

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 3 – september 2001

KONTRAKTSRETT

AVTALERETT

Høyesterettsdom om rett til prøvetrykk av frimerker av 27. juni 2001, sak nr. 2000/1487

Saken gjaldt tvist mellom Posten Norge BA og frimerkekunstneren og -gravøren Knut Løkke-Sørensen om eiendomsretten til prøvetrykk av frimerker frembrakt under graveringsarbeid. Høyesterett stadfestet Borgarting lagmannsretts dom av 18. oktober 2000, som blant annet fastslo at Knut Løkke-Sørensen er eier av alle prøvetrykk av frimerker Posten er i besittelse av. Dommen bygger på tolking og utfylling av oppdragsavtale mellom Posten og Løkke-Sørensen,

men inneholder også visse prinsipielle uttalelser om opphavsrett, særlig i relasjon til oppdragsavtaler.

Saksforholdet var i korthet at Knut Løkke-Sørensen i perioden 1985 til 1994 opererte som freelance frimerkekunstner og gravør, og i den forbindelse laget en rekke gravyrer til såkalte ståltrykksmerker i egne lokaler på oppdrag fra Posten, uten at det var inngått skriftlig kontrakt om dette. Forut for denne perioden hadde Løkke-Sørensen siden 1962 utført det samme arbeidet som ansatt i Norges Banks Seddeltrykkeri. Fra og med 1. januar 1994 innførte Posten en standardavtale, som blant annet bestemte at Posten overtok råderetten og eierretten til utkast, originaltegninger og prøvetrykk og at prøvetrykkene skulle oppbevares i Postmuseet. Tvisten for Høyesterett gjaldt med dette kun spørsmålet om hvem som hadde eierretten og råderetten til prøvetrykk laget i den perioden Løkke-Sørensen arbeidet som freelancer uten skriftlig kontrakt som nærmere regulerte rettighetsforholdene mellom kunstner/gravør og Posten.

Høsten 1997 ga Løkke-Sørensen Posten et tilbud om å kjøpe frimerkeforarbeider og originaler fra hans produksjon i hele perioden 1962–1994. Dette tilbudet foranlediget en skriftutveksling mellom partene, der Posten motsatte seg at Løkke-Sørensen hadde rett til originaler – herunder originalakvareller av frimerkemotivet – samtidig som det ble gitt uttrykk for at forarbeider og utkast tilhørte Løkke-Sørensen.

Våren 1998 ble et stort antall originalarbeider, tegningsutkast og prøvetrykk lagt ut for salg på auksjon hos firmaet F.C. Moldenhauer AS. Prøvetrykk fra den perioden Løkke-Sørensen var ansatt i Norges Bank ble

stanset av Bergen namsrett etter begjæring om midlertidig forføyning. Senere ble det inngått forlik som innebar at Løkke-Sørensen returnerte disse prøvetrykk til Norges Bank. Posten hevdet på sin side eiendomsrett til frimerkeoriginalene og ett ikke utgitt prøvetrykk, og oppnådde i første omgang en avtale om at disse ikke skulle selges før eiendomsretten mellom partene var «endelig avgjort». Derimot gjorde ikke Posten forsøk på å stanse omsetningen av prøvetrykkene fra perioden 1985–1994. Dette ble først gjort etter høstauksjonen 1998 der Løkke-Sørensen på nytt la ut et stort antall prøvetrykk for salg, og Posten fikk Oslo namsretts kjennelse for at Løkke-Sørensen måtte forby å selge prøvetrykkene ved høstauksjonen. Senere kom Oslo byrett i dom av 28. september 1999 til at Posten hadde eiendomsretten både til originalarbeider og prøvetrykk laget av Løkke-Sørensen i perioden 1985–1994. Kun byrettens dom vedrørende prøvetrykkene ble påanket videre. Det understrekes derfor at Høyesteretts dom bare gjaldt retten til prøvetrykk og ikke til originale gravyrer og akvareller.

Høyesterett tok – noe overraskende på bakgrunn av at det ikke var fremhevet fra Løkke-Sørensens side – utgangspunkt i at graveringen av prøvetrykkene var utslag av Løkke-Sørensens enerett til å råde over sine åndsverk etter åndsverkloven § 2. Prøvetrykkene ble i den forbindelse betraktet som eksemplarer av frimerke. Høyesterett konstaterte at vesentlige sider av opphavsretten ble overdratt til Posten ved oppdragsavtaler, men fremhevet samtidig bestemmelsen i åndsverkloven § 39 annet ledd annet punktum om at overdragelse av opphavsrett ikke innbefatter «eiendoms-

Innhold nr. 3:

Kontraksrett	s. 1
Avtalerett	s. 1
Kausjonsrett	s. 4
Immaterialrett	s. 5
Opphavsrett	s. 5
Patentrett	s. 7
Varemerkerett	s. 9
Tingsrett	s. 11
Barnerett	s. 15
Familierett	s. 17
Arverett	s. 19

rett til det manuskript eller annet eksemplar som utleveres i tilknytning til overdragelsen». I forlengelsen av dette uttalte Høyesterett at bestemmelsen kan ses som utslag av et generelt prinsipp om at overlevering av original, manuskript, utkast, skisser osv. ved en rettighetsoverdragelse ikke innebærer overdragelse av eiendomsrett, med mindre annet er avtalt eller følger av omstendighetene for øvrig. Dette er i samsvar med hva som blant annet har vært uttalt av den svenske Högsta Domstolen, jf. NJA 1964 s. 99, Svarta Diana.

Videre ga Høyesterett uttrykk for at risikoen og ansvaret for uklarheter med hensyn til hvem som skulle ha eiendomsretten til eksemplarene, måtte ligge på Posten som oppdragsgiver. I den forbindelse trakk Høyesterett frem det såkalte «spesialitetsprinsippet» i opphavsretten med henvisning til bestemmelsen i åndsverkloven § 39 a som bestemmer at «når opphavsmannen har overdratt rett til å bruke verket på en bestemt måte eller ved bestemte midler, har erververen ikke rett til å gjøre det på andre måter eller ved andre midler». Høyesterett viste til at bestemmelsen har vært forstått slik at erverver får de rettigheter som følger direkte av avtalen, mens opphavsmannen beholder de øvrige rettigheter og beføyelser, og uttalte at «dette betyr at uklare avtaler tolkes restriktivt i opphavsmannens favør».

Med dette som tolkingsbakgrunn gikk Høyesterett nærmere inn på «hva de muntlige oppdragsavtalenes forhistorie, omstendighetene ved inngåelsen av avtalene og de etterfølgende forhold, utsier om partenes forståelse av eiendomsretten til prøvetrykkene ved avtaleinngåelsen». Det ble ikke lagt særlig vekt på Postens anførsler om at Løkke-Sørensen måtte være klar over at prøvetrykkene ikke var hans eiendom på bakgrunn av hans 22-årige erfaring med ståltryksproduksjon under et regime av strenge sikkerhetsregler. Høyesterett la til grunn at det i 1985 var klart for begge parter at det strenge sikkerhetsregime som gjaldt for prøvetrykk i Norges Bank, ikke gjaldt for Løkke-Sørensens virksomhet som freelancer. I denne situasjonen gjorde ikke Posten noe for å sikre seg eiendomsretten til prøvetrykkene, men «bidro sannsynligvis til den uklarhet ved oppdragsavtalene som etter hvert opp-

sto». Det legges til grunn at Posten aldri etterlyste prøvetrykk i perioden 1985–1994 til tross for at Løkke-Sørensen stilte ut slike arbeider i Postens regi ved en rekke anledninger. På den bakgrunn legger Høyesterett til grunn at omstendighetene rundt avtaleinngåelsen i freelance-perