

# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 4/2003

## KONTRAKTSRETT

### OBLIGASJONSRETT

#### Selgers ansvar for offentligrettslige krav til utleieleilighet.

Høyesteretts dom 8. oktober 2003

I enstemmig dom 8. oktober 2003 kom Høyesterett til at manglende oppfyllelse av offentligrettslige krav til lydisolering mellom utleieleilighet og hovedleiligheten i huset utgjorde mangel etter avhendingsloven. Saken gjaldt kjøp av prosjektert hus fra utbygger. Den ville i dag ha vært regulert av bustadoppføringslova. Siden kontrakten ble inngått før bustadoppføringslova trådte i kraft 1. juli 1998, ble saken regulert av avhendingsloven.

### Innhold nr. 4:

Kontraksrett	1
Obligasjonsrett	1
Erstatning i kontrakt	2
Erstatningsrett	4
Forsikringsrett	8
Immaterialrett	10
Opphavsrett	10
Varemerkerett	12
Tingsrett	14
Boligrett	15

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

I salgsprospektet var boligen beskrevet som enebolig med hybelleilighet i underetasjen. Kjøpekontrakten inneholdt bestemmelse om at «[s]elger er ansvarlig for at alle offentligrettslige krav er oppfylt i forbindelse med salget». Ifølge Byggeforskrift 1987 skal flerfamiliehus oppfylle visse krav til lydisolasjon mellom boenhetene. Som flerfamiliehus regnes ifølge forskriften bl.a. «hybler i underetasje i eneboliger». I veiledningen til byggeforskriften, utarbeidet av Statens bygningstekniske etat, omfatter flerfamiliehus typisk «sokkel leiligheter i eneboliger». Byggeforskriftens krav til lydisolasjon var ikke oppfylt. Kommunen hadde av den grunn nektet å gi ferdigattest for huset. Vedtaket var etter klage blitt stadfestet av fylkesmannen. Når forskriftens krav ikke var oppfylt, forelå det mangel etter avhl. § 3-1 første ledd om at eiendommen skal være i samsvar med avtalen. Høyesterett viste videre til «den uttrykkelige bestemmelsen i lovens § 3-2 annet ledd», hvorefter eiendommen skal være i samsvar med offentligrettslige krav. At skillet mellom utleiedel og hoveddel var utført i henhold til de tekniske spesifikasjoner som fremgikk av kontrakten, var ikke avgjørende så lenge disse spesifikasjonene ikke samsvarte med de offentligrettslige kravene. Høyesterett mente at kontrakten måtte «ses i sammenheng med prospektet, der det klart er gitt uttrykk for at det dreiet seg om en separat hybelleilighet». Når «utleie ikke blir mulig, eller i det minste blir praktisk vanskeliggjort ved at lyd-

isolasjonen ikke tilfredsstiller de krav som gjelder mellom ulike boenheter, må dette ses som et avvik fra det en kjøper normalt kan forvente». Det sies videre at utbyggeren «som selger og den profesjonelle part i avtaleforholdet» måtte være nærmest til å ta risikoen for den uklarheten som var oppstått. Denne uttalelsen synes å vise til uklarheten i forholdet mellom kontraktens spesifikasjoner og de offentligrettslige kravene.

Selv om dommen gjelder kjøp av nybygg, og selv om det nevnes at utbyggeren som den profesjonelle parten må ha risikoen for den uklarheten som forelå i forholdet mellom kontrakten i de offentligrettslige kravene, synes dommen å ha betydning også for mangelsspørsmålet ved salg av brukt boligeiendom med utleieleilighet. I slike tilfeller vil ikke kontrakten inneholde noen tekniske spesifikasjoner som kan skapte uklarhet. Det uttales i dommen at «hensikten bak forskriften tilsier en mest mulig objektiv vurdering av forholdene, ut fra boligens faktiske karakter. En boligeiendom som er utformet slik at separat utleie er mulig, bør, med mindre annet er særskilt avtalt, tilfredsstille de krav som gjelder til selvstendige boenheter.»

Denne uttalelsen synes å ha gyldighet ikke bare ved kjøp av nybygd bolig fra utbyggeren, men også ved kjøp av brukt bolig fra privat selger. Dersom eiendommen etter sin faktiske karakter er slik at separat utleie er mulig, kan kjøperen – hvis ikke annet er særskilt avtalt – forvente at offent-

ligrettslige krav til selvstendige boenheter er oppfylt. Er de ikke det, vil det foreligge mangel i medhold av avhl. § 3-1 første ledd og/eller § 3-2 annet ledd.

Kjøperen i saken ble tilkjent prisavslag på kr 150 000,- i medhold av avhl. §§ 4-8 og 4-12. Prisavslaget størrelse var ikke omtvistet i saken.

*Trygve Bergsåker*

### **Tilbakebetaling av investeringsavgift – renter. Høyesteretts dom 9. oktober 2003**

Høyesterett frifant i dom 9. oktober 2003 staten for plikt til å betale renter på tilbakebetalt investeringsavgift. Tilbakebetalingen var en følge av en uttalelse fra Skattedirektoratet i 1994 om at visse driftsmidler falt inn under et unntak fra avgiftsplikten. Høyesterett så det slik at den nevnte uttalelsen representerte sluttpunkt i en gradvis endring i praktiseringen av regelverket: «En slik endring kan ikke gi noe rettskrav på å få tilbakebetalt avgift innbetalt ved tidligere anskaffelser, og den omstendighet at tilbakebetaling likevel er skjedd, kan ikke gi krav på rentegodtgjørelse.»

Dommen gjelder et spesielt tilfelle, og har neppe stor generell interesse.

*Trygve Bergsåker*

## **ERSTATNING I KONTRAKT**

### **Bankklagenemndas uttalelse 2003-094. Forvaltning av pengemarkedsfond – krav om erstatning**

Bankklagenemnda har i en rekke avgjørelser tatt stilling til spørsmålet om bankers rådgivningsansvar overfor forbrukere ved investering i fondsprodukter. Det har vært stilt krav til saksbehandlingen. Dersom det har vært svikt ved denne, har spørsmålet vært om den sviktende saksbehandling har brakt forbrukeren inn i en investering som samlet sett må karakteriseres som utilrådelig, slik at det er i strid med god bankskikk, jfr.

avtaleloven § 36, å gjøre investeringsavtalen gjeldende. I BKN 2003-094 tok nemnda for første gang standpunkt til ansvarsspørsmål knyttet til forvaltningen av plasserte midler.

Klager plasserte kr 1 720 000,- i et rentefond. På det tidspunktet hadde fondsforvaltningsselskapet plassert 7 % av fondets kapital i Kværnerobligasjoner/-sertifikater. Bankklagenemndas flertall fant at hensett til fondets prospekt som anga dets risikoprofil og investeringsart og størrelse, var den aktuelle plassering i Kværnerpapirer uforvarlig og erstatningsbetingende. Flertallet fant at klager måtte gis medhold i sitt krav om økonomisk kompensasjon. Nemndas mindretall fant at selskapet ikke hadde handlet erstatningsbetingende uaktsomt ved plasseringen i Kværnerpapirer. Mindretallet viste bl.a. til at fondet hadde holdt seg innenfor lovregulerte rammer mht risikospredning og at dets vurderinger var i tråd med markedet for øvrig. Bankklagenemndas flertall uttalte bl.a.:

«Det er fra klagers side bl.a. vist til at det i fondets prospekt heter at: «Fondet vil kun plassere i verdipapirer som vurderes å ha lav kreditrisiko og god omsettelighet». Klager har ut fra dette særlig anført at fondet ikke burde ha plassert en så stor andel av sine midler i obligasjoner utstedt av industriselskapet Kværner, og at fondet uansett burde ha solgt seg ned i Kværnerobligasjonslånene på et tidligere tidspunkt slik situasjonen var i 2. halvår 2001.

Det er opplyst at investeringen i Kværnerobligasjonene/-sertifikatene utgjorde 7 % av fondets kapital da klagers plassering ble foretatt i juli 2001. Det er videre opplyst at investeringen i Kværnerpapirer lå i intervallet 4,2 % – 9,2 % av fondets kapital i perioden april 1997 – august 2001. Nemndas flertall bemerker for ordens skyld at det legges til grunn at det er riktig slik innklagede selskap har hevdet at en slik plassering ligger innenfor de formelle begrensninger som følger av Verdipapirfondlovens bestemmelser om risikospredning (§ 4-8) og risiko-

beregning (§ 4-9). Flertallet antar imidlertid at prospektets formulering om at fondet kan investere i verdipapirer «utstedt eller garantert av norsk stat, norske fylkeskommuner og kommuner samt norske finansinstitusjoner og utvalgte industribedrifter (nemndas understrekning), gir kontraktsrettslige føringer for hvor risikable investeringer fondet kan foreta. Slik flertallet ser saken må det i forhold til prospektets kontraktsrettslige begrensninger av fondets investeringer foretas en samlet vurdering av fondets disposisjoner med hensyn til prosentuell andel av Kværnerpapirer, samt tidspunktet selskapet gikk inn i Kværner. Når det gjelder etterprøvingen av denne forretningsmessige skjønnsutøvelsen finner flertallet at Rt. 1991 s. 119 gir en del føringer i saken. Dommen gjaldt spørsmål om erstatningsansvar for styremedlemmer, og retten uttalte bl.a. at en «skjønnsmessig feilvurdering kan etter gjeldende teori og rettspraksis ikke utløse erstatningsansvar». Nemndas flertall bemerker likevel at dommen omhandler en annen situasjon enn den foreliggende da den gjelder ansvar for styremedlemmer i en tross alt risikofylt virksomhet som shipping. Ettersom prospektet tilkjennegir en investeringsprofil og dermed skal være del av en investors beslutningsgrunnlag, har foreliggende sak også slektskap med rådgiveransvar for investeringer, der ansvaret etter rettspraksis er meget strengt, jf. Rt. 2000 s. 672, Rt. 2001 s. 1702 og Høyesteretts dom av 1. april 2003; Fearnley Fonds ASA – Sunnfjordtunnelen AS. Spørsmålet blir – i tråd med Rt. 1991 s.119 – hvorvidt investeringen alle forhold tatt i betraktning må sies å bygge på «en normal forretningsmessig vurdering» eller må karakteriseres som «uforsvarlig spekulasjon» (s. 127) hensett til fondets karakter, investeringens størrelse, selskapsstilling og alternativavkastningen.

Nemndas flertall antar at fondsforvaltningsselskapet var kjent med at Kværner hadde hatt økonomiske problemer, bl.a. da innklagede selskap i desember 2000

kjøpte ett av Kværnerpapirene selskapet satt med på suspensjonstidspunktet i oktober 2001. Det er imidlertid fra innklagede selskaps side vist til at Kværner presenterte et akseptabelt resultat for første kvartal 2001, og at heller ikke resultatet for annet kvartal som ble offentliggjort 22. august 2001 innebar noe forvarsel om at Kværner ville komme i en så vanskelig finansiell stilling at selskapets obligasjonslån måtte forventes å bli reforhandlet på et senere tidspunkt. Så vidt flertallet kjenner til ble selskapet heller ikke utsatt for kritikk fra Oslo Børs for å ha holdt tilbake opplysninger i regnskapet for 1. halvår 2001. Flertallet bemerker imidlertid at selv om terrorangrepet den 11. september 2001 utløste den finansielle krisen i Kværner ved at selskapet ikke fikk fornyet avgjørende trekkfasiliteter, var årsaken de underliggende problemer i selskapet. Saken har på dette punkt felles trekk med Investa-saken, der sammenbruddet i Investa ble utløst av inntørkingen av markedet for kortsiktige obligasjonslån etter at Storebrand uventet var satt under offentlig administrasjon, men der domstolene i den etterfølgende sak om styreansvar la til grunn at det likevel var selskapets egne forhold som var den egentlige årsak til insolvensen.

Det er opplyst i saken at Kværner ASA aldri har hatt en offisiell internasjonal rating fra de anerkjente ratingbyråene. Imidlertid har to store norske meglerhus (Pareto og DnB Markets) utarbeidet kredittanalyser med anslag på rating fra 2000. Disse anslagene ga uttrykk for hva disse meglerhusene antok at en utsteder ville fått i rating dersom man hadde søkt om internasjonal rating. Det dreier seg altså om en indikasjon, og ikke en rating i ordets egentlige mening. Kværner ASA ble vurdert av både Pareto og DnB Markets i november 2000 og tildelt ratingen B+. Selv om dette ikke er en offisiell rating, men en mer subjektiv preget vurdering av antatt rating, indikerer ratingen – som er sammenfallende – at store meglerhus vurderte investering i Kværner ASA som ganske risikabel.

Flertallet bemerker at ratingen B+ innebærer:

#### «BBB

An obligation rated BBB exhibits adequate protection parameters. However adverse economic conditions or changing circumstances are more likely to lead to a weakened capacity of the obligor to meet its financial commitment on the obligation.

Obligations rated BB, B, CCC, CC, and C are regarded as having significant speculative characteristics. BB indicates the least degree of speculation and C the highest. While such obligation will likely have some quality and protective characteristics, these may be outweighed by large uncertainties or major exposures to adverse conditions.

#### BB

An obligation rated BB is less vulnerable to non-payment than other speculative issues. However, it faces major ongoing uncertainties or exposure to adverse business, financial, or economic conditions which could lead to the obligor's inadequate capacity to meet its financial commitment on the obligation.

#### B

An obligation rated B is more vulnerable to non-payment than obligations rated BB, but the obligor currently has the capacity to meet its financial commitment on the obligation. Adverse business, financial, or economic conditions will likely impair the obligor's capacity or willingness to meet its financial commitment on the obligation.»

Slik nemndas flertall tolker disse definisjonene, må ratingen av Kværnerpapirer klart indikere at de på ingen måte kan sammenliknes med verdipapirer «utstedt eller garantert av norsk stat, norske fylkeskommuner og kommuner samt norske finansinstitusjoner...». Det må på denne bakgrunn etter flertallets oppfatning legges til grunn at investering i Kværnerpapirer ikke var i samsvar med fondets

formål, slik dette var tilkjennegitt overfor investorer. Nemndas flertall antar imidlertid at ikke ethvert kjøp av Kværnerpapirer vil være erstatningsbetingende. Her må det oppstilles et vesentlighetskrav ved bedømmelsen av sammensetningen av porteføljen. Flertallet antar imidlertid at investeringene i Kværnerpapirer i hele det aktuelle tidsrom har vært så vidt betydelig at en vesentlighetsbedømmelse ikke kan føre til eliminering i erstatningsrettslig sammenheng.

Hensett til fondets prospekt som anga dets risikoprofil og investeringsart og størrelse, finner Bankklagenemndas flertall etter dette at den omhandlede plassering i Kværnerpapirer må anses som uforsvarlig og erstatningsbetingende, og at klager må gis medhold i sitt krav om økonomisk kompensasjon.

Klager har videre vist til at innklagede selskap burde ha besvart hans e-post datert den 25. oktober 2001 på en annen måte, slik at han kunne ha innløst sine andeler innen den delvise suspensjonen, som de facto hadde virkning fra den 26. s.m. Flertallet viser imidlertid til at det på det aktuelle tidspunktet uansett var kjent gjennom massemedia at Kværner hadde problemer, noe som også fremgår av klagers e-post. Han kunne derfor selv ha tatt konsekvensen av dette ved å selge fondsandelene. Flertallet antar også at fondsforvaltningsselskapet ut fra hensynet til likebehandling av andelseierne vanskelig kunne ha svart klager på en annen og mer konkret måte.»

Bankklagenemndas mindretall fant «at innklagede ikke har handlet erstatningsbetingende uaktsomt ved sin plassering i Kværnerobligasjoner/-sertifikater. Plasseringen i Kværnerobligasjoner/-sertifikater er så vel etter sin art som i omfang innenfor lovregulerte rammer og innenfor det som er angitt i fondets prospekt.

Mindretallet vil bemerke at plasseringen i utvalgte industri-papirer nettopp var det som gjorde at det aktuelle fondet var attraktivt for investorer som ønsket mulighet for høyere avkastning enn hva man ville kunne oppnå ved inves-

teringer i fond som bare omfatter statspapirer og andre papirer med lavere avkastning. Mindretallet er av den oppfatning at fondets prospekt ikke regulerer hvilke konkrete industripapirer fondet kan investere i, og at det heller ikke i forhold til fondets prospekt ligger kontraktsrettslige føringer om at investeringer i industriselskaper risikomessig skal kunne sammenliknes med de øvrige investeringsalternativer som nevnes i prospektet. Mindretallet legger til grunn at klager, på bakgrunn av fondets prospekt og tidligere avkastning, var klar over fondets plasseringer i industripapirer, og at dette var grunnlaget for fondets gode avkastning i tiden før han foretok sine investeringer.

Klager forstås av mindretallet slik at han ikke i seg selv kritiserer de opprinnelige plasseringer i Kværnerpapirer, men at klager mener at fondet burde ha solgt seg ut av Kværner før det gikk galt. Mindretallet viser her til at de rating-indikasjoner som ble gitt frem mot sommeren 2001 (da klager foretok sine investeringer) var bedre enn de som ble gitt mot slutten av 2000. Så vel rating-indikasjonene, som oppfatningen og handlemåten til de fleste aktører i markedet, viser at den generelle oppfatning var at Kværners snuoperasjon ville lykkes.

Når fondet har holdt seg innenfor lovregulerte rammer med hensyn til risikospredning og dets vurderinger var i tråd med markedet for øvrig, finner mindretallet at det ikke kan være grunnlag for å hevde at fondets fortsatte plassering i Kværnerpapirer var uaktsom. Omfanget av investeringen kan, etter mindretallets mening, ikke betegnes som uforsvarlig spekulasjon, men må betraktes som en normal forretningsmessig vurdering av investeringsrisiko. I slike tilfeller kan ikke en etterfølgende konstatering av at det ble foretatt en skjønnsmessig uheldig vurdering, lede til erstatningsansvar. Avslutningsvis bemerkes at heller ikke Kredittilsynet har ansett fondets plasseringer i Kværnerpapirer for å være kritikkverdige.»

Selv om selskapet innen 3-ukersfristen har meddelt at ut-

talelsen ikke vil bli fulgt, må avgjørelsen sies å ha interesse, fordi den er den første som tar stilling til fondsforvalters erstatningsansvar.

Viggo Hagstrøm

## ERSTATNINGSRETT

### To høyesterettsdommer – borgerlige rettskrav. Rt. 2003 s. 841 – Ménerstatningsdommen. Høyesterettsdom 13. oktober 2003 – Psykologdommen

1. Disse to dommene er representative for den økende tendens til at de borgerlige rettskrav avgjøres i forbindelse med straffesaken. De reiser de samme spørsmål og problemstillinger som erstatningsaker ellers: Utmålingen av tapt inntekt og påførte utgifter, tap i fremtidig inntekt og erstatning for fremtidige utgifter og ménerstatning. Hertil kommer som regel også krav på oppreisning. På samme måte som i «tradisjonelle» erstatningsaker, oppstår spørsmål som ikke tidligere er avklart.

De to dommene Høyesterett nylig har avsagt, er representative i så måte. Den første saken gjaldt bare ménerstatning og oppreisning, idet de øvrige poster var avgjort ved utenrettslig forlik, mens den andre omfattet alle erstatningspostene, herunder erstatningen for skatteulempen og spørsmålet om lempning av erstatningskravet.

Disse sakene særpreges videre ved at det er skadelidte personlig som står som ansvarlig – forsettlig skadeforvoldelser står det intet forsikringsselskap bak. Av andre saker i den senere tid hvor skadevolderen ikke hadde forsikringsdekning, kan nevnes Rt. 1997 s. 883 («Nesse») og Rt. 1999 s. 887 («Akbari»). I en rekke drapssaker har oppreisningsbeløpene vært vurdert av Høyesterett, se bl.a. Rt. 2001 s. 275 og Rt. 2002 s. 481.

#### 2.1. Ménerstatningsdommen

Den første saken gjaldt krav etter at skadevolder ved tre anledninger hadde hatt samleie med en 11–12

år gammel pike, og han ble dømt for overtredelse av strl. § 195 første ledd annet straffalternativ, jfr. § 62, til fengsel i to år, som i Høyesterett i sin helhet ble gjort betinget. I ménerstatning ble fornærmede tilkjent 70 000 kroner og i oppreisning 75 000 kroner. Lempning av erstatningssummen var ikke aktuelt. For slike handlinger tiltalen gjaldt, gjelder ikke den standardiserte erstatning til barn, skl. § 3-3 i.f.

Det prinsipielle ved denne dommen var Høyesteretts syn på kravet i skl. § 3-2 om at den medisinske invaliditet må være «betydelig» og «varig». Selv om invaliditeten til å begynne med lå på 30–40 %, ville behandling mv. – selv om det tok tid – føre til bedring.

2.2. Om varighetskravet bemerkes: Førstvoterende, dommer *Bruzelius*, tok utgangspunkt i at forarbeidene ikke kastet lys over tolkingen, men at det i en senere proposisjon, Ot.prp. nr. 81 (1986–87), heter at «uttrykket kan neppe forstås slik at skaden må være livet ut, se Nygaard *Skade og ansvar*, side 147 og Lødrup *Erstatningsberegningen ved personskader* s. 90. Også langvarige skader må være omfattet» (48). Det ble ved vurderingen av hvor lang tid skaden måtte vare, vist til Nygaard, *Skade og ansvar*, 5. utg. 2000 s. 127 om at en periode på 3–5 år kunne aksepteres som langvarig, og til Lødrup, som i *Erstatningsrett* 4. utg. 1999 hevder at «det er åpenbart at en skade som for eksempel ødelegger 10–15 år av den beste ungdomstiden, kan dempes ved at erstatning blir ydet».

Mot denne bakgrunn – og med henvisning til formålet med ménerstatningen – heter det: «Vi befinner oss imidlertid ... i det nedre området, og Nygaards 3–5 år er etter min vurdering et for kort tidsrom» (53). På bakgrunn av at hun har hatt og vil ha lidelsen sannsynligvis i ca. 10 år, var varighetskravet oppfylt.

2.3. Men dermed var ikke alle problemer løst. Skadevolder hevdet at kravet om at skaden måtte være «betydelig», ikke ville være opp-

fylt for hele tiårsperioden, og prognosene var positive. Dette førte ikke frem: «Vår sak gjelder en psykisk skade, hvor det må legges til grunn at behandling vil føre til bedring, men at dette vil ta tid. Det er ikke tvilsomt at skadelidtes livsutfoldelse og livskvalitet vil være betydelig redusert på grunn av skaden i hele behandlingsperioden. Jeg mener derfor at det må kunne tilstås ménerstatning selv om behandlingen etter hvert vil føre til bedring. Men dette er en omstendighet som det må tas hensyn til ved utmålingen av erstatningsbeløpet» (58).

2.4. Etter dette oppsto spørsmålet om beregningen av det såkalte sammenligningsbeløpet. Her ble resultatet – ikke overraskende – at man måtte bygge på en kapitaliseringsfaktor som var basert på den antatte skadeperiode. Uten nærmere begrunnelse ble så erstatningsbeløpet «skjønnsmessig» satt til 70 000 kroner.

2.5. I lagmannsretten var oppreisningsbeløpet satt til 100 000 kroner. Etter henvisning til Rt. 1988 s. 532 og til Rt. 1997 s. 853 og de generelle betraktninger i disse vota, og til de særlige forhold i denne saken, ble – under henvisning til oppreisningsbeløp i andre saker – oppreisningsbeløpet redusert til 75 000 kroner (61).

2.6. Om lempningsspørsmålet heter det: «Slik jeg ser det, er det med den utmålte ménerstatning åpenbart ikke grunnlag for lempning etter skadeserstatningsloven § 5-2.» (63).

2.7. Dommen har særlig interesse på fire punkter:

a) Høyesterett slo for første gang fast at varighetskravet ikke er et livsvarig krav, og at det er oppfylt hvis lidelsen varer mer enn ca. 10 år. Dette tidsperspektivet synes det naturlig å legge til grunn også hvor det ikke er tale om psykiske lidelser.

b) At kravet til «betydelig skade» kan svekkes mot slutten av skadeperioden får ingen avgjørende betydning for vurderingen av varighetskravet, men det øver

innflytelse på erstatningens størrelse.

c) Utmålingen av ménerstatningen skal baseres på skadetidens lengde, og må i tilfelle som dette bli meget skjønnsmessig.

d) Høyesterett foretar en viss nedsettelse av oppreisningsbeløpet, under henvisning til en sammenligning med andre saker (uten å henviser til noen). Dette har vi også andre eksempler på, f.eks. Rt. 2001 s. 275, hvor Høyesterett reduserte ménerstatningen i en drapssak fra 150 000 kroner til 130 000 kroner. Det synes å være en tendens til at det nivået Høyesterett legger seg på, er lavere enn det som tilkjennes i de underordnede retter.

### 3.1. *Psykologdommen*

Den andre saken gjaldt erstatning for psykiske skader tre menn var påført ved at en psykolog misbrukte den stilling han sto i til dem ved å skaffe seg utuktig omgang. Også i denne saken er det ménerstatningen og oppreisningsbeløpet som har særlig interesse, samt erstatningen for skatteulempen. De beløp som ble utmålt for de andre erstatningsposter, ble konkret fastsatt, uten at de reiste prinsipielle spørsmål av betydning. Til sammen for de tre skadelidte kom erstatningsbeløpene opp i ca. 7,5 mill. kroner. Men en generell betraktning som var felles for alle de tre skadelidte, bør trekkes frem.

3.2. Den gjelder den erstatningsrettslige stilling for helsetilbud som ikke er refusjonsberettiget i det offentlige helsevesen (behandling hos psykolog som ikke utgjør en del av det offentlige helseapparat og alternative behandlingsmåter som gestaltterapi, gruppe-terapi mv.). Det ble lagt til grunn at den behandling de skadelidte hadde hatt ved slike helsetilbud, var egnet til å gi dem en bedre helse.

Utgangspunkt er skadelidtes tapsbegrensningsplikt. Til dette bemerket førstvoterende, dommer *Oftedal Broch*, at det av denne må følge at skadelidte «så langt det er mulig, benytter – offentlige – refusjonsberettigede helsetilbud». I

denne saken var imidlertid noe slikt tilbud ikke tilgjengelig, og da var det «nokså klart at utgifter til privatfinansiert tilbud om kvalifisert psykologhjelp må aksepteres som erstatningsberettiget.» Det må imidlertid settes en grense mot det som ikke er medisinsk relevant. Dog «bør rettsvesenet være varsom med ytterligere å overprøve tilbud som den skadelidte benytter seg av for å bli frisk eller forbedre sin helse, ganske særlig når behandlingen er gjennomført». At det offentlige helsetilbud her skulle være tilstrekkelig – slik det er ved utgifter til langvarig stell og pleie, jf. Rt. 2002 s. 1436 (Bråtanedommen) – ble nyansert slik at utgifter «med klart forbedringsformål» sto i en annen stilling (43 og 44).

3.3. For alle de tre skadelidte ble erstatningen for påført inntektstap utmålt med forholdsvis korte betraktninger om den enkeltes antatte yrkesmuligheter, og erstatningene ble fastsatt på skjønnsmessig grunnlag (52–58, 67 og 79).

3.4. De påførte utgifter fikk alle erstattet til den behandling de hadde hatt hos psykologen og utgifter av den art som er omtalt i pkt. 3.2 ovenfor.

3.5. De fremtidige utgifter ble for alle tre fastsatt uten noen prinsipielle begrunnelser (59, 69 og 81).

3.6. Erstatningen for skatteulempen var fremme for flere posters vedkommende. Erstatningen for fremtidig inntektstap til D ble tillagt et «skattepåslag» på 25 % (58), for C fremgår det bare at skatteulempen er inkludert, mens det for A sies at skatteulempen er 25 %. For fremtidige utgifters vedkommende ble, etter neddiskonteringen, skatteulempen satt til 10 % for D (59), for C 10 % (73) mens det for A ikke var aktuelt.

3.7. Om ménerstatningen bemerkes: Ds krav på 250 000 kroner ble tatt til følge (60–62). Her oppstod som i den ovenfor nevnte dom (Ménerstatningsdommen) spørsmålet om tolkingen av «varig» i

skl. § 3-2. Skadeperioden var imidlertid nå oppe i 18 år, og den ble antatt å vare ytterligere 2 år. Med en så lang samlet skadeperiode ble ikke ménerstatningen redusert ut fra skadeperiodens lengde, slik den ble det i Ménerstatningsdommen. For C var skadetidsrommet 18 år, og det ble heller ikke her foretatt noen avkortning (74). Skadeperioden for A var 15 år med en medisinsk invaliditet på 30 %, deretter 20 %. Hertil bemerket førstvoterende: «Selv om vi her kanskje nærmer oss en grense mot nedkortning på grunn av tidsaspektet, mener jeg ut fra de skader og påkjenninger som A har lidt, at det ikke skal skje noen avkortning» (84).

3.8. Denne dommen er illustrerende for en tendens i retning av å gi kortere, og mindre analyserende begrunnelser for erstatningsutmålingen når de borgerlige rettskrav reises i en straffesak enn når de reises i «vanlige» erstatningsaker. Flere krav ble tatt til følge uten begrunnelse. Når det gjelder erstatningen for skatteulempen, finner vi ingen begrunnelse for valget av 25 % for det fremtidige inntektstap og 10 % for erstatningen for merutgifter. At den lavere erstatning for merutgifter er riktig, ligger i erstatningsperiodens lengde. Når man for inntektstapet uten videre la til grunn 25 %, er det en videreføring av praksis om en viss standardisering på dette punkt, hvis ikke særlige forhold tilsier en annen prosentsats, Rt. 1996 s. 952, Rt. 1999 s. 1697, Rt. 2002 s. 1436 (her var partene enig om 25 %).

Dommen slår videre fast at kravet om «varig» som vilkår for ménerstatning ikke er et krav om livsvarig, men at allerede en periode på 10 år kvalifiserer til ménerstatning. I så fall skal erstatningen normalt bare dekke denne perioden.

*Peter Lødrup*

### Høyesterettsdom 31. oktober 2003 – Lunddommen

Saken gjaldt spørsmålet om en tobakksfabrikant var ansvarlig på objektivt grunnlag overfor en per-

son som etter 37 års sigarettøking utviklet lungekreft og døde.

1. Robert Lund døde i 2000. Da hadde han siden 1953 røkt daglig i overkant av 20 sigaretter rulle-tobakk, Petterøes nr. 3. Han hadde fått konstatert lungekreft 4 år før han døde. Det var i saken ikke omtvistet at røkingen var årsak til lungekreften og til hans død. Han gikk til søksmål med krav om erstatning. Etter hans død, like før dommen i herredsretten falt, har hans datter ført saken videre.

J.L. Tiedemanns Tobaksfabrik – som i 1972 hadde kjøpt Petterøes Tobakksfabrikk – ble i alle instanser enstemmig frifunnet for ansvar for Lunds død. I motsetning til i herredsretten og for Høyesterett, ble det for lagmannsretten hevdet at ansvar også kunne baseres på uaktsomhet fra fabrikkens side. Anførselen førte ikke frem, og anken ble på dette punkt nektet fremmet for Høyesterett etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 1 – den ville ikke ført frem.

At røking kan medføre alvorlige helseskader, var ubestridt i saken. Skadeomfanget fremgår av en av de sakkyndiges erklæring, og bør gjengis (38):

(a) Mellom en tredjepart og en halvpart av de som daglig røyker sigaretter, dør en for tidlig død.

(b) Halvparten av disse dør før pensjonsalderen og mister 20–25 år av sitt liv.

(c) Totalt dør i Norge årlig rundt regnet 8000 personer som følge av tobakksskader. Noe over halvparten av disse dødsfallene skyldes hjerte- og karsykdommer, omtrent fjerdedel kreft og resten hovedsakelig luftveissykdommer.

(d) Et enda større antall røykere utvikler røykerelaterte sykdommer som gir betydelige plager og redusert livskvalitet.

(e) Helseskadene viser seg normalt først etter mange år – kanskje 30–40 år – etter påbegynt røyking.

Skadeomfanget som følge av røyking er således betydelig, og må utvilsomt betegnes som et alvorlig samfunnsproblem.

2. Førstvoterende, dommer Flock, slo fast at det ulovfestede objek-

tive ansvaret i norsk rett er utviklet gjennom rettspraksis, og at rekkevidden av dette ansvaret måtte skje med utgangspunkt i denne praksis (39). Og her står skaderisikoen sentralt. Oppgaven ble derfor å vurdere denne skaderisikoen i forhold til de helseskader som oppstår ved sigarettøking.

De sentrale, grunnleggende elementer ved det objektive ansvaret ble trukket frem, risikoen må være «stadig» og «vedvarende», og risikoen må være «typisk» for virksomheten. Risikoen for helseskader hadde således «særtrekk som kan være forenlig med et objektivt erstatningsansvar». Hertil kom at det ikke var upåregnelig for fabrikanten at røkere ville bli påført slike skader (44).

Den «ekstraordinære» risiko som er fremhevet i flere dommer, ble knyttet til kravet om at risikoen må overstige dagliglivets risiko, og den aktuelle risiko for helseskader som følge av røyking ble antatt å overstige denne (45).

Vi ser således at de grunnleggende elementer for å pålegge objektivt ansvar isolert sett var til stede. Men som det ble fremhevet innledningsvis, ansvaret bygger i dag «både på risikobetraktninger og interesseavveininger» (40). Hvilken vei disse interesseavveininger skulle slå, ble i førstvoterendes votum dels knyttet til når kunnskapene om risikoen for helsefaren for røyking ble mer eller mindre kjent og røkeres egen risiko for skadefølger av røykingen, dels visse generelle betraktninger (reelle hensyn vil nok noen kalle det) om objektivt ansvar i saker som dette. «Det må skje en helsevurdering hvor både hensynet til partene i den enkelte sak og mer overordnede interesser av samfunnsmessig karakter trekkes inn» (65).

3. Om enkelthetene om hva man visste om skadefølger ved røyking, må vises til dommen, særlig avsnittene 57–64. Året 1964 markerte det store skillet, ved at de amerikanske helsemyndigheter da slo fast at årsakssammenhengen var ubestridelig – en informasjon som straks ble gjort tilgjengelig i Norge. Noen erstatning for røyking

etter dette tidspunkt var derfor ikke aktuelt. Oppsummeringsvis heter det i dommer Flocks votum om perioden frem til 1964 at «mitt samlede inntrykk av det materiale som er fremlagt om situasjonen fra første halvdel av 1950-årene og frem til 1964, er at legeviten på den tid ennå ikke hadde fått sikker viten om direkte årsakssammenheng mellom sigarettøyking og lungekreft og andre alvorlige helseskader». Det heter videre at man «i mangel av de helt klare bevis var det i større grad enn senere overlatt til den enkelte i hvilken grad man ønsket å tro på det man fra tid til annen leste og hørte om tobakkens skadelige virkninger. Og den gang som nå var det helt opp til den enkelte om man valgte å ta sjansen. Det sentrale for meg er at det også på den tiden må har vært alminnelig kjent at sigarettøyking kunne innebære risiko for alvorlig helseskade, og at risikoen for slik skade i alle fall i noen grad ville øke dersom sigarettforbruket var stort.»

Avslutningsvis heter det: «Men ved vurderingen av det objektive erstatningsansvar er det likevel vanskelig å unnlate å påpeke at det fortsatt berodde på den enkeltes frie valg om man ville begynne å røyke. Det var tale om et nytelsesmiddel, ikke et næringsmiddel, og enda mindre et medisinsk preparat» (73).

4. Før dommer Flock var kommet frem til denne avrundende vurdering, trakk han frem en rekke forhold av betydning for den interesseavveining som måtte finne sted. Oppsummeringsvis kan disse synspunkter trekkes frem:

- Skadene er ikke forårsaket ved noen feil ved produktet (66).
- Forsikrings- og pulveriseringshensynet har en meget begrenset vekt, idet antallet helseskader er meget stort, og muligheten for forsikring er ikke til stede, og det var ikke noen farbar vei å la tobakksprodusentene innkalkulere et tillegg i salgsprisen til dekning av erstatning til de som er blitt økonomisk skadelidende som følge av tobakkskader ved røyking (67).
- Produktet voldet skader uten noen produksjonsfeil, og skiller

seg ikke ut fra andre produkter som f.eks. alkohol (69).

– Et objektivt ansvar ville stå i «klar disharmoni» til myndighetens aksept av tobakken som et lovlig produkt.

– Et objektivt ansvar her ville utvide rammen for det objektive ansvar, og en slik utvidelse burde skje ved lovgivning, ikke ved rettspraksis (70).

– Objektivt ansvar i denne saken ville kunne virke noe tilfeldig i forhold til de mange som både før og etter er blitt rammet av tobakkens skadevirkninger (71).

– Lagmannsrettens bemerkning om at et objektivt ansvar forut for 1964 ikke kan fylle noe berettiget samfunnsbehov, ga dommer Flock sin tilslutning (72).

5. Denne dommen vil utvilsomt bli gjenstand for inngående analyser. Den har en rekke refleksjoner og analyser. Her vil jeg – i skrivende stund to dager etter at dommen ble avsagt – i korthet trekke frem dette:

5.1. Dommens konklusjon er ikke overraskende. Etter mitt syn, som jeg tidligere har gitt uttrykk for i *Nytt i privatretten*, nr. 1/2001 s. 7 flg. – kunne Høyesterett ikke ha kommet til et annet resultat uten i vesentlig grad å bevege seg utenfor det som jeg vil betegne som «gjeldende rett». Dette gjelder både synet på det objektive ansvars rekkevidde generelt, og i denne saken spesielt. Også den holdning som Høyesterett inntok til den risiko Lund selv måtte bære er jeg enig i. Når erstatningsretten er en lære om risikoplassering, blir det et sentralt moment – særlig utenfor de lovfestede tilfellene – om skaderisikoen for skadelidte fremstår som uventet eller ekstraordinær, og om skadelidte selv kunne ta sine forholdsregler for å unngå skaden. Dette grunnsynspunktet ble befestet i denne dommen (46). Lunds skadefølger var ikke en konsekvens av en risiko som for ham «fremsto som uventet eller upåregnelig».

5.2. Ikke overraskende bringes både P-pilledom II, Rt. 1992 s. 64, og Disprildommen, Rt. 2000 s. 915, inn på banen. I begge disse sakene dreide det seg om legemid-

ler med positiv virkning for det store flertall av brukere. Men når midlet en meget sjelden gang har alvorlige bivirkninger som medfører skade på pasienten, aktualiseres den for pasienten uventede og upåregnelige risiko som legemiddelprodusenten bør være ansvarlig for (68). Her kan den eldre vaksinedom i Rt. 1960 s. 841 også være illustrerende.

5.3. Dommen stadfester videre de grunnleggende utgangspunkter for å kunne pålegge objektivt ansvar, og førstvoterende understreker, som også førstvoterende i P-pilledom II gjorde, at risikoen i den enkelte sak/typetilfelle måtte bero på en interesseavveining. Etter den rettspraksis vi nå har, er rammene for denne interesseavveining stadig blitt klarere.

5.4. Førstvoterende berører i sitt votum regelen i produktansvarslovens § 2-1. Etter å ha vist til en uttalelse i forarbeidene om at forbrukerens sikkerhetsforventninger vil måtte være «svært høye ved tradisjonelle nærings- og nytelsesmidler», vises det til en bemerkning som følger etter det siterte, «dog med reservasjon for kjente risikoer som ved bruk av alkohol og tobakk». Dermed slår førstvoterende fast at skader voldt ved tobakksbruk, «vil etter dette falle utenfor ansvaret etter § 2-1».

6. Til slutt er det naturlig med en bemerkning om min holdning til denne saken og tobakksbruk i sin alminnelighet. Til tross for mitt syn på dommens riktighet, mener jeg at det var riktig at den ble ført. Den har på ny skapt innsyn i tobakkens omfattende skadevirkninger, og bør derfor være et godt bidrag i myndighetenes anti-røkingskampanje, som trenger all mulig støtte. Her legger jeg ikke bare vekt på røkerens skade på seg selv. Like viktig er den risiko for skade og det ubehag røyking representerer for omgivelsene.

Peter Lødrup

**Oppreisning til voldtekts ofre, skl. § 3-5 første ledd bokstav b. HR-dom av 11. november 2003, HR-2002-00981a, jf. dom av samme dag, HR-2202-01874a**

1. Antallet straffesaker hvor det fremmes krav om oppreisning fra fornærmede, har økt betydelig de siste årene. Det er særlig i sedelighets- og drapssaker hvor spørsmålet om oppreisningens størrelse har vært vurdert av Høyesterett, se bl.a. Rt. 1988 s. 274 (voldtekt), Rt. 1996 s. 864, Rt. 1997 s. 852, Rt. 2001 s. 274 (foreldre som mistet et barn ved forsettlig drap), Rt. 2002 s. 481 (barn som mistet sin mor ved forsettlig drap) og Rt. 2003 s. 740 (sedelighetsforbrytelser mot barn).

2. I alle disse sakene har Høyesterett søkt å knesette et prinsipp om standardisering av oppreisningsbeløpene, selv om det erkjennes at faktum i den enkelte sak kan lede til nyanseringer. Det er en fordel med en stor grad av forutberegnelighet i disse sakene, slik at oppreisningsbeløpet kan fastsettes i forbindelse med straffesaken på en forholdsvis enkel måte.

I voldtektsaker satte Høyesterett ved dommen i Rt. 1988 s. 274 en norm på 30 000 kroner i oppreisning; etter dagens kroneverdi ca. 46 000 kroner. Det spørsmål som ble tatt opp i den saken som nå omtales, var om det på prinsipielt grunnlag skulle skje en heving av oppreisningsnivået i slike saker. Lagmannsretten hadde idømt en oppreisning på 100 000 kroner, som etter den ankende parts syn var for høyt. Høyesterett stadfestet lagmannsrettens dom.

3. Førstvoterende dommer *Coward*, tok utgangspunkt i at det fortsatt bør gjelde en veiledende norm for oppreisningen til voldtekts ofre, og viste til de prinsipielle drøftelser i 1988-dommen. Spørsmålet var om normen burde oppjusteres slik som lagmannsretten hadde gjort. Dette ble besvart bekreftende. Det ble vist til praksis om sedelighetsforbrytelser mot barn, hvor utgangspunktet er 75 000 kroner, foreldres tap av barn ved forsettlig drap hvor det er

120 000 kroner, og at det absolutte tak når barn mistet en forelder ved forsettlig drap er satt til 300 000 kroner – nivået det var naturlig å sammenligne med (32). En slik sammenligning ville slå ut i en oppreisning på mellom 50 000 og 75 000 kroner. Men på bakgrunn av de mange signaler om et høyere oppreisningsbeløp i voldtektsaker, ikke minst fra Stortingets side (som hadde «rettskildemessig interesse») (37) ble altså lagmannsrettens dom stadfestet. Det var ikke motanket over dette beløpet fra fornærmedes side, og Høyesterett kunne derfor uansett ikke gå høyere. Dommer *Coward* slo fast at dette innebar «en betraktelig heving i forhold til dagens norm ...».

4. Ut over den prinsipielle heving av oppreisningsbeløpet, har dommen interesse ved at dommer *Coward* uttalte at det nå skal «særlige grunner til for å fravike normen – nedover eller oppover». (39) Det må antas at dette gjelder også i de andre typer saker hvor det er lagt til grunn normerte beløp som det grunnleggende utgangspunkt.

*Peter Lødrup*

## FORSIKRINGSRETT

### **Høyesteretts dom 8. oktober 2003. Er kjøperen av en fast eiendom medforsikret under selgerens forsikring, selv om eiendommen ikke var overtatt da den ble totalskadet ved brann, jf. FAL § 7-2, og kan han kreve dekket utgiftene til gjenoppføring?**

1. Ved kjøpekontrakt av 2. desember 1999 ble en fast eiendom med enebolig og verkstedbygning overdratt. Kjøper skulle overta og betale det alt vesentlige av kjøpesummen 1. februar 2000. Frem til overtagelsesdato skulle selger holde eiendommen fullverdiforsikret. Han hadde også forpliktet seg til å overdra krav ved et eventuelt forsikringstilfelle til kjøper.

Verkstedbygningen gikk total-

tapt ved brann 21. januar 2000. Kjøper bygget den opp igjen for i alt kr 1 072 618. Forsikrings-selskapet utbetalte imidlertid bare kr 750 000 under forsikringen, begrunnet med at kjøper ikke var medforsikret, og at det ikke var forpliktet til å utbetale gjenoppføringsutgiftene, ettersom kjøper verken var forsikringstager eller eier i forsikringsvilkårenes forstand.

2. Reglene om automatisk medforsikring av en ny eier under en skadeforsikring, fremgår av FAL § 7-2. Reglene er deklarasjonelle, se § 7-2 første ledd første og tredje punktum, men likevel slik at selskapet etter tredje punktum, jf. annet ledd, svarer for forsikringstilfelle som inntreffer innen fjorten dager etter eierskiftet, med mindre han har tegnet egen forsikring. Hvilke rettigheter den medforsikrede har mens forsikringen løper og når et forsikringstilfelle er inntruffet, er bare delvis regulert i FAL, se §§ 7-3 og 7-4. Et viktig poeng i denne forbindelse er at FAL ikke sier noe uttrykkelig om hvilke rettigheter den medforsikrede har til selve forsikrings-erstatningen.

3. Høyesterett fant enstemmig at kjøper var å anse som medforsikret og at han hadde krav på differansen mellom gjenoppføringsutgiftene og det beløp selskapet hadde utbetalt. Høyesterett delte seg imidlertid 3-2 når det gjaldt begrunnelsen.

4. Flertallet la til grunn at FAL § 7-2 første ledd tredje punktum utelukkende regulerte opphørstidspunktet for kjøperens preseptoriske status som medforsikrede, og ikke starttidspunktet. Starttidspunktet mente flertallet man fant i første punktum, ettersom uttalelser i forarbeidene viste «at når en kjøpekontrakt blir bindende mellom partene, blir forsikringen utvidet til også å gjelde kjøperen». Den preseptoriske bestemmelsen i tredje punktum måtte da «forstås slik at det ikke gjelder avtalefrihet for tidsrommet fra forpliktende kjøpekontrakt er inngått til 14 dager etter det egentlige eierskif-



tet». Flertallet innrømmet at forarbeidene i sin beskrivelse av det preseptoriske vernet for kjøperen konsentrerte seg om fjorten dagers perioden etter eiendoms overtagelsen, men fant ikke dette «unaturlig, idet det er i denne periode – etter at risikoen er gått over på kjøperen – at dennes forsikringsbehov er størst». Flertallet mente også å finne en viss støtte for sitt syn i forarbeidene. Viktigst for flertallet var likevel at «dette syn harmonerer best med begrunnelsen for § 7-2 første ledd tredje punktum og – ikke minst – at det gir den beste regel». Formålet med regelen var å sikre den nye eier rimelig tid til selv å skaffe seg den fornødne forsikringsdekning, og da måtte kjøperen etter flertallets mening tre inn i selgers forsikring når han forpliktet seg til å kjøpe eiendommen. Riktignok kunne det anføres at kjøperen kunne heve avtalen ved brann eller lignende, og at hans behov for forsikring var størst etter at han hadde overtatt risikoen for eiendommen. Men et slikt synspunkt «undervurderer etter min mening hensynet til omsetningens sikkerhet og den sterke og reelle oppfyllelsesinteresse en kjøper av en fast eiendom kan ha».

Når det gjaldt selve dekningsomfanget, ville det «bero[r] på hva som er fastsatt i vilkårene». Det måtte imidlertid følge av den preseptoriske bestemmelsen at kjøperen ikke kunne stilles dårligere enn selgeren. Fra inngått kjøpsavtale til fjorten dager etter overtagelse måtte kjøperen derfor ha krav på dekning under selgerens forsikring «med samme dekning som selgeren».

5. Mindretallet understreket innledningsvis at kjøperen var å anse som medforsikret under selgerens forsikring fra det øyeblikk kjøpekontrakt var inngått, fordi han fra det tidspunkt hadde den reelle økonomiske interesse i eiendommen, og det uansett om risikoen var gått over på ham eller ikke. Løsningen stemte med avhendingsloven § 2-4 tredje ledd.

At den medforsikrede var preseptorisk vernet i fjorten dager etter selve overtagelsen, var klart

nok etter § 7-2 første ledd tredje punktum. Spørsmålet var imidlertid om han var preseptorisk vernet allerede fra det tidspunkt han fikk status som medforsikret. Mindretallet viste til at den tidligere bestemmelsen i FAL 1930 § 54 var oppfattet slik at selv om selve perioden for medforsikring strakk seg lenger, var det bare i denne fjorten dagers perioden kjøperen hadde et preseptorisk vern. Forarbeidene til FAL 1989 trakk klart i samme retning. I den forbindelse henviste mindretallet til – og refererte til dels – en rekke punkter både i de generelle og de spesielle motivene. Når det gjaldt reelle hensyn, understreket mindretallet at det var en betydelig forskjell på situasjonen for den nye kjøperen før og etter overtagelse av eiendommen. Etter overtagelsen var det ham som bar risikoen for eiendommen. Selv om han kunne ha en betydelig interesse i eiendommen før overtagelse, hadde selgeren risikoen for den da, og ved brannskade i denne perioden kunne kjøperen heve avtalen. Han hadde dessuten alltid mulighet for selv å tegne forsikring.

Når kjøperen ikke kunne anses som preseptorisk medforsikret, ble spørsmålet om selskapet hadde fratatt ham status som medforsikret ved klart og tydelig å fravike bestemmelsen i § 7-2 første ledd første punktum. Det fant mindretallet ikke var tilfellet. Vilkaene fastslo at «[f]orsikringen faller bort hvis de ting forsikringen er knyttet til skifter eier». «Det kan godt være at selskapet med formuleringen 'eier' i første punktum også tar sikte på kjøpere som foreløpig ikke har overtatt eiendommen.» Dette kunne imidlertid ikke være avgjørende: «For personer som ikke kjenner forarbeidene til [FAL], vil det være naturlig å forstå forsikringsvilkårene slik at de tar sikte på situasjonen etter overtakelsen.»

Det siste spørsmålet var da om kjøperen kunne kreve gjenoppføringserstatning. Mindretallet besvarte spørsmålet med ja: Kjøperen måtte i forhold til disse vilkårsbestemmelsene anses som «eier», og når det var situasjonen,

«ville det representere en vesentlig uthuling av rettighetene som medforsikret om han bare kunne kreve dekket differansen mellom eiendommens verdi før og etter brannen». Det var for øvrig vanskelig å se at selskapet hadde en beskyttelsesverdig interesse i en slik begrensning. Hadde selgeren gjenoppført, ville han ha hatt krav på full erstatning, og partene kunne ha utsatt overtagelse til slik gjenoppføring hadde skjedd, uten at selskapet kunne motsette seg det.

6. Resultatet i dommen er greitt nok. Av de to ulike begrunnelsene som er gitt, har jeg størst sans for mindretallets. Både lovtekstens oppbygging og innhold, sammenholdt med forarbeidene både til FAL 1930 og FAL 1989, gir tilstrekkelig klart uttrykk for lovgivers mening, nemlig at det bare er for fjorten dagers perioden etter overtagelsen av eiendommen at det er snakk om en preseptorisk beskyttelse av kjøpers status som medforsikret. Flertallets utvidende tolkning, der man trekker den preseptoriske beskyttelsen helt tilbake til avtaledagen, har liten eller ingen støtte i forarbeidene, og står heller ikke i god sammenheng med de uttrykkelige bestemmelsene i første ledd første og tredje punktum om at den nye kjøpers medforsikring som hovedregel er deklarasorisk.

Når det er sagt, må det imidlertid innrømmes at lovgiveren ikke hadde noen god dag da bestemmelsen ble formulert. Det kan jeg trygt si, fordi jeg selv var aktivt med i dette arbeidet i FAL-komiteen. Flertallets syn viser at det kunne ha vært presisert enda tydeligere når utgangspunktet for den preseptoriske perioden begynte å løpe. Viktigere er likevel det uheldige i at lovgiveren ikke tenkte bedre gjennom – på den ene side – hvilket behov for vern en kjøper egentlig har ved et eierskifte, som tidsmessig strekker seg over en lenger periode fra avtaleinngåelse til overtagelse, og – på den annen side – hvordan kjøpers behov skal avstemmes mot selskapets behov for å avgrense sitt ansvar i forhold til en kjøper som det ikke står i noe

opprinnelig kontraktsforhold til. For min del har jeg nok i dag vanskelig for å se at kjøperen har noe stort behov for preseptorisk vern i en slik situasjon: Han vil ha mer enn rimelig tid til selv å skaffe seg den nødvendige forsikringen. På den annen side er det viktig at kjøperen ikke faller mellom to stoler, slik at verken den gamle eller den nye forsikringen setter ham i stand til å gjenoppføre eiendommen til tidligere standard. Bestemmelsen fortjener derfor en ny gjennomtenkning av lovgiver ved leilighet. I mellomtiden får teori og praksis søke å avklare de usikkerheter som flertallets løsning medfører.

Hans Jacob Bull

## IMMATERIALRETT

### OPPHAVSRETT

#### Norsk og utenlandsk praksis om ansvar knyttet til bruk av hyperlinker («pekere»)

I 2003 har det falt flere rettsavgjørelser om det såkalte «pekeransvaret» knyttet til opphavsrettsbeskyttet materiale, dvs. opphavsrettslig ansvar for utlegging av hyperlinker på Internett.

I en dom av *Sør-Gudbrandsdal tingrett* av 22. januar 2003 var det spørsmål om nettstedet *napster.no* hadde gjort seg skyldig i inngrep i opphavsrett og fonogramprodu-senters rettigheter under åndsverkloven. Nettstedet inneholdt dels en rekke linker direkte til musikkfiler (mp3-filer) som var lagt ut på forskjellige adresser på Internett uten rettighetshavernes samtykke. Ved å klikke på en av linkene fikk brukeren automatisk muligheten til å laste ned musikkfilen. Disse filene lå ikke inne på *napster.nos* sider, men man havnet heller ikke på de sider filen lå utlagt på etter å ha lastet ned dem. Dels hadde nettstedet selv en «legg til en mp3-funksjon», som innebar at brukerne selv kunne gi tilgang til nettsider der mp3-filer var tilgjengelige.

Tingretten kom for det første til at de direkte linkene til mp3-filene var et inngrep i komponistenes

opphavsrett i strid med åndsverkloven (åvl.) § 2. Med henvisning til uttalelser i lovforarbeidene, juridisk teori, samt svensk og dansk rettspraksis kom retten til at utlegging av slike direkte linker til musikkverk må anses som tilgjengeliggjøring av verket for allmennheten i form av offentlig fremføring. Blant annet ble det vist til dom fra den svenske Högsta Domstolen i NJA 2000 s. 292 (Tommy Olsson), referert i *Nytt i privatretten* nr. 3/2000, og den danske Vestre Landsrets dom i UfR 2001 s. 1762. Videre fant retten at linkene også innebar brudd på forbudet i åvl. § 54 første ledd litra d) mot tilgjengeliggjøring av ulovlig fremstilte eksemplarer av utøvende kunstners prestasjoner samt fonogramprodu-senters opp-tak. Derimot kom retten til at det ikke forelå medvirkning til ulovlig eksemplarfremstilling gjennom den nedlastning av musikkfiler som brukerne av nettstedet foretok seg. Retten fastslo, uten å gå inn på noen nærmere analyse av spørsmålet, at kopiering til privat bruk etter åvl. § 12 er lovlig uten hensyn til lovligheten av det eksemplar det kopieres på grunnlag av. Det ble også konstatert at åndsverklovens forbud mot privat kopiering av musikkverk med fremmed hjelp ikke fikk anvendelse i det foreliggende tilfellet. Det bemerkes at i høringsutkastet til endringer i åndsverkloven er det foreslått en bestemmelse (ny § 11 tredje ledd) som vil innebære at det ikke skal være tillatt å fremstille eksemplarer til privat bruk på grunnlag av ulovlige kopier (se *Nytt i privatretten* nr. 2/2003).

På bakgrunn av det konstaterte rettsbrudd tilkjente retten saksøkerne – TONO samt diverse plateselskaper og IFPI Norge – et samlet beløp på 100 000 kr i erstatning. Dommen er påanket, og ankesaken skal opp i Eidsivating lagmannsrett i slutten av januar 2004.

I Danmark har det versert en sak om nyhetstjenesten *Newsbooster*, som inneholdt en søketjeneste samt en stor samling av «dyplinker» til nyhetsartikler i en rekke danske aviser. Sø- og Handels-

retten avsa den 19. februar 2003 uteblivelsesdom, der det ble nedlagt forbud mot denne nyhetstjenesten, se *UfR* 2003 s. 1064. Dermed ble København byretts kjennelse av 5. juli 2002 stadfestet. Kjennelsen var basert på at nyhetstjenesten gjorde inngrep i avisenes databasevern, jf. den danske ophavsretslov § 71 (tilsvarende åvl. § 43). Det ble lagt til grunn at *Newbooster* ved sin søketjeneste og «dyplinker» foretok en gjentatt og systematisk eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring av avisenes overskrifter og artikler. Byretten fant også at nyhetstjenesten var i strid med god forretningsskikk, og at det dermed forelå en overtredelse av den danske markedsføringsloven. Begrunnelsen var blant annet at *Newsbooster*'s tjeneste sto i et konkurranseforhold til de aviser det ble linket til, og at tjenesten var egnet til å forringe avisenes annonseverdi, ettersom man på grunn av «dyplinkene» ikke behøvde å gå inn på avisenes inngangssider for å nå frem til de aktuelle nyheter.

*Newsbooster*-dommen, og i en viss betydning også dommen om *napster.no*, står i kontrast til en dom avsagt av *Bundesgerichtshof* (BGH, tysk høyesterett) av 17. juli 2003 i den såkalte *Paperboy-saken*. I likhet med den danske dom gjaldt det her en søke- og nyhetstjeneste med «dyplinker» til andre nettsteder, ikke minst avisers internettutgaver. Nyhetstjenesten var saksøkt for brudd på opphavsretten, databasevernet og den tyske regel om illojal konkurranse, men ble frifunnet på alle punkter av BGH, som stadfestet appellinstansens dom.

For det første fant BGH at det ikke forelå inngrep i opphavs-mannens enerett til *eksemplarfremstilling*, jf. den tyske *Urhebergesetz* (UHG) § 16. Det ble lagt til grunn at det ikke skjedde noen eksemplarfremstilling av det opphavsrettsbeskyttede materialet kun ved å legge ut en hyperlink til det; først når brukeren klikker på linken, vil det fremstilles eksemplarer av verket. Videre avviste BGH at det kunne være tale om med-

virkning til opphavsrettskrenkelse, av den grunn at opphavsmennene selv hadde lagt ut sitt materiale på nettet, og hyperlinken slik sett bare representerte en teknisk forenklet måte å nå frem til materialet på.

Med en liknende begrunnelse kom BGH for det andre til at det heller ikke forelå noe inngrep i opphavsmannens enerett til *offentlig tilrådighetsstillelse og gjengivelse av åndsverk* (öffentliche Zugänglichmachung/Wiedergabe), jf. UrhG § 15: Den som legger ut en hyperlink til et opphavsrettlig beskyttet verk som er tilgjengelig på en webside, begår ingen opphavsrettlig relevant handling, men henviser kun til et verk på en måte som gjør brukernes tilgang til verket enklere. Han verken offentliggjør verket selv eller overfører verket på brukerens anmodning. Det er den som legger ut verket på Internett som bestemmer om verket skal forbli i offentligheten; dersom websiden fjernes etter at hyperlinken er lagt ut, vil hyperlinken ikke ha noen virkning. Den bruker som ikke kjenner til det aktuelle nettsted der verket er lagt ut vil riktignok først få tilgang til verket gjennom bruken av hyperlinken, men det stiller seg ikke annerledes enn ved henvisning til et skrift eller en webside i en fotnote i en publikasjon. Domstolen la videre til grunn at direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet (Rdir. 2001/29/EF) ikke endrer denne rettstilstand, idet den enerett til overføring av verket til allmennheten («communication to the public») som direktivet foreskriver, jf. art. 3(1), ikke dekker utlegging av hyperlinker.

For det tredje forelå det intet inngrep i databasevernet etter UrhG § 87b, idet utlegging av hyperlinker ikke ble ansett dekket av de beføyelser som faller inn under denne regel (eksemplarfremstilling og offentlig tilrådighetsstillelse).

For det fjerde la BGH til grunn at heller ikke bestemmelsene om illojal konkurranse (Unlauteren Wettbewerb Gesetz § 1), tilsvarende den norske mfl. § 1, var anvendelige i saken. Blant annet ble det også her lagt vekt på at ret-

tighetshaverne selv hadde gjort verkene tilgjengelig, og at uten hyperlinker i sin alminnelighet og dyplinker i særdeleshet, ville en hensiktsmessig utnyttelse av informasjonssinnholdet i World Wide Web være utelukket. Den rettighetshaver som selv hadde fordeler ved bruk av linker på web'en kunne ikke påberope seg at andres hyperlinking til det materialet han selv hadde lagt ut var illojal. Det ble bemerket at rettighetshaverne hadde muligheter for å legge reklame også på de «dypereleggende» nettsidene på sitt nettsted, for på den måte i det minste å redusere omfanget av de tapte reklameinntekter som hyperlinkene måtte medføre.

Med dette ses det at BGH på flere punkter har anlagt en annen synsmåte og tilnærming til problemet med linking til lovlig utlagt materiale enn de danske domstoler i Newsbooster-saken. Videre tas det også en annen innfallsvinkel til spørsmålet om hyperlinking i form av «dype linker» prinsipielt sett faller innenfor opphavsmannens enerett enn det som følger av nordisk rettspraksis (jf. ovenfor). Selv om argumentet om at hyperlinker kun innebærer en teknisk forenkling av tilgangen til verket, og kan sammenliknes med fotnoter i en tekst, kan virke besnærende, er undertegnede ikke overbevist om at argumentet bør adopteres i nordisk rett. En nærmere diskusjon av spørsmålet må imidlertid utstå til andre sammenhenger. Her skal kort bemerkes at BGHs standpunkt om at hyperlinking ikke omfattes av opphavsrettsdirektivets art. 3(1), kun fremstår som et postulat, og at en endelig avklaring av dette spørsmål først kan fås ved EF-domstolens eventuelle stillingtagen til det.

Den siste dom som her skal nevnes er *Oslo tingretts dom av 28. oktober 2003* vedrørende nettstedet *Startsiden.no*. I motsetning til de øvrige dommer som her er nevnt, var det ikke tale om hyperlinking direkte til opphavsrettsbeskyttet materiale, men om en link til såkalte fildelingsprogrammer («peer to peer file sharing») på nettet. ABC Startsiden var saksøkt av sel-

skapet Phonophile AS, som driver elektronisk distribusjon av lydfiler på nettet etter avtaler med rettighetshaverne, som i stor grad gir selskapet enerett til elektronisk salg og distribusjon. Phonophiles påstand var at ABC Startsiden medvirker til opphavsrettsbrudd ved å ha hyperlinker til fildelingsprogrammer, som Kazaa, Kazaa Lite, Mopheus/Music City og iMesh. Den underliggende anførsel var at disse fildelingsprogrammene gjør det mulig for brukerne av programmet å utveksle ulovlig fremstilte lydfiler, og at Startsiden ved sine hyperlinker til fildelingsprogrammene dermed må sies å medvirke til den ulovlige eksemplarframstilling. Phonophile krevde på dette grunnlag erstatning av ABC Startsiden i henhold til åndsverklovens § 55.

Tingretten frifant ABC Startsiden for erstatningskravet på grunnlag av manglende årsakssammenheng mellom bruk av nettstedets hyperlinker og krenkelse av Phonophiles rettigheter. Retten la til grunn at «nødvendig årsakssammenheng i alminnelighet måtte antas å foreligge dersom noen etter en konkret vurdering velger å legge ut linker til et fildelingsprogram som vedkommende forstår eller må forstå for alle praktiske formål bare benyttes til piratkopiering». Men retten fant ikke å kunne legge et slikt faktum til grunn. Det ble lagt til grunn at fildelingsprogrammene både generelt og spesielt hadde lovlige anvendelsesområder, og derfor ikke kom i noen vesentlig annen stilling enn f.eks. videomaskiner og kopimaskiner. Det var den enkelte brukers bevisste valg om å installere og benytte fildelingsprogrammet til ulovlige formål som forårsaket krenkelse av Phonophiles rettigheter. En slik rettighetskrenkelse skjedde atskilt i tid fra bruken av ABC Startsidens linker. Videre ble det anført at fildelingsprogrammene fortsatt ville være tilgjengelig for brukerne selv om ABC Startsiden fjernet linkene til fildelingsprogrammet. I denne situasjon kunne ABC Startsiden gjøre lite annet for å hindre rettighetsbrudd enn å advare mot bruk av programmet til piratkopiering,

slik selskapet faktisk hadde gjort.

Som et tilleggsargument mot ansvar trakk retten frem at et generelt pekeransvar etter åndsverkloven ville stå i et tvilsomt forhold til ytringsfriheten. Det ble i så hen- seende trukket et skille mellom «dyplinker» direkte til ulovlig fremstilte lydfiler, jf. napster.no- dommen (se ovenfor) og «over- flatepekere» som ikke viser direkte til det ulovlige materialet. Et ansvar for overflatepekere ble ansett som problematisk ved at et av de viktigste fortrinn ved Internett som medium forsvinner, idet tilgangen til Internett i stor grad ville bli vanskeliggjort uten pekere.

Tingrettens dom markerer at uansett hvordan man bedømmer ansvar for «direkte linker» til opp- havsrettsbeskyttet materiale, og ulovlig fremstilt og utlagt mate- riale i særdeleshet, må det gå en grense for ansvaret knyttet til bruk av linker på Internett. Uten her å skulle gå nærmere inn på en vur- dering av dommen og begrun- nelsen, er det ikke vanskelig å slutte seg til en slik tanke.

*Ole-Andreas Rognstad*

## VAREMERKERETT

### Forbudet mot registrering av beskrivende varemerker – DOUBLEMINT

I en dom av 23. oktober 2003 (sak C-191/01 P), kom EF-domstolen til at Førsteinstansrettens avgjø- relse måtte oppheves på grunn av rettsanvendelsesfeil, når Første- instansretten hadde ansett ordmer- ket DOUBLEMINT som registrer- bart for bl.a. tyggegummi. EF-domstolen tok utgangspunkt i at forbudet mot registrering av beskrivende varemerker skal hindre registrering av tegn som er uegnet til å oppfylle varemerkets funksjon, og videre at forbudet skal vareta «det mål af almen interesse, at de tegn og angivelser, der beskriver egenskaber ved de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der ansøges om registre- ring, frit skal kunne bruges af alle» (premiss 31). Dermed har Dom- stolen gjort det klart at *friholdel-*

*sesbehovet*, som tidligere har vært fremhevet i saker om registrering av geografiske betegnelser, vare- utstyr og farger, også skal tillegges betydning ved vurderingen av *ord- merker*, herunder når man skal ta stilling til registrerbarheten for slike konstruerte ord som saken gjaldt. En naturlig konsekvens av dette standpunktet er at registre- ringsforbudet ikke skal anses å omfatte bare ord som «faktisk anvendes til at beskrive varer eller tjenesteydelser», men alle tegn og betegnelser som «kan anvendes til sådanne formål» (premiss 32). Vurderingstemaet er om det anmeldte merket «kunne tænkes at blive anvendt af andre erhvervs- drivende for at betegne en egen- skab ved deres varer og tjeneste- ydelser» (premiss 35). På dette punkt fjerner avgjørelsen en uklar- het som ble skapt med den tidli- gere avgjørelsen i sak C-383/99 P, BABY-DRY, Sml. 2001 s. I-6251. Det slås videre fast at det er til- strekkelig for å nekte registrering at én av ordets mulige betydninger må anses som beskrivende; det er uten betydning om ordet også har andre betydninger, som ikke er beskrivende.

EF-domstolens avgjørelse har- monerer godt med den forståelsen av varemerkedirektivet (og vare- merkeloven) som har vært lagt til grunn i nyere norsk administrativ praksis. Den gir imidlertid et annerledes bilde av friholdelses- behovets stilling i EF-retten, enn det som ble lagt til grunn av Høy- esterett i GOD MORGON-saken (Rt. 2002 s. 391, omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2/2002), på grunn- lag av daværende praksis. Prejudi- katsverdien av GOD MORGON- dommen må med dette anses svekket.

*Are Stenvik*

### Vernet for velkjente varemerker – Adidas-dommen

EF-domstolens avgjørelse av 23. oktober 2003, i sak nr. C-408/01 *Adidas v. Fitnessworld*, avklarer viktige spørsmål om vernet for velkjente varemerker etter vare- merkedirektivets art. 5(2), jf. vare- merkelovens § 6 annet ledd. Direktivets art. 5(2) er en av de få

bestemmelsene som åpner for en valgfrihet for medlemsstatene: Medlemsstatene kan velge om de vil innrømme velkjente varemer- ker en mer vidtgående beskyttelse enn den som gjelder for andre varemerker. Det har imidlertid vært uklart om medlemsstater som velger å benytte seg av denne adgangen, må innføre nøyaktig den beskyttelsen direktivet åpner for, eller om direktivet skal forstås slik at det stiller medlemsstatene fritt til å utforme beskyttelsen innenfor visse ytre rammer, jf. Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Oversikt over norsk vare- merkerett*, 2. utg., revidert versjon, Oslo 2003 s. 328. EF-domstolen slår fast at «Medlemsstatenes valgmulighed går ... ud på, at renommerede varemerker princi- pielt skal ydes en større beskyt- telse, men ikke på, hvilke situatio- ner der omfattes af beskyttelsen, når denne ydes» (premiss 20). Dette kan på flere punkter få betydning for tolkningen av vare- merkelovens § 6 annet ledd. Det innebærer bl.a. at bestemmelsen må tolkes slik at den gir like sterk beskyttelse overfor bruk av vare- merket på varer av samme eller lignende slag, som den gir overfor bruk på varer som ikke er av lig- nende slag. Det kan også få betyd- ning for tolkningen av uttrykket «urimelig ... forringelse av ... anseelse», som etter vanlig språk- bruk kan forstås som noe mer restriktivt enn direktivets formulering «er til skade» («is detrimental to, the distinctive character or the repute of the trade mark» i den engelske versjonen).

Det slås videre fast i dommen at beskyttelsen for velkjente merker ikke er avhengig av at merkene er forvekselbare, det er tilstrekkelig at «der er en vis grad af lighed mellem varemærket og tegnet, på grundlag af hvilken den berørte kundekreds forbinder tegnet og varemærket med hinanden, dvs. skaber en sammenhæng mellom disse, selv om den ikke forveksler dem» (premiss 29). På dette punkt bekrefter avgjørelsen bare det som lenge har vært antatt som gjeldende varemerkerett her i landet.

Endelig fremgår det av dommen

at det ikke er til hinder for anvendelse av bestemmelsen at varemerket oppfattes som en utsmykning av produktet. Men dersom den relevante kundekrets «udelukkende oppfatter tegnet som en utsmykning», vil det ikke oppstå slik assosiasjon som er nødvendig for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Heller ikke dette er en tolkning som fraviker tilvante oppfatninger her i landet, men den innebærer kanskje en viss presisering. Noen stor praktisk betydning har den neppe, fordi slike tilfelle, hvor bruken av et tegn *utelukkende* oppfattes som utsmykning, trolig ikke forekommer særlig ofte. Presiseringen kan imidlertid få betydning i tilfelle av den art som forelå til avgjørelse for den foreleggende domstol: Saksøkte hadde forsynt visse bekledningsgjenstander med to parallelle striper i kontrastfarge. Hvis omsetningskretsen oppfatter to slike striper som *ren utsmykning*, vil kundene neppe få – og etter EF-domstolens avgjørelse skal de ikke anses å få – varemerkerettslig relevante assosiasjoner til Adidas velkjente merke, som består av tre parallelle striper i kontrastfarge.

*Are Stenvik*

### Danske høyesterettsdommer om parallellimport og ompakking/ommerking

I løpet av det siste året har den danske Høyesteret avsagt fire dommer om parallellimport og varemerkerett i legemiddelsektoren. Tre av sakene, UfR 2003 s. 630 (Løven), UfR 2003 s. 1826 (Boehringer) og UfR 2003 s. 1845 (Hoffmann-La Roche) gjaldt spørsmålet om parallellimportørens adgang til såkalt «en til en-ompakking», dvs. ompakking av legemidler i samme pakningsstrørelse som det importerte produkt. I samtlige saker kom Høyesteret til at det ikke var adgang til ompakking, ettersom dette ikke var nødvendig for at parallellimportøren skulle få effektiv adgang til det danske marked (jf. EF-domstolens dom i sak C-443/99, Sml. 2002 s. I-3703, referert i *Nytt i privatretten* nr. 3/2003). Det var i så hen- seende tilstrekkelig at de originale

pakkene ble påført nye etiketter med relevante opplysninger for omsetning i Danmark. Det ble lagt til grunn at det på det danske marked ikke forelå så sterk motvilje mot tilleggsetiketter på legemidler at dette utgjorde en hindring for effektiv adgang til markedet. I UfR 2003 s. 1826 og UfR 2003 s. 1845 kom Høyesteret til denne konklusjon til tross for at parallellimportøren i de to sakene, Paranova, hadde lagt frem markedsundersøkelser som viste at apotekere foretrakk ompakkede legemidler fremfor produkter som var forsynt med nye etiketter. Høyesteret la i den forbindelse vekt på at Paranova mot slutten av 1990-tallet hadde gått over fra en til en ompakning til pakninger med nye etiketter, uten at dette hadde påvirket salget merkbart.

Den siste saken, UfR 2003 s. 1807 (Upjohn), gjaldt parallellimportørens adgang til å endre det varemerket legemidlene var omsatt under i importstaten. Det aktuelle preparatet var importert fra andre EU-land under varemerkene DALACINE og DALACIN C, mens det samme preparatet ble markedsført under varemerket DALACLIN i Danmark. Spørsmålet var derfor om parallellimportøren (Paranova) kunne markedsføre importproduktet under varemerket DALACIN. Tidligere under sakens gang var det stilt prejudisielt spørsmål til EF-domstolen om denne adgang til såkalt «ommerking», jf. sak C-379/97, Sml. 1999 s. I-6927 (referert i *Nytt i privatretten* nr. 4/1999). EF-domstolen uttalte her blant annet at de nasjonale myndigheter måtte undersøke om sakens omstendigheter gjorde det objektivt nødvendig å skifte ut det originale varemerket, og at dette kravet ikke var oppfylt hvis utskiften kun var begrunnet i at parallellimportøren søkte en kommersiell fordel. Høyesteret kom til at ommerkingen i den aktuelle sak ikke var nødvendig for å gi Paranova effektiv markedsadgang. Det bemerkes i samme forbindelse at også saken i UfR 2003 s. 630 inneholdt et spørsmål om adgangen til ommerking, fra ONE-ALPHA til ETALPHA. Her var det sterk dissens (3–2), idet

flertallet fant at ommerkingen ikke var en nødvendig betingelse for effektiv markedsadgang. Mindretallet derimot fant at ommerking hadde vært nødvendig før 1997 da en lovendring om generisk substitusjon av legemidler fant sted.

*Ole-Andreas Rognstad*

### Parallellimport – dom fra EF-domstolen om bevisbyrdespørsmål

EF-domstolen avsa den 8. april 2003 dom i sak C-244/00 (van Doren). Saken gjaldt et ikke ubetydelig praktisk problem som oppstår i saker om parallellimport i lys av EF-domstolens praksis. Siden Silhouette-dommen, sak 355/96, Sml. 1998-I-4799, har EF-domstolen holdt fast ved at varemerkedirektivet art. 7(1) skal tolkes slik at varemerke innehaveren har rett til å motsette seg import av varer som er omsatt med hans samtykke i land utenfor EØS. Samtidig følger det av langvarig praksis fra EF-domstolen at varer som er brakt i omsetning med rettighetshaverens samtykke innenfor EØS skal kunne importeres. Denne rettstilstand har medført at det lett vil oppstå tvist mellom partene om hvor varene er brakt i omsetning og importeres fra, med tilhørende bevisproblemer. Dels kan det være situasjoner der verken parallellimportøren eller rettighetshaveren vet hvor varene egentlig kommer fra. Og dels kan parallellimportøren ha særlige interesser i å holde sine kilder hemmelige, på grunn av faren for at rettighetshaveren kan treffe tiltak mot kildens leveranser med den følge at parallellimporten vanskelig gjøres.

I Van Doren-saken oppsto det spørsmål for EF-domstolen om hvem som hadde dokumentasjons- og bevisbyrden for at de aktuelle varer hadde vært markedsført innen EØS med varemerke innehaverens samtykke. Saken gjaldt en parallellimportørs markedsføring av fritidstøy av merket Stüssy i Tyskland. Ifølge tysk prosessrett var det parallellimportøren som hadde dokumentasjons- og bevisbyrden for at varene hadde vært solgt i EØS med varemer-

ke innehaverens samtykke. Det spørsmål som ble reist for EF-domstolen var om slike bevisregler var i samsvar med fellesskapsretten. EF-domstolen tok utgangspunkt i at de var det, men uttalte samtidig at hensynet til det frie varebyttet kunne gjøre det nødvendig med et unntak, jf. EF-traktatens art. 28 og 30. På den bakgrunn trakk EF-domstolen opp følgende retningslinjer for avgjørelsen av spørsmålet:

(1) Hvis parallellimportøren kan bevise at en regel om at han bærer bevisbyrden for at varene er markedsført innenfor EØS, medfører en reell risiko for oppdeling av de nasjonale markeder, går bevisbyrden for at varene opprinnelig ble markedsført utenfor EØS over på varemerkeinnhaveren.

(2) Hvis varemerkeinnhaveren etter dette kan bevise at varene er markedsført utenfor EØS (med hans samtykke), er det opp til parallellimportøren å bevise at det foreligger et samtykke fra varemerkeinnhaveren til den etterfølgende markedsføring av varene innen EØS.

Med dette har EF-domstolen markert at EU-retten til en viss grad legger føringer på nasjonale domstolars bevisvurdering i parallellimportsaker. Hvorvidt dommen får betydning for norsk rett beror imidlertid på hvordan spørsmålet om parallellimport fra land utenfor EØS skal vurderes. I lys av EFTA-domstolens uttalelse i Maglite-saken, sak E-2/97, REC 1997 s. 127 og norske myndigheters innstilling til spørsmålet om regional contra global konsumpsjon av varemerkeretten, er dette fortsatt et uavklart spørsmål.

Van Doren-dommen er for øvrig nærmere kommentert av Jens Schovsbo i UfR 2003 B s. 305 flg.

*Ole-Andreas Rognstad*

## TINGSRETT

### Oppløsning av sameie – er retten til å kreve oppløsning frafalt?

Sameie er i mange tilfelle en hensiktsmessig eierform, men slett ikke alltid er en sur erfaring for mange, især der det dreier seg om bolig og fritidshus. En typisk utvikling er at problemene melder seg etter hvert som de opprinnelige sameiere – søsken eller venner – får ektefeller/samboere og barn og svigerbarn. Forholdene kan lett tilspisse seg slik at noe bør gjøres. Bruksordninger av ulike slag er en mulighet, og mer eller mindre frivillig utløsning av en eller flere sameiere er en annen. Fører den slags ikke frem, har man oppløsningsmuligheten som er hjemlet i sameiel. § 15: Enhver sameier – med stor eller liten part – kan med rimelig varsel kreve sameiet oppløst. Fysisk deling lar seg kanskje ikke gjennomføre – de faktiske forhold tillater ikke det, eller hva ofte forekommer: myndighetene godtar ikke en deling av eiendommen. Man står da tilbake med alternativet oppløsning ved salg etter tvangsfullbyrdelseslovens regler. Et slikt salg blir i svært mange tilfeller en kamp mellom sameiere som ønsker å få eneheredømme over eiendommen – og her vil den som sitter med en stor sameieandel og/eller en velfylt bankkonto, ha et klart overtak. Og dermed vil den eller de øvrige sameiere kunne være interessert i å bestride selve oppløsningsretten.

Hvilke muligheter har de i så henseende?

Her er to angrepsvinkler, jf. sameiel. § 1 annet ledd om at lovens regler gjelder «så langt ikke anna følger av avtale eller serlege rettshøve». Legger man til grunn – hvilket man utvilsomt må – at «avtale» omfatter mer enn den uttrykkelige avtale, blir forskjellen mellom «serlege rettshøve» og «avtale» ikke så stor. Vi stilles her overfor spørsmålet om hva som skal til for at man «kommer utenom» deklatorisk lovgivning: Hvor sikre holdpunkter må det foreligge før avtale, «felles forståelse», «felles forutsetninger» mv.

ekskluderer den formentlig veloverveide løsning som lovgiveren har valgt?

I Rt. 1998 s. 1933 (Florins Billakker), som gjaldt et forretningsmessig sameie, kom spørsmålet på spissen, idet flertallet (3) fant at § 15 var uanvendelig. At partene hadde vært ubekjent med regelen, kunne «åpenbart ikke i seg selv være et tilstrekkelig grunnlag for å fravike den». Like fullt ble oppløsningsretten satt til side under henvisning til sameierens rett til eksklusiv bruk av deler av sameiet, at de sameiere som motsatte seg oppløsning hadde sin næringsvirksomhet knyttet til eiendommen og at det ville ramme dem hardt om de måtte flytte, samt at den som ville ut av sameiet, kunne få solgt sin rett til en pris som ikke var urimelig lav. Mindretallet (2) fant at regelen i § 15 var så velbegrunnet at det må foreligge «forholdsvis sterke grunner» for å fravike den – og slike forelå ikke her, hverken var det avvikende avtale eller «serlege rettshøve».

I Rt. 2003 s. 819 møter vi oppløsningsspørsmålet på ny, nu i bolig/fritidshusforhold. På en eiendom i skjærgården på ca. 1250 kvm. lot forfatter A oppføre en bolig og et uthus. Da planer om bruksendring og deling, motivert ut fra økonomiske problemer, ikke ble godtatt av myndighetene, endte det med at han solgte 2/3 av eiendommen til B. Forutsetningen var at B skulle bruke hovedhuset som fritidseiendom, mens uthuset skulle være As bolig. Kontrakten som var formulert av A, inneholdt ikke noe om oppløsningsrett – som uttrykt av Høyesterett: «oppløsning [var ikke] noe nærliggende alternativ ved avtaleinngåelsen». Forholdet skar seg, og A forlangte oppløsning av sameiet, hvilket B motsatte seg. A vant i første instans, men tapte i de to neste.

Høyesterett peker først på at oppløsningsregelen må ansees «veloverveid og godt begrunnet», men at det ikke er noe krav om «uttrykkelig» avtale for å fravike regelen. Slikt fravik kan også følge av partenes forutsetninger. Hvor det er «mer indirekte slutninger» som leder til fravik, er det

nærmest en smakssak om det tales om avvikende avtale eller «serlege rettshøve».

Ved den konkrete vurdering la Høyesterett især vekt på at sameiet var lagt så nær som mulig opp til de ordninger som myndighetene ikke tillot, og at avtalen viser at «partene betraktet sine ideelle andeler som fysisk atskilte parter». Det pekes også på at det hadde formodningen mot seg at B ville ha inngått avtalen dersom han skulle kunne risikere å «måtte forlate stedet etter ensidig forlangende av [A]». Forholdet mellom partene hadde nærmest karakter av et naboforhold, og det måtte være forutseelig for A at det kunne bli uro med en familie så nær innpå seg i sommermånedene.

*Thor Falkanger*

### Utlegg i arv som avslås

Borgarting lagmannsretts dom 24. juni i år gjaldt et utlegg i krav på falt arv. Etter at utlegget i arven var tatt, av slo debitor arven. Sto utlegget seg da mot avslaget?

Retten besvarte dette benektende under henvisning til arveloven § 74, som fastsetter at arv etter avslag «skal gå som om arvingen var død før arven fall.» Avslaget kunne derfor skje med tilbakevirkende kraft.

Avgjørelsen harmonerer med regelen i dekningsloven § 2-12. Denne bestemmelsen gir debitor rett til å frafalle arv *under konkurs* uavhengig av om arven er falt før eller etter konkursåpning. Regelen ble endret ved lov 72/1999, blant annet under henvisning til at debitor uansett kunne hindre at arven gikk til kreditorene ved å gi avkall på den før den falt (arveloven § 45).

Regelen som retten legger til grunn, gjør det umulig for kreditorer å satse på at et arvefall skal styrke debtors økonomi, noe som er godt i samsvar med tanken bak forbudet mot å pantsette ventendes arv (arveloven § 44). Men det er kanskje å trekke synspunktet vel langt når debitor selv kan velge at de midler han faktisk får til rådighet skal gå til medarvingene snarere enn å brukes til å betale gjeld

under tvangsinndrivelse. Dette er noe annet og mer enn å gi avkall på eller pantsette ventendes arv. Kanskje burde hovedregelen heller være at utlegg står seg iallfall mot etterfølgende arveavslag, men med adgang til å gjøre unntak i de tilfeller der arveavslaget likevel er særskilt rimelig. Slike tilfeller kan for eksempel tenkes når avslaget er i samsvar med arvelaters ønske, men vedkommende ikke var testasjonsfører i sin siste levetid.

I saken som omtales her, var rammen en klage på en beslutning om utlegg, og rettsvernsspørsmål var ikke inne i saken. Men når utegget først oppheves, vil det uansett ikke kunne reddes av at det har bedre rettsvern enn rettighetene til for eksempel dem arveavslaget er gitt til fordel for. (I saken var for øvrig utlegg ved en feil gitt i en bestemt av boets eiendeler, en leilighet, slik at rettsvern ved registrering kunne tenkes. Det riktige må være at utlegget tas i kravet på dødsboet, slik lagmannsretten antyder.)

*Erik Røsæg*

## BOLIGRETT

### Nye borettslover; nærmere om ikrafttredelse og overgangsregler

Det vises til redegjørelsen for de nye lovene om boligbyggelag og borettslag i *Nytt i privatretten* nr. 3/2003. Her skal sies noe mer om ikrafttredelse og overgangsregler.

På grunn av forarbeidet med nye borettsregistre (se nedenfor) ventes lovene nå å *tre i kraft* først (tidligst) 1/1-2005.

Utgangspunktet for begge lovene er at de også skal gjelde for *eksisterende boligbyggelag og borettslag*, og at vedtektsbestemmelser og avtaler som er i strid med lovene, faller bort senest ett år etter at lovene blir satt i kraft (bll. § 13-2 syvende ledd og borl. § 14-11). Men særlig for borettslag er det gitt mange unntak og overgangsregler i lovens § 14-2 til § 14-10. Her er noen hovedpunkter.

Borettslag som er stiftet før lovens ikrafttredelse (se borl. 1960 § 4 sjette ledd) kan fullføre *oppretelsen* med registrering, tildelingskontrakter, innskudd osv, etter hitidige regler (dvs. etter den gamle stiftelses- og utbyggingsmodellen; jf. særlig borl. 1960 §§ 5 til 8 og kap. 5, jf. § 40) uavhengig av §§ 2-1 til 2-8 samt 2-12 og 2-13 (frem til alle boligene er overtatt); se §§ 14-3 til 14-5.

Bortsett fra den nye bestemmelsen om andelenes størrelse (borl. § 3-1) skal de nye reglene om *andelskapitalen* også gjelde for eldre borettslag.

Eldre vedtektsbestemmelser om vilkår for *andelseie* og om adgang til å eie flere andeler samt eventuelt om at erverver av andel ikke trenger godkjenning, skal fremdeles gjelde, (idet de ufravelige reglene i gjeldende lovs § 13 annet og femte ledd til fordel for kreditorer og visse offentlige rettssubjekter er videreført i den nye loven); se § 14-7 første ledd og for såvidt § 14-11 (antitetisk) samt § 14-7 annet ledd. For øvrig gjelder den nye lovens kap. 4 også for eldre borettslag. Dette gjelder både for de nye utvidede reglene om utløsning av andelseier etter krav fra denne i § 4-10 og for de mer utviklede reglene om forkjøpsrett (som, antakelig også § 4-22, riktignok bare skal gjelde når forkjøpsretten er utløst etter lovens ikrafttredelse) og om gebyr ved eierskifte osv. Også den nye bestemmelsen om at vilkår for eierskifte ikke kan vedtektsfestes uten at det er saklig grunn til det, kan tenkes påberopt ved eldre vedtektsbestemmelser; men i praksis er dette neppe aktuelt dersom disse er gitt med departementets samtykke etter borl. 1960 § 13 åttende ledd.

De nye viktige reglene om *boret* etter lovens kap. 5 gis i utgangspunktet full anvendelse også for eldre borettslag; og erstatter derved nåværende regler om bruksretten som et husleieforhold; se § 14-8 første ledd. Men foreliggende avtaler eller vedtektsbestemmelser om overlatelse av bruksrett, om avvikende vedlikeholdspålegg, eller om en særlig husleiefordeling, skal fremdeles

gjelde inntil de blir endret i samsvar med avtalen og den nye lovens regler; se § 14-8 tredje til femte ledd. Jeg antar det samme må gjelde for eksisterende avtale eller vedtektsbestemmelse om særrett til bruk av fellesarealer eller om rett til ombygging. Legalpanterett etter ny lovs § 5-20 kommer med visse forbehold i stedet for eldre panterett for laget etter borl. 1960 § 14 første ledd; se § 14-8 sjette ledd. Også de nye og for borettslaget noe mer restriktive reglene om salgspålegg og fravikelse (som erstatter eldre regler om oppsigelse av andelseierne ved vesentlig mislighold etter borl. 1960 § 36), skal gjelde for eldre borettslag, der oppsigelse eller begjæring om fravikelse foretas etter den nye lovens ikrafttredelse.

En viktig nyordning er ordningen med *borettsregistre* i lovens kap. 6, som etter en overgangsperiode skal gjelde fullt ut også for eldre borettslag, se § 14-9. Loven forutsetter at det skal kunne finnes flere registre; og ett av mange spørsmål er hvilke og hvor mange «private aktører» som skal kunne og vil melde seg på

som registerførere. Det er grunn til å tro at iallfall boligsamvirket under NBBL vil søke å etablere et mer samordnet felles register enn de mange småregistrene som finnes i dag (og som er etablert med utgangspunkt i borl. 1960 § 24). Et utvalg under departementet vil snart fremlegge utkast til forskrifter om registrene etter den nye lovens §§ 6-1 annet ledd, 6-3 tredje ledd og 14-9 annet ledd; bl.a. om registerførere, om organisering av registrene og om registreringsordningen; med sikte på endelig fastsettelse av forskriftene innen sommeren 2004, og etablering av registrene innen loven trer i kraft (som nevnt antakelig 1/1-05). Senest seks måneder etter lovens ikrafttredelse skal borettslagenes styre sende melding til et borettsregister om registrering av andeler; se § 14-9 første ledd. I første til fjerde og sjette ledd gis det nærmere regler om registrering av eksisterende panteretter, om bortfall av rettsvernet om registrering unnlates og om bortfall av eldre ordninger for rettsvern og tvangssalg senest ett år etter ikrafttredelsen. Spesialitetsprinsip-

pet etter pantelovens § 1-4, nyinnført gjennom pantel. § 4-3 a, skal bare gjelde for nye panteretter.

De nye reglene om borettslagets *organer* i lovens kap. 7 til 9 gjelder fullt ut også for eldre lag, med visse forbehold, særlig for lovlig vedtektsbestemmelse, og for særregler om forretningsførsel; se §§ 14-11 og 14-2 nr. 3 og 4 (som innebærer at også hittidige uoppiselige forretningsføreravtaler i utgangspunktet fritt kan sies opp av borettslaget etter en karenperiode, med 6 måneders varsel), samt § 14-10. Det samme gjelder reglene i lovens kap. 10 til 13, om sammenslåing, deling, oppløsning, erstatning osv.

§ 14-2 nr. 2 har en regel som for fremtiden begrenser adgangen til å vedtektsfeste *vedtektsveto* for boligbyggelaget i samsvar med lovens § 7-12. (Bestemmelsen er imidlertid gitt en uheldig, syntaktisk tvetydig form, så den lett kan leses helt anderledes enn meningen er.)

*Gert-Fredrik Malt*

## 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 2003

Neste hefte kommer februar 2004.