

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 3/2002

KONTRAKTSRETT

OBLIGASJONSRETT

Høyesterettsdom av 4. juni 2002. Eiendomskjøp. Mangel, identifikasjon og foreldelse samt skyldkravet etter avhendingslova § 3-7. NEBB-tomten

Saken (sak nr. 2001/1241 Fram Realinvest mot Skøyen Næringspark) gjaldt krav om erstatning etter kjøp av fast eiendom for mangler i form av forurensning i grunnen. Kjøpet omhandlet et gammelt industriområde, den såkalté NEBB-tomten på Skøyen. Etter oppstart av byggearbeider ble det oppdaget meget store forurensninger i grunnen. Saken reiste spørsmål om rekkevidden av en «as is»-klausul i kjøpekontrakten, om selgeren i forhold til avhendingslova § 3-9, jf. § 3-7 kunne sies å ha kunnskap om mangler på tross av

at informasjonen var gått tapt som følge av selskapsrettslig omorganisering, og spørsmål om foreldelse av mangelskrav.

Fortolkningen av en «as is»-klausul har flere ganger vært forelagt Høyesterett. I Rt. 1997 s. 70 ble det uttalt at det generelt kan være grunn til å tolke slike klausuler restriktivt, men tolkningen måtte skje bl.a. på bakgrunn av de øvrige opplysninger i saken. I dommen om NEBB-tomten var det imidlertid tale om salg mellom profesjonelle parter av bebygde eiendommer der det hadde vært drevet industri i mer enn hundre år. Det måtte legges til grunn at det måtte ha vært åpenbart for begge parter at risikoen for skjulte feil og mangler var stor, og risiko knyttet til forurensning av grunnen var i alle fall synlig. Høyesterett uttalte at «I den situasjon som forelå her, er det forståelig at selger ville sikre seg mot krav på grunn av mangler, og «som den er»-klausulen må antas å være overveiet. Ved slike klausuler vil den risiko kjøper overtar, bli innkalkulert i pristilbudet. I denne saken er kjøper en profesjonell investor med full tilgang til faglig bistand når det gjelder verdifastsettelse av eiendommen. Det finansielle aspekt var sterkt fremtredende. På denne bakgrunn kan jeg ikke se noen grunn til å fortolke klausulene restriktivt, og jeg finner at de må anses å omfatte de mangler som saken gjelder.» Standpunktet er neppe kontroversielt.

Saken reiste videre spørsmål om kunnskapskravet i forhold til avhendingslova § 3-7. Dersom selgeren er en juridisk person, vil prinsippene om kumulative og anonyme feil,

jf. skadeserstatningsloven § 2-1, innebære at det er uten betydning at kunnskapen er fragmentert på en rekke personer eller det ikke er mulig å utpeke den som konkret har sittet med kunnskapen. Ifall den juridiske person er blitt betydelig omorganisert og personale med den relevante kunnskap er forsvunnet, kan imidlertid ikke disse prinsippene oppfange kunnskap som tidligere ansatte har sittet inne med, men som ikke er videreformidlet.

Dommen om NEBB-tomten må sies å løse disse spørsmål. Noen år før salget hadde selskapets daværende ledelse fått området undersøkt av Norges Geotekniske Institutt, og det var påvist konsentrasjon av tungmetaller i jordmassene. Selskapet ble overtatt av pantehaver, og etter omstruktureringer ble det solgt til et annet selskap. Ved eierskifte og utskifting av personale forsvant kunnskapen om rapporten, og grunnforurensningene ble ikke noe tema da eiendommen til slutt ble solgt. Høyesterett uttalte: «Saken reiser spørsmål om en i relasjon til mangelsansvaret etter avhendingslova § 3-7 kan si at selskapet Skøyen Næringspark som sådan hadde kunnskap om NGI-rapporten. Jeg er under noen tvil kommet til at dette spørsmålet bør besvares bekreftende. Det står ikke for meg som et rimelig resultat i forhold til omverdenen at kunnskap om et selskaps faste eiendom, uavhengig av de konkrete omstendigheter, skal kunne anses forsvunnet fra selskapet som følge av skifte av eiere, styre eller administrativ ledelse. Jeg er klar over at det vil være en fiksjon å tillegge et selskap som sådant kunnskap. Men slike kon-

Innhold nr. 3:

Kontraksrett	s. 1
Obligasjonsrett	s. 1
Erstatningsrett	s. 3
Selskapsrett	s. 4
Immaterialrett	s. 7
Patentrett	s. 7
Varemerkerett	s. 9
Tingsrett	s. 12
Barnerett	s. 13
Familierett	s. 14

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

struksjoner er også ellers funnet hensiktsmessig i forbindelse med etablering av et regelsett for juridiske personer. Disse er tillagt både rettigheter og forpliktelser. Når det gjelder et selskaps ansvar for handlinger utført av et selskaps ledelse, organansvaret, som ikke anses som et arbeidsgiveransvar, forklares dette med at handlingene må ses på som «selskapets egne» ... Ved min vurdering av om Skøyen Næringspark må anses å ha kunnskap om NGI-rapporten, legger jeg særlig vekt på to forhold. Det første er at rapporten var et sentralt dokument når det gjaldt utbyggingsarealenes grunnforhold, og dermed av generell betydning for utbyggingen. NEBB-tomta var Citadel Skøyens største aktivum, og rapporten ga opplysninger av vesentlig betydning for verdien av arealene ... For det andre legger jeg vekt på at selskapet fikk rapporten relativt kort tid før salgene. De som overtok Citadel Skøyen, hadde i hvert fall rimelig mulighet for å skaffe seg den informasjonen som forelå om forurensningen. Dette kunne stilt seg annerledes dersom kunnskapen var ervervet lang tid tilbake. Tidsmomentet er av betydning for vurderingen. Når det som her gjaldt nylig innhentet, sentral kunnskap, som forelå skriftlig i form av en rapport, mener jeg at det i relasjon til avhendingslova § 3-7 må være riktig å legge til grunn at Skøyen Næringspark må anses å ha hatt kunnskap om rapporten da deler av NEBB-tomta ble solgt i 1992.» Den sist siterte setning markerer rekkevidden av den identifikasjonsregel som er blitt slått fast ved dommen.

Dommen avgjør endelig et foreldesspørsmål, der uttalelser i Rt. 2000 s. 679 kan ha skapt en viss usikkerhet i praksis. For krav som springer ut av et mislighold løper foreldelse etter foreldelsesloven § 3 nr. 2 «fra den dag da misligholdet inntrer». Dette gjelder også krav på erstatning i kontraktsforhold, se motsetningsvis § 9 nr. 3. Ved forsinkelse angir bestemmelsen et klart utgangspunkt. For så vidt gjelder skjulte mangler skulle lovteksten indikere at levering og ikke det senere tidspunkt da mangelen blir oppdaget, er avgjørende. Dette

støttes også klart av uttalelser i forarbeidene som bl.a. uttrykkelig viser til Rt. 1915 s. 103 der et erstatningskrav mot leverandør av et ferdig oppført hus ble ansett foreldet tre år etter levering av huset og ikke fra den dag byggherren oppdaget mangelen. Løsningen ble fastslått i dommen om NEBB-tomten. Høyesterett uttalte: «Det er tale om eiendommer som har en mangel ved at grunnen var så sterkt forurenset at byggearbeidene ble fordyret. Mangelen forelå ved overleveringen, og selv om kjøperne på dette tidspunkt var ukjent med den, var de rettslig sett ikke avskåret fra straks å fremme sine erstatningskrav. At mangelen den første tiden var skjult, medfører ikke at foreldelsen utsettes, jf. blant annet Ot. prp. nr. 38 (1977-78) side 53-54, men kan føre til at tilleggsfristen i foreldelsesloven § 10 blir aktuell.»

I dommen falt det også uttalelser om uttrykket «måtte kjenne til» i avhendingslova § 3-7. De spredte lovreglene om misligholdt opplysningsplikt synes å kreve at realdebitor subjektivt sett har utvist forsett, men de lempes på beviskravene når det gjelder forsettet. Det er dette som har vært antatt å ligge i formuleringen at realdebitor «måtte kjenne til» omstendighetene, jf. kjøpsloven § 19 litra b, avhendingslova § 3-7, bustadoppføringslova § 26, håndverkertjenesteloven § 19 og husleieloven § 2-4.

Forsett er i prinsippet et psykologisk, ikke et normativt begrep, og innebærer at realdebitor har kjent til de omstendigheter han skulle ha opplyst om eller at han har holdt det for overveiende sannsynlig at de forelå. Siden forholdet er vanskelig å bevise når realdebitor senere nekter å ha hatt kunnskap, har lovbestemmelsene, herunder også avtaleloven § 33, innført en viss bevislettelse for kreditor. I forarbeidene til kjøpsloven fremholdes at «Uttrykket «måtte være kjent med» innebærer at det ikke må foreligge noen rimelig unnskyldning for selgerens uvitenhet ..., sml den liknende formulering «måtte skjønne» i gjeldsbrevlovens § 18.» Videre understrekes det at «Det er ikke nok at selgeren *burde*

vite; det kreves at han *måtte* vite» (Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 62). I den fellesnordiske utredning heter det at «Kravet i föreliggande stadgande, att det skall vara fråga om förhållanden som säljaren måste antas ha känt till men som han inte upplyst köparen om, innebär att man i detta sammanhang principiellt förutsätter en faktisk kunskap om ifrågavarande omständighet hos säljaren. Samtidigt avser formuleringen i lagtexten att medföra en viss lättnad i krav på bevis om säljarens kunskap (jfr 33 § i de nordiska avtalslagarna)» (NU 1984 : 5 s. 235). I forarbeidene til husleieloven § 2-4 er skyldkravet sammenfattet i at «Utleiers opplysningsplikt omfatter ikke bare forhold han faktisk kjenner til, men også forhold han måtte kjenne til. Forhold utleieren måtte kjenne til, er slike som det nærmest er uforklarlig at han er uvitende om. Forhold som utleieren burde kjent til, faller derimot utenfor regelens rekkevidde.» (Ot. prp. nr. 82 (1997-98) s. 156). Kontraktsrettslovgivning har bygget på dette, med unntak av den nye forbrukerkjøpsloven § 16 litra b som bare stiller krav om uaktsomhet («burde kjenne til»). Uttalelser i NEBB-dommen bringer imidlertid inn en usikkerhet. Her ble det fremholdt – riktignok i en utpreget obiter uttalelse: «Jeg bemerker at jeg oppfatter «måtte kjenne til» som et normativt begrep, og ikke som en bevisregel, slik partene har anført. I forarbeidene, Ot. prp. nr. 66 (1990-91) side 89 sies det at «Meininga er at det ikkje må liggja føre noka rimeleg grunn for å vere uvitande». Mangel kan altså foreligge selv om det er helt på det rene og uomtvistet at selgeren ikke positivt hadde kunnskap om forholdet, men det er ikke tilstrekkelig at han burde ha kjent til det.» Selv om det ikke sies eksplisitt, ligger karakteristikken «grov uaktsomhet» nær. Dette er i tilfelle noe nytt. Men det er mulig at uttalelsene er et signal om at man ønsker å lempe på de lovbestemmelser som er gitt i de senere år om opplysningsplikt i kontraktsforhold. Det skjerpede skyldkrav i forhold til rettspraksis og teori om læren

om opplysningsplikt ble først introdusert i lovgivningen med kjøpsloven § 19. Verken ved vedtagelsen av denne bestemmelse eller de senere tilkomne lovregler er det gitt en legislativ begrunnelse for å innføre et skjerpet skyldkrav.

Viggo Hagstrøm

ERSTATNINGSRETT

Høyesterettsdom av 29. mai 2002. Arbeidsgiveransvar

Saken gjaldt i første rekke spørsmålet om det kunne gjøres ansvar gjeldende mot en kommune etter skl. § 2-1 – «om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilside-satt». Konkret dreiet det seg om kommunen i forbindelse med godkjenningen av eller tilsynet med barnehagen burde ha reagert på den risiko som en bekk representerte, og som et barn ble alvorlig skadet i da det falt ut i vannet i en flomperiode, nærmere bestemt om det ikke av hensyn til denne risiko og andre risikofaktorer, var uforsvarlig ikke å stille krav om full inngjerding av barnehagen eller om kommunen ikke hadde opptrådt tilstrekkelig varsomt ved gjennomføringen av tilsynet.

Skadelidte hadde først rettet krav mot barnehagen, og If Skadeforsikring hadde erkjent ansvar og utbetalt erstatning etter reglene i skl. § 3-2a om standardisert erstatning til barn. Hertil kom merutgifter i fremtiden, hvis størrelsesorden ikke ennå ikke var klarlagt. Som barnehagens ansvarsforsikrer krevet If regress for 2/3 av beløpet av Vesta, som kommunen var ansvarsforsikret i.

Fra Ifs side ble det prinsipielt hevdet det var uaktsomt av kommunen ikke å følge opp det som måtte oppfattes som et vilkår for driften, nemlig at barnehagen ble inngjerdet fullt ut, mens det fra kommunens side ble anført at dette ikke var tilfelle.

Kommunen ble frifunnet i både byretten og lagmannsretten, og Høyesterett stadfestet (med fire mot en stemme) byrettens dom.

Førstvoterende, dommer Skoghøy, tok dette utgangspunktet: «Det er et vilkår for at kommunen skal bli erstatningsansvarlig overfor A etter § 2-1, at personer som kommunen hefter for etter denne bestemmelsen, i forbindelse med godkjenningen av eller tilsynet med familiebarnehagen burde ha reagert på den risiko som bekken representerte, og at det av hensyn til denne og eventuelle andre risikofaktorer som forelå, var uforsvarlig å ikke stille krav om at barnehagen ble fullstendig inngjerdet, eller at kommunen ikke har opptrådt tilstrekkelig aktsomt ved gjennomføringen av tilsynet». Det var størrelsen av denne skaderisikoen som måtte vurderes mot ansvarsformuleringen i skl. § 2-1. Av faktum i saken fremgår det at det var satt opp gjerde mot bekken, men at skadelidte var kommet ned til bekken ved å gå utenom gjerdet ved innkjørselen til barnehagen.

Et prinsipielt spørsmål var om den mildere aktsomhetsnorm som er lagt til grunn for enkelte former for offentlig kontroll-, bistands- eller servicevirksomhet, jf. Rt. 2000 s. 253 med henvisninger, som førstvoterende trakk frem, skulle legges til grunn i et tilfelle som dette. Høyesterett tok ikke stilling til det, idet partene var enige om at saken skulle avgjøres etter den aktsomhetsnorm som følger av det alminnelige arbeidsgiveransvar.

Etter bevisførselen la førstvoterende til grunn at hverken de ansatte i barnehagen eller de som opptrådte på vegne av kommunen, reagerte på den risikoen som bekken representerte. I denne forbindelse må det nevnes at når det fra helsesøsterens side ble anbefalt et gjerde ved innkjørselen, var det av hensyn til biltrafikken, og ikke risikoen fra bekken.

Etter en konkret og detaljert gjennomgåelse av de risikofaktorer som bekken og biltrafikken representerte, konkluderte førstvoterende med at etter en samlet vurdering av den risiko som bekken og biltrafikken representerte, var ikke risikoen så «høy at det var uforsvarlig å godkjenne barnehagen uten krav om fullstendig inngjerding av utearealet».

Om tilsynsplikten – eller mang-

lende tilsyn med barnehagen – kunne medføre ansvar, bemerket førstvoterende etter en gjennomgåelse av barnehagelovgivningen forarbeider, at det «ikke var grunnlag for å kritisere kommunen for måten den har gjennomført tilsynet overfor Knærten barnehage på». Det var ikke grunnlag for et absolutt krav om gjerde mot veien på grunn av biltrafikken, og inngjerding her ble det ikke ansett å være grunnlag for av hensyn til bekken.

Annenvoterende, kst. dommer Zimmer, vurderte risikofaktorene annerledes enn førstvoterende. Han oppsummerte sitt syn slik: «Det forelå to risikomomenter av betydning, som – hvis ulykken først var ute – kunne lede til meget alvorlig skade. At disse risikomomenter kunne lede til ulykker, må anses å ha vært påregnelig. Det var dessuten relativt lett å verge seg mot dem. På denne bakgrunn mener jeg at det var uforsvarlig at kommunen ikke satte et vilkår om full inngjerding.»

Dommens prinsipielle betydning ligger etter min mening i at flertallet avviser ansvar selv om det forelå en skaderisiko, men at denne risiko ikke var så høy at det var uforsvarlig ikke å ta hensyn til den. Ansvar for uaktsomt forhold forutsetter således en viss risikomargin. At culpanormen i tilfelle ved tillatelse til og tilsyn med driften av barnehager vurdert mot det regelverk som styrer sikkerheten i barnehager ikke garanterer mot skader, er i overensstemmelse med den alminnelige linje ved culpanormens praktisering: Det er rom for en viss feilmargen før ansvar inntreffer, se f.eks. Rt. 1995 s. 1350 og Rt. 1999 s. 408, og det gjelder også på områder hvor culpanormen er streng. I denne forbindelse må det erindres at barnehagen av If ble ansett ansvarlig for skaden, idet tilsynet med barna fra de ansattes side ikke ble ansett tilstrekkelig aktsomt. For skadelidte innebar dommen, og skadelidte opptrådte som hjelpeintervenient, at krav utover de 5 mill. kroner som Ifs ansvar etter forsikringsavtalen var begrenset til, eventuelt må gjøres gjeldende mot barnehagen direkte.

Peter Lødrup

Høyesterettsdom, Rt. 2002 s. 481. Oppreisning. Fradrag på grunn av forsikringsutbetaling

Saken gjelder oppreisning, jf. skl. § 3-5 annet ledd og spørsmål om fradrag i erstatningen for økonomisk tap på grunn av forsikringsutbetalinger, skl. § 3-1 tredje ledd.

I lagmannsretten var to barn født i 1986 og 1989 hver tilkjent 300 000 kroner i oppreisning fra sin stefar som var dømt for forsettlig drap på deres mor. Drapet var utført med gift, og påførte moren smerter og andre skadefølger i en tid før hun døde. Skadevolder hevdet at etter at Høyesterett ved dommen i Rt. 2001 s. 275 normerte oppreisningen til en mor hvis sønn var drept til 120 000 kroner, var dette det beløp som også skulle legges til grunn når det var barna som var de skadelidte.

Høyesterett stadfestet på dette punkt lagmannsrettens dom. Det ble bl.a. vist til at normeringen til 120 000 gjaldt overfor foreldre som mister sine barn, og at førstvoterende i 2001-dommen ikke tok «standpunkt til om oppreisning til mindreårige og særlig små barn kan tilsi en mer differensiert erstatning». Ved dette hadde man i tankene alder og tilknytning til den drepte når det gjelder mindreårige var av vesentlig betydning. «En mindreårig som får sin omsorgsperson revet bort, kan stå i en særstilling. Annerledes kan det stille seg for et barn som mister en forelder vedkommende har hatt liten kontakt med.» Når situasjonen i denne saken var at to små piker hadde mistet sin mor og ene omsorgsperson under særdeles ekstraordinære omstendigheter, måtte det få betydning for oppreisningsbeløpets størrelse. Førstvoterende, dommer Gjølstad, slo fast et det derfor «ikke under noen omstendighet» kunne bli tale om noen normert oppreisning, under henvisning til morens sykdomsbilde med bl.a. uutholdelige smerter. «Da moren ble innlagt på sykehuset igjen i januar 1999 var de [barna] vitner til at hun hadde så sterke smerter at hun skrek høyt da hun ble båret ut av huset, og de ble sjokkert over hennes tilstand på sykehuset. De besøkte henne hver dag og observerte hvorledes tilstanden hennes stadig forverret seg.»

Mot denne bakgrunn måtte oppreisningen etter førstvoterendes mening ligge «så høyt som man kan tenke seg for hva som kan tilkjennes barn som er frarøvet sin omsorgsperson ved overlatt drap».

Denne dommen gir etter min mening klar beskjed om at normeringen til 120 000 kroner til foreldre som mister et barn ved forsettlig drap ligger fast. Videre slås det fast at noen normering ikke er på sin plass når det gjelder mindreårige som mister en forelder; her må hvert enkelt tilfelle vurderes konkret, hvor særlig tilknytningen til vedkommende forelder og de nærmere omstendigheter i forbindelse med dødsfallet vil veie tungt. Samtidig oppfatter jeg dommen dithen at 300 000 kroner er en øvre grense for oppreisningens størrelse i slike tilfelle. Det kan her også nevnes at skadevolders «gode økonomi» måtte tillegges en viss betydning for oppreisningens størrelse «når det ikke er snakk om normert oppreisning».

Sakens annet tvistepunkt var hvor stort fradrag det skulle gjøres i erstatningen for forsørgertapet (som ikke var gjenstand for prøvelse i Høyesterett), jf. skl. § 3-1 tredje ledd annet punktum, for mottatte forsikringsytelser. Hvert av de to barna hadde fått utbetalt 879 220 kroner. Spørsmålet var om de fradragssprinsipper som var lagt til grunn i Rt. 1998 s. 639 (Bastrup-dommen) og Rt. 1999 s. 1382 (Hogstad-dommen), som begge gjaldt erstatningsutbetalinger fra skadevolders trafikkforsikrer, også skulle gjelde hvor, som her, døden skyldtes forsettlig drap. Førstvoterende besvarte dette bekreftende: «At man her har med en ansvarlig skadevolder å gjøre, kan etter mitt syn ikke stille spørsmålet om utmåling av det økonomiske tap annerledes.»

Lagmannsretten hadde utmålt erstatningen til henholdsvis 170 000 kroner og 240 000 kroner. Skadevolderens prosessfullmektig hadde for Høyesterett anført at fradrag «på 150 000 for hvert av barna vil være et riktig beløp i forhold til de tidligere avgjørelser. Fradraget fastsettes i henhold til dette, slik at erstatningsbeløpene i

lagmannsrettens domsslutning blir å redusere til 120 000 kroner for A og 190 000 kroner for B».

Min vurdering av dette spørsmålet må ses i lys av at jeg mener at den skjønnsmessige fradragregelen i skl. § 3-1 tredje ledd annet punktum ikke har livets rett. Men selv om den må aksepteres som gjeldende rett, er jeg likevel ikke uten videre enig i den likestilling som Høyesterett her legger til grunn mellom erstatning som utbetales av en trafikkforsikrer og en ansvarlig skadevolder, ihvertfall ikke når vi står overfor et forsettlig drap og det er tale om erstatning for et økonomisk tap. Regelen er en «kan»-regel, og i dette ligger at også de nærmere omstendigheter bak dødsfallet kan være relevante. I Rt. 1999 s. 1967 (Rott-dommen) brukte ikke Høyesterett denne fradragregelen på forsikringsytelser på 1,5 mill. kroner. Her henviste førstvoterende til Hogstad-dommen, som nettopp var avsagt, og uttalte at dette er et beløp som gjør at «det ligger an til delvis avkortning» (på s. 1979). Likevel kom førstvoterende til at avkortning ikke burde skje. Begrunnelsen var at skadelidte hadde brukt et betydelig beløp til sykehusopphold i utlandet som hun ikke fikk erstattet. Førstvoterende i Rott-saken, som også var førstvoterende i nærværende sak, begrunnet det slik: «Etter min mening vil det være støtende om ytelsene fra de private ulykkesforsikringene skal tjene som grunnlag for å redusere den erstatning som hun har krav på etter trafikkforsikringen.» Dette er jeg hjertens enig i. Men denne uttalelsen gjelder etter min mening også når vi står overfor et forsettlig drap med en drapsmann med betalingssevne.

Peter Lødrup

SELSKAPSRETT

Interessante danske anbefalinger for god selskapsledelse

Et utvalg nedsatt av den danske ervervsministeren – det såkalte Nørby-utvalget – kom i desember 2001 med et sett av anbefalinger for god selskapsledelse. Retnings-

linjene retter seg først og fremst mot danske børsnoterte selskaper. De er et interessant tilskudd til debatten om «corporate governance» i Skandinavia, og de kan være nyttige også for norske jurister.

«Corporate governance» gjelder, som begrepet antyder, hvordan selskaper organiseres og ledes. I rapporten fra Nørby-utvalget er «corporate governance» definert som «de mål, et selskap styres etter, og de overordnede prinsipper og strukturer, der regulerer samspillet mellom ledelsesorganerne i selskapet, ejerne samt andre, der direkte berøres af selskabets dispositioner og virksomhet (her kollektivt benævnt selskabets «interessenter»). Interessenter omfatter bl.a. medarbejdere, kreditorer, leverandører, kunder og lokalsamfund.»

Nørby-utvalget ble nedsatt av den danske ervervsministeren. Utvalget bestod av fire fremtredende danske næringslivsledere. Lars Nørby Johansen som var formann i utvalget, er konsernsjef i Group4Falck. Mandatet til utvalget var å vurdere om det er behov for anbefalinger om god selskapsledelse i Danmark, og i så fall komme med et forslag til slike anbefalinger. I desember 2001 avla utvalget rapporten *Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark – anbefalinger for god selskapsledelse i Danmark*. I rapporten formulerte de retningslinjer for ledelse av danske selskaper. Foruten disse retningslinjene inneholder rapporten også en grei gjennomgang av opprinnelsen til, bakgrunnen for, og sentrale spørsmål i debatten om «corporate governance». Det er også eksempler på andre retningslinjer for god selskapsledelse, og på enkelte selskapers praksis. Rapporten førte til en relativt bred debatt i Danmark, blant annet om rekruttering til styret. Den kan lastes ned gratis fra internettetsiden www.corporategovernance.dk.

Retningslinjene retter seg først og fremst mot børsnoterte selskaper og selskaper som sikter mot en notering på børsen. Men utvalget uttrykker et håp om at anbefalingene også vil ha innflytelse på hvordan andre selskaper organiseres og ledes.

Retningslinjene er ikke bindende, og overholdelse av dem beror på frivillighet. De har karakter av å være standarder for «best practice». Hvor stor betydning Nørby-utvalgets anbefalinger vil få, vil derfor avhenge av i hvilken grad danske selskaper finner dem hensiktsmessige og velger å etterleve dem.

Københavns Fondsbørs har inn tatt anbefalingene fra Nørby-utvalget i sine noteringsregler. (Se *Regler for notering på Københavns Fondsbørs A/S*, Del II, Afsnit 3, § 36.) Børsen anbefaler selskapene å forholde seg til disse retningslinjene i sine årsrapporter. Det kan for eksempel skje ved at selskapet tar inn et eget avsnitt om i hvilken grad det følger anbefalingene fra Nørby-utvalget, og eventuelt bakgrunnen for fravikelser eller anvendelsen av andre prinsipper. En annen mulighet er at selskapet i årsrapporten gir relevante opplysninger om selskapets prinsipper for «corporate governance».

Formålet med anbefalingene er flere. For det første ønsker utvalget å gjøre det mer attraktivt å investere i danske selskaper, også for utenlandske investorer. Dernest ønsker de å inspirere danske selskaper til å takle de strategiske utfordringer som følger av globalisering og kravet til konkurransevne. Endelig håper de å stimulere debatten om «corporate governance», og dermed utbre god selskapsledelse. Utvalget har den oppfatning at god «corporate governance» betaler seg fordi det skaper tillit hos aksjonærer og andre interessenter, om at selskapets ressurser utnyttes på best mulig måte.

Anbefalingene er delt inn i syv hovedområder: 1) aksjonærenes rolle og samspill med selskapsledelsen, 2) interessentenes rolle og betydning for selskapet, 3) åpenhet og gjennomsiktighet, 4) styrets oppgaver og ansvar, 5) styrets sammensetning, 6) avlønning av styret og direksjon og 7) risikostyring. For hvert område gir utvalget både overordnede prinsipper og detaljerte retningslinjer som stiller konkrete krav til selskapene. Mange av retningslinjene er ukontroversielle, mens andre nok er egnet til å skape

debatt. Her er det bare rom for å gi noen få eksempler. Utvalget anbefaler at det i selskapets vedtekter ikke skal være bestemmelser om flere aksjeklasser eller stemmerettsbegrensninger. Videre heter det i retningslinjene at styret ikke på egen hånd bør imøtegå et forsøk på overtakelse, men på forhånd bør fremlegge eventuelle forsvarstiltak for aksjonærene. Utvalget anbefaler økt bruk av informasjonsteknologi i kommunikasjonen med både aksjonærer og investorer. Det er også retningslinjer for insitamentsprogrammer både for styret og daglig leder, og om offentliggjøring av disse.

Terese Smith

Høyesterettsdom av 10. juni 2002. Staten mot Fred. Olsen m.fl. Ptarmigan Trust. Skatterett. Stiftelsesrett

1. Saken gjelder gyldigheten av overligningsnemndas vedtak, der nemnda fastholdt at begunstigede norske skattytere i Ptarmigan Trust, som er hjemmehørende i Liechtenstein, gis fradrag for andel i trustens underskudd i 1994. Høyesteretts avgjørelse har betydning for spørsmålet om de norske begunstigede skal beskattes i etterfølgende år for andel i overskudd i trusten uten hensyn til om det er skjedd utdeling av verdier.

Høyesteretts avgjørelse gjelder direkte det skatterettslige spørsmål, jf. foran, men bygger på interessante synspunkter om truster og stiftelser og forskjellen mellom disse rettsinstitusjonene. Jeg skal i det følgende ikke si mer om den skatterettslige problemstillingen enn det som er nødvendig for at leseren kan forstå hvordan retten har resonert i den underliggende, stiftelses-/trusterettslige problemstillingen.

2. I praksis har truster gjerne vært brukt som instrumenter for å forvalte større familieformuer, ut fra det formål å holde formuen samlet og administrert etter regler som er forutberegnelige og som trustens oppretter, dens trustees (forvaltere) og i noen grad også beneficiaries (destinatører), har

kontroll over. Truster har også blitt brukt i skattemotivert sammenheng, idet det for truster i utlandet gjelder særlige og ofte preferable skatteregler.

I nyere tid har trustene fått et bredere anvendelsesområde. Foruten å tjene som grunnlag for forvaltningen av eksisterende familieformuer, brukes truster i dag også ofte ved oppløsning av slike formuer, der f.eks. en familiegrens andel legges i en trust. Hertil kommer bruk av trustinstituttet i næringsvirksomhet, dels ved at trusten står som eier av aksjer i selskaper og dels ved at trusten opprettes ved oppløsning av selskaper. Endelig anvendes trustene også i forbindelse med frivillig, ideell virksomhet («voluntary activity»).

3. Stiftelser er som kjent selv-eiende rettsdannelser, der en formuesverdi selvstendig er stillet til disposisjon for et bestemt formål, jf. stiftelsesloven § 2. Norsk rett anerkjenner prinsipielt familiestiftelser, dvs. stiftelser som er opprettet av ett eller flere medlemmer i en familie, hvis avkastning innenfor visse grenser kan komme (andre) familiemedlemmer til gunst.

4. Familien Olsen eide i 1980 gjennom flere britiske selskaper ca. 63 prosent av aksjene i Timex-gruppen. Gruppen produserte og markedsførte særlig rimelige urverk basert på tradisjonell teknologi. Timex greide ikke i tide å utvikle rimelige kvartsur, og en kontrakt om leieproduksjon av kamera for Polaroid falt bort. Gruppen havnet i en krise med store underskudd på slutten av 1970-tallet. Situasjonen var så alvorlig at Fred. Olsen fryktet for familiens øvrige økonomiske interesser.

Løsningen ble opprettelse av en diskresjonær trust, og at denne overtok familiens og de øvrige aksjonærs aksjer i Timex-gruppen. I 1994 var 13 personer begunstiget, hvorav 11 var norske skattytere. I januar 2002 var det 18 begunstigede. Trusten ble ledet av trustees (forvaltere). Etter trustavtalen har forvalterne innen rammen av avtalen generell fullmakt til å lede, forvalte og rettslig og faktisk å disponere over trustformuen.

Utdeling av verdier til de begunstigede foretas etter trustavtalen klausulene 4 (a) og (b) og 6, der det heter at forvalterne etter eget skjønn til enhver tid eller periodisk kan fordele inntekter og/eller formue til en eller flere av de begunstigede eller til veldedige formål. Når forvalterne beslutter å oppløse formuen og avvikle fondene, inneholder trustavtalen klausulene 4 (d) og 6 regler for fordeling av formuesmassen mellom dem som da er begunstiget.

5. Sentralskattekontoret varslet 25. mars 1995 om at selvangivelsene til de begunstigede som var norske skattytere, ble vurdert fraveket for 1994. Etter klage fastholdt overligningsnemnda 8. juli 1997 ligningen. Overligningsnemnda fant at Pfarmigan Trust var undergitt norsk kontroll, at norske skattytere har direkte eller indirekte fordel av trusten, og at denne er hjemmehørende i et lavskatteland. Dette resultatet ble opprettholdt i byretten, men endret til fordel for Fred. Olsen i lagmannsretten. Saken ble påanket til Høyesterett. Høyesterett kom under dissens (4-1) – og under tvil – til at statens anke måtte tas til følge.

6. Partene var enige om at Pfarmigan Trust måtte anses som en selvstendig formuesmasse etter selskapskatteloven § 7-1 annet punktum. I 1994 var mer enn halvparten av de begunstigede i trusten bosatt i og skattepliktige til Norge. Spørsmålet for Høyesterett var om ankemotpartene og andre begunstigede norske skattytere skulle tilordnes andel i trustens underskudd i 1994, fordi Pfarmigan Trust må anses som norskkontrollert etter § 7-3 jf. § 7-1 annet punktum. Dersom trusten ble ansett for å være norskkontrollert, måtte det avgjøres om de begunstigede norske skattytere direkte eller indirekte hadde fordeler av trusten, og om Liechtenstein er et lavskatteland.

Høyesterett la til grunn at loven i § 7-1 anvender et vidt kontrollbegrep, som etter § 7-3 kan omfatte både eie og kontroll i snevrere forstand. Førstvoterende fremholdt at dette taler for at det ved avgjørelse av om formuesmassen er under norsk kontroll, ikke bør skiller

skarpt mellom kriteriene «eier» og «kontrollerer». Det ble vist til formålet med de såkalte NOKUS-reglene – at norsk kapital skulle skatlegges på samme måte enten den er plassert i Norge eller i utlandet. Skattelegging i Norge måtte således etter Høyesteretts oppfatning kunne finne sted når norsk skattyter alene eller sammen med andre norske skattytere ut fra en samlet vurdering av utøvelse av eierfunksjoner og rettslig eller faktisk kontroll, har avgjørende eller vesentlig innflytelse på disponeringen av overskudd og fordeling av formuesmassen ved oppløsning.

Høyesterett bemerket at ved bedømmelse av om norske skattytere eier utenlandsk selskap, selvstendig innretning eller formuesmasse, må utgangspunktet være norske privatrettslige regler om eiendomsrett. Det kunne ikke være avgjørende at den eller de begunstigede etter trustavtalen ikke kunne utøve ordinære eierbeføyelser. I diskresjonære truster er det forvalterne som etter trustavtalen normalt utøver eierfunksjonene, og som etter eget skjønn beslutter utdeling av verdier og oppløsning og avvikling.

Lagmannsretten la til grunn at fordelingen av eierbeføyelser i Pfarmigan Trust etter trustavtalen og praksis var slik at de begunstigede verken samlet, gruppevis eller enkeltvis hadde slik eierposisjon som § 7-2 krever. Retten konkluderte med at trusten hadde vesentlige likhetstrekk med en norsk diskresjonær familiestiftelse, hvor stiftelsen, ikke de begunstigede, er å anse som eier av formuen.

Til dette bemerket Høyesterett at det er utvilsomt at trustavtalen legger utøvelsen av eierbeføyelsene til forvalterne, men at dette ikke kunne være avgjørende i forhold til NOKUS-reglene, jf. formålet med disse. Retten understrekte at hovedformålet med trusten og forvaltningen av denne var at de begunstigede skulle ha de økonomiske fordeler av overskudd og trustformuen, og få gjenværende formue overført til seg når trusten avvikles. Løpende beskatning – ble det fremholdt – burde i slike tilfelle kunne foretas uten hensyn til hvem som

er tillagt kompetanse til å utføre eierbeføyelsene.

Høyesterett kommenterte også lagmannsrettens uttalelse om at Parmigan Trust etter norske regler måtte likestilles med en familiestiftelse, og viste til at trusten i så fall måtte være selveiende, jf. stiftelsesloven § 2. Retten uttalte at det er flere og vesentlige forskjeller mellom en norsk familiestiftelse og en trust. En grunnleggende forskjell er ifølge Høyesterett at stifteren av en diskresjonær trust etter engelsk rett inntil videre eller for alltid kan fordele eierbeføyelser til formuesmassen mellom flere enkeltpersoner eller foretak. Etter engelsk rett er forvalterne (trustees) rettslig sett eiere av formuesmassen (legal ownership), men de begunstigede har også en form for eierskap (equitable ownership). Truster anses ikke for å være selveiende. På dette punkt viste Høyesterett både til engelsk og norsk teori om truster og stiftelser.

7. Denne forskjellen mellom truster og ordinære stiftelser som Høyesterett her påpeker, er det all grunn til å understreke, jf. Woxholth, *Stiftelser etter stiftelsesloven 2001*, Oslo 2001, s. 120 flg. Ut fra en overfladisk betraktning er det fristende å sette likhetstegn mellom stiftelser (foundations) og truster. En nærmere studie vil vise at det ikke er grunnlag for det. En trust i anglo-amerikansk retts forstand er en særlig rettsdannelse i grenselandet mellom kontraktsretten og samenslutningsretten. I skandinavisk rett finnes ikke trustinstituttet.

En trust kan opprettes ved ordinær livsdisposisjon eller ved testament. Selv om en trustee også kan være en beneficiary, er det ikke adgang for ham til å være den eneste trustee, dersom han også er beneficiary. Likevel vil bindingen mellom en trustee og en beneficiary – hvor dette er en og samme person – normalt være så markant at man etter stiftelsesrettslige regler ville ha ansett det som uforenlig med stiftelsesrettens selvstendighetskriterium, jf. stiftelsesloven § 2. På dette punkt ser man derfor at truster og stiftelser er vesentlig forskjelligartede.

Den formuesverdi som trusten består av kan være fast eiendom, løsøre, immaterielle rettigheter mv.

– det er i prinsippet ingen begrensninger i så måte. Den eller de som er trustees vil ha den umiddelbare juridiske rådigheten over trusten. Den eller de som er beneficiaries kan være nevnt i opprettelsesdokumentet, med grunnlag i dette oppnevnt av tredjemann, eller hvis ingen slike regler eksisterer – oppnevnt av trusten selv.

Den mest iøynefallende fordel sett fra grunnleggeren av en trust sin side, er at han har adgang til å la trusten bli etablert slik at det sondres mellom hvem som har formell eiendomsrett til trusten, hvem som får utbytte fra den, og hvem som har kontroll over den, med den følge at disse tre posisjonene kan fordeles mellom flere enkeltpersoner eller foretak. Dette gir stor fleksibilitet i forbindelse med forvaltningen av trusten og muligheter for sinnrike juridiske konstruksjoner. En slik fordeling – som i prinsippet bygger på betraktninger om at noen har eiendomsrett til trustens midler – er uforenlig med stiftelsesrettens selvstendighetskriterium og grunnsynspunktet om at en stiftelse er selveiende.

Geir Woxholth

IMMATERIALRETT

PATENTRETT

Ny praksis om patentering av forretningsmetoder

En oppfinnelse må for å kunne patenteres ha *teknisk karakter*, og den må ikke bare utgjøre «planer, regler eller metoder for ... forretningsvirksomhet», jf. patentlovens § 1 annet ledd nr. 3. Nyere praksis har slått fast at unntaket for forretningsmetoder skal forstås slik at det bare rammer forretningsmetoder som mangler teknisk karakter, jf. f.eks. EPO-avgjørelsen T 931/95 PBS PARTNERSHIP/Controlling pension benefits system, O.J. EPO 2001, 441 (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2/2001). En forretningsmetode som har teknisk karakter, vil derfor kunne patenteres, forutsatt at de øvrige vilkår for patentering er oppfylt, bl.a. kravet om oppfinneshøyde.

En nyere avgjørelse fra et av EPOs appellkamre, T 767/99 PITNEY BOWES fra 13. mars i år, slår fast at det kan gis patent på en praktisk anvendelse av en forretningsidé på et teknisk område. Saken gjaldt en fremgangsmåte for behandling av post hos en avsender, og det karakteristiske ved oppfinnelsen besto i at posten skulle sorteres i henhold til postoperatørens frister for innlevering, og deretter behandles i en bestemt rekkefølge, slik at post til hvert område kunne leveres «just-in-time». Ideen med dette var å nedprioritere behandlingen av post til nære destinasjoner, slik at det ble mulig å behandle først post til fjernere destinasjoner, der innleveringsfristen ville utløpe tidligst. Appellkammeret bemerket at «the just-in-time sequence itself ... is nowadays a typical management «tool» used in running a business. In the opposed patent however it has a practical application to mail processing, which is itself, in essence, a particular kind of mechanical handling». En forretningsmessig idé var altså gitt en praktisk anvendelse i forbindelse med håndtering av fysiske enheter, dvs. på et teknisk område. Dermed måtte fremgangsmåten anses å ha teknisk karakter, selv om den underliggende idé ikke var av teknisk art: «the fact that a measure may have been derived from or inspired by an insight originating in an activity which is *per se* excluded from protection ... does not imply that a claim including ... such a measure in its specific practical application in the solution of a technical problem is a claim to the excluded activity as such». Oppfinnelsen ble også ansett å oppfylle kravet om oppfinneshøyde, idet det ikke kunne anses nærliggende for en fagmann på området for posthåndtering, å ta i bruk «just-in-time»-prinsippet, slik det var gitt anvisning på i søknaden.

Bedømmelsen blir annerledes dersom den patentsøkte fremgangsmåten skal anvendes på et ikke-teknisk område, f.eks. på finansområdet eller i forbindelse med markedsføring. I den nevnte PBS-avgjørelsen, ble det lagt til grunn at

en fremgangsmåte for beregning av pensjonsytelser ikke hadde teknisk karakter. Bundespatentgericht i Tyskland kom derimot, i en avgjørelse fra 29. april i år (Mitt. 2002, 275), til at en fremgangsmåte for elektronisk betalingsformidling hadde teknisk karakter. Fremgangsmåten gikk bl.a. ut på at en tilbyder skulle utstede virtuelle penger, som kunne utveksles elektronisk mellom betalere og betalingsmottakere, og ett av formålene var å gjøre betalingen sikrere, bl.a. ved at hver elektroniske betalingsenhet var tilordnet en identifikasjonskode.

Fremgangsmåten ble ansett å løse et teknisk problem – å gjøre betalingsformidlingen sikker – og ble derfor ansett å ha teknisk karakter. Fremgangsmåtens forretningsmessige preg – det at den skulle anvendes på et ikke-teknisk område, nemlig betalingsformidling – kunne ikke frata den dens tekniske karakter. Derimot ble fremgangsmåten ikke ansett å ha den for patentering nødvendige oppfinnelseshøyde.

Skal man oppsummere det bildet hittidig praksis etterlater, kan man si at en fremgangsmåte skal anses å ha teknisk karakter dersom den enten:

- har praktisk anvendelse på et teknisk område,
- bygger på tekniske overveielser,
- løser et teknisk problem, eller
- utnytter naturkrefter.

Et viktig spørsmål blir etter dette hva som skal anses som «teknisk». Dette er fortsatt til dels uavklart, og det kan neppe heller avklares en gang for alle. Teknikken har den iboende egenskap at den utvikler seg, og griper inn på stadig nye områder. Det må derfor til enhver tid bero på en konkret vurdering om en fremgangsmåte skal anses å ha tilstrekkelig tilknytning til et område eller problem som kan karakteriseres som *teknisk*.

Ytterpunktene er imidlertid klare. Fysikk, kjemi og biologi er klassiske teknikkområder. Elektronikk, og antagelig softwareprogrammering, må også regnes som tekniske områder. Hvis oppfinnelsen har praktisk anvendelse på et slikt område, eller hvis den bygger på overveielser og kunnskap som besittes av fagfolk på disse områdene, eller hvis den løser et pro-

blem som hører under disse områdenes fagkrets, vil den i prinsippet kunne patenteres. På den andre siden har man f.eks. administrasjon, økonomistyring, markedsføring og salg, som er typiske forretningspregede områder. Hvis en fremgangsmåte skal benyttes på et av disse områdene, og hvis den heller ikke løser noe teknisk problem, bygger på tekniske overveielser eller utnytter naturkrefter, vil den ikke kunne patenteres.

Are Stenvik

Forslag om endringer i arbeidstakeroppfinnelsesloven

Regjeringen har ved Ot. prp. nr. 67 (2001–2002) foreslått å endre lov 17. april 1970 nr. 21 om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere, slik at loven også – i motsetning til i dag – skal omfatte lærere og vitenskapelig personale ved universiteter og høyskoler. Bakgrunnen for forslaget er et ønske om økt næringsmessig utnyttelse av oppfinnelser som gjøres av ansatte ved disse institusjonene.

Forslaget går ut på at det såkalte «lærerunntaket» i arbeidstakeroppfinnelseslovens § 1 annet ledd oppheves, slik at de nevnte arbeidstakere i utgangspunktet blir likestilt med andre arbeidstakere. De viktigste virkningene av dette vil være at også universiteter og høyskoler får rett til å overta, helt eller delvis, oppfinnelser som de ansatte gjør, forutsatt at utnyttelsen av oppfinnelsene faller innenfor institusjonens virksomhetsområde. De ansatte får på sin side et lovfestet krav på rimelig godtgjørelse for de rettigheter arbeidsgiveren overtar.

På enkelte punkter innebærer lovforslaget at lærere og vitenskapelig personale fortsatt skal stå i en særstilling. Av størst betydning er bestemmelsen som er foreslått innført som nytt § 6 tredje ledd, som innebærer at den gruppen av arbeidstakere som det her gjelder, kan velge å publisere oppfinnelsen, med den virkning at muligheten til patentering bortfaller. Publiseringsretten forutsetter etter forslaget at arbeidsgiver er varslet om publisering

ringen på forhånd, og at tredjeparts rett ikke er til hinder for den. Som begrunnelser for publiseringsretten, er det anført at forskere bør ha mulighet til rask publisering for å oppnå merittering, samt at forskere bør ha rett til å avgjøre om en oppfinnelse skal patenteres eller gjøres tilgjengelig for fri utnyttelse. Der som oppfinnelsen publiseres, vil verken arbeidstakeren eller arbeidsgiveren kunne patentere den, men de vil naturligvis kunne utnytte oppfinnelsen på linje med enhver annen.

Publiseringsretten er ikke foreslått gjort ufravikelig. De institusjoner det gjelder, vil derfor kunne innta i arbeidsavtalene med lærere og vitenskapelig ansatte, bestemmelser om at den ansatte ikke skal ha rett til å publisere oppfinnelser som gjøres, og om at institusjonen skal ha rett til å overta retten til dem helt eller delvis. Derved blir det mulig å videreføre de ordninger som er etablert enkelte steder, hvor institusjonene, typisk gjennom et selskap eller en stiftelse, forestår en planmessig, kommersiell utnyttelse av de ansattes oppfinnelser.

Are Stenvik

US Supreme Court klargjør rekkevidden av «prosecution history estoppel»

Etter en restriktiv plenumsdom fra Court of Appeal for the Federal Circuit (*Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co. Ltd.*, 234 F.3d 558, omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 3/2001), som drastisk begrenset muligheten for ekvivalensbeskyttelse i tilfeller der en patentsøknad var endret under søknadsprosedyren (noe som er svært vanlig), så mange i stor spenning frem til en avklaring fra US Supreme Court. I sin dom av 28. mai i år (sak nr. 00–1543) slår Supreme Court fast at den såkalte «prosecution history estoppel», som avskjærer patenthaveren fra ekvivalensbeskyttelse, skal anvendes mindre restriktivt enn det som ble lagt til grunn av flertallet i Federal Circuit. Riktignok var Supreme Court enig med Federal Circuit i at «a narrowing amendment made to satisfy any

requirement of the Patent Act may give rise to an estoppel», men den var ikke enig i at enhver slik endring skal anses å medføre «a complete bar». Begrensninger i patentsøknaden skal altså ikke anses å utelukke enhver ekvivalensbeskyttelse. Der en endring ikke med rimelighet kan ses som et avkall på beskyttelse for en bestemt ekvivalent, er den ikke til hinder for ekvivalenslærens anvendelse, forutsatt at patenthaveren kan bevise at en fagmann på området «could not reasonably be expected to have drafted a claim that would have literally encompassed the alleged equivalent».

Det eksisterer ulikheter mellom europeisk og amerikansk patentrett, som gjør at rettens konklusjoner ikke uten videre kan anses retningsgivende for europeisk, herunder norsk, patentrett. De argumenter og problemstillinger som er belyst i dommen har imidlertid interesse, og bør tas i betraktning når man skal avgjøre hvilken betydning endringer på søknadsstadiet skal tillegges etter vår hjemlige rett. Når ulikhetene i prosesssystemer, materiell rett og tolkningstradisjoner tas i betraktning, kan det hevdes at man i norsk rett bør være noe mindre restriktiv enn det som ble lagt til grunn av Supreme Court, og iallfall ikke pålegge patenthaveren bevisbyrden for at han ikke kunne forventes å formulere patentkravene slik at de dekket vedkommende ekvivalent. I stedet bør man formentlig legge til grunn en friere vurdering, der vurderingstemaet er om tredjemand hadde rimelig grunn til å oppfatte endringen som foretatt for å ekskludere bestemte varianter fra patentets verneområde eller ikke, jf. nærmere Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001 s. 713 flg., særlig på s. 722.

Are Stenvik

VAREMERKERETT

Varens form som varemerke – EF-domstolens avgjørelse i *Philips v. Remington*

Den 18. juni i år avsa EF-domstolen i plenum dom i sak C-299/99

Philips v. Remington, som på viktige punkter avklarer den usikkerhet som har bestått omkring vilkårene for registrering av varers form som varemerker (vareutstysregistreringer). Domstolen fastslår på den ene siden at det ikke gjelder andre og strengere krav til særpreg for registrering av vareutstyr, enn det som gjelder for andre varemerker, som f.eks. ordmerker og figurmerker. På den andre siden understrekes betydningen av at man ved varemerkeregistrering ikke skal kunne oppnå en tidsbegrenset enerett til tekniske løsninger, og at en vares form derfor ikke kan registreres om dens vesentlige funksjonelle særtrekk utelukkende har sammenheng med et teknisk resultat («if it is established that the essential functional features of that shape are attributable only to the technical result»).

Avgjørelsen er et resultat av en foreleggelse fra den engelske Court of Appeal, i en tvist som gjelder Philips' velkjente trehodede barbermaskin. Denne ble utviklet av Philips allerede i 1966, og varens form ble søkt registrert som varemerke i England i 1985. Ti år senere, i 1995, lanserte Remington en barbermaskin med tre hoder, formet på lignende måte som Philips' maskin. Philips saksøkte Remington for varemerkeinnbrytning, og Remington svarte med motsøksmål for å få kjent Philips' varemerkeregistrering ugyldig. Court of Appeal besluttet å forelegge for EF-domstolen en rekke spørsmål, bl.a. om anvendelsen av varemerkeregulativets (direktiv 89/104/EEC) bestemmelser på varemerker som består av en vares form.

På det generelle plan, er det interessant å notere at EF-domstolen ved tolkningen av distinktivitetskravet i direktivets art. 3 (jf. varemerkelovens § 13), la stor vekt på varemerkets *garantifunksjon*, dvs. at varemerket overfor omsetningskretsen skal kunne fungere som en garanti for varenes kommersielle opprinnelse, og sette kunden i stand til – uten risiko for forvekslinger – å skjelve varer av én kommersiell opprinnelse fra varer med annen kommersiell opprinnelse. Varemerket skal være en garanti

for at alle varer som tilbys under varemerket har sin opprinnelse fra samme virksomhet, eller står under kontroll av én bestemt virksomhet som er ansvarlig for varenes kvalitet (premiss 30). Denne understreking av varemerkets garantifunksjon representerer en naturlig videreføring av prinsipper som tidligere har kommet til uttrykk i EF-domstolens praksis. I forhold til den tradisjonelle oppfatningen i Norden, innebærer det imidlertid en noe sterkere betoning av *forbrukerperspektivet*, og kanskje en viss nedtoning – eller nyansering – av synet på varemerkeretten primært som et middel til regulering av konkurransen mellom *næringsdrivende*, et middel som skal sørge for lojalitet i konkurransekampen. Konsekvensen av at garantifunksjonen skal tillegges stor vekt ved tolkningen, synes å måtte bli at kravet til varemerkerettslig *særpreg* (direktivets art. 2 og 3(1)(b), jf. varemerkelovens § 1 annet ledd og § 13 første ledd første punktum) blir stående sentralt, og at det blir en viktig oppgave for varemerkemyndigheter og domstoler å påse at kravet opprettholdes på et tilfredsstillende nivå.

EF-domstolen slo videre fast at varemerkeregulativet ikke inneholder noe som gir grunnlag for å stille ulike krav til forskjellige kategorier av varemerker. Varemerker som består av varens form, må derfor oppfylle det samme krav om særpreg som andre varemerker. Hvis varemerket setter omsetningskretsen i stand til å skjelve varene fra andre næringsdrivendes varer, og dermed er egnet til å oppfylle varemerkets garantifunksjon, skal kravet om særpreg i direktivets art. 2 anses oppfylt. Det er ikke nødvendig at varemerket også omfatter noe vilkårlig element, f.eks. et dekorativt element uten funksjonell formål (premiss 50). Kravet om særpreg må ses i lys av hva slags varer det gjelder, og av de forventninger som en alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velinformert gjennomsnittsforsbruker må antas å ha. Hvis innehaveren har brukt varemerket i betydelig utstrekning, kan det ha ervervet det for registrering fornødne særpreg,

selv om det i utgangspunktet ikke hadde slikt særpreg, jf. direktivets art. 3(3). En vares form vil ha ervervet varemerkerettslig særpreg gjennom bruk, dersom en vesentlig del av omsetningskretsen assosierer formen med varemerkets inneha- ver, og ikke andre foretak, og tror at varer med denne formen stam- mer fra varemerkeinnhaveren.

Det er imidlertid ikke tilstrekke- lig for registrering at kravet om særpreg er oppfylt. Vareutstys- merker skal under enhver omsten- dighet nektes registrert dersom de utelukkende består av en form som følger av vares egen art, som er nødvendig for å oppnå et teknisk resultat, eller som tilfører varen en betydelig verdi, jf. direktivets art. 3(1)(e) og varemerkelovens § 13 annet ledd. Denne registreringshin- dringen kan ikke overvinnes gjen- nom bruk av vareutstyret etter art. 3(3). Ved tolkningen av art. 3(1)(e) må det legges vesentlig vekt på bestemmelsens formål, som er å hindre at varemerkeregistreringer fører til «perpetuate exclusive rights relating to technical solu- tions» (premiss 82). Hvis vares form i det vesentlige er funksjons- bestemt, slik at formen følger direkte av den tekniske virkning som skal oppnås, skal den nektes registrert. Dette gjelder selv om til- svarende virkning også kan oppnås gjennom annen formgivning (pre- miss 83). Det er altså ikke tilstrek- kelig at andre næringsdrivende har frihet til å realisere den tekniske virkning gjennom alternativ form- givning, de skal også kunne bruke den funksjonsbestemte formgiv- ning som er søkt registrert som varemerke. Skal en funksjons- bestemt formgivning beskyttes mot konkurrerende bruk, må det derfor skje ved patentering eller mønster- registrering – som gir tidsbegrense- de enerettsposisjoner – eller gjen- nom anvendelse av markeds- føringslovens vern mot urimelig etterligning (særlig §§ 1 og 8a).

EF-domstolens avgjørelse har- monerer godt med den forståelsen av direktivet som ble lagt til grunn ved tilpasningen av varemerkelo- vens bestemmelser om vareutstys- registreringer i 1992, jf. Birger Stuevold Lassen, *Oversikt over*

norsk varemerkerett, 2. utg., Oslo 1997 s. 74–75, og som ble fulgt opp bl.a. ved Patentstyrets annen avdelings avgjørelser i sakene nr. 6807 og nr. 6805, begge i NIR 1999 s. 235. Den harmonerer også godt med Førsteinstansrettens dom av 7. februar i år i sak T-88/00 *Mag Instrument*. Derimot kan det stilles spørsmål om den noe strengere praktisering av særpregskravet som har vært lagt til grunn av appell- kamrene ved EFs varemerkemyn- dighet, OHIM, og som ble fulgt opp av patentstyrets 2. avdeling i sak nr. 7075 (omtalt i *Nytt i privat- retten* nr. 3/2001), kan oppretthol- des i lys av den avklaring som nå har funnet sted. I den utstrekning appellkamrenes praksis må oppfat- tes som uttrykk for et skjerpet dis- tinktivitetskrav for vareutstyr, basert på hensynet til å unngå at vanlig og nærliggende formgivning belegges med en enerett, kan den neppe anses forenlig med EF- domstolens avgjørelse, som under- streker at distinktivitetskravet er det samme for alle kategorier av varemerker. Det er imidlertid ikke sikkert at den reelle forskjell blir særlig stor, idet man også må ta i betraktning den begrensningen som følger av direktivets art. 3(1)(e), som kan tenkes å veie opp for den eventuelle justering av distinktivi- tetskravet som må finne sted i hen- hold til art. 3(1)(b).

Are Stenvik

Varemerkeinnhaverens enerett – EF-domstolens avgjørelse i *Hölterhoff*

I *Hölterhoff* (dom 14. mai 2002 i sak C-2/00) har EF-domstolen slått fast at en varemerkeinnhaver har et svakere rettsvern mot generisk bruk av hans varemerker, enn det som tidligere har vært antatt her i landet. Bakgrunnen for saken var at en juvelér hadde brukt de registrerte varemerkene SPIRIT SUN og CON- TEXT CUT, for å beskrive kvalite- ten, nærmere bestemt sliping, til edelstener han hadde tilbudt, og der- etter solgt, til en annen juvelér. Det var lagt til grunn av den nasjonale domstol at selgeren ikke hadde hatt

til hensikt å skape inntrykk av at varene hadde sin opprinnelse fra varemerkeinnhaveren. Den foretatte bruk kunne, etter EF-domstolens mening, ikke rammes av varemerke- direktivets (direktiv 89/104/EEC) art. 5(1), jf. varemerkelovens § 4 første ledd, idet slik bruk «does not infringe any of the interests which Article 5(1) is intended to protect».

Den norske varemerkelovens § 4 er imidlertid formulert for å gjøre det klart at den *skal* kunne ramme bruk av varemerket som en gene- risk betegnelse for selve varesor- ten, jf. Birger Stuevold Lassen, *Oversikt over norsk varemerkerett*, 2. utg., Oslo 1997 s. 235–236. Dermed tok lovgiver avstand fra høyesterettsdommen i Rt. 1918 I s. 852, der bruk av betegnelsen «Oliver-type» på en vare, ikke ble ansett å utgjøre en krenkelse av ret- ten til varemerket OLIVER. Grunnen til at også slik bruk av varemerker *bør* rammes, er først og fremst at den vil utsette varemerke- ne for slitasje, som i verste fall kan føre til at de degenererer til type- betegnelser, og mister sitt vern, jf. varemerkelovens § 25 annet ledd.

Den rettsoppfatningen som lå til grunn for utformingen av varemer- kelovens § 4, ble antatt å stemme overens med varemerkedirektivet, og bestemmelsen ble derfor ikke endret ved tilpasningen av vare- merkeloven til direktivets bestem- melser i 1992. I lys av EF-domsto- lens avgjørelse i *Hölterhoff* kan imidlertid denne oppfatningen ikke opprettholdes, iallfall ikke fullt ut. Hvor langt man må gå i å akseptere generisk bruk av varemerker, er imidlertid nokså uklart, fordi EF- domstolens avgjørelse er usedvan- lig knapt og konkret begrunnet. Sikkert er det bare at det ikke ram- mes av direktivets art. 5(1) om et varemerke a) brukes i kommersiel- le forhandlinger overfor en profes- sjonell motpart, b) bruken av vare- merket skjer utelukkende for å betegne egenskaper ved varen, overfor en potensiell kunde som er kjent med egenskapene til de varer som selges under angjeldende vare- merke, og c) bruken av varemerket ikke kan oppfattes av den potensi- elle kunden som en angivelse av vares opprinnelse. I hvilken ut-

strekning direktivet rammer andre former for varemerkebruk – f.eks. bruk av merket som typebetegnelse ved markedsføring overfor forbrukere – tok EF-domstolen ikke stilling til. Det er grunn til å anta at varemerkeretten fortsatt vil kunne ramme iallfall visse former for varemerkebruk som ikke tar sikte på å angi varenes kommersielle opprinnelse, jf. i denne sammenheng generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers uttalelse av 13. juni 2002 i sak C-206/01 *Arsenal Football Club*. Det er dessuten viktig å være oppmerksom på at direktivet ikke er til hinder for at varemerkebruk av det slag saken gjaldt, kan rammes av nasjonale bestemmelser om vern mot urimelig konkurranse, jf. for norsk retts vedkommende særlig av markedsføringslovens § 1, se varemerkedirektivets art. 5(5).

Are Stenvik

Parallellimport/ompakking

Et problem som har vært omtalt flere ganger i *Nytt i privatretten*, er parallellimportørers adgang til ompakking av legemidler. I løpet av første halvår 2002 har det vært flere saker om temaet, både i Norge og for EF-domstolen.

14. januar 2002 avsa Borgarting lagmannsrett dom i *Merck/Paranova*-saken – en sak som har versert for norske domstoler i syv år og som flere ganger har vært referert i *Nytt i privatretten*. Lagmannsretten kom – i likhet med Asker og Bærum herredsrett – til at parallellimportøren Paranova ikke hadde adgang til ompakking i et såkalt «1:1-tilfelle», det vil si at legemidlene markedsføres i Norge i samme pakningsstørrelse som de er blitt innkjøpt i. Videre fant man at den såkalte «sammerking», som innebærer at parallellimportøren påfører pakkningen sitt eget varemerke og logo sammen med det originale varemerket, ikke oppfylte det nødvendighetskriterium som EF-domstolen i sin praksis har oppstilt som vilkår for ompakking. Det ble etter dette avsagt dom for at Paranova forbys å markedsføre de aktuelle legemiddelprodukter. Saken er påanket og har sluppet inn for

Høyesterett, som har besluttet å forelegge den for EFTA-domstolen for rådgivende uttalelse. Vi kommer nærmere tilbake til saken når den rådgivende uttalelse foreligger.

Drøyt tre måneder etter lagmannsrettens dom, nærmere bestemt 23. april 2002, kom EF-domstolens prejudisielle avgjørelse i en tvist mellom Paranova og *Merck i Østerrike, sak C-443/99, Merck, Sharpe & Dohme GmbH mot Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*, samt dom i sak C-143/00, *Boehringer Ingelheim KG m.fl. mot Dowelhurst Ltd. m.fl.* Disse saker har til dels stor prinsipiell interesse, blant annet fordi EF-domstolen her ble bedt om å foreta en nærmere avklaring av kravet om at ompakkingen må være nødvendig for å markedsføre produktet i importstaten. I dom av 12. oktober 1999, *sak C-379/99, Pharmacia Upjohn SA mot Paranova AS* (omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 4/1999), som egentlig gjaldt parallellimportørens adgang til å bytte ut det originale varemerket, uttalte EF-domstolen at en slik adgang bare forelå hvis den var objektivt nødvendig, og at dette kriteriet ville være oppfylt hvis forbudet mot ombytting av varemerket (ommerking) hindret produktenes effektive markedstilgang. I så henseende uttalte EF-domstolen at nødvendighetsbetingelsen ikke ville være oppfylt bare ved at parallellimportøren søkte en *kommersiell fordel*. Dette standpunktet er blitt nærmere klarlagt gjennom de to dommer av 23. april 2002.

EF-domstolen gjentok først de her nevnte utgangspunkter fra *Upjohn*-saken, for deretter å stadfeste at en varemerkeinnhaver kan motsette seg ompakking hvis parallellimportøren kan bruke den originale pakning til markedsføring i importstaten etter å ha forsynt pakkningene med etiketter med den nødvendige informasjon. Hvis legemidlet kan få effektiv markedstilgang i importstaten ved bruk av etiketter, kan varemerkeinnhaveren motsette seg at parallellimportøren pakker om produktet i ny emballasje. I så henseende presiserte EF-domstolen at en motvilje blant forbrukere mot slik ometikke-

ring ikke alltid er en hindring for effektiv markedstilgang, og dermed et nødvendig vilkår. Samtidig tok domstolen imidlertid høyde for at det *kan* være en så *sterk motstand* i markedet, eller en del av det, mot ometikkerte legemidler, at det må anses som en hindring for den effektive markedsadgang for slike legemidler. I slike situasjoner ville ikke ompakkingen kun være begrunnet i at parallellimportøren søkte en kommersiell fordel. Ut fra denne begrunnelse er det styrken i forbrukernes motstand mot omsetning av legemidlet i den originale pakning som blir avgjørende for om ompakking kan skje. Uten nærmere retningslinjer for hvordan denne vurderingen skal foretas, blir det opp til nasjonale domstoler å foreta en skjønnsmessig vurdering i det enkelte tilfellet.

I *Boehringer Ingelheim*-dommen hadde den foreleggende domstol, den engelske High Court of Appeal, stilt en rekke andre spørsmål vedrørende EF-domstolens praksis om adgangen til ompakking av legemidler. EF-domstolen sammenfattet spørsmålene i to hovedspørsmål. Det ene gjaldt presisering av EF-domstolens bruk av uttrykket «varemerkerettens særlige gjenstand» ved fastleggelsen av betingelsene for parallellimportørens adgang til ompakking. Det andre gjaldt det nærmere innhold av en av disse betingelser, nemlig kravet om at parallellimportøren skal gi varemerkeinnhaveren forhåndsmelding om at den ompakke- de vare blir lagt ut for salg.

EF-domstolen har i sin langvarige og omfattende praksis om parallellimport og konsumpsjon av immaterialrettigheter brukt uttrykk som varemerkerettens «særlige gjenstand», «særlige formål», «vesentlig funksjon» osv. Det nærmere innholdet i disse uttrykk har vært omdiskutert, og vanskeliggjøres blant annet av at de forskjellige språkversjoner varierer innbyrdes. Den klare tendens i EF-domstolens språkbruk har imidlertid vært at uttrykket «særlige gjenstand» («specific subject matter») refererer seg til hvilke *rettigheter* eller *beføyelser* som er beskyttet under fellesskapsretten, mens uttalelser om rettighetenes

vesentlige funksjon o.l. går på hvilke *formål eller funksjoner* EF-domstolen aksepterer som legitime (se nærmere Ole-Andreas Rognstad: *Spredning av verkseksemplar*, Oslo 1999 s. 407–420). I Boehring Ingelheim-saken trekkes det imidlertid ikke noe konsekvent begrepsmessig skille langs disse linjer, i tillegg til at den danske og engelske versjon er innbyrdes inkonsistente. Hvis vi holder oss til den engelske (som for øvrig harmonerer med den «originale» franske tekst), sies det først at unntak fra prinsippet om de frie varebevegelser bare kan foretas i den grad det er nødvendig for varemerkeinnhaveren å varetta rettigheter som er del av varemerkerettens særlige gjenstand, sett i lys av dets vesentlige funksjon. Deretter uttaler imidlertid domstolen at det i saken ikke er omdiskutert at varemerkets særlige gjenstand er å tjene som garanti for produktenes opprinnelse – altså i realiteten en formåls- eller funksjonsangivelse. Med henvisning til domstolens tidligere praksis sies det så at varemerkeinnhaverens rett til å motsette seg ompakkingen av legemidler som er forsynt med hans varemerke, under *hensyn* til opprinnelsesgarantien, hører inn under varemerkerettens særlige gjenstand. Domstolen presiserer i så henseende at det er ompakkingen av legemidler forsynt med varemerket som er til skade for varemerkerettens særlige gjenstand, og at det ikke er nødvendig å foreta en vurdering av hvilke konkrete virkninger ompakkingen har hatt. Det synes med andre ord som om EF-domstolen her benytter uttrykket «særlig gjenstand» både om den rettighet som er beskyttet – retten til ompakking – og de formål eller funksjoner varemerkeretten skal varetta i så henseende, i denne sammenheng å tjene som garanti for produktets opprinnelse.

Essensen i EF-domstolens uttalelse på dette punkt er under enhver omstendighet at varemerkeinnhaverens enerett til ompakking som utgangspunkt hører inn under varemerkerettens særlige gjenstand, og er beskyttet i henhold til fellesskapsretten. Samtidig fremgår det, i samsvar med tidligere rettspraksis, at dette bare gjelder så fremt rettig-

hetshaverens utøvelse av sin rett ikke utgjør en skjult handelshindring (jf. EF-traktaten art. 30(2), sml. EØS-avtalen art. 13(2)). En skjult handelshindring vil foreligge hvis varemerkeinnhaverens rett til å motsette seg ompakkingen bidrar til en kunstig markedsoppdeling, forutsatt at ompakkingen foretas på en slik måte at varemerkeinnhaverens legitime interesser varetas. Og hvorvidt det foreligger en kunstig markedsoppdeling beror på om ompakkingen er nødvendig for å sikre effektiv markedstilgang for produktet – jf. den vurdering som er gjengitt ovenfor.

Det siste spørsmål EF-domstolen tok stilling til, var det krav om *forhåndsvarsel* parallellimportøren må gi til varemerkeinnhaveren før det ompakkede produkt bringes i omsetning, herunder plikten til å sende med en prøvopakning av produktet. Dette er ett av flere tilleggskrav domstolen har oppstilt, for det tilfellet at ompakkingen anses som nødvendig for å sikre effektiv markedstilgang. Domstolen uttaler at denne betingelse gjør det mulig for varemerkeinnhaveren å kontrollere at ompakkingen ikke er foretatt på en måte som berører produktets opprinnelige tilstand eller kan skade varemerkets omdømme – andre betingelser EF-domstolen har oppstilt. Videre setter den varemerkeinnhaveren i stand til bedre å beskytte seg mot forfalskninger. EF-domstolen aksepterte således ingen innskrenkninger i dette kravet, men fremholdt at det er en absolutt betingelse for å kunne markedsføre det ompakkede produkt. Videre ble det fastslått at det er parallellimportøren selv som må varsle varemerkeinnhaveren om ompakkingen, og at det ikke er tilstrekkelig at f.eks. legemiddelmynighetene gjør det.

Endelig fastslo EF-domstolen at varemerkeinnhaveren måtte gis en *rimelig frist* for å reagere på ompakkingen. Ved fastsettelsen av fristen må det imidlertid også tas hensyn til parallellimportørens interesse i å markedsføre produktet hurtigst mulig etter å ha fått markedsføringstillatelse. Det ble i den forbindelse overlatt til den nasjonale domstol å bestemme hvilken

frist som skulle gis under hensyn til alle relevante omstendigheter. Domstolen bemerket likevel at en frist på femten dager etter mottakelsen av prøvepakningen måtte anses som en rimelig frist ut fra de opplysninger som forelå i saken, men at en slik frist måtte anses som veiledende, med muligheter både for forkortelse og forlengelse.

Til slutt orienteres det også om at EFs generaladvokat har avgitt uttalelse i nok en sak som angår ompakking av legemidler, sak C-433/00, *Aventis Pharma Deutschland GmbH mot Kohlpfarma GmbH og MTK Pharma Vertriebs-GmbH*. Denne saken gjelder spørsmål om en parallellimportør kan pakke om to pakninger som hver inneholder fem tabletter til en pakke med ti tabletter. Varemerkeinnhaveren motsetter seg dette, og hevder at det er nok at de to originale eskene «limes sammen» med en etikett med nødvendig informasjon, og markedsføres som en «dobbelpakning». Til saken hører det forhold at den sentrale markedsføringstillatelse som er gitt i henhold til EUs regelverk gjelder for henholdsvis pakninger med fem og ti tabletter, og spørsmålet er om det i så henseende er tillatt med en «dobbelpakning». I sin uttalelse av 7. mars 2002 besvarte generaladvokat Jacobs dette spørsmål benektende. Konsekvensen av dette var i sin tur at ompakkingen ble ansett som nødvendig for å sikre produktet effektiv markedstilgang, og at legemiddelprodusenten dermed ikke kunne påberope seg sin varemerkerett for å hindre ompakkingen (se ovenfor). Vi kommer nærmere tilbake til saken når dom foreligger.

Ole-Andreas Rognstad

TINGSRETT

Høyesterettsdom av 29. mai 2002. Odelsrett. Gjenlevende, ikke-odelsberettigede ektefelles rett til bolig på gården

Når den odelsberettigede ektefelle dør, har gjenlevende, ikke-odelsberettigede ektefelle et visst vern overfor de odelsberettigede – over-

for egne barn i henhold til odelsl. § 34, jf. også § 19 annet ledd, overfor stebarn og overfor andre odelsberettigede (f.eks. avdødes nevø/niese) i henhold til hhv. §§ 35 og 36. Dette vernet som grovt sagt er betinget av at eiendommen har hørt til ektefellenes felleseie (i motsetning til særeie), innebærer at gjenlevende ikke skal fordrives fra gården, men kan fortsette å bruke den – enten som bruksberettiget eller (mer praktisk) som eier. Vernet er imidlertid ikke tidsmessig ubegrenset: Nye krefter bør slippe til – i alle fall når gjenlevende når pensjonsalderen og den odelsberettigede selv er blitt så gammel at han eller hun kan overta. De nærmere regler om opphøret av retten til å drive eiendommen varierer endel etter hvor nær den odelsberettigede står gjenlevende.

Når opphørstidspunktet inntreffer, vil gjenlevende som har hatt eierposisjon (f.eks. på grunn av uskifte eller testament), ha krav på oppgjør – og kan dermed kanskje skaffe seg nytt bosted. Men uten hensyn til økonomi kan det føles tungt å måtte flytte fra den eiendom som man har bodd og virket på kanskje gjennom henimot et halvt hundre år. Lovgiveren har derfor i § 39 gitt gjenlevende en rett til «høveleg gratis husrom» der han eller hun må vike når vernetiden etter §§ 34–36 er omme – forutsatt at vedkommende ikke har flyttet fra eiendommen «for godt utan atterhald om husrom der». Formuleringen er temmelig bastant, og det synes klart at den må underkastes en modererende tolkning: Er det bare ett husvære på eiendommen, kan det ikke godtas at f.eks. enken skal bli boende der til fortrenghet for den odelsberettigede. En slik regel ville i mange tilfelle gjøre opphørsregelen uinteressant (innholdsløs). At hensynet til den odelsberettigede er viktig, fremgår av forarbeidene.

I saken som endte med Høyesteretts dom av 29. mai i år, var husstruen 70 år da den odelsberettigede mann døde i 1997; hun hadde da bodd på eiendommen i mer enn 30 år, og overtok denne etter reglene om uskifte. På eiendommen – ca. 125 daa dyrket jord og ca. 2500 daa skog – var det bare ett husvæ-

re: et eldre våningshus. Vernetiden var ute, og avdødes søstersønn anla løsnings sak. Han var i institusjon av helsemessige grunner og ville ikke kunne tilflytte eiendommen; det var på det rene at løsningen skjedde av hensyn til hans datter (som ikke hadde odelsrett, jf. odelsl. § 8 første ledd in fine: hverken foreldre, søsken av foreldre eller besteforeldre hadde eiet eiendommen med odel). Løsningsmannen bestred at enken hadde boret etter § 39, men tilbød en avtalebasert boret for henne så lenge hun levde – og taksten reflekterte dette: kr. 1 200 000 med fradrag på kr. 150 000 for den avtalebaserte boret.

Enken hevdet å ha boret etter § 39, men tapte i alle instanser. Høyesterett henviste til forarbeidene: De viser at overtageren har «prioritet føre attlevande ekte-make». I særlige tilfelle – slik som i den foreliggende sak – kan det ligge slik an at overtageren ikke kan tilflytte eiendommen, men «spørsmålet om burett for ein attlevande ektemake må vurderast objektivt i denne samanhengen». Hensynet til gjenlevende tilsier heller ikke «ulik løysing etter som overtakaren er i stand til å flytte til eigedomen eller ikkje». Støtte for resultatet finnes også i reglene om bo- og driveplikt. Bl.a. pekes det på at standpunkttagningen til retten etter § 39 ikke bør «knytast opp mot» et sannsynlig utfall av en dispensasjonssøknad fra overtagerens side.

Thor Falkanger

BARNERETT

Høyesterettsdom av 27. juni 2002. Omsorgsovertakelse og samværsrett

Høyesterett har i dom 27. juni 2002 (dissens 3–2, men ikke i resultatet) opprettholdt omsorgsvedtaket for en jente på fem år. Hun ble plassert i beredskapshjem da hun var to år og tre måneder og bodde der til hun kom til sitt nåværende fosterhjem fem måneder senere. Av særlig interesse i dommen er uttalelser om

forholdet til EMK samt Høyesteretts forhold til de sakkyndige.

EMK art. 8 var påberopt av moren, med spesiell vekt på EMDs dom i K. og T. mot Finland som ble avsagt i Storkammeret 12. juli 2001 (se *Nytt i privatretten* nr. 4/2001 s. 13–14). Høyesteretts flertall kommenterer forholdet til art. 8 helt kort: «Jeg kan ikke se at de rettigheter som følger av EMK artikkel 8 går lenger eller er andre enn det som følger av de strenge vilkår for omsorgsovertakelse etter barnevernloven.» Denne avklaringen har prinsipiell interesse, selv om standpunktet ikke er overraskende. Uttalelsen kommer i direkte tilknytning til drøftelsen av vilkårene etter § 4-12, men siden man ikke kommer tilbake til EMK senere, må den ha gyldighet også for vurderingen etter § 4-21.

Plasseringen ble innledet med et akuttvedtak. Det var begrunnet i mors uttalelse om at hvis far fikk samvær med barnet, ville hun ta livet av seg og barnet. Høyesteretts flertall vurderer vedtaket ut fra situasjonen den gangen, og finner ikke grunn til å kritisere barneverntjenesten for å ha lagt avgjørende vekt på hensynet til barnets sikkerhet. Etter mindretallets syn taler mye for at mindre inngripende tiltak kunne vært satt inn, men det tar ikke definitivt stilling til akuttvedtaket.

Vedtaket om omsorgsovertakelse drøftes grundig. I det omfattende bevismaterialet finner flertallet lite som belyser barnets fungering og samspillet mellom mor og barn før akuttvedtaket. De sakkyndige for Høyesterett mener at det ikke var grunnlag for omsorgsovertakelse den gang og at mors omsorgsevne fortsatt er tilfredsstillende. To psykologer som har vært inne i saken, er av motsatt oppfatning. På tvers av de oppnevnte sakkyndiges syn kommer Høyesteretts flertall til at det er klare svakheter ved mors omsorgsevne, og at det ikke har inntrådt noen forandring. Flertallet konkluderer likevel ikke, verken vedrørende riktigheten av omsorgsvedtaket den gang eller om vilkårene i dag er til stede. Saken avgjøres isteden ut fra § 4-21 annet punktum om alvorlige problemer ved tilbakeføring.

To dommere har et annet syn på omsorgsevnen den gang. De følger de sakkyndige og mener at deres vurdering har støtte i faktiske forhold i saken. Etter mindretallets syn kan de fleste av de omstendigheter som kommunen har trukket fram for å vise manglende omsorgsevne hos moren, forklares ved hennes vanskelige situasjon på den tiden, som enslig mor med turnusarbeid og et uavklart forhold til barnets far. Mindretallet sier uttrykkelig at de ikke kan se at vilkårene var oppfylt da fylkesnemnda fattet sitt vedtak.

Om dette også hadde vært flertallets oppfatning, ville det likevel ikke fått den ugyldighetsvirkning at omsorgen skulle tilbakeføres, jf. dommen i Rt. 1991 s. 1355. Høyesterett har ved gjentatte anledninger uttalt at spørsmålet om tilbakeføring skal vurderes ut fra forholdene i dag. Men etter det jeg kan se er det første gang at et flertall eller mindretall i Høyesterett er kommet til at det opprinnelige vedtaket ikke oppfylte vilkårene. I dommene i Rt. 1992 s. 242, 1993 s. 671 og 1996 s. 1203, hvor Høyesterett også vurderte det opprinnelige vedtaket, kom man til at det var forsvarlig begrunnet.

I vurderingen etter annet punktum mener de oppnevnte sakkyndige at det på kort sikt er best for barnet å forbli i fosterhjemmet. På lengre sikt er de ifølge dommen «mer usikre». De holder iallfall muligheten for hjemflytting åpen, ved å peke på at en overføring i så fall bør foregå over noen måneder, og at fosterhjemmet burde fungere som avlastningshjem. Høyesterett – både flertall og mindretall – kommer likevel til at barnet ikke skal tilbakeføres. Det anses å være en meget stor fare for at barnet vil få en ny alvorlig separasjonsreaksjon. Barnet har en sterk tilknytning til fosterfamilien. Hun er betydelig traumatisert ut fra tidligere brudd og en vedvarende konflikt mellom foreldrene, og en tilbakeføring vil stille store krav til omsorgspersonen. Her ligger problemet, idet mor ikke anses å ha den nødvendige forståelse for barnets situasjon.

Flertallets forhold til de sakkyndige er interessant, fordi avvik fra

deres syn som oftest skjer i favør av foreldrene. Dommen viser at er faktum tilstrekkelig belyst, stiller retten seg fritt til de sakkyndige selv om det betyr at det biologiske utgangspunkt ikke får gjennomslag.

Det foretas en konkret drøftelse av samværets omfang. Høyesterett følger ikke opp de sakkyndiges forslag om en langt mer omfattende besøksordning enn tidligere, men øker det til etter hvert også å omfatte helgesamvær, uten tilsyn.

Kirsten Sandberg

St.meld. nr. 40 (2001–2002) Om barne- og ungdomsvernet

I St.meld. nr. 40 følger Barne- og familiedepartementet opp Befringutvalgets innstilling, NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge. Av størst rettslig interesse er kap. 7 om organiseringen av barnevernet og samarbeid med andre instanser, kap. 8 om fylkesnemndene og kap. 9 om tiltakene i barnevernet.

Oppgavefordelingen mellom kommuner, fylkeskommuner og staten ble tatt opp i høringsnotat 13. februar 2002. Av de fire modellene som der ble skissert, fikk modellen med statlig overtakelse av de fylkeskommunale oppgavene støtte fra langt de fleste høringsinstansene. Regjeringen har på denne bakgrunn kommet til at andrelinjetjenestens oppgaver på barnevernområdet og familievernområdet bør overføres til staten. Det vil bli foreslått at virksomheten organiseres etter forvaltningsmodellen, ikke som statsforetak.

Spørsmålet om å utvide andre instansers opplysningsplikt til barnevernet i saker om samværsrett, fratakelse av foreldreansvar og oppheving av omsorgen, vil bli nærmere vurdert i en odelstingsproposisjon om endringer i barnevernloven. Departementet mener videre at barneverntjenesten selv er for restriktive med hensyn til å gi ut opplysninger til samarbeidspartnere, og vil utarbeide et rundskriv om dette. Barneombudets forslag om en samlet oppvekstlov og en utskilling av barnevernets kontrolloppgaver blir ikke fulgt opp av regjeringen.

