

# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 1/2004

## KONTRAKTSRETT

### AVTALERETT

#### HR-2002-00940a Feilprisingsdommen, avsagt 30. oktober 2003

(1) Sommeren 1997 avholdt Statens vegvesen en anbudskonkurranse angående bygging av en 5,6 km vei, samt to tunneler og to broer. Konkurransen var basert på NS 3400 «Regler om anbudskonkurranser for bygg og anlegg». Det kom inn i alt fem anbud. Veidekke ASA ga det laveste anbudet på ca. 168 millioner kroner eks mva og fikk høsten samme år tilslaget på kontrakten.

April året etter oppdaget Veidekke at en av postene i anbudsgrunnlaget – en såkalt prosess –

var priset feil. Denne prosessen omfattet legging av isolasjonsplater med en tykkelse på 5 cm. Ifølge anbudsbeskrivelsen skulle enhetsprisen på isolasjonen oppgis i kubikkmeter. Under anbudsgjøringen hadde imidlertid Veidekke kommet i skade for å benytte kvadratmeterpris basert på en 5 cm tykk isolasjon. Feilen hadde sin bakgrunn i at det lå inne en tilsvarende feilprising av slik isolasjon i Veidekkes ressursbank. Enhetsprisen Veidekke hadde oppgitt i sitt anbud var på 74,72 kroner, mens den skulle ha vært på det tjuedobbele (5 cm x 20 = 100 cm), det vil si på 1 494,40 kroner. Til sammen var differansen mellom det korrekte og det oppgitte beløpet på 1 490 664 kroner.

Veidekke krevde feilen rettet, noe vegvesenet avsto. Før Veidekke brakte saken inn for rettsvesenet ble den forelagt Byggebransjens Faglig Juridiske Råd i Bergen (BFJR), men Veidekke fikk ikke medhold i at enhetsprisen skulle justeres opp som følge av feilen. Derimot fikk Veidekke medhold både i herredsretten og lagmannsretten. Saken ble deretter anket inn for Høyesterett. Anken gjaldt rettsanvendelsen.

(2) Innledningsvis slår Høyesterett fast at det ubestridt foreligger en feil og at denne ikke skyldes at anbudsgrunnlaget var egnet til å misforstå på dette punktet.

(3) Deretter går Høyesterett over til å drøfte de særlige *anbudsrettslige reglene* som man finner i NS 3400. I avsnittene 32 til 36 i dommen foretas det en generell utlegning av regelverket omkring håndteringen av anbudsfeil.

Som den store hovedregel er det ikke tillatt å foreta endringer av anbudene etter at anbudsfristen er utløpt, jf. NS 3400 punkt 13.2 første punktum. Fra denne hovedregelen er det gjort enkelte unntak. Etter NS 3400 punkt 13.2 andre punktum har byggherren en plikt til å rette «åpenbare feil som han blir oppmerksom på». Dessuten foreligger en viss adgang til å avklare uklare forhold, se NS 3400 punkt 13.3 andre punktum. Høyesterett innskjerper likevel at det gjelder meget strenge regler for oppdragsgivers utspill overfor anbyderne. Det slås blant annet fast at «disse unntaksbestemmelsene må ha meget snever rekkevidde», se avsnitt 33.

(4) Når det gjelder *rettingsregelen* i standarden, presiseres det at denne inneholder to elementer: Det må både være åpenbart at det foreligger en feil, og det må være på det rene hvorledes feilen skal rettes. I den aktuelle saken ble det siste vilkåret avgjørende for utfallet.

Høyesterett slår videre fast i avsnitt 34 og 35 tre viktige sider ved rettingsregelen. For det første dreier det seg om en plikt for byggherren, ikke bare en rett. For det andre må regelen være den samme enten rettingen går ut på å sette opp som å sette ned prisene. For det tredje er rettingsplikten den samme enten rekkefølgen på leverandørene blir endret eller ikke.

(5) For så vidt gjelder det *subjektive elementet* i rettingsregelen – «som han blir oppmerksom på» – uttaler Høyesterett følgende i avsnitt 36: «Etter bestemmelsens

### Innhold nr. 1:

Kontraksrett	1
Avtalerett	1
Erstatningsrett	3
Familierett	5
Immaterialrett	7
Opphavsrett	7
Varemerkerett	8
Markedsrett	9
Odelsrett	11
Panterett	11
Barnerett	13
Konsesjonslov	14

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

ordlyd kreves det altså positiv kunnskap om feilen. Men bestemmelsen er i praksis gitt en videre rekkevidde – spørsmålet er om det er feil som er klart påviselige etter hva en normalt forstandig anbudsinnbyder måtte oppdage.» Høyesterett tilføyer imidlertid at «utgangspunktet er at anbudsinnbyderen forholder seg til totalprisen i anbudet». Her ligger det en antydning om at fordelingen av anbudssummen på enkeltpostene, ligger utenfor oppdragsgivers sentrale interessefelt.

(6) Det som Høyesterett her har uttalt generelt om rettingsregelen i NS 3400 punkt 13.2 andre punktum, må gjelde tilsvarende for rettingsregelen i *anskaffelsesforskriften* § 9-1 tredje ledd (over terskelverdiene) og § 16-1 tredje ledd (under terskelverdiene). Forskriftens regler skiller seg fra standarden bare ved at de presiserer at det må være «utvilsomt hvordan feilen skal rettes».

(7) Når det gjelder den konkrete vurderingen av om feilen var *åpenbar*, konstaterer Høyesterett at Statens vegvesen hadde en sterk mistanke om at det kunne foreligge feilprising, se avsnitt 37. Vegvesenet var gjennom den sammenlignende oppstillingen av anbudene klar over den lave prisen hos Veidekke. Muligheten for at prisforskjellen skyldtes taktisk pricing eller prisavslag, holdt lagmannsretten for liten.

I avsnitt 39 framholder derfor Høyesterett at «Gode grunner taler for at enhetsprisen på prosess 52.31 måtte fremstå som feilpriset.» Høyesterett er likevel i tvil om konklusjonen: «Selv om de beste grunner talte for at det forelå en feil ved Veidekkes enhetspris, er det etter mitt syn likevel noe utvilsomt om feilen kan karakteriseres som åpenbar».

(8) Det er imidlertid ikke nødvendig for Høyesterett å ta et definitivt standpunkt til det foregående spørsmål. Årsaken til dette er at Høyesterett ikke under noen omstendigheter finner at feilen – selv om den er åpenbar – *kan rettes*, se avsnittene 40 til 44. Det drøftes to mulige grunnlag for å rette feilen.

Den første er bruk av rettings-

regelen i NS 3400 punkt 13.2 andre punktum. Som nevnt tidligere forutsetter denne regelen at det er åpenbart hvorledes feilen skal rettes. Under avsnitt 34 påpeker Høyesterett, under henvisning til Lasse Simonsen: *Prekontraktuell ansvar*, at regelens kjerneområde er retting av regnefeil. Når det ikke gjelder regnefeil eller lignende feil, er det sjeldent at det foreligger noen rettingsplikt etter NS 3400 punkt 13.2 andre punktum. I den foreliggende saken konkluderer Høyesterett med at det ikke er åpenbart hvorledes feilen skal rettes.

Det andre mulige grunnlaget for justering av enhetsprisen er avklaringsregelen i NS 3400 punkt 13.3 andre punktum, se avsnittene 41. Ifølge Høyesterett bygget lagmannsretten sitt standpunkt på at vegvesenet både burde ha avklart om det forelå en feil og hva riktig pris skulle være. Høyesterett er imidlertid av den oppfatning at avklaringsregelen i NS 3400 ikke etablerer en rettingsadgang utover det som følger av punkt 13.2 andre punktum. Det framgår eksplisitt av NS 3400 punkt 13.3 andre punktum at en avklaring ikke kan finne sted dersom den kan medføre endring i forhold av «betydning for konkurranseforholdet mellom anbyderne». Og etter Høyesteretts mening vil en endring i pris alltid representere en endring i konkurranseforholdet, selv om endringen ikke har innvirkning på rekkefølgen mellom anbyderne.

Høyesterett konkluderer dermed med at det ikke er noen rettingsplikt eller rettingsadgang for vegvesenet.

(9) Det kan være grunn til å komme med enkelte kommentarer til dommen på dette punktet.

I prinsippet er det et klart skille mellom å avklare om hvorvidt det foreligger en feilprising og i tilfelle hvilken pris som er den riktige. I praktisk politikk vil de to problemstillingene gjerne smelte sammen. For å kunne overbevise oppdragsgiver om at det dreier seg om en feil, vil leverandøren normalt måtte redegjøre for hva som er riktig pris.

Standpunktet Høyesterett inntar med hensyn til avklaringsadgangen/-plikten, er ikke helt

selvsagt. Det kan *argumenteres* med at så lenge det er utvilsomt at en avklaring ikke vil få noen som helst innflytelse på rangrekkefølgen mellom anbyderne, må det være på sin plass å kunne avklare hva som er riktig pricing. Forutsetningen er naturlig nok at det virkelig dreier seg om en feil som er åpenbar. I den aktuelle saken var prisdifferansen mellom laveste og nest laveste anbyder på ca. 8 millioner kroner. En mulig retting av feilprisingen ville følgelig ikke fått noen innvirkning på rekkefølgen av anbydere, se lagmannsrettens uttalelser om dette.

På den andre siden gjør Høyesteretts standpunkt regelen langt enklere å håndtere enn en relativ regel, hvilket nok vil effektivisere det grunnleggende forhandlingsforbudet i anbudsretten.

Resultatet ville muligens blitt et annet etter anskaffelsesforskriften av 2001. Når det gjelder spørsmålet om avklaring, heter det følgende i § 9-1 andre ledd a (og tilsvarende under terskelverdiene, jf. § 16-1 andre ledd a): «Oppdragsgiver kan innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt ukklarheter i tilbudene, såfremt ukklarhetene ikke er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 8-10 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet).» Det er i denne sammenhengen § 8-10 første ledd d) som er av interesse. Denne regelen inneholder en relativ norm for avvisningen: Tilbudet skal bare avvises dersom ukklarheten «kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene». Når ukklarheten ikke kan få innflytelse på rangordningen mellom anbyderne, er det ingen avvisningsplikt og følgelig vil det være adgang til å foreta en avklaring av ukklarheten.

Anskaffelsesforskriften § 9-1 andre ledd a og § 16-1 andre ledd a taler bare om en «adgang» til å foreta avklaringer. Hvis det først er konstatert en åpenbar feil, er det imidlertid spørsmål om ikke oppdragsgiver også har en plikt til å foreta en avklaring av feilen. Forutsetningen er imidlertid at det – uten forhåndsavklaring med anbyder – kan konstateres at det foreligger en åpenbar feil. Som nevnt

ovenfor, tar ikke Høyesterett uttrykkelig standpunkt til dette spørsmålet.

(10) Når det legges til grunn at det ikke foreligger noen rettingsplikt, oppstår spørsmålet om anbudet fra vegvesenet skulle ha vært *avvist*.

Høyesterett finner at det ikke foreligger noen slik avvisningsplikt. Det påpekes at en usikkerhet som angår mindre enn én prosent av kontraktsummen, ikke kunne føre til noen avvisningsplikt. Den sentrale begrunnelsen for dette standpunktet er at Høyesterett mener reelle hensyn taler for en «restriktiv praksis på dette området», se avsnitt 44. I denne sammenhengen gjengir Høyesterett de sentrale deler av begrunnelsen til Byggebransjens Faglig Juridiske Råd i Bergen. Rådet konkluderer med at «Rådet er alt i alt kommet til at bransjen er best tjent med en tilnærmet unntaksfri regel om at enhetspriser i anbud ikke kan endres på annen måte enn ved oppretting av åpenbare feil av den art som NS 3400 pkt 13.2 handler om.»

(11) Etter å ha konkludert med at de særlige anbudrettslige reglene i NS 3400 ikke kan begrunne noen plikt til å justere opp enhetsprisene, går Høyesterett over til om en rettingsplikt kan følge av de *avtalerettslige* reglene. Veidekke hadde gjort gjeldende at «bestemmelsene i avtaleloven § 32, § 33 og § 36 kan påberopes etter at avtalen mellom partene var inngått, selv om avtaleslutningen ble regulert av bestemmelsene i NS 3400 pkt. 13.2 og 13.3.»

