

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 1 – februar 2002

KONTRAKTSRETT

PENGEKRAVSRETT

Renter uten hjemmel

Den 18. januar 2002 (sak 2001/969) felte Høyesterett enstemmig dødsdom over postulatet om at krav på renter er betinget av hjemmel i lov, avtale eller sedvane. Førstvoterende uttaler at «det ikke [er] grunnlag for å opprettholde den tradisjonelle lære om at renter krever særskilt hjemmel». Saken gjaldt erstatningskrav mot en advokat samt krav på tilbakebetaling av advokatens salær som følge av hevning av advokatoppdraget. Erstatnings- og tilbakebetalingskravene var rettskraftig avgjort av lagmannsretten. Saken for

Høyesterett gjaldt utelukkende krav på rentekompensasjon («avsvansrenter») på de tilkjente beløpene for tiden fra kravene oppstod til forsinkelsesrenter startet å løpe på et senere tidspunkt i medhold av påkravsregelen i forsinkelsesrentelovens § 2. Advokaten prosederte på det tradisjonelle postulatet om at renter er betinget av særlig hjemmel, men fikk altså ikke medhold.

Om rentekompensasjon på erstatningskravet uttaler førstvoterende i fortsettelsen av sitatet ovenfor:

«Det tap skadelidte påføres ved å oppnå erstatning lenge etter at skaden er påført ham, kan ikke lenger avfeies med at rentekrav ikke er hjemlet, men må vurderes som en mulig erstatningsberettiget tapspost. Hvorvidt en erstatning skal omfatte rentetap, må avgjøres utfra en vurdering av den konkrete situasjon og på bakgrunn av vanlige erstatningsrettslige regler.»

Det følger av dette at rentetapet før forsinkelsesrenten begynner å løpe, skal vurderes som andre tapsposter. Rentekompensasjon på erstatningsbeløp kan tilkjennes etter «vanlige erstatningsrettslige regler».

Om tilbakebetaling av salær som følge av hevning av advokatoppdraget uttales det at klienten har krevd «erstatning for det tap han har lidt ved å gå glipp av rentefordelen i mellomtiden». Dette fikk han medhold i. Kravet på tilbakebetaling av salæret er ikke i seg selv et erstatningskrav. Men klien-

ten hadde krav på rentekompensasjon i form av «erstatning» for rentetapet inntil forsinkelsesrenten startet å løpe.

Rentekompensasjonen måtte i saken fastsettes ut fra klientens eget rentetap. Bankenes innskuddsrente i perioden ble brukt som utgangspunkt for fastsettelsen. Siden det ikke var hevdet at klienten hadde behov for å ta opp eller nedbetale lån, kunne ikke bankenes utlånsrente være relevant.

Rentekompensasjonen ble fastsatt til en rund sum på kr 40.000,-.

Dommen viser at kompensasjon for rentetap kan gis på grunnlag av vanlige erstatningsregler. Det er ikke like klart om dommen åpner for rentekompensasjon på andre grunnlag. Kan rentekompensasjon gis med den begrunnelse at rentefordel og rentetap bør utlignes ved uberettiget disponering av annen persons likviditet, uten at det foreligger erstatningsgrunnlag?

Førstvoterende uttaler at

«det nok i dag er en allmen oppfatning – også utenfor kommersielle forhold – at rådhighet over penger og annen likviditet har en pris, og at det derfor i økende grad både kreves renter av pengefordringer, og erkjennes at renter må betales».

Denne uttalelsen peker ut over alminnelig erstatningsrett som grunnlag for rentekompensasjon. Også den generelle uttalelsen som er sitert innledningsvis ovenfor – at det ikke er grunnlag for å opprettholde den tradisjonelle lære om

Innhold nr. 1:

Kontraksrett	s. 1
Pengekravsrett	s. 1
Erstatningsrett	s. 2
Forsikringsrett	s. 6
Selskapsrett	s. 8
Konkurranserett	s. 9
Markedsføringsrett	s. 9
Immaterialrett	s. 10
Patentrett	s. 10
Varemerkerett	s. 11
Tingsrett	s. 13
Familierett	s. 14

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

særskilt hjemmel – peker ut over vanlig erstatningsrett som alternativ til de tradisjonelt anvendelige hjemler. Det er også mulig at tilkjennelsen av rentekompensasjon på hevningsoppgjøret viser at andre begrunnelser («hjemler») enn alminnelig erstatningsrett kan benyttes. Rentekompensasjon på hevningsoppgjøret er i saken riktig nok kalt «erstatning». Men det er ikke uten videre lett å se hvordan vanlige erstatningsregler kan begynne tilkjennelsen av rentekompensasjon på dette kravet. I dommen begrunnes rentekompensasjon på erstatningskravet med at advokatens «uforsvarlige utførelse av oppdraget» hadde påført klienten tap, herunder tap av renteinntekt fra primærtapet oppstod til forsinkelsesrenten på erstatningskravet mot advokaten begynte å løpe. Deretter uttales det at klientens betaling av salær «må ses på tilsvarende måte». Dette er ikke treffende. Betaling av salær skyldtes ikke advokatens «uforsvarlige utførelse av oppdraget». Rentekompensasjon på hevningsoppgjøret kan vanskelig begrunnes med erstatningsgrunnlag knyttet til utførelsen av oppdraget.

Det er en naturlig konsekvens av dommen at postulatet om særlig hjemmel heller ikke har gyldighet for krav på rentesrenter. Dette følger uten videre av den begrunnelse som er gitt for rentekompensasjon på erstatningsgrunnlag. Det er skadelidtes rentetap som skal erstattes. Tap i form av påløpte eller bortfalte rentesrenter vil være en del av dette tapet. Det samme må gjelde i den utstrekning rentekompensasjon kan tilkjennes på annet grunnlag.

Trygve Bergsåker

Condictio indebiti?

Høyesteretts dom av 4. desember 2001 (sak 2001/409) gjelder en utro regnskapsfører med personlige

økonomiske problemer og med ubegrenset disposisjonsfullmakt over en klients (et borettslags) bankkonto. Han overførte penger fra borettslagets konto til en entreprenørs konto til dekning av personlig gjeld til entreprenøren. Han var på dette tidspunkt også regnskapsfører for entreprenøren. Han manipulerte bilagene – alle unntatt det bilaget som banken beholdt – slik at beløpet tilsynelatende kom fra hans egen konto.

Borettslaget krevde beløpet tilbake fra entreprenøren. Høyesterett ga enstemmig borettslaget medhold, men en dommer hadde en egen begrunnelse. Entreprenøren gjorde gjeldende at han hadde ekstingvert borettslagets rett til beløpet. Førstvoterende som talsmann for flertallet la avgjørende vekt på at beløpet ble overført direkte fra borettslagets til entreprenørens konto, uten å være innom regnskapsførerens egen konto. Det kunne derfor ikke være riktig å se det slik at regnskapsførerens hadde betalt egen gjeld med urettmessig tilegnede penger, og ekstinksjonssynspunktet kunne ikke legges til grunn. Det dreide seg i stedet om *condictio indebiti* eller en *condictio indebiti*-lignende situasjon i forholdet mellom borettslaget og entreprenøren, og spørsmålet om tilbakebetaling måtte avgjøres etter en helhetsvurdering. Det var et sterkt argument for tilbakebetaling at betalingen hadde funnet sted som følge av en kriminell handling. Innehaveren av entreprenørforretningen var selv i god tro. Men hans gode tro kunne ikke påberopes når regnskapsførerens – som jo kjente til de virkelige forhold – var den som håndterte betalingsbilaget på innehaverens vegne. Heller ikke tidsforløpet var til hinder for krav på tilbakebetaling.

Mindretallet kunne ikke anse det avgjørende at beløpet gikk direkte fra borettslagets til entreprenørens konto. Hvis entreprenøren var i god tro, ville han vinne rett til beløpet. Men også mindretallet mente at

regnskapsførerens onde tro sperret for entreprenørens gode tro. Entreprenøren kunne derfor ikke vinne større rett til pengene enn den retten regnskapsførerens hadde.

Trygve Bergsåker

ERSTATNINGSRETT

Advokaters rådgivningsansvar

Høyesteretts dom av 20. desember 2001 (sak 2000/1203) markerer skjerpelsen av advokaters rådgivningsansvar, og er et viktig signal om profesjonsansvarets utvikling i alminnelighet. Tvisten knyttet seg til skattemessig motiverte investeringer etter omstrukturering av et selskap. Det oppstod i denne forbindelse et investeringsbehov, og advokaten foreslo at selskapet, som var hans klient, skulle tegne seg for en 3 % andel i KS Ferncliff, et prosjekt utviklet av rederiet Fearnley & Eger AS. Advokaten kunne forespeile avtale med rederiet om en salgssopsjon som innebar rett til å selge andelen tilbake til rederiet etter få måneder til en på forhånd fastsatt pris. Selskapet tegnet andel med tilknyttet opsjon i kommandittselskapet i tillit til advokatens uforbeholdne råd om skattespørsmålet. Advokaten mottok i henhold til tidligere avtale med rederiet en provisjon for hver andel han formidlet solgt; bevismessig måtte det legges til grunn at klienten ikke var gjort kjent med dette.

Da selskapet erklærte opsjonen som planlagt, var rederiet kommet i så alvorlige økonomiske vanskeligheter at det ikke kunne oppfylle sine forpliktelser. Det ble senere åpnet gjeldsforhandling og konkurs i rederiet, og selskapet ble påført tap både ved ikke å kunne gjøre opsjonen gjeldende og ved at den resterende del av kommandittkapitalen ble innkalt.

I selvangivelsen for 1990 krevde selskapet fradrag bl.a. for avskriv-

ninger i KS Ferncliff, men gjorde ikke særskilt oppmerksom på opsjonserklæringen, som etter ønske fra advokaten lå i depot hos ham. Oslo ligningskontor ble oppmerksom på salgsopsjonen under ligningsbehandlingen og varslet endringsvedtak. Ved ligningen ble selskapet ikke ansett som eier i relasjon til skattereglene, og kontantvederlag ble bedømt som et ordinært lån. Av disse grunner ble inntektsfradragene nektet. Selskapet ble også pålagt tilleggs-skatt.

Selskapet krevde erstatning av advokaten for de tap det var påført som følge av rådgivningen. Saken reiste spørsmål både om advokatens erstatningsansvar for tapet av investeringen i KS Ferncliff og om ansvar for skatterådet.

På tross av at begge fraksjoner i Høyesterett kom til at ansvar var foreldet, ga flertallet (tre dommere) en inngående vurdering av ansvarsspørsmålene. Den andre fraksjonen i Høyesterett tok ikke uttrykkelig standpunkt til disse spørsmål, og erklærte seg verken enig eller uenig med flertallet.

For så vidt gjaldt investeringsrådet ble advokaten bebreidet for at han som syndikeringsagent mottok provisjon for salg av andelene uten å opplyse om dette til klienten. Bevismessig måtte det imidlertid legges til grunn at det ikke var årsakssammenheng mellom den påståtte uaktsomhet og tapet. Det ble allikevel bemerket: «Ifølge Regler for god advokatskikk § 6 plikter ... en advokat snarest mulig å gjøre sin part kjent med omstendigheter som kan berøre advokatens uavhengige stilling overfor oppdraget, f.eks. økonomiske interesser eller særlige forhold til motparten. Det må derfor uansett fastslås at den manglende opplysning var en feil fra [advokatens] side. Jeg er enig med [skadelidte] i at den yrkesetiske normen er relevant for den erstatningsrettslige aktsomhetsvurdering, men bemerker at det rimeligvis ikke kan være slik at ethvert normbrudd isolert sett må anses som erstatnings-

betingende uaktsomhet.» Ettersom det ikke var påvist årsakssammenheng, gikk Høyesterett ikke nærmere inn på spørsmålet.

For vurdering av om advokaten hadde utvist ansvarsbetingende uaktsomhet ved skatterådgivningen, var det sentrale at advokaten reservasjonsløst hadde gitt uttrykk for at transaksjonen ville gi avskrivningsfradrag og uten at det var problematisert omkring salgsopsjonen. På dette punkt må flertallets vurdering sies å være streng. Førstvoterende fremholdt: «Spørsmålet er så om dette at [advokaten] uttrykte seg reservasjonsløst om de skattemessige forhold vedrørende gjenkjøpsavtalen, må bebreides ham som uaktsomt.» Som en veiledende retningslinje ble fremholdt at «Så lenge en klient ikke direkte etterspør en nærmere utdyping eller ønsker en juridisk betenkning, må en advokat som utgangspunkt kunne gi klare og forbeholdsløse råd på områder der rettstilstanden fremstår som entydig og uomtvistet.» Ettersom de fleste juridiske spørsmål i større eller mindre grad er beheftet med usikkerhet og tvil, må det nok sies at allerede denne satsen inneholder atskillige reservasjoner. Høyesteretts flertall fremholdt så: «Det er også på det rene at det høsten 1990 var en alminnelig oppfatning blant skatterettsjurister, både advokater og personer med tilknytning til ligningsmyndighetene, at gjenkjøpsavtaler ikke hindret fradragsrett.» I denne sammenheng var det fremlagt en rekke skriftlige erklæringer fra skatterettsjurister som «Alle gir, på generelt grunnlag, uttrykk for at ensidige opsjoner/salgsopsjoner ikke påvirker den skatterettslige vurdering for kommandittister.» Når flertallet allikevel kom til at skatterådgivningen hadde vært uaktsom, skyldtes dette at oppfatningen var helt entydig om disse for skatteyteren risikable spørsmålene. Allerede i doktoravhandlingen fra 1984 hadde Ole Gjems-Onstad tatt til ordet for en annen vurderingsmåte, og det var på

investeringstidspunktet en oppfatning som flere delte, at dersom opsjonsavtalen i realiteten var «en forkledd tilbakekjøpsavtale» slik at eierforholdet ikke var reelt, måtte skattefradrag nektes. Hertil kom at Skattedirektoratet i en intern melding av april 1990, som var vel kjent i det skatterettslige miljøet, hadde påpekt at det ved gjennomføringen av ligningen for 1989 måtte rettes særlig oppmerksomhet mot skattemotivert handel med driftsmidler, f.eks. skip- og KS-midler uten reell overføring av eierposisjon. På denne bakgrunn konkluderte flertallet:

«Med de usikkerhetsmomenter som tross alt forelå, mener jeg derfor at [advokaten] burde vært noe mindre sikker da han foreslo en skattemotivert disposisjon av denne typen for [klienten] så sent som i november 1990. Den fremstod som særdeles gunstig, så gunstig at det burde gitt grunnlag for en tanke om at det kanskje ikke var så sikkert at ligningsmyndigheter og domstoler ville akseptere den ut fra gjeldende skatterett. Noen domstolsavgjørelse med prejudikatsverdi forelå ikke vedrørende gjenkjøpsavtaler i kommandittforhold. Jeg nevner også at Fearnley & Eger selv tok forbehold om de skatterettslige konsekvenser da opsjonsordningen ble utarbeidet.»

Vurderingen av advokatens forhold er unektelig streng; det er forbeholdt de færreste advokater å ha en slik oversikt flertallet i Høyesterett forventer. Samtidig er det en viktig premiss at spørsmålene var det sentrale ved hele disposisjonen, slik at de rokket dens forretningsmessige grunnlag. Når en advokat tilrår denne type risikable prosjekter, kan det være et rimelig motstykke at han må klargjøre enhver rimelig rettslig tvil.

Advokaten ble allikevel frifunnet i Høyesterett, idet ansvaret som nevnt ble ansett foreldet. Flertallet (tre dommere) la til grunn at «Dersom det ikke er tale om mislighold av en særskilt avtalt for-

pliktelse, har det i rettspraksis vært lagt til grunn at rådgivningsansvar reguleres av foreldelsesloven § 9, se Rt. 1998 side 740, jf. Rt. 2000 side 679.» På tross av at forholdet mellom en advokat og hans klient er av kontraktsrettslig art, og på tross av at saken gjaldt mislighold av plikter som fulgte direkte av rådgivning advokaten hadde påtatt seg i klientforhold, la således flertallet til grunn at deliktsregelen i foreldelsesloven § 9 skulle komme til anvendelse. Selv om premissene tilkjennevir at flertallet kan ha følt seg bundet av tidligere praksis, særlig Rt. 1998 s. 740 som man riktignok manøvrerte utenom i Rt. 2000 s. 679, er det ikke ubetinget gitt at det er en god idé å opprettholde en linje bygget på et feilsyn. Mindretallet tok for sin del ikke stilling til hvorvidt det var misligholdsreglene i foreldelsesloven § 3 nr. 2 eller deliktsreglene i § 9 som fikk anvendelse.

Dommen er bemerkelsesverdig av flere grunner. Formelt sett er flertallets uttalelser om ansvarsspørsmålene obiter dicta, og mindretallet gikk ikke engang inn i en drøftelse av disse. Ettersom saken hadde vært prosedert i full bredde i tre instanser, og den dreide seg om oversiktlige ansvarsspørsmål, kan det vel neppe reises tungtveiende innvendinger mot at Høyesteretts flertall ville uttale seg om retts spørsmål i større bredde enn det strengt tatt var behov for. Erstatningsretten er nå engang et rettsområde som i stor utstrekning har vært overlatt til domstolenes rettskapende virksomhet, og profesjonsansvar trenger fortsatt klargjørende rettspraksis. Derimot kan det innvendes atskillig mot behandlingen av foreldesspørsmålet. Bortsett fra at praksis i noen tilfelle har klassifisert et klart kontraktsansvar som erstatningsansvar utenfor kontrakt, er det lite som tilsier at løsningen opprettholdes, spesielt ikke dersom avgjørelsen skal oppfattes som rettesnor også for annet profesjonsansvar overfor klienter. Er det virkelig hensiktsmessig at

revisors ansvar overfor selskapet eller bankens ansvar overfor kunden i forbindelse med investeringsrådgivning, skal anses som et utenkontraktsrettslig ansvar i relasjon til foreldelsesreglene? Og hvilke føringer gir valget for slike spørsmål som bevisbyrde, kontraktshjelperansvar o.a. der deliktsretten og kontrakterstatningsretten skiller lag? Klassifikasjonen er ikke bindende i andre sammenhenger, selv om det normalt tilstrebes konsistens. Om disse og andre problemer gir ikke flertallets premisser mye veiledning.

Viggo Hagstrøm

Arbeidsgivers ansvar for yrkessykdom. Aksept av risiko. Rettstilstanden før yrkesskadeforsikringsloven

1. I Høyesteretts dom av 17. desember 2001 (sak 2001/395) var hovedspørsmålet om arbeidstakeren selv måtte bære risikoen for de skadefølger som fulgte med hans arbeid. Skaden ble konstatert før yrkesskadeforsikringsloven trådte i kraft, og spørsmålet måtte derfor avgjøres etter ulovfestet rett slik den ble antatt å være rundt 1980. Det var enighet i Høyesterett om at vilkårene for å pålegge objektivt ansvar var til stede. I spørsmålet om skadelidte selv måtte bære risikoen for de skadeårsaker som lå i arbeidsplassen og hans arbeidsoppgaver, delte Høyesterett seg i tre fraksjoner. Førstvoterende, dommer Bruzelius, med tilslutning fra dommer Utgård, kom til at arbeidsgiveren måtte frifinnes, idet rettstilstanden etter deres syn var at arbeidstakeren selv måtte bære følgene av den «normale yrkesrisiko». Annenvoterende, kst. dommer Mæland med tilslutning fra dommer Oftedal Broch, kom til et annet resultat, og stemte for at arbeidsgiveren var ansvarlig for skadene.

Femtevoterende, dommer Tjomsland, tok ikke standpunkt til uenigheten mellom de fire dommere som hadde vurdert før ham. De risikofaktorer som lå i skadelidtes yrke var nemlig på skadetidspunktet ukjente. Etter hans syn kunne derfor ikke arbeidstakeren ta risikoen «i betraktning da han ble ansatt i stillingene hos og utførte arbeidsoppgavene for Selmer. Man kan da ikke – i tråd med den tradisjonelle læren – si at han har akseptert risikoen for å bli påført en slik lungesykdom.»

2. Etter dette ble resultatet at arbeidsgiveren ble dømt til å betale den skadelidte arbeidstaker erstatning på objektivt grunnlag med tre mot to stemmer.

Spørsmålet om hva som var gjeldende rett i begynnelsen av 1980-tallet om synspunktet «aksept av risiko» på yrkesskadesektoren, gir dommen ikke noe klart svart på. I hovedspørsmålet – var de kjente risikomomenter arbeidstakerens eller arbeidsgiverens ansvar? – stod to dommere på hver sin side. Førstvoterendes standpunkt var at både de kjente og ukjente risikofaktorer som ledd i den normale yrkesrisiko måtte bæres av arbeidstakeren: «Min konklusjon blir da at forbeholdet om et unntak for normal yrkesrisiko er en del av den rettstilstanden som foreligger fra lovendringen i 1976 og frem til yrkesskadeforsikringsloven trer i kraft, og at det ikke foreligger lovvedtak eller rettsavgjørelser som endrer denne rettstilstanden.» Annenvoterende hadde det motsatte syn: «Samlet sett er det således flere ganger over siste halvdel av forrige århundre gitt uttrykk for at tiden var i ferd med å løpe fra det gamle synet om at «aksept av yrkesrisiko». Gjennomslagskraften for synspunktet ble etterhvert betydelig svekket.» Femtevoterende tok ikke standpunkt til hvem som på den tid hadde risikoen for de kjente risikofaktorer, men slo fast at den tradisjonelle læren om «aksept av risiko» ikke la risikoen for de

ukjente faremomenter ved arbeidet på arbeidstakeren: «Når jeg er kommet til at Selmer i dette tilfellet er erstatningsansvarlig også etter den tradisjonelle læren, finner jeg det ikke nødvendig å ta stilling til i hvilken utstrekning denne læren etter 1976 må anses for å ha vært i samsvar med gjeldende rettstilstand.»

