplikten bero på de konkrete forhold – hvilket behov bedriften gir til kjenne, partenes ulike posisjon og profesjonalitet, deres innsikt i forsikringsforhold mv. Her var det snakk om en beskjedne bedrift under oppstart, med et forsikringsbehov som det ønsket selskapets profesjonelle bistand til å få klarlagt og dekket.

3. Partene var uenige om hva som hadde foregått under assurandørens besøk på senteret før forsikringstilbudet ble formulert. Mens assurandøren hevdet at han hadde spurt om senteret hadde ansatte og fått nei, gjorde senteret gjeldende at noe slikt spørsmål aldri ble stilt. Høyesterett la – på samme måte som byretten og lagmannsretten – til grunn at assurandøren ikke stilte de spørsmål han burde ha stilt på bakgrunn av senterets åpenbare behov for yrkesskadeforsikring, og at han av denne grunn heller ikke lot forsikringstilbudet omfatte slik forsikring. Høyesterett fastslo at assurandøren måtte bebreides for at forsikringsavtalen dermed ikke omfattet yrkesskadeforsikring, også fordi han i forsikringstilbudet ikke uttrykkelig hadde pekt på at avtalen ikke omfattet slik forsikring.

4. Dermed ble et viktig spørsmål om senteret burde ha innsett at yrkesskadeforsikring ikke var tegnet. Slik tilbuds-brevet var utformet, fant Høyesterett dette ikke nærliggende, selv om slik

forsikring ikke var uttrykkelig nevnt. De betegnelser tilbudet anvendte – næringslivsforsikring, bedrifts- og produktansvar – kunne for en forsikringstager som ønsket tilbud på sitt samlede forsikringsbehov, lett forstås slik at yrkesskade også var omfattet. Et opplysnings-skjema senteret hadde mottatt, inneholdt dessuten en oversikt over dekningsomfanget, som anga at forsikringen bl.a. dekket «Ansvarsforsikring. Skadevoldt under utøvelse av næringsvirksomhet». Riktignok var det mht. begrensninger henvist til et særskilt punkt i forsikringsvilkårene, og her var det fastslått at selskapet ikke svarte for personskade «som rammer sikredes ansatte når skaden er forårsaket i arbeidsforholdet». Høyesterett understreket at selskapene er vel kjent med at en ansvarsbegrensningsklausul plassert på denne måten blant detaljerte og svært omfattende vilkår er noe forsikringstagere i sin alminnelighet finner nokså utilgjengelige. I en situasjon der senteret hadde all grunn til å regne med at forsikringstilbudet omfattet yrkesskaddekning, og dette selv ikke anga noe annet, kunne senteret derfor ikke bebreides stort for ikke å ha gjennomgått vilkårene med en slik eventualitet for øye.

5. Derimot fant Høyesterett at senteret av andre grunner burde ha tatt opp spørsmålet om yrkesskadeforsikring da det mottok Storebrands tilbud. I det parallelle tilbudet fra Gjensidige var nemlig yrkesskadeforsikring oppført som et eget punkt. Med utgangspunkt i at yrkesskadeforsikring var en lovbestemt plikt for bedriften, ga de to tilbudene sett i sammenheng senteret foranledning til å kontakte Storebrand om dette. Den manglende aktiviteten fra senteret måtte imidlertid sees i lys av at det rimeligvis antok at de to selskapene, som hadde fått presentert det samme behov og hadde de samme opplysninger, i hovedsak tilbød

dekning av de samme skader og ansvar. At senteret da slo seg til ro med de forsikringsbetegnelser Storebrand anvendte, kunne ikke medføre noen alvorlig bebreidelse mot bedriften.

Ansvarsfordelingen måtte etter dette settes til 3 til 1, idet Storebrands uaktsomhet var den klart dominerende årsak til at yrkesskadeforsikring ikke ble tegnet.

6. Dommen viser for det første at det tilsynelatende skillet mellom informasjons- og rådgivningsplikten i henholdsvis skadeforsikring (FAL § 2-1) og i personforsikring (FAL § 11-1) ikke er så markert som lovtekstene og forarbeidene kan gi inntrykk av. Også i skadeforsikring kan selskapet således få en kundesentrert rådgivningsplikt, og ikke bare en vilkårs-sentrert informasjonsplikt.

For det annet fremgår det at selskapet også i næringsforhold kan få en langtgående informasjons- og rådgivningsplikt, avhengig av forsikringstagerens profesjonalitet og innsikt i forsikringsforhold. I så måte er en sammenligning med Rt. 2002 s. 1457 interessant. Her fant flertallet (3 dommere, mindretallet behøvde ikke å ta stilling til spørsmålet) at forsikringstageren ikke kunne nå frem med sin anførsel om at selskapet hadde forsømt sin informasjonsplikt ved å tilby en industriforsikring istedenfor en «all risks» forsikring: «Valiant var en profesjonell klient, som hadde flere forsikringer i Gjensidige, herunder industriforsikringer» (s. 1464). Selskapet hadde fremhevet at det ikke kunne tilby en fullgod forsikringsløsning og henvist forsikringstageren til en forsikringsmegler, men forsikringstageren kom tilbake til selskapet med et gjentatt ønske om å få tegnet forsikring der. «Jeg kan etter dette ikke se at Gjensidige er noe å bebreide for at man i annen omgang, og ut fra de behovene som ble presentert, tilbød en industriforsikring.»

7. Verken FAL § 2-1 eller §§ 11-1 angir hvilke reaksjoner forsikringstageren kan gjøre gjeldende ved brudd på informasjons- og rådgivningsplikten. Ofte kan det være et problem å fastslå hva forsikringstageren ville ha gjort dersom han hadde fått korrekt og fullstendig informasjon. Om han har lidt et tap og om det foreligger årsakssammenheng mellom selskapets pliktbrudd og hans tap, kan derfor være vanskelig å bringe på det rene. I den foreliggende saken reiste dette ikke problemer: Forsikringstageren hadde plikt til å tegne yrkesskadeforsikring og ville åpenbart ha gjort det med riktig informasjon. Selskapet måtte derfor være ansvarlig som om yrkesskadeforsikring faktisk var blitt tegnet.

Hans Jacob Bull

SELSKAPSRETT

Konvertible lån. Spørsmålet om det i lånevilkårene gyldig kan bestemmes at selskapet kan kreve lånet omgjort til aksjekapital. Voldgiftsdom av 19. november 2003. Professor dr. juris Viggo Hagstrøm (enevoldgiftsdommer). Saken illustrerer at det er rettslig usikkerhet omkring viktige sider ved konvertible låneavtaler

1. Tvistens bakgrunn

Et aksjeselskap hadde tatt opp et konvertibelt lån. I lånevilkårene var det bl.a. bestemt: «*Løpetiden er tre – 3 – år fra opptrekk. Det skal ikke betales avdrag på Lånet i Låneperioden. Lånet tilbakebetales i ett beløp ved Låneperiodens utløp... Selskapet gir hver Långiver rett til å konvertere sitt Lån, helt eller delvis, men bare i hele transjer, som følger: ... Långiverne skal gi skriftlig melding til Selskapet v/styret dersom konvertering skal finne sted. Selskapet*

forplikter seg deretter å sende melding til Foretaksregisteret om kapitalutvidelsen senest 14 dager etter at melding fra Långiver er mottatt. Straks kapitalutvidelsen er registrert i Foretaksregisteret, skal Selskapet utstede aksjebrev til Långiver.»

Det omtvistede vilkåret bestemte som følger:

«Senest 3 måneder før låneperiodens utløp ... skal Långivere som ennå ikke har konvertert skriftlig varsle Låntaker om hvorvidt de ved forfall vil kreve tilbakebetaling eller konvertering. Gis ikke slikt varsel skal Låntaker selv kunne bestemme om transjer skal tilbakebetales eller konverteres.»

En långiver unnlot før fristen å melde fra hvorvidt lånet ble krevet tilbakebetalt, og selskapet benyttet seg deretter av sin rett til å bestemme at lånet skulle konverteres til aksjer. Långiver bestred dette.

