

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 2 – mai 2002

KONTRAKTSRETT

AVTALERETT

Avtaleinngåelse mv. Rt. 2001 s. 1288

1. Entreprenørfirmaet PEAB AS (PEAB) krevde erstatning av Gate Gourmet Norge AS (Gate Gourmet) etter en anbudskonkurranse. Hovedspørsmålet i saken var om bindende avtale var inngått. Høyesterett kom til at Gate Gourmet ved passivitet hadde opptrådt på en slik måte at PEAB hadde rimelig grunn til å tro at selskapet hadde fått oppdraget. PEAB hadde krav på å få erstattet positiv kontraktsinteresse, som skjønsmessig ble satt til et atskillig lavere

beløp enn erstatningskravet lød på. I det følgende er det imidlertid i all hovedsak det avtalerettslige spørsmålet – om bindende avtale var inngått – som skal kommenteres.

2. Partene hadde under prosedyren i atskillig utstrekning gått inn på spørsmålet om hvilken betydning de anbudsrettslige regler har for spørsmålet om avtale er inngått. Høyesterett slår fast det klare utgangspunkt: En avtale er kontraktsrettslig gyldig – og dermed bindende inngått – selv om det foreligger brudd på anbudsrettslige regler som har til formål å sikre like konkurransemuligheter (s. 1298). Når det derimot gjelder tolkningen av den inngåtte avtale, fremhever Høyesterett at de anbudsrettslige regler – blant annet NS 3400 – kan få betydning. Det vil således ofte foreligge en presumsjon for at partene ikke opptrer i strid med de anbudsrettslige regler, jf. s. 1298, der det også vises til Rt. 1994 s. 1222. I saken fikk dette tolkningsprinsippet begrenset selvstendig betydning.

3. Det forelå ingen formell aksept fra Gate Gourmets side av PEABs anbud. Retten påpekte at dette var uten betydning, fordi prinsippet om formfrihet også gjelder for avtaler som inngås på grunnlag av anbud. Det avgjørende disposisjonskriterium blir derfor av Høyesterett – allerede før retten starter på sin drøftelse av spørsmålet om bindende avtale er kommet i stand – formulert som om anbyder hadde rimelig grunn til å tro at han hadde fått oppdraget (s. 1298), jf. Woxholth, *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, fjerde utgave 2001, s. 104.

4. Gate Gourmet hadde imøtekommet PEABs ønske om å få legge frem forslag til en fremdriftsplan, og dette ble gjort i et møte mellom partene. Partene ble her enige om enkelte spørsmål vedrørende fremdriften, blant annet at «riggplass og vegger i kjeller akse 7-11» skulle være ferdigstilt innen 1. september 1997. Av møtereferatet fremgikk det også at partene var «forent om at byggherren umiddelbart vurderer tilbakemeldingene fra PEAB og deretter eventuelt oversender brev med formål om å opprette kontrakt om arbeidene/bestillingsbrev».

I stedet for å avvente tilbakemeldingen fra PEAB sendte Gate Gourmet brev til PEAB 22. mai 1997 om at selskapet hadde til hensikt å inngå anbudsavtale med PEAB.

PEAB kom med sin tilbakemelding allerede dagen etter møtet, men dette brevet krysset det foran nevnte brev fra Gate Gourmet. I brevet fremsatte PEAB krav om tilleggsbetaling for at «fundament og veggkonstruksjon mellom akse 7-11» skulle være klart til råbyggmontasje den 1. september 1997. Tilleggskravet kom som en overraskelse for Gate Gourmet. Dette ga foretaket likevel hverken skriftlig eller muntlig uttrykk for. Gate Gourmet forholdt seg passiv overfor PEABs brev.

5. Høyesterett kom til at Gate Gourmet ved å forholde seg passiv overfor PEABs brev hadde opptrådt på en slik måte at PEAB hadde rimelig grunn til å tro at selskapet hadde fått oppdraget (s. 1300). For det første ble det vist til presiseringen i møtereferatet om

Innhold nr. 2:

Kontraksrett	s. 1
Avtalerett	s. 1
Kjøpsrett	s. 4
Pengekravsrett	s. 6
Erstatningsrett	s. 7
Immateriellrett	s. 7
Patentrett	s. 7
Varemerkerett	s. 8
Konkursrett	s. 10
Tingsrett	s. 10
Barnerett	s. 11
Arverett	s. 12
Internasjonal privatrett	s. 13

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

at Gate Gourmet skulle reagere umiddelbart på tilbakemeldingen fra PEAB og for det andre Gate Gourmets eget brev samme dag som ga uttrykk for at selskapet hadde til hensikt å inngå anbudsavtale med PEAB. PEABs krav om pristillegg kunne fra Gate Gourmets side ha blitt ansett som en bristende forutsetning i forhold til hensikten om å inngå anbudsavtale, men Høyesterett påpeker at Gate Gourmet i tilfelle burde ha klargjort dette umiddelbart.

6. Dommens begrunnelse er bygget på tradisjonell argumentasjon om at rimelig hensyntagen til PEABs interesser hadde tilsagt at Gate Gourmet hadde opptrådt aktivt – passiviteten blir på denne måten tillagt avtalestiftende virkning. Slik passivitet kan imidlertid ses i sammenheng med at retten sanksjonerer uønsket opptreden med binding – såkalt culpasantaksjon, jf. Woxholth, op.cit., s. 105–107. Det er således neppe tvilsomt at retten her mente at Gate Gourmet burde ha opptrådt annerledes, og at selskapet så og si fikk ta «på kjøpet» at avtale måtte anses inngått, når det valgte å forholde seg passiv.

I et tilfelle som dette er det glideende overganger mellom avtaleinngåelse på grunnlag av passivitet og culpasantaksjoner. Det kan langt på vei være en smakssak hvordan man begrunner resultatet. Det sentrale er i begge tilfelle at i jo større grad løftemottageren selv er å klandre for at han er kommet i den situasjon at den annen part med rimelighet kan ha grunn til å tro at det er inngått en avtale, desto mer nærliggende er det å reagere med binding, jf. Woxholth, op.cit., s. 105.

I norsk rettspraksis finnes det flere eksempler på at det retten i realiteten gjør i slike tilfelle er å la bindingen inntre som en sanksjon mot uønsket adferd (culpasantaksjon), men dette er sjelden den eneste begrunnelsen som anføres for binding, jf. f.eks. Rt. 1963 s. 234, Rt. 1987 s. 1205 og Rt. 1998 s. 1712.

7. Logisk sett kan sanksjonsmomentet også trekke i retning av at binding ikke foreligger, f.eks. der løftemottageren burde forstå at løftegiveren ikke mente å binde seg

før kontrakten ble underskrevet. Det kan være aktuelt hvor løftemottageren er den profesjonelle part, f.eks. ved salg av varer og tjenester til forbrukere. Her kan det ligge en oppfordring på den profesjonelle part til å klargjøre hva som skal anses som bindende bestilling, og er ikke dette gjort, kan det komme på tale å anse forbrukeren ubundet, se RG 1948 s. 398, RG 1982 s. 881 og RG 1970 s. 338, se Krüger, *Norsk kontraktsrett*, s. 37 og Woxholth, op.cit., s. 107.

Geir Woxholth

Kontraktsregulering av bristende forutsetninger. Voldgiftsdom i Troll-saken

Avtalerettslig er det i utgangspunktet intet til hinder for at partene i kontrakten kan regulere både hva som skal regnes som bristende forutsetninger og hvilke rettsvirkninger bristende forutsetninger skal tillegges, også slik at en forutsetningssvikt ikke gir grunnlag for å kreve kontraktsrevisjon. Mange praktisk forekommende klausuler om såkalt «force majeure» er i realiteten forsøk på å definere og regulere bristende forutsetninger. Et eksempel er «The Force Majeure (Exemption) clause of the International Chamber of Commerce (ICC Publication no 421)».

Partene kan imidlertid gå lenger enn til å kontraktsfeste almene formuleringer som finnes i ICC klausulene. De kan gi presise beskrivelser av hvilke forhold som skal anses relevante. I mange kontrakstyper er det vanlig med klausuler som regulerer viktige praktisk forekommende tilfelle av forutsetningssvikt. Men kontrakten kan også gå ut på å foreta en plassering av risikoen for forutsetningssvikt som avviker fra den som følger av deklatoriske regler: I entrepriserforhold kan eksempelvis entreprenøren akseptere at han ikke skal kunne reise krav på tilleggsvederlag dersom grunnforholdene er uventet vanskelige. Dersom grunnforholdene viser seg å avvike fra den (spinkle) kunnskap partene hadde da kontrakt ble inngått, vil

en slik avtalt plassering av risikoen være avgjørende og den vil ikke selv kunne settes til side pga. bristende forutsetninger.

Partene kan også gå lengre og avtale at bristende forutsetninger knyttet til kontraktsytelsene overhodet ikke skal kunne gjøres gjeldende, altså å ekskludere forutsetningslæren for så vidt gjelder forutsetningssvikt knyttet til ytelsene. Dette kan være risikabelt, men det forekommer i praksis, jf. eksempelvis Rt. 1928 s. 938. Her ble en avtale om at kjøperen hadde rett til en prisreduksjon for tømmer som ikke var kommet frem til fastsatt tid, tolket slik at selgeren var «forpliktet til at finne sig i prisreduksjon, selv om forsinkelsen skulde kunne føres tilbake til begivenheter som han ikke har været herre over, saaledes hindringer i form av force majeure eller lignende» (s. 939). Dersom kontraktsforholdet ikke gjelder utveksling av ytelser, men eksempelvis er knyttet til en virksomhet i et joint venture, f.eks. om utnyttning av naturressurser med fordeling av det som er utvunnet og kostnader knyttet til utvinningen, kan det være mindre risikabelt å avtale at bristende forutsetninger knyttet til avtalte fordelingsnøkler ikke kan gjøres gjeldende, selv i meget langvarige kontraktsforhold. I slike tilfelle kan risikoen og gevinstmulighetene være symmetrisk fordelt mellom partene, og det kan være knyttet usikkerhet til såpass mange sider ved virksomheten at hensynet til forutberegnelighet kan oppveie ulempene ved et generelt risikoavkall. ND 2001 s. 109 gjaldt et slikt tilfelle – voldgiftsdom avsagt 15. desember 2000 mellom A/S Norske Shell mfl. og Den norske stats oljeselskap a.s. mfl. (rettens sammensetning: høyesterettsdommer Jens Bugge, advokat Erling C. Hjort og professor Viggo Hagstrøm).

Partene i saken var blitt pålagt unitisering (samordning) av Trollfeltet i Nordsjøen, som var delt på to utvinningstillatelser, og de hadde gjennom en samordningsavtale avtalt gruppeandeler som var bestemmende for fordelingen mellom rettighetshaverne i de to utvinningstillatelser av den mengde petroleum som til enhver tid utvinnes fra Trollfeltet. Under forhand-

lingene tok man utgangspunkt i at gruppeandelene skulle fastsettes på basis av verdien av den petroleum som hver av gruppene innbrakte i felleskapet. Dette innebar at størrelsen og innholdet av reservoarene i de to utvinningstillatelsene måtte vurderes opp mot hverandre. Anslagene berodde på usikre antagelser om forhold som utvinningsgrad, utvinningskostnader og verdiforholdet mellom olje og gass. Anslagene måtte bygge på antagelser om slike usikkerhetsfaktorer som den markedsmessige og teknologiske utvikling. Oljen i et større felt, det såkalte Troll Vest Gassprovins, ble antatt ikke å være kommersielt utvinnbar, og ble dermed tillagt liten vekt (gjennom de såkalte veiefaktorer) ved fastsettelsen av gruppeandelene. Etter knappe ti år muliggjorde imidlertid den teknologiske utvikling utvinning av oljen også i Troll Vest Gassprovins, og i en slik størrelsesorden at feltet ble en av Nordsjøens største oljefelt. Det ble av denne grunn krevet revisjon av Samordningsavtalen. Voldgiftsretten antok at partene ved avtalen «bevisst valgte å påta seg risikoen for at det opprinnelige grunnlag for fastsettelsen av veiefaktorene og anvendelsesområdet for dem kunne komme til å svikte i løpet av avtaleperioden, uten at dette ville gi noen av dem krav på å få dem endret. Man kan også se det slik at partene hver for seg fraskrev seg adgangen til å gjøre forutsetningssvikt gjeldende på dette punkt, således for det tilfelle at det teknologiske eller kommersielle grunnlag for petroleumsutvinning fra noen av de tre reservoartyper man opererte med, skulle komme til å endre seg. Partene stod ved inngåelsen av Samordningsavtalen i startfasen av et meget langsiktig joint venture-foretagende, som det åpenbart knyttet seg både tekniske og kommersielle usikkerheter til. De må hver for seg ha vurdert det slik at hensynet til stabilitet og forutberegnelighet ville oppveie risikoen ved å gi avkall på adgangen til å kreve avtalerevisjon ved svikt i de vurderinger man i 1986 bygget på. Partene har for øvrig rimeligvis ønsket å fordele risiko og gevinstmuligheter symmetrisk mellom seg» (s. 158 f.).

Når risikoen for bristende forutsetninger er plassert i kontrakten, kan avtalen som nevnt, ikke falle bort på grunn av bristende forutsetninger. Derimot vil det kunne skje en rimelighetsprøving etter avtaleloven § 36. Men det må da også avgjøres hvorvidt en slik avtalt regulering i seg selv er urimelig, og hvorvidt den på grunn av de oppståtte forhold blir urimelig å gjøre gjeldende. Rimelighetsprøvingen har her altså to ledd. Voldgiftsretten avviste at § 36 kunne anvendes (s. 159 ff.). Dommen inneholder prinsipielle uttalelser om kontraktsforklaring av kommersielle kontrakter mellom utpreget profesjonelle parter (s. 140 ff.), bl.a.: «Voldgiftsretten i nærværende sak er i utgangspunktet av den oppfatning at domstolene i alminnelighet bør være tilbakeholdne med å rokke ved kontraktsbundne posisjoner på dette område, det være seg på tolkningsgrunnlag eller gjennom avtalerevisjon» (s. 140).

Viggo Hagstrøm

Finansinstitusjoners frarådningsplikt mot låneopptak etter finansavtaleloven § 47. BKN 2002-024

Bankklagenemnda har avsagt den første avgjørelse om bankens frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47. Saksforholdet var i korthet at klager søkte om lån stort kr 50.000,- hos innklagede den 24. januar 2001. Han oppgav for bankens kredittvurdering at han hadde uføretrygd. Uføretrygden var på kr 98.160,- pr. år og ble dokumentert i søknadspapirene. I tillegg oppga klager at han hadde ekstraintekt, som imidlertid ikke ble dokumentert. Banken avsto søknaden med den begrunnelse at uføretrygden ikke var tilstrekkelig som inntektsgrunnlag for å få den ønskede kreditt. Klager fikk samtidig opplyst at banken kunne foreta en ny vurdering hvis han kunne dokumentere ytterligere inntekt.

Banken mottok deretter en telefaks fra en kamerat av klager som er partner i selskapet [...]. I anled-

ning klagesaken har vedkommende bekreftet det passerte i et brev til banken av 4. oktober 2001, som gjengis av banken som følger:

«Jeg er partner i selskapet ... NN har aldri vært ansatt hos oss i ... Det kan imidlertid bekreftes at undertegnede fakset en faks til dere i forhold til et lån NN søkte hos dere. I denne faksen skisserte jeg at [firmaet] gjennom flere år har hatt stor suksess med samarbeid med programmerere fra Ukraina, og at det antas at NN vil kunne klare å oppnå en slik suksess dersom han kom i kontakt med dyktige programmerere i Nord Øst Russland. I denne faksen ble det ikke skissert at NN jobbet for oss, at han skulle jobbe for oss eller noe annet som linker [vårt firma] til det lån NN event. måtte ha fått innvilget hos dere....»

Etter at banken hadde mottatt denne tilleggsinformasjonen, revurderte banken søknaden og innvilget kreditten den 26. januar 2001. Låneavtalen ble misligholdt og banken har tilbudt en rentefri nedbetaling over 5 år.

Bankklagenemnda uttalte: «Saken gjelder klage i anledning innvilgelse av kreditt knyttet til et betalingskort. Kreditten ble tilbudt ved markedsføring i aviser, og kortet kan brukes både i minibanker for kontantuttak og ved kjøp kombinert med kontantuttak. Kreditt-rammen er i klagesaken disponert ved uttak. Bankklagenemnda legger til grunn at forholdet da ikke er et kontokredittkjøp etter kredittkjøpsloven, men må vurderes som et lån etter finansavtaleloven, jf. finansavtaleloven § 44 (2) og Ot.prp. nr. 41 (1998-99) s. 52.

Klagen reiser spørsmålet om banken forsømte en mulig frarådningsplikt etter finansavtaleloven § 47, da den ikke frarådet klager å oppta et lån stort kr 50.000,-.

Klager opplyses å være 100 % ufør etter en hodeskade og lever av uføretrygd. Han hadde på søknadstidspunktet en uføretrygd på kr 98.160,- pr. år brutto og opplyste i søknaden at han hadde ekstraintekt. Han hadde et lån i Husbanken på kr 420.000,-, som banken kjente til. Banken avsto søknaden med den begrunnelse at inntekten var for lav og at ekstraintekt i tilfelle

måtte dokumenteres. Det ble senere opplyst for banken at klager hadde kontakt med et firma som samarbeidet med programmerere i Ukraina, og at klager måtte antas å kunne skaffe seg en ikke ubetydelig ekstrainntekt gjennom tilsvarende samarbeid. På det grunnlag innvilget banken lånet. Formålet med lånet ble ikke opplyst eller etterspurt av banken.

Bankklagenemnda deler den oppfatning som kom til uttrykk i banken, nemlig at klager ikke burde påta seg ytterligere gjeldsforpliktelser uten å være sikret høyere inntekt enn uføretrygden. Det er noe uavklart hvordan banken vurderte opplysningene den mottok om mulig ekstrainntekt. Det er imidlertid på det rene at reglene for uføretrygd setter grenser for det man kan tjene ved eget arbeid uten å miste trygdeytelsen. Banken kunne således ikke legge til grunn at klager i tillegg til trygden ville få en større ekstrainntekt enn 1 G, (ca. kr 50.000,-). Selv med et slikt tillegg til inntekten, måtte det være nærliggende at klager ville få problemer hvis han påtok seg ytterligere gjeldsforpliktelser. Nemnda anser for øvrig at forventningen om ekstrainntekt synes å være temmelig løst fundert, i hvert fall vurdert på bakgrunn av de opplysninger og den dokumentasjon som har vært fremlagt i ettertid. Det er heller ikke fremkommet opplysninger om at klager var i en prekær situasjon og at han hadde behov for lånet til et nødvendig formål, hvilket etter omstendighetene hadde kunnet forsvare et lån i denne størrelsesorden. Lånet er tvert imot ydet til regulært forbruk. Etter Bankklagenemndas vurdering burde banken utvilsomt ha frarådet klager å oppta lånet, jf. finansavtaleloven § 47.

Nevnte bestemmelse gir hjemmel for å lempe låntakers forpliktelser overfor banken hvis frarådningsplikten ikke er overholdt. Nemnda finner det rimelig at ansvaret nedsettes til 50 % av hovedstolen, da klager selv må være ansvarlig for i hvert fall deler av det lånet han har tatt opp. Ved vurderingen har nemnda lagt vekt på den måte lånet er markedsført kombinert med en kritikkverdig kredittvurdering. Samtidig kan klager ikke fritas for

et lettsindig valg.

Uttalelsen er enstemmig. Bankklagenemndas konklusjon: Bankens krav mot klager nedsettes til 50 % av hovedstolen. For øvrig gjelder avtalens betingelser, for den del av hovedstolen klager er ansvarlig for fra nemndas avgjørelse, men ikke for påløpte renter.»

Avgjørelsen viser at grensen mellom anvendelsesområdet for kredittkjøpsloven og finansavtaleloven er uklart. Ved lovforberedelsen ble det lagt til grunn at opplysningsplikten etter kredittkjøpsloven ihvertfall ikke var mindre enn etter finansavtaleloven. Forholdet ble imidlertid ikke vurdert etter innføringen av frarådningsplikten i § 47 under Stortingsbehandlingen. I klagesaken var klager som nevnt, innvilget kreditt på et kontokort, men kortet ble markedsført som en erstatning for et bankkort, og var ikke knyttet til varekjøp. Kreditten ble i sin helhet benyttet til kontantuttak. Det forelå således ikke kontokredittkjøp i kredittkjøpslovens forstand, og kredittkjøpsloven er dermed ikke anvendelig. Hvordan stillingen blir dersom låntaker har brukt kortet både til varekjøp og kontantuttak, har nemnda ikke tatt standpunkt til. En mulighet er å legge til grunn at avtaler om flerbbrukskort av denne type som gir mulighet for kontantuttak, ved inngåelsen av avtalen med fastsettelse av kreditttramme, må anses som et betinget lån, slik at bestemmelsen om frarådningsplikt i § 47 må gjelde, selv om kortet senere også blir brukt til varekjøp. Det er uheldig at et så viktig spørsmål ikke ble uttrykkelig regulert av lovgiveren.

Viggo Hagstrøm

KJØPSRETT

Oppgjør etter heving i forbrukerkjøp. Rt. 2002 s. 173

Gjennomføringen av hevingsoppgjør reiser en rekke spørsmål i praksis. Høyesterett har i dom av 7. februar 2002, sak 2001/762, kommet med nyttige presiseringer for løssørekjøpenes vedkommende.

Saken gjaldt oppgjøret etter heving av et forbrukerkjøp. Eljarbø kjøpte 29. januar 1993 et møblement som bestod av sofa, gyngestol og puff hos A-møbler AS for kr 14 990. Prisen var nedsatt fra kr 20 750. Knappt tre år senere reklamerte Eljarbø som følge av at stoffet revnet flere steder. For Høyesterett var det ingen uenighet mellom partene om at møblene hadde mangler som medførte et vesentlig kontraktsbrudd, at kjøperen hadde reklamert i tide og at kjøperen følgelig hadde vært berettiget til å heve kjøpet. Den tvist partene brakte inn for Høyesterett gjaldt utelukkende hevingsoppgjøret. I denne forbindelse tok Høyesterett stilling til tre spørsmål. For det første om omfanget av selgerens plikt til å svare rente av kjøpesummen, jf. kjøpsloven § 65 annet ledd. For det andre om hvordan utmålingen av vederlag for kjøpers nytte av salgsgjenstanden skal skje, jf. kjøpsloven § 65 første ledd. For det tredje om forståelsen av uttrykket «gjengs pris ved overtakelsen» ved beregning av erstatning etter kjøpsloven § 69 første ledd når kjøpet er foretatt på utsalg.

Renteberegningen etter kjøpsloven § 65 annet ledd

Lagmannsretten kom til at selgeren skulle betale tilbake kjøpesummen på kr 14 990 med fradrag for det nyttevederlag kjøperen skulle betale. Etter kjøpsloven § 65, annet ledd, jf. §71, plikter selgeren, der han som et ledd i hevingsoppgjøret betaler kjøpesummen tilbake, å betale rente etter lov om forsinket betaling, «fra den dag han mottok betalingen». Lagmannsretten beregnet de renter selger skulle betale etter kjøpsloven § 65 på grunnlag av brutto kjøpesum, dvs. kr 14 990. A-Møbler anket Lagmannsrettens renteberegning inn for Høyesterett.

A-møbler gjorde gjeldende at det ikke skulle svares renter av hele kjøpesummen, men kun av det nettobeløp som skal tilbakebetales i forbindelse med hevingsoppgjøret. A-møbler begrunnet standpunktet med at selgers tilbakebetalingsplikt tidligst oppstår når hevingskravet fremsettes. Det er således en fiksjon at kjøperen har et forfalt krav

allerede fra det tidspunkt kjøpesummen blir betalt. I et tilfelle der mangelen først kommer til syne over tre år etter leveringen, vil det slå meget ugunstig ut for selgeren dersom han må betale rente av hele kjøpesummen fra det tidspunkt kjøper betalte. A-møbler viste også til at løsningen i avhendingslova er at renten ved hevingsoppgjør først beregnes fra en måned etter at hevingskravet er avsendt. Etter A-Møblers oppfatning stenger ikke ordlyden i kjøpsloven § 65 i et tilfelle som det foreliggende for at renteberegningen begrenses til det nettobeløp som selgeren skal betale tilbake.

Etter A-Møblers oppfatning måtte selgerens plikt til å betale renter videre ses i sammenheng med det vederlag kjøper skal svare for den nytte hun har hatt av tingen. Selgers krav på nyttevederlag akkumuleres over hele bruksperioden. Vederlaget kan derfor ikke settes til det fulle beløp fra det tidspunkt salgsgjenstanden ble overlevert. Rettstekniske hensyn tilsier at renteberegningen i oppgjøret mellom partene skjer ved at det gjøres fradrag for verdien av nyttevederlaget før det beregnes renter av kjøpesummen.

Førstvoterende innledet spørsmålet om renteberegningen med å redegjøre for § 65. Der det skal skje en tilbakeføring av hovedytelsene, skal denne omfatte nytte eller avkastning partene har hatt ved å kunne disponere hovedytelsen. For pengevederlagets del er tilleggsytelsen standardisert ved bestemmelsen om betaling av renter i § 65 annet ledd. Avkastning eller nytte av naturalytelsen er vanskeligere å bedømme, og det skal etter § 65 første ledd skje en skjønnsmessig vurdering av den nytte kjøperen har hatt av salgsgjenstanden. Førstvoterende påpekte videre at § 65 kun omfattet rente/nytte akkumulert i løpet av det aktuelle tidsrom. Det skal således ikke foretas noen ytterligere renteberegning i form av rentesrente for selger eller rente av den pengeverdi nytten representerer for kjøper.

På bakgrunn av hvordan kjøpsloven foreskriver at hevingsoppgjøret skal skje, med gjensidig tilbakeføring av hovedytelsene i § 64 og

ytterligere utveksling av avkastning/nytte og rente i § 65, fant førstvoterende det «rimelig klart» at selgerens syn på renteberegningen ikke kan føre frem. Den løsning selgeren argumenterte for ville ikke være i samsvar med vanlige motregningsregler. Dersom det vederlag kjøperen skal belastes for nytten ved salgsgjenstanden i den tiden hun har den skal komme til fradrag i kjøpesummen før rentene beregnes, blir resultatet at selgeren ikke betaler rente av et beløp som svarer til nyttevederlaget. Selgeren vil da ha foretatt en motregning mellom et rentebærende og et ikke rentebærende krav, uten at det justeres for renten. Dersom selgeren ønsker å motregne sitt krav på nyttevederlag fra kjøperen i kjøperens krav på tilbakebetaling av kjøpesummen, må det i tilfelle skje ved at nyttevederlaget trekkes fra et beløp som også omfatter de renter som skal beregnes av kjøpesummen. Som førstvoterende påpeker i redegjørelsen for § 65 er det først når det er klart hvilken rente/nytte som er akkumulert i det aktuelle tidsrom at det vil kunne skje en motregning mellom rentefrie ytelser.

Utmålingen av nyttevederlaget

I sin motanke gjorde Eljarbø gjeldende at Lagmannsretten hadde fastsatt nyttevederlaget kjøperen skulle betale etter kjøpsloven § 65 første ledd til et for høyt beløp. Lagmannsretten fastsatte vederlaget til kr 7200. Lagmannsretten ga ikke en egen begrunnelse, men viste til Forbrukertvistutvalgets utmåling av vederlaget i utvalgets vedtak i saken. Om utmålingen uttalte Forbrukertvistutvalget: «Når det gjelder vederlagets størrelse, er det klart at dette må utmåles konkret, etter en skjønnsmessig vurdering. Utvalget legger til grunn at klageren har hatt full nytte av de påklagede møbler frem til reklamasjonstidspunktet. I denne perioden finner en at det må svares et vederlag som i størrelsesorden bør avpasses mot selgers renteplikt.»

Høyesterett avviste Forbrukertvistutvalgets syn om at nyttevederlaget etter kjøpsloven § 65 første ledd skal tilpasses den rente selger skal betale etter bestemmelsens

andre ledd. Høyesterett åpnet riktignok for at det «i forbrukerforhold bør være en rimelig balanse mellom de ytelser som utveksles mellom partene etter reglene i kjøpsloven § 65». Renten på 12 % som selger skal betale etter lov om forsinket betaling er høyere enn den avkastning selger normalt kan regne med å få av beløpet, og således høy i forhold til det avkastnings- og berikelsessynspunkt som § 65 bygger på. Fastsettelsen av nyttevederlaget skal etter Høyesteretts oppfatning allikevel skje etter en mer objektiv vurdering på bakgrunn av salgsgjenstandens verdi og den antatte brukstid.

Høyesterett satte verdien av tingen til kjøpesummen, mao. det kjøper hadde gitt for tingen på tilbud. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i redegjørelsen for Høyesteretts tolkning av kjøpsloven § 69.

I beregningen av nytten tok Høyesterett utgangspunkt i den normale brukstid for den aktuelle type salgsgjenstander. Tingens fysiske levealder representerer ytterpunktet, men dette må justeres på bakgrunn av den brukstid de aktuelle gjenstander har i praksis. I denne vurderingen er det ikke bare aktuelt å trekke inn momenter som slitasje, elde mv. For møbler er det også relevant at brukstiden påvirkes av momenter som «svingninger i kjøpernes smak, livsmønster og private økonomi». Høyesterett fastslo brukstiden for den aktuelle type møbler til 10 år.

Høyesterett beregnet den årlige nytten ved å fordele kjøpesummen over brukstiden på 10 år. Høyesterett reiste spørsmålet om nyttevederlaget burde settes noe høyere de første årene. Det faktum at slike hevingsoppgjør gjennomføres i et stort antall hvert år tilsa allikevel en forenklet beregningsmodell, og ikke en regel som åpner for et usikkert skjønn og tvister. På denne bakgrunn fastsatte Høyesterett nyttevederlaget for en periode på tre år til kr 5 250.

Høyesteretts tolkning av «rimelig vederlag» i § 65 første ledd til å innebære en standardisert beregningsregel i forbrukerkjøpstilfellene med utgangspunkt i salgsgjenstandens markedsverdi og levealder, er etter min oppfatning av

prinsipiell betydning. Ved å knytte beregningen til salgsgjenstandens markedsverdi, knyttes «rimelig» til tingens økonomiske verdi, og ikke til en rent skjønsmessig vurdering av nytten for den konkrete kjøper. En sjablonmessig beregningsmåte avhengig av tingens levealder gir en (rimelighets)vurdering som er enkel å foreta i praksis. Etter min oppfatning er Høyesteretts beregningsmåte fornuftig i tilfeller der tingen har en begrenset levetid og «forbrukes etter hvert», mao. i det store antallet forbrukerkjøp.

Regelen passer ikke like godt på varige salgsgjenstander som det til enhver tid kan fastsettes en markedspris for, f.eks. smykker, kunstgjenstander mv. For slike gjenstander, som i forbrukerforhold muligens er de mer spesielle tilfellene, bør etter min oppfatning en annen beregningsmåte legges til grunn.

Forståelsen av «gjengs pris ved overtakelsen» i kjøpsloven § 69 første ledd når kjøpet er foretatt på utsalg

I sin motanke gjorde Eljarbø videre gjeldende at hun hadde krav på erstatning. Det var ikke omtvistet at kjøpsloven § 40 første ledd ga det nødvendige ansvarsgrunnlag. Partene var videre enige om at siden kjøperen ikke hadde foretatt noe dekningskjøp, måtte eventuell erstatning utmåles etter kjøpsloven § 69. Eljarbø gjorde gjeldende at hun etter tapsberegningregelen i kjøpsloven § 69 første ledd, annet punktum hadde hatt et tap tilsvarende differansen mellom salgsgjenstandens fulle pris, som måtte betraktes som «gjengs pris ved overtakelsen», og tilbudsprisen.

Høyesterett slo fast at det ikke kunne legges til grunn som en alminnelig regel at «gjengs pris ved overtakelsen» i en utsalgsperiode er den nedsatte prisen. Det normale utgangspunkt etter kjøpsloven § 69 vil etter min oppfatning således være en salgsgjenstands «fulle» eller «normale» pris.

I den aktuelle sak la Høyesterett likevel grunn til at den rabatterte prisen var «gjengs pris ved overtakelsen». Dette fordi markedet for møbler i Oslo-området er slik at det er mulig å gjøre dekningskjøp

til rabatterte priser i en ikke uvesentlig del av året. Ut i fra den lojalitetsplikt som generelt gjelder i kontraktsforhold har kjøperen plikt til å begrense sitt tap ved mislighold på selgerens side. Har kjøperen kjøpt møbler på utsalg, må tapet vurderes på bakgrunn av den muligheten kjøperen hadde til å få kjøpt tilsvarende møbler på utsalg. På denne bakgrunn kom Høyesterett til at Eljarbø ikke hadde krav på erstatning etter kjøpslovens § 67 flg. for tap ved prisforskjell.

Olav Kolstad

PENGEKRAVSRETT

Misbruk av kontofullmakt. Tilbakesøkningskrav overfor den begunstigede. Rt. 2001 s. 1580

A var regnskapsfører for Søndre Borettslag og hadde som sådan full disposisjonsrett over borettslagets bankkonti. Han var også regnskapsfører for Slåtto Husbygg og Hallingbygg. Da en husbyggingskontrakt mellom A og Slåtto Husbygg ble mer tyngende for A enn beregnet, foretok han en rekke transaksjoner hvorved midler fra Borettslaget og Hallingbyggs bankkonti ble overført til Slåtto Husbyggs konto.

Vi kan nøye oss med å nevne to transaksjoner: (i) kr 87.000 ble overført først til As konto og derefter til Slåtto Husbygg, (ii) kr 150.000 ble overført direkte fra Borettslagets konto til Slåtto Husbyggs, men i etterhånd forfalt A overføringsbilagene slik at betalingen syntes å komme fra As konto.

Borettslaget mente at det i det første tilfellet forelå ekstinksjon og nøyet seg derfor med å kreve tilbake kr 150.000. Dette kravet ble ikke godtatt i første instans, men av lagmannsretten.

Førstvoterende i Høyesterett – som fikk følge av tre dommere – forkaster først Slåtto Husbyggs ekstinksjonsinnsigelse som var bygget på at det ikke kunne gjøre

noen forskjell at betalingen ikke var gått via As konto, men direkte. Han antar at det avgjørende tidspunkt er da pengene gikk inn på Slåtto Husbyggs konto (med henvisning til Rt. 1998 s. 1523 og finansavtalel. § 39), og på dette tidspunkt forelå det ikke noe «i det ytre grunnlag» som talte for at det dreide seg om en betaling fra A. Dermed blir spørsmålet om tilbakesøkningskrav kan kreves i henhold til ulovfestede regler. Førstvoterende tar utgangspunkt i Fearnley & Eger-dommen i Rt. 1998 s. 989 som viser at tilbakesøkningskrav kan anvendes også utenfor «en mer tradisjonell *condictio indebiti*-situasjon». Etter rettspraksis skal det ved tilbakesøkningskrav «skje ei konkret vurdering for kvart tilfelle under omsyn til kva som er rimeleg». At det her forelå en kriminell handling, og at det ikke forelå noen betalingsplikt på Borettslagets side, taler sterkt for tilbakesøkningskrav.

Borettslaget ansees ikke å ha opptrådt uaktsomt ved å gi A så vid fullmakt.

Slåtto Husbygg ved innehaveren kan ikke klandres, men A handlet på vegne av Slåtto Husbygg da han tok overføringsmeldingen med seg fra banken idet dette ikke lå utenfor en rimelig arbeidsoppgave for en frittstående, autorisert regnskapsfører. Og dertil: Slåtto Husbygg måtte ansees å ha godtatt dette. Under disse omstendigheter kunne ikke Slåtto Husbygg gjøre krav på å ha vært i god tro:

«når denne trua kvilte på at rekneskapsføreren i ettertid, i tilknytning til oppdraget for føretaket, forfalska overføringsmeldinga slik at ikkje andre i føretaket kunne sjå at det var burettslaget som hadde betalt.»

Det som etter dette kunne gjøre tilbakesøkningskrav tvilsomt, var tidsmomentet: Overføringen skjedde 30. september 1997 og kravet om tilbakeføring ble fremsatt i januar 1999. I seg selv var dette ikke for lang tid, jf. Rt. 1985 s. 290 (om forsikringsoppgjøret etter senkning av fraktestartøyet Birgo). Kravet ansees heller ikke tapt på grunn av klanderverdig passivitet på Borettslagets side; det hadde tatt tid før det ble klarlagt hva som egentlig hadde hendt. For de nær-

mere omstendigheter henvises det til dommen.

Borettslaget ble tilkjent saksomkostninger for alle retter.

Mindretallet – dommer Oftedal Broch – var enig i resultatet, men argumenterer langs en annen linje. Han tar utgangspunkt i at A har misbrukt sin fullmakt: A har i realiteten trukket penger på Borettslagets konto til dekning av egen gjeld, og det er ikke grunn til å legge utslagsgivende vekt på den tekniske fremgangsmåte.

Retten til pengene må her avgjøres med utgangspunkt i at «A var legitimert til å råde over borettslagets konto». Dersom Slåtto Husbygg var i god tro, er hovedregelen at selskapet vinner rett til pengene. Dette bygges på uttalelse i Rt. 1993 s. 679 (på s. 683) om vindikasjon av «kontopenger», prinsippet i godtro. § 1 samt Lilleholt, Godtruereverv (3. utg. 1999) s. 124–125. Mindretallet uttalte:

«Dersom Slåtto [innehaveren av Slåttobygg] hadde vært klar over at pengene kom fra borettslagets konto, men hadde grunn til å tro at A var berettiget til å benytte kontoen til å betale egen gjeld, anser jeg det som utvilsomt at borettslaget i forhold til godtroende mottaker måtte bære tapet ved at lagets fullmektig hadde gått ut over sin fullmakt. Jeg kan vanskelig se at løsningen skal være en annen fordi Slåtto ikke visste hvilken konto pengene kom fra, men hadde grunn til å tro at de stammet fra As bygge-lån.»

At A hadde gått ut over sin fullmakt, ansees således ikke avgjørende: Det er alminnelige ekstinksjonsregler, ikke avtalerettens fullmaktslære, som anvendes. Men heller ikke mindretallet anser at god tro foreligger:

«Hadde Slåtto hatt en hederlig regnskapsfører eller hadde han ført sine regnskaper selv, må det antas at han umiddelbart ville blitt oppmerksom på at dekningen av As gjeld skjedde med penger fra Søndre Borettslag, noe som ville ha krevet en forklaring.»

Thor Falkanger

ERSTATNINGSRETT

Ny litteratur

Morten Kjelland: Hjemmearbeideres erstatningsrettslige vern

Boken behandler skl. § 3-1 annet ledd annet punktum hvor det heter at «Med inntekt likestilles verdien av arbeid i hjemmet». Boken er delt i to hoveddeler: I første del fremstilles de erstatningsrettslige grunnvilkår og rettsreglene om utmåling av erstatning for tapt hjemmearbeidsevne. I andre del foretas retts sosiologiske analyser av hjemmearbeideres reelle erstatningsvern. Boken har domsregister som også dekker upubliserte underrettsavgjørelser.

Morten Kjelland:
Hjemmearbeideres erstatningsrettslige vern. ISBN 82-05-28113-0. Gyldendal Akademisk. Oslo 2002. 260 sider, kr 310,-.

Peter Hambro

IMMATERIALRETT

PATENTRETT

Forslag til direktiv om software-patentering

Den 20. februar 2002 la Kommisjonen frem et forslag til direktiv om patentering av oppfinnelser som utøves ved bruk av datamaskiner («Proposal for a directive ... on the patentability of computer-implemented inventions», COM (2002) 92 final). Det tilstrebes primært en høyere grad av rettsenhet på det indre marked. Eksisterende rettspraksis og administrativ praksis på dette området er i dag ikke enhetlig, til tross for et felles lovgrunnlag i Strasbourgkonvensjonen av 1963 og Den europeiske patentkonvensjonen av 1973. Dette nødvendig-gjør harmoniseringstiltak, som i henhold til forslaget langt på vei følger de prinsipper som er blitt utviklet i praksis fra den europeis-

ke patentmyndigheten, EPO. Kommisjonen tar ikke sikte på å bringe beskyttelsen opp på det nivå som er etablert i bl.a. USA. Forslaget reflekterer dermed en mer forsiktig holdning enn den som ble lagt til grunn i forbindelse med direktiv 98/44, om patentering av bioteknologiske oppfinnelser. Kommisjonen peker på at amerikansk praksis på dette området er av nyere dato, og at virkningene av denne praksis, særlig når det gjelder datamaskin- eller nettverksbaserte forretningsmetoder, ennå ikke er klarlagt.

Direktivforslaget tar i fortalens 10. betraktning utgangspunkt i at en oppfinnelse, for å være patenterbar, må ha *teknisk karakter*. Dette svarer til etablert norsk og europeisk praksis, jf. f.eks. EPO-avgjørelsene T 854/90 IBM/Card reader [1994] EPOR 89 og T 931/95 PBS PARTNERSHIP/Controlling pension benefits system, O.J. EPO 2001, 441. Videre slås det fast at en oppfinnelse som utøves ved bruk av en datamaskin, skal anses å tilhøre det *tekniske området*, jf. art. 3

(«a computer-implemented invention is considered to belong to a field of technology»). En slik bestemmelse er trolig blitt ansett nødvendig for å oppfylle medlemsstatenes forpliktelse etter TRIPS-avtalens art. 27, som bestemmer at den samme beskyttelse skal være tilgjengelig for oppfinnelser på alle tekniske områder («patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology»). Såvidt forstås innebærer dette at en oppfinnelse som har teknisk karakter skal anses patenterbar, selv om den gjennomføres ved hjelp av en datamaskin. Bestemmelsen innebærer imidlertid ikke at rent abstrakte algoritmer o.l. kan patenteres. Så langt er forslaget på linje med gjeldende rett i Europa.

Hovedproblemet i praksis har vært å trekke grensen mellom de rent abstrakte algoritmer o.l., som ikke kan patenteres, og programbaserte oppfinnelser med teknisk karakter, som kan patenteres. For denne grensedragningen gir ikke direktivforslaget klare retningslinjer, men skaper tolkningsproblemer. Avgrensningen mellom det

patenterbare og det ikke patenterbare, skal etter forslaget hovedsakelig skje på grunnlag av kravet om oppfinneshøyde (jf. patentlovens § 2 første ledd; art. 56 EPC). Etter forslaget art. 4(2) skal det anses som en betingelse for oppfinneshøyde at det foreligger «a technical contribution». Det er grunn til å merke seg at begrepet «technical contribution» derved knyttes til vurderingen av oppfinneshøyde, og ikke til *teknisk karakter*, slik man tradisjonelt har vært vant til. Begrepet «technical contribution» skal i henhold til art. 2(a) bety «a contribution to the state of the art in a technical field which is not obvious to a person skilled in the art». Definisjonen kan tyde på at det oppfinneriske bidraget – altså det nye og patentbegrunnende – må ligge på det tekniske området («in a technical field»), dvs. i oppfinnens tekniske elementer, og ikke i en abstrakt algoritme, en forretningsmetode e.l. En slik forståelse er i samsvar med EPO-avgjørelsen T 931/95 PBS PARTNERSHIP/Controlling pension benefits system, O.J. EPO 2001, 441. På den andre siden er en slik forståelse vanskelig å forene med forslaget art. 4(3), der det heter at «The technical contribution shall be assessed by consideration of the difference between the scope of the patent claim considered as a whole, elements of which may comprise both technical and non-technical features, and the state of the art». Etter den sistnevnte bestemmelsen synes det ikke å være noe i veien for at det oppfinneriske og patentbegrunnende kan ligge i et abstrakt element. En slik forståelse er i samsvar med det som har vært den vanlige oppfatningen her i landet, og harmonerer med tidligere EPO-avgjørelser, som f.eks. T 26/86 KOCH & STERZEL/X-ray apparatus [1988] EPOR 72, og med tysk praksis, f.eks. BGH 4.2.1992 BGHZ 117, 144 (Tauchcomputer) og BGH 11.5.2000 GRUR 2000, 1007 (Sprachanalyseeinrichtung). Det er uheldig at direktivforslaget ikke bringer større klarhet i dette spørsmålet.

Et klart avvik fra nyere europeisk praksis synes derimot å være tilsik-

tet med bestemmelsen i art. 5. Her fastslås det at patentkrav skal aksepteres på programmerte data-maskiner, programmerte nettverk og andre programmerte apparater, samt på fremgangsmåter som gjør bruk av slik «hardware». Det som direkte kommer til uttrykk i bestemmelsen er i og for seg ikke nytt; det nye ligger i *antitesen*. Kommisjonens merknader viser nemlig at bestemmelsen er ment å være uttømmende, slik at det *ikke* skal aksepteres patentkrav på selve *programvaren*. Dette innebærer en fravikelse av den linje som ble introdusert med EPO-avgjørelsene T 935/97 IBM/Computer programs [1999] EPOR 301 og T 1173/97 IBM/Computer program product, O.J. EPO 1999, 609. Kommisjonen gir ingen nærmere begrunnelse for den innsnevring av patenteringsadgangen som foreslås på dette punkt.

Are Stenvik

VAREMERKERETT

Distinktivitetskravet – GOD MORGONdommen

I en avgjørelse av 11. april d.å. slo Høyesterett enstemmig fast at kravet om særpreg i varemerkelovens § 13 første ledd første punktum – som må være oppfylt for at et varemerke skal kunne oppnå vern gjennom registrering – på bakgrunn av EF-rettslig praksis må settes «temmelig lavt». Det ble videre lagt til grunn at *friholdelsesbehovet*, dvs. behovet for å unngå monopolisering av ord og tegn som også andre næringsdrivende har en berettiget interesse i å bruke, ikke har spilt «noen fremtredende rolle» i EF-domstolens og Førsteinstansrettens praksis. Dette står i motsetning til uttalelser i f.eks. Rt. 1995 s. 1908 (MOZELL), om at friholdelsesbehovet er «et vesentlig hensyn bak regelen i varemerkelovens § 13 første ledd».

Bakgrunnen for saken var at det svenske Jo-Bolaget i 1990 hadde anmeldt til registrering et kombinert ord- og figurmerke, med tek-

sten GOD MORGON APELSIN-JUICE MED FRUKTKÖTT. Søknaden gjaldt vareklasse 32, som blant annet omfatter fruktjuicer. Patentstyret – både Første og Annen avdeling – mente at varemerket ikke kunne registreres uten at det ble tatt inn en anmerkning som gjorde det klart at uttrykket GOD MORGON var unntatt fra rettsvernet (vml. § 15 annet ledd). En slik anmerkning ble ikke akseptert av søkeren, og søknaden ble avslått. Avslaget ble opprettholdt av byretten, men kjent ugyldig av lagmannsretten, og Høyesterett kom – riktignok under en viss tvil – til samme resultat.

Vilkårene for at registreringsmyndigheten skal kunne kreve unntaksanmerkning, er at den merkedel det gjelder ikke kunne vært registrert særskilt, samt at registrering uten unntaksanmerkning kan skape uvisshet om enerettens omfang. Det var det første spørsmålet – om GOD MORGON kunne vært registrert alene – som var omtvistet i saken, og spørsmålet var nærmere bestemt om uttrykket oppfylte vilkåret i § 13 første ledd første punktum, om at det som skal registreres må være «egnet til å skille søkerens varer fra andres».

Bestemmelsen i varemerkelovens § 13 første ledd første punktum gjennomfører varemerkedirektivets (89/104/EØF) art. 3(1)(b), hvor det heter at varemerker ikke skal registreres dersom de «mangler særpreg» («are devoid of any distinctive character» i den engelske versjonen). Loven og direktivet inneholder også andre registreringsforbud, og av særlig interesse i denne sammenheng er bestemmelsene i § 13 første ledd annet punktum og direktivets art. 3(1)(c), som forbyr registrering av *beskrivende* varemerker. De to forbudene utgjør selvstendige nektelsesgrunner, men har delvis overlappende virkeområder. Partene i GOD MORGON-saken var enige om at uttrykket ikke kunne anses som beskrivende for de varer søknaden gjaldt, og et hovedspørsmål ble dermed hvorledes kravet om særpreg skulle bedømmes for ikke-beskrivende varemerker, det man kan kalle generelle reklameuttrykk. Et viktig spørsmål i den forbindelse er hvil-

ken vekt – om noen – som kan legges på friholdelsesbehovet.

Patentstyrets annen avdeling hadde i sin avgjørelse lagt vekt på at det «foreligger et klart friholdelsesbehov for ordene «god morgen» for en slik vare», men nyere praksis fra EF-domstolen hadde gjort det usikkert om det etter direktivet er adgang til å legge vekt på et slikt hensyn, jf. særlig avgjørelsen i sak C-383/99, Sml. 2001 s. I-6251 (BABY-DRY), omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 4/2001.

Generaladvokaten gikk i sin uttalelse i denne saken inn for at friholdelsesbehovet ikke skal anses relevant ved registrerbarhetsvurderingen. EF-domstolens avgjørelse var mindre klar, men domspremisene kan oppfattes som en implisitt tilslutning til Generaladvokatens synspunkt.

Førstvoterende tok utgangspunkt i direktivets harmoniseringsformål, som taler for å legge vekt på direktivets ordlyd og praksis knyttet til direktivet. Den samme vekt må dessuten legges på praksis knyttet til likelydende bestemmelser i forordning 40/94 om EF-varemerker, fordi det må antas at de to rettsaktene skal forstås på samme måte. Direktivets engelske versjon – og i noen grad den danske – måtte, etter førstvoterende oppfatning, forstås som uttrykk for «et lavere vilkår for registrering enn ordlyden i § 13 første ledd første punktum». Den norske versjonen av direktivet etterlater ikke helt det samme inntrykk, men denne versjonen så førstvoterende bort fra, idet den ble betegnet som «upresis» og «uoffisiell». Den førstnevnte karakteristikken er kanskje berettiget, men ikke den sistnevnte, jf. EØS-avtalens art. 129.

Noen praksis fra EF-domstolen som avklarer de spørsmål det her gjelder, foreligger ikke. «Det blir derfor et spørsmål,» uttalte førstvoterende, «hva man kan slutte seg til ut fra avgjørelser og premisser i saker som gjelder mer eller mindre likeartede spørsmål», og han tilføyde at «praksis for en vesentlig del er meget fersk», og at det «ennå er noe usikkert hvordan grensen skal trekkes i EF-retten for tilfeller av den type som foreligger i vår sak». Etter å ha gjennomgått en rekke

avgjørelser fra EF-domstolen og Førsteinstansretten, konkluderte han med at «det EF-rettslige materialet, indikerer at kravet til særpreg settes temmelig lavt». Praksis kan imidlertid – fortsatt etter førstvoterendes oppfatning – ikke anses å være til hinder for at friholdelsesbehovet tas i betraktning. EF-domstolen kan således, etter Høyesteretts oppfatning, ikke anses å ha gitt sin tilslutning til Generaladvokatens synspunkter i BABY-DRY-saken. Den samme oppfatning synes for øvrig å ha kommet til uttrykk i Førsteinstansrettens avgjørelser i sakene T-355/00, T-356/00 og T-358/00 av 20. mars 2002, truffet i utvidet avdeling, der det under henvisning til forente saker C-108/97 og C-109/97 (*Windsurfing Chiemsee*) uttales at bestemmelsen i forordningens art. 7(1)(c) «pursues an aim which is in the public interest, namely that descriptive signs or indications may be freely used by all».

Førstvoterende ga imidlertid uttrykk for at friholdelsesbehovet har mindre betydning ved anvendelsen av vml. § 13 første ledd første punktum og direktivets art. 3(1)(b), enn i forhold til vml. § 13 første ledd annet punktum og direktivets art. 3(1)(c). Dette synes å måtte bety at friholdelsesbehovet har mindre vekt ved vurderingen av registrerbarheten for alminnelige reklameuttrykk enn for beskrivende ord og uttrykk. En slik konklusjon kan neppe sies å ha noe klart grunnlag i EF-rettslig praksis. BABY-DRY-saken, der friholdelsesbehovet ikke ble tillagt vekt, gjaldt nettopp anvendelsen av forordningens art. 7(1)(c), som tilsvarende direktivets art. 3(1)(c). Og en uttalelse i Førsteinstansrettens dom i sak T-117/00 (vasketabletter), som gjengis av førstvoterende, sier ikke mer enn at et antatt friholdelsesbehov ikke i seg selv gir grunnlag for registreringsnektelse etter art. 7(1)(b). Den sistnevnte avgjørelsen må dessuten ses i lys av at det der dreide seg om registrerbarheten av en vares utseende, der friholdelsesbehovet varetas av særregelen i forordningens art. 7(1)(e).

Selv om det kan være vanskelig å se at friholdelsesbehovet generelt

bør tillegges større vekt ved anvendelsen av direktivets art. 3(1)(c), enn ved anvendelsen av art. 3(1)(b), kan det opplagt gjøre seg gjeldende med særlig styrke for enkelte typer av varemerker som omfattes av art. 3(1)(c), f.eks. geografiske betegnelser, jf. EF-domstolens avgjørelse i forente saker C-108/97 og C-109/97 (*Windsurfing Chiemsee*). Men det kan også tenkes at friholdelsesbehovet gjør seg sterkt for enkelte varemerker som ikke er beskrevne, f.eks. for noen alminnelige reklameuttrykk – tenk bare på slike som SALG, TILBUD, MARKED osv. Hertil kommer at bestemmelsene om begrensning av varemerkets virkning i direktivets art. 6, hvorefter varemerkeinnhaveren ikke kan forby tredjemann å gjøre bruk av opplysninger om varens eller tjenestens art, beskaffenhet osv., varetar friholdelsesbehovet for beskrivende varemerker, iallfall langt på vei, men ikke for alminnelige reklameuttrykk. Det kan dermed sies å være større grunn til å ta hensyn til friholdelsesbehovet ved registrerbarhetsvurderingen etter art. 3 for de sistnevnte uttrykkene. Mot denne bakgrunn kan det være grunn til å melde en viss reservasjon overfor nedtoningen av friholdelsesbehovets betydning for vurderingen etter art. 3(1)(b) spesielt, men førstvoterendes generelle konklusjon, om at friholdelsesbehovet i alminnelighet må tillegges noe mindre vekt enn tidligere, synes fullt forsvarlig på grunnlag av den praksis som nå foreligger fra EF-domstolen.

I den konkrete vurderingen av om uttrykket GOD MORGON oppfylte kravet til særpreg, la førstvoterende vekt på at uttrykket er «ganske slående både visuelt og fonetisk, og at det spiller på de positive assosiasjoner som en vennlig morgenhilsen vanligvis gir». En slik konkret vurdering er naturligvis ofte diskutabel, og det kan f.eks. settes spørsmålstegn ved karakteristikken av GOD MORGON som visuelt slående. Når man snakker om ord med visuelt særpreg, tenker man vanligvis på ord som inneholder uvanlige bokstaver og bokstavsammenstillinger, slik som EXXON. GOD MORGON

inneholder verken uvanlige bokstaver eller bokstavsammenstillinger, og vel heller ingen andre visuelle særegenheter som er egnet til å vekke oppmerksomhet. Og det at GOD MORGON «spiller på de positive assosiasjoner som en vennlig morgenhilsen vanligvis gir», er neppe noe godt argument for at kundekretsen vil oppfatte uttrykket *som et varemerke*, dvs. som et tegn som er ment å skille innehaverens varer fra andres, men tilsier snarere at uttrykket vil oppfattes nettopp *som en hilsen*, som varen er blitt utstyrt med for å frembringe positive assosiasjoner. Men dette er naturligvis av underordnet betydning. Det vesentlige i dommen ligger i den avklaring den innebærer med hensyn til distinktivitetsnormen og friholdelsesbehovets stilling.

Are Stenvik

KONKURSRETT

Skattekrav i gjeldsordning.

Høyesterettskjennelse

Gjeldordningsloven 17. juli 1992 nr. 99 § 4-8(c) gir hjemmel for å fastsette forskrifter om skattekravs behandling i gjeldsordning. Høyesterett avgjorde 11. april i år (sak 2001/567) i avdeling at skattemyndigheten likevel var «omfattet av gjeldsordningen,» og derfor kunne søke ordningen opphevet etter gjeldsordningsloven § 6-1 andre ledd. Avgjørelsen bygget på en tolking av en nå opphevet forskrift av 18. desember 1992 nr. 1083.

Det ble bemerket at forskriftshjemmelen i og for seg var vid nok til helt å unnta skattekrav fra gjeldsordningen. I den gjeldende forskriften av 10. januar 1997 nr. 14 §§ 3 og 1 andre ledd fremgår det tydelig at meningen heller ikke her har vært å løfte skattekrav helt ut av gjeldsordningen. Unntak er imidlertid gjort blant annet for visse, spesifiserte typer skattekrav når disse utgjør mer enn 60 % av skyldnerens totale gjeld.

Erik Røsæg

Renter av forsikringskrav ved insolvens.

Høyesterettsdom

Insolvensbehandling i forsikrings-selskaper følger ikke de alminnelige reglene i konkursloven og dekningsloven, men følger særlige regler i banksikringsloven 6. desember 1996 nr. 75. En av reglene her er at forsikringskrav har prioritet, § 4-11(2). Denne bestemmelsen omfatter uttrykkelig også rentene av kravet på forsikrings-selskapet.

Dette var før tvilsomt, da den tidligere bestemmelsen i forsikringsvirksomhetsloven 10. juni 1988 nr. 39 § 11-5 ikke nevnte renter spesielt. Høyesteretts dom 20. mars i år (sak 2001/344) klargjorde imidlertid at også den tidligere rettstilstanden ga prioritet til rentekravene.

Erik Røsæg

TINGSRETT

Reguleringsplaner og negative servitutter.

Høyesterettsdom

Et gammelt stridsspørsmål er hvorvidt en negativ servitutt faller bort når en reguleringsplan forutsetter en anvendelse av arealet som er i strid med servitutt. Et endelig svar på dette trodde mange man hadde fått ved Høyesteretts dom i saken om Gjensidige-bygget på Lysaker, jf. Rt. 1995 s. 904. Der ble en gammel negativ servitutt fra omkring 1900 angrepet på tre grunnlag, og Høyesterett gjorde det litt usedvanlige å ta livet av servitutt på alle de tre grunnlag. Her skal vi bare omtale det Høyesterett først tok standpunkt til, nemlig reguleringsplanens betydning: Høyesterett sa reservasjonsløst at en reguleringsplan tilsidesetter en negativ servitutt som er til hinder for utbygging i samsvar med planen, men først når «en står overfor en aktuell utbygging av den tjenende eiendom i samsvar med planen». Og dertil ble det sagt at slikt bortfall bare unntaksvis kan utløse et erstatningskrav.

I dom av 4. februar i år (Bortelid

mot Wilhelmsen m.fl., sak 2001/416) har Høyesterett i betydelig utstrekning fraveket Gjensidige-dommen. Bakgrunnen var i korthet at da Bortelid hyttefelt ble utbygget i 1970–80-årene (dels med eieoms-, dels med festetomter) ble det påheftet området en klausul om at videre bebyggelse ikke skulle skje. På slutten av 1990-tallet kom det en reguleringsplan om fortetting av området, som hytteeierne mente kom i strid med deres servitutt og derfor ikke kunne følges. Hytteeierne tapte i herredsretten, men vant i lagmannsretten og i Høyesterett.

Førstvoterende i en enstemmig Høyesterett (som også var førstvoterende i Gjensidige-saken) viser til den kritikk som Gjensidige-dommen har møtt, og sier følgende om Gjensidige-dommen:

«Jeg er kommet til at uttalelsene om bortfall av negative servitutter har fått en for generell utforming og bør modereres. De passer kanskje best på byggeservitutter som har vært mer aktuelle i tidligere tider, men som nå fremstår som lite tilpasset dagens utbyggingsbehov, som strøkservitutter som båndlegger areal til et annet formål enn det reguleringsplanen har, deleforbud i eldre villastrøk og bestemmelser om byggegrenser mv. ...»