Høyesterett slår innledningsvis fast at det er unødvendig å ta standpunkt til om feilskriftregelen i avtaleloven § 32 første ledd kan anvendes på nærværende sak, fordi «vurderingstemaet etter avtaleloven § 33 – slik denne bestemmelsen forstås i dag – vil være det samme som etter § 32 første ledd», se avsnitt 45. Det Høyesterett her har i tankene er at man i dag også innfortolker et aktsomhetskriterium i avtaleloven § 33.

Høyesterett kommer imidlertid fram til at verken avtaleloven § 32 første ledd eller § 33 kan gi grunnlag for en rettingsplikt. Det avgjørende hensynet bak dette stand-

punktet er at de avtalerettslige reglene om ugyldighet må harmoniseres med de anbudrettslige reglene.

Til slutt slår Høyesterett fast i avsnitt 47 i dommen at heller ikke avtaleloven § 36 kan gi grunnlag for Veidekkes krav. Begrunnelsen for dette er at «Den feilen som ble begått i forbindelse med utarbeidelsen av anbudet, og som er relativt beskjeden i forhold til den anbudssum, skyldes Veidekkes forhold og ikke uklarheter i anbudsdokumentene.»

(12) Høyesterett har i denne dommen tatt standpunkt til et meget debattert og praktisk viktig spørsmål innen anbudretten, særlig ved anskaffelser av entreprenørtjenester.

*Resultatet* i dommen kan virke hardt overfor Veidekke. På den andre siden vil både oppdragsgivere og leverandørsiden generelt være interessert i at det føres en restriktiv linje når det gjelder påstått feilprising. Det er av stor samfunnsmessig betydning at anbudssystemet inngir tillit og at det ikke åpnes for adgang til å manøvrere taktisk, se Lasse Simonsen: *Prekontraktuell ansvar*, Oslo, 1997, side 635. Jeg tror derfor at utfallet i saken vil være med på å styrke anbudsmekanismen som en objektivisert og saklig form for avtaleslutning.

Lasse Simonsen

## ERSTATNINGSRETT

### Kommunens ansvar for unnlatt omsorgsovertakelse – Høyesteretts dom 22. oktober 2003

En kommune kunne ikke holdes ansvarlig for uforsvarlig unnlattelse, ved ikke å gripe inn med tvungen omsorgsovertakelse etter barnevernloven (sak nr. 2003/60). Saken gjaldt en gutt som fra tidlig skolealder hadde hatt store tilpasseingsvansker og utvist aggressiv atferd. Sytten år gammel ble han første gang tvangsinnlagt ved psykiatrisk sykehus. Senere fikk han diagnosen schizofreni, og ble vurdert som 100 % medisinsk og

erhvervsmessig ufør. Gutten tok deretter ut stevning mot kommunen, med krav om erstatning for tapt ervervsevne og ménerstatning, idet han hevdet at kommunen hadde opptrådt uforsvarlig og erstatningsbetingende ved ikke å overta omsorgen for ham allerede fra tidlig skolealder. Utviklingen av sosial dysfunksjon og schizofreni kunne vært unngått om dette hadde skjedd, mente han.

Høyesterett kom til at det verken forelå ansvarsgrunnlag eller årsakssammenheng mellom en eventuell uaktsom unnlattelse og den senere uførhet. Frem til omkring 10 års alder hadde barnevernets oppfølging vært tett og god. For den etterfølgende perioden forelå det færre indikasjoner på aktivitet fra barnevernets side, men det måtte antas å ha vært en viss kontakt med gutten og hans mor, og det kunne ikke legges til grunn at det var utvist klanderverdigg passivitet. Fra omkring 13–14-års alder kunne tvangstiltak ikke hindret skadens utvikling, idet sykdommen måtte antas å være genetisk betinget, slik at symptomene ikke i nevneverdig grad kunne vært redusert ved bedre oppvekstforhold.

Saken gjelder et uvanlig og lite omtalt erstatningsrettslig spørsmål: Ansvarsvurderingen i tilfelle hvor det offentlige har *unnlatt* å anvende tvangstiltak. Oppmerksomheten har i stedet vært rettet mot tilfelle hvor tvangstiltak urettmessig *har* vært gjennomført, og det har vært antatt at ansvaret for slike tiltak bør være strengt, som hovedregel rent objektivt, jf. f.eks. Viggo Hagstrøm: *Offentligrettslig erstatningsansvar*, Oslo 1987 s. 238 flg. og dommen i Rt. 1987 s. 1495 (Reitgjerdet). I Reitgjerdet saken, som også gjaldt et tilfelle av schizofreni, ble det uttalt at tvangsinnleggelse i psykiatrisk sykehus er «et særdeles vidtgående inngrep i den enkeltes mest vesentlige rettsgoder», og det måtte derfor være «utgangspunktet og hovedregelen» at slike tiltak medfører erstatningsansvar om lovens vilkår for tvangstiltak ikke var oppfylt, selv om ingen kan bebreides for inngrepet (s. 1507). *Unnlattelse* av å gjennomføre inn-



grep, i tilfelle der lovens vilkår er oppfylt, kan derimot åpenbart ikke medføre objektivt ansvar. Spørsmålet må i stedet være om en skal oppstille et kvalifisert skyldkrav, slik at bare grovere forsømmelser og klare avvik fra forsvarlig oppførelsen leder til ansvar, enten ut fra det synspunkt at det offentlige ansvar for feil ved kontroll- og bistandsvirksomhet er mindre vidtgående enn det vanlige arbeidsgiveransvaret (jf. f.eks. Rt. 1991 s. 954 Spanor), eller fordi det anses ønskelig at det offentlige skal være tilbakeholden med alvorlige inngrep i den personlige integritet.

Høyesterett oppstilte ikke noe kvalifisert skyldkrav, eller noe krav om vesentlig svikt. Det ville vært tilstrekkelig for ansvar om barnevernsnemnda kunne «bebreides» for at den ikke grep inn (avsnitt 37). På den annen side ble det understreket at tvangsovertalelse er et «særdeles inngripende tiltak», som bare må benyttes når mindre inngripende tiltak er utilstrekkelige. Det ble også vist til en uttalelse i forarbeidene i skadeserstatningsloven, om at man ikke må glemme at «de vurderinger og avgjørelser det er tale om, kan være meget kompliserte og at muligheten for etterpåklokskap er meget nærliggende». Konsekvensen av disse synspunktene må være at selv om man tar utgangspunkt i det alminnelige skyldkravet i skl. § 2-1, skal det mye til for at det offentlige kan pålegges ansvar som følge av *unnlatte* tvangsinngrep. Det kan sies at et lempelig ansvar for unnlater på dette området, er et naturlig motstykke til det strenge ansvaret som gjelder for urettmessige inngrep. Riktignok kan en ikke se bort fra at en slik rettstilstand kan lede til at det offentlige blir for forsiktige, og lar være å gripe inn i en del tilfelle hvor inngrep hadde vært på sin plass. Men dette er formentlig en omkostning som må og bør tas med på kjøpet, når man ønsker å oppstille en sterk beskyttelse for den personlige integritet.

*Are Stenvik*

### **HR-dom 7. januar 2002 – Stakkellanddommen. Skadelidtes ervervsevne ble redusert for en kort tidsperiode – spørsmål om anvendelsen av den standardiserte erstatningsutmåling etter yrkesskedeforskriften 21. desember 1990 nr. 1027. Dissens 3–2.**

Skadelidte var profesjonell fotballspiller og måtte etter en skade avbryte fotballkarrieren i 1997. Skaden ble godkjent som yrkesskade etter ftrl. § 13-3 og § 13-14 fjerde og femte ledd, og skadelidte fikk utbetalt ménerstatning, ftrl. § 13-17, etter en medisinsk invaliditet i gruppe 2 på 80 070 kroner.

Mellom skadelidte og Gjensidige Forsikring, hvor klubben hadde sin yrkesskedeforsikring, oppsto det tvist om beregningen av inntektstapet for perioden 2000–2005; etter 2005 var det enighet om at fotballkarrieren ville være over. Skaden begrenset ikke yrkesmulighetene utenfor fotballbanen. Forsikringsselskapet utbetalte ytterligere ménerstatning med 50 073 kroner og inntektstapet til utgangen av år 2000 med 270 000 kroner og tapet av en «sign on fee» med 150 000 kroner. Om disse postene var det enighet mellom partene.

For perioden 2001–2005 betalte selskapet en erstatning for tapte inntekter på 359 339 kroner. Dette var det erstatningsbeløpet som fulgte av standarderstatningsregelen i yrkesskedeforskriften fra 1990 basert på en uføregrad på 16 % og regnet frem til fylte 67 år. Prosentsatsen var basert på ervervskarrieren med og uten skaden frem til 67 år. Sagt på en annen måte: Som fotballspiller tjente han 700 000 kroner pr. år, mens inntektpotensialet ellers var 300 000 kroner pr. år. Uten skaden ville han i perioden 2001–2005 tjent 700 000 kroner pr. år, det årlige tapet i disse fire årene var således 400 000 kroner. Dette beløpet mente selskapet måtte fordeles over årene frem til fylte 67 år, dvs. 50 000 kroner pr. år.

Det sies ikke direkte i dommen, men det totale inntektsbeløp uten skaden ville vært ca. 12 mill. kroner, og med skaden ca. 10 mill. kroner, noe som gir en inntekts-

reduksjon og dermed uføregrad på 16 %. Det er følgelig en økonomisk differansebetraktning for hele perioden 2001–2040 som måtte være grunnlaget for uføregraden. En uføregrad angir hvor mange prosent av den erstatningen som ytes ved 100 % uførhet skadelidte har krav på.

Skadelidte hevdet prinsipalt at yrkesskedeforskriften ikke kunne anvendes i dette tilfellet, hvor hans pensjonsalder som fotballspiller var lav, og han var bare ufør i forhold til dette yrket. Han måtte derfor på bakgrunn av alminnelige erstatningsutmålingsregler, noe som for perioden 2001–2005 ville utgjøre etter neddiskontering 899 000 kroner, altså ca. 540 000 kroner mer enn forsikringsselskapets argumentasjon ledet frem til. Subsidiært hevdet skadelidte at man måtte følge – hvis først forskriften skulle legges til grunn – inntektsnivået ved oppgjørstidspunktet, noe som ville gitt en erstatning på 1 339 000 kroner ut fra 57 % uførhet.

Det spesielle ved dette skadetilfellet var at høyinntektskarrieren var sterkt tidsbegrenset, og at skadelidtes uførhet ikke ville være av betydning for inntektsnivået etter at «høyinnteksperioden» var over.

Gjensidige Forsikring vant frem med sitt syn i tingretten, og anken ble tillatt fremmet direkte for Høyesterett, som stadfestet tingrettens dom.

Det ligger utenfor rammen for denne domstalten å gi en fullstendig redegjørelse for både flertallets og mindretallets begrunnelse. Uenigheten besto i at flertallet mente at tvisten måtte løses innenfor forskriftens ramme, mens mindretallet ville ta skadelidtes prinsipale påstand til følge og utmåle erstatningen etter alminnelige erstatningsutmålingsregler. For mindretallet var argumentasjonen for dette sentralt, idet det som nevnt var enighet mellom partene om hva fremtidstapet da ville være.

For flertallet var dette annerledes, idet kriteriene for uføregraden måtte fastsettes gjennom en tolking av forskriftens kapittel 3. Ved en yrkesskade er det således innen forskriftens ramme at erstatningen

skal fastsettes. «Forskriften er således ment å være uttømmende» (28). Sentralt i argumentasjonen sto forskriftens forarbeider, idet de bygget på «Lødruputvalgets første innstilling..., inntatt som vedlegg 1 i NOU 1994: 20». Denne innstillingen hadde foreslått at et unntak fra standardutmålingen skulle vike og erstatningen utmåles etter vanlige erstatningsregler hvor skadelidte «som p.g.a. særlige helsekrav e.l. i det yrket han/hun hadde før skaden eller sykdommen inntrådte, er påført et vesentlig fremtidig inntektstap som ikke er kommer til uttrykk gjennom den ervervsmessige uføregraden». Denne bestemmelsen ble strøket av departementet, som flertallet antok ville ha fått anvendelse i dette tilfellet (38). Hos førstvoterende, dommer Mitsen, heter det så: «Jeg finner det klart at standardforskriften § 3-4 – hvorefter grunnerstatningen skal reduseres tilsvarende når skadelidte bare har tapt «deler av sin ervervsevne» – ikke er utformet med sikte på å regulere den situasjon som foreligger ved et rent tidsbegrenset tap av ervervsevnen, som i Stakkelands tilfelle». Og da som nevnt Justisdepartementet strøk unntaksregelen som var foreslått av Lødruputvalget som ville «medført en erstatning utmålt etter skadeserstatningslovens alminnelige regler. Det må da ha vært departementets forutsetning at forskriften skulle fange opp også slike tilfeller ved fastsettelsen av uføregraden etter forskriften § 3-4». (39). Ved tolkningen av denne bestemmelsen la flertallet til grunn at uføregraden måtte bygge på en fordeling av inntekten i den kortvarige «høyinntektsperiode» på alle årene frem til pensjonsalder. (44).

Mindretallet fant som nevnt at erstatningen måtte fastsettes etter skadeserstatningslovens alminnelige regler. Argumentasjonen var – kort sagt – at forskriften § 3-4 ikke var egnet til å løse erstatnings spørsmålene ved et tidsbegrenset tap av ervervsevnen, og at flertallets fordeling av tapet førte til «systematisk urimelige resultater i disfavør av skadelidte» (49) (uthevet av annenvoterende, dommer Skoghøy). På den annen side ville

en erstatning basert på det høye inntektsnivå (som snart ville opphøre), gi en «urimelig høy erstatning» (60), om man la regelen om en erstatning basert på inntektsnivået året før skaden til grunn. Dermed var resultatet gitt: Erstatningen måtte baseres på alminnelige erstatningsregler.

I tilfelle Forsikringsselskapet fikk medhold i at uføregraden ble satt til 16 %, hevdet skadelidte at han måtte ha krav på tilleggserstatning, idet han med så lav uføregrad ikke ville få uførepensjon, jf. forskriften § 1-2, slik at han kom i samme stilling som om han var berettiget til en slik ytelse (17). Dette førte ikke frem, idet flertallet (mindretallet tok ikke stilling til dette spørsmålet) fant at denne bestemmelsen bare gjaldt de tilfeller hvor skadetilfellet (eller sykdommen) «ikke faller inn under folketrygdens yrkesskadekapittel, eller dersom personkretsen ikke er sammenfallende, jf. Lødruputvalget på side 172 i NOU 1994: 20» (49). I denne saken var det ikke omtvistet at skaden falt inn under yrkesskadekapitlet.

Standarderstatningsforskriften har nå vært gjeldende i snart tretti år. Dens løsninger har ikke vært særlig gjenstand for kritikk eller debatt som jeg kjenner til, og det er lite rettspraksis om den. Den ble til etter initiativ fra LO, jf. Ot.prp. nr. 44 (1988–89).

Forskriften reiser imidlertid flere tolkingsspørsmål, og med den samfunnsutvikling som har funnet sted, kan det reises spørsmål om den ikke bør undergis en evaluering. Jeg er enig i dens grunntrekk, og den standardiserte utmåling har fungert tilfredsstillende i det overveiende antall skadesaker. Men særtilfelle som denne saken reiser, viser at visse unntak fra det generelle utgangspunkt bør vurderes, også om man skulle være enig i det resultatet som flertallet kom til. Det bør også reises spørsmål om ikke satsene for erstatning for tap av forsørger – som var basert på erstatningsnivået den gang – bør heves noe etter de senere års rettspraksis på dette området.

Jeg mener det var et feilgrep at departementet strøk «sikkerhets-

ventilen». Skal standardregler gjelde, må det være rom for unntak for de særtilfelle som alltid vil oppstå.

Peter Lødrup

## FAMILIERETT

### Høyesterettsdom om vederlag for forøkelse av den andres særeie, Rt. 2003 s. 1127.

Høyesterett har tilkjent en ekte-mann 800 000 kroner i vederlag for forøkelse av hustruens særeie, Rt. 2003 s. 1127. I dommen tas det standpunkt til flere prinsipielle spørsmål angående tolkningen av vederlagsregelen i ekteskapsloven § 73.

Det er et vilkår for tilkjenning av vederlag etter § 73 at ektefellen «i vesentlig grad [har] medvirket til å øke midler som er den andre ektefellens særeie». Om, og i hvilken grad, vederlag skal tilstås, beror på en skjønnsmessig rimelighetsvurdering. I denne saken var partene enige om at ektemannen i vesentlig grad hadde medvirket til å øke hustruens særeie, uenigheten gjaldt rammen for vederlagskravet, utmålingsprinsippet og skjønnsutøvelsen.

Eiendommen, som var et feriested ved sjøen, ble kjøpt for 2 millioner kroner i 1990. Kjøpesummen ble skaffet til veie dels ved hustruens innskudd av særeiemidler (800 000 kr ifølge lagmannsrettens dom), og dels ved felles låneopptak. Etter ønske fra selgeren – som var hustruens onkel – avtalte ektefellene at eiendommen skulle være hustruens særeie. Eiendommen ble i løpet av de første årene oppgradert til helårsbolig, og ekteparet flyttet inn i 1994. Ektemannen foresto gjennom årene betydelige oppussingsarbeider og betjente alene renter og avdrag på lånet. Da ektefellene ble separert i 2000, var eiendommen steget i verdi til 6,5 millioner kroner.

For Høyesterett krevde ektemannen *prinsipalt* vederlag på 1,6 millioner kroner. Han hevdet at ektefellene i realiteten hadde skutt inn omtrent like meget, når man tok i betraktning at hustruen hadde

bidratt med særeiemidler, og han med felleseiemidler, som ellers ville vært gjenstand for deling, og det også ble tatt hensyn til hans fortsatte ansvar for deler av lånet. Han viste til at hans prinsipale krav tilsvarte halvparten av «den netto verdiøkningen» på eiendommen. (Det fremgår ikke klart hvordan denne netto verdiøkningen er beregnet.) *Subsidiært* krevde ektemannen vederlag på 988 000 kroner, som tilsvarte halvparten av de postene som direkte kunne tilbakeføres til hans innsats, dvs. kontantbetaling i forbindelse med oppgradering, nedbetaling av gjeld mv. korrigeret for senere prisutvikling. Når han bare krevde halvparten, skyldes det at han aksepterte at midlene ville vært gjenstand for likedeling, dersom de fremdeles hadde befunnet seg på hans rådighetsdel av felleseiet. Både mannens prinsipale og subsidiære påstand er således begrunnet i de *bidragene* han har ytet. I praksis synes forskjellen blant annet å bestå i at det prinsipale kravet også omfatter verdistigning på den *ubetalte* delen av boligen i tråd med hans låneansvar, samt at verdistigning er beregnet fra anskaffelsestidspunktet, og ikke fra tidspunktet da de enkelte bidragene ble ytet, slik som i den subsidiære påstanden.

Hustruen bestred hans prinsipale påstand, og fremholdt at et vederlagskrav tilsvarende en sameieandel i praksis ville bety «en gjennomskjæring av særeieformen». Hun aksepterte imidlertid utmålingsprinsippet som lå til grunn for mannens subsidiære påstand, men mente beløpet måtte reduseres noe, i tråd med prinsippene i tingsrettens dom.

Høyesterett ga hustruen medhold både når det gjaldt utmålingsprinsippet og skjønnsutøvelsen. Retten åpner samtidig for at det kan tilkjennes vederlagskrav etter § 73 innenfor en vid ytre ramme. Innledningsvis slår retten fast at den «ytre rammen» for vederlagskrav er den *samlede verdiøkningen* – og ikke bare verdiøkningen som skyldes den medvirkende ektefellen. Det vises til at et slikt tolkningsresultat ble lagt til grunn i Rt. 1990 s. 1226 som gjaldt den tidli-

gere vederlagsregelen i ektefelleloven § 25 annet ledd. Denne bestemmelsen inneholdt riktignok en begrensning om at «vederlaget ikke må overstige halvparten av verdiøkningen», men førstvoterende uttaler at løsningen må bli det samme etter § 73. Retten fremholder videre at også *inflasjonsgevinst* som denne samlede innsats har medført ved at eiendommen har steget i verdi må tas i betraktning, og tar avstand fra lagmannsrettens standpunkt om at såkalt «samfunnskapt» verdistigning, som skyldes knapphet på eiendommer ved sjøen, skal holdes utenfor. Rammen for det skjønn som skal foretas ble dermed den verdiøkningen som skjedde på eiendommen fra den ble ervervet og mannen ytet de første midler til forøkelsen av hustruens særeie, og frem til ekteskapets opphør. Kjøpesummen i 1990 var 2 millioner kroner, pluss omkostninger som utgjorde 50 000 kroner. Ettersom eiendommen var verdt 6,5 millioner kroner på skiftetidspunktet, satte retten «verdistingningen og dermed den ytre rammen for vederlagskravet» til 4 450 000 kroner.

Når det gjelder selve utmålingen av vederlaget, fremholder førstvoterende at loven gir liten veiledning. Videre uttales det: «For meg synes det riktig å ta utgangspunkt i de midler A [mannen] har belastet sin rådighetsdel av felleseiet og tilført Bs særeie, og de verdier i X [eiendommen] som kan tilbakeføres til disse ytelsene.» Partene var i hovedsak enige om at mannen hadde hatt direkte utlegg på noe under 1,2 millioner kroner. Hustruen bestred imidlertid hans krav om dekning av 70 000 kroner i «administrasjonsutgifter» som utgjorde kompensasjon for hans innsats i forbindelse med ervervet og de senere oppussings- og rehabiliteringsavtaler. Høyesterett kunne ikke se at det var grunnlag for å ta i betraktning en slik innsats, «i allfall ikke ut over helt ekstraordinære tilfeller», og viser i den forbindelse også til Holmøy/Lødrup: *Ekteskapsloven* 2001 s. 504. Når en tok hensyn til senere verdistigning som knyttet seg til mannens direkte utlegg, fant retten

at han totalt hadde bidratt til en verdiøkning på mellom 1,8 og 1,9 millioner kroner. Førstvoterende uttaler videre: «Ved skjønnet over hvor høyt vederlaget skal settes, må det for det første tas i betraktning at de beløp A har ytet er fra midler som ellers ville vært felleseie. Halvparten av det nevnte beløpet – altså omkring 950 000 – synes derfor å kunne være et utgangspunkt for fastsettelsen av vederlaget.» Beløpet ble ytterligere redusert, under henvisning til at eiendommen var bolig for hustruen og de to yngste barna. På den annen side ble det lagt vekt på at mannens medvirkning, bl.a. ved at han sto ansvarlig for lån, var nødvendig for å få ervervet av eiendommen i stand. Ut fra en totalvurdering fant Høyesterett ikke grunn til å endre på det skjønnsmessige beløp på kr 800 000 som lagmannsretten (og tingretten) hadde kommet frem til.

*Kommentar:* Skal rettens standpunkt om at «ytre ramme» er den samlede verdiøkningen ha noen selvstendig rettslig betydning, må det i prinsippet kunne tenkes tilfeller hvor vederlaget overstiger verdiøkningen som skyldes den medvirkende ektefellen. Det kan nok tenkes tilfeller hvor det ikke er naturlig å etterspore konkret størrelsen på partenes respektive bidrag til verdiforøkelsen – både felleskapshensyn og bevismessige overveielser kan tale i en slik retning. Men i de aller fleste tilfellene vil det nok være naturlig å begrense kravet oppad til den verdiøkningen som skyldes den medvirkende ektefellen.

Selv om verdiforøkelsen og dermed den ytre ramme for vederlaget er vid, kan den i én retning synes noe snever. Verdiforøkelsen på 4 450 000 kroner fremkommer som nevnt ved at nåverdien på 6,5 mill kroner fratrekkes kjøpesummen på 2 mill kroner + omkostninger. «Inngangsverdien» settes altså til *brutto* kjøpesum, selv om mannen bidro til nedbetalingen av lånet som finansierte deler av kjøpesummen. Denne beregningsmåten hindrer likevel ikke retten i å la mannens låne nedbetaling utgjøre en del av grunnlaget for til-



kjenning av vederlag, jf. ovenfor.

Ved utmålingen foretar Høyesterett som nevnt en halvering av den verdiforøkelsen som stammer fra ektemannens direkte utlegg, med den begrunnelse at midlene ellers ville vært felleseie og dermed gjenstand for deling, jf. § 58 første ledd. Selv om en halvering kan synes naturlig i denne saken, kan det tenkes andre tilfeller hvor det virker urimelig at bare den enes bidrag til en felles formuesoppbygging skal likedeles. Særlig gjelder det saker hvor eier-ektefellens bidrag stammer fra innsats under ekteskapet. Hadde midlene fortsatt vært felleseie, kunne den medvirkende ektefellen da blitt hørt med at «sterke grunner» talte for å holde dem utenfor delingen etter § 59 tredje ledd.

*Tone Sverdrup*

### **Høyesterettsdom (2004-01-15) om bortfall av retten til skifte på grunn av passivitet**

Hustruen (A) ble boende med de to fellesbarna i parets tidligere leilighet da ektefellene ble separert i 1983. Paret ble skilt et par år senere, og hustruen hadde i mellomtiden overtatt en tilsvarende leilighet i samme borettslag. I 1996 ga mannen muntlig og skriftlig beskjed om at han ønsket skifteoppgjør. Han ventet i ytterligere tre år før kravet ble reist på nytt, og først i 2001 ble det satt forgang i skifteoppjøret. En enstemmig Høyesterett kom til at mannen likevel ikke hadde tapt sin rett ved passivitet til å kreve offentlig skifte.

Førstvoterende viser til at loven ikke inneholder noen bestemmelse om når en ektefelle ved passivitet kan tape retten til å kreve offentlig skifte, og setter deretter opp følgende vurderingskriterium:

«Et vilkår må under enhver omstendighet være at den annen ektefelle – her A – på grunnlag av de konkrete forhold hadde grunn til å innrette seg på at det var foretatt skifte slik at det er skapt en berettiget forventning om at motparten vil avstå fra å kreve skifteoppgjør – eventuelt ytterligere skifteoppgjør. Det må stilles strenge krav for at dette vilkåret er oppfylt.»

Mannen hevdet at ektefellene

hadde avtalt at skifteoppgjør skulle utstå til barna var voksne. Selv om førstvoterende fant en viss støtte for mannens påstand, var det etter hans mening ikke nødvendig å ta uttrykkelig stilling til den, idet mannen uansett ikke hadde tapt sin rett ved passivitet.

Når det gjaldt den konkrete vurderingen, peker retten på at opplysningene i separasjons- og skilsmisssøknadene om at hustruen skulle ha bruksrett til leiligheten, talte mot at mannen hadde gitt avkall på skifteoppgjør vedrørende leiligheten. Det samme gjorde hennes opplysning i skilsmisssøknaden om at skifte var «påbegynt». Noen løsøregjenstander ble fordelt etter skilsmissen, men retten fant at hustruen på skilsmissetidspunktet ikke kunne ha noen berettiget forventning om at mannen ville avstå fra skifteoppgjør for leiligheten, idet han ved låneopptak i 1977 hadde finansiert mer enn halvparten av kjøpesummen for leiligheten. Ektemannen hadde dessuten god grunn til foreløpig å avstå fra å kreve skifteoppgjør, ettersom hustruen i så fall mest sannsynlig ville ha måttet anskaffet en annen og mindre bolig for seg og barna. Perioden fram til yngste datter ble 18 år i 1996 kunne derfor etter rettens mening ikke isolert sett medføre tap av rett til skifte ved passivitet.

Spørsmålet var så om mannen hadde tapt sin rett når han – etter å ha gitt beskjed i 1996 – ventet i ytterligere tre år med på ny å kreve skifteoppgjør. Også dette spørsmålet ble besvart benektende. Mannens krav i 1996 hadde sin bakgrunn i hustruens flytteplaner, og når det så viste seg at disse ikke ble realisert, kunne en oppfølging av skiftekravet fra mannens side igjen hatt uheldige følger for barna, ettersom hustruen mest sannsynlig måtte ha anskaffet en mindre bolig. Førstvoterende konkluderer med at han «hensett til de strenge krav som må stilles» – ikke kunne se at mannens rett til å kreve offentlig skifte var falt bort ved passivitet når han ventet til oktober 1999 med på ny å kreve skifteoppgjør, og det deretter først våren 2001 ble forgang i skifteoppjøret.

Selv om anken var forgjeves, ble hustruen ikke pålagt omkostninger for noen instans, jf. tvml. § 180 første ledd, under henvisning til at saken gjaldt et spørsmål som ikke tidligere hadde vært behandlet av Høyesterett.

*Tone Sverdrup*

## **IMMATERIALRETT**

### **OPPHAVSRETT**

#### **DVD-Jon-saken. Borgarting lagmannsrett 22. desember 2003**

Borgarting lagmannsrett forkastet i dom av 22. desember 2003 påtalemyndighetens anke over Oslo tingretts frifinnelse i straffesaken mot Jon Johansen (DVD-Jon). Sakens bakgrunn og tingrettens dom er nærmere omtalt i *Nytt i Privatretten* nr. 1/2003, og det henvises til det som der står. Her skal det kun kort redegjøres for de rettslige grunnlag for lagmannsrettens forkasting av anken.

Lagmannsretten kom, i likhet med tingretten, til at straffelovens § 145 annet ledd ikke var overtrådt ved Jon Johansens medvirkende utvikling, samt tilgjengeliggjøring, av dekrypteringsprogrammet DeCSS for DVD-filmer. Johansen ble med dette ikke ansett for å ha «uberettiget skaffet seg data» eller medvirket til andres uberettigede tilgang til data.

Lagmannsretten konstaterte at uttrykket «data» i strl. § 145 annet ledd omfattet så vel filmen på de DVDer som ble dekryptert samt den krypteringskode de var forsynt med (CSS-programmet). Men den tilgang på disse data som Johansen skaffet seg ble ikke ansett som uberettiget. Dels konstaterte lagmannsretten at det ukrypterte eksemplar av filmen som ble fremstilt av DVD-platen ved bruk av dekrypteringsprogrammet DeCSS ikke var ulovlig fremstilt. Retten viste her til åndsverklovens § 12, som tillater at det fremstilles eksemplar av åndsverk til privat bruk, og den ubetingede form ordlyden i denne bestemmelsen har fått. Dels konstaterte retten at det forbud mot kopiering som var

trykket på coveret ikke innebar at kopieringen var rettsstridig. Retten la i den forbindelse vekt på at teksten i forbudet var vanskelig tilgjengelig og skrevet med svært liten tekst, samt at ensidige forbehold mot bruk som er tillatt etter åndsverkloven ikke kan anses å være gyldige (jf. NOU 1983: 35 s. 63). I tillegg konstaterte retten at det ikke fremgikk på DVD-platene at kjøperen var bundet til kun å benytte autorisert avspillingsutstyr. Dels fant retten det ikke godtgjort at den omvendte utvikling av CSS-programmet som hadde skjedd ved utviklingen av DeCSS var i strid med åndsverkloven (jf. åvl. § 39 i). Og endelig kom lagmannsretten til at heller ikke tilegnelsen av de såkalte spillernøkler var uberettiget, idet nøkkellageret representerte beskyttelsen, og vurderingen av hva som var uberettiget i forhold til strl. § 145 annet ledd måtte knyttes til adgangen til selve filmen – som altså ble ansett som berettiget.

I likhet med tingretten fant lagmannsretten at Johansen heller ikke kunne anses for å ha medvirket til andres uberettigede adgang til data. Det var ikke ført bevis for at andre hadde brukt programmet DeCSS til å få uberettiget adgang til dekrypterte filmer. Og det forhold at Johansen hadde offentliggjort programmet ble ikke ansett som straffbar medvirkning, idet programmet også kunne ha lovlig anvendelsesområder. Det ble lagt til grunn at Johansens hensikt med å gjøre DeCSS tilgjengelig på Internett var å medvirke til at det ble laget en DVD-spiller for Linux og at det var lite som tydet på at han ved publiseringen av programmet ønsket å gjøre det lettere for andre å kopiere og distribuere DVD-filmer.

Påtalemyndigheten har ikke påanket lagmannsrettens dom, og den er nå rettskraftig. Den markerer avslutningen på en sak som har fått stor mediepublisitet i inn- og utland. Som det ble redegjort for i *Nytt i Privatretten* nr. 1/2003 representerer imidlertid ikke saken noen endelig avklaring av lovligheten av fremstilling og distribusjon av programmer for dekryptering av opphavsrettsbeskyttet

materiale, idet et nytt regelverk om dette vil komme som følge av gjennomføringen av det såkalte opphavsrettsdirektivet. I henhold til Kulturdepartementets høringsutkast av 2. april 2003 skal det bli forbudt å omgå tekniske beskyttelsessystemer som hindrer kopiering, men ikke avspilling, av opphavsrettsbeskyttede verk og prestasjoner. Her skal det imidlertid ikke spekuleres i hvilket utfall tilsvarende saker som «DVD-Jon-saken» vil få under nytt regelverk, ettersom noe endelig lovforslag ennå ikke foreligger.

*Ole-Andreas Rognstad*

## VAREMERKERETT

### Bruksplikt – delvis slettelse

Borgarting lagmannsrett har i dom 12. november 2003 (sak nr. 364 og 365/2003 A/01) tatt standpunkt til viktige spørsmål vedrørende *delvis slettelse* av varemerkeregistreringer som følge av ikke-bruk, og har lagt seg på en annen linje enn den som hittil har vært fulgt av Oslo tingrett.

Etter varemerkelovens § 25a første ledd er utgangspunktet at en registrering kan slettes dersom merket ikke har vært tatt i bruk innen fem år fra registreringsdagen, eller dersom merket har vært ute av bruk i en sammenhengende periode på minst fem år. Etter § 25a tredje ledd kan registreringen slettes delvis, dersom merket har vært brukt for noen av de varer det er registrert for. Det loven ikke gir noe klart svar på, er hvorledes en skal bedømme tilfelle der et merke har vært brukt for en spesiell variant som faller innenfor en mer omfattende kategori i varefortegnelsen. Merket er f.eks. registrert for kontorrekvisita, men har bare vært brukt for kulepenn, eller det har vært brukt for bremseklosser til motorsykler, mens registreringen gjelder deler til landkjøretøyer. Praksis fra Oslo tingrett har i slike tilfelle gått i retning av å «neddestillere» varefortegnelsen, slik at registreringen bare blir stående for den varetype, eller de varetyper, merket har vært brukt for, men likevel slik at en viss grad av generalisering har

vært akseptert. Tingrettens avgjørelse i nærværende sak var representativ for denne praksis: Saksøktets varemerke TRIPP TRAPP var registrert for «møbler, herunder stoler», men hadde bare vært brukt for stillbare barnestoler (med tilbehør). Tingretten mente at registreringen ikke kunne opprettholdes for kategorien møbler generelt, men var samtidig av den oppfatning at en begrensning til stillbare barnestoler ville være for restriktivt. Registreringen ble derfor opprettholdt for stoler, men slettet for andre møbler.

Lagmannsretten tok et annet utgangspunkt, og kom til et annet resultat. Etter lagmannsrettens oppfatning må det i utgangspunktet anses tilstrekkelig for oppfyllelse av bruksplikten at merket har vært brukt for et vareslag som *omfattes av* varefortegnens angivelse. Unntak fra hovedregelen kan riktignok tenkes, dersom merket er brukt på «varer som er atypiske for vareslaget», eller dersom varefortegnelsen omfatter et «overbegrep som er særlig omfattende». Men noe slikt tilfelle sto man ikke overfor her: Stillbare barnestoler omfattes av begrepet møbler, og «[b]rukt på en stol er varemerket ... brukt på en representativ vare for et vareoverbegrep som angir en forholdsvis begrenset og likeartet gruppe varer.» Registreringen ble derfor opprettholdt fullt ut.

Lagmannsrettens tolkning av brukspliktregelen er mer lempelig, sett fra merkehaverens standpunkt, enn den tolkningen som har vært lagt til grunn av Oslo tingrett. Løsningen harmonerer godt med de fremherskende tendenser i europeisk praksis, som det er grundig gjort rede for i avgjørelsen, og den vil formentlig medføre færre tvister og bedre forutberegnelighet for partene. I stedet for at man skal måtte foreta en skjønnsmessig nedskrivning av varefortegnelsen i praktisk talt alle saker, vil det med lagmannsrettens tolkning være tilstrekkelig å skille ut tilfelle hvor merket bare er brukt for spesielle og atypiske varer, eller hvor angivelsen i varefortegnelsen omfatter en særlig stor eller uensartet varegruppe. I andre tilfelle skal regist-



reringen opprettholdes som den lyder.

Dommen er rettskraftig.

*Are Stenvik*

### Registrering av lydmerker – kjenningsmelodier

Ved dom 27. november 2003 (sak C-283/01 Shield Mark) slo EF-domstolen fast at varemerkedirektivet ikke prinsipielt er til hinder for at lyder kan registreres som varemerker, men at det forutsetter at lydene kan gjengis grafisk, på en måte som oppfyller de kriterier som ble formulert for duftmerker i sak C-273/00 Sieckmann, Sml. 2002 s. I-11737 (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 1/2003). Et lydmerke kan derfor bare registreres om det kan gjengis ved hjelp av bokstaver, linjer eller figurer, og gjengivelsen er klar, presis, selvstendig, lett tilgjengelig, forståelig, varig og objektiv. En angivelse av en kjent melodi ved hjelp av bokstaver og ord, f.eks. «de ni første noter i Til Elise», kunne ikke anses som tilstrekkelig klar og presis. Og lydmalende ord, som tar sikte på å gjengi en kjent lyd, f.eks. et hanegal («kykeliky»), er så forskjellige fra de virkelige lyder, at det er umulig å fastslå med tilstrekkelig grad av presisjon og objektivitet hva registreringen gjelder. Heller ikke en gjengivelse av en melodi med enkle notetegn kan anses som så klar, presis og selvstendig som direktivet krever, men et notesystem som er oppdelt i takter, utstyrt med nødvendige nøkler, og hvor både pauser og tonenes varighet er angitt, skal anses å oppfylle de krav som stilles. Det var noe overraskende at domstolen aksepterte et slikt notesystem, dels fordi også et slikt notesystem kan resultere i nokså ulike lyder, avhengig av instrumentering mv., og dels fordi slike notesystem tross alt er forståelige kun for en temmelig begrenset del av befolkningen. Men Domstolen anså altså ikke disse betenkelighetene som avgjørende.

*Are Stenvik*

### Varemerkebeskyttelse for emballasje – «Smarties»-røret

Den danske Høyesteret har i en avgjørelse fra august 2003

(U 2003 s. 2400) kommet til at varemerkerett ikke kunne påberopes for det «nakne» utseende av et sylindrisk pappør. Nestlé, som var innehaver av flere varemerker knyttet til sjokoladepastillene «Smarties», herunder en registrering av et tredimensjonalt varemerke for det «nakne» utseende av et sylindrisk rør (et hvitt rør, uten utsmykning, skrifttegn, figurer e.l.), gikk til sak mot Master Foods, som markedsførte sine sjokoladepastiller M & M i bl.a. et sylindrisk plastrør. Master Foods svarte med å kreve Nestlés registrering kjent ugyldig. Det ble anført at emballasjen manglet slikt *særpre*g som er nødvendig for registrering (jf. den norske varemerkelovens § 13 første ledd første punktum), og dessuten at registreringen var i strid med forbudet mot registrering av varemerker som utelukkende består av varens form eller utstyr, når formen eller utstyret er nødvendig for å oppnå et teknisk resultat eller tilfører varen vesentlig verdi (jf. § 13 annet ledd).

Høyesterets begrunnelse er ikke helt klar, men må formentlig forstås slik at resultatet ble begrunnet i den sistnevnte bestemmelsen, dvs. at Nestlés registrering ble kjent ugyldig fordi emballasjens form var nødvendig for å oppnå et teknisk resultat, og dessuten fordi den tilførte varen vesentlig verdi. Særlig det sistnevnte aspektet er interessant, fordi unntaket for former som tilfører varen «vesentlig verdi» («væsentlig værdi») svært sjelden har vært benyttet i praksis, og fordi det knytter seg atskillig usikkerhet til hva slags «verdi» loven sikter til. Noen særlig større klarhet bringer for såvidt heller ikke Høyesterets dom, men premissene peker i retning av at det var emballasjens *estetiske* verdi som ble tillagt vekt: «Det må antages, at denne emballageform er valgt, fordi den anses for praktisk og tiltalende, og at det således er forhold af teknisk og æstetisk karakter, som har været bestemmende for valget.» I dette perspektivet er det naturlig å se forbudet som en avgrensning av varemerkebeskyttelsen overfor det vern som kan oppnås etter designloven eller

åndsverkloven. Man skal altså, ut fra et slikt synspunkt, ikke kunne oppnå tidsubegrenset beskyttelse for estetisk verdifull formgivning gjennom varemerkeregistrering, men må nøye seg med den tidsbegrensede beskyttelse som kan oppnås gjennom designregistrering, og evt. det vern man har etter åndsverkslovens regler dersom det dreier seg om original og kunstnerisk formgivning.

*Are Stenvik*

### Litteratur

Bengt Domeij: *Patentavtalsrett*, Norstedts Juridik, Stockholm 2003, 350 s. (ISBN 91-39-00993-9). Boken behandler spørsmål i forbindelse med patentlisenser og -overdragelser, etter svensk, nordisk og europeisk rett. Kontraktrettslige spørsmål i forbindelse med bl.a. kontraktsinngåelse, tolkning, mangler og bristende forutsetninger gis en bred fremstilling. Boken er et nyttig hjelpemiddel for dem som arbeider med utforming av patentavtaler.

*Are Stenvik*

## MARKEDSRETT

### Beskyttelse av bedriftshemmeligheter og domenenavn. Høyesteretts kjennelse i Rt. 2003 s. 825

Mange bedrifter besitter informasjon som de ikke ønsker at andre skal få tak i. Dersom uvedkommende utnytter slik informasjon, vil de i visse tilfeller kunne straffes for overtredelse av markedsføringsloven § 7 jf. § 17 og straffelovens § 294 nr. 2 og 3 og § 405 a. Alle disse bestemmelsene gir næringsdrivende en viss beskyttelse av sine «bedriftshemmeligheter». En krenkelse av dette vernet vil i tillegg til straff også kunne medføre et privatrettslig erstatningsansvar. Det kan også være aktuelt å få domstolene til å nedlegge forbud mot utnyttelse av bedriftshemmeligheter som er tillegnet i strid med bestemmelsene.

Det skjer ikke ofte at innholdet i bestemmelsenes bedriftshemmelighetsbegrep drøftes av domstolene. Ovennevnte kjennelse tar imidlertid dette opp i forhold til

strl. § 405 a, som setter straff for «på en urimelig måte» å skaffe seg eller forsøke å skaffe seg «kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet».

Mediene viste en del interesse for saken, ettersom den har sitt utgangspunkt i Kjell Inge Røkkes – til slutt vellykkede – forsøk på å få kontroll over Kværner ASA sommeren 2000. Kværners daværende styre var imot Røkkes planer og hadde bedt meklerfirmaet Sundal Collier & Co, sammen med blant annet administrasjonen i Kværner, om å utarbeide et strategidokument og komme med forslag til hvordan selskapet kunne imøtegå oppkjøpet fra Røkkes side. Dokumentet bygde på offentlig tilgjengelig materiale, herunder regnskapstall, men det inneholdt også vurderinger og forslag til forskjellige strategier mot oppkjøpet. Dokumentet skulle behandles på styremøte i Kværner den 20. juli 2000. I forkant av møtet skulle en ansatt i Sundal Collier & Co sende dokumentet til styresekretæren i Kværner som et vedlegg i en epost. Denne ansatte byttet imidlertid om bokstavene «a» og «e» i Kværners epostadresse kvaerner.com da han skrev den i adressefeltet på eposten. Dermed ble hele strategidokumentet sendt til epostadressen kvearner.com i stedet. Denne adressen ble eid av taltalte A.

Eposten var adressert til styresekretæren i Kværner og anga at en styrerepresentasjon var vedlagt. Eposten skal ha inneholdt «varsel om hemmelighet», og selve vedlegget var merket med «Strictly Confidential». Tiltalen mot A og hans kollega B bygde på at opplysningene i vedlegget var en «bedriftshemmelighet» og at de to hadde skaffet seg kunnskap om denne «på en urimelig måte» ved å ha lest eposten.

A og B ble domfelt i Stavanger tingrett, men frikjent av Gulating lagmannsrett. Frifinnelsen ble imidlertid opphevet av en enstemmig Høyesterett.

I forhold til spørsmålet om strategidokumentet var en «bedriftshemmelighet», bemerket førstvoterende at begrepet i straffeloven §405 a hadde to hovedele-

menter: Opplysningene må oppfylle visse kvalitative krav, og det må ha vært tatt visse skritt i retning av å beskytte hemmeligheten. Dette synes det å være enighet om i norsk rett, jf. Bratholm/ Matningsdals kommentarutgave side 296–297 og Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) side 24.

Når det gjelder det «kvalitative» kravet, har det imidlertid vært uklart om man må stille opp et vilkår om at opplysningene må være av betydning for bedriftens konkurransesituasjon for å kunne anses som en bedriftshemmelighet. Et slikt vilkår kunne ha blitt problematisk for en domfellelse i denne saken, for det er ikke sikkert at Kværners evne til å konkurrere i markedet ville bli svekket av at ledelsens strategi mot forsøk på oppkjøp fra et annet selskap ble kjent av utenforstående. Men Høyesterett stilte *ikke* opp som absolutt vilkår for å anvende strl. § 405 a at den aktuelle informasjon skal gjelde forhold av betydning for bedriftens konkurransesituasjon: «Det sentrale området for bestemmelsen er forhold av betydning for bedriftens konkurransesituasjon og/eller markedsføring. Jeg finner det imidlertid ikke tvilsomt at en beskrivelse og vurdering av alternativer for en beskyttelsesstrategi mot oppkjøp – utarbeidet på oppdrag av bedriften og med sikte på å presenteres for styret – faller inn under begrepet bedriftshemmelighet i straffeloven § 405a.»

I forhold til kravet om at innehaveren av hemmeligheten må ha tatt visse skritt i retning av å beskytte hemmeligheten, oppstod spørsmålet om forsendelsen av eposten *ukryptert* utelukket at opplysningene kunne anses som en bedriftshemmelighet. Høyesterett besvarte det benektende med knapp begrunnelse: «Jeg kan heller ikke se at hemmeligheten kan betraktes som ubeskyttet, heller ikke ved at den i dette tilfellet ble sendt som e-post uten kryptering, selv om en slik kommunikasjon over åpne nett ikke gir sikkerhet mot uautorisert innsyn. Jeg viser i denne forbindelse til at straffeloven § 405a ikke – som § 145 annet ledd – krever at man skaffer seg innsyn «ved å bryte en beskyt-

telse eller på lignende måte».» Hadde Høyesterett kommet til motsatt resultat her – noe flertallet i lagmannsretten gjorde – hadde det vært et signal til de fleste epostbrukere om å skjerpe sine rutiner. Men etter Høyesteretts kjennelse må det være klart at man kan sende sensitiv informasjon via ukryptert epost uten å lide rettskap i forhold til strl. § 405 a, i hvert fall hvis eposten innledes med «fortrolig», «konfidensielt» eller lignende. Det sies ikke eksplisitt i kjennelsen at opplysninger som ønskes vernet etter § 405 a og likevel sendes ukryptert, må merkes slik, men det er nærliggende å tro at markeringen «strictly confidential» var et viktig moment i Høyesteretts vurdering av saken.

Hermed er det imidlertid ikke sagt at en merking av en e-post – eller telefaks – med formuleringen «konfidensielt» eller lignende, gjør enhver som leser eposten eller telefaksen uten å være rett adressat, til lovbrøyer. Tilegnelsen av bedriftshemmeligheten må skje på «urimelig måte». Til dette bemerket førstvoterende: «Ved den videre vurdering må det sees hen til bakgrunnen for at den aktuelle e-post sendingen kom frem til A. Han hadde registrert en rekke domenenavn med adresse tett opp til kjente internasjonale selskaper, herunder «Kvearner.com», som ble registrert i august 1999. Det er erkjent at dette ble gjort i den hensikt å kunne selge domenet. Domenet var også satt opp med e-post, dit feilsendt e-post kom selv om den var adressert til personer som ikke befant seg hos «Kvearner». Dette førte til at A jevnlig mottok feilsendt e-post; ifølge hans forklaring for byretten kunne det dreie seg om 10–20 pr. dag til Kvearner.com. Det var således langt fra noen tilfeldighet at feilsendt e-post kom inn på As datamaskin. Tvert imot var dette noe han selv hadde lagt til rette for, ved en virksomhet som i det minste må karakteriseres som innpåsliten. Dette stiller særlige krav til håndteringen av slik feilsendt e-post.»

Når det fremgikk av e-posten at den var strengt fortrolig, og A hadde forstått dette, konkluderte

førstvoterende med at kunnskapen var ervervet på «en urimelig måte». Høyesterett kunne ikke se at konklusjonen kunne bli en annen for den medtaltale B.

Det ble altså lagt stor vekt på at As registrering av domenenavnet «kvearner.com» måtte karakteriseres som «innpåsliten». Hvor grensen går for den «innpåslitne» virksomhet, herunder når en registrering av nettadresser som ligner på en annens adresse er «innpåsliten», sier kjennelsen ikke så mye om. Det er verdt å merke seg at i en sak som Kværner hadde anlagt mot A for WIPOs tvisteløsningsorgan for domenenavn, hadde den WIPO-oppnevnte voldgiftsdommer funnet at As registrering av kvearner.com var rettmessig (Case No D2001-0216). Men dette kunne naturlig nok ikke være avgjørende for Høyesterett i saken.

Strl. § 405 a synes hittil ikke å ha hatt stor betydning i norsk rett. På grunn av det nokså spesielle saksforhold kan vi neppe vente at kjennelsen vil gi bestemmelsen noen større betydning i fremtiden. Kjennelsen kan imidlertid også få betydning for forståelsen av andre, og mer praktiske, bestemmelser som «beskytter» bedriftshemmeligheter, kanskje særlig mfl. § 7. Kjennelsen gir riktignok ingen direkte løsning på det spørsmål som kanskje oftest oppstår i tvister der mfl. § 7 påberopes, nemlig spørsmålet om hvor man skal sette grensen mellom den bruk som en person som har begynt å konkurrere med sin tidligere arbeidsgiver, lovlig kan gjøre av informasjon han har lært hos denne, og den bruk av slik informasjon som vil være ulovlig. Men Høyesteretts relativt vide forståelse av begrepet «bedriftshemmelighet» i denne saken bør støtte det synspunkt at dersom en utnyttelse av tidligere arbeidsgivers kunnskap fremstår som nokså klart klanderverdig, vil forholdet rammes av loven, selv når dette nødvendigvis er en vid tolkning av bedriftshemmelighetsbegrepet. Det kan gjøre det lovfestede vern av bedriftshemmeligheter mer verdifullt for en del bedrifter.

*Harald Irgens-Jensen*

## ODELSRETT

### Odelslovgivningen i støpeskjeen?

Med utgangspunkt i landbruksmeldingen i St.meld. nr. 19 (1999–2000) og Innst.S. nr. 167 (1999–2000) ble det høsten 2001 nedsatt et utvalg som først og fremst skulle vurdere odelsrettens betydning for de landbrukspolitiske målsettinger, men også fikk i mandat å fremme forslag til lovendringer. I siste omgang ble mandatet utvidet til å vurdere om odelsretten bør bestå.

Resultatet foreligger nå i NOU 2003: 26 Om odels- og åsetesretten, og det kan være grunn til å nevne kort noe av det viktigste der.

#### *Har odelsretten utspilt sin rolle?*

Et klart flertall (6) mener at odelsretten bør opprettholdes. Den har vært og vil fortsatt være et vern for at landbruket drives av en selveiende bondestand. Odelsretten er også av betydning for bosettingen i distriktene og er viktig for likestillingen mellom kjønnene ved at den i lovs form fastslår at prioriteten mellom søsken beror på fødselstidspunktet. Mindretallet (2) mener at det i dag er vanskelig å forsvare at noen gjennom fødsel skal ha en fortrinnsrett til vesentlige grunnarealer, og videre at mange av de positive virkninger som odelsretten tillegges, vel så effektivt og mer rasjonelt kan varetas gjennom konsesjonslov, jordlov og plan- og bygningslov.

#### *Endringer i gjeldende lov*

Utvalget foreslår en rekke endringer i loven. De viktigste er:

(1) I dag er det ofte strid om en eiendom fyller kravene til odlingjord, jf. odelsl. §§ 1 og 2. Utvalget foreslår at man går over til enkle, lett praktiserbare regler ved at arealstørrelsen som regel skal være den avgjørende faktor. Og arealkravene må klarligvis løftes fra dagens nivå, med 20 dekar dyrket jord som utgangspunkt. Forslaget innebærer at har eiendommen et jordbruksareal på 50 dekar – et mindretall vil sette grensen ved 30 dekar – er den odlingjord, og har den 1000 dekar produktiv skog – mindretallet opererer med 500

dekar – er den likeledes odlingjord. Jordbrukseiendommen som ikke når opp i jordbruksarealkravet, kan likevel være odlingjord dersom den har tilleggsreligheter. Utvalget foreslår at et visst antall dekar utmark skal kunne være tilstrekkelig – uten hensyn til hvilke muligheter utmarken gir i det enkelte tilfelle.

(2) Fristen for å gjøre odelsrett gjeldende reduseres til 6 måneder.

(3) Adgangen for domstolen til i det konkrete tilfellet å fravike odelsprioriteten utvides, jf. odelsl. § 21. Det bør endog være adgang til å nekte odelsløsning overfor en ikke-odelsberettiget eier.

(4) Adgangen til å gi forhåndstilbud, jf. odelsl. § 20, utvides.

(5) Samboere i ekteskaps-lignende forhold likestilles med ektefeller m.h.t. samodlingsmulighet, unntak fra preskripsjon når den ene erverver den annens odelseiendom, samt den gjenlevende, odelsløses beskyttelse overfor løsningskrav når gjenlevende overtar odelseiendommen.

(6) Den siste rest av kjønnsdiskriminering foreslås opphevet, jf. overgangsreglene om at mellom søsken født før 1965 går yngre bror foran eldre søster.

*Thor Falkanger*

## PANTERETT

### Rettsvern for rentekrav ved utlegg

Høyesteretts dom 5. desember i fjor handler om rettsvern for renter ved utleggspant. Det er på det rene at slike renter har rettsvern når namsmannen har summert renter og hovedstol. Spørsmålet var om det samme skulle gjelde når namsmannen ikke hadde regnet ut rentene, men bare nevnt rentesatsen og forrentningsperioden i tillegg til hovedstolen.

Høyesterett nektet rettsvern i dette tilfellet under henvisning til panteloven § 1-4 om at det skal oppgis et maksimum for pantekravet. Maksimum ble ansett å være hovedstolen, fordi panteloven § 1-4 krever at et «bestemt» beløp skal oppgis som maksimum.



### *Forholdet til § 1-5*

Panteloven selv gir en rekke unntak fra § 1-4 i § 1-5, for eksempel renter i de siste to år før tvangssalg kreves. Ingen av disse unntakene kom direkte til anvendelse på det omtvistede rentekravet. Men § 1-5 åpner uttrykkelig for at flere unntak kan følge av grunnlaget for panteretten. Og det gjorde det åpenbart i dette tilfellet; utleggsbeslutningen omfattet også rentene.

Det er ikke klargjort hvorfor Høyesterett ikke tok dette unntaket i § 1-5 på ordet. Det kan være at de leste bestemmelsen slik at når § 1-4 gjør unntak for krav «som nevnt» i § 1-5, så gjelder det bare den positive oppramsingen i § 1-5 a)–e). Dette har en viss støtte i lovhistorien og teorien. Det kan også være at en ikke syntes avtalefriheten *burde* gjelde i den grad det førte til at maksimum etter § 1-4 ble overskredet. En kan således meget vel hevde at skal det være noen vits i en maksimumsgrense, kan den iallfall ikke ha flere unntak enn de begrensede unntakene som er positivt opplistet i panteloven § 1-5.

Det som blir igjen av avtalefriheten etter § 1-5 i denne sammenhengen er i så fall at en ved avtalehjemmel kan sikre tilleggskrav på renter etc. utover de grensene § 1-5 setter, men bare dersom maksimum etter § 1-4 ikke overskrides. Det bør vel lovgiveren følge opp med en klargjøring av lovteksten.

I denne sammenhengen kan det være grunn til å se på om en bør være like restriktiv med de tilleggskravene som er opplistet i panteloven § 1-5 a)–e) når en er innenfor det oppgitte maksimum etter § 1-4, som når en kommer over dette maksimumet. På grunn av at opplåning ofte er tillatt, kan etterstående panthavere uansett ikke regne med å få nytte av pantet med mindre det utbringer mer enn maksimumsbeløpet til førsteprioriteten. Da kan det ikke være grunn til å ha så restriktive regler for rentekrav etc. innenfor maksimumsgrensen. Særlig gjelder dette ved utlegg, der selve utlegget uten tilleggskrav meget vel kan omfatte års akkumulerte renter med høy

rentesats. Bare negativt er det vel heller ikke at kreditor viser langmodighet, selv om renter derved akkumuleres.

### *Praksis*

Konsekvensen av Høyesteretts dom må være at en heretter må ha krav på at namsmannen regner ut en samlet sum av renter og hovedstol. Høyesterett fant det dokumentert at praksis hittil hadde variert.

I dommen støtter Høyesterett seg på uttalelser fra fremtredende teoretikere. Men uttalelsene er knappe, og ingen av dem bygger på det Høyesterett fant, nemlig at praksis varierer. Derfor har de heller ikke drøftet hvem som bør ha risikoen for at namsmannen ikke regner ut en samlet sum av renter og hovedstol.

For Høyesterett er risikofordelingen her ikke noe stort problem: Høyesterett viser til at profesjonelle aktører snart opptrer som første prioritets panthavere og snart som etterprioriterte panthavere, slik at resultatet for dem ville jevnet seg ut uansett hvilken regel som ble valgt. Det er riktig nok. Men fordi dette er slik, kan det være grunn til å se på stillingen til de ikke-profesjonelle utleggstakere, de som bare har tatt ett utlegg. For dem kan løsningen på de rettsspørsmål Høyesterett drøfter bety svært mye.

Hvorfor slike uprofesjonelle utleggstakere i forhold til etterstående prioriteter skal bære risikoen for namsmannens feilgrep, er det vanskelig å se. At namsmannens feilgrep er unnskyldelig, slik Høyesterett understreker, gjør ikke saken noe bedre. Tvert imot, det utelukker at risikoen kan reduseres ved regress mot staten.

Nå kan det tenkes at en også har uprofesjonelle kreditorer på etterstående prioriteter. De vil selvsagt ha en interesse i at førsteprioriteten gir så liten uttelling som mulig i panteoppgjøret. Men rettslig sett har vel dette bare interesse dersom interessen styrkes av innretningshensyn.

Er den etterstående panthaver en utleggstaker, kan vel innretningshensyn knapt tenkes i praksis (det måtte i tilfelle dreie seg om

innretning i form av valg av utleggsobjekt). For etterstående kontraktspanthavere gjør imidlertid visse innretningshensyn seg gjeldende – de hadde kan hende ikke godtatt sikkerheten om de hadde visst at førsteprioriteten var vesentlig større enn maksimumsbeløpet etter § 1-4. Men forutberegneligheten til etterstående panthavere er uansett lite beskyttet etter gjeldende rett. Med en rentesats på 30 %, som i dommen som diskuteres her, vil for eksempel selv de to års renter panteloven § 1-5 klart nok gir adgang til i tillegg til maksimumsbeløpet etter § 1-4, representere en vesentlig usikkerhet når den etterprioriterte først har godtatt en marginal sikkerhet. Veier en da hensynet til at førsteprioriteten ikke bør ha risikoen for namsmannens feil opp mot hensynet til en marginal økning av sikkerheten til etterprioriterte kontraktspanthavere, kan jeg ikke forstå annet enn at førsteprioriteten bør vinne frem. Dette er motsatt av det resultatet Høyesterett kom til.

I Høyesteretts dom nevnes det at rentekravet ikke var ekstrahert i grunnboka. Men ekstraksjonsfeil er i utgangspunktet den etterståendes risiko, se tinglysningsloven § 25. Bestemmelsen gir riktignok rom for unntak etter en konkret avveining, men i vår sak kunne vel den etterstående ikke vunnet frem etter en slik avveining i større grad enn etter avveiningene ovenfor. Uansett synes ekstraksjonen ikke å ha vært avgjørende for Høyesterett.

Det er for øvrig slik at mange av de forhold som svekker forutberegneligheten til etterstående panthavere ikke går frem av grunnboka. For eksempel legges etter praksis den til enhver tid avtalte rentesatsen til grunn ved beregningen av førsteprioritetens tilgodehavende, selv om rentesatsen overstiger det som er tinglyst. Heller ikke opplåning vil fremgå av grunnboka.

### *Konklusjon*

Det viktigste med Høyesteretts dom er at den slår fast at namsmannen skal inkludere påløpte renter i det beløpet det tas utlegg

for. Følges dette, unngås tvister av liknende slag i fremtiden. Når det gjelder oppgjøret i tilfeller der namsmannen ikke har regnet inn rentekravene, mener jeg en burde kommet til motsatt resultat ut fra en analyse av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Det kunne en gjort uten å stryke de viktige signalene om hvordan fremtidig namspraksis bør være.

*Erik Røsæg*

## BARNERETT

### Statlig overtakelse av fylkeskommunens oppgaver i barnevernet

Med virkning fra nyttår har det nyopprettede Statens barnevern og familievern (SBF) overtatt fylkeskommunens oppgaver i barnevernet, i tillegg til ansvaret for familievernet. Den nye enheten er organisert i fem regioner som dekker de samme områder som helse-regionene, og med en Oslo-basert nasjonal etatsledelse. Oslo er unntatt fra reformen for barnevernets vedkommende, og det er følgelig fortsatt Oslo kommune som utfører disse oppgavene. Trondheim kommune har som en forsøksordning fått tillatelse til å drive denne delen av barnevernvirksomheten selv for to år. Ved siden av de tidligere fylkeskommunale oppgavene, som gjelder fosterhjem og institusjoner, vil det på landsbasis bli opprettet 26 fagteam som får som oppgave å veilede kommunene i deres barnevernarbeid.

### Nye forskrifter for barnevern-institusjoner og fosterhjem i kraft 1. januar 2004

På barnevernområdet er det vedtatt flere nye forskrifter om barnevern-institusjoner og fosterhjem som alle trådte i kraft ved årsskiftet.

Etter at barnevernloven ble vedtatt i 1992, har det ikke vært felles nasjonale krav til barnevern-institusjoner og heller ingen godkjenningsordning. Denne mangelen er nå rettet opp ved at det er vedtatt en forskrift om kvalitetskrav (27. oktober 2003 nr. 1282) og en

om godkjenning (27. oktober 2003 nr. 1283). Begge gjelder både private og kommunale institusjoner. Det er også vedtatt en ny forskrift om tilsyn med barn i barnevern-institusjoner (11. desember 2003 nr. 1564).

Kvalitetsforskriften stiller krav om at institusjonen skal ha en definert målgruppe og en formulert målsetting for sin faglige virksomhet. Det stilles krav til de faglige metodene, materielle krav til forskjellige sider ved bygninger og utearealer, krav til lokalisering samt krav til bemanning og de ansattes kompetanse. Videre pålegges ulike plikter overfor beboerne med hensyn til medisinsk tilsyn og behandling, medvirkning mv.

Godkjenningsforskriften legger godkjenningskompetansen til det nyopprettede Statens barnevern og familievern. Vilkåret for godkjenning er at institusjonen oppfyller de nevnte kvalitetskravene og andre krav som stilles i barnevernloven og andre lover og forskrifter, og at den ellers drives på forsvarlig måte. Institusjonen kan ikke tas i bruk før den er godkjent. Statens barnevern og familievern kan når som helst og på den måten det finner hensiktsmessig, føre kontroll med at vilkårene fortsatt er oppfylt. Hvis institusjonen ikke lenger oppfyller vilkårene, skal det som hovedregel treffes vedtak om bortfall av godkjenningen.

Tilsynet med barnevern-institusjoner ligger fortsatt hos fylkesmannen, jf. den nye tilsynsforskriften. Fylkesmannen kan velge å oppnevne tilsynsutvalg på minst tre medlemmer, med barnefaglig kompetanse og en jurist. Tilsynsmyndighetens oppgave er å påse at institusjonen drives i samsvar med gjeldende regelverk, at barna får respektfull omsorg og behandling, at de får den regelfestede opplæring, at de ikke utsettes for integritetskrenkelser, og at de får de rettigheter som de har krav på etter forskriften fra 2002 om rettigheter i barnevern-institusjoner. Den skal spesielt holde overoppsyn med bruk av tvang. Hver institusjon skal årlig ha to tilsynsbesøk, men fire besøk for institusjoner som tar imot barn med alvorlige atferds-

vansker etter bvl. § 4-24 og § 4-26. Halvparten av besøkene skal skje uanmeldt. Dessuten skal besøk alltid finne sted ved klager og når tilsynsmyndigheten på annen måte blir kjent med uheldige forhold. En viktig forbedring er kravet om at tilsynsbesøk legges til tider der det kan forventes at barna er til stede på institusjonen. Tilsynet skal ta kontakt med det enkelte barn, og når barnet er stort nok og modent nok, spørre hva han eller hun synes om oppholdet. Alle muntlige og skriftlige henvendelser fra barna eller deres foresatte skal behandles av tilsynsmyndigheten.

I den nye fosterhjemsforskriften (18. desember 2003 nr. 1659) er ansvaret for rekruttering, opplæring og formidling av fosterhjem overført fra fylkeskommunen til Statens barnevern og familievern. Barnevernet skal heretter alltid vurdere om noen i barnets familie eller nære nettverk kan velges som fosterhjem. I utgangspunktet skal fosterforeldrene være to personer av forskjellig kjønn, men etter en konkret vurdering av barnets beste kan homofile, lesbiske og enslige benyttes. Barnets foreldre skal ha mulighet til å uttale seg om valg av fosterhjem. Det samme gjelder barn over 7 år og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter. Dette er tatt inn i forskriften (§ 4), og er i samsvar med den nye aldersangivelsen i barnevernloven § 6-3. Den ble endret i forbindelse med at barnekonvensjonen med virkning fra 1. oktober 2003 ble inkorporert i menneskerettsloven. Som tidligere skal det oppnevnes tilsynsfører for barnet.

### Institusjonsplassering pga. alvorlige atferdsvansker etter barnevernloven – dobbeltstraff? Høyesteretts kjennelse 22. desember 2003

En person A var tvangsplassert i institusjon for barn med alvorlige atferdsvansker etter bvl. § 4-24 som følge av særlig et drosjeran, men også rusmiddelmissbruk. Høyesteretts flertall (dissens 4–1) kom til at fylkesnemndas vedtak stengte for senere straffesak om ranet, jf. forbudet mot dobbeltfor-

følgning i artikkel 4 nr. 1 i protokoll nr. 7 (P 7-4) til Den europeiske menneskerettskonvensjon. Den ene formen for «alvorlige atferdsvansker» som er nevnt i § 4-24 er «alvorlig eller gjentatt kriminalitet». Det er tidligere lagt til grunn at uskyldspresumsjonen må gjelde hvis alvorlige atferdsvansker skal konstateres etter dette alternativet, jf. Ot.prp. nr. 61 (1997–1998) s. 33, og Høyesterett (begge fraksjoner) erklærte seg enig i dette.

Både flertall og mindretall gikk gjennom de tre såkalte Engel-kriteriene som er oppstilt av Den europeiske menneskerettsdomstol. De var enige om at slik tvangsplassering ikke anses som straff etter nasjonal lovgivning, som er det første kriteriet. Dette er imidlertid ikke avgjørende. Flertallet fant at det andre kriteriet – lovbruddets karakter/the nature of the offence – var oppfylt. Det er riktignok på det rene at denne formen for tvangsplassering ikke har et strafferettslig formål. Formålet er behandling og opplæring, og tiltaket skal være til barnets beste. På grunn av den nevnte koblingen til kriminalitet og dermed til vilkårene for straff, kom flertallet likevel til at vedtaket måtte anses truffet som ledd i en straffefølgning. Dette gjelder enten fylkesnemndas vedtak går ut på tvangsplassering eller ikke, så lenge grunnlaget er en straffbar handling. Mindretallet kom derimot til at verken dette vilkåret eller det tredje, innholdet og alvor i sanksjonen, var oppfylt.

Konsekvensen av at et vedtak om tvangsplassering etter barnevernloven sperrer mot ny forfølgning, er ikke at myndighetene må velge mellom tiltak etter den ene eller andre loven. Isteden må det, som påpekt av flertallet, på et tidlig stadium under saksforberedelsen etableres et samarbeid mellom barnevernsmyndigheter og påtalemyndighet, slik at tiltak etter barnevernloven og strafferettslige tiltak blir koordinert.

Det spesielle ved kriminalitet som vilkår for tvangsplassering er at det bare er en av flere alternative former for «alvorlige atferdsvansker». En som gjør seg skyldig

i alvorlig eller gjentatt kriminalitet, har gjerne også vist andre former for alvorlige atferdsvansker. Hvis det i saken etter § 4-24 isteden fokuseres på disse øvrige atferdsvanskene, vil vedtak om tvangsplassering ikke være til hinder for en senere straffesak om det ulovlige forhold. Men det er i slike blandede tilfeller all grunn til å oppfordre til et samarbeid mellom myndighetene som nevnt.

*Kirsten Sandberg*

## KONSESJONSLOV

### Ny konsesjonslov fra 2004

Konsesjonsloven av 1974 har nå fått sin avløser i lov av 28. november 2003 nr. 98: Lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom – med ikrafttreden fra 1. januar 2004.

Våre første konsesjonsregler var innbakt i statsborgerrettsloven av 1888. Den gang var det utlendingers erverv av rettigheter over fast eiendom det gjaldt. Senere er det som kjent først og fremst i forhold til norske borgere og dem som ellers bor i landet, at konsesjonskravet har vært av betydning for. Det er imidlertid bemerkelsesverdige at den struktur som ble valgt i 1888, er beholdt i en lang rekke konsesjonslover gjennom nå mer enn drøyt et hundreår. Og den er at ved erverv av eiendomsrett – undertiden også av rettigheter over fast eiendom – kreves det tillatelse fra det offentlige (konsesjon), med mindre det foreligger unntakshjemmel. Slik konsesjon er ikke gyldighetsvilkår, men det er satt sperre for tinglysing av ervervet inntil konsesjon er meddelt. Og blir erververen ikke meddelt konsesjon, får han pålegg om å kvitte seg med eiendommen. Gjør han ikke dette frivillig, kan eiendommen bli tvangssolgt for hans regning og risiko. To andre elementer må tilføyes. Det første er at konsesjon kan gjøres betinget, og mulighetene for så vidt er mange. Især er det bo- og drivepliktivilkårene som har tiltrukket seg sterk oppmerksomhet – også fordi bo- og driveplikt i mange tilfeller er et vilkår for at man skal gå klar av

konsesjonsreglene. Det annet er den kobling det har vært mellom konsesjon og offentlig forkjøpsrett: Der det foreligger konsesjonspliktig erverv, kan det offentlige ha forkjøpsrett. I 2001 ble imidlertid slik forkjøpsrett tatt ut av konsesjonsloven, og den er ikke kommet tilbake i den nye loven.

I det følgende skal det gis en kort oversikt over hva den nye loven bringer.

#### *a. Forholdet til øvrig konsesjonslovgivning*

Loven av 2004 er ikke en konsolidering av hele vår konsesjonslovgivning. Vi har fortsatt industri-konsesjonsloven av 1917 for vannfall og bergverk; og de små særlover for erverv av kalksten fra 1914 og av kvartsforekomster av 1949 lever videre og går foran loven av 2003, og det gjør også energiloven av 1990.

#### *b. Hovedregelen om konsesjonspliktig erverv*

Utgangspunktet er fortsatt at ethvert erverv av eiendomsrett til fast eiendom, uten hensyn til ervervsgrunnlag, er konsesjonspliktig (§ 2). Og slik er det også – som tidligere – med stiftelse eller overdragelse av leierett «og annen lignende bruksrett» til fast eiendom, forutsatt at rettigheten er stiftet for minst 10 år. Også andre rettigheter kan utløse konsesjonsplikt, f.eks. en utbyggingsavtale eller en negativ servitutt som medfører at eierens rådighet blir vesentlig innskrenket.

Reglene i den gamle lovs § 4 om konsesjonsplikt ved erverv av større aksjeposter eller parter i selskap med begrenset ansvar, der selskapet eier eiendom som ikke kan erverves uten konsesjon, er bortfalt. Det anses tilstrekkelig at selskapet selv må ha konsesjon ved sitt erverv av fast eiendom.

#### *c. Unntakene fra konsesjonsplikten*

Under den gamle konsesjonslov var det vidtgående unntak fra hovedregelen, og disse er ikke blitt mindre nå. Det sies i forarbeidene at resultatet blir at det må søkes om konsesjon bare ved «noen få prosent av ervervene». Unntakene



faller i to grupper.

(i) Unntak på grunn av eiendommens karakter, jf. § 4.

For *ubebygget* eiendom er det konsesjonsfrihet ved erverv av enkelttomt for bolig eller fritidshus – forutsatt at visse areal- og reguleringsvilkår er tilfredsstillende (nr. 1 og 2), og at eiendommen bebygges innen fem år (annet ledd). Den tidligere begrensning til én tomt i kommunen er ikke opprettholdt, og familiemedlemmers eiendomsrett til slike tomtearealer spiller heller ikke noen rolle lenger. Også annet ubebygget areal kan erverves konsesjonsfritt, hvis det ligger i område som i reguleringsplan er utlagt til annet enn landbruk, eller i kommuneplan er utlagt til byggeområde (nr. 3). Forutsetningen er her at området ikke utnyttes i strid med slike planer.

For *bebygget* eiendom er det konsesjonsfrihet hvis eiendommen ikke er over 100 dekar – forutsatt at ikke mer enn 20 dekar av arealet er fulldyrket (nr. 4), og videre at eiendommen ikke utnyttes i strid med reguleringsplan eller arealdel i kommuneplanen.

(ii) Unntak på grunn av erververens stilling, jf. § 5.

Bestemmelsen svarer til den tidligere lovs § 6. Dvs. at det – enkelt sagt – er konsesjonsfrihet ved erverv som skjer innen den nære familie; det er konsesjonsfrihet for den odelsberettigede, for det offentlige og for den bank som overtar eiendommen for å redde sitt engasjement.

#### *d. Særlig om landbrukseiendommer*

Som tidligere er det særlige regler for landbrukseiendommer. Landbruksnæring er i forarbeidene definert som «jord-, hage- og skogbruksnæringen, men også tilknyttet virksomhet, samt utmarksnæring og reindrift». Erverv av en eiendom som har mer enn 20 dekar fulldyrket jord, er konsesjonspliktig, med mindre ervervet er konsesjonsfritt etter § 5. Fulldyrket jord betyr at arealet er dyrket til vanlig pløydedybde og må kunne utnyttes til åkervekster eller til eng som kan fornyes ved pløying. Her er det altså strengere krav

enn i odelsloven; ved beregningen av om en eiendom fyller minstekravet på 20 dekar jordbruksareal i odelsl. § 2, skal det f.eks. også regnes med overflatedyrket jord.

Ved erverv av den rene skogeiendom (altså eiendom uten fulldyrket jord) som er bebygget, vil ervervet være konsesjonspliktig når arealet overstiger 100 dekar, og det gjelder også om bare en del av eiendommen har drivverdig skog (§ 4 nr. 4). Er skogeiendommen ubebygget, vil konsesjonsplikt i alminnelighet følge av § 4 nr. 3 – med mindre den unntaksvis i reguleringsplan skulle være utlagt til annet enn landbruksområde eller i kommuneplanens arealdel til byggeområde.

I tillegg må merkes at konsesjonsfriheten – som tidligere – er betinget av at erververen selv bosetter seg på eiendommen og driver den i minst fem år (§ 5 annet ledd). I § 6 er det – som tidligere – nærmere angivelse av hva boplikten innebærer.

Lovens § 9 har særregler om hva som skal vektlegges der ervervet er konsesjonspliktig. Det er pris, bosettingshensyn, erververs formål med ervervet, hvorvidt ervervet gir «en driftsmessig god løsning» og om erververen er skikket. Boplikt vil regelmessig inngå som et vilkår; se også nedenfor under bokstav f om boplikt og EØS-forpliktelser.

Bestemmelsen opprettholder den landbrukspolitisk negative holdning til sameier og selskaper på eiersiden (annet og tredje ledd). Her skal bare nevnes at forarbeidene åpner for unntak for samboere som har opprettet samboerkontrakt.

#### *e. Null-konsesjonsproblemet*

Under 1974-loven har vi hatt den mulighet – som i stadig stigende utstrekning er blitt benyttet – at det for en kommune eller en del av en kommune gis forskrift som begrenser konsesjonsfriheten for bebygget eiendom som er eller har vært benyttet som helårsbolig. Begrensningen består i at konsesjonsfriheten er betinget av at eiendommen brukes som bolig – ikke nødvendigvis av erververen. Denne upersonlige boplikt er i

prinsippet evigvarende. Begrensning har ikke gjeldt i forhold til den nære families erverv (evt. bånd på f.eks. arvingens bruk av barndomshjemmet som feriebolig må i tilfelle hjemles utenfor konsesjonsloven).

Den nye lovs § 7 opprettholder ordningen, som nå også omfatter eiendom som ikke er tatt i bruk, men er i område som etter reguleringsplan er boligområde. Bestemmelsen utvider også virkeområdet: Selv om erververen er nærstående, slik som definert i § 5, kan konsesjonsfriheten bli beskåret – prinsippet er nå at friheten er betinget av at erververens hjemmelsmann (typisk mor/far) har hatt tinglyst hjemmel de siste fem år før overdragelsen. Ved eiendomsovergang pga. dødsfall gjelder imidlertid ikke dette femårskrav (annet ledd).

Det er presisert (siste ledd) at forskrift av denne art beror på kommunens initiativ, men bare kan gis der «det anses nødvendig for å hindre at eiendommer som bør brukes til helårsbolig blir brukt til fritidsformål».

Vil eller kan ikke erververen tilfredsstillende kravet, må det søkes konsesjon. Etter § 10 skal det gis konsesjon «når det ikke er nødvendig å hindre at eiendommen blir brukt til fritidsformål» og likeledes der det finnes «godtgjort at eiendommen bare kan avhendes som helårsbolig til en pris som er vesentlig lavere enn prisnivået for tilsvarende helårsboliger i området».

De spørsmål som kan stilles i tilknytning til slike forskrifter og til direktivene i § 10, er så mange at de ikke en gang kan antydes her.

#### *f. EØS-forpliktelser – særlig om boplikt*

Loven likestiller norske borgere og utenlandske borgere.

EF-domstolen har som kjent truffet en avgjørelse om boplikt (23. september 2003 i sak C-452/01 Margarethe Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung). Landbruksministeren har i brev 22. oktober 2003 til Næringskomiteen (inntatt som vedlegg til Innst.O. nr. 11 (2003–2004)) redegjort for sitt syn på dommen. Jeg nøyter meg med hovedkonklusjonene: Dommen, som er av betyd-

ning for norsk rett, innebærer en godtagelse av at det for landsbruks-eiendommer kan være en konsesjonsordning, men ikke at en søknad uten videre avslås fordi erververen ikke selv skal dyrke og ikke selv bo på eiendommen. Og dette innebærer:

«Etter lovutkastet, og også etter gjeldende rett, skal det alltid foretas en konkret vurdering av om personlig bo- og driveplikt er nødvendig for å nå målene i utkastet § 1, og det må være reell mulighet for å få konsesjon uten å oppfylle boplikten. Premissene i Ospeltdommen må etter min mening tolkes slik at hvis reglene gir tilstrekkelig åpning for en konkret vurdering av om personlig bo- og driveplikt er nødvendig, er kravet til forholdsmessighet oppfylt. Jeg mener at utgangspunktet for en slik konkret vurdering må tas i den enkelte konsesjonssøknaden og i de momentene som gjør seg gjeldende i saken.»

*g. Konsesjonsbehandlingen og dens utfall*

Saksbehandlingsreglene er stort sett som før, men med den vesentlige forskjell at avgjørelsesmyndigheten nå i henhold til delegasjonsvedtak (av 8. desember 2003)

skal ligge hos vedkommende kommune, med klageadgang til fylkeslandbruksstyret/fylkesmannen.

Hvorvidt konsesjon skal gis, må avgjøres ut fra formålsangivelsen i § 1: I tillegg har man de særlige direktiver som er nevnt ovenfor – i § 9 vedrørende landbrukseieendommer og i § 10 vedrørende nullkonsesjonstilfellene. Dertil er det grunn til å minne om at det kan stilles konsesjonsvilkår av mange slag. Nå sies det i § 11 at det kan stilles «slike vilkår som i hvert enkelt til-

felle finnes påkrevd av hensyn til de formål loven skal fremme».

Sanksjonsapparatet er stort sett som før. Inntil konsesjon er meddelt, kan skjøtte ikke tinglyses (men kjøpekontrakten kan tinglyses), jf. § 15. Får man ikke konsesjon, kan det bli tale om salgspålegg og i verste fall tvangssalg (§§ 18 og 19). Og slik kan det også gå dersom konsesjonsvilkår ikke blir oppfylt (§§ 17 og 18).

*Thor Falkanger*

### INSTITUTT FOR PRIVATRETT

Det juridiske fakultet, UiO

Nye utgivelser Institutt for privatretts Stensilsérie:

**STENSILSERIE NR. 163 – OVERSIKT OVER NORSK VAREMERKERETT, BIND I**  
**STENSILSERIE NR. 164 – OVERSIKT OVER NORSK VAREMERKERETT, BIND II**

Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik

**STENSILSERIE NR. 165 – FRAGMENTER TIL EN LÆREBOK I OPPHAVSRETT**

Ole-Andreas Rognstad i samarbeid med Birger Stuevold Lassen

Seriene kan bestilles hos bokhandel eller kjøpes direkte hos

Akademika AS, Karl Johans gt.,  
eller O. Norli, Universitetsgt, Oslo

*For elektronisk bestilling og tidligere utgivelser se:*

[www.jus.uio.no/ifp/stensilserie.html](http://www.jus.uio.no/ifp/stensilserie.html)

## 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: Marianne Skattum

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 mai 2004.