Departementet vil arbeide for en effektivisering av arbeidet i fylkesnemndene, inklusive en reduksjon av saksbehandlingstiden. Det vurderes å redusere antall fagkyndige og alminnelige medlemmer av nemnda. Departementet vil vurdere et lovforslag om at overprøving av sakene skal skje direkte for lagmannsretten.

Hva tiltakene angår, vil departementet ikke foreslå en tidsfrist for de frivillige plasseringene etter barnevernloven § 4-4 femte ledd. Man vil heller ikke lov- eller forskriftsfeste at barnevernet primært skal søke etter fosterforeldre i biologisk familie eller nettverket rundt barnet. Departementet vil foreslå en lovendring i § 4-16 for å presisere det ansvar barnevernet har for å følge opp foreldre etter en omsorgsovertakelse. Det vil bli lagt fram forslag om å innføre en hjemmel for departementet til å gi forskrifter om kvalitetskrav for barneverninstusjoner, og om en særskilt godkjenningsordning for private institusjoner. Forskriften om rettigheter for barn under institusjonsopphold er under revisjon. For barn og unge med atferdsvansker legger meldingen stor vekt på PMT (parent management training) og MST (multisystemisk terapi). Befringutvalgets forslag om å ta inn i § 4-12 om omsorgsovertakelse kriteriene for alvorlige atferdsvansker, slik at omsorgen i disse tilfellene skulle overtas automatisk, avvises av departementet. Departementet vil heller ikke åpne for pålagt samvær etter en adopsjon, og mener at adopsjonssamtikker ikke bør gis der samvær med de biologiske foreldrene er ønskelig. Man ønsker fortsatt ikke å lovfeste en rett for barnet til barneverntiltak.

Kirsten Sandberg

FAMILIERETT

Høyesterettsdom, Rt. 2002 s. 648. Vederlagskrav etter ekteskapsloven § 63 2. ledd

I dom 29. mai 2002 (sak nr. 2001/1088) kom en enstemmig Høyesterett til at ektemannens han-

del med opsjoner på Oslo Børs ikke var «utilbørlig», og hustruen fikk dermed ikke medhold i sitt krav om vederlag etter el. § 63 2. ledd. Høyesterettsdommen, som er den første som er avsagt etter denne bestemmelsen, inneholder prinsipielle uttalelser både om utilbørlighetsgrensen og om hvilke momenter som har betydning ved vurderingen.

Det hersker et spenningsforhold mellom ektefellens frihet til å utøve rådighet over egen formue etter el. § 31 1. ledd, jf. § 40, på den ene siden, og den andre ektefellens rett til halvparten av netto felleseie ved likedelingen, jf. el. § 58 1. ledd, på den andre siden. Avveiningen skjer bl.a. gjennom el. § 63 2. ledd som gir rett til å kreve vederlag på skiftet «når en ektefelle på en utilbørlig måte vesentlig har svekket delingsgrunnlaget». Partene var i denne saken enige om at handelen med opsjoner hadde svekket delingsgrunnlaget med kr 425 000 og at denne reduksjonen var «vesentlig» – ektefellene satt igjen med en samlet netto felleseieformue på noe under en million kroner. Spørsmålet var om ektemannens handel var «utilbørlig» i forhold til hustruen.

Førstvoterende uttaler at utgangspunktet for utilbørlighetsvurderingen må være «allment aksepterte objektive normer, som kan endres over tid». Han antar at utviklingen i de senere år har gått i mer liberal retning, og viser til Holmøy og Lødrup, *Ekteskapsloven* 2. utg. s. 437. Retten viser til at det må foreligge «et sterkt kritikkverdig forhold» for at vederlag kan tilkjennes. Heldige og mindre heldige disposisjoner må ses under ett. Dersom ektefellen har samtykket eller godtatt de forhold som senere kritiseres, kan dette tale mot vederlag.

I denne saken hadde ektefellene vært gift i 17 år og de hadde tre barn sammen. Hustruen hadde deltidsstilling med hovedansvaret for barna. Ektemannen hadde heltidsstilling, og drev ikke aksjehandel i sitt vanlige yrke. I 1994 benyttet han ca. kr 250 000 av lånte midler samt aksjer han hadde fått fra selskapet han arbeidet i, til å handle

med opsjoner tilknyttet OBX-indeksen ved å utstede kjøps- og/eller salgsoptjoner. Til å begynne med ga handelen store gevinster, men i årene 1996–1998 tapte han både tidligere gevinster og det avsatte beløp.

Førstvoterende uttaler innledningsvis: «Ved bedømmelsen av Bs handel på Oslo Børs må etter min mening utgangspunktet være at han i forhold til ektefellen ikke opptrådte utilbørlig ved å satse på mer risikofylte transaksjoner. Jeg legger vekt på at satsingen på børsen må anses som forretningspreget virksomhet, og at gevinster direkte eller indirekte ville kommet den annen ektefelle til gode.» Spørsmålet var om ektemannens handel likevel kunne anses for utilbørlig ved at han valgte en strategi som medførte en ekstraordinær risiko for store tap. Retten viser i den forbindelse til at de sakkyndige var enige om at ektemannen hadde valgt den mest risikofylte handel med opsjoner knyttet til OBX-indeksen, og at ekstraordinært store tap kunne inntre. Men sikkerhetsstillingen gjennom Norsk opsjonsentral og sentralens fullmakt til å kreve høyere sikkerhet og til å kjøpe tilbake utstedte opsjoner for å begrense tap, ville i praksis begrense risikoen. Retten legger også vekt på at selv om hustruen ikke kunne sies å ha akseptert handel med opsjoner, hadde hun heller ikke gitt klart uttrykk for at denne handel måtte opphøre. Det ble også lagt en viss vekt på at ektemannen hadde vist åpenhet overfor ektefellen om opsjonshandelen. For førstvoterende var det av vesentlig betydning at ektemannen avsluttet handel med opsjoner i løpet av 1998, da det avsatte beløp på ca. kr 450 000 og gevinstene fra tidligere år var medgått til å dekke tapene. Hustruen fikk således ikke medhold i sitt krav om vederlag.

Kommentar:

Både lovens ordlyd, forarbeider og tidligere rettspraksis taler for at terskelen for å tilkjennes vederlag etter el. § 63 2. ledd ligger høyt. Gitt det faktum som legges til grunn i denne saken, er resultatet derfor ikke overraskende. Men det kan reises spørsmål ved førstvotere-

rendes uttalelse om at utviklingen av de allment aksepterte objektive normer som danner utgangspunktet for utilbørlighetsvurderingen har gått i *mer liberal retning* i de senere år. Denne antakelsen begrunnes ikke nærmere – heller ikke hos Holmøy og Lødrup som det vises til i premissene. Individuelle rettigheter – herunder større selvstendighet for ektefellene innad i ekteskapet – tillegges åpenbart større vekt i samfunnet nå enn tidligere. Dette er nok også noe av bakgrunnen for at (de lite praktiske) bestemmelsene i ektefelleloven fra 1927 § 13 og § 39 nr. 1 ikke er videreført i den nye ekteskapsloven. Men det finnes også utviklingstrekk som går i motsatt retning. Hensynet til ektefellens *innsats* blir stadig mer fremtredende i familieretten. Det har blant annet gitt seg utslag i anerkjennelsen av indirekte bidrag som sameiestiftende, jf. el. § 31 2. og 3. ledd, og som grunnlag for vederlagskrav for forøkelse av den annens særeie, jf. el. § 73, og i samboerforhold (Rt. 2000 s. 1089). Erkjennelsen av at en ektefelles formuesoppbygging er skapt i *et samvirke* – også når den andres bidrag ikke resulterer i medeieomsrett – kan tilsi strengere krav til utøvelse av rådigheten over egen formue. Innsatshensynet er også bakgrunnen for de nye delingsreglene som ble innført ved ekteskapsloven 1991, hvor det i praksis bare er den nettoformuen som er skapt under ekteskapet som deles likt, og som dermed utgjør «delingsgrunnlaget» i § 63. 2. ledd. Det ektefellen eide fra før ekteskapet og senere har ervervet ved arv og gave, holdes utenfor delingen etter skjevdelingsregelen i el. § 59 1. ledd. Denne utviklingen med større vekt på ektefellenes innsats og deres innbyrdes samvirke kan tale for skjerpede krav til utøvelse av rådighet over de verdier som nå er igjen til likedeling. Det er ikke uten videre gitt at summen av disse ulike utviklingstrekkene tilsier at de «allment aksepterte objektive normer» som ligger til grunn for utilbørlighetsgrensen har gått i mer liberal retning i de senere år.

Tone Sverdrup

NY LITTERATUR

Irene Nørgaard:
Formueordninger mellom ægtefæller efter gennemførelsen af særejerreformen i 1990

Ved «særejerreformen i 1990» ble det i Danmark innført mulighet til å ha særeie under ekteskapet og ved en skilsmisse, men at reglene om felleseie skulle gjelde hvis ekteskapet ble oppløst ved død. Ektepakter av dette innhold ble straks meget populært, og de fortolkningsspørsmål som reformen reiste, har gitt opphav til en omfattende litteratur i Danmark. Det siste bidraget er Irene Nørgaards doktoravhandling, som på bred front gir en inngående analyse av de mange tvilsspørsmål avtaler mellom ektefeller reiser i praksis.

For en norsk jurist var den danske reformen ikke særlig oppsiktsvekkende, «særeie i live – felleseie ved død» har vi hatt i norsk rett siden 1937. En undersøkelse jeg foretok i ektepaktregisteret i Brønnøysund for noen år siden, viste at ektepakter med dette innhold ikke forekom særlig ofte. I norsk juridisk teori har heller ikke denne ordningen vært viet spesiell oppmerksomhet, og den har heller ikke gitt opphav til noen tvister som er blitt alment kjent.

En del av de problemer som oppstår i Danmark, vil vi ikke få i norsk rett. Likevel må det konstateres at en lang rekke av de spørsmål som forfatteren tar opp, har direkte betydning for tolkingen av ekteskapslovens § 42 tredje ledd, som tilsvarende den danske reform. Selv

om man i Danmark endret regelverket dithen at en ektepakt med bestemmelser om særeie bare gjaldt under ekteskapet og oppgjøret ved skilsmisse, og at særeie også ved død må sies uttrykkelig, er det ingen vesentlig forskjell på norsk og dansk rett. En som arbeider med familierett i praksis, og som vil kunne denne del av familieretten, kommer ikke utenom denne boken.

Irene Nørgaard: *Formueordninger mellom ægtefæller efter gennemførelsen af særejerreformen i 1990 – særligt om ægtefællers indbyrdes aftalemuligheder*. ISBN 87-574-0705-3. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. København 2001. 443 sider, kr 519,-

Peter Lødrup

Nytt i privatretten

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

Hovedredaktør: Peter Hambro
Forlagsredaktør: Marianne Skattum

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

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

Et årsabonnement (2002) på *Nytt i privatretten* koster kr 440,-.

Studentabonnement koster kr 150,-.

Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

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

Nytt i privatretten © J.W. Cappelens forlag a.s. 2002

Neste hefte kommer november 2002.

VI MINNER OM:

Program for seminarrekke ved Institutt for privatrett høst 2002

Tirsdag 10. september kl. 17.15 –
Corporate Governance v/professor
Mette Neville, Handelshøjskolen i
Århus

Tirsdag 22. oktober 17.15 – 19.00
Den nye forbrukerkjøpsloven – En
presentasjon av nyhetene i denne nye
loven v/ representant fra
Lovavdelingen i Justisdepartementet

**Tirsdag 12. november 17.15 –
19.00**
Tittelangivelse kommer senere
v/spesialrådgiver Eva Joly,
Justisdepartementet

Seminarene finner sted på
Biblioteket, Institutt for privatrett,
Domus Media, 2. etasje.
Påmelding kan skje via Instituttets
hjemmeside:
<http://www.jus.uio.no/ifp/>