Nøyaktig hva disse utsagn innebærer, er ikke helt enkelt å besvare. Hovedsynspunktet synes imidlertid å kunne formuleres slik at der tidens tann har tæret – jf. ordene «som har vært mer aktuelle i tidligere tider» – kan en reguleringsplan være siste spiker i kisten. Men i så fall blir det ikke så stor forskjell fra vanlig lære om bortfall på grunn av endrede omstendigheter, en lære som Høyesterett anvendte da grunnlag nr. 2 ble drøftet i Gjensidige-saken. Formuleringene er såvidt vage, jf. uttrykket «passer kanskje best», at man bør trå varsomt. En slags illustrasjon til dette er at grunneierne som åpenbart festet lit til Høyesteretts uttalelser i Gjensidige-dommen, nu ble pålagt å betale saksomkostninger for alle retter.

Thor Falkanger

Tap av status som odelsjord – ytterligere bidrag fra Høyesterett. Rt. 2002 s. 112

I den senere tid har vi fått en rekke avgjørelser fra Høyesterett om tilfeller der utviklingen har ført til at en eiendom ikke lenger kan ansees som odelseiendom, jf. odelsl. § 23. Siste bidrag er Høyesteretts dom av 24. januar 2002 (Kvaalen mot Kvaalen).

Eiendommen Gisløys, beliggende i høyde fra ca. 700 til 1.300 meter over havet, har store utmarksstrekninger. Den har ikke vært drevet som jordbrukseiendom siden 1947, og ansees idag som en ren skogsbrukseiendom – med ialt ca. 3.150 daa skog, hvorav produktiv skog (bonitet 5 eller høyere) er ca. 355 daa. Det var enighet om at arealkravet i odelsl. § 2 var oppfylt. Tvisten gjaldt hvorvidt eiendommen hadde tapt sin karakter av odelseiendom slik at den odelsløse enke som hadde nådd pensjonsalderen, ikke kunne fordrives av sin odelsberettigede svoger, jf. odelsl. § 36 annet punktum.

Herredsrett og lagmannsrett kom til at eiendommen fortsatt var odelsjord, men Høyesterett var av annen oppfatning. Det ble henvist til senere praksis: Rt. 1998 s. 450 (Vesterøya), Rt. 2000 s. 1634 (Store Døvik) og Rt. 2001 s. 561 (Nordtveiten). Ved den konkrete vurdering av om Gisløys kan nyttes til landbruksdrift (jf. § 1), blir avkastningen av skogen det vesentlige. Sakkyndige hadde anslått nyttbar årlig tilvekst i furuskogen til ca. 30 kubikkmeter, hvilket etter dagens priser ville gi bidrag pr. år på inntil kr 5.000, med anbefalt uttak hvert 10–15. år. I tillegg kunne det være aktuelt med noe vedhugst i løvskogen. Dette fant Høyesterett for beskjedent: Det var lite sannsynlig at en fornuftig kjøper ville starte skogsdrift ved eget arbeide og investeringer, eller ved å få andre til å drive ut skogen med sikte på en avkastning på høyst kr 5.000 pr. år. I tillegg må forrentning av kjøpesummen tas i betraktning. Det presiseres fra Høyesteretts side at det ikke finnes avgjørende at inntektene her må forventes å komme med flere års mellomrom.

Til eiendommen er det imidlertid endel øvrige inntekter: fra jakt-, fiske- og hytteutleie samt fra utleie av beite med tilhørende hytte. Disse inntektene kunne vært tatt i betraktning som et tilleggsmoment – dersom skogsdriften hadde vært på et tilstrekkelig høyt nivå.

Odelsløsningskravet førte således ikke frem, og taperen ble pålagt å betale saksomkostninger for alle tre retter med ca. kr 47.000.

Thor Falkanger

BARNERETT

Omsorgsovertakelse. Høyesterettsdom

Høyesterett har i dom av 2. april 2002 (sak 2001/649) enstemmig opprettholdt et omsorgsvedtak for en jente som på domstidspunktet var tre og et halvt år gammel. Hun hadde bodd i fosterhjem siden hun var to år, men fordi saken gjaldt omsorgsvedtaket, ble den vurdert etter bvl. § 4-12. Avgjørelsen skulle likevel som fastslått i tidligere dommer treffes på grunnlag av forholdene i dag.

Lagmannsrettens dom var avsagt under dissens fra to av de juridiske dommere, som mente at hvis den faktiske situasjon de la til grunn skulle innebære «alvorlige mangler», ville vilkårene for omsorgsovertakelse være til stede i et meget stort antall tilfeller. Det ser ut til at lagmannsrettens mindretall vurderte mors omsorgsevne som mindre mangelfull enn flertallet og i tillegg mente at manglene til dels kunne kompenseres ved støtte fra omgivelsene.

I sin konkrete vurdering av mors omsorgsevne lar Høyesterett de sakkyndiges vurderinger veie tungt. Mor vurderes som å ha både svake evner og en personlighetsforstyrrelse, som forsterker hverandre. Hun har vansker med empati, frustreres fort fordi hun ikke forstår og mestrer det som forventes av henne og tar intet ansvar for problemer som oppstår. Av denne grunn fikk barnet de første seks månedene helt utilstrekkelig trygghet, kontakt, nærhet og utviklingsstøttende samspill med sin mor, med den følge at

barnets naturlige kontakt- og tilknytningskapasitet ikke ble skikkelig utviklet. Miljøet var preget av mye støy og turbulens. Det hjalp noe at morens nåværende ekte-mann kom inn som omsorgsperson da barnet var rundt åtte måneder, men også denne tilknytningen vurderes som utilstrekkelig.

Den sviaktende omsorgen i barnets første levetid vurderes som meget skadelig for henne, spesielt med hensyn til hennes evne til å knytte seg til andre, og hun har derfor helt spesielle omsorgsbehov. Hun er nå i en langsom positiv utvikling i fosterhjemmet og vil bli alvorlig skadelidende hvis omsorgen oppheves. Hennes tilknytningsforhold og gryende utvikling av tillit til andre vil bli stoppet, og tilbakeflyttingen vil reaktivere gamle, uhensiktsmessige mønstre for atferd og samspill. Hennes reaksjoner på en flytting vil neppe bli forstått og avhjulpet i hjemmet. Hun vil få problemer i sin emosjonelle utvikling, selvbilde, selvtillit og tillit til omsorgspersonene og andre voksne.

Høyesterett konkluderer ut fra dette med at vilkåret i § 4-12 første ledd bokstav a er oppfylt. Noe av den nevnte vurderingen gjelder virkningene av en tilbakeflytting, men foreldrenes evne til å takle hennes reaksjoner kan også ses som en side ved deres omsorgsevne. Høyesterett finner videre at omsorgsovertakelsen er nødvendig etter annet ledd, fordi moren ikke klarer å nyttiggjøre seg hjelp og veiledning. Samspillsvansker fremheves som spesielt vanskelige å avhjelpe, særlig når de ikke erkjennes.

Dommen er som de fleste dommer om disse spørsmålene, knyttet nært opp mot sakens konkrete fakta. Den har likevel interesse fordi det er lenge siden Høyesterett sist avsa en dom om omsorgsovertakelse, og fordi Høyesterett her viser en vilje til å følge de sakkyndige i vanskelige psykologiske spørsmål. Det gjøres ikke ureflektert, men etter en vurdering av de sakkyndiges konklusjoner som godt underbygd og klare, noe også situatene gir inntrykk av.

Det kan nevnes at omsorgen i fylkesnemnda var overtatt i med-

hold av § 4-12 bokstav d, mens herredsretten fant vilkårene i såvel bokstav a som bokstav d oppfylt. Høyesterett vurderer saken i forhold til bokstav a, i likhet med lagmannsretten. Hva som er grunnlaget for at de tidligere instansene har trukket inn bokstav d, fremgår ikke. Dette alternativet er ment for tilfeller der forholdene ved omsorgsovertakelsen er akseptable, men hvor barnet på lengre sikt vil bli påført alvorlig skade fordi foreldrene mangler de personlige forutsetninger for å ta ansvar for barnet. Beviskravet er strengt. Slik de faktiske forholdene er beskrevet i Høyesteretts dom, var det sentrale spørsmålet i saken om omsorgssituasjonen for barnet allerede var så dårlig at omsorgen måtte overtas, og om den fortsatt ville være det ved hjemflytting. Poenget var ikke at det ville skje en forverring av omsorgen etter som barnets behov endret seg med alderen. I en slik situasjon er det uheldig om omsorgsovertakelsen forankres i bokstav d, fordi det kan innebære at omsorgen overtas på et for svakt grunnlag. Bokstav d har fått en uheldig vag utforming og må anvendes med forsiktighet.

Kirsten Sandberg

Samværsrett. Høring av femårig barn, EMK art. 8. Sahin mot Tyskland, EMD

I en dom om en fars samværsrett med sin datter konstaterte EMD brudd på farens rett til familieliv etter art. 8 fordi barnet ikke var tilstrekkelig hørt, dom av 11. oktober 2001 (Hudoc REF0002804). Barnet var fem år på den tiden, og en psykolog hadde til den tyske domstolen uttalt at høring av jenta i retten og i det hele tatt direkte spørsmål til henne om forholdet til faren, innebar en risiko for at hun ville oppfatte sine uttalelser som avgjørende. Domstolen unnlot dermed å høre henne fordi det kunne bety en psykisk påkjenning.

Etter EMDs syn innebar unnlattelsen av å høre barnet at faren ikke i tilstrekkelig grad var trukket inn i samværsaken. EMD ser det som vesentlig at retten vurderer

barnets beste etter å ha hatt direkte kontakt med barnet. Retten skulle ikke ha godtatt den sakkyndiges uttalelser om risikoen uten en gang å overveie muligheten for å tilrettelegge situasjonen ut fra barnets lave alder. Det ble lagt vekt på at heller ikke psykologen hadde spurt barnet direkte om faren. EMD fremhever korrekt og fullstendig informasjon om barnets forhold til den som krever samvær som en ufravikelig forutsetning for å kunne fastslå barnets virkelige ønsker og dermed finne en rimelig balanse mellom interessene i saken.

EMD går ganske langt i å kreve at barnet skal høres av retten. Det er ikke som en rett for barnet, men av hensyn til sakens fulle opplysning som her særlig er begrunnet i saksøkerens interesse. I norsk intern rett kreves det ikke at så små barn skal være i direkte kontakt med retten, og det er en uvant tanke. Skal dette kravet følges opp, må det legges vekt på tilrettelegging av situasjonen. Det kan ikke foregå i rettsalen, og antakelig bør en fagperson snakke med barnet, med dommeren til stede. Fagpersonen kan trenge både for å samtale med barnet på en meningsfylt måte, og for å tolke det som blir sagt med tanke på hva som er barnets «egentlige» ønsker. Dommen gir for øvrig en viss åpning for at en sakkyndig kan snakke med barnet utenom retten. Men den legger uansett større vekt enn vi hittil har gjort på at barnet selv skal komme til orde også ved så lav alder.

Kirsten Sandberg

ARVERETT

Omstøtelse av gavesalg etter al. § 19. Rt. 2002 s. 127

Spørsmålet i saken var om verdien av en gave ved et gavesalg av fast eiendom kan omstøtes etter at en av arvingene har løst eiendommen på odel. Høyesterett kom enstemmig til at al. § 19 må forstås slik at arvingene kan kreve at selve salget blir gjort om og eiendom-

men tilbakeføres uskifteboet. Når dette ikke er mulig fordi eiendommen er videresolgt, må arvingene kunne kreve omstøtelse av selve gaveverdien.

Al. § 19 inneholder en todelt begrensning i gjenlevende ektefelles rådighet over uskifteboet. Bestemmelsen inneholder et ubetinget forbud mot å gi bort fast eiendom fra uskifteboet. For andre eiendeler gjelder begrensningen for gaver som står «i mishøve til formuen i buet». I al. § 19 fjerde ledd heter det videre at det som er fastsatt om gaver også gjelder for salg eller annet som inneholder en gave. Dette betyr at ethvert gavesalg av fast eiendom rammes av § 19 uansett størrelsen av gaveandelen i forhold til boet. Dette skillet mellom fast eiendom og andre eiendeler går tilbake til uskifteloven av 1927 hvor særregelen for fast eiendom ble tatt inn i loven under Stortingets behandling. I den danske arveloven skilles det ikke mellom arten av eiendeler som gis bort. Dersom gjenlevende gir bort en fast eiendom, kan arvingene få gaven omstøtt forutsatt at det subjektive vilkår i al. § 19 annet ledd er oppfylt. Ved gavesalg av fast eiendom oppstår da spørsmålet om hva omstøtelse innebærer; er det selve transaksjonen som omgjøres ved at eiendommen føres tilbake til uskifteboet eller er det gaveverdien. Spørsmålet har inntil nå ikke vært avgjort i rettspraksis. I dommen i Rt. 1982 s. 948 var partene enige i at det var verdien av gaven som skulle tilbakeføres til boet, ikke selve den faste eiendom. Førstvoterende uttalte derfor at han ikke behøvde «å gå inn på spørsmålet om kravet på å «få gåva omstøytt» ville gi rett til en tilbakeføring av eiendommen mot å gi tilbake vederlaget». Spørsmålet ble også kommentert av førstvoterende i Rt. 1993 s. 1474, se nedenfor.

Fakta i saken var i korthet: Gjenlevende ektefelle A satt i uskifte med seks felles livsarvinger etter at hustruen døde i 1994. Uskifteboet omfattet bl.a. en odels-eiendom. Sønn B var den best odelsberettigede. I 1989, mens begge ektefeller levde, overdro A eiendommen til to umyndige barnebarn, C og D. Overdragelsen

ble imidlertid ikke gjennomført. I 1995 utferdiget A et nytt skjøte til de to barnebarna og skjøtet ble tinglyst i desember 1997. Kjøpesummen var kr 125 000 og salgsværdien kr 257 000. Det var i skjøtet krysset av for at overdragelsen var gave. I mars 1998 reiste B odelsløsningssak mot C og D. Løsningsretten ble ikke bestridt og eiendommens verdi ble ved odelsstakst fastsatt til kr 340 000. Tre av barna, herunder B, reiste så omstøtelsessak mot A, C og D med krav om tilbakeføring av kr 215 000 (340 000 minus 125 000) til uskifteboet. Arvingene fikk medhold i omstøtelseskrevet i herredsretten og lagmannsretten. For Høyesterett var saken begrenset til spørsmålet om al. § 19 ga rett til omstøtelse av verdien av den gaven som A hadde gitt til C og D når eiendomsretten var overført til en annen. C og D anførte at omstøtelseskrevet måtte gjelde gjenstanden så sant den er i behold og kan kreves tilbakeført.

Om hva omstøtelse av gavesalg betyr, uttalte Høyesterett:

«Jeg har funnet dette spørsmålet noe tvilsomt, men jeg er – i likhet med lagmannsretten – blitt stående ved at arveloven § 19 må forstås slik at arvingene har adgang til å kreve at gavegjenstanden tilbakeføres boet mot å tilbakebetale kjøpesummen. Dette standpunktet har også en viss støtte i en bemerkning i dommen i Rt 1993 1474 om at det er naturlig å forstå bestemmelsen i arveloven § 19 slik at «selve omstøtelsen innebærer at det bortgitte formuesaktivum skal tilbakeføres boet, eventuelt mot at gavemottageren får sin ytelse tilbake dersom han har ydet vederlag.» En forutsetning for at et krav om tilbakeføring av selve gavegjenstanden kan føre frem, er selvsagt at denne gjenstand er i behold hos gavemottakerne.»

Problemet i saken var om arvingene ved omstøtelse etter al. § 19 kunne kreve at verdien av gaven skulle tilbakeføres til boet.

Førstvoterende uttalte om dette:

«Etter mitt syn må arvingene være berettiget til å fremsette et slikt omstøtelseskrev med mindre gavemottakerne – under forutsetning av at retten kommer til at vilkårene for omstøtelse foreligger – krever å få tilbakeføre selve gave-

gjenstanden. En slik tilbakeføring forutsetter at gavemottakerne er i stand til dette.

Dette innebærer at når gavegjenstanden er videresolgt, må arvingene kunne kreve salgssummen – som må anses som et surrogat for eiendommen – tilbakeført boet med fradrag for det gavemottakerne eventuelt har betalt for den. Det ville – som det fremgår av lagmannsrettens drøftelse – være en lite rimelig ordning om omstøtelseskrevet skulle falle bort dersom gavemottakerne overdrar gavegjenstanden til tredjemann. Omstøtelseskrevet er gitt av hensyn til arvingene i uskifteboet, og dette tilsier at gavemottakerne ikke bør kunne gjøre kravet illusorisk ved å overdra gavegjenstanden. Jeg tilføyer at gavemottakerne – etter en slik omstøtelse – normalt vil komme i samme økonomiske stilling som om selve gavegjenstanden var tilbakeført boet før videresalg.»

Den opprinnelige erverver kan ikke unngå omstøtelse ved å henvise arvingene til å rette søksmål mot tredjemann som har kjøpt eiendommen, i dette tilfelle overtatt ikraft av odelsrett. Omstøtelse etter al. § 19 forutsetter at erververen har vært i «ond tro» og erververen har ingen berettiget forventning om å kunne beholde gaveverdien. Et søksmål mot tredjemann vil normalt være uten hensikt; dels vil han antagelig ha betalt full pris for eiendommen og i tillegg være i god tro. Førstvoterende uttalte om dette: «Når arveloven § 19 på bestemte vilkår gir arvingene i et uskiftebo rett til å kreve omstøtt gjenlevende ektefelles disposisjoner, må det – slik jeg ser det – være klart at gavemottakerne ikke kan fri seg fra dette kravet ved å henvise arvingene til å rette omstøtelseskrevet mot tredjemann.»

Med denne dommen har man fått en avklaring av hva omstøtelse ved gavesalg av fast eiendom innebærer i forhold til al. § 19. Resultatet er i fullt samsvar med lovens formål. Når man i loven først har et absolutt forbud mot å gi bort fast eiendom når man sitter i uskifte, er det en naturlig konsekvens at ved gavesalg må selve eiendommen i utgangspunktet tilbakeføres boet. Når omstøtelse betyr tilbakeføring

av en eiendom til uskifteboet, kan dette føre til forskjellige praktiske problemer. Erververen kan f.eks. ha foretatt investeringer i eiendommen som har medført en verdiøkning. Tilbakeføring vil også medføre omkostninger i form av dokumentavgift. Når «ond tro» er et vilkår for omstøtelse, burde konsekvensen være at utgifter i forbindelse med overdragelsen dekkes av erververen.

Peter Hambro

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Vernetting og lovvalg ved skadelidtes direkte søksmål mot forsikringselskap. Høyesterettskjennelse

Høyesterett avsa 8. februar 2002 (sak 2001/589) en kjennelse om vernetting ved skadelidtes direkte søksmål mot assurandøren. Saken gjaldt spørsmålet om den norske stat som skadelidt etter oljesøl ved skipsforlis kan fremme søksmål for norsk domstol mot skipets engelske assurandør. Et engelsk skip forliste i norsk farvann; som konsekvens ble strandområder ved Karmøy kraftig forurenset av olje. Den påfølgende oljevernaksjonen og strandoppyddingen kostet over seks millioner kroner, og staten v/Miljøverndepartementet tok ut stevning ved Karmsund herredsrett mot skipets eier og skipets ansvarsassurandør med krav om erstatning for disse utgifter. Assurandøren bestred at saken kunne fremmes for norsk domstol og krevde søksmålet avvist under henvising til Luganokonvensjonen art. 10.2. Herredsretten besluttet imidlertid å fremme saken, noe Gulating lagmannsrett etter kjæremål sluttet seg til. Etter videre kjæremål besluttet Høyesteretts justitiarius at Høyesteretts behandling av kjæremålet skulle finne sted etter reglene for ankesaker. Ved Høyesterettens kjennelse av 8. februar 2002 opphevet retten lagmannsrettens kjennelse og hjemviste saken til fortsatt behandling ved lagmannsretten.

Vernetting i forsikringsforhold er

regulert av Luganokonvensjonen av 1988 (inntatt i norsk rett etter lov nr. 21/1993) art. 7 til 12a. Vernetings for skadelidtes direkte krav, som er kjernen i kjennelsen, er regulert i Luganokonvensjonen art. 10 annet ledd, som henviser til bestemmelsene i art. 7, 8 og 9 og gjør dem anvendbare for direkte søksmål, «når slike direkte søksmål er tillatt». Vernetings ved ansvarsforsikring er regulert blant annet av Luganokonvensjonen art. 9, som sier at assurandøren kan bli saksøkt i landet hvor skaden ble forvoldt (altså Norge i dette tilfellet).

Kjæremålet rettet seg mot feil i lagmannsrettens tolkning av Luganokonvensjonen art. 10 annet ledd, der bestemmelsen gir vernetings for skadelidtes direkte krav «når slike direkte søksmål er tillatt». Spørsmålet om direkte søksmål er tillatt må avgjøres etter *lex causae*, den materielle lov som regulerer rettsforholdet. Lagmannsretten foretok ikke noe lovvalg og vurderte således ikke problemstillingen etter *lex causae*; lovvalget ble av lagmannsretten ansett som et materielt spørsmål som retten ville ta stilling til i hovedsaken. Lagmannsretten foretok en avveining mellom norsk regulering av skadelidtes direkte krav og norske lovvalgsregler, og kom til at skadelidtes direkte krav etter norsk rett ikke kunne bli «regulert bort» ved at forsikringspartene hadde valgt et fremmed lands rett for deres forsikringsavtale (i dette tilfellet var forsikringsavtalen regulert av engelsk rett).

Skadelidtes adgang til å gjøre sitt krav gjeldende direkte mot assurandøren er i norsk rett hjemlet i forsikringsavtaleloven § 7-6. Bestemmelsen i FAL § 7-6 er deklarasjonsregulering i sjøfartsforhold, jf. FAL § 1-3 bokstav c. FAL § 7-8, som gjelder også i sjøfartsforhold, sier imidlertid at FAL § 7-6 skal få anvendelse dersom skadevolderen er insolvent. I dette tilfellet la staten til grunn at skipets eier var insolvent og at det derfor var grunnlag til å påberope seg FAL § 7-8. Bestemmelsen om skadelidtes direkte krav ved skadevolders insolvens er preseptorisk, og mye tyder på at den skal anvendes uansett om forholdet er regulert av

norsk eller utenlandsk rett, altså at bestemmelsen er en såkalt «internasjonalt preseptorisk regel». Det er forsikringslovvalgsloven § 5 som innfører en kategori av regler som er tvingende uansett hvilket lands lov som ellers anvendes, og forarbeidene til loven sier at mye taler for at FAL § 7-8 er en slik internasjonalt preseptorisk bestemmelse.

Forsikringsavtalen inneholdt som nevnt en lovvalgsklausul som underla avtalen engelsk rett. Avtalen inneholdt videre en såkalt «pay-to-be-paid»-klausul, som er gyldig etter engelsk rett og innebærer at assurandørens plikt til å utbetale erstatning oppstår først når skadevolderen har betalt erstatning til skadelidte. Når skadevolderen er insolvent og ikke er i stand til å betale erstatning, har også skadelidte ikke noe krav mot assurandøren. Det er således klart at staten ikke ville ha noe direkte krav hvis engelsk rett var *lex causae*, med mindre retten fant at FAL § 7-8 er internasjonalt preseptorisk og må anvendes uansett om engelsk rett regulerer rettsforholdet, jf. forsikringslovvalgsloven § 5.

Høyesterett fant at lagmannsrettens avgjørelse om ikke å foreta et lovvalg var feil tolkning av Luganokonvensjonen art. 10 annet ledd. Når bestemmelsen gir vernetings og stiller vilkår om at direkte søksmål må være tillatt, må det allerede ved avgjørelsen om vernetings foretas et lovvalg. Høyesterett slår fast at lovvalget foretas ved å anvende norsk internasjonal privatrett (som er *lex fori*). Dersom norske lovvalgsregler tilsier at norsk rett skal være *lex causae*, følger det at skadelidtes direkte krav er tillatt og at saken kan bli anlagt ved vernetings som gitt bl.a. i Luganokonvensjonen art. 9. Dersom norske lovvalgsregler fører til anvendelse av engelsk rett, sier Høyesterett at spørsmålet om vernetings blir mer problematisk.