3. De problemstillinger som er fremme i dommen vil for skader konstatert etter at yrkesskade-forsikringsloven trådte i kraft (1. januar 1990) ikke være aktuelle. De skader som skadelidte i denne saken var påført, ville falt inn under loven og blitt dekket av yrkesskade-forsikringen. Men dommen viser at eldre rett fortsatt kan være av interesse.

Hva er det så dommen slår fast?

– Først kan det være grunn til å trekke frem ansvarsgrunnlaget for slike skadetilfelle. Som nevnt kom en enstemmig Høyesterett til at

Holde deg oppdatert med Nytt i privatretten!

Nytt i privatretten er den aktuelle informasjon innen privatretten. Artikklene er skrevet av fagfolk i landets ledende miljø for privatrettslige fag. Institutt for Privatrett ved Universitetet i Oslo.

I *Nytt i privatretten* vil du finne kommentarer til nye dommer, informasjon om ny lovgivning og omtale av nye bøker og ny forskning av betydning. Norsk privatrett står i sentrum, men du vil også finne stoff om rettsutviklingen i Norden og internasjonalt.

Nytt i privatretten er en enkel og raske måte for norske jurister og advokater å holde seg informert og oppdatert innenfor privatretten på. Artikklene i hver utgave er ordnet tematisk slik at det er lett å finne frem til fagfeltene du arbeider med. På forlagets nettsider finner du et register over omtalte dommer og bøker. Dermed er det lett å finne frem til artikler i tidligere utgaver.

Det kommer fire utgaver av *Nytt i privatretten* året.

- Jeg tegner herved årsabonnement på *Nytt i privatretten* for 2002 til kr 440,-
- Jeg tegner herved studentabonnement for 2002 til kr 150,-
- Jeg vil kjøpe 1999-, 2000- og 2001-årgangen (12 utgaver) til kr 990,-
- Jeg vil motta informasjon på e-post om juridisk litteratur fra Cappelen Akademisk Forlag. Oppgi din e-post adresse nedenfor!

Mottakers navn:

Firma/organisasjon:

Postboks/gateadresse:

Postnr./-sted:

Fakturaadresse:

E-postadresse:

Send inn den frankerte bestillingskupongen i dag. Du kan også sende bestillingen på telefaks 22 98 58 45, eller bestille på telefon 22 98 58 25.
E-post: jus@cappelen.no

Kan sendes
ufrankert
i Norge.
Adressaten
vil betale
porto

Svarsending

Avtalenr. 140212/215PB

Cappelen Akademisk Forlag
Sentrum
0109 Oslo

arbeidsgiveren i utgangspunktet var ansvarlig på objektivt grunnlag for skader arbeidstakeren var påført. Skadelidte ble ifølge førstvoterende utsatt for en «stadig og typisk risiko for å bli påført yrkessykdommer som følge av arbeidet», og denne risiko «vesentlig overskred den risiko som ellers er til stede i samfunnet». Dermed var «kravet om at det skal dreie seg om en ekstraordinær risiko ... oppfylt». Dette er det ikke vanskelig å slutte seg til – formuleringene følger her det klare grunnlag for å pålegge ansvar på objektivt grunnlag. Av dette må det kunne sluttas at ikke enhver yrkesskade vil medføre objektivt ansvar for arbeidsgiveren – de ellers gjeldende regler om rammen for dette ansvaret må være til stede.

– Om «aksept av risiko»-synspunkter gir flertallet klar dekning for det syn at de ukjente risikofaktorer ikke skal bæres av arbeidstakeren. Rettsstillingen for de kjente, er uavklart. Om aksept av risiko heter det i Ot.prp. nr. 2 (1975–76) s. 23: «Departementet er etter dette kommet til at det ikke er rimelig og riktig helt å utelukke ansvar for yrkesskade når ansvarsgrunnlaget er det ulovfestede objektive ansvar. Erstatning bør kunne tilkjennes også for yrkesskade dersom skaden ikke må anses å skyldes en ulykke som ligger innenfor den normale yrkesrisiko. Spørsmålet om hvilke skader som skyldes normal yrkesrisiko, må i tilfelle tvist avgjøres av domstolene.» Annenvoterende henviser til denne uttalelsen – dog uten å sitere den – og tilføyer at den «ikke bør tolkes særlig vidt. Etter min mening bør forbeholdet under enhver omstendighet begrenses til de tilfeller hvor risikoen for vedkommende skaderesultat er så ordinær og typisk for arbeidet at arbeidstakeren har oppfordring til å innrette seg etter risikofaktorene.» Til dette er det nærliggende å bemerke at i så fall vil forbeholdet få liten praktisk betydning, idet det ikke lett kan tenkes at det er grunn-

lag for objektivt ansvar hvor risikoen er av en slik karakter.

– Rettskildemessig er det grunn til bl.a. å nevne de omfattende henvisninger til den juridiske teori som skjer i dommen, og å vektlegge de synspunkter som er gjort gjeldende omkring figuren «aksept av risiko». Dommen er et interessant eksempel på bruk av teorien når det gjelder å klarlegge en eldre rettsstilstand. Kritikken mot å tillegge aksept av risiko særlig betydning i yrkesskadetilfelle, har nok spilt en rolle. Det er fristende å stille spørsmålet hva resultatet i Høyesterett hadde blitt om dommen var blitt avsagt i 1980, og like fristende å unnlate å antyde et svar.

Peter Lødrup

FORSIKRINGSRETT

Frist for melding av krav etter et forsikrings-tilfelle, FAL § 18-5. Forholdet til foreldelsesregelen, FAL § 18-6

Rt. 2001 side 1457.

1. A hadde tegnet gjeldsforsikring i 1987 og 1990 i banken B. I 1991 var han utsatt for et arbeidsuhell, som medførte at han i 1993 måtte oppgi sitt arbeid. B ble varslet om dette av A's advokat, og B varslet igjen forsikringsselskapet S. S pekte i januar 1994 på at den ryggskadene A var rammet av, falt utenfor forsikringens dekningsområde. I november 1995 søkte A om uførepensjon, noe hans advokat varslet B om i mars 1996, samtidig som han understreket at han ville søke dekning under gjeldsforsikringen. Han ba også om bekreftelse på at foreldelse ikke ville bli påberopt. B pekte på at saken var oversendt S, og at spørsmålet om foreldelse måtte rettes dit. I oktober 1996 fremsatte A krav mot B under gjeldsforsikringen, etter at han var tilkjent full uførepensjon. B over-

sendte kravet til S, men gjentok samtidig i brev til A at krav under gjeldsforsikringen måtte rettes direkte mot S. I brev av januar 1997 viste S til sitt tidligere brev av 1994 om at gjeldsforsikringen ikke kom til anvendelse. A's advokat ba i brev av februar 1997 S se på saken på nytt, idet han mente avslaget bygget på feilaktig faktisk grunnlag. I svarbrev av februar 1997 fastholdt imidlertid S sitt avslag, og pekte samtidig på at A i henhold til FAL § 18-5 annet ledd ville miste sin rett til erstatning om han ikke innen seks måneder fra mottagelsen av brevet enten hadde krevd nemndsbehandling etter FAL § 20-1 eller anlagt sak for domstolene. Innen fristens utløp tok A's advokat ut forliksklage mot B. Det fremgår ikke om S ble varslet av B om dette.

I oktober 1997 og januar 1998 oversendte A's advokat nye spesialistuttalelser til S. S fastholdt imidlertid sitt avslag, uten å påberope seg at kravet var bortfalt. I mars 1998 tok A ut stevning mot B, og trakk S inn i saken ved stevning av mai 1998. S gjorde gjeldende at A's krav var bortfalt i henhold til § 18-5 annet ledd, fordi A ikke hadde truffet tiltak mot S innen seks måneders fristen i bestemmelsen, dvs. innen august 1997. A bestred dette, prinsipielt under henvisning til at fristen etter § 18-5 annet ledd ikke kunne begynne å løpe før den alminnelige foreldelsesfristen i § 18-6 var begynt å løpe.

Byretten påla S å dekke de utestående gjeldskrav til B, mens lagmannsretten frifant S. Høyesterett stadfestet lagmannsrettens dom.

2. HR gikk innledningsvis gjennom lovhistorien til § 18-5 annet ledd, og pekte på at bestemmelsen har vært kritisert for å tilgodese forsikringsselskapene i unødvendig grad. Når det gjaldt det konkrete forholdet, understreket HR at ordlyden i § 18-5 annet ledd var klar nok, og at det ikke var holdepunkter hverken i loven eller forarbeidene for at § 18-5 annet ledd bare skulle komme til anvendelse der

foreldelsesfristen etter § 18-6 var begynt å løpe. Reelle grunner talte heller ikke for en slik løsning. «Fristen avbrytes relativt enkelt, uten store omkostninger, og et avbrudd vil normalt gi tilstrekkelig tid til å underbygge kravet ytterligere.» HR trakk også inn § 18-5 første ledd, som angir når kravet senest må meldes overfor selskapet. Det relevante tidspunkt her vil være når «den berettigede fikk kunnskap om de forhold som begrunner kravet». Før den berettigede hadde slik kunnskap, behøvde han ikke å gjøre krav gjeldende. S hadde hevdet at allerede en ren underretning om ulykke eller sykdom fra den berettigedes side ga selskapet rett til å sende melding etter § 18-5 annet ledd. Dette tok HR avstand fra: «Det må fremgå at den som henvender seg til selskapet, har gjort seg opp en mening om å ha et krav som følge av ulykken eller sykdommen i henhold til en polise, og gjør dette gjeldende.» HR innrømmet samtidig at det «i noen tilfelle» nok kunne by på tvil om et krav var fremsatt, men la til grunn at «det burde ikke være vanskelig å bringe på det rene». At kravet var tallfestet, var ifølge HR «normalt ikke ... et vilkår».

3. Subsidiært hadde forsikrings-tageren gjort gjeldende at det med grunnlag i § 19-9, som står i kapitlet om kollektiv personforsikring, måtte skje identifikasjon mellom B og S, slik at fristen ble avbrutt ved at det ble uttatt forliksklage mot B. HR avviste synspunktet. Riktignok stod man overfor en kollektiv forsikring, der B var å anse som forsikringstager under avtalen med S og A som medlem. § 19-9 gjelder imidlertid meldinger fra eller til medlemmene i en slik kollektiv forsikring. En forliksklage kunne ikke likestilles med en melding til S, og var klart utenfor de forhold bestemmelsen regulerte. A og hans advokat var da også tydelig gjort oppmerksom på at krav under forsikringen måtte reises mot S.

4. Atter subsidiært pekte A på at

avslaget fra S var begrunnet i uriktig faktum, med den følge at det måtte sees bort fra S's brev av februar 1997. HR avviste dette kort og poengtert: «Det er ... ikke omstridt at den ryggskade A var påført, ikke var dekket etter forsikringsvilkårene. Det kan da ikke ha noen betydning om selskapet ga ryggskaden en gal betegnelse. For øvrig bemerker jeg at en frist etter § 18-5 annet ledd selsagsagt også løper i de tilfelle der det var uriktig å avslå kravet.»

5. Atter atter subsidiært tok A opp om ikke S, ved å realitetsbehandle A's innsigelser høsten 1997 etter at kravet etter S's egen mening var bortfalt, hadde mistet retten til å påberope seg sin innsigelse. HR viste til foreldelsesl. § 14, som fastslår at foreldelsesfristen brytes «når skyldneren overfor fordringshaveren uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen», og understreket at det ikke var kontakt mellom S og A i den perioden seks måneders fristen løp. «Etter at foreldelse var inntrådt, var [S] villig til å se på saken på ny. I dette ligger det åpenbart ingen erkjennelse av ansvar.»

6. Dommen fortjener et par kommentarer. For det første stiller jeg meg undrende til at saken overhodet er sluppet inn for HR, hensett til at partene ifølge dommen var enige om at A's ryggskader ikke var omfattet av forsikringen. Forholdet blir ikke mindre overraskende når det tas hensyn til det forlik A og S inngikk mens saken stod for HR, og der det heter: «Under henvisning til ovenstående punkt [som ikke er referert i dommen], er tvistepunktet kun spørsmål om foreldelse. Får A medhold i at hans krav ikke er foreldet, utbetaler [S] kr 700.000 uten tillegg av renter.»

For det annet må det sies at A's advokat fremstår som «synderen», ved fullstendig å se bort fra de tilbakemeldinger B ga under sakens gang om at S, og ikke B selv, var rette vedkommende.

For det tredje: Den lovhistorien

HR presenterer, er ikke treffende, fordi HR behandler personforsikring og skadeforsikring under ett. Etter de regler som gjaldt før 1989, var det «meget sjelden» at selskapene påberopte seg reglene om frist for melding i personforsikring, se NOU 1983:56 på s. 160. Hele FAL-utvalget fant da også at man ikke burde videreføre en slik meldingsregel i personforsikring. I skadeforsikring var erfaringen med og behovet for en meldingsregel en annen. Likevel mente et stort mindretall at man heller ikke her burde ha en slik meldingsregel. Til tross for at det ikke var noen i høringsrunden som gikk inn for å opprettholde meldingsregelen i personforsikring, fant departementet å ville videreføre regelen generelt, bl.a. med den begrunnelse «at det ikke kan påvises dårlige erfaringer» med regelen i ulykkes- og sykeforsikring (Ot.prp. nr. 49 (1988-89) s. 143). *I dag* er situasjonen åpenbart en annen: Selskapene bruker meldingsregelen i utstrakt grad i ulykkes- og sykeforsikring, også når det er snakk om store forsikringsbeløp, og både regelen som sådan og selskapenes praksis har vært kritisert, se først og fremst *Wilhelmsen*, «Forsikringsavtalelovens regler om meldefrist og foreldelse», NFFP nr. 75 (1998).

I tilknytning til dette momentet, kan det for det fjerde være grunn til å peke på at meldingsregelen i § 18-5 utgjør en del av et større meldingsystem i FAL. Dette systemet karakteriseres ved at meldingskriteriene er formulert noe forskjellig i personforsikring og i skadeforsikring, samtidig som kriteriene også varierer innenfor de to hovedforsikringstypene, altså et nokså rotete og uklart system. Dommen kan tyde på at HR ikke har vært tilstrekkelig oppmerksom på dette. HR understreker som nevnt at den berettigede etter § 18-5 første ledd ikke behøver å fremme *krav* overfor selskapet før han har den kunnskap som bestemmelsen angir, og fortsetter: «Noe annet er plikten etter FAL § 4-10

trede ledd om [sikredes] melding av et inntrådt forsikringstilfelle.» Paragraf 4-10 står imidlertid i skadeforsikringsdelen, og har dermed ingen ting med § 18-5 å gjøre. Den parallelle bestemmelsen i personforsikringsdelen er § 13-11; denne bestemmelsen pålegger «enhver som mener å ha et krav mot selskapet» plikt til å melde fra uten ugrunnet opphold om et inntruffet forsikringstilfelle. På den annen side omtaler § 11-2 annet ledd litra (d), som angir hva forsikringsbeviset skal innholde, bestemmelsen i § 18-5 som en regel om «melding om forsikringstilfellet», på samme måte som overskriften til § 18-5 selv gjør. Det er derfor nærliggende å si at de sprikende og uklare lovtekstene gir liten bakgrunn for de finere distinksjoner HR tilsynelatende trekker opp. Det hadde vært ønskelig om HR hadde søkt å rydde opp i usikkerheten knyttet til ulike og uklare meldingsregler istedenfor å utdype usikkerheten ved å sammenligne bestemmelser som ikke har noe med hverandre å gjøre.

Jeg er for det femte enig med HR i at det ikke er grunn til å knytte sammen fristen for å anvende § 18-5 annet ledd og den alminnelige foreldelsesfristen etter § 18-6. På den annen side kunne HR med fordel ha markert at det er grunn til å utvise en viss forsiktighet med å anvende prinsippet i § 18-5 som sådan. Og HR's bemerkninger om når fristen etter § 18-5 første ledd – og dermed også fristen etter annet ledd – begynner å løpe, gir liten hjelp for praksis.

For det sjette: Når det gjelder forholdet til FAL § 19-9, går det som sagt ikke frem av dommen om S faktisk var kjent med at det var tatt ut forliksklage mot B. Var S det, virker det noe formelt om man lar det forhold at forliksklagen ble tatt ut mot B og ikke mot S, «drepe» A's krav. Tilsvarende kan det spørres hvilken betydning B's tidligere meldinger til A om at det var S selv som var rette vedkommende for kravet, egentlig bør til-

legges. Er det det forhold at A opptrer via advokat som forklarer HR's barske tone?

Min konklusjon er at dommen gir liten veiledning for fremtiden. Den fremstår som konkret riktig, i den forstand at det er liten grunn til at en person som bevislig ikke er rammet av en ulykke som omfattes av forsikringsdekningen, likevel skal oppnå erstatning pga. usikkerhet knyttet til bruken av meldingsreglene i kollektiv forsikring. Samtidig virker dommen uheldig, hvis man for fremtiden vil legge til grunn de prinsipper HR synes å bygge resultatet på. FAL § 18-5 er en så legislativt svakt begrunnet regel, at det er all grunn til å anvende den med forsiktighet. I dette tilfellet mistet den berettigede tilsynelatende sitt krav fordi hans advokat, til tross for flere påpekninger, reiste sak mot forsikringstageren under den kollektive gjeldsforsikringen og ikke mot selskapet. Det bør unngås at slike formelle feil for fremtiden kommer den berettigede til skade. Så viktig er nemlig ikke § 18-5.

Hans Jacob Bull

Ny litteratur

Brynildsen, Claus, Børre Lid og Truls Nygård, *Forsikringsavtaleloven med kommentarer*, er den første fullstendige lovkommentaren til Forsikringsavtaleloven av 1989, med henvisninger til forarbeider, rettspraksis, nemndspraksis og oppgjørspraksis i selskapene. Forfatterne har sin forsikringsrettslige bakgrunn først og fremst som advokater i Storebrand og If Skadeforsikring, samt som medlemmer av Forsikringssskadenemnda gjennom mange år.

Brynildsen, Claus, Børre Lid og Truls Nygård, *Forsikringsavtaleloven med kommentarer*. ISBN 82-05-28040-1. Gyldendal Akademisk. Oslo 2001. 601 s., kr 750,-.

Tildeling av aksjer mot tingsinnskudd. Ugyldighet.

Høyesterettskjennelse 26. november 2001 (sak 2001/586)

1. Aksjeloven § 10-14 flg. gir adgang for generalforsamlingen til å gi styret fullmakt til å forhøye aksjekapitalen. Kompetansen omfatter bare nytegning eller nyemisjon; ikke fondsemisjon. Generalforsamlingens vedtak om å tildele styret fullmakt må treffes med flertall som for vedtektsendring, jf. asl. § 5-18.

I § 10-14 annet ledd oppstilles det formelle minstekrav til hva generalforsamlingens beslutning må inneholde. Dersom fullmakten omfatter kapitalforhøyelse mot innskudd i andre eiendeler enn penger (tingsinnskudd), følger det av annet ledd nr. 4, at generalforsamlingens beslutning om styrefullmakt skal angi dette.

2. I den aktuelle saken hevdet selskapet seg i ettertid ubundet av kapitalforhøyelsen under henvisning til at styrets tildeling av aksjer mot tingsinnskudd hadde skjedd uten at fullmakten omfattet dette. Kapitalforhøyelsen var imidlertid registrert i Foretaksregisteret. Spørsmålet i saken var derfor om styrets tildeling av aksjer mot tingsinnskudd, i et tilfelle der fullmakten ikke omfatter dette, var bindende for selskapet når kapitalforhøyelsen var blitt registrert i Foretaksregisteret. De berettigede etter kapitalforhøyelsen gjorde under henvisning til aksjeloven § 2-10 annet ledd gjeldende at dette måtte være tilfelle.

3. Denne bestemmelsen oppstiller en sontring mellom sterke og svake ugyldighetsgrunner. Foreligger det sterk ugyldighet – falsk, forfalskning, grov tvang eller tegning i strid med vergemålsloven – vil tegningen/kapitalforhøyelsen alltid og uten videre være ugyldig. For andre (dvs. de svake) ugyldighetsgrunner kan innsigelsen om

ugyldighet bare gjøres gjeldende inntil tegningen/ kapitalforhøyelsen er registrert i Foretaksregisteret. Lovgrunnen er at man har ansett at selskapet ikke kan fragå stifternes/ styrets aksept av en aksjetegning/ kapitalforhøyelse etter registrering, fordi denne skaper en notoritet mv. som tredjemannsinteresser baserer seg på. Det innebærer at hensynet til kreditor- og andre tredjemannsinteresser blir tillagt særlig vekt fra og med registrering. Før dette tidspunkt – da disse ennå ikke har fått noen berettigede forventninger om at tegningen/ kapitalforhøyelsen blir endelig gjennomført – legger loven opp til at selskapet kan fragå tegningen/ kapitalforhøyelsen også hva gjelder svake ugyldighetsgrunner.

4. De berettigede etter kapitalforhøyelsen gjorde gjeldende at den formmangel det her var tale om – manglende angivelse i generalforsamlingens fullmakt til styret at den omfattet tingsinnskudd – måtte anses som en formell feil som ikke kan påberopes av selskapet hverken før eller etter registrering. Det ble også anført at den aktuelle innsigelsen iallfall ikke kunne gjøres gjeldende etter registrering i Foretaksregisteret.

5. Kjerneområdet for bestemmelsen i § 2-10 annet ledd er hvor aksjetegneren gjør gjeldende innsigelser om ugyldighet. Høyesterett legger imidlertid i saken til grunn at den må antas å gjelde tilsvarende for tilfeller der aksjeutstederens disposisjon, som her, eventuelt er ugyldig, og det er selskapet som fremmer innsigelsen.

Lenger enn til hit fikk de berettigede etter kapitalforhøyelsen ikke Høyesteretts bifall. Høyesterett kom således til at den fullmakts- og kompetanseoverskridelse det er tale om ved tildeling av aksjer i strid med aksjeloven § 10-14 annet ledd nr. 4, etter naturlig språkbruk ikke omfattes av området for § 2-10 annet ledd. Denne bestemmelsen oppstiller etter sin ordlyd den begrensning at bestemmelsen

gjelder «alminnelige» avtalerettslige ugyldighetsgrunner. Dette har også støtte i forarbeidene, som viser til de lovfestede ugyldighetsgrunnene i avtaleloven kapittel 3 og ulovfestede ugyldighetsgrunner som villfarelse og bristende forutsetninger, jf. NOU 1992:29, s. 87.

Høyesterett viste til dette, og la dermed til grunn at det ikke bare var tale om brudd på en formforskrift, men på en reell kompetanseskranke med ugyldighet som rettsvirkning. Siden § 2-10 annet ledd – med begrensningen om at innsigelse basert på svake ugyldighetsgrunner bare kan gjøres gjeldende frem til registreringen – ikke kom til anvendelse, jf. foran om anvendelsesområdet, ble resultatet at kapitalforhøyelsen ble ansett ugyldig.

6. Høyesterett bygget sin avgjørelse på mer enn en distinksjon mellom formfeil og kompetansefeil. Retten viste til at bestemmelsen om avskjæring av innsigelser ved registrering i første rekke er gitt ut fra hensynet til tredjemenn hvis interesser tilgodeses ved registreringen, jf. foran. I tilfelle som det foreliggende lå saken imidlertid annerledes an, fordi generalforsamlingens beslutning om styrefullmakt registreres i Foretaksregisteret, jf. aksjeloven § 10-16. Begrensningene i styrets kompetanse ville derfor fremgå av registeret. Derved gjør hensynene bak avskjæringsregelen seg ikke gjeldende på samme måte som innenfor dens «kjerneområde». Høyesterett la med andre ord til grunn at reelle hensyn trakk i samme retning som lovens ordlyd og uttalelsene i lovforarbeidene.

7. Kjennelsen har neppe all verdens prinsipielle verdi. Men den har avklart at asl. § 2-10 annet ledd også gjelder der selskapet gjør gjeldende innsigelser om ugyldighet, samt at den bare gjelder der kompetanseoverskridelsen har sin bakgrunn i alminnelige avtalerettslige ugyldighetsgrunner. Den har også bragt på det rene at et brudd på aksjeloven § 10-14 annet

ledd nr. 4 ikke er en overtredelse av en formforskrift, men av en (reell) personell kompetanseregel.

Geir Woxholth

Ny litteratur

Stiftelsesloven av 1980 er nå avløst av lov 15. juni 2001 nr. 59 om stiftelser (stiftelsesloven). Loven er nå meget grundig behandlet av Geir Woxholth i boken *Stiftelser etter stiftelsesloven av 2001*. I tillegg til selve loven behandles rettspraksis og administrativ praksis om stiftelser.

Geir Woxholth: *Stiftelser etter stiftelsesloven av 2001*, ISBN 82-417-1003-8. Gyldendal Akademisk. Oslo 2001. 616 sider, kr 750,-.

KONKURRANSERETT

MARKEDSFØRINGSRETT

Adgangen til sammenlignende reklame. EF-domstolens dom i Toshiba-saken

EF-domstolen har i dom av 25. oktober 2001 (sak C-112/99) trukket opp visse retningslinjer for tolkingen av enkelte bestemmelser i Rådskdirektiv 84/450 om villedende reklame som endret ved direktiv 97/55 om sammenlignende reklame. Dommen berører også forholdet til varemerkedirektivet (Rådskdirektiv 89/104). Dommen vedrører en næringsdrivendes adgang til å henvide til andre næringsdrivende i reklame, på en måte som skaper forbindelseslinjer mellom de to næringsdrivende.

Toshiba-saken oppstod i Tyskland, idet det i tysk rett har vært lagt til grunn at en pris-sammenligning mellom egne og andres varer prinsipielt ikke er i

samsvar med «god forretnings-skikk» i den tyske markedsføringslovens (Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb av 1909 § 1) forstand. Firmaet Katun selger reservedeler og øvrig materiale som kan anvendes i Toshiba kopimaskiner. I firmaets kataloger hadde Katun laget en liste over de produkter som var tilpasset bestemte modeller av Toshiba kopimaskiner, og blant annet innført eneforhandleren Toshiba Europes bestillingsnumre (såkalte OEM-numre) for den tilsvarende vare. Hensikten var angivelig å sette kundene i stand til å foreta prissammenligninger. Under rettssaken i Tyskland forela den tyske anneninstansen diverse spørsmål til EF-domstolen om en slik sammenstilling av bestillingsnumre var å betrakte som en lovlig prissammenligning i henhold til art. 2 og 3 i det konsoliderte direktiv om villedende reklame.

Direktivet bestemmer at sammenlignende reklame som blant annet er objektiv og sammenligner en eller flere konkrete og relevante egenskaper, og som er representative for slike egenskaper, skal være tillatt (jf. art. 3a.1 litra c)). Med sammenlignende reklame menes reklame som direkte eller indirekte henviser til en konkurrent eller til varer eller tjenesteytelser som tilbys av en konkurrent (jf. art. 2a)). EF-domstolen fant at anvendelsen av en produsents bestillingsnumre i leverandørens liste over de produkter han selv fører, tilfredstilte disse krav. Det ble i den forbindelse bemerket at det fulgte av domstolens praksis under varemerkedirektivet, at bruk av andres varemerker kan være lovlig når det er nødvendig for å informere offentligheten om produktene og formålet med tjenesteytelsene, jf. sak C-64/97, BMW, Sml 1999-I s. 905 (omtalt i *Nytt i Privatretten* nr. 2/1999).

Videre vurderte EF-domstolen om henvisningen til originalprodusentens bestillingsnumre var i strid med direktivets art. 3.1.g), som

krever at den sammenlignende reklame ikke på utilbørlig måte må dra fordel av den anseelse som er knyttet til en konkurrents varemerke, firmanavn eller andre karakteristiske kjennetegn. Dette ville ifølge domstolen være tilfellet dersom bruken av bestillingsnumrene skapte en assosiasjon mellom produsenten og leverandøren hos den allmennhet reklamen var rettet mot, ved at denne allmennhet overførte produktets renommé til leverandørens produkter. I vurderingen av dette måtte det blant annet tas hensyn til hvordan reklamen fremstod i sin helhet samt karakteren av den allmennhet reklamen var rettet mot. I prinsippet ble det overlatt til den nasjonale domstol å foreta denne vurderingen. Men EF-domstolen gikk i denne saken langt i retning av å foreta subsumpsjonen selv, idet den uttalte at Katun vanskelig kunne sammenligne sine produkter med Toshiba Europes produkter uten å henvise til dennes bestillingsnumre, og at Katun foretok et klart skille mellom sin identitet og Toshiba Europes. EF-domstolen kunne derfor ikke se at listene skapte uriktige forestillinger om opprinnelsen av Katuns produkter.

Dommen bekrefter inntrykket fra den foran nevnte BMW-dommen om at EF-domstolen er på vakt overfor næringsdrivendes forsøk på å dra fordel av andre næringsdrivendes renommé, samtidig som selve vurderingen av om dette er tilfellet i prinsippet skal overlates til nasjonale domstoler (sml. Ole-Andreas Rognstad: Om forholdet mellom retten til parallellimport og nasjonale regler om markedsføring, *Tidsskrift for Forretningsjuss* 2000 s. 405 på s. 416–417). Dommen er likevel et eksempel på at EF-domstolen går svært langt i retning av å avgjøre den konkrete sak, selv om den ved prejudisielle avgjørelser bare skal ta stilling til *tolkingen* av rettsregler, jf. EF-traktaten art. 234.

Ole-Andreas Rognstad

IMMATERIALETT

PATENTRETT Avklaring fra EPO om vilkårene for prioritet

Det utvidede appellkammeret i Den europeiske patentorganisasjonen (EPO Enlarged Board of Appeal) har i en prinsippavgjørelse av 31. mai 2001 (G 2/98, O.J. EPO 2001, 413) avklart viktige spørsmål knyttet til vilkårene for å kreve prioritet fra en eldre søknad, såkalt «konvensjonsprioritet».

Etter patentlovens § 6 kan en patentsøker kreve prioritet fra en eldre søknad, og derved oppnå at den senere søknaden anses inngitt samtidig med den første søknaden, på den såkalte prioritetsdagen. Dette har særlig betydning på to måter: For det første vil publisering eller annen tilgjengeliggjøring av oppfinnelsen etter prioritetsdagen ikke være til hinder for at oppfinnelsen anses som ny, og dermed patenterbar. For det andre vil den søknaden som har best prioritet ha fortrinnsrett dersom det foreligger to eller flere søknader som gjelder samme oppfinnelse. Fristen for å inngi søknad med krav om prioritet er ett år fra den første søknadens inngivelse.

Prioritetsreglene har stor praktisk betydning, og en klargjøring av vilkårene har derfor vært imøtesett med stor interesse, ikke minst fordi det har vært ulikheter i lovgivning og praksis – både mellom de forskjellige europeiske landene, og mellom forskjellige avgjørelser fra EPOs Boards of Appeal – til tross for et felles rettsgrunnlag i Paris-konvensjonens art. 4.

Et av de materielle hovedvilkårene for å kreve prioritet, er at den tidlige søknaden angår *samme oppfinnelse* som den senere søknaden. Dette fremgår uttrykkelig av art. 87(1) EPC, som krever at søknadene skal gjelde «the same invention». Bestemmelsen i patentlovens § 6 har ingen tilsvarende formulering, men det følger av forarbeider og praksis at det også etter

norsk rett stilles krav om at de to søknadene gjelder samme oppfinnelse. Ved avgjørelsen i sak G 2/98 har Enlarged Board of Appeal slått fast at kravet om «same invention» innebærer at et krav om prioritet bare skal anerkjennes «if the skilled person can derive the subject-matter of the claim directly and unambiguously, using common general knowledge, from the previous application as a whole». Dette er et noe strengere kriterium enn enkelte har villet legge til grunn, men det svarer nok så godt til det som til nå har vært lagt til grunn i norsk praksis. Det synes iallfall på det rene at avgjørelsen ikke tilsier noen oppmykning av norsk praksis.

Det fremgår videre av EPO-avgjørelsen at prioritet ikke kan kreves for de enkelte delene av en oppfinnelse, bare for oppfinnelsen i sin helhet, slik den er definert i patentkravene. Man kan tenke seg at en oppfinnelse består av to deler: A + B. Del A er beskrevet i én forutgående søknad, og del B i en annen. I et slikt tilfelle kan prioritet ikke kreves fra de to foregående søknadene. Hvis derimot den senere søknaden gjelder delene A og B hver for seg, altså to selvstendige oppfinnelser, kan prioritet kreves fra de to forutgående søknadene (multipel prioritet).

Som det fremgår, er vilkårene for å kreve prioritet nok så strenge. For patentsøkere innebærer dette at det blir viktig å skaffe seg en god forståelse av oppfinnelsen, og bearbeide søknadsbeskrivelsen nøye, allerede før den første søknaden inngis. Enkelte søkere har nøydt seg med først å inngi en høyst uferdig og foreløpig søknad, i håp om å sikre seg en tidlig prioritetsdag, men dette er en risikabel strategi.

Selv om søknaden er omsorgsfullt utformet, er det imidlertid – naturligvis – ikke mulig å være sikker på at den er feilfri, eller på at ikke enkelte deler av søknaden har fått en uheldig utforming. Det kan også tenkes at det finner sted

en videre utvikling av oppfinnelsen etter søknadsdagen, slik at søkeren kommer frem til en mer fordelaktig utførelsesform. I slike tilfeller er én mulighet å trekke tilbake den første søknaden før den blir allment tilgjengelig, slik at den neste, bearbejdede søknaden kan brukes som grunnlag for prioritet, jf. patentforskriftens § 13 annet ledd. EPO-avgjørelsen tar hensyn til dette behovet, ved å forutsette at dersom søknaden ikke gir tilstrekkelig informasjon til at den kan brukes som prioritetsgrunnlag, skal søkeren kunne bruke den neste, bearbejdede søknaden som grunnlag for prioritet etter regelen i art. 87(4) EPC (som tilsvarer patentforskriftens § 13 annet ledd). Det er også mulig å inngi en ny og selvstendig søknad for en eventuell forbedret utførelsesform, uten å basere denne på prioritet fra den første søknaden, og uten å trekke tilbake den første søknaden, forutsatt at søknad nr. 2 oppviser en rimelig teknisk forskjell fra søknad nr. 1. Begge alternativene kan imidlertid bli umuliggjort dersom oppfinneren (eller noen andre) i mellomtiden har publisert informasjon om oppfinnelsen eller utøvet den slik at den er blitt allment tilgjengelig. Tar oppfinneren sikte på å sette oppfinnelsen i produksjon, publisere vitenskapelige artikler e.l., blir det dermed spesielt viktig at den opprinnelige søknaden er godt gjennomarbeidet og inneholder mest mulig informasjon om oppfinnelsen og mulige utførelsesformer.

Are Stenvik

Ny litteratur

Jens Schovsbo: *Lov om oppfinnelser ved offentlige forskningsinstitusjoner*. Kommentartutgave. ISBN 87-574-0708-8. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. København 2001. 177 sider, NOK 260,-.

Mikael Nyberg: *Patentrettslige bedömningsgrunder – särskilt om fackmannen*. ISBN 91-7223-071-1. Jure AB. Stockholm 2000. 331 s, NOK 352,-.

VAREMERKERETT Konsumpsjon. Kravet om samtykke. EF-domstolens dom i Davidoff-saken

EF-domstolen avsa den 20. november 2001 dom (saker C-414–416/99) i den såkalte Davidoff-saken, omtalt i *Nytt i Privatretten* nr. 2/2001. Saken gjelder i hovedsak tolkingen av konsumpsjonsregelen i varemerkedirektivet art. 7(1), som bestemmer at en varemerkeinnhaver ikke kan motsette seg import av varer som er brakt i omsetning innen EØS-området med varemerkeinnhaverens samtykke. I sak C-355/96, *Silhouette*, Sml 1998-I s. 4799 (omtalt i *Nytt i Privatretten* nr. 2/1999), slo EF-domstolen fast at bestemmelsen skal gi varemerkeinnhaveren rett til å motsette seg import av varer fra land utenfor EØS-området. Med andre ord: Konsumpsjonsprinsippet i varemerkedirektivet gjelder bare EØS-regional omsetning, samtidig som direktivet forbyr et prinsipp om global konsumpsjon. Dommen har som ventet foranlediget sterk kritikk fra tilhengere av prinsippet om global konsumpsjon i varemerkeretten. I tillegg har man sett tendenser til at nasjonale domstoler i land som tradisjonelt har vært åpne for parallellimport, utfordrer prinsippet med henblikk på å få EF-domstolen til å modifisere rekkevidden av regelen. Davidoff-saken er en slik sak.

Saken oppstod i engelske domstoler og gjelder spørsmålet om hva som nærmere ligger i kravet til at varemerkeinnhaveren skal ha samtykket til omsetning innenfor EØS. I engelsk rett har man tradisjonelt løst parallellimportproblemet i varemerkeretten ved

hjelp av en «stilltiende lisens-konstruksjon», som kort fortalt innebærer at varemerkeinnhaveren må sies å ha samtykket til import av produkter bragt i omsetning i utlandet med mindre han har tatt uttrykkelig og effektivt forbehold mot importen. De tre sakene som ble forelagt EF-domstolen gjaldt henholdsvis parfymeprodusenten Zino Davidoff SA og jeansprodusenten Levi Strauss & Co's rett til å motsette seg import av sine merkevarer til Storbritannia fra områder utenfor EØS (henholdsvis Singapore og Nord-/Mellom-Amerika). Ved avgjørelsen i den engelske appell-domstolen Patent Court, besluttet dommer Laddie å forelegge for EF-domstolen spørsmålet om et samtykke i varemerkedirektivet art. 7(1) kan være stilltiende, og om stilltiende samtykke kan sies å foreligge når varemerkeinnhaveren ikke har pålagt den første og alle senere kjøpere av varene forbud mot videresalg av varen innenfor EØS. Det er en velkjent sak at Laddie, som er en høyt profilert størrelse i engelsk immaterialrett, har vært sterkt skeptisk til så vel Silhouette-dommen som andre dommer fra EF-domstolen som legger begrensninger på adgangen til parallellimport (jf. også samme dommers foreleggelse av diverse ompakkingsspørsmål i forente saker C-443/99 og C-143/00, omtalt i *Nytt i Privatretten* nr. 3/2001). Foreleggelsen av spørsmålet om forholdet mellom denne dommen og den engelske læren om stilltiende lisens («implied license») må sees i dette lys.

EF-domstolen gir, ikke overraskende, klart uttrykk for at prinsippet om regional konsumpsjon ikke kan omgås ved en liberal tolking av samtykket i tråd med den tradisjonelle løsning i engelsk rett. Domstolen slår først fast at uttrykket «samtykke» i varemerkedirektivet ikke kan tolkes etter de enkelte medlemsstaters forogodtbefinnende, idet en slik løsning

ville være i strid med direktivets harmoniseringsfunksjon. Uttrykket har med andre ord et EF-rettslig innhold som det tilkommer EF-domstolen å fastlegge nærmere. EF-domstolen presiserer dette innhold slik at samtykket «skal være uttrykt på en måte, der med sikkerhet viser viljen til at give afkald på sin ret». Samtidig åpner domstolen for at dette samtykke ikke behøver være eksplisitt formulert, ved at det i visse tilfeller kan følge av tidligere, samtidige eller etterfølgende omstendigheter at varemerkeinnhaveren med sikkerhet gir avkall på sin rett.

I forlengelsen av dette avviser EF-domstolen, på uttrykkelig forespørsel fra den engelske domstol, at tilstrekkelig samtykke kan foreligge kun ved at varemerkeinnhaveren har latt være å motsette seg import overfor alle kjøpere av merkevaren, herunder unnlatt å trykke et importforbud på selve varen eller på annen måte ta forbehold ved overdragelsen av varene. Dette følger av det foran nevnte krav om at samtykket med sikkerhet skal vise at varemerkeinnhaveren har gitt avkall på sin rett. EF-domstolen fastslår følgelig at et stilltiende samtykke ikke kan fremgå av merkeinnhaverens «*blotte tavshed*». Domstolen trekker i den forbindelse et skille mellom et stilltiende samtykke og en *samtykkepresumpsjon* («formodet samtykke»). Nasjonale regler som åpner opp for å ta varemerkeinnhaverens taushet i betraktning ved vurderingen av om det foreligger et samtykke, legger ikke et stilltiende samtykke, men en presumpsjon om samtykke, til grunn, og tar dermed ikke hensyn til kravet om at samtykket skal ha vært kommet *positivt* til uttrykk.

Domstolen trekker også en ytterligere konsekvens av dette kravet, nemlig at det er den parallellimportør som påberoper seg at *samtykke* foreligger, som har *bevisbyrden* for dette. At EF-domstolen på dette punkt oppstiller en EF-rettslig bevisbyrde, er etter

undertegnede oppfatning det mest oppsiktsvekkende ved dommen. Det er alminnelig antatt at bevisbyrdespørsmålet i mangel av holdepunkter i den EF-rettslige lovgiving må avgjøres i henhold til nasjonalstatens egne prosessregler (jf. for et beslektet spørsmål generaladvokat Jacobs i Bristol Myers; se også den norske varemerkeutredningen). Når EF-domstolen likevel forbeholdelsesløst pålegger parallellimportøren bevisbyrden for at det foreligger et tilstrekkelig samtykke i direktivets forstand, må nok dette sees i sammenheng med dommens essens for øvrig: Domstolen vil unngå at medlemsstatene omgår regelen om utelukkende EØS-regional konsumpsjon ved bruk av nasjonale materielle eller prosessuelle rettsprinsipper. Dersom man åpnet for anvendelse av nasjonal prosessrett ved spørsmålet om det foreligger samtykke til omsetning innen EØS, kunne statene i en viss grad omgå regelen ved å pålegge rettighetshaveren en tung bevisbyrde for at samtykke ikke var gitt. Men derav kan det ikke utledes en *generell* EF-rettslig regel om at parallellimportøren alltid har bevisbyrden i saker vedrørende parallellimport.

Endelig avviser EF-domstolen også relevansen av parallellimportørenes kjennskap til at varemerkeinnhaveren motsetter seg parallellimporten. Med andre ord: Parallellimportørens gode tro er uten betydning for varemerkerettens konsumpsjon. En annen konklusjon på dette punkt ville mildt sagt vært oppsiktsvekkende.

De hensyn som med dette ligger til grunn for EF-domstolens formulering av samtykkekravet i varemerkedirektivet, gjør seg gjeldende også for andre immaterialrettigheter. Det er derfor liten tvil om at det tilsvarende samtykkekrav i andre direktiver – f.eks. edb- og databasedirektivene, direktivet om opphavsrett i informasjons-samfunnet, og designdirektivet – må tolkes på samme måte.

Videre må det bemerkes at det fortsatt er omdiskutert i Norge om og i hvilken utstrekning man har – og skal opprettholde – regler om global konsumpsjon, så vel i varemerkeretten som i opphavsretten, til tross for Silhouette-dommen. Spørsmålet forutsettes avklart ved de nært forestående lovrevisjoner på begge områder.

En presisering avslutningsvis: Davidoff-dommen utelukker ikke at domstolene anvender alminnelige avtalerettslige prinsipper ved spørsmålet om et tilstrekkelig samtykke foreligger, forutsatt at løsningen ligger innenfor de rammer EF-domstolen fastsetter. Selv om vi for lengst har forlatt den såkalte «viljesteori», hvoretter løftegiverens vilje var *bestemmende* for innholdet i et dispositivt utsagn, må det allerede i henhold til norsk rett kreves klare og positive holdepunkter for at en rettighetshaver kan sies å ha samtykket til andres utnyttelse (jf. på opphavsrettens område også det såkalte «spesialitetsprinsippet» som nylig er uttrykt av Høyesterett, jf. Rt. 2001 s. 872, Løkke-Sørensen, omtalt i *Nytt i Privatretten* nr. 3/2001). Davidoff-dommen forbyr på sin side rene *samtykkepresumpsjoner* ved anvendelsen av konsumpsjonsprinsippet, og gir for øvrig viktige korrekter til nasjonale domstoler, ikke minst med hensyn til bevisbyrdespørsmålet.

Ole-Andreas Rognstad

TINGSRETT

Festeavtale. Grunneiers forkjøpsrett

I adskillige festeavtaler – såvidt skjønnes især for fritidshus – har grunneieren betinget seg en forkjøpsrett. Dette har gitt foranledning til flere spørsmål: Er slik forkjøpsrett i strid med tomtefestelovens regler? Og hvis det ikke er tilfellet, kan en klausul om

forkjøpsrett settes til side der det vederlag grunneieren skal betale, ligger vesentlig under hva eiendommen kan utbringe i det åpne marked?

Jeg nøyter meg i det følgende å ha feste for bolig eller fritidshus for øye. På dette område er det som bekjent slik at både tomtefesteloven av 1975 (som trådte i kraft 1. januar 1976) og tomtefesteloven av 1996 (som trådte i kraft 1. januar 2002) gir festeren et utstrakt vern, især gjennom regler om festeforholdets varighet. Loven av 1975 påbød minst 80 års varighet, og loven av 1996 er gått enda et skritt lenger: Avtalen er evigvarende, med mindre festeren misligholder og grunneieren hever, eller festeren benytter seg av sin oppsigelsesrett. Ved feste av grunn for bolig har festeren også den mulighet at han innløser (frikjøper) tomten.

En rett for grunneieren til å forkorte festeforholdet, kan her fortone seg som mindre ønskelig eller endog i strid med den beskyttelse som lovgiveren har villet gi festeren. I Rt. 1988 s. 912 (Gulleråsveien) satte Høyesterett til side en klausul som gav grunneieren rett til å kreve at festeren innløste tomten. Det førte i sin tur til en uttrykkelig forbudsbestemmelse, jf. tomtefestel. 1975 § 4a. Bestemmelsen ble endog – med en modifikasjon – gitt anvendelse på festeforhold eldre enn 1976, jf. plenumsdommer i Rt. 1990 s. 284 (Selsbakk) om tilbakevirkningsproblemet. I dagens lov finner vi forbudet mot denne typer klausuler i § 35.

Burde ikke tilsvarende synspunkter ramme en forkjøpsbestemmelse? En tidsbegrenset festeavtale forutsetter – i alle fall der festeren er en naturlig person – en rekke eiendomsrettsoverganger, og det langsiktige perspektivet går tapt dersom grunneieren skal kunne gripe inn ved overdragelser og kanskje også ved arveovergang. Tvert imot fikk vi i 1979 tilføyd § 16a i tomtefestel. 1975, og den anerkjenner i prin-

sippet grunneierens forkjøpsrett, men med en vesentlig reservasjon: Forkjøpsretten kan bare gjøres gjeldende der det «etter tilhøva ikkje vil verke urimeleg». Bestemmelsen forsvant da vi 1994 fikk løsningsrettsloven, som riktignok gjennom de tvingende regler i § 8 gir et visst vern: Forkjøp kan ikke skje overfor de «nærstående» der det dreier seg om «bustadeigedom».

I forarbeidene til 1996-loven er forkjøpssspørsmålet omtalt, men drøftelsen ledet ikke til noen uttrykkelig bestemmelse. Jf. især NOU 1993:29 s. 50 med henvisning til uttalelser i forarbeidene til løsningsrettsloven om at det ikke bør være prinsipiell forskjell mht. forkjøpsrettsklausuler ettersom tomten er festet eller er eiendoms-tomt.

Situasjonen synes derfor å være at hverken en bolig- eller fritidshusfester er gitt noen beskyttelse av lovgiveren mot slike klausuler, bortsett fra det begrensede vern som løsningsrettsl. § 8 gir i boligforhold. For fritidshus kan konsekvensen bli ganske stor der forkjøpsbestemmelsen f.eks. går ut på at grunneieren skal kunne overta på basis av bygningenes verdi. En eiendom som kan selges for godt over millionen, kan kanskje bli innløst av grunneieren for noen hundre tusen kroner. Og dermed melder det seg naturlig nok et spørsmål om det er grunnlag for domstolsinngrep. Mulige hjemler for dette er løsningsrettsl. § 20 som sier at «fast løysingssum» kan reguleres der det er gått 10 år eller før den tid «når det har skjedd særskilt stor endring i pristilhøva». Denne bestemmelse er imidlertid ikke til hinder for at man om nødvendig kan supplere med avtalel. § 36. De underordnede retter har etter hvert en viss praksis, men meg bekjent har vi ennå ikke fått noen avgjørelse der slike klausuler settes til side eller modifiseres.

Thor Falkanger

Ny litteratur

Bull, Kirsti Strøm, Nils Oskal og Mikkel Nils Sara: *Reindriften i Finnmark – Retts historie 1852–1960*. ISBN 82-02-19912-3. Cappelen Akademisk Forlag. Oslo 2001. 376 sider, kr 398,-.

FAMILIERETT

Skjevdeling – krav til identifikasjon av verdier

Rt. 2001 side 1434.

På felleseieskifte kan en ektefelle holde utenfor delingen verdier som «klart kan føres tilbake til» midler han eller hun hadde ved ekteskapets inngåelse, jf. den såkalte skjevdelingsregelen i ekteskapsloven § 59 første ledd. Hustruen fikk ikke medhold i sin påstand om at verdier i en enebolig som ekteparet eide sammen på skjæringstidspunktet i 1999, klart kunne føres tilbake til en bolig som hustruen brakte med seg inn ved ekteskapsinngåelsen i 1973. Dommen ble avsagt under dissens 3 – 2. Når flertall og mindretall kom til motsatt resultat, skyldtes det først og fremst at det faktiske hendelsesforløpet ble vurdert ulikt. Det synes også å være stilt ulike krav til identifikasjon, jf. lovens uttrykk «føres tilbake til».

Flertallet og mindretall var enige om beviskravet. Førstvoterende uttaler at det «er en forutsetning for retten til skjevdeling at den ektefelle som krever verdier holdt utenfor likedelingen, må føre bevis for at vilkårene for dette er til stede, og det kreves mer enn alminnelig bevisovervekt.» Dette slutter mindretallet seg til.

Ved ekteskapsinngåelsen i 1973 brakte hustruen med seg inn en delvis belånt bolig i X. Den ble solgt i 1995 for kr 550 000. Samme år ble det kjøpt en enebolig i Z for ca. 1,6 mill. kr. Spørsmålet

var om hustruens formuesverdier i boligen i X kunne gjenfinnes i den nyinnkjøpte eneboligen i Z. Verken flertall eller mindretall fant at det hadde skjedd noen direkte ombytning av verdier, ettersom eneboligen i Z var lånefinansiert fullt ut. Spørsmålet var om det likevel kunne konstateres en videreføring av hustruens formuesverdi gjennom de øvrige bolig- og låne-transaksjonene som ble foretatt i årene 1992–1996.

Ektemannen var ukependler til Z, og i årene 1992 og 1994 ble det anskaffet to borettslagsleiligheter i Z – finansiert med lån. Låneopptakene var rundt regnet dobbelt så store som anskaffelsessummen for leilighetene – resten gikk til mer forbrukspregede goder – herunder bil og campingvogn. I 1995 stod det siste boliglånet til rest med kr 630 000, og salgssummen for boligen i X på kr 550 000 ble da benyttet til nedbetaling av dette lånet, som opprinnelig var på kr 741 000. Lånet var året før benyttet til erverv av den siste av de to leilighetene i Z og til forbruks-goder som nevnt. Denne leiligheten i Z selges så i 1996 for kr 370 000, og størstedelen av salgssummen (ca. kr 290 000) brukes til nedbetaling av lånet på 1,6 mill. til eneboligen i Z som var anskaffet året før. Med andre ord: Salgssummen på kr 550 000 for boligen i X ble benyttet dels til nedbetaling av lånet til leiligheten i Z, hvis salgssum senere brukes til delvis nedbetaling av det nye boliglånet på eneboligen i Z. Dermed oppstår spørsmål om det var en tilstrekkelig indirekte forbindelse mellom hustruens innbrakte formuesverdier i boligen i X og eneboligen i Z.

Hustruen hadde bare påstått direkte ombytting, og dermed ikke søkt å føre bevis for at hennes formuesverdi skulle være i behold på grunn av disse transaksjonene. Retten går likevel inn på spørsmålet.

Flertallet kunne ikke se at nedbetalingen av det nye boliglånet på 1,6 mill. var en videreføring av

hustruens verdier i boligen i X, selv om boligen i sin tid var benyttet som pantesikkerhet ved ervervet av leiligheten. Begrunnelsen er relativt knapp. Det vises til at renter og avdrag er blitt betalt fra den felles bankkontoen, som ektemannen i det alt vesentlige bidro til. Flertallet konkluderer med at den bortimot fullstendige sammenblanding av partenes økonomi som hadde funnet sted, medførte at hustruen ikke klart har sannsynliggjort at den formuesverdi hun hadde ved ekteskapets inngåelse, kunne gjenfinnes på hennes rådighetsdel.

Mindretallet kom til motsatt resultat, og fremholder innledningsvis at hustruen ved ekteskapets inngåelse i 1973 brakte inn ca. en tredjedel av daværende verdi av boligen i X – resten var belagt med lån. Mindretallet finner at denne verdien kan påvises i 1995, da boligen i X selges. Som begrunnelse tok mindretallet utgangspunkt i de to boligene ektefellene eide i 1995 – enebolig i X (kr 550 000) og borettslagsleiligheten i Z (kr 370 000) – til sammen kr 920 000. Dersom man så bort fra andre aktiva, fant mindretallet at ektefellene – etter fradrag av gjelden på kr 630 000 – hadde en nettoformue på kr 290 000 i 1995. Mindretallet peker på at deler av verdistigningen på boligen i X således er forbrukt, men fremholder at når hele nettobeløpet på kr 290 000 i 1996 ble benyttet til nedbetaling av det nye boliglånet, medførte dette at ektefellene i 1999 fikk et større beløp til rådighet enn de ellers ville ha hatt. Mindretallet uttaler at iallfall kr 185 000 av dette nettobeløpet kan føres tilbake til boligen i X – resten er salgsgjavnst på borettslagsleilighetene. De kr 185 000 forutsettes med andre ord for en stor del å bestå av nåverdien av hustruens opprinnelige tredjedel av boligen i X (kr 140 000), uten at dette drøftes eksplisitt. Det forhold at deler av salgssummen for boligen i X gikk til nedbetaling av et lån som for en

halvdel var forbrukt, problematiseres således ikke.

Kommentar: Både flertallets og mindretallets standpunkt kan ha noe for seg. Saksforholdet er eksempel på et typetilfelle hvor full identifikasjon av verdier som stammer fra skjevdeleringspostene (arv, gave og verdier fra før ekteskapet) ikke engang er teoretisk mulig. Den enkleste varianten er tilfeller hvor arv og lønn går inn på samme konto, og hvor deler av kontoen så forbrukes. Hvilke kroner som ligger igjen på kontoen – «arvekronene», «lønnskronene» eller en forholdsmessig del – kan ikke etterspores konkret. Det er med andre ord ikke et bevissspørsmål, men et vurderingsspørsmål, hvor det gjelder å finne en løsning som har de beste grunner for seg – en løsning som da bør legges til grunn i andre lignende saker. Forholdet i denne saken er en noe mer komplisert variant av samme typetilfelle: Verdier fra før ekteskapet, (dvs. deler av salgssummen for boligen i X), benyttes til nedbetaling av lån (opprinnelig på kr 741 000), hvor dette lånet i sin tid ble brukt både til investering (leilighet i Z) og til forbruk. Forutsatt at midler som stammer fra skjevdeleringsposter anses for å være i behold når de er brukt til nedbetaling av lån som har gått til investering, men normalt er tapt når lånet er forbrukt (slik Holmøy og Lødrup 2. utg. s. 394), er situasjonen parallell til eksempelet med bankkontoen.

Jeg er enig med mindretallet i at det ikke kan være avgjørende at ektefellene har hatt en fullstendig sammenblandet økonomi, og at det kan argumenteres for at hustruens innbrakte verdier i boligen ikke er tapt, når ektefellene hadde en positiv formuessaldo i 1995 som ble brukt til nedbetaling av det nye boliglånet på 1,6 mill. Men på samme måten som i eksempelet med bankkontoen, blir spørsmålet hvor mye som er i behold. Ektefellene har forbrukt deler av realverdien av boligen i X, som gir seg utslag i at salgssummen brukes til

nedbetaling av lån som dels har gått til forbruk. Det er langt fra gitt at hele nåverdien av hustruens innbrakte tredjedel av boligen da er i behold – en forholdsmessig reduksjon vil kanskje være naturlig. Dette er et vurderingsspørsmål – det kan også argumenteres for at alt er i behold. Den opprinnelige egenkapital (her: hustruens innbrakte tredjedel) anses da for å være mest «motstandsdyktig» mot forbruk, på samme måte som det kan argumenteres for at bare arven ligger igjen på bankkontoen i eksempelet foran. Mindretallet benytter imidlertid en differansevurdering i sin begrunnelse: «Når hele nettobeløpet i 1996 ble benyttet til nedbetaling av det nye boliglånet, førte dette til at ektefellene i 1999 fikk et større beløp til rådighet enn de ville ha fått om den formuen hun i 1973 brakte inn i ekteskapet, ikke hadde eksistert.» En slik differansevurdering – hvor den faktiske formuesstilling sammenlignes med en hypotetisk formuesstilling hvor midlene fra skjevdeleringsposten tenkes borte – kan etter mitt syn være uheldig. I motsetning til ombytningsprinsippet, åpner differansevurderingen for omfattende prosedyre med usikre antakelser om alternative hendelsesforløp, og kan dessuten gi skjevdeling som resultat, selv om alle verdier som stammer fra skjevdeleringsposten er forbrukt, jf. Sverdrup, *Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv*, s. 432–434. Differansevurderingen harmonerer derfor dårlig med forarbeidene, som uttaler at skjevdeleringsretten er tapt når verdiene er forbrukt, Ot.prp. nr. 28 (1990–91) s. 121, jf. også Holmøy og Lødrup, *Ekteskapsloven med kommentarer*, 2. utg. s. 393.

Mindretallet tok også standpunkt til det praktisk viktige spørsmålet om hvor stor del av verdistigningen som kan skjevdeles, når eiendelen bringes inn med påhefte av gjeld, se særskilt omtale nedenfor.

Tone Sverdrup

Skjevdeling av verdistigning på eiendeler som bringes inn med påhefte av gjeld

Når en ektefelle bringer en eiendel med seg inn i ekteskapet og denne senere stiger i verdi som følge av markedssvingninger, er det nåverdien som «klart kan føres tilbake til» midler ektefellen hadde ved ekteskapsinngåelsen, jf. e.l. § 59 første ledd. Men i tilfeller hvor eiendelen bringes inn med påhefte av gjeld, har det vært uklart hvor stor del av verdistigningen som kan skjevdeles – hele verdistigningen eller en forholdsmessig del. I førstnevnte tilfelle trekkes bare det opprinnelige, nominelle gjeldsbeløp fra eiendelens nåverdi når skjevdeleringskravet beregnes, i sistnevnte tilfelle skjevdeles den andelen av nåverdien som tilsvarende nettoverdien som ble brakt inn ved ekteskapsinngåelsen. Tilsvarende spørsmål oppstår når en arvet eiendel erverves med påhefte av gjeld. Spørsmålet har vært omdiskutert i teorien, og vært gjenstand for mye oppmerksomhet i praksis, men har hittil ikke vært prøvd for Høyesterett. Begge synspunkter kan forenes med ordlyden – avhengig av om «føres tilbake til» forstås som en forbindelse til selve eiendelen eller til finansieringsmåten.

I høyesterettsdom av 12. november 2001 (sak 2001/120, omtalt foran) gjaldt saken en bolig som hustruen brakte inn med påhefte av gjeld, men da flertallet ikke ga henne medhold i skjevdeleringskravet, tok det heller ikke standpunkt til verdistigningss spørsmålet. Dette måtte imidlertid mindretallet. De to dommerne kom til at hustruen bare kunne skjevdele en forholdsmessig del av verdistigningen, dvs. den økningen som kunne tilbakeføres til nettoverdien hun brakte med seg inn i ekteskapet.

Mindretallet viser til at spørsmålet ikke er omtalt i forarbeidene,

men at Holmøy og Lødrup, *Ekteskapsloven med kommentarer* 2. utg. s. 391 under en viss tvil anbefaler at skjevdelingsbeløpet skal tilsvare eiendelens verdi fratrukket det nominelle gjeldsbeløpet. Videre heter det:

«Etter min mening taler de beste grunner for å ta utgangspunkt i den del av verdistigningen som kan tilbakeføres til den forholdsmessige verdi ved ekteskapets inngåelse. Dette støttes for det første av skjevdelingsregelens formål: At en ektefelle skal kunne holde utenfor delingen verdier som kan tilbakeføres til verdier vedkommende brakte inn ekteskapet. Dersom ektefellen godskrives hele verdistigningen, vil vedkommende oppnå avkastning av en høyere verdi enn den som ble

brakt inn i ekteskapet. Dette ville gi en uheldig prioritering av ektefeller som bringer belånte gjenstander inn i ekteskapet. Og urimeligheten ville normalt øke proporsjonalt med belåningsgraden og ekteskapets varighet.

I mange ekteskap blir dessuten gjelden betjent og nedbetalt ved felles innsats selv om den ene ektefellen har brakt eiendommen inn i ekteskapet. Dersom det da utelukkende ble gjort fradrag for opprinnelig gjeld med tillegg av eventuelle påkostninger, ville den ektefellen som brakte gjenstanden inn i formuesfellesskapet, i realiteten høste fordeler av verdier som kan tilbakeføres til den annens innsats.»

Mindretallet tok utgangspunkt i at hustruen hadde innbrakt en

tredjedel av den verdi boligen hadde ved ekteskapsinngåelsen i 1973. Boligen ble solgt i 1995 for kr 550 000, men den var påbygget for kr 110 000 under ekteskapet, og denne verdien skulle ikke under noen omstendighet skjevdeles. Mindretallet fant således at hustruen kunne skjevdele 1/3 av kr 440 000, dvs. kr 140 000.

Som nevnt var det bare mindretallet som uttalte seg om verdistigningsspørsmålet. Selv om uttalelsen derfor har en begrenset rettskildemessig vekt, taler etter vårt syn de beste grunner for at man nå bør legge de to dommenes standpunkt til grunn i spørsmålet om skjevdeling av verdistigning.

Peter Lødrup og Tone Sverdrup

VI MINNER OM:

Program for seminarrekke ved Institutt for privatrett

Tirsdag 26. februar kl. 17.15–19.00

Corporate Governance – Implikasjoner for lagstiftare, rettsvetenskapsmän och praktiker i selskapsrett v/adj. professor, econ.lic. Rolf Skog, Justitiedepartementet, Stockholm

Tirsdag 19. mars 17.15–19.00

Carl Jacob Arnholm

Minneforelesning

Informationsmisbruk – teori, metode og praksis i den moderne børsret v/jur.dr. Jesper Lau Hansen, Det juridiske fakultet, København

Tirsdag 9. april 17.15–19.00

Tvistemålsutvalgets innstilling v/h.r.dommer Tore Schei, Høyesterett og advokat Christian H.P. Reusch, Regjeringsadvokaten

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

Nytt i privatretten

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

Hovedredaktør: Peter Hambro
Forlagsredaktør: Martin Hill Oppegaard

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

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Akademisk Forlag, telefon 22 98 58 25 eller telefaks 22 98 58 45. Et årsabonnement (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. Cappelen forlag a.s. 2002

Neste hefte kommer mai 2002.