2. Hovedanførslene

Långiver gjorde gjeldende at det ikke er lovlig adgang etter aksjeloven av 1976 som gjaldt da lånet ble opptatt, eller for den saks skyld etter aksjeloven av 1997, til å avtale at det er opp til låntaker, dvs. aksjeselskapet, å bestemme hvorvidt et ansvarlig konvertibelt lån skal konverteres til aksjer. En slik «tvangskonvertering» er i strid med preseptorisk lov, og dermed ugyldig. Ordlyden i aksjeloven § 5-1 tilsier at bare långiver kan ha «rett» til å kreve utstedt aksjer mot at fordring mot selskapet nyttes til motregning. Heller ikke bestemmelsen i den nye aksjelov § 11-2 gir holdepunkter for at selskapet kan bestemme hvorvidt det skal skje konvertering. Reglene om ansvarlige konvertible lån ble innført ved aksjelovreformen i 1976. Det dreier seg om særregler og unntak fra lovens kapittel 4 om kapitalforhøyelse, og bestemmelsene må tolkes mot denne bakgrunn. Hensynet til aksjonærenes fortrinnsrett ved kapitalfor-

høyelse er ivaretatt gjennom kravet i § 4-2 tredje ledd. De samme hensyn er ivaretatt ved bestemmelsene om fortrinnsrett for aksjonærene i § 5-1 tredje ledd. Det er – som påpekt av Marthinussen–Aarbakke: *Aksjeloven med kommentarer* (1996) s. 224 «et spørsmål om § 4-2 tredje ledd tillater at aksjeeierne fratras fortrinnsretten til å tegne ved en mulig fremtidig forhøyelse av aksjekapitalen». I forarbeidene Innstilling om lov om aksjeselskaper, avgitt i mars 1970, s. 103 fremheves opsjonsmomentet for långiver: Det som skulle kunne «gjøre låneformen attraktiv sett fra et långiversynspunkt, er den sjanse til gevinst som ligger i ombyttingsretten, dvs. retten til å kreve aksjer i selskapet. Ombyttingskursen vil være fastsatt i forbindelse med låneavtalen og på en slik måte at det vil kunne bli økonomisk fordelaktig for långiveren å kreve konvertering.» Aksjeloven kom til i nordisk lovsamarbeid og tilsiktet nordisk rettsenhet. Det har dermed betydning at en ordning hvor selskapet kan kreve konvertering, ikke anses lovmedholdig verken etter svensk eller dansk rett. Rohde fremholder i *Aktiebolagsrätt* s. 59: «Konvertering kan begäras endast av fordringsägaren, inte av bolaget», og Werlauff: *Selskabsret* s. 240 f. understreker at «Der tales i de citerede lovregler om en ret, ikke en pligt, og det er således ikke muligt at udstede konvertible obligationer, der efter deres indhold forpligter långiveren til konvertering. Ideen med disse obligationer er netop at give långiveren en betænkningstid, idet han ved låneperiodens udløb og konverteringsfasens indtræden kan vælge, om han ønsker sig indfriet, eller om han vil konvertere.» De reelle hensyn som har tilsagt ordningen med konvertible lån, tilsier således at selskapet ikke kan ha valget. Det er fra saksøktens side søkt bevist at en slik ordning i hvert fall er i samsvar med praksis. Det er

gitt eksempler på konvertering etter annet enn långivers valg; noe helt annet er at valget er overlatt til låntaker. Det er stor forskjell mellom målbare kriterier som utløser konvertering og en konvertering selskapet beslutter etter fritt skjønn. Dokumentasjonen viser også at «tvangskonvertering» må ha vært ansett problematisk, idet det er laget juridiske mekanismer som tilslører det reelle forhold. Den avtalte ordning er dermed ugyldig selskapsrettslig. Det dreier seg ikke om en formfeil. Konklusjonen blir at långiver har krav på oppgjør av lånet i penger.

Låntaker gjorde gjeldende at det er forenlig med aksjeloven § 5-1 å gi selskapet adgang til å bestemme hvorvidt det skal skje en konvertering. Selv om lovens ordlyd kan tilsi at bare långiver skal ha en slik rett, fremgår det med all tydelighet av lovens forarbeider, særlig Ot. prp. nr. 19 (1974–75) s. 64, at lovgiveren har åpnet for konvertering på annet grunnlag enn långivers vilje. Heller ikke Innstilling om lov om aksjeselskaper avgitt mars 1970 gir holdepunkter for at lovgiveren har villet begrense avtalefriheten. Også forarbeidene til den nye aksjelov synes å forutsette at spørsmålet beror på avtalen mellom partene, se NOU 1992 : 29 s. 124. Teorien gir ikke belegg for at konvertering bare kan skje etter långivers valg. Andenæs: *Aksjeselskapsrett* (1. utg.) s. 213 bemerker bare at en kombinasjon av vilkår om plikt og rett til å bli aksjonær, slik forarbeidene forutsetter, lett vil «svekke interessen for lånet, idet långiverens valget mellom kreditorposisjon og aksjonærposisjon er et hovedpoeng med hele låneformen.» Reelle hensyn tilsier ikke at det skal være utelukket å gi selskapet en valget. Hensynet til selskapets kapital situasjon kan tvert imot tilsi at selskapet har rett til å velge å konvertere lånet til aksjer. Det er dokumentert for voldgiftsretten et ganske fyldig kontraktmateriale som viser at en

slik adgang er lagt til grunn i praksis. Skulle voldgiftsretten allikevel komme til at ordningen ikke er i samsvar med aksjeloven § 5-1, kan dette ikke lede til at medkontrahenten kan påberope seg at låneavtalen er ugyldig. Utgangspunktet i selskapsretten er at kreditor ikke uten videre kan påberope seg det forhold at selskapets disposisjon er i strid med selskapslovgivningen. Det er ikke grunn til å fravike prinsippet i en sak som denne.

3. Voldgiftsretten uttalte bl.a.:

«Voldgiftsretten er – etter noe tvil – kommet til at det ikke er i strid med aksjeloven (1976) § 5-1 at selskapet gis en rett til å bestemme hvorvidt det skal skje konvertering, når långiveren har hatt adgang til å kreve konvertering eller tilbakebetaling i lånets løpetid, men ikke har utøvet sitt valg før lånets forfall ...

Ordlyden i aksjeloven (1976) § 5-1 kan tilsi at det bare er långiver som kan gis «rett» til å kreve utstedt aksjer mot at fordringen mot selskapet nyttes til motregning. Men uttalelser i lovforarbeidene Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 64 åpner for konvertering uavhengig av den enkelte låntakers beslutning. Marthinussen–Aarbakke: *Aksjeloven med kommentarer*, 2. utg. Oslo 1996, s. 224 uttaler at «Et slikt lånevilkår er ikke rettslig problematisk i forhold til kreditor», og forutsetter således at aksjeloven § 5-1 ikke forbyr ordningen. Uttalelsene trekker nærmest i retning av at de oppfatter det som et rent avtalerettslig spørsmål. Om de tilsvarende danske regler fremholder Jan Schans Christensen – det eneste nordiske medlem i EUs High Level Group of Company Law Experts –: *Kapitalselskaber*, København 2003, s. 285: «§ 41 taler om, at långiveren har ret til å konvertere sit lån på de aftalte vilkår, og dette administreres af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, med en vis støtte i lovens forar-

bejder, således, at et konvertibelt gældsbrief ikke må stille som vilkår, at långiveren på visse i forvejen fastsatte vilkår er forpligtet til at konvertere sin fordring.» I fortsettelsen fremholdes: «I praksis er dette et krav, som undertiden kolliderer med selskabets rimelige ønsker i at sikre, at den gjeld, som det konvertible gældsbrief representerer, kan elimineres, uden at der synes at være tungtvejende modhensyn. Hensynet til at give långiveren betænkningstid kan måske være relevant i nogle tilfælde, men må tillægges begrænset vægt ved konvertible gældsbriefe, der udstedes til professionelle långivere, hvor Aftalelovens almindelige ugyldighetsregler formentlig er en mer hensigtsmessig regulering.» Erik Werlauffs på dette punkt mer kortfattede behandling i: *Selskabsret*, 4. udg. København 2000, s. 197 – der det fremholdes at «der er således ikke mulig at udstede konvertible obligationer, der efter deres indhold forpligter långiveren til konvertering» – er neppe i strid med Schans Christensens presisering. Selv om det må legges til grunn at konvertible obligasjoner i utgangspunktet må overlate långiveren valgretten – hva voldgiftsretten ikke tar standpunkt til – er det vanskelig å se at loven kan være til hinder for at selskapet gis en rett til å bestemme konvertering nær låneforfall, dersom långiveren ikke har utøvet sin valgrett. En slik løsning kan neppe undergrave konvertible obligasjoner som instrument, og den sikrer selskapet en mulighet for å eliminere gjelden i et kortere tidsrom før låneforfall i en situasjon der långiveren verken har valgt å kreve innfrielse eller konvertering. Voldgiftsretten kan ikke se at forholdet til aksjeloven § 4-2 tredje ledd i hvert fall i det foreliggende tilfelle kan være til hinder for at selskapet kan vedta konvertering, på den måte som det antydes hos Marthinussen – Aarbakke op. cit. s. 224. I proto-

kollatet fra generalforsamlingen er det eksplisitt angitt: «Generalforsamlingen aksepterte at vedtaket innebærer at aksjonærene frafaller sin fortrinnsrett til tegning av aksjer etter aksjeloven § 4-2.» Etter dette er voldgiftsretten kommet til at lånevilkåret i låneavtalens pkt. 6.6 i.f. er gyldig.»

Viggo Hagstrøm

IMMATERIALRETT

PATENTRETT

Litispensens og «italienske torpedoer»

Et prosessuelt spørsmål som i de senere år har vært mye diskutert i en patentrettslig kontekst, er om litispensensvirkningen av saksanlegg i utlandet skal være uten unntak. Bakgrunnen er at man har sett en del tilfelle hvor litispensensvirkningen synes å ha vært misbrukt av patentkrenkere som har ønsket å trenere patenthaverens håndhevelse gjennom saksanlegg i medlemsland hvor rettssystemet er kjent for å virke langsomt (se f.eks. en belgisk avgjørelse i GRUR Int. 2001, 170 og en fransk i GRUR Int. 2001, 173). Den som har ønsket å utnytte en oppfinnelse som omfattes (eller kan være omfattet) av et patent, har f.eks. anlagt såkalt negativt fastsettelsessøksmål (søksmål med påstand om at patentet ikke krenkes) i Italia (derav betegnelsen «italiensk torpedo»), og har derved hindret behandlingen av senere anlagte inngrepssøksmål i andre medlemsland. Mange har hevdet at denne form for misbruk ikke bør godtas, og at slike søksmål derfor ikke kan ha litispensensvirkning etter Luganokonvensjonens art. 21. Et slikt synspunkt lar seg imidlertid vanskelig hevde etter EF-domstolens avgjørelse av 9. desember 2003 i sak C-116/02 *Gasser* (som gjaldt en kontraktstvist). Domstolen slo her

fast at Brusselkonvensjonens art. 21 (som tilsvarende samme artikkel i Luganokonvensjonen) ikke kan fravikes selv om «procedurerne ved retterne i den kontraherende stat, hvor den ret, ved hvilken saken først er anlagt, er beliggende, generelt er urimelig langvarige».

Are Stenvik

Prøving av ugyldighet i saker om midlertidige forføyninger

Det har i de senere år vært et hyppig tilbakevendende spørsmål om patentlovens § 61 – som bestemmer at frifinnelse i saker om patentinngrep ikke kan bygges på at patentet er ugyldig uten at det først er avsagt dom på ugyldighet – er til hinder for at gyldighetsspørsmålet prøves prejudisielt i saker om midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdelsesloven. Fra lagmannsrettene har man sett ufornlige standpunkter til dette spørsmålet. Borgarting har lagt til grunn at regelen, iallfall som et utgangspunkt, skal anvendes også i forføyningssaker (kjennelse 3. juni 2003 i sakene 02-02373 og 02-02374 K/04), mens Agder har ment at «reelle hensyn tilsier at man ved behandling av en midlertidig forføyning ... må vurdere gyldighetsspørsmålet prejudisielt» (kjennelse 6. oktober 2003 i sak 03-01207 K). Sistnevnte avgjørelse er påkært videre, og er av Høyesteretts kjæremålsutvalg henvist til behandling i Høyesterett, hvor forhandling ble gjennomført i slutten av april.

Are Stenvik

VAREMERKERETT

Kravet om særpreg – betydningen av at et varemerke er registrert eller nektet registrert i andre EØS-land

I forarbeidene til endringen av varemerkeloven i tilknytning til EØS-tilpasningen ble det uttalt at det var uklart om det var en realitetsforskjell mellom varemerke-

lovens og varemerkedirektivets distinktivitetskrav. Departementet bemerket om dette at Patentstyret «må i alle tilfeller tilpasse sin praktisering av bestemmelsen [i lovens § 13] til den praksis som utvikler seg innen EØS-området for øvrig dersom det skulle vise seg at norsk praksis er strengere mot søkerne enn EØS-avtalen tillater» (Ot. prp.nr. 72 (1991–92) s. 80).

Patentstyret har i sin praksis lagt til grunn at dette ikke er et påbud om å oppnå like resultater i enkeltsaker, og Styrets 2. avdeling bemerket i sin kjennelse i sak nr. 6922 NO MORE TANGLES (NIR 2000 s. 293), der søkeren hadde påberopt den ovenfor siterte uttalelsen i de norske forarbeidene:

«... Annen avdeling er enig i at det ved praktiseringen av varemerkeloven er viktig å tilstrebe europeisk rettsenhet. Det følger av varemerkedirektivets fortale at formålet særlig har vært å oppnå en tilnærming av medlemsstatenes lovgivning. Det fremgår også at det er en forutsetning for å nå dette målet, at vilkårene for å få og inneha retten til et registrert varemerke i prinsippet er de samme i alle medlemsstatene. Hensynet til rettsenhet tilsier at det ved praktiseringen av varemerkeloven tas hensyn til varemerkedirektivets ordlyd, og til praksis knyttet til direktivet. Det vil også være relevant å ta hensyn til praksis knyttet til den tilsvarende bestemmelsen i Rådsforordning 40/94 EF om EF-varemerker (CTMR), og særlig til avgjørelser fra klageinstansen (Boards of Appeal) i den europeiske varemerkemyndigheten (Office for Harmonization of the Internal Market, OHIM). I fremtiden kan praksis fra EF-domstolen bli en viktig kilde for oppnåelse av europeisk rettsenhet, men noen relevant praksis fra Domstolen foreligger ennå ikke.

Hensynet til rettsenhet innebærer at de samme rettslige normer bør legges til grunn. Derimot kan det ikke uten videre anses som et mål å oppnå like

resultater i enkeltsaker. Det er ikke noe påfallende i at den skjønnsmessige avgjørelsen av registreringsvilkårene kan falle forskjellig ut i de forskjellige land (se Rt. 1975 s. 603). Ulike resultater i enkeltsaker kan ikke ses som uttrykk for manglende rettsenhet.»

Uttalelsene her ble sitert med tilslutning i Høyesteretts dom i Rt. 2002 s. 391 GOD MORGON (s. 396), og har vært lagt til grunn i den senere norske registreringspraksis.

Det foreligger nå en dom fra EF-domstolen som er på linje med dette, dom 12. februar 2004 i sak C-218/01, *Henkel KGaA*, ennå ikke i Sml.

Saken gjaldt spørsmålet om et tredimensjonalt merke som besto av varens emballasje – «en langstrakt flaske, der innsnævrer sig foroven, med et integrert håndtag, en forholdsvis lille åpning og et totrins låg, der også er egnet som doseringsbæger» – hadde det for registrering nødvendige særpreget.

Bundespatentgericht forela tre spørsmål for Domstolen, og det tredje var om bedømmelse av om det nødvendige særpreget foreligger, kan «foretages alene ud fra forståelsen i den pågældende nationale omsætning, uden at det er nødvendigt at foretage en yderligere officiel undersøgelse af, om og i hvilket omfang der er registreret eller sket afvisning af identiske eller lignende varemerker i andre af Den Europæiske Unions medlemsstater»?

Domstolen bemerket at direktivet har til formål å tilnærme medlemsstatenes varemerkelovgivninger til hverandre, og at dette forutsetter at et registrert varemerkes ervervelse og bevarelse «i prinsippet» underkastes de samme betingelser i samtlige medlemsstater (premiss 59). De nasjonale myndigheter som skal anvende og fortolke den relevante nasjonale rett er forpliktet til å gjøre dette «i videst mulig omfang i lyset af direktivets ordlyd og formål, for at

det med direktivet tilsigtede resultat fremkaldes» (premiss 60). En medlemsstats kompetente myndighet kan ta hensyn til registreringen i en annen medlemsstat av et identisk varemerke for varer eller tjenester av samme slag som dem det søkes om registrering for (premiss 61). Dette betyr imidlertid ikke at en medlemsstats kompetente myndighet er bundet av avgjørelser fra de øvrige medlemsstaters myndigheter, «da registreringen af et varemerke i hvert enkelt tilfælde afhænger af specifikke kriterier, der finder anvendelse under præcise omstændigheder, hvorved det bevises, at varemerket ikke falder under en af de registreringshindringer, der er nævnt i direktivets artikel 3, stk. 1» (premiss 62). Og selv om registreringen i en medlemsstat av et identisk varemerke for varer og tjenester av samme slag utgjør en omstendighet som – «blandt alle de faktiske omstændigheder og forhold, der skal tages i betragtning – kan tillægges betydning af en anden medlemsstats kompetente myndighed, kan den dog ikke være afgjørende for sidstnevnte myndigheds afgørelse om at registrere eller at nægte at registrere et givet varemerke» (premiss 63). Det forhold at et varemerke er registrert i en medlemsstat for visse varer eller tjenester kunne ikke ha noen betydning for den undersøkelse som den kompetente myndighet i en annen medlemsstat foretar av et lignende varemerkes særpreget for varer eller tjenester av samme slag (premiss 64).

Det tredje spørsmål ble derfor å besvare slik:

«Et varemerkes særpreget i henhold til direktivets artikel 3, stk. 1, litra b), i direktiv 89/104 kan bedømmes alene ud fra forståelsen i den nationale omsætning, uden at det er nødvendigt at foretage en yderligere officiel undersøgelse af om, og i hvilket omfang der er registreret eller sket afvisning af registrering af identiske varemerker i andre af Den Euro-

pæiske Unions medlemsstater.

Det forhold, at et identisk varemærke er blevet registreret i en medlemsstat for varer eller tjenesteydelser af samme art, kan tages i betragtning af en anden medlemsstats kompetente myndighet som en af de mange omstændigheter, denne myndighet kan tage hensyn til for at bedømme et varemærkes særpræg, men det er ikke afgørende for denne myndigheds afgørelse om at registrere eller nægte at registrere et varemærke.

Det forhold, at et varemærke er blevet registreret i en medlemsstat for visse varer eller tjenesteydelser, kan til gengæld ikke have nogen betydning for den undersøgelse, som foretages af en myndighet i en anden medlemsstat med kompetence til at registrere varemærker, af et lignende varemærkes særpræg for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke det første varemærke er blevet registreret.»

Birger Stuevold Lassen

Forbudet mot registrering av beskrivende varemerker

I to avgjørelser av 12. februar 2004 har EF-domstolen gitt supplerende retningslinjer for praktiseringen av forbudet i varemerkedirektivets art. 3(1)(c) mot registrering av beskrivende varemerker (tilsvarende varemerkelovens § 13 første ledd annet punktum).

Sak C-265/00 gjaldt en foreleggelse fra Domstolen i Benelux, foranlediget av en søknad om registrering av ordmerket BIOMILD for matvarer, herunder melkeprodukter. Avgjørelsen bygger videre på det prinsipp som ble etablert i sak C-191/02 DOUBLEMINT, om at det avgjørende ikke er om et ord faktisk *er i bruk* som beskrivende betegnelse, men om det er *egnet til* å brukes slik. Dette innebærer at også *nydannede ord* kan rammes av registreringsforbudet. En praktisk viktig kategori av nydannede ord omfatter nettopp slike som saken

her gjaldt, nemlig ord som er dannet ved å sette sammen to eller flere beskrivende ord eller forkortelser. For denne gruppen slo domstolen fast at: «Som hovedregel forbliver den blotte kombination af bestanddele, der hver for sig er beskrivende for egenskaber ved de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der er ansøgt om registrering, beskrivende for de nævnte egenskaber i henhold til direktivets artikel 3, stk.1, litra c), selv om denne kombination udgør en neologisme. Ved blot at forbinde sådanne bestanddele uden at tilføre dem en usædvanlig ændring, navnlig af syntaktisk eller semantisk karakter, kan der kun fremkomme et varemærke, som udelukkende er sammensat af tegn eller angivelser, der i omsætningen kan tjene til at betegne de nævnte varers eller tjenesteydelsers egenskaber» (premiss 39). Det ble også presisert at man ikke kommer klar av registreringsforbudet ved å påvise at det også finnes andre betegnelser som er egnet til å angi de relevante egenskaper ved varen (premiss 42).

I sak C-363/99 var tolkningsspørsmålene forelagt av distriktsdomstolen i Haag, og bakgrunnen var en søknad om registrering av ordmerket POSTKANTOOR (som betyr 'postkontor') for en rekke varer og tjenester, bl.a. for papir, frimerker, reklamevirksomhet, telekommunikasjon, transport, utdanning og rådgivning. EF-domstolen presiserte her, i forlengelsen av det som ble uttalt i premiss 42 i BIOMILD-avgjørelsen, at: «Det er uden betydning, at der eksisterer andre tegn eller angivelser, som er mere almindeligt benyttet end dem, som det pågældende varemærke er sammensat af, for at betegne de samme egenskaber ved de varer eller tjenesteydelser, som er nævnt i registreringsansøgningen. Selv om det i direktivets artikel 3, stk.1, litra c), er fastsat, at varemærket for at være omfattet af den heri nævnte registreringshindring,

«udelukkende» skal bestå af tegn eller angivelser, der kan tjene til at betegne de pågældende varers eller tjenesteydelsers egenskaber, kræves det derimod ikke, at disse tegn eller angivelser er den eneste måde at betegne de nævnte egenskaber på» (premiss 57). I foreleggelsen var det også reist spørsmål om lovligheten av *negative avgrensninger* i varefortegnelsen knyttet til *fraværet av spesifikke egenskaper*, f.eks. om POSTKANTOOR kan registreres for «direct-mail» reklamekampanjer, under forutsetning av at disse *ikke har noen forbindelse med et postkontor*. Domstolen besvarte spørsmålet benektende, under henvisning til den usikkerhet slike registreringer ville kunne medføre for tredjemann, og i særdeleshet for registreringshaverens konkurrenter.

Med en mulig reservasjon for det sistnevnte spørsmålet, harmonerer EF-domstolens avgjørelser godt med etablert praksis her i landet. *Are Stenvik*

PANTERETT

Spesialitetsprinsippet og utleggspant

Rt. 2003 s. 1722

Det hører med til den juridiske barnelærdom at ved kontraktspantsettelse må det som hovedregel være fastsatt et maksimumsbeløp for pantekravet for at panteretten skal ha rettsvern. Denne regel som gjerne omtales som spesialitetsprinsippet, har flere begrunnelser: Man skal unngå juks og fanteri med oppdiktete eller overdrevne pantekrav, men viktigst er nok hensynet til en ordnet sekundærkreditt: Når man kjenner til hva en panthaver maksimalt kan ta ut av pantet, kan etterfølgende prioritet være akseptabel sikkerhet. Dette hensyn tilsier at spesialitetsprinsippet også gjelder ved utlegg, men en slik regel fikk vi først i 1992 ved endring i pantel. § 1-4;

dette skjedde i forbindelse med vedtagelsen av tvangsfullbyrdesloven av samme år.

For utlegg har det imidlertid rådet en viss usikkerhet m.h.t. fastsettelse av beløpet. Skal namsmannen beregne skyldig beløp pr. utleggsdagen og angi dette i sin namsbok? Eller kan han nøye seg med å angi hovedstolen med tillegg av renter fra en dato som kanskje ligger adskillig tilbake i tid? Det siste er naturligvis enklest for namsmannen. Men Høyesterett har nu i dom av 5. desember 2003 (DnB Finans – Nordea) fastslått at rettsvernet beror på at det er fastsatt «et bestemt eller et høyeste beløp». Beskrivelsen «av rentekravet i utleggsprotokollen, som ikke angav et bestemt beløp, men bare grunnlaget for renteberegningen, er i strid med lovens ord». Namsmannen må altså ta besværet med å beregne kravet frem til utleggsdagen.

Den konkrete sak viser at det kan være penger i de to alternativer. Bank A fikk i 1994 utlegg i en fast eiendom for kr. 88.000 med tillegg av renter fra 1991. Bank B begjærte tvangssalg i 2000, og et bud ble stadfestet i 2002. A's krav var nå kr. 183.000, men ble bare godkjent med kr. 127.000 idet rentekravet frem til utleggsforretningen i 1994 ikke ble ansett sikret.

Thor Falkanger

TINGSRETT

Inflasjonskompensasjon i festeavtaler.

HR-2004-00218-A

Høyesterett har tatt standpunkt til om en fastsatt festerente uriktig gir dobbeltkompensasjon for inflasjon ved beregningen av festeavgift etter kontrakt som inneholder en reguleringsklausul. Siden retten ikke finner rettskildemessig grunnlag for bruk av en realrente, avvises bruken av en slik rente selv om en nominell rente skulle innebære dobbeltkompensasjon.

Ifølge en festekontrakt inngått for 15 år i 1984 skulle det ikke betales festeavgift i denne perioden, men kontrakten ga «fester rett til å forlenge festeperioden med inntil 40 år til vanlig markedsbestemt festeavgift. Ny festekontrakt skal i så fall inngås». Partene var enige om alle punkter i den nye kontrakten, bl.a. grunnprisen og at festeavgiften skulle reguleres hvert 5. år med 100 % av konsumprisindeksen. Bortfester begjærte avtaleskjønn til fastsettelse av festeavgiften. Dette var det eneste skjønnsstema.

Skjønnet i Sunnfjord herredsrett la til grunn at bortfester skulle sikres en rimelig realavkastning av de verdier festetomten representerte. Etter at det ved kontraktens indeksregulering var blitt kompensert for forventet prisstigning, skulle denne i tillegg ikke kompenseres gjennom festerenten. Retten tok i prinsippet utgangspunkt i nominell langtidsrente, men gjorde fradrag for forventet inflasjon på 2 1/2 % (myndighetenes inflasjonsmål). Deretter ble det gitt et tillegg for å kompensere for at den avtalte regulering ikke gir full kompensasjon for prisstigningen mellom reguleringsstidspunktene. Denne kompensasjonen ble anslått til 0,25-0,40 %. Etter også å ha vurdert en festeavgift som mindre sikker enn plassering i f.eks. bank, ble festerenten ble satt til 6 1/2 % av avtalt grunnverdi. Noe overraskende opplyser imidlertid ikke herredsretten om hvilken nominell rentesats det ble tatt utgangspunkt i.

Når en nominell rentesats blir fratrukket årlig forventet inflasjon kalles resultatet realrente. At herredsretten velger ikke å bruke dette begrepet, er et semantisk spørsmål. Selve fremgangsmåten er i prinsippet fullt og helt i tråd med hva som er blitt redegjort for fra fagøkonomisk hold. Når termen realrente ikke benyttes, skyldes det trolig at Høyesterett i tidligere dommer har avvist å bruke termen. Men dette er i og for

seg uvesentlig i og med at skjønnsretten innholdsmessig opererer med en realrente.

Festeren begjærte overskjønn. Han fremholdt at det måtte benyttes en realrente i og med at forventet inflasjon var tatt hensyn til ved reguleringen, og videre at den fastsatte festerenten var for høy i forhold til realrenten på forskjellige områder. Bortfesteren fremholdt at for å oppnå en rimelig avkastning måtte det fastsettes en rimelig langtidsrente og at bruk av realrente ville være feil. Det ble i den forbindelse vist til Rt 2001 side 149, hvor realrenten ikke ble nevnt og hvor det fremgår at bortfester skal sikres «det som ville ha vært normal, rimelig avkastning av de verdier festearealet representerer dersom arealet var blitt solgt og pengene plassert på en annen måte».

Gulating lagmannsrett stadfestet skjønnet. Det fastslås at man står overfor et tilfelle av førstegangsfastsattelse av festeavgift, og at tomtefesteloven av 1996 kommer til anvendelse. Her setter § 11 forbud mot urimelig høy festeavgift. Bestemmelsen lyder: «Det kan ikkje avtalast eller krevjast ei festeavgift som er urimeleg høg i høve til det som vanlegvis vert betalt på staden ved nye feste av liknande tomter på liknande avtalevilkår.»

Lagmannsretten finner «ikke støtte i lovens ordlyd, rettspraksis eller andre rettskilder for å legge utslagsgivende vekt på at realrenten representerer «riktig» rente i festeforhold». I overensstemmelse med tomtefesteloven § 11 ser lagmannsretten hen til hva som betales ved nye festeavtaler på stedet, og konstaterer at disse er noe høyere enn herredsrettens rentefastsattelse. Lagmannsretten avviser at det skal gis risikopåslag ved fastsettelse av renten. Retten finner heller ikke grunn til å benytte samme kapitaliseringsrente som ved beregning av engangserstatning i forbindelse med personskade der skadelidte

«gis mulighet til sikring mot fall i pengeverdien». Lagmannsretten avviser etter dette bruken av realrente, men drøfter ikke hovedspørsmålet om hvorvidt den fastsatte rentesats gir (tilnærmet) dobbel inflasjonskompensasjon.

Festeren anket saken inn for Høyesterett. Begrunnelsen var prinsipielt uriktig rettsanvendelse (nominell festerente gir dobbel kompensasjon for inflasjonen) og subsidiært saksbehandlingsfeil (uklare skjønnsgrunner).

Høyesterett skriver at forarbeidene til tomtefesteloven ikke kan tas til inntekt for at festerenten skal være en realrente, idet dette ville ha forutsatt en klarere og mer omfattende behandling i forarbeidene, og loven burde i tilfelle hatt nærmere bestemmelser om festeavgiften enn loven har.

Dommens sentrale avsnitt lyder:

«Selv om festeavgift fastsatt etter nominell rente i kombinasjon med en bestemmelse om oppjustering i samsvar med inflasjonen, ut fra en økonomisk betraktning innebærer en såkalt dobbeltkompensasjon, finner jeg ikke grunnlag for å slå fast at riktig rettsanvendelse vil være å bruke en realrente som festerente ved første gangs fastsettelse av festeavgiften. Som jeg har pekt på, er det ikke støtte i lov eller forarbeider for dette syn, og det vil være innebære et markant brudd på praksis på dette området, der det er avtalefrihet og der markedet således er bestemmende for festeavgiftene.»

Høyesterett stadfester overskjønnet.

At det ikke er støtte i forarbeidene for bruk av realrente kan vel diskuteres. I Ot. pr. nr. 28 (1995–1996) Om lov om tomtefeste står det om tomtefesteloven av 1975: «Vidare må det vere klart at gjeldande tomtefestelov § 13 inneber ei tilvising til ei festeavgift som utgjør ein rimeleg *realavkastning* av verdien av festetomta, ...»

(Uthevning i originalen). Med henvisning bl.a. til avtaleloven § 36 ble denne paragrafen ikke fore-

slått tatt inn i den nye tomtefesteloven, og inflasjonsproblemet ble i stedet foreslått regulert gjennom adgangen til periodiske reguleringer av festeavgiften. Forarbeidene drøfter imidlertid ikke spørsmålet om man med dette har forlatt det tidligere klare krav om «rimeleg *realavkastning*».

Det kan synes som om man i forarbeidene (feilaktig) regner med at reguleringsadgangen vil løse inflasjonsspørsmålet. Ønsket om å opprettholde realverdien av festeavgiften blir oppnådd gjennom periodisk regulering. Det forhold at en inflasjonsregulering kombinert med en nominell festerente vil gi dobbel inflasjonskompensasjon, er ikke drøftet i forarbeidene. Men den gjentatte understrekningen i rettskildene av at bortfester skal ha en «rimelig avkastning», kan vanskelig tolkes dit hen at bortfester skal kunne få dobbel kompensasjon for forventet inflasjon.

Dommens premisser klargjør at det er overlatt til partene å avgjøre om det skal benyttes en realrente eller en nominell rente, og at vanlig praksis skal legges til grunn ved eventuelle tvister. Siden praksis i dag synes å være at det brukes nominelle rentesatser, vil det være umulig for en enkelt fester ved en eventuell tvist å få gjennomslag ved domstolen for at det skal benyttes en realrente.

Dobbelkompensasjonen kan bli varig. Så sant da ikke Høyesterett fortsatt har en vei å gå. Høyesterett har jo tidligere tatt et klart brudd med den nominalistiske tankegang i forbindelse med engangserstatning ved personskade. Og på bakgrunn av den uklarhet som råder ved underrettene når det gjelder valg av rentesats ved eieendomsskjønn, en uklarhet som Høyesterett selv har bidratt til i sine plenumsdommer om kapitaliseringsrenten, kan nok realrenten komme stikkende frem på nytt.

Erling Eide

(Forfatteren var sakkyndig vitne for den tapende part i lagmannsretten.)

FAMILIERETT

Høyesterettsdom 2004-01-22 (HR-2004-00143-A)

Verdiberegning av skjevdelingskrav knyttet til arvet tomt, der ektefellene oppførte sin bolig i fellesskap. Eierforhold til tomten

Ved skifteoppkjøret har ektefellene rett til å holde utenfor delingen verdier «som klart kan føres tilbake til» midler som er ervervet ved arv, jf. el. § 59 første ledd. Verdier som kan holdes utenfor delingen omfatter også verdistigning som følge av alminnelig prisstigning i samfunnet. I denne saken hadde hustruen arvet en råtomt, hvor ektefellene så bygget en felles bolig med investeringer fra begge. Tvisten oppsto fordi tomten hadde steget forholdsmessig mer i verdi enn bygningen – tomten utgjorde ca. 20 % av hele boligeiendommens verdi ved byggingen i 1989, men var steget til 30 % av eieendommens verdi på skiftetidspunktet i 2001. Dommen har betydning både for skjevdelingsspørsmålet og det rent tingsrettslige spørsmålet om eierforhold til tomt som senere påbygges. Det kan imidlertid reises spørsmål ved dommens prejudikatverdi, jf. nedenfor.

Lagmannsretten kom til at tomten var blitt inkorporert i partenes felles boligeiendom ved oppføringen i 1989, med den følge at hun ble godskrevet en forøket eierandel som tilsvarte den investerte tomten (20 %). Lagmannsretten forutsatte således at hele boligeiendommen (tomt og bebyggelse) var i sameie mellom ektefellene, og fant at man da måtte se hen til den del av verdistigningen som kunne tilbakeføres til den forholdsmessige verdi av tomten da den ble inkorporert. Det var naturlig å legge til grunn en fast eierbrøk og ikke en eierbrøk som fluktuierer ettersom tomten endrer verdi. Ifølge lagmannsretten ville

derfor eierbrøken på det tidspunkt sameiet ble etablert, være avgjørende for beregningen av skjevdelingskravet, slik at hustruen fikk holde utenfor 20 % av eiendommens nåverdi.

Høyesteretts flertall (fire dommere) kom derimot til at hustruen var *eneeier* av tomten også på skiftetidspunktet, slik at hun kunne holde utenfor delingen hele verdistigningen på tomten som tilsvarte 30 % av eiendommens nåverdi. Én dommer dissenterte, og sluttet seg til lagmannsrettens syn.

Høyesteretts flertall bemerker innledningsvis at det ikke var anført at det forelå noen avtale eller særlige forutsetninger hos partene om eierforholdet eller verdsettingen. Førstvoterende viser til lagmannsrettens forutsetning om at hele boligeiendommen var sameie, og bemerker at «metoden innebærer etter mitt syn et avvik fra det som ellers følger av vanlige regler for eierforhold i fast eiendom, og jeg har vanskelig for å se at det er grunnlag for å fravike dette her. Det ville få konsekvenser for svært mange. At ektefeller bygger hus eller hytte på en tomt som er mottatt som arv eller gave, eventuelt tilhørte den ene ektefellen før giftermålet, er ingen sjeldenhet i vårt land.» (22)

Som begrunnelse for at tomten er i hustruens (A) *eneie*, anfører førstvoterende blant annet:

«Tomta ble ikke ervervet av ektefellene i fellesskap, jf. ekteskapsloven § 31 annet ledd, og tilhørte i utgangspunktet ubestridt A. At en tomt bebygges av en annen enn eieren, er helt vanlig. Det foreligger da normalt et feste-forhold, og utbyggingen medfører ikke i seg selv at det oppstår et sameie i grunnen. Lovgivningen skiller mellom eier av tomtearealet og eier av bygninger m.v. på tomta. Dette er to atskilte formuesobjekter, og må etter mitt syn behandles som det, også der ektefeller bygger hus på den enes tomt. Jeg er altså ikke enig i at tomten

kan anses «inkorporert» i boligeiendommen.» (24)

Flertallet viser til at noe av bakgrunnen for skjevdelingsregelen var at arvemidler i økende grad ble gjort til *særeie*, og at tilfelle der dette ikke ble gjort, kunne skyldes uvitenhet om rettsreglene. Førstvoterende bemerker:

«En tomt kan ha meget høy verdi, og arvelater eller giver vil kunne ønske å gjøre det til *særeie* for mottageren. Dersom tomta var blitt gjort til *As særeie*, ville den forblitt hennes, uavhengig av boligbyggingen, jf. ekteskapsloven § 48 jf. § 42. Som det fremgår av det jeg har sagt om bakgrunnen for § 59, var intensjonen å oppnå en situasjon tilsvarende *særeie*, også for ukyndige på dette området. Skjevdelingsregelen med mulighet for en rimelighetsvurdering står for meg som en generelt bedre ordning enn *særeie*, dersom en vil vektlegge fellesskapet mellom ektefeller.» (28)

Flertallet nevner at ekteskapsloven av 1991 gir mye videre adgang til skjevdeling enn tidligere lovgivning, og det pekes på at eierforholdet ikke var avgjørende den gang likedelingsregelen var den store hovedregelen. Det uttales også:

«Etter ekteskapsloven av 1918 var det bare i sjeldne tilfelle at domstolene ga adgang til skjevdeling etter den skjønnsmessige regelen i § 54 fjerde ledd. Dersom partene i fellesskap bygget på tomt som var arvet eller gitt som gave, uten å være *særeie*, ville den rimelig nok bli vurdert som en del av totaleiendommen. Etter den nye loven er situasjonen blitt en annen, i og med at den gir adgang til å ta verdien ut forlods, før likedeling. Jeg har vanskelig for å forstå at en tomt skal vurderes på annen måte i relasjon til prisstigning enn annen skjevdelingsformue – for eksempel i form av aksjer eller kunstverk.» (29)

Førstvoterende fremholder videre at en ordning hvor «en ikke uten videre kan legge til grunn at det oppstår et sameie dersom det bygges på tomta», også gir den riktigste og enkleste løsningen ved større tomter der det kan være aktuelt å selge en del av grunnen. Likeledes dersom bebyggelsen skulle brenne eller bli ødelagt på annen måte.

Mindretallet (en dommer) fant at hele eiendommen var i sameie, og mente således at lagmannsrettens dom måtte stadfestes. Han fremholdt at det er helt urealistisk at eiendomsretten til tomten og bebyggelsen vil komme på forskjellige hender i tilfeller som dette. Når tomten er bebygget, kunne ikke tomteverdien vurderes isolert, men som en del av verdien av hele eiendommen. Han uttaler blant annet: «Ved at råtomten ble benyttet til partenes felles boligprosjekt, har ankende part dermed gitt avkall på å høste fordelene av en eventuell særlig verdistigning for ubebygde tomter. I stedet øker verdien av hennes skjevdelingsformue i takt med verdiutviklingen for den helheten tomten inngår i. Etter mitt syn er hensynene bak skjevdelingsregelen ivaretatt ved dette.» (40)

Både flertall og mindretall var for øvrig enige om at det ikke under noen omstendighet var aktuelt å skjevdele verdien av råtomten verdiberegnet fram til i dag, ettersom tomten var bebygget. Det var nåverdien av en bebygget tomt som utgjorde beregningsgrunnlaget.

Kommentar:

Vi ser av dommen at spørsmålet om hvor stor del av verdistigningen som kan holdes utenfor delingen i tilfeller hvor arvet tomt har steget mer i verdi enn bygningen, avhenger av om tomten anses for skutt inn i et sameie, eller om den fortsatt er i *eneie*. At sameieløsningen fører til at forholdstallet på etableringstidspunktet blir avgjørende, er i

tråd med den vanlige oppfatningen av et tingsrettslig sameie, hvor eierbrøken er upåvirket av verdiendringer (Falkanger, Tingsrett 5. utg. s. 116).

Flertallets konklusjon om at tomten er i eneeie kan ha store konsekvenser for eierforhold til boligeiendom, der det er bygget hus på tomt som den ene har mottatt som arv, gave mv. Som førstvoterende også nevner i premissene, har man hittil gått ut fra at det vanlige i slike tilfeller er at tomten anses for innskutt i et sameie med både tomt og bygning, som motsvares i forøket eierandel. Det kan være verdt å merke seg at spørsmålet heller ikke har vært oppe for Høyesterett i særeie- og samboerforhold, hvor spørsmålet lenge har hatt økonomiske konsekvenser. Blir resultatet stående, vil mange norske huseiere erfare at de har bygget sitt hus på fremmed grunn.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved det *rettslige grunnlaget* for eier vurderingen, slik det ble prosedert i denne saken. Førstvoterende viser til at partene ikke har «anført at det foreligger noen avtale eller særlige forutsetninger» om eierforholdet, og lagmannsretten synes også å bygge sin sameieløsning på annet grunnlag enn avtale – det tales om «inkorporasjon» av tomten. Det er på denne bakgrunn man må forstå førstvoterendes uttalelse om at lagmannsrettens sameieløsning innebærer et «avvik fra det som ellers følger av vanlige regler for eierforhold i fast eiendom». Den som bygger hus på fremmed grunn – f.eks. ved grenseoverskridelse i naboforhold – blir ikke som følge av dette eier av grunnen. (Falkanger, Tingsrett s. 387 flg., Brækhus & Hærem, Norsk tingsrett s. 544). Til det kreves normalt avtale, og dette grunnlaget var som nevnt ikke påberopt. Etter mitt syn burde avtalegrunnlaget vært anført som det sentrale stiftelsesgrunnlaget i denne saken.

En situasjon hvor to ektefeller

(eller samboere) blir enige om å bygge hus på en tomt som den ene eier, kan etter mitt syn vanskelig forstås som noe annet enn en *avtalesituasjon*. Når den ene ektefellen stiller sin tomt til disposisjon for felles husbygging, foreligger det ingen feil, misforståelse eller annen «tilfeldig» adferd. Det å stille tomten til disposisjon, bør i disse tilfellene betraktes som en *rettslig disposisjon* – en realakt om man vil. Spørsmålet er ikke *om* man er bundet, men til *hva*. Alt etter de konkrete omstendigheter kan disposisjonen forstås som at partene har inngått en sameieavtale, en festeavtale eller unntaksvis som at tomten er gitt i gave. Slik er det også når ektefellen stiller et *beløp* til disposisjon for den andre, som sistnevnte – sammen med egne midler – kjøper en eiendel for. Partene har ofte ingen klar formening om hvilke rettslige konsekvenser disposisjonen har. Det blir derfor rettsordenens oppgave å plassere handlingen i en rettslig kategori – disposisjonen må tolkes: Dersom det anses for et eierinnskudd, blir gjenstanden i sameie, er det et lån eller en gave, blir resultatet eneeie. I tilfeller hvor det anskaffes en eiendel til felles personlig bruk, som bolig, vil man i mangel av andre holddepunkter gå ut fra at overlatelsen av kontanter er ment som et eierinnskudd. Sameieløsningen er ikke like nærliggende når det stilles tomt til disposisjon, som når det stilles et beløp, men det rettslige grunnlaget bør etter mitt syn i begge tilfeller forstås som et *avtalegrunnlag*, se Sverdrup, *Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv* s. 145–147 og s.191–192 og generelt s. 10–16 (tomteeksemplet er ikke spesielt omtalt).

Når ektefellene bygger hus på den enes arvede tomt, bør spørsmålet derfor i praksis være om de har inngått en sameieavtale til hele eiendommen eller om de har inngått en festeavtale til grunnen. I mangel av holddepunkter for annet, bør man etter mitt syn gå ut fra at

tomten er ment som et eierinnskudd i hele boligeiendommen. Dette har hittil vært regnet som den klart vanligste løsningen, og det er vel også den mest praktiske både med tanke på rådigheten under samlivet og i forbindelse med oppløsningen av sameiet. I normaltillfellene har det også formodningen mot seg at den andre ektefellen ville gått med på å bygge sitt hus på fremmed grunn, dersom han var blitt oppmerksom på situasjonen. Konkrete omstendigheter kan likevel tilsi en annen løsning – det dreier seg f.eks. om en særlig verdifull strandtomt i et område med sterkt stigende priser, hvor det kan være naturlig å gå ut fra at partene har forutsatt eneeie til tomten. Foranledningen til at gaven ble gitt, tomtens beliggenhet og beskaffenhet er også momenter av betydning. I denne saken har partene ikke anført avtalegrunnlaget, noe førstvoterende også gjør uttrykkelig oppmerksom på. Det er derfor uklart hvilken rekkevidde dommen har.

Flertallet viser til at eneeie for tomten har den fordel at særeie- og skjevdelingsverdier behandles likt med hensyn til verdistigning, og at løsningen derfor gagnar de mindre lovkyndige arvelatere som ikke sørger for særeieklausul på tomten. Det er i den forbindelse interessant å merke seg at Høyesterett i en annen skjevdelingssak som gjaldt verdistigning, nylig fremholdt at dette ikke var noe tungveiende argument: etter førstvoterendes syn fremsto det som verken «unaturlig eller urimelig at dette spørsmålet – som flere andre – er regulert på forskjellig måte ettersom partene har valgt felleseie eller særeie», jf. Rt. 2002 s. 1596. Det kan for øvrig stilles spørsmål ved førstvoterendes forutsetning om at tomten ville forblitt i hustruens eneeie etter utbygging dersom den hadde vært belagt med særeieklausul. Jeg kan ikke se at el. § 48 er til hinder for at en særeietomt ombyttes i en tilsvarende større sameieandel i hele

boligeiendommen – like lite som paragrafen er til hinder for at særålet selges eller ombyttes på annen måte. Det nye særålet fremkommer i så fall som en brøk av hustruens eierpart i boligeiendommen – såkalt brøkdelsæreie, jf. § 49 og § 42 annet ledd. Eierforholdet til tomten beror også i dette tilfelle på partenes avtale. Det vil nok være mer nærliggende å gå ut fra at partene har forutsatt at en særåetomt skal forbli i eneeie, enn en felleseietomt, men etter mitt syn bør det også i særåetiltfellene være en viss presumsjon for sameieløsningen.

Tone Sverdrup

ARBEIDSRETT

Avtalerettslig ugyldighet eller stillingsvern –

Høyesteretts dom 21. januar 2004 (NH-2004-0119-A)

(1) Kan avtalerettslige ugyldighetsregler gjøres gjeldende som grunnlag for at et arbeidsforhold skal anses å ikke (lenger) bestå, eller er man henvist til å bygge på arbeidsmiljølovens stillingsvernregler? Her gir dommen viktig avklaring.

(2) Saksforholdet var i korte trekk: Azari ble ansatt som almenlærer ved Tøyen skole i Oslo kommune. Opprinnelig ble han ansatt i en deltidsstilling, i 1999; den fikk han permisjon fra ut skoleåret 1999–2000. Sommeren 2000 ble han så, ved en ny ansettelsesavtale, ansatt i 100 % fast stilling. Ansettelsen ble foretatt av skolens rektor, som bygget på opplysninger i søkerlisten til lærerstillinger i Oslo-skolene. Han innhentet ikke søknadspapirene fra kommunens skoleadministrasjon.

Ved ansettelsen bygget rektor på en opplysning i søkerlisten om at Azari hadde tilleggsprøve som almenlærer. Denne opplysningen stammet fra Azaris søknads-skjema. Opplysningen var imid-

lertid uriktig. Azari manglet således den formelle kompetanse som kreves etter opplæringsloven av 17. juli 1998 nr. 61 § 10-1 med forskrifter for ansettelse som almenlærer. Det var uomtvistet at Azari ikke ville ha blitt ansatt som almenlærer hvis det hadde vært kjent at han manglet tilleggsprøven.

Den uriktige opplysningen skyldtes en misforståelse fra Azaris side. Høyesterett bemerket at den nok kunne bebreides ham som uaktsom, men at det ikke var grunnlag for å anta at det var gitt uriktige opplysninger for å villedde ansettelsesmyndigheten. Kommunen ville på sin side ha oppdaget feilen dersom også vedleggene til Azaris søknad var blitt gjennomgått før ansettelsen ble foretatt. Den feiltagelsen som fant sted, skyldtes derfor også svikt på kommunens side (avsnitt 45 i dommen).

Feilen ble derimot oppdaget vinteren 2001. Rektor tok da forholdet opp muntlig med Azari; derefter ble det også drøftet i møte med de tillitsvalgte. I brev av 27. juni 2001 meddelte rektor så Azari at «dine tilsetningsvilkår [endres] fra allmennlærer til faglærer», og viste til vedlagte ansettelsespapirer for den nye stillingen, som Azari ble bedt om å signere. Den nye stillingen var midlertidig. Azari nektet å godta endringen. Han fortsatte å virke som lærer ved Tøyen skole, først ut 2001, og så fra årsskiftet 2001/2002 gjennom et «forlenget engasjement». I februar 2002 fikk han ved dispensasjon godkjenning av statlig utdannelsemyndighet som almenlærer.

Alt tidligere, i oktober 2001, hadde kommunen gjort gjeldende at ansettelsen av Azari i fast stilling som almenlærer var ugyldig. Utover i 2002 fastholdt kommunen dette og at hans ansettelse var gått over til et midlertidig arbeidsforhold. Azari gikk da til søksmål mot kommunen, i juli 2002, med påstand om at han «er

fast ansatt i undervisningsstilling ved Tøyen skole». Han tapte i tingretten, men vant frem i lagmannsretten (under dissens) og for Høyesterett i en enstemmig dom.

(3) *Hovedspørsmålet* i saken var om kommunen måtte bringe Azaris arbeidsforhold til opphør etter arbeidsmiljølovens regler, eller om det var tilstrekkelig å gjøre gjeldende avtalerettslig ugyldighet (jf. avsnitt 46 i dommen). Sagt på en annen måte var problemstillingen hvilket regelsett man kan bygge på i et tilfelle som dette – avtalerettens eller arbeidsmiljølovens.

Høyesterett peker innledningvis på at denne problemstillingen ikke er løst i arbeidsmiljøloven eller dens forarbeider. Retten bemerket at det «nok kan sies» at stillingsvernreglene «i og for seg» bygger på en forutsetning om at det er inngått en gyldig arbeidsavtale mellom partene. Men retten vil ikke anse en slik betraktningssmåte – som den karakteriserer som «mer teknisk» – som avgjørende (avsnitt 46). Ut fra en vurdering av reelle hensyn knyttes løsningen derimot til den faktiske situasjon – om arbeidstageren har begynt i arbeidet eller ikke (avsnitt 47-49). Som alminnelig regel er således *tiltredelsen* avgjørende:

Før arbeidstageren har tiltrådt, vil avtalerettens ugyldighetsregler kunne brukes som grunnlag for å bringe «forholdet» til opphør «uten å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler». Dels er det vist til at en slik adgang forutsetningsvis fremgår av kjennelsen i Rt. 1988 s. 766; dels fremholder førstvoterende at det «på dette stadium» ikke kan ses å foreligge «reelle hensyn som taler for at arbeidsmiljølovens stillingsvernregler skal måtte anvendes i denne type tilfeller».

Efter at arbeidstageren har begynt i arbeidet, kommer spørsmålet derimot i en annen stilling.

Når arbeidstageren faktisk har tiltrådt – til tross for det som kunne karakteriseres som en «opprinnelig ugyldig arbeidsavtale» – får arbeidsmiljølovens regler anvendelse. Da gjør de hensyn som ligger bak stillingsvernreglene, «seg i all hovedsak gjeldende»; og da kan arbeidsforholdet bare «avvikles etter arbeidsmiljølovens regler». Førstvoterende poengterer at denne løsningen ikke kan avhenge av hvor lang tid vedkommende har vært i arbeidet. Det holdes riktignok åpent for at det kan gjelde «et slags utvidet re integrasjonsprinsipp for tilfeller hvor forholdet oppdages få dager etter at arbeidsforholdet er tiltrådt». Men hovedsynspunktet er klart: Ut fra hensynet til forutberegnelighet og «klare retts tekniske hensyn» er tiltredelsen det avgjørende skjæringspunkt.

Dette innebærer imidlertid ikke at avtalerettslige ugyldighetsinnsigelser knyttet til avtaleinngåelsen settes helt ut av spill. Høyesterett poengterer at stillingsvernreglene «synes å gi en hensiktsmessig og tilstrekkelig fleksibel regulering» også for slike tilfeller. Det er fremholdt at avskjedsregelen i lovens § 66 nr. 1 må forstås slik at den også omfatter arbeidstagerens forhold i forbindelse med ansettelsen. Etter omstendighetene, hvis arbeidstageren er sterkt å bebreide, vil dette derved kunne gi grunnlag for avskjed. I andre tilfeller kan arbeidstagerens forhold trekkes inn i vurderingen av om det er saklig grunn for oppsigelse, etter lovens § 60, eller ved vurderingen av spørsmål om rett til å fortsette i stillingen under en opphørsvist. Poenget er for såvidt at det ikke kan bygges direkte på et avtalerettslig grunnlag. Etter at arbeidstageren har tiltrådt, vil ugyldighetsinnsigelser bare kunne tas i betraktning som elementer i vurderingen av om de materielle vilkår for opphør, m.v., etter arbeidsmiljølovens stillingsvernregler er oppfylt.

(4) Dommen klargjør en skillelinje i tid. *Hvilke* ugyldighetsinnsigelser som kan føre frem, på det ene eller annet stadium, er et annet spørsmål. Kjennelsen i Rt. 1988 s. 766, som Høyesterett har vist til i dommen, kan for såvidt være illusorisk. Det underliggende prinsippet kjennelsen er bygget på, står fast: Før tiltredelse kan arbeidsgiver påberope bristende forutsetninger for en ansettelse med det (mulige) utfall at en bindende arbeidsavtale ikke anses inngått – og arbeidsmiljølovens stillingsvernregler derved ikke kommer til anvendelse. Men utfallet i saken måtte bli et annet i dag. Saken gjaldt en vikaransettelse. Den «bristende forutsetning» som ble påberopt, var at søkeren ikke hadde opplyst at hun var gravid og bare ville kunne fungere i stillingen en kort periode. Etter endringene i likestillingsloven i 2002 ville en slik begrunnelse nu være direkte i strid med likestillingslovens § 3 annet ledd nr. 2. Dette kan tjene som en påminnelse om det generelle poeng, at hvorvidt det foreligger noen avtalerettslig ugyldighetsgrunn, beror på om det kan sies å foreligge et relevant mislighold av en plikt til å gi opplysninger som arbeidsgiveren lovlig kan kreve eller forvente å få.

Dersom arbeidsgiveren «frigjør» seg før tiltredelse ved å påberope avtalerettslig ugyldighet, vil han etter alminnelige regler bære risikoen for at dette er berettiget. Er det ikke det, vil det være tale om en form for nektelse av å motta noen i sin tjeneste som kan være både erstatningsbetingende og rammes av straffelovens § 410.

Det kan oppstå spørsmål om å bringe et arbeidsforhold til opphør før tiltredelse også der det er inngått en gyldig arbeidsavtale (og ingen ugyldighetsinnsigelser påberopes). Høyesterettsdommen av 21. januar 2004 berører ikke hvilke regler som får anvendelse i slike tilfeller. Det alminnelige utgangspunkt må – fortsatt – være

at det da er arbeidsmiljølovens regler som gjelder – for begge parter.

(5) Dommen av 21. januar 2004 omhandler ytterligere noen spørsmål som her bare skal nevnes helt kort.

Ett var om rektors brev av 27. juni 2001 til Azari kunne anses som en oppsigelse av ham fra stillingen som almenlærer, kombinert med tilbud om midlertidig ansettelse som faglærer. (Den flertydige, og derfor lite heldige, termen «endringsoppsigelse» ble brukt i denne sammenheng.) Høyesterett tok imidlertid ikke noe bestemt standpunkt til dette spørsmålet materielt, idet man fant at en slik oppsigelse under enhver omstendighet måtte anses ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil ut fra arbeidsmiljølovens og forvaltningsrettslige regler.

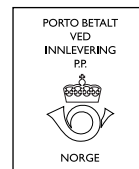
Noe klart standpunkt til om det forelå en «usaklig» oppsigelse, tok Høyesterett således ikke. I lagmannsretten var Azari blitt tilkjent en erstatning på basis av en slags analogisk anvendelse av arbeidsmiljølovens § 62 annet ledd. I lys av annen rettspraksis, bl.a. dommen i Rt. 1997 s. 1506, er en slik rettsanvendelse diskutabel. For Høyesterett var denne del av lagmannsrettens dom imidlertid ikke omtvistet (se avsnitt 21) og ble da heller ikke berørt av retten. For såvidt har dommen heller ingen særlig vekt på dette punkt. *Stein Evju*

LITTERATUR

Dag Wiese Schartum og Lee A. Bygrave: *Personvern i informasjonssamfunnet. En innføring i vern av personopplysninger*
Dag Wiese Schartum og Lee A. Bygrave har som siktemål med boken *Personvern i informasjonssamfunnet. En innføring i vern av personopplysninger* å gi en bred

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Postboks 350 Sentrum, 0101 Oslo

B



innføring i personvern i forbindelse med behandling av personopplysninger.

Boken innledes med en innføring i personvernteori: Hva skal vernes, og hvorfor. Så følger en innføring i internasjonale personverninstru-
menter. Hoveddelen av boken er viet lov om personopplysninger 14. april 2000 nr 31. Denne loven kommer i utgangspunkt til anvendelse på all systemisert behandling av personopplysninger, og dens begreper og prinsipper har vært bestemmende for særlovgivningen. Personvernloven er også, gjennom å implementere EUs personverndirektiv og i stor grad Europarådskonvensjonen om personvern, en inngang til internasjonale og utenlandske regler om personvern. Særlover om personregistre – folkeregisteret, helseregistre og politiregistrene – behandles i eget kapittel. Regler om tilgang til personopplysninger samt det ulovfestede personvern kompletterer fremstillingen. I et lite avslutningskapittel «Bør vi frykte «Storebror»» reflekterer forfatterne over personvernets

fremtid, og fremhever betydningen av at alle reguleringer i personvernet gjøres i en åpen, demokratisk prosess.

Boken er særlig beregnet på studenter og på de som er «databehandlingsansvarlig» for personopplysninger. Med det antall registre som finnes, og som stadig øker, er det å håpe at boken kan

bidra til lovlige tilstander omkring personvern.

Dag Wiese Schartum og Lee A. Bygrave, *Personvern i informasjonssamfunnet. En innføring i vern av personopplysninger*, ISBN 82-450-0120-1, Fagbokforlaget 2004, 286 sider.

Marit Halvorsen

FAGSEMINAR I FAMILIE- OG ARVERETT VED INSTITUTT FOR PRIVATRETT

Institutt for privatrett vil begynne et fagopplegg i familie- og arverett med fire seminarer i året. Seminarene vil bli ledet av profes-
sorene Tone Sverdrup og Peter Lødrup. Vi håper at «teoretikere» og «praktikere» som arbeider med disse fagene kan møtes i fruktbar dialog. Før sommeren planlegges to seminarer. På det første seminaret den 6. mai vil universitetsstipendiat John Asland legge frem sitt doktorgradsarbeid om *Uskifte og særkullsbarn*. På det neste seminaret den 3. juni vil vit.ass. Randi Egge (Hjort-stipendiat) legge frem sitt arbeid om *Skjevdeling*. Seminarene vil finne sted i instituttets lokaler fra kl. 1600–1800.

Interesserte som ønsker å delta i seminarene bes sende en e-mail til en av de to nevnte professorer som begge har adresse @jus.uio.no etter deres respektive navn med . (dot) mellom for- og etternavn.

Tone Sverdrup

Peter Lødrup

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 (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
<http://www.cappelen.no>

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

Neste hefte kommer september 2004.