Problemet ville i så fall etter mitt syn være at en må ta stilling til hvorvidt den norske bestemmelsen om direkte krav bør gis forrang over avvikende regler i den engelske bakgrunnsretten. I utgangspunktet bør man være meget tilbakeholden med å gi en bestemmelse internasjonalt preseptorisk

rang. En risikerer ellers å frata lovvalgsreglene deres funksjon, som er å utpeke bakgrunnsretten til fortrengsel for de andre retter som kan ha tilknytning til saken (inkludert som hovedregel også deres preseptoriske regler). I forbindelse med FAL § 7-8 har forarbeidene gitt uttrykk for at mye taler for at bestemmelsen skal være internasjonalt preseptorisk. Hensynet bak bestemmelsen er å beskytte skadelidte, og beskyttelse av tredje part er ett av hensynene som kan legitimere bruk av kategorien internasjonalt preseptoriske regler.

Hovedspørsmålet er imidlertid hvilket lands rett som etter norske lovvalgsregler anvendes på skadelidtes direkte krav mot skadevolders assurandør. Assurandøren anførte at statens søksmål er basert på kontrakt (staten trer inn i sikringsrettigheter og plikter mot assurandøren som ved subrogasjon): Forsikringsavtalen hadde en lovvalgsklausul som utpekte engelsk rett, følgelig skal direktekravet ifølge assurandøren være underlagt engelsk rett. Staten anførte at subrogasjonssynspunktet ikke står sterkt i norsk rett hvor skadelidtes krav mot assurandøren er lovbasert, og påberopte seg norsk rett ettersom skadestedet er i Norge. Høyesterett gir noen kommentarer om lovvalget, og antyder at valget må foretas ved å vurdere hva som vil være den mest naturlige og rimelige løsning i valget mellom engelsk og norsk rett, med mindre norsk lovgivning eller rettspraksis løser spørsmålet. Høyesterett nevner flere momenter av betydning, bl.a. de ovennevnte bestemmelser i FAL og forsikringslovvalgsloven, inkludert bestemmelsen om internasjonalt preseptoriske regler. Videre vises til tidligere Høyesterettsdommer som slår fast at lovvalget ikke bør føre til strid mot viktige grunnsetninger i norsk rett eller at norske reglers formål ikke blir ivaretatt. Høyesterett henviser også til tidligere Høyesterettsdommer (noen avgitt i kontraktsforhold, noen i forhold utenfor kontrakt) om den såkalte individualiserende metode, som basis for å foreta lovvalget.

Høyesterett tar ikke stilling til om kravet skal kvalifiseres som

kontraktsrettslig eller erstatningsrettslig (slik henholdsvis assurandøren og staten anførte). Kvalifisering har viktige konsekvenser for lovvalget. Er kravet kontraktsrettslig, blir lovvalget i forsikringsavtalen lagt til grunn (som utpeker engelsk rett, dog med eventuelle begrensninger hvis FAL § 7-8 anses som internasjonalt preseptorisk). Er kravet utenfor kontrakt, blir bakgrunnsretten utpekt av lovvalgsregelen *lex loci delicti*, som er gjeldende rett i Norge og dessuten anerkjent internasjonalt (hvilket ville bety at bakgrunnsretten er norsk rett).

Det er utvilsomt at skadelidtes direkte krav har nær sammenheng med forsikringsavtalen, som danner grunnlaget og rammen for assurandørens ansvar. Det er imidlertid en rekke elementer som tilsier at skadelidtes krav skal anses som et selvstendig krav: Det er lovbasert, det behandles til dels annerledes enn en sikredes krav mot assurandøren (bl.a. ved motregning), assurandøren kan kreve at skadelidte saksøker også sikrede (som vanskelig kan forenes med en subrogasjon). At skadelidtes og sikredes krav mot assurandøren er to separate krav ble slått fast også i Rt. 1999 s. 7 (i sammenheng med foreldelse).

Saken ble hjemvist til fortsatt behandling ved lagmannsretten. I tillegg til spørsmålet om lovvalget, bør lagmannsretten også ta stilling til hvorvidt verneting avgjøres etter Luganokonvensjonen. Høyesterett henviser til EU-domstolens avgjørelse 679J0814/C-814/79 (1980) ECR 3807 om (den daværende) Brusselkonvensjonens anvendelsesområde, dog uten å ta stilling til dommens betydning i denne saken. Brusselkonvensjonen er parallell innenfor EU til Luganokonvensjonen, denne avgjørelsen er derfor relevant for tolking av Luganokonvensjonen. EU-domstolen fant at den nederlandske stats krav om erstatning av utgifter i forbindelse med fjerning av et skipsvrak ikke kunne anses som et sivilrettslig krav og at konvensjonen derfor ikke kunne anvendes. EU-domstolen slo fast at den nederlandske stat hadde handlet i kraft av sin offentlige myndighet i hen-

hold til folkerettslige forpliktelser med Tyskland.

Giuditta Cordero Moss

Utkast til lov om voldgift. NOU 2001:33

Twistemålsutvalget, som ble oppnevnt ved kgl.res. av 9. april 1999, har hatt som mandat å foreta en «bred gjennomgang av regelverket for domstolenes behandling av sivile saker». Under ledelse av høyesterettsdommer Tore Schei har utvalget på forbausende kort tid utarbeidet to imponerende utredninger, hvor det på bakgrunn av en redegjørelse for gjeldende regelverk og rettspraksis og opplysninger om fremmed rett, foreslår omfattende endringer av regelverket.

Utredningene, som er datert 20. desember 2001, er publisert som NOU 2001:32 bind A og B, med vedlegg på til sammen 1249 sider, og NOU 2001:33 på 167 sider. I den førstnevnte NOU med tittel «Rett på sak, lov om tvisteløsning (tvisteloven)» fremlegges utkast til en ny lov som skal erstatte tvistemålsloven av 1915. Den annen, med tittel «Voldgift. Lov om voldgift (voldgiftsloven)», bringer et forslag om en ny lovregulering av voldgiftsinstituttet, til avsløsning av reglene i tvistemålsloven kap. 32.

Schei-utvalgets arbeidsmåte har vært preget av åpenhet. For å oppmuntre til en dialog med de relevante miljøer, ble alle interne notater lagt ut på utvalgets hjemmeside; utvalget tok også kontakt med mange av dem som man antok kunne være interessert i å komme med innspill og kommentarer.

Når det gjaldt voldgift, ble det i samarbeid med Oslo handelskammerets institutt for voldgift og tvisteløsning arrangert et to dagers seminar på grunnlag av et foreløpig utkast til NOUen om voldgift. Utvalget trakk også her inn de relevante miljøer fra praksis og fra Universitetet, og det kan trygt sies at innstillingen er basert på en betydelig innsikt i de praktiske og teoretiske sider ved voldgift.

Twistemålsloven kap. 32 er ikke blitt endret i nevneverdig grad siden vedtagelsen i 1915, og den

regulering kapitlet gir av voldgiftsinstituttet, må sies å være ganske spinkel. Et moderniseringsarbeid som Justisdepartementet tok initiativet til på slutten av 1970-tallet, endte med en utredning av høyesterettsdommer E.F. Eckhoff, inn tatt i Ot.prp. nr. 29 (1979–80). Etter Eckhoffs mening var det ikke grunn til å foreta mer omfattende endringer i kap. 32. Dagens norske regulering av voldgiftsinstituttet må imidlertid sies å være lite tilfredsstillende. Dette er et problem ved ad hoc voldgift, som er den dominerende voldgiftsform her i landet. Disse voldgiftene foregår ikke i regi av veletablerte voldgiftsinstitutter, som f.eks. ICCs voldgiftsinstitutt, som har utarbeidet detaljerte regelverk. Dette resulterer altfor ofte i at parter og dommere i norske voldgifter må ty til tvistemålsloven for å få veiledning, og derved til at de regler som gjelder for tvisteløsning ved domstolene, også blir benyttet ved voldgift. En ny voldgiftslov vil derfor være meget velkommen.

Twistemålsutvalget er kommet til at reglene bør vedtas i en egen voldgiftslov. Det er all grunn til å støtte dette, spesielt når denne loven forutsettes basert på UNCITRALs modell-lov om voldgift. Modell-loven er et resultat av konsensus blant alle de land som deltok i FN-kommisjonen, og anses som et av de mest vellykkede resultater av UNCITRALs arbeid. Modell-loven er gitt anvendelse i 34 stater, og de få stater som i nyere tid har reformert sin voldgiftsrett uten å anvende modell-loven (slik tilfellet er for England (ny voldgiftslov fra 1996) og Sverige (ny voldgiftslov fra 1999)), har brukt loven som referanseramme; i forarbeidene påpekes de felles prinsipper og redegjøres det for de avvik som er gjort i vedkommende nasjonale lov. Grunnen til at enkelte stater ikke har bygget direkte på modell-loven, er for øvrig ikke at de ikke har kunnet akseptere modell-lovens løsninger, men at de fra før hadde detaljerte voldgiftslover som vanskelig kunne tilpasses modell-lovens systematikk og lovteknikk. Norge er, som tidligere påpekt, ikke i samme posisjon; det er derfor hos oss ingenting som hindrer en direkte anvendelse av modell-loven.

Flere fordeler er knyttet til utvalgets forslag om å bygge en ny norsk voldgiftslov på modell-loven. For det første vil parter og voldgiftsrett kunne støtte seg til et regelverk som gir tilfredsstillende veiledning og skaper den ønskelige rettssikkerhet uten å gripe inn i partenes eller voldgiftsrettens egen vurdering av hva som er hensiktsmessig. For det annet vil loven anvenderen kunne finne støtte i en omfattende rettspraksis og litteratur fra en rekke stater som belyser de fleste sider av modell-loven. For det tredje vil det i internasjonale forhold være mer attraktivt å velge Norge som sete for en voldgift, når den norske voldgiftslov følger et internasjonalt godkjent mønster. Hvis voldgift i Norge internasjonalt blir ansett som lite ønskelig, risikerer det norske juridiske miljø å bli utelukket fra den form for tvisteløsning som er den mest anvendte i internasjonalt næringsliv, og som best følger med og tilpasser seg næringslivets teknologiske, kom-

mersielle og økonomiske utvikling.

Twistemålsutvalget foreslår at den nye loven skal anvendes ved all voldgift som finner sted her i landet, uten hensyn til om tvisten er intern norsk eller internasjonal. Det er få grunner som taler mot en slik enhetsløsning, en løsning som er lagt til grunn i flere stater. Ved enkelte nyere reformer av voldgiftsretten har man riktignok foretatt en differensiering for å etterkomme et ønske om å frikoble internasjonal voldgift fra rettssystemet i den stat hvor voldgiften foregår. Sverige, Belgia og Sveits har f.eks. åpnet for at voldgiftsavgjørelser truffet i internasjonale tvister i disse stater, ikke skal kunne angripes ved ugyldighetssøksmål i vedkomende stat. Når Twistemålsutvalget (etter mitt syn med rette) ikke har villet gå inn for en slik «delokalisering» av internasjonal voldgift, måtte et eventuelt skille mellom intern og internasjonal voldgift begrunnes med at nasjonal voldgift bør være undergitt særlige regler. I

eldre lovgivning forekom slik særregulering; det ble f.eks. oppstilt strengere formregler for intern voldgift, og domstolene ble her gitt en videre adgang til å gripe inn i voldgiftsprosessen. Etter mitt syn bør imidlertid norske parter i samme grad som utenlandske parter ha krav på et rammeverk som muliggjør raske prosesser etter regler som er tilpasset partenes behov. Modell-loven er et slikt rammeverk, og det er derfor ikke behov for en strammere eller mer detaljert regulering av intern voldgift enn den som er akseptabel for internasjonale tvister.

Utkastet til voldgiftslov er sendt ut på høring, og det kan ventes at den videre behandling av utkastet blir rask. Blant annet har høringsbrevene for voldgiftsloven og for loven om tvisteløsning forskjellige svarfrister, noe som synes å tyde på at utkastet til voldgiftslov vil bli søkt fremmet innenfor en stram tidsramme.

Giuditta Cordero Moss

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: Martin Hill Oppegaard

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 september 2002.