

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 1/2003

KONTRAKTSRETT

KJØPSRETT

«Bukkebo»-dommen: Høyesterettsdom av 14. november 2002 (HR-2002-00716)

(1) Saken gjelder spørsmålet om det foreligger en mangel ved en brukt boligeiendom – «Bukkebo» i Hemnes – solgt «som den er», jf avhl § 3-9 andre punktum.

Opprinnelig var bygningen Bukkebo en hytte på 35 kvm. Tidlig på 1980-tallet ble det satt opp en ny grunnmur i tilknytning til hytta, og i årene 1987 til 1992 ble det reist en bolig på muren med et bruttoareal på 284 kvm og

boligareal på 168 kvm.

Den 8. oktober 1999 ble boligeiendommen solgt for 1 150 000 kroner etter en forutgående budrunde. I verditaksten var markedsverdien, etter at det var gjort et fradrag på 245 000 kroner for elde og slitasje, satt til 950 000 kroner. Boligen ble, som nevnt, solgt «som den er», og selgeren hadde tegnet en eierskifteforsikring i ACE Insurance SA – NV. Så vel i salgsoppgaven, som i taksten og egenerklæringen var det opplyst om vanninnsig i underetasjen. Kjøperen ble dessuten oppfordret til å undersøke eiendommen nærmere. Problemet med vanninnsig var dessuten synlig for kjøperne på de to besiktigelsene de foretok av eiendommen.

Boligeiendommen ble overtatt 1. november 1999. Allerede 6. desember samme år klaget kjøperne over lekkasje ned i kjelleren etter dusjing på badet. Den 30. januar året etter påberopte kjøperne seg de bygningsmessige feilene ved vestveggen som tvisten for Høyesterett gjelder: Det manglet grunnmur og ytterveggskonstruksjon på den nedre delen av veggen, og det var verken fuktspærre eller drenering. Partene er enige om disse faktiske forholdene i saken.

I lagmannsretten ble det rettskraftig avgjort at kjøperne hadde et krav på 60 000 kroner for mangler ved badegulvet.

(2) Tvisten i saken gjelder spørsmålet om de nevnte forholdene representerer en mangel. Dersom det foreligger en mangel, er partene enige om at kjøperen har krav på et prisavslag på

70 000 kroner, som tilsvarer rettingskostnader ut over de utbedringskostnader kjøperen måtte være forberedt på ut fra de opplysningene han fikk ved avtaleinngåelsen. Det er uomtvistet at selgeren hadde oppfylt sin opplysningsplikt.

Høyesterett klargjør innledningsvis det rettslige utgangspunktet for drøftelsen. Siden det var gitt opplysninger om bestemte feil ved boligen, kunne det være naturlig å ta utgangspunkt i avhl § 3-1, som viser til avtalen. Høyesterett velger i stedet å knytte mangeldrøftelsen til avhl § 3-9, ikke minst fordi uttrykket «tilhøva elles» må antas å dekke den aktuelle avtalesituasjonen. Det var ikke nødvendig for Høyesterett å gå inn på betydningen av kjøpers undersøkelsesplikt, jf avhl § 3-10.

Når det gjelder den generelle forståelsen av avhl § 3-9 andre punktum, slår Høyesterett fast at sensurgrensen – «vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å regne med» – må fastlegges etter en helhetsvurdering. I lovforarbeidene (gjengivelse av kjøpslovens motiver på dette punkt) uttales det kort at misforholdet mellom den faktiske tilstand og det kjøperen kunne regne med å få, må være «utvilsomt».

Høyesterett konstaterer videre at manglenes størrelse – beregnet på bakgrunn av reparasjonskostnadene – utgjorde vel 11 prosent av kjøpesummen eller 14 prosent av taksten. Høyesterett bemerker imidlertid at en slik kvantitativ betraktning har liten vekt i den aktuelle saken.

Årsaken til dette er at selgeren,

Innhold nr. 1:

Kontraksrett	s. 1
Kjøpsrett	s. 1
Erstatningsrett	s. 5
Forsikringsrett	s. 9
Immateriellrett	s. 9
Opphavsrett	s. 9
Patentrett	s. 11
Varemerkerett	s. 11
Barnerett	s. 13
Familierett	s. 14
Internasjonal	
Privatrett	s. 15

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

som nevnt tidligere, hadde opplyst om vanninntrengninger fra utsiden i så vel salgsoppgaven som taksten (verditakst) og egenerklæringen. Forholdet var også synlig ved besiktigelsene av eiendommen. Selgeren hadde i tillegg oppfordret kjøperne til å foreta nærmere undersøkelser av eiendommen. «Interessenter oppfordres til å befare eiendommen godt, og gjerne sammen med sakkynndig», sies det i salgsoppgaven. I takstskjemaet var det krysset av for at det var nødvendig med tilstandsrapport med anmerkningen «[d]a det ble observert vann/fuktskade på vegger i u.etc».

Problemet var imidlertid at selgeren hadde en uriktig oppfatning om årsaken til vanninntrengningen og hadde formidlet dette videre til kjøperen. I salgsoppgaven heter det således: «Dette *antas* å skyldes feil i konstruksjonen med dreneringen [min utheving].» I realiteten dreiet det seg om en feil ved selve konstruksjonen av bygget, ikke bare dreneringen.

Høyesterett formulerer den foreliggende tvisten som et spørsmål «om kjøperne må ha risikoen for at de ikke fikk foretatt nærmere undersøkelser, eventuelt ha risikoen for at de ikke tok forbehold ved inngåelsen av avtalen».

Utslagsgivende for Høyesterett blir de klare anmodningene om å iverksette sakkyndige undersøkelser sammenholdt med opplysningene om den aktuelle risikoen. Førstvoterende framholder blant annet følgende: «I salgsdokumentene var det i alle fall opplyst om en feil som gav grunn til bekymring, og kjøperne hadde fått en rekke oppfordringer til å foreta nærmere undersøkelser med hjelp av sakkyndige.» Da en nærmere undersøkelse med hjelp av en fagkyndig utvilsomt ville ha avdekket forholdene, konkluderer førstvoterende som følger: «Når kjøperne likevel ikke innhentet tilstandsrapport eller liknende, og heller ikke tok noe forbehold da de inngikk avtalen, må de selv bære risikoen for at feilene viste seg å være en del mer omfattende enn de hadde antatt.» Høyesterett føyer til at «man bør prøve å nå frem til en

forståelse av avhendingsloven som hindrer rettstvister».

Helt til slutt presiserer Høyesterett at det forholdet «at selgeren hadde tegnet eierskifteforsikring, etter min mening ikke har betydning for hva som skal anses som en mangel...».

(3) Resultatet av dommen kommer vel ikke som noen stor overraskelse. Det kan likevel være grunn til å kommentere enkelte sider av dommen.

Høyesterett kunne ha kommentert forholdet til avhl § 3-8 om uriktige opplysninger, men gjorde det ikke. Rent faktisk anga jo selgeren en uriktig årsak til vanninnsiget og dermed en uriktig angivelse av husets tilstand. (Høyesterett tar riktig nok ikke standpunkt til om dette gir uttrykk for en uriktig opplysning.) Opplysningen framkom både i salgsoppgaven og taksten.

Uttalelsene om årsaken er imidlertid gjort forbeholdne – «Dette *antas* å skyldes» osv. Hvorvidt en slik modifiering av uttalelsene er tilstrekkelig til å komme klar av regelen i avhl § 3-8, er heller usikkert. Selgeren hadde fått utarbeidet en verditakst av en takstmann, men ingen tilstandsrapport. Når det de nevnte steder gis uttrykk for en faglig vurdering, er det naturlig å oppfatte dette slik at det er takstmannens bedømmelse som ligger til grunn. Isolert sett vil virkningen av en slik uttalelse være å berolige markedet og dermed øke betalingsvilligheten for eiendommen.

Det som etter min mening redder utsagnene om årsaken til vanninnsiget fra å ha blitt fanget opp av avhl § 3-8 (eventuelt sensurgrensen i § 3-9 andre ledd), er de klare oppfordringene til kjøperne om selv å undersøke eiendommen med faglig bistand.

Dette bringer oss over til et annet forhold som heller ikke er omtalt i domspremissene. Det avgjørende for Høyesterett synes å ha vært at kjøperne hadde fått «en rekke oppfordringer til å foreta nærmere undersøkelser med hjelp av sakkyndige». Selgerens adgang til å pålegge kjøperne en plikt til å foreta en fagkyndig undersøkelse

av eiendommen, er imidlertid direkte omtalt i forarbeidene til avhendingslova i tilknytning til avhl § 3-10 (2), se Ot.prp. nr. 66 (1990–91) side 94 andre spalte. Her heter det: «Det følger ikkje av § 3-11 andre ledd [nå § 3-10 andre ledd] at seljaren, *sjølv etter særskilt oppmoding*, kan gjere kjøparen forplikta til meir spesielle typer undersøking, eller spesielt nøye undersøking [mine uthevinger]. I alle fall gjeld dette dersom det vil vere ei komplisert og eventuelt kostnadskrevjande undersøking. Forbrukarar bør ikkje reknast å ha plikt til undersøking som krev sakkunnig hjelp.» Salget av eiendommen Bukkebo er et forbrukerkjøp, jf avhl § 1-2 (3). Dette innebærer blant annet at reglene om kjøpers undersøkelsesplikt i § 3-10 er gjort ufravikelige, jf avhl § 1-2 (2). Lovgiver har dermed gitt klart uttrykk for at selger – som den store hovedregel – ikke skal kunne overføre den aktuelle risikoen på kjøperne. (Hvor lett eller vanskelig det ville ha vært for en sakkyndig å oppdage årsaken til skadene, kjenner jeg ikke til.)

Ganske visst er uttalelsene i forarbeidene knyttet til avhl § 3-10, en bestemmelse førstvoterende framholder det er unødvendig å gå nærmere inn på. Uttalelsene i forarbeidene gir imidlertid uttrykk for en mer alminnelig rettspolitisk holdning og burde ha vært kommentert av Høyesterett. Det standpunktet som har kommet til uttrykk i forarbeidene, bygger for øvrig på eldre Høyesterettspraksis om salg av fast eiendom, se Rt. 1933 side 1280 (side 1224) og Rt. 1934 side 92, sml Rt. 1930 side 1339 (side 1341).

Resultatet i Bukkebok-dommen lar seg likevel harmonere med standpunktet som er uttrykt i forarbeidene til avhendingslova. Generelt bør ikke en selger, ved en konkret oppmodning, kunne pålegge en forbrukerkjøper å undersøke eiendommen ved fagkyndig bistand. Dersom undersøkelsesfeltet derimot er snevret inn til et begrenset risikospørsmål – slik situasjonen var i Bukkebodommen – vil en slik

oppmodning kunne bli avgjørende.

I sin avrunding av domspremisene føyer førstvoterende til: «Jeg legger her til at jeg er enig med de ankende parter i at man bør prøve å nå frem til en forståelse av avhendingsloven som hindrer rettsvister.» Det synspunktet som de ankende parter (selger og forsikringsselskap) framholdt, var følgende: «Ser man bort fra den påankende dommen i vår sak, går rettspraksis fra lagmannsrettene om avhendingsloven entydig ut på at kjøperen pålegges risikoen for at en skade er større enn antatt, når kjøperen har unnlatt å følge en oppfordring om nærmere undersøkelser, eller ikke har tatt forbehold, og selgeren har oppfylt sin opplysningsplikt. Den motsatte løsningen ville også være prosessdrivende og dermed motvirke et av de generelle formål med avhendingsloven, nemlig å hindre rettsvister.» Det er kravet til forutberegnelighet som her trekkes fram. Når det er gjort oppmerksom på den aktuelle risikoen, må plikten til å foreta en fagkyndig undersøkelse med befriende virkning kunne overføres til kjøperne.

Lasse Simonsen

Rt. 2002 s. 1110. Aksjesalg. Kjøpslovens anvendelse, mangelsvurderingen, kjøpers undersøkelsesplikt, identifikasjon på selgersiden.

Sakens faktiske side

Saken (sak nr 2001-1178 Peter Bodum AS mot Stein Erik Jensen mfl) gjaldt kjøpers krav om heving, subsidiært prisavslag, og erstatning knyttet til avtale om kjøp av 100 % av aksjene i selskapet Kjøkkenpartneren AS (heretter «Kjøkkenpartneren»). Kjøkkenpartnerens virksomhet bestod i å selge produktene til det danske selskapet Peter Bodum AS (heretter «Bodum»). Forhandleravtalen ble i utgangspunktet inngått med en privatperson, A, i september 1997, men den ble overført til Kjøkkenpartneren, som var kontrollert av ham, nærmest umiddelbart. Han solgte en

del av aksjene til grupperingen som er part i saken, men beholdt selv stillingen som daglig leder og en aksjepost på 55 %.

Kjøkkenpartneren var etter dette eiet av ni personer, hvor de fleste var tilknyttet selskapet også på annen måte gjennom styreverv eller som långivere. De samme ni personene samarbeidet om andre prosjekter, herunder selskapet Eva Norge AS som drev innen samme bransje, og som hadde samme styremedlemmer og daglig leder. De ni var også tilknyttet samme primære arbeidsmiljø.

Allerede våren 1998 uttrykte Bodum ønske om å kjøpe aksjene i Kjøkkenpartneren, da salget av produktene gikk godt og de ønsket å få hånd om det norske markedet. Bodum ønsket videre å beholde A som adm. dir. Forhandlingene foregikk i det alt vesentlige direkte mellom Bodum og A, som representerte de øvrige selgerne. I mars ble det inngått likelydende salgavtaler med alle de ni selgerne, og Høyesterett karakteriserer på denne bakgrunn salget som «koordinert». Avtalene var svært kortfattet, og det sentrale innhold var at overtagelse av aksjene skulle skje med virkning fra 1. april 1998, med betaling av kjøpesummen på totalt NOK 3,6 mill i tre rater 1. april, 1. august og 15. desember 1998. Prisen på aksjer er ofte basert på regnskapsmessige tall, og det var også tilfellet her. Kjøper baserte seg på at egenkapitalen var NOK 450.000 og partene avtalte at dersom det endelige regnskapet pr 31. mars 1998 viste en avvikende egenkapital, skulle det skje en tilsvarende justering av kjøpesummen.

A inngikk for egen del en langt mer omfattende aksjekjøpsavtale 28. april samme år, som avløste den korte. Meningen var at alle selgerne skulle inngå tilsvarende, men det skjedde av ulike grunner ikke. Endringen med mest direkte betydning for høyesterettssaken, var at i henhold til A's avtale var København vernet, mens de øvrige hadde avtalt Oslo. Av den grunn var ikke A part i den norske rettsvisten, og den omfattet dermed bare de åtte mer passive sel-

gerne. Etter denne avtalen ble også overtagelsen av aksjene utsatt til 1. mai 1998, og tilsvarende skulle størrelsen på egenkapitalen 30. april samme år være avgjørende for kjøpesummens størrelse. Disse endringene fikk også virkning for de øvrige selgerne selv om de ikke inngikk ny skriftlig avtale.

Det var avtalt at Bodums revisor Deloitte & Touche skulle foreta revisjonen av perioderegnskapet frem til 30. april 1998. I sin revisjonsrapport som ble fremlagt i september samme år ble det påpekt at Kjøkkenpartneren hadde et tilgodehavende på NOK 2 812 449 fra Eva Norge AS som følge av sammenblanding av økonomi mellom de to selskapene. Dette selskapet var ikke i stand til å innfri gjelden, og den økonomiske situasjonen i Kjøkkenpartneren var dermed svært svak. Bodum skiftet ut styre og ledelse i dette selskapet umiddelbart, og hevet kjøpet av aksjene etter at to av ratene var betalt. Hevingskravet ble ikke etterkommet. Det nye styret oppnevnt av Bodum måtte fortsette og de meldte oppbud i desember 1998. Kreditorne fikk en dividende på ca 21 %.

Bodum bragte kravene mot selgerne inn for Asker og Bærum Herredsrett, samt for Sjø- og Handelsretten for A's del. Det ble prinsipielt krevet heving, subsidiært prisavslag og i begge tilfeller erstatning. Selgerne gikk til mot søksmål og krevde betalt den utestående del av kjøpesummen. Herredsretten tilkjente kjøper prisavslag, mens selgerne ble frifunnet av Lagmannsretten. Høyesterett fant i motsetning til de to underinstansene grunnlag for å ta hevingskravet til følge.

Kjøpslovens anvendelse

Innledningsvis i Høyesteretts begrunnelse uttales det at kjøpsloven kommer til anvendelse på aksjesalg, noe som for så vidt følger direkte av loven selv. Det prinsipielt viktige i denne forbindelse er at Høyesterett slår fast at mangelsvurderingen må knyttes til den underliggende virksomheten og ikke de enkelte aksjepostene.

Det er således selve virksomheten som må anses som kjøpsgjenstanden i kjøpslovens forstand. Dette er en viktig avklaring, for det finnes sprikende praksis rundt disse spørsmålene fra underinstansene. Konsekvensen er at verdiavvik ved virksomheten kan påberopes som mangelsgrunnlag uten at det er nødvendig å påvise en reduksjon av aksjenes verdi som følge av lavere utbetalt utbytte eller lignende. Dette er en fornuftig vurdering fordi det i slike tilfeller oftest vil være selve virksomheten som er målet med ervervet, og det skal ikke bety noe om transaksjonen omfatter virksomheten direkte gjennom et såkalt innmatssalg eller andelene i eierskapet.

I nordisk teori er det lagt til grunn at det må foreligge salg av et visst flertall av aksjene i selskapet for at det er virksomheten som anses som kjøpsgjenstand. Eksempelvis vil kjøpsloven få anvendelse på salg av en aksjepost på 10 %, men det vil ikke nødvendigvis være naturlig å se direkte på virksomheten i mangelsvurderingen. Kjøpsgjenstanden vil i utgangspunktet være aksjene som verdipapirer, og dermed må verdiene av disse være lavere enn forutsatt for at mangelsreglene skal kunne påberopes. Det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle for å avgjøre om det er aksjene eller virksomheten som er utgangspunktet for mangelsbedømmelsen. Bodum-saken gir få holdepunkter for hvor grensen skal trekkes. Det er imidlertid et poeng at selv om salget i denne saken gjaldt alle aksjene, ble det foretatt fra ni forskjellige selgere og i prinsippet ble det inngått ni separate avtaler. Det kunne derfor argumenteres for at avtalene måtte vurderes separat, og de enkelte postene ville være så små at det ikke ville være naturlig å betrakte virksomheten som kjøpsgjenstanden. I og med at det var én person som representerte alle selgerne synes det rimelig å betrakte dem samlet, men det kan ikke utelukkes at resultatet blir et annet hvis avtalene med de ulike selgerne inngås på mer selvstendig grunnlag.

Førstvoterende understreker at kjøpsloven er utarbeidet med sikte på ordinært løpsresalg og således ikke nødvendigvis passer så godt ved virksomhetsoverdragelser. Dette er det nødvendig å ha i bakhodet ved anvendelsen av loven. I tillegg til at kjøpsgjenstanden er komplisert er også partene mer profesjonelle enn normalt og de har ofte hatt mer omfattende bistand fra rådgivere. Det er derfor særlig grunn til å legge vekt på avtalens ordlyd og hensynet til forutberegnelighet.

Anvendelsen av kjøpsloven innebærer for det første at Høyesterett legger til grunn de ordinære mangelsregler. Det er diskutert i teorien om et virksomhetssalg må forutsettes å skje as is med mindre annet er uttrykkelig avtalt. Høyesterett tar det motsatte utgangspunkt i Bodum-saken, og viser til at mangelsreglene gjelder i og med at det ikke er avtalt as is. Videre fant Høyesterett grunn til å supplere kontraktens bestemmelser om prisregulering med kjøpslovens regler om heving. En konsekvens av denne vurderingen mer generelt, er at man ikke automatisk kan fortolke en avtale som inneholder mangelssanksjoner uttømmende, slik at andre sanksjoner er utelukket. Det er imidlertid verdt å merke seg at avtalene i dette tilfelle var svært kortfattede, og at resultatet kan bli et annet dersom det finnes holdepunkter for at partene har ment å regulere forholdet seg i mellom uttømmende. Det er ikke gitt at det er nødvendig med en klar avtalebestemmelse på dette punkt.

Mangelsvurderingen

Det var på det rene at selgerne var kjent med fordringen på Eva Norge AS og at dette reduserte verdien av Kjøkkenpartneren betraktelig. Videre var de kjent med fordringens opprinnelse, at det var tilfeldig sammenblanding av økonomien ved at Kjøkkenpartneren betalte for mange av Eva Norges løpende utgifter. Disse sentrale forholdene ble fortiet overfor Bodum, noe Høyesterett uten tvil karakteriserte som brudd på selgers opplysnings-

plikt. Det spesielle i denne saken var at det var selgers representant, A som ikke var part i saken, som i størst grad hadde opptrådt klanderverdig. Så lenge selgerne hadde instruert ham om å foreta salget, fant Høyesterett ingen grunn til å unnlate full identifikasjon. Igjen, dersom avtalene var fremforhandlet separat med den enkelte selger, er det ikke gitt at resultatet hadde blitt det samme.

Et sentralt spørsmål var om kjøper hadde oppfylt sin undersøkelsesplikt, og Høyesterett valgte å knytte vurderingen til kjøpsloven § 20 første ledd. Det rettslige vurderingstema i forhold til denne bestemmelsen var om Bodum «måtte kjenne til» at fordringen mot Eva Norge eksisterte og at den ville bli vanskelig å inndrive. I så fall kunne forholdet ikke gjøres gjeldende som mangel. Høyesterett understreket at et veiledende synspunkt i tolkningen av det siterte begrepet i henhold til forarbeidene er «om kjøper har hatt noen rimelig unnskyldning for å være uvitende om forholdet». Bodum hadde her ikke foretatt seg noe for å avdekke selskaps reelle finansielle situasjon, verken ved å sjekke regnskaper eller på annen måte. Høyesterett viste til at det ved virksomhetskjøp er vanlig å foreta undersøkelser og da gjerne en omfattende såkalt «due diligence», som er en selskapsgjennomgang. Det var imidlertid flere tungtveiende hensyn som tilsa at kjøper hadde rimelig unnskyldning til ikke å undersøke forholdene nærmere i denne saken. For det første hadde kjøper stilt spørsmål om egenkapitalen og fått som svar fra selgerne at den var intakt. For det annet hadde selskapet kun drevet i et halvt år og salget hadde vært godt. Høyesterett viste også til at på den annen side hadde selgerne opptrådt grovt uaktsomt ved å fortie opplysninger om at selskapet i realiteten var insolvent, og det var rimelig å la risikoen gå ut over dem. I den situasjonen ble det ikke stilt krav til at kjøper en gang burde undersøkt regnskapene til virksomheten som ble ervervet.

Det er grunn til å understreke at

situasjonen var svært spesiell i denne saken, og resultatet om at kjøper ikke trenger å foreta undersøkelser kan ikke direkte overføres til andre salgssituasjoner. Det gjelder fortsatt et generelt prinsipp i Norge om at kjøper plikter å se seg for. Høyesterett understreker også at partene må bære risikoen for egne forutsetninger, med mindre det foreligger særlige omstendigheter. Her hadde selgerne utvist en så høy grad av klanderverdighet at de måtte bære risikoen for den situasjon som hadde oppstått til tross for at kjøperne ikke hadde foretatt seg noe mer enn å stille spørsmål for å kontrollere at deres forutsetninger holdt stikk.

Etter min oppfatning innebærer dommen en viss skjerping av kjøpers undersøkelsesplikt i forhold til tradisjonell lære. Det har lenge vært et utgangspunkt at undersøkelsesplikten er regulert av § 20 annet ledd, som utelukkende stiller krav til kjøpers aktsomhet i de tilfellene han faktisk har foretatt en undersøkelse eller der han har unnlatt å følge en oppfordring fra selger. Enkelte forfattere har tatt til orde for at begrepet «måtte kjenne til» i regelen i første ledd også inneholder en aktsomhetsstandard, men det har vært åpent hvilke konsekvenser dette skal få i praksis. I Bodum-saken vurderes altså kjøpers aktsomhetsplikt etter første ledd, og i den forbindelse uttaler Høyesterett at «De konkrete omstendigheter i vår sak tilsier likevel at det ville være urimelig å la kjøpers mangelsinnsigelse gå tapt under henvisning til unnlatte undersøkelser.» Det åpnes således for at kjøper kan ha en undersøkelsesplikt også utenfor de to situasjonene som er regulert i § 20 annet ledd.

Denne forståelsen av begrepet «måtte kjenne til» er forøvrig i samsvar med Høyesteretts uttalelser om det tilsvarende begrep i avhendingsloven §3–7 i Rt. 2002 s. 696.

Sanksjonene

Reversering av avtaler om virksomhetssalg får normalt store konsekvenser for de involverte parter, og det skal i utgangspunktet mye til før det foreligger et så vesentlig

kontraktsbrudd at kjøper kan heve. Hevingsvurderingen etter kjøpsloven § 39 er som kjent svært konkret, og det skal ses hen til både betydningen for kjøper å heve og belastningen for selger å måtte ta kjøpsgjensstanden tilbake.

Høyesterett fant i denne saken at avviket fra forespeilet resultat var så stort at det var grunnlag for heving. Det følger av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper at det er et moment for heving hvis selger kan klandres for den oppståtte situasjon, og dette vilkåret var klart oppfylt. Igjen er det viktig å minne om at det forelå svært spesielle omstendigheter i Bodum-saken, og det er intet grunnlag for å trekke ut av dommen at det er kulant å heve en avtale om virksomhetssalg.

Selgerne klanderverdige oppførelsen medførte også at Høyesterett fant at det forelå erstatningsgrunnlag for utvist uaktsomhet ved kontraktsinngåelsen, culpa in contrahendo. Det innebærer at kjøper fikk erstattet sine utgifter oppstått ved kontraktsinngåelsen, og han fikk således erstattet negativ kontraktsinteresse i tillegg til det ordinære hevingsoppgjør. Dette krever et særskilt ansvarsgrunnlag, noe Høyesterett altså fant at var til stede. Selgerne ble også idømt omkostninger solidarisk. Dette innebærer at hver av selgerne som opprinnelig hadde mottatt et relativt beskjedent beløp for sin aksjepost, ble eksponert for et mye større beløp i saken.

De kjøpsrettslige regler er svært skjønnsmessige for å kunne tilpasses ulike kjøpsgjensstander og ulike kjøpsituasjoner. Det finnes relativt lite norsk teori og praksis knyttet til virksomhetsoverdragelser, og det er således ikke så mange etablerte retningslinjer for skjønnsutøvelsen ved slike transaksjoner. Bodum-saken er spesiell og etterlater derfor mange åpne spørsmål. De viktigste konkrete avklaringene synes å være at det er virksomheten som er kjøpsgjensstanden i kjøpslovens forstand, og at kjøper har en undersøkelsesplikt også utover tilfellene som er regulert av § 20 annet ledd.

Margrethe Buskerud
Christoffer

Nytt verk i obligasjonsrett

Viggo Hagstrøm: Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke.

Universitetsforlaget, Oslo 2003. 924 sider + register

Obligasjonsretten er læren om skyldforhold, særlig skyldforhold som har grunnlag i kontrakt. Fremstillingen omhandler forpliktelsers innhold, endring, opphør samt virkningen av at forpliktelser ikke er blitt oppfylt på riktig måte. Både realforpliktelser og pengeforpliktelser behandles. Utgangspunktet har vært Per Augdahls klassiker, Den norske obligasjonsrett almindelige del. Rettsutviklingen, særlig kjøpslovsreformen fra 1988, en rekke senere kontraktsrettsreformer, omfattende ny rettspraksis og teori i tillegg til et betydelig internasjonalt materiale, herunder utviklingen av internasjonale obligasjonsrettslige prinsipper, har medført at boken er blitt et nytt, selvstendig og sterkt utvidet verk. I boken er det inntatt referat eller iallfall henvisning til de fleste avgjørelser av Høyesterett i det 20. århundre på obligasjonsrettens område. Danske og svenske dommer som kan antas å være relevante etter norsk rett er omtalt, og det er i tillegg medtatt et omfattende komparativt materiale.

Boken har en grunntekst som er skrevet som lærebok for studenter og en omfattende borgistekst som gjør at den også skal tjene som håndbok for advokater, dommere og andre praktikere.

ERSTATNINGSRETT

Litteratur

Bonus Pater Familias
Festskrift til Peter Lødrup
Gyldendal Akademisk 2002,
829 sider

Hovedtyngden av artiklene er innenfor de områder som professor Peter Lødrup i mange år har arbeidet med: erstatningsrett, familierett, barnrett og arverett.

Høyesteretts dom 12. september 2002: Trekantsambandet Sveio, Stord, Bømlo. Rt. 2002 s. 1080.

Veianlegg – særulemper og nærføringsulemper, vederlagsl. § 8 og nabol. § 2, især dens fjerde ledd

Trekantsambandet Sveio, Stord, Bømlo omfatter bl.a. ny veitrasé, hengebro med lengde på over en km og to tårn som rager nesten 100 m over vannflaten, samt tunnel under Bømlafjorden. Ekspropriasjonsskjønnet vedrørende tre eiendommer ble innbragt for Høyesterett til overprøving av tilkjent erstatning for særulemper og især for ulemper som overstiger tålegrensen etter nabol. § 2 fjerde ledd.

Premissene i den enstemmige dom som opphever skjønnet og hjemviser saken til lagmannsretten, er grundige og klargjørende. Her skal det bare redegjøres for hovedsynspunktene.

1. Særulemper, vederlagsl. § 8

Efter denne bestemmelse skal det ytes vederlag for ulemper som grunnavståelsen medfører for resteiendommen, dog ikke for ulemper av allmenn karakter, dvs. slikt som man må finne seg i etter nabol. § 2.

Her var det for et takstnummer – en fritidseiendom tilhørende en verkstedsklubb – gitt erstatning for særulemper under ett for arronderingsmessige ulemper samt for støy og i noen grad lukt og forurensning fra en «trafikkmaskin».

Førstvoterende peker på skillet mellom de ulemper som er en følge av grunnavståelsen og som skal erstattes som særulemper, og de ulemper som skyldes det tiltak det eksproprieres til. For den siste gruppe blir det bare tale om erstatning dersom den naborettslige tålegrense er overskredet. Førstvoterende nevner også at det i den juridiske teori har vært hevdet at dersom grunnavståelsen har vært nødvendig for at tiltaksulempen skulle oppstå, skal ulempen likevel regnes som en erstatningsmessig særulempe; han tar imidlertid ikke standpunkt til disse uttalelser.

Ved skjønnet var det tilkjent erstatning for arronderingsmessige ulemper fordi utnyttelsen som fritidseiendom nu var blitt begrenset. Og til dette prinsipp hadde førstvoterende ikke innvendinger. Skjønnets begrunnelse var imidlertid uklar, idet det ikke var redegjort for hvilken videre utbygging som kunne ha vært påregnelig dersom ekspropriasjon ikke var skjedd.

Ved vurderingen av ulempene fra trafikkmaskinen fremhever førstvoterende at det er «en omfattende og fast rettspraksis for at støy fra veier og flyplasser bedømmes som allmenne ulemper». At en eiendom som det eksproprieres fra, rammes særlig hardt fordi veien kommer nær bebyggelsen, har ikke medført at ulempen er blitt karakterisert som en særulempe. Og han fortsetter: «En støyulempe må etter mitt syn anses som en allmenn ulempe selv om den – på grunn av stedlige forhold – bare rammer ekspropriasjons eiendom. Det er – slik jeg ser det – ikke lett å tenke seg at ulemper som skyldes støy, i dag vil kunne bli bedømt som særulemper» (min kursivering).

Fra verkstedsklubbens side var det henvist til saken om Grenlandsbroen, Rt. 1995 s. 1529. Førstvoterende peker imidlertid på at det var to forhold som Høyesterett den gang mente burde vurderes som særulemper: den knugende og skjemmende virkning av brotårnet, og faren for nedfall fra broanlegget. Og disse ulemper er av en annen karakter enn i den foreliggende sak – i 1995 gjaldt det et bolighus beliggende 45 m fra broen mens verkstedsklubbens hytter ligger ca. 450 m fra broen.

2. Erstatning for nærføringsulemper tilkjent med hjemmel i vederlagsl. § 8, jfr. nabol. § 2 fjerde ledd

Verkstedsklubben og to andre eksproprierter var av lagmannsretten blitt tilkjent erstatning for ulemper som må ha vært ansett som påregnelige, men som utløste erstatningskrav i medhold av nabol. § 2 fjerde ledd. Der sies det som bekjent at selv om noe er påregne-

lig eller sedvanlig, kan det regnes som urimelig «så langt som det fører til ei monaleg forverring av brukstilhøva som berre eller i særleg grad råkar ein avgrensa krins av personar».

Førstvoterende redegjør for tilblivelsen av dette ledd som ble tilføyet i 1989, bl.a. med påpekning av uttalelser i forarbeidene om at det dreier seg om en «sikkerhetsventil» og at leddet «ikke i praksis vil føre til store endringer».

Tålegrensen vil, sier han «måtte fastsettes konkret og vil bl.a. bero på hva slags bruk som er aktuell og påregnelig på eiendommen».

Lagmannsretten hadde tilkjent erstatning især under henvisning til estetiske og støymessige ulemper.

Førstvoterende påpeker at temaet etter § 2 fjerde ledd er hvorvidt ulempene har påvirket *bruksforholdene* og finner at der «er en feil at retten ikke i tilstrekkelig grad har knyttet drøftelsen til dette vurderingstemaet». Han viser i den forbindelse til Rt. 1996 s. 232 der det på s. 240 er nærmere uttalelser om de krav som kan stilles til skjønnsgrunnene.

Det sentrale spørsmål under prosedyren for Høyesterett var hvorvidt lagmannsretten hadde lagt til grunn en for lav tålegrense etter § 2 fjerde ledd.

Førstvoterende godtar, som hevdet av ekspropriasjonene, at man her kunne ta hensyn til at det dreier seg om eiendommer som tidligere hadde en meget idyllisk og fredfull beliggenhet. Men dette vil «ofte ikke spille så stor rolle» når det er betydningen for bruksforholdene som er avgjørende. Selv om bestemmelsen «etter sin ordlyd kan synes å legge opp til en utelukkende relativ vurdering, fremgår det klart av dens formål og forarbeider at det må stilles et betydelig krav til de absolutte virkninger for at tålegrensen skal kunne anses overskredet».

Lagmannsretten hadde lagt særlig vekt på støyproblemene. Men førstvoterende finner at for såvidt kan ikke tålegrensen ansees overskredet. De støyverdier det her dreier seg om, ligger under grenseverdiene i Miljøverndepartementets retningslinjer.

«Dersom bestemmelsen i § 2 fjerde ledd i atskillig utstrekning skulle anvendes i tilfeller hvor kravene i Miljøvern-departementets retningslinjer ikke er overskredet, vil bestemmelsen få stor praktisk rekkevidde og ikke være en slik unntaksregel som forutsatt i lovforarbeidene.»

I tillegg til støyberegninger hadde lagmannsretten tatt hensyn til at støybelastningen varierte endel og at støyen ble opplevet som særlig generende kvelds- og nattestid, og til at store deler av eiendommens arealer benyttes av brukerne. Førstvoterende var enig i at slike momenter må tas i betraktning, men kunne ikke se at disse forhold i det foreliggende tilfellet innbærer «at støybelastningen for de berørte brukere objektivt sett kan sies å være spesielt stor». Også estetiske ulemper må med i vurderingen, men disse «har – som de øvrige ulemper – bare betydning i den grad de innvirker på bruksforholdene, og jeg antar at de i dette tilfellet har begrenset betydning i så henseende». Førstvoterende bemerker at forskjellen er stor fra de saksforhold det gjaldt i Rt. 1981 s. 343 og Rt. 1995 s. 1529.

Førstvoterende finner etter dette at lagmannsretten har anvendt en for lav tålegrense etter § fjerde ledd. Men da lagmannsrettens vurdering ikke var knyttet til lovens kriterium – «monaleg forverring av brukstilhøva» – ble ikke resultatet frifinnelse, men opphevelse og hjemvisning.

Førstvoterende kommer også inn på vilkåret i § 2 fjerde ledd om at ulempen «berre eller i særlig grad» må ramme «ein avgrensa krins» av personer. Forarbeidene og avgjørelsen i Rt. 1996 s. 232 referes, og det stilles så spørsmål om hvilken krets av personer som er sammenligningsgrunnlaget når det skal foretas en avgrensning for å finne dem som er særlig hardt rammet. Staten hadde argumentert for en vid krets, nemlig at avgjørende er hvilke ulemper som vanligvis rammer naboene til tilsvarende anlegg som er etablert i tilsvarende områder. Dette mener førstvoterende er å gå for langt. På den

annen side er det utvilsomt slik at alle som rammes av ulempene fra den utbygging eller det anlegg det eksproprieres til, må trekkes inn i vurderingen – hva enten de har ordnet erstatningsspørsmålet i minnelighet eller er naboer som rammes uten å være part i skjønnet.

Thor Falkanger

Høyesteretts dom av 20. november 2002 - Bråtane II. Personskadeerstatning - utmåling av erstatning for fremtidige utgifter til pleie, omsorg og tilsyn m.v.

1. Skadelidte, Katrine Bråtane, ble ved en trafikkulykke varig lammet fra skuldrene og ned, og venstre benet ble amputert. Etter ulykken, som fant sted da hun var 11 år, har hun fullført videregående skole på normal tid og med gode karakterer. Hun er nå student ved Menighetsfakultetet og ønsker å kunne virke som sykehus- eller institusjonsprest.

Om saksutviklingen bemerkes at før stevningen ble tatt ut, hadde Storebrand utbetalt kr. 1 846 426. Etter herredsrettens dom - som kom til en samlet erstatning på kr 4 516 350 - ble ytterligere poster dekket, slik at før lagmannsrettens dom hadde Katrine Bråtane mottatt kr. 3 667 426. Ytterligere tapsposter på 2 910 000 ble rettskraftig avgjort av lagmannsretten, slik at hun før Høyesteretts behandling av saken hadde mottatt kr. 6 577 426.

Ved Agder lagmannsretts dom av 9. oktober 2002 ble hun til sammen tilkjent ca. 9,5 mill. kroner pluss renter i erstatning for merutgifter som følge av skaden, jfr. RG 2002 s. 622. Dommen ble av bilens trafikksikrer Storebrand anket til Høyesterett, og skadelidte erklærte motanke over en rekke poster. Høyesteretts kjæremålsutvalg henviste imidlertid bare erstatningsutmålingen for fremtidige utgifter til pleie omsorg og tilsyn til behandling i Høyesterett, mens de øvrige poster ble nektet fremmet. Omfanget av pleiebehovet omfattet også ferieperioder. For de poster som med dette var rettskraftig avgjort, har

Storebrand utbetalt 6 577 426 kroner; inkludert barneerstatningen etter skl. § 3-2a med 1 420 000 kroner. Den delen av dommen som ble rettskraftig avgjort av Agder lagmannsrett, har jeg kommentert i Nytt i privatretten hefte 2 for 2001.

2. I erstatning for merutgifter for de poster som ble henvist til behandling i Høyesterett, hadde Agder lagmannsrett tilkjent henne 250 000. kroner pr. år, som neddiskontert utgjorde 6 231 750 (inkl. skattepåslaget) kroner. Resultatet i Høyesterett ble at flertallet - 3 dommere - satte erstatningen vesentlig ned, og fant det "rimelig" å fastsette den til 175 000 kroner pr. år, som neddiskontert ble 4 103 650 (inkl. skattepåslaget) kroner. (hertil kom to år med lidt tap à kr. 175 000, men det har mindre interesse i denne forbindelse). Både i lagmannsrettens og Høyesterett ble erstatningen for skatteulempen satt til 25%. Mindretallet - 2 dommere - stemte for å stadfeste lagmannsrettens dom.

3. Det prinsipielle ved dommen er at Høyesterett ikke fant grunn til å forlate det utgangspunkt for erstatningsutmålingen for fremtidige omsorgsutgifter som kommer til uttrykk i tre tidligere dommer, Skoland, Rt. 1993 s. 1547, Stokstad, Rt. 1996 s. 958 og Rott, Rt. 1999 s. 1967. Ved disse dommer var det slått fast at erstatningen skal dekke «nødvendige og rimelige utgifter», og at for utgifter som er medisinsk (helsemessig) begrunnet, er det ikke rom for noe supplement av erstatningsrettslig karakter. Førstvoterende, som representerte flertallet, formulerte seg slik: «Etter min mening er det ikke grunn til å forlate det utgangspunkt for erstatningsutmålingen for fremtidige omsorgsutgifter som er kommet til uttrykk i de tre dommene.» Mindretallet, representert ved annenvoterende, ordla seg slik: «Utgangspunktet for så vidt gjelder behandlings- og pleieytelser med rent helsemessig siktemål vil være at de offentlige ytelsene representerer det nødvendige og

rimelige nivå også erstatningsmessig.» At førstvoterende noe lenger ut i sitt votum uttaler at ytelser «med pleiemessig siktemål langt på vei [vil] representere det nødvendige og rimelig nivå også erstatningsmessig», kan ikke endre stadfestelsen av de rettssetninger som de tre dommene gir uttrykk for. Det er hvor slike utgifter gir større trivsel i hverdagen og som vil muliggjøre et selvstendig liv så langt som mulig, at erstatningsretten kommer inn som supplement, selv om disse utgiftene også dels kan gi en helsemessig positiv virkning. Noen klar grense mellom de rene medisinske utgifter og utgifter av sosialmedisinsk karakter er det neppe mulig å trekke; noe som også ble fremhevet av den medisinske sakkyndige. For at kravet om full erstatning skulle være oppfylt, måtte derfor utgiftene til personlige assistanse i tillegg til de offentlige ytelser dekkes «i et visst omfang».

4. Når det gjelder omfanget av de offentlige ytelser, slås det fast at vurderingen må baseres på «sannsynligheten for at ytelser faktisk blir gitt». Både omfanget og arten av ytelsen må forholde seg til både dagen og fremtiden; «selv om det generelt er usikkerhet med hensyn til fremtidige offentlige ytelser, og hvordan de blir gitt». I denne forbindelse bør også nevnes at når det gjelder utgifter med et rent helsemessig siktemål, vil det ikke spille noen rolle hvor i landet vedkommende er bosatt, eller om skadelidte flytter til en annen kommune: «Jeg finner ved mine vurderinger å måtte legge til grunn at hun, hvor hun enn måtte bosette seg i Norge, vil motta offentlige ytelser i et omfang som tilsvarende hennes helsemessige begrunnede behov.» Det ble også lagt til grunn at kommunen (bydelen) ville tildele henne mer omfattende tjenester.

5. Såvidt jeg kan se, innebærer ikke denne del av dommen noen nye tanker av vesentlig betydning. At utgifter til ytelser av sosialmedisinsk karakter skal dekkes også hvor de kan ha en rent helsemessig betydning, er neppe nytt. I det

hele må det kunne sies at det rettslige grunnlag for vurderingen av pleie- og omsorgsutgifter ligger fast. At det ved vurderingen av de offentlige ytelser presiseres at utgangspunktet må være sannsynligheten for at ytelsen ble gitt, ble også uttalt bl.a. i dommen i RG 2001 s. 322 (Borgarting). Når mindretallet la seg på det samme nivå som i lagmannsretten, ble det vist til de «helt spesielle forhold» som forelå i dette tilfellet, og mindretallet ville derfor også gi noe for de mer helsemessige sider av hennes behov. En slik reservasjon ble også tatt i Skolanddommen, men er såvidt vites ikke brukt i praksis. Når flertallet ikke fulgte denne linjen, kan det vanskelig tenkes tilfelle hvor den kan bli aktuell.

6. Som nevnt delte Høyesterett seg i et flertall og et mindretall når det gjaldt den konkrete erstatningsutmåling. For både flertallet og mindretallet var det viktig å få frem at skadelidte «har utvist en sjelden evne til å nyttiggjøre seg den bistand hun gis, og lever til tross for funksjonshemmingen så langt der er mulig et alminnelig liv», som det heter hos førstvoterende. Og det var derfor det var behov for kjøp av personlig assistanse i tillegg til det offentliges ytelser. Her kommer det nok inn at hennes studier og fremtidskarrieren trekker utgiftsbehovet opp. Det var således ytelsesformen personlig assistanse som «mest mulig» kunne sikre «Katrine Bråtane et mest mulig fullverdig liv».

7. At - som hevdet av Storebrand - det måtte tas hensyn til noe frivillig, gratis bistand fra omgivelsene, blir avvist av førstvoterende: «Ved en funksjonshemming av det omfang det her er tale om, kan det etter min mening i svært liten grad forutsettes gratis bistand.» Dette synet vil jeg gi min tilslutning. Her gikk nok førstvoterende noe lenger enn i Stokstaddommen.

8. Som kjent er den erstatning skadelidte fikk i lagmannsretten og Høyesterett den høyeste som er gitt her i landet. Spørsmålet ligger

da nær: Har denne saken flyttet grenser? På bakgrunn av at erstatningsutmålingen skal være individuell, reflekterer beløpet etter mitt syn at hennes helt spesielle situasjon gjorde at utgiftene ble store. Evnen til å nyttiggjøre seg erstatningen sto videre helt sentralt både ved avgrensningen av erstatningens omfang og som et moment ved den konkrete utmåling. At rettsgrunnlaget for erstatningsutmålingen ligger fast, finner jeg klart. Og når Høyesteretts flertall reduserte lagmannsrettens erstatning til stell, tilsyn og pleie med vel 2,1 mill. kroner, nærmet man seg et beløp som sett i sammenheng med lagmannsrettsdommer og tingrettsdommer ligger innenfor den fleksible ramme som den skjønnsmessige, individuelt utmålte erstatning nødvendigvis må ha. Førstvoterende fremhevet at erstatningsberegningen, som omfattet utgifter som ville påløpe langt inn i fremtiden, måtte inneholde store elementer av skjønn, de detaljerte regnestykker som var fremlagt, var «nyttige som illustrasjon på kostnadsnivået». Men da de «grunnleggende forutsetninger for erstatningsutmålingen» var så skjønnsmessige, var det ingen grunn for Høyesterett til «selv å foreta slike beregninger».

Den erstatningsutmåling som ble resultatet, var således i høyeste grad konkret, slik en erstatningsutmåling vanligvis er. Det er jo det individuelle tap for den enkelte skadelidte som er skjønnstemaet. Men utover de momenter som er omtalt ovenfor, får vi ikke noen nærmere veiledning for det beløp som flertallet la til grunn. I hvilken grad dommen kan bidra til å redusere tvister om utgiftene til «stell og pleie», gjenstår å se.

9. Denne saken har vært meget omtalt i media. Man har fått det klare inntrykk at den seirende part i Høyesterett var skadelidte. Det er neppe riktig. Som nevnt slo Høyesterett fast at de rettslige prinsipper fra tidligere dommer lå fast, og erstatningen ble betydelig redusert i forhold til lagmannsrettens dom. I forbindelse med saksomkostningsspørsmålet uttalte således førstvoterende: «Anken

fra Storebrand har delvis ført frem. Motanken har ikke ført frem.» Det fremgår videre at Storebrand ville blitt tilkjent saksomkostninger om det hadde vært påstått. Mot denne bakgrunn virker det forbausende - og vekker til ettertanke - at Aftenposten med brodd mot Storebrand hadde en leder med overskriften en «Gledelig dom». Så langt jeg kan vurdere det, var det i lagmannsretten, ikke i Høyesterett, at hun var vinneren.

Peter Lødrup

FORSIKRINGSRETT

Høyesteretts dom 27. november 2002.

Gjelder reklamasjonsregelen i FAL § 4-14 når selskapet bestriker kravet under henvisning til at sikrede ikke har sannsynliggjort et forsikringstilfelle?

1. A hadde kaskoforsikring «på fulle vilkår» på sin bil. Den 7. mars 1999 meldte han bilen stjålet; den ble gjenfunnet neste dag sterkt skadet. Den 15. mars innga han skademelding til selskapet, og purret på oppgjør i mai. Hans advokat tilskrev selskapet 25. mai. Selskapet bestred ansvar i brev til advokaten av 4. juni, idet det hevdet at sikrede svikaktig hadde angitt at bilen var stjålet. Advokaten anførte senere at han aldri mottok brevet, og at han derfor purret på svar 1. juli. Da han ikke hørte noe fra selskapet, tok han ut forliksklage i september og senere stevning for byretten. Selskapet ble dømt i byretten, men frifunnet i lagmannsretten. Lagmannsretten la til grunn at sikrede ikke hadde sannsynliggjort at det forelå et forsikringstilfelle.

2. Hovedspørsmålet for Høyesterett var om reklamasjonsregelen i FAL § 4-14 fikk anvendelse i en situasjon der selskapet hevdet at sikrede ikke hadde sannsynliggjort at det var oppstått en skade som ble dekket av forsikringen. Bestemmelsen pålegger selskapet å si fra skriftlig hvis det

mener at det etter en av bestemmelsene i kapittel 4 eller etter § 8-1 er helt eller delvis fri for ansvar. Dette skal skje uten ugrunnet opphold etter at selskapet ble kjent med det forhold som medfører at bestemmelsen kan anvendes. Selskapet mente at det ikke hadde reklamasjonsplikt etter § 4-14, fordi det prinsipalt ikke påsto at en bestemmelse i kapittel 4 eller § 8-1 fikk anvendelse, men bare at sikrede ikke hadde ført bevis for at det faktisk forelå et forsikringstilfelle.

3. Høyesterett kom enstemmig til at § 4-14 måtte anvendes i dette tilfellet, men delte seg (4-1) mht. begrunnelsen. Hovedpoenget for flertallet var at man her sto overfor en situasjon hvor det måtte legges til grunn at det enten forelå et forsikringstilfelle, nemlig tyveri/brukstyveri, eller en forsettlig/svikaktig fremkalt skade. Noen tredje mulighet, f.eks. at vedkommende skade var forårsaket av en begivenhet som falt utenfor forsikringens dekningsområde, forelå ikke. Hadde selskapet uttrykkelig gjort gjeldende at det var uten ansvar fordi skaden var forsettlig fremkalt, ville reklamasjonsplikten etter § 4-14 åpenbart ha blitt utløst. Når selskapet nektet å dekke skaden, påsto det i realiteten at sikrede svikaktig eller forsettlig hadde hatt «en finger med i spillet» da bilen ble borttatt. Skulle reklamasjonsregelen ikke gis anvendelse i en slik situasjon, ville det etter flertallets mening «innebære en forskjell mellom ulike situasjoner som neppe vil virke forståelig for folk flest». Flertallet viste deretter gjennom noen eksempler hvor tilfeldig en slik forskjell ville være.

Mindretallet tok utgangspunkt i at sikredes plikt til å sannsynliggjøre at det var inntrådt et forsikringstilfelle, ikke gjaldt der selskapet hevdet at et eventuelt forsikringstilfelle var forsettlig fremkalt. For et slikt forhold var det tvert om selskapet som hadde bevisbyrden. Ville selskapet gjøre gjeldende at forsikringstilfellet var forsettlig fremkalt, måtte det dessuten reklamere etter reglene i § 4-14. Realiteten i selskapets syn var at

bestemmelsen ikke fikk anvendelse hvor forsikringen var begrenset til bestemte skadeårsaker og forsettlig fremkallelse var eneste alternativ til at det var inntrådt et forsikringstilfelle. Noe grunnlag for en slik innskrenkende fortolkning av bestemmelsen var det etter mindretallets oppfatning ikke.

4. Det er kanskje litt overraskende at Høyesterett ikke klarte å samle seg om en felles begrunnelse. Tross alt var man jo enige om det sentrale, nemlig at det i forhold til preseptoriske verneregler ville være helt formalistisk å fastholde sikredes plikt til (først) å sannsynliggjøre at det forelå et forsikringstilfelle, når det var på det rene at det enten forelå et reelt forsikringstilfelle eller et svikaktig/forsettlig forhold fra sikredes side. Uenigheten er imidlertid til å leve med; jeg har vondt for å se at den innebærer noen avgjørende forskjell mht. forståelsen av de relevante bestemmelsene i FAL.

5. Med sitt resultat i det prinsipale spørsmål måtte Høyesterett også ta stilling til et subsidiært spørsmål, nemlig om selskapet uansett hadde oppfylt reklamasjonsplikten i § 4-14. Her var alle de fem dommerne enige både i resultat og begrunnelse: Reklamasjonsplikten var ikke oppfylt. Selskapet kunne ikke vise at dets brev av 4. juni 1999 var sendt rekommandert, fordi selskapets postrutiner ikke var fulgt. Det hadde heller ikke sannsynliggjort at brevet var sendt som ordinær post. I denne forbindelse ble det pekt på at selskapet hverken reagerte på advokatens purrebrev av 1. juli eller på at det i forliksklagen bare var henvist til et muntlig avslag.

Hans Jacob Bull

IMMATERIALRETT

OPPHAVSRETT

DVD-Jon-saken, dom av Oslo tingrett 7. januar 2003

Den svært medieomtalte straffesaken mot Jon Johansen – av norske medier stort sett omtalt som

«DVD-Jon» – er ingen egentlig opphavsrettssak, idet tiltalen gjaldt overtredelse av straffelovens § 145 annet ledd. Denne bestemmelsen rammer den som uberettiget bryter «en beskyttelse eller på lignende måte skaffer seg adgang til data eller programutrustning som er lagret eller som overføres ved elektroniske eller andre tekniske midler». Etersom Johansen nærmere bestemt var tiltalt for å ha knekket et teknisk beskyttelsessystem for DVD-filmer, har saken imidlertid en klar side til opphavsretten. Dette aksentueres ytterligere av den internasjonale utvikling på opphavsrettsområdet, der rettslig vern for tekniske beskyttelsessystemer i økende grad integreres i det opphavsrettslige system, jf. den amerikanske Digital Millennium Copyright Act fra 1998 og senest EF-direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet (Rdir. 29/2001), som Norge etter hvert vil gjennomføre. I Danmark er direktivet nylig gjennomført, og bestemmelser om tekniske beskyttelsestiltak er inntatt i opphavsretsloven (§ 75 b)–e)).

Jon Johansen laget høsten 1999 dataprogrammet DeCSS, som er et dekrypteringsprogram designet for å omgå det tekniske beskyttelsessystemet CSS. Dette systemet er i sin tur laget for å beskytte DVD-filmer mot kopiering. Systemet fungerer – kort fortalt – slik at DVD-filmene distribueres i kryptert form, samtidig som den inneholder en platenøkkel kryptert med et utvalg av ca. 400 ytterligere dekrypteringsnøkler (såkalte «spillernøkler»). Dette innebærer at man for å kunne spille av – og kopiere – innholdet i filmen, må man ha avspillingsutstyr som «kjenner» de relevante spillernøkler. I tillegg består CSS av en autentisering, som skal hindre at DVD-filmer med CSS-beskyttelse avspilles på DVD-spillere som ikke er produsert etter lisens fra «anti-pirat»-stiftelsen DVD CCA. Det program Johansen utviklet – DeCSS – lager en ukryptert kopi av den krypterte filmen, og legger denne på datamaskinens harddisk. Slik omgås CSS, ved at den som ønsker å spille av, og kopiere, filmen på ikke-autentisert utstyr da

kan benytte seg av den ukrypterte kopien.

Johansen ble etter dette tiltalt for «ved å ha brutt en beskyttelse eller på lignende måte uberettiget skaffet seg adgang til data som er lagret eller som overføres ved elektronisk eller andre tekniske midler og ved å ha voldt skade ved erverv eller bruk av slik uberettiget kunnskap eller å ha medvirket til dette». Byretten frifant Johansen for tiltalen på de grunnlag som her kort skal skisseres:

For det første konstaterte retten «at den som kjøper en DVD-film som er framstilt på lovlig måte, har berettiget adgang til å se filmen». Det forhold at Johansens program DeCSS lager en ukryptert kopi av en kryptert DVD-film, ga (den lovlige) brukeren adgang til filmen i ukryptert stand. Selve det forhold at man dermed laget en kopi av programmet, ble ikke ansett avgjørende, fordi det å lage en kopi ikke i seg selv ble ansett for å være omfattet av straffelovens § 145.

For det andre fant retten det ikke bevist at Johansen hadde brukt DeCSS på DVD-filmer som var ulovlig framstilt, og som han derfor ikke hadde berettiget adgang til.

Endelig – og for det tredje – kom retten til at tiltalte ikke kunne sies å ha *medvirket* til overtredelse av straffelovens § 145 annet ledd ved at *andre* fikk uberettiget adgang til DVD-filmer. Retten konstaterte kort at det ikke var ført bevis for at noen hadde brukt DeCSS på ulovlig ervervede DVD-filmer. Spørsmålet var derfor om Johansen kunne dømmes for forsøk til medvirkning ved å fremstille og offentliggjøre et verktøy som gjorde det mulig for andre personer å få uberettiget adgang til DVD-filmer. Retten tok utgangspunkt i synspunktet om at omsetning av varer som har et legalt formål, ikke kan straffes som medvirkning (jf. Erling J. Husabø: *Straffansvarets periferi – Medvirkning, forsøk, førebuing* s. 100). I den forbindelse ble det også her vist til at det ikke var i strid med straffelovens § 145 annet ledd å benytte DeCSS til å se DVD-filmer som er ervervet på

lovlig vis, samtidig som retten konstaterte at det ikke ville være i strid med straffelovens § 145 annet ledd å fremstille kopier av lovlig ervervede DVD-filmer til privat bruk, jf. åndsverklovens § 12. På den bakgrunn ble det fastslått at DeCSS både kunne brukes på lovlig og ulovlig måte. Retten åpnet likevel for at medvirkningsansvar kunne forekomme også i slike situasjoner, jf. Rt. 1996 s. 965 og Husabø op. cit. s. 117. I den forbindelse trakk retten frem Johansens mulige *hensikt* med å lage programmet. Selv hadde han forklart at hensikten var å bidra til utviklingen av en DVD-spiller for operativsystemet Linux, som ikke fantes på markedet. Mot en slik forklaring var det fremholdt fra påtalemyndighetens side at Johansen i flere sammenhenger på nettet hadde uttalt seg negativt om Linux. Videre hadde han i andre sammenhenger, på forskjellige pratekanaler, kommet med uttalelser som tatt på ordet kunne tas til inntekt for at han var involvert i ulovlig virksomhet. Retten fant det imidlertid vanskelig å kunne trekke noen sikre konklusjoner om Johansens hensikt ut fra disse omstendighetene, idet man fremholdt at de kunne inneholde overdrivelser, humor og ironi, samtidig som de neppe var helt gjennomtenkt til enhver tid. Retten fant det derfor ikke bevist utover enhver tvil at Johansens hensikt med utviklingen og offentliggjøringen av programmet var å bidra til ulovlig kopiering og distribusjon av DVD-filmer, og frifant derfor Johansen også for forsøk til medvirkning til overtredelse av straffelovens § 145.

Dommen – og saken som sådan – har vakt internasjonal oppsikt. I skrivende stund vites det ikke om den vil bli påanket fra påtalemyndighetens side. Uten å her å skulle ta stilling til dommens riktighet, er et par kommentarer på sin plass.

For det første går retten svært lett over det som må sies å være kjernepunktet i saken, iallfall sett fra en opphavsrettslig – og avtalerettslig – synsvinkel: Kan innføring av tekniske beskyttelsestiltak anses som et forbehold mot en viss bruk av filmen, som kjøperen

må anses å ha akseptert ved kjøpet av filmen? I bekreftende fall må bruddet på beskyttelsen anses som uberettiget i straffelovens § 145s forstand. Selv om det er innlysende at den som kjøper en film skal ha rett til å se den, bør spørsmålet om filmselskapet rettmessig kan forbeholde seg at filmen avspilles på nærmere bestemt avspillingsutstyr, kreve en noe mer inngående analyse. Det tilsvarende gjelder spørsmålet om adgangen til å omgå beskyttelsen for å fremstille eksemplarer til privat bruk i henhold til åndsverklovens § 12. Spørsmålene skal i denne sammenheng kun nevnes – ikke besvares.

For det andre bør man være oppmerksom på at den norske rettstilstand vedrørende tekniske beskyttelsestiltak vil endres som følge av det nye opphavsrettsdirektivet. I henhold til direktivets art. 6(1) skal statene gi rettslig beskyttelse for tekniske beskyttelsestiltak som skal hindre handlinger foretatt uten opphavsmannens samtykke. Direktivet åpner derimot for en viss adgang til omgåelse for å sikre lovlig bruk, herunder kopiering til privat bruk (art. 6(4)). Den nærmere rekkevidden av denne adgangen er imidlertid noe uklar, og det er fortsatt uvisst hvordan man på norsk lovgiverhold vil håndtere dette.

Ole-Andreas Rognstad

PATENTRETT

Ekvivalensbeskyttelse – avgjørelse fra Högsta domstolen

Högsta domstolen har i en beslutning av 20. desember 2002 (sak nr. Ö 2667-02) bekreftet den såkalte *ekvivalenslæren*, som innebærer at patentvernet ikke bare omfatter tekniske løsninger som faller direkte inn under patentkravenes ordlyd, men også *varianter der ett eller flere elementer er byttet ut med andre som er teknisk likeverdige*. Dette er i og for seg ikke overraskende, da de fleste patentkyndige nok har sett på ekvivalensbeskyttelsen som en naturlig og nødvendig del av

norsk, nordisk og europeisk patentrett. Likevel er avgjørelsen interessant, bl.a. fordi det er den første nordiske høyesterettsdommen som under gjeldende patentlov uttrykkelig bekrefter ekvivalenslæren, og dessuten fordi en norsk høyesterettsdom i Rt. 1997 s. 1749 (Lift Up) inneholder uttalelser som, isolert sett, kunne oppfattes som en fornektelse av læren, og som derfor skapte en viss uklarhet i rettsstillingen (jf. Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001 s. 286–287). Slik situasjonen nå står, etter Högsta domstolens avgjørelse, må det anses enn klarere at også nordisk og norsk patentrett må forstås å inkludere ekvivalente utførelsesformer i patenters beskyttelsesomfang.

Disse utgangspunktene til tross, kom Högsta domstolen til at det her ikke forelå noen patentkrenkelse. Spørsmålet var om et patent på et legemiddelpreparat omfattet et lignende preparat, basert på samme virkestoff, der ett av hjelpestoffene – et desintegreringsmiddel («sönderfallsmedel»), som skal bevirke tablettenes oppløselighet i vann – var byttet ut med et annet med samme virkning. Retten pekte på at det dreide seg om en kombinasjonsoppfinnelse («det är kombinationen av angivna komponenter för att få fram den snabblösliga tabletten som är det patenterbara i uppfinningen»), og at «i beskrivningen har angetts att valet av sönderfallsmedel är en av de viktigaste faserna».

Avgjørelsen kan neppe forstås slik at Högsta domstolen har ment å utelukke ekvivalensbeskyttelse for kombinasjonsoppfinnelser. I så fall ville den harmonert dårlig med praksis i andre land. De fleste oppfinnelser er på sett og vis *kombinasjonsoppfinnelser*, der det nye består i å kombinere tidligere kjente elementer på en ny måte, med en ny effekt. Heller ikke synes det å være grunn til å oppfatte avgjørelsen slik at ekvivalensbeskyttelse generelt skal være utelukket for vesentlige elementer i oppfinnelsen, og heller ikke for slike som er spesielt fremhevet i beskrivelsen. Begrunnelsen er ikke klar, men mest naturlig er det

kanskje å forstå den slik at Högsta domstolen, etter en konkret vurdering, har ment at beskrivelsen her måtte forstås slik at patentsøkeren, gjennom måten desintegreringsmidlene var omtalt på, hadde gitt avkall på beskyttelse for andre, likeverdige desintegreringsmidler (jf. *Patenters beskyttelsesomfang* s. 729–730). Om dette var en riktig vurdering, er et annet spørsmål, som den knappe begrunnelsen ikke gjør det lett å etterprøve.

For øvrig bekrefter avgjørelsen kjente og etablerte prinsipper for tolkningen av patentkrav: Utgangspunktet er patentkravenes ordlyd, som skal tolkes i lys av beskrivelsen (jf. patentlovens § 39). Dessuten kan materiale fra søknadshistorien, slik som korrespondansen mellom søkeren og patentmyndigheten, tas i betraktning.

(Det skal for god ordens skyld opplyses at forfatteren er rådgiver for patenthaveren i en beslektet sak her i landet.)

Are Stenvik

VAREMERKERETT

Varemerkebegrepet – registrering av duftmerker

Mens det tradisjonelt har vært antatt at varekjennetegn som bare kan oppfattes med andre sanser enn synet, slik som lydmerker og duftmerker, ikke kan registreres som varemerker, fordi de ikke kan gjengis grafisk (jf. varemerkelovens § 1 annet ledd), har nyere praksis i mange land, og ved EFs varemerkemyndighet, OHIM, åpnet registrene for iallfall en del slike merker. EF-domstolens avgjørelse av 12. desember 2002 (sak nr. C-273/00) gjør det nødvendig å revurdere denne praksis, og vil trolig innebære at slike merker, som hovedregel, må nektes registrert.

Bakgrunnen for saken var en tysk søknad om registrering av et duftmerke for forskjellige slags tjenesteytelser. Søkeren hadde forsøkt å definere merket på forskjellige måter: ved hjelp av en kjemisk formel, ved deponering av en duftprøve, og med ord (en behagelig, fruktig duft med et lett

anstrøk av kanel). Søknaden ble avslått av den tyske registreringsmyndigheten, og ved behandling av anken over avslaget, besluttet Bundespatentgericht å forelegge for EF-domstolen spørsmål om dufter kan oppfylle direktivets krav om at varemerker, for å kunne registreres, må kunne gjengis grafisk (art. 2, jf. varemerkelovens § 1 annet ledd), og i så fall hvilke former for gjengivelse av merket som kan godtas. EF-domstolen slo fast at direktivet ikke kan tolkes slik at det prinsipielt utelukker registrering av merker som ikke kan oppfattes visuelt, men registrering forutsetter at merket kan gjengis grafisk. Og kravene til en grafisk gjengivelse stilles strengt: gjengivelsen må være klar, presis, uttømmende, lett tilgjengelig, forståelig, holdbar og objektiv. Ingen av de måtene søkeren her hadde forsøkt å gjengi merket på, evnet å oppfylle disse kravene. En kjemisk formel er ikke forståelig for folk flest, og representerer dessuten ikke selve duften, men et kjemisk stoff. En verbal beskrivelse er ikke tilstrekkelig klar, presis og objektiv. Og en deponert duftprøve er ikke holdbar nok, og utgjør dessuten ingen grafisk gjengivelse. Det er ikke lett å tenke seg andre måter å gjengi duftmerker på, som vil tilfredsstillende alle de vilkår EF-domstolen stilte, og de samme innvendinger vil formentlig ramme iallfall de aller fleste lydmerker. For praktiske formål må det derfor antas at det med dette er oppstilt en sterk begrensning for adgangen til å registrere merker som bare kan oppfattes med andre sanser enn synet.

Are Stenvik

Enerettens innhold – Arsenal-saken

Innholdet av varemerkeinnhaverens enerett kan i en del tilfeller volde tvil. Etter varemerkelovens § 4 er utgangspunktet at eneretten medfører at andre ikke kan bruke samme eller lignende kjennetegn «for sine varer». Dette gjelder enten kjennetegnet brukes «på varen eller dens innpakning, i

reklame, forretningsdokumenter eller på annen måte». Man har antatt at retten gjelder både bruk som tar sikte på å angi varenes kommersielle opprinnelse, og bruk av varemerket som artsbetegnelse på varen o.l. EF-domstolens avgjørelse i *Hölterhoff* (sak nr. C-2/00, omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 3/2002) innebar en viss begrensning i varemerkeinnhaverens adgang til å forby bruk av merket, men uten å bringe noen egentlig klarhet i hvorledes grensene skal trekkes. Bedre holdpunkter finner man nå i avgjørelsen i *Arsenal*-saken (sak nr. C-206/01), som gjaldt uautoriserte supporterartikler forsynt med symboler som var registrert som varemerker av fotballklubben Arsenal. Selgeren hadde ikke forsøkt å gi inntrykk av at varene hadde noe med varemerkets innehaver å gjøre, men tvert imot søkt å klargjøre det motsatte, ved på salgsstedet å sette opp et skilt med beskjed om at det dreide seg om uoffisielle varer. Den engelske High Court, som fikk saken til behandling, forela for EF-domstolen spørsmålet om eneretten etter varemerkedirektivets art. 5 omfattet et tilfelle der varemerket ikke var benyttet på en måte som indikerte varenes kommersielle opprinnelse, men snarere som tegn på støtte, lojalitet eller identifisering med varemerkeinnhaveren. Domstolen besvarte spørsmålet bekræftende. Skal varemerker fylle sin funksjon, må innehaveren beskyttes mot «competitors wishing to take unfair advantage of the status and reputation of the trade mark». Eneretten må derfor, ifølge EF-domstolen, være absolutt, i den forstand at den gjelder uansett om varemerket brukes for å angi varenes kommersielle opprinnelse eller ikke. En så vidtgående rett ble imidlertid bare ansett berettiget når det dreier seg om bruk av *identiske varemerker*, jf. direktivets art. 5(1)(a). Dessuten kunne det ikke gjelde bruk for rent *beskrivende formål* («purely descriptive purposes»). EF-domstolen understreket i denne forbindelse at saken her på avgjørende måte skilte seg fra den som forelå til avgjørelse i *Hölterhoff*: der dreide

det seg om bruk med rent beskrivende formål overfor næringsdrivende, mens det her gjaldt varer rettet mot forbrukere, og hvor formålet ikke var å beskrive varens art, egenskaper e.l. Det avgjørende for om en bruk skal anses som en krenkelse av varemerkeretten, synes å måtte bli om den bruken det gjelder er egnet til å skade innehaverens berettigede interesser, og særlig om bruken kan skade varemerkets funksjon som opprinnelsesangivelse. En slik risiko for skade vil særlig oppstå der bruken er egnet til å gi inntrykk av en forbindelse til varemerkeinnhaveren. Hvis den nasjonale domstol finner at en slik risiko foreligger, spiller det ingen rolle om varemerket brukes for å angi kommersiell opprinnelse, eller om det brukes som tegn på støtte, lojalitet eller identifisering med varemerkeinnhaveren.

Etter EF-domstolens avgjørelse er det klart at varemerkeinnhaveren normalt vil kunne motsette seg salg av supporterartikler, og at dette gjelder selv om selgeren opplyser om at det dreier seg om uoffisielle varer (se imidlertid High Courts dom av 12. desember 2002, [2002] EWCH 2695 (Ch), der saksøkte ble frifunnet). Dette kan naturligvis ikke bare gjelde innenfor idrettens verden, men må også omfatte f.eks. salg av pyntegjenstander, nøkkelringer o.l. prydet med kjente varemerker, samt slikt som salg av logoer til mobiltelefoner, som er blitt en betydelig næringsvei i senere år. Når man ut over slike tilfeller skal ta stilling til utstrekningen av varemerkeinnhaverens enerett, blir hovedspørsmålet om bruken er *egnet til å skade varemerkets funksjon som opprinnelsesangivelse*. Siden denne vidtrekkende – såkalt absolute – eneretten, bare gjelder så lenge det dreier seg om bruk av *identiske* varemerker, oppstår et nytt spørsmål: Når skal to varemerker anses som identiske? Dette er allerede forelagt EF-domstolen i sak C-291/00, som ennå ikke er avgjort.

Are Stenvik

Forslag om nye saksbehandlingsregler for barnefordelingsaker, Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) om lov om endringer i barneloven

Barne- og familiedepartementet fremla i desember 2002 proposisjon om endring av reglene for saksbehandlingen i saker om daglig omsorg (barnets faste bosted) og samvær etter barneloven. Forslagene er en oppfølging av NOU 1998: 17. Samtidig foreslås aldersgrensen for barnets uttalerett etter barneloven § 31 senket til syv år.

Spørsmålet om endring av meklingsordningen før saken kommer til retten og om delt bosted behandles ikke i proposisjonen, men vil isteden bli tatt opp i en stortingsmelding om regjeringens familiepolitikk som Barne- og familiedepartementet arbeider med. Gjeldende rett med tre timers obligatorisk meklings foreslås foreløpig lovfestet i nye §§ 51-54.

Etter forslaget omredigeres barnelovens bestemmelser slik at alle saksbehandlingsreglene tas ut av kap. 5 og 6 og plasseres i et nytt felles kap. 7. Barnets beste-kriteriet, som fortsatt skal gjelde for avgjørelser om såvel fast bosted som samvær, er også foreslått flyttet til dette kapitlet, til tross for at det ikke er en saksbehandlingsregel. Men det skal nå også gjelde for saksbehandlingen og fremheves i kapitlets første bestemmelse. Videre er bestemmelsene om foreløpig avgjørelse, endring av avtale eller avgjørelse og tvangsfullbyrdelse foreslått flyttet til kap. 7. Det samme gjelder store deler av bestemmelsene om foreldreansvar etter dødsfall. Realitetsendringer er ikke foreslått på noen av disse punktene.

En hovedtanke i forslaget er at man i større grad enn tidligere skal legge opp til at foreldrene kan komme til enighet etter at sak er reist. Det lovfestes at advokater bør vurdere om det er mulig for partene å komme fram til en avtaleløsning. Dommeren skal få et større spekter av virkemidler under saksforberedelsen, se forslaget til ny § 61. Forslagene bygger

på erfaringer fra Follo, Oslo og Trondheim tingretter. Regelen om plikt til å foreta meklings under saksforberedelsen foreslås flyttet fra tvistemålsloven § 422 til barneloven § 61 nr. 1. Til å bistå med denne meklings kan retten i rettsmøtet trekke inn en sakkyndig, som dessuten kan ha samtaler med foreldre og barn utenom retten. Videre gis retten etter forslaget en mulighet til å henvise partene til ny meklings utenom retten (nr. 2). Som tidligere kan det oppnevnes sakkyndige på vanlig måte til å opplyse saken (nr. 3).

Departementet presiserer likevel at ikke alle saker egner seg for en avtaleløsning. Noen er best tjent med tradisjonell behandling med dom. Det gjelder særlig saker hvor det er vold, rus eller seksuelle overgrep inne i bildet, hvor partene ikke er likestilte eller hvor en eller begges adferd preges av personlighetsforstyrrelser eller annen psykopatologi.

I forslagens § 61 nr. 4 er det foreslått sagt uttrykkelig at dommeren kan ha samtaler med barnet, alene eller med bistand fra en sakkyndig eller en annen egnet person. Den sakkyndige kan eventuelt snakke med barnet alene. Mandatet til den sakkyndige kan være begrenset til dette eller omfatte saken i sin helhet.

Det foreslås at det i særlige tilfeller kan oppnevnes advokat for barnet, se nr. 6. Dennes viktigste oppgave skal være å ivareta barnets interesser under saksbehandlingen. Formidlingen av barnets syn til retten skal som i dag skje gjennom dommersamtale eller sakkyndige. Bestemmelsen antas å ha særlig betydning for eldre barn, siden barn ikke har partsrettigheter. Det kan være aktuelt også ellers hvis det er fare for at barnets interesser ikke blir tilstrekkelig ivaretatt eller det er særlige behov hos barnet som tilsier dette. Den er ment som en unntaksbestemmelse.

Retten skal etter forslagens § 61 nr. 7 kunne gi partene mulighet til å prøve ut en foreløpig avtale i en prøveperiode, og kan oppnevne en sakkyndig eller annen egnet person til å veilede foreldrene i prøvetiden. Saken skal i mellomtiden

stilles i bero. Lengden av prøveperioden fastsettes av retten på forhånd.

Forslaget om å senke aldersgrensen for obligatorisk høring av barn til syv år er en oppfølging av FNs barnekonvensjon artikkel 12. Etter høring om innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk rett på grunnlag av Justisdepartementets høringsnotat 14.02.2001, bebudet departementet i pressemelding 11.06.02 at barnekonvensjonen vil bli inkorporert i menneskerettsloven. Odelstingsproposisjon om dette vil bli fremmet i vår, sammen med de øvrige lovendringer som er en del av innarbeidingen, bl.a. senking av aldersgrensen i barnevernloven. Endringen i barneloven § 31 gjelder dels aldersgrensen, dels formuleringen om når barn generelt skal ha rett til å uttale seg. Formuleringen bringes i samsvar med barnekonvensjonen ved at det foreslås at barnet skal høres etter hvert som det blir i stand til å danne seg egne synspunkter på det saken dreier seg om. Vekten på barnets mening skal variere med alder og modenhet. Fortsatt vil plikten til å legge stor vekt på barnets mening først inntre over 12 år.

Barnekonvensjonen inneholder for øvrig ikke noen syv års grense. Grensen i barneloven § 31, er foreslått for å sikre at flere barn i praksis blir hørt. Det er likevel klart at den som skal snakke med så små barn, må ha spesielle forutsetninger for det, og dette er drøftet i proposisjonen.

Kirsten Sandberg

Nye regler for endring av etablerte farskap og for gjenopptagelse av farskapssaker. Lov av 20. desember 2002 om endringer i barnelovens § 6 og ny § 28a. Lovendringene trer i kraft 1. april 2003.

1. DNA-teknologien har naturlig nok hatt en revolusjonerende betydning for farskapssakene. At man nå med - praktisk sett - 100% sannsynlighet både kan utpeke en far og utelukke en mann som far, har medført at grunnfestede hold-

ninger til flere spørsmål på dette feltet er kommet i støpeskjeen. Siden DNA-analyser i 1993 ble fast praksis i farskapsaker, er disse sakene i det alt vesentlige ute av rettsapparatet.

2. En fellende farskapsdom kunne etter fast praksis gjenopptas hvis en DNA-analyse viste at dommen var gal. Hvis mor og barn på frivillig grunnlag medvirket til en slik analyse, fikk man det nødvendige grunnlag for å vurdere den tidligere dom, se nærmere Smith og Lødrup, Barn og foreldre, 5. utg. 1999 s. 50 flg. Men kunne domstolene pålegge dem å medvirke mot deres vilje? Var med andre ord muligheten for en DNA-konklusjon som viste at dommen var gal, gjenopptagelsesgrunn? Dette spørsmålet ble prøvet av Høyesterett i plenum i 1998, og besvart benektende med 9 mot 8 stemmer, Rt. 1998 s. 219. Mindretallet mente at retten skulle kunne pålegge blodprøvetaking av mor og barn.

Ved en lovendring i 1997 fikk en tredjemann som mente at han var far til et barn (også hvor barnet allerede hadde en far, (etter pater est-regelen eller erkjennelse)), rett til inntil barnet fylte tre år å reise sak om farskapet dersom han la «fram opplysninger som tyder på at han kan vere far». Man åpnet altså for at en utenforstående kunne bryte inn i et bestående forhold. Barnets foreldre kunne gjøre det innen ett år etter at vedkommende fikk opplysninger som kunne tyde på at farskapet ikke var hos den biologiske mann. Barnet selv har alltid hatt en søksmålsrett uten frister.

3. De nå vedtatte lovendringer reduserer den 10 linjers lange § 6 til følgende 2 1/2 linje:

«Barnet, kvar av foreldra og tredjemann som meiner han er far til eit barn som allerede har ein far kan alltid reise sak for domstolane om farskap etter ekteskap eller vedgåing.»

Med dette er alle frister for saksanlegg fjernet, og barnet, foreldrene og tredjemann er likestillet. Reglene om endring av farskap slik de nå lyder, er enestående

de i nordisk og internasjonal sammenheng, hvor tredjemanns ubetingede rett stort sett er ukjent, og hvor foreldrenes søksmålsrett nesten uten unntak er undergitt frister.

4. Ved den nye § 28a i barneloven blir mindretallets syn i plenumsaken lov. Den lyder slik:

«Ei rettskraftig avgjerd kan krevjast gjenoppteke utan omsyn til vilkåra i tvistemålslova §§ 405-408 dersom det ikkje låg føre ein DNA-analyse i saka. Vert det gjenopptaking, skal retten gje pålegg om blodprøve og DNA-analyse. Når DNA-analysen ligg føre, gjeld regelen i § 25 første ledd.»

Etter dette kreves det - formelt sett - ingen nye bevis eller kjensgjerninger for at saken skal gjenopptas. Siden barnelovens § 28a bare setter vilkårene i tvml. § 405-408 til side, må det antas at for fremgangsmåten gjelder fortsatt tvml. § 412. Det vil si at retten beslutter «bevisopptak», dvs. blodprøvetaking for å få en DNA-analyse. Og med analyseresultatet er avgjørelsen gitt. Viser det at den tidligere dommen var riktig, skal begjæringen forkastes, mens det skal avsies ny dom uten hovedforhandling, jfr. barnelovens § 25, hvor resultatet viser at dommen var uriktig.

Etter § 28a vil de som har vært parter i den tidligere saken, kunne begjære gjenopptagelse, og dermed blodprøvetaking av partene. Det gjelder ingen frister, slik at også svært gamle dommer kan gjenopptas. Har farskapsdommen frifunnet vedkommende mann, er det barnet og moren som vil ha interesse av gjenopptagelse, mens det er den mann som er idømt farskap som normalt vil være interessert i å få saken prøvet på nytt. Her er det ikke nødvendigvis ønsket om å bli frifunnet som er motivet; også å få visshet for en gnagende tvil kan være det. Det er forsåvidt heller ikke noe i veien for at mor og barn ønsker en fellende dom endret.

Også de nå vedtatte regler om gjenopptagelse er enestående i internasjonal sammenheng. Jeg er enig i dem, og konstaterer at de i høringsrunden fikk tilslutning av

de som uttalte seg - det var for øvrig ikke mange.

Peter Lødrup

FAMILIERETT

Høyesterettsdom av 10. desember 2002 om skjevdeling.

Eiendeler som bringes inn med påhefte av gjeld.

Det følger av ekteskapsloven (el.) § 59 første ledd at en ektefelle kan holde utenfor delingen verdier som «klart kan føres tilbake til» midler vedkommende hadde ved ekteskapsinngåelsen eller senere har ervervet ved arv eller gave. I saker hvor en eiendel som er brakt inn med påhefte av gjeld, senere stiger i verdi, har det vært omtvistet hvor stor del av verdistigningen som kan skjevdeles i medhold av § 59 første ledd. I Rt. 2001 s. 1434 kom mindretallet på to dommere til at bare en forholdsmessig del av verdistigningen kunne holdes utenfor delingen, mens flertallet den gang ikke hadde foranledning til å ta stilling til spørsmålet. Høyesterett har nå enstemmig kommet til samme resultat som de to dommerne i den forrige saken, jfr. dom 10. desember 2002 (nr. 2002/1008).

I denne saken eide mannen en bolig som ved ekteskapsinngåelsen i 1991 hadde en bruttoverdi på kr. 1 900 000. Det hvilte da en gjeld på kr. 982 252 på boligen, slik at 51,7 prosent av eiendommens verdi var lånefinansiert ved ekteskapets inngåelse. Boligen hadde senere steget i verdi, og partene var enige om at det ved beregning av skjevdelingskravets størrelse måtte tas utgangspunkt i markedsverdien av boligen ved samlivsbruddet 2. mai 1999 (jfr. el. § 69 annet ledd, sml. § 60 første ledd bokstav a.) Den nøyaktige nåverdien skulle fastsettes senere. Skjevdelingskravet forstås vanligvis som et nettokrav, slik at opprinnelige gjeld trekkes fra ved beregningen av skjevdelingskravets størrelse. For Høyesterett var det enighet om dette, men ektemannen hevdet at det bare var denne opprinnelige gjelden på kr. 982 252 som skulle trekkes fra i boligens nåverdi når hans skjevde-

lingskrav skulle beregnes. Hustruen hevdet at skjevdelingskravet måtte reduseres ytterligere ved at han bare fikk beholde udelt den delen av verdistigningen som kunne tilbakeføres til hans opprinnelig innbrakte nettoverdi av boligen. Hun hevdet med andre ord at skjevdelingskravet skulle utgjøre en forholdsmessig del, dvs. 48,3 prosent av boligens nåverdi. En enstemmig Høyesterett ga henne medhold i dette – i motsetning til skifterett og lagmannsrett.

I sin begrunnelse viser førstvoterende til at verken lovens ordlyd eller forarbeider gir noe klart svar på spørsmålet. Han siterer videre fra mindretallets begrunnelse i Rt. 2001 s. 1434 hvor det blant annet fremholdes at en ektefelle som godskrives hele verdistigningen, vil oppnå avkastning av en høyere verdi enn den som ble brakt inn i ekteskapet, og at ektefellen vil høste fordeler av verdier som kan tilbakeføres til den annens innsats i de tilfellene hvor nedbetaling under ekteskapet skyldes begges innsats.

Førstvoterende uttaler videre:

«Annenvoterendes standpunkt bygger på formåls- og systembetraktninger og andre reelle hensyn av generell karakter. Den avveining av de kryssende hensyn som han her foretar, er i all hovedsak også dekkende for mitt syn på saken. Det har ikke i vår sak fremkommet argumenter som rokker ved denne avveining. At dette innebærer at løsningen på spørsmålet blir en annen ved skjevdeling ved felleseie enn den er ved særeie, er etter mitt syn ikke noe tungtveiende motargument. Det fremstår etter mitt syn verken som unaturlig eller urimelig at dette spørsmålet - som flere andre - er regulert på forskjellig måte etter som partene har valgt felleseie eller særeie. Jeg tilføyer at det standpunktet som mindretallet i Rt-2001-1434 inntok, synes å ha blitt alminnelig akseptert i den juridiske teori, jf Lødrup og Sverdrup: Nytt i privatretten 2002 side 16, Lødrup i Jussens Venner 2002

side 212 og Sverdrup på side 694 i en artikkel i « Bonus pater familias » - festskrift til Peter Lødrup.»

Førstvoterende fremholder avslutningsvis at hans standpunkt om at bare en forholdsmessig del av verdistigningen skal skjevdeles, er utslag av en generell regel som må få anvendelse i alle saker. Det tas uttrykkelig avstand fra en tanke om at løsningen skulle avhenge av de konkrete omstendighetene i saken – f.eks. hvor stor andel av eiendommens verdi som var lånefinansiert ved ekteskapsinngåelsen.

Retten fant heller ikke grunnlag for utvidet skjevdelingsadgang etter § 59 tredje ledd.

Førstvoterende viser til at Høyesterett i flere avgjørelser har gitt uttrykk for at annet ledd er en snever unntaksregel, blant annet Rt. 1999 s. 177, og finner det «ikke tvilsomt at dette i minst like høy grad gjelder bestemmelsen i tredje ledd». Selv med den lovtolkning som førstvoterende la til grunn, ville ektemannen få 4/5 av felleseiet i et ekteskap som ikke var helt kortvarig, og retten kunne ikke se at det forelå forhold som tilsa at lovens normalordning skulle fravikes.

Kommentar: Saken gjaldt en eiendel som bringes inn ved ekteskapsinngåelsen, men resultatet må bli det samme for eiendeler som erverves under ekteskapet ved *arv* eller *gave* med påhefte av gjeld. Førstvoterendes begrunnelse må være like relevant for disse to skjevdelingspostenes vedkommende. Skjevdelingskravet utgjør således også her en forholdsmessig andel av eiendelens nåverdi (jfr. el. § 69) hvor andelen bestemmes av nettoverdien på ervervstidspunktet.

Skjevdeling av en forholdsmessig andel av verdistigningen, forutsetter at eiendelen bare har steget som følge av markedet, og ikke som følge av utbedringer, påbygg mv. Sistnevnte form for verdisøkning kan normalt ikke føres tilbake til de tre skjevdelingspostene, og skal da heller ikke skjevdeles. Når skjevdelingskravet beregnes i slike tilfeller, må

verdien av påbygg mv. derfor først trekkes fra, slik at man står igjen med nåverdien av eiendelen i dens opprinnelige stand. Denne verdien danner utgangspunktet for beregningen av den forholdsmessige andelen som kan skjevdeles etter § 59.

Tolkningsresultatet i denne dommen må også legges til grunn i saker hvor eiendeler som er ervervet med påhefte av gjeld, synker i verdi som følge av markedssvingninger. Ved verdifall vil en slik forholdsmessig beregning være til fordel for den som krever skjevdeling, idet vedkommende ikke behøver å tåle fradrag for hele den opprinnelige gjelden i sitt skjevdelingskrav.

Tone Sverdrup

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Helge J. Thue: Internasjonal privatrett. Personrett, familierett og arverett. Alminnelige prinsipper og de enkelte reguleringsregler. Gyldendal Akademisk, Oslo 2002.

Bokens hovedtema er norsk internasjonal privatrett. Men også utenlandsk rett bringes inn, dels som argument der norsk rett er åpen, og dels for å formidle den felles europeiske tradisjon i internasjonal privatrett med sin historiske og kulturelle dimensjon.

Boken er delt inn i fire hoveddeler: Første del behandler grunnprinsippene i internasjonal privatrett. Andre, tredje og fjerde del omhandler så personretten, familieretten og arveretten. Boken er på 642 sider og det mest omfattende verk som er utgitt i Norden om internasjonal privatrett.

Peter Hambro

En nyttig bok

Forbrukerbeskyttelse står sentralt i EFs reguleringsvirksomhet. Når dette skjer i form av direktiver legges en minimumsstandard for beskyttelsen i alle EØS-stater.

Forbrukerreguleringene er etter hvert blitt et besværlig terreng å få oversikt over og orientere seg i. Ytterligere besværlig er det når saksforholdet har tilknytning til

flere stater; hvilket blir mer og mer aktuelt.

Den rettslige tilstand ved grenseoverskridende konsumentavtaler er uoversiktlig. Den er fragmentarisk, og det som finnes ligger hierarkisk på ulike autoritative nivåer. Dette siste - det hierarkiske - skaper lovgivningsmessige problemer og tolkningsproblemer. Hertil kommer at de instrumenter som finnes har forskjellig territorialt omfang.

Et tjenlig kart og kompass til dem som må orientere seg i internasjonal forbrukerbeskyttelse har Marie Larsson gitt i sin doktorav-

handling *Konsumentskyddet över gränserna - särskilt inom EU*, Justus Förlag, Uppsala 2002.

Selv om Marie Larsson har et svenskrettslig utgangspunkt for sin redegjørelse, er hennes bok høyst relevant også for norsk rett. For de rettslige reguleringene ved grenseoverskridende forbrukeravtaler er hovedsakelig EF-baserte, og med virkninger i hele EØS-området.

Marie Larssons bok er delt i to. I den første del behandles spørsmålet om hvor sak kan reises (Bruxelles- og Luganokonvensjonene og

Forordning nr. 44/2001 som erstatter Bruxelleskonvensjonen), hvilken stats rett som skal anvendes (EF-Romkonvensjonen av 1980 og de direktivbaserte rettsvalgsreglene) og anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske avgjørelser. Del to av avhandlingen inneholder fire spesialstudier: Forbrukerbeskyttelse ved grenseoverskridende kjøp av varer, kjøp av tjenester og pakkereiser, kjøp over Internett og kjøp av time-share. - Hennes behandling av disse fire temaer er avklarende og forklarende også for norske jurister.

Helge J. Thue

VI MINNER OM:

Program for seminarrekke ved Institutt for privatrett vår 2003

Følgende tema vil bli tatt opp:

Onsdag 19. februar kl. 17.15 i Aud. 13 Domus Media, inngang fra søylehallen (merk. stedet)

Professor Mads Bryde Andersen, som 1. februar overtok et nyopprettet professorat i advokatrett ved Københavns Universitet, gjentar sin tiltredelsesforelesning:

Advokatens mange kasketter: Hvilke beholder han? Hvilke må han aflevere til andre?

Deretter innlegg av **Advokat Øivind Fegth Knutsen**.

Det vil så åpnes for debatt, deriblant med noen forberedte innlegg.

Tirsdag 18. mars kl. 17.15 i Biblioteket, Institutt for privatrett, Domus Media, 2. etasje

Finansinstitusjonenes ansvar i forbindelse med rådgivning/informasjon som gis i forbindelse med salg og markedsføring av finansielle tjenester og produkter overfor forbrukere. Hvor står vi, hvor går vi?

Innlegg ved **professor Viggo Hagstrøm**, Bankklagenemndas formann, **direktør Sverre Dyrhaug**, Finansnæringens Hovedorganisasjon samt en representant fra forbrukersiden

Seminarene varer maksimalt til kl. 19.

Påmelding kan skje via Instituttets hjemmeside:
<http://www.jus.uio.no/ifp/>

Nytt i privatretten

Nytt i privatretten utgis av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo i samarbeid med Cappelen Akademisk Forlag.

Hovedredaktør: Peter Hambro
Forlagsredaktør: Marianne Skattum

Et doms- og saksregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets internettsider: www.cappelen.no

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

Et årsabonnement (2003) på *Nytt i privatretten* koster kr 440,-. Studentabonnement koster kr 150,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Akademisk Forlag
Postboks 350 Sentrum
0101 Oslo
E-post: jus@cappelen.no
<http://www.cappelen.no>

Nytt i privatretten © J.W. Cappelen forlag a.s. 2003

Neste hefte kommer mai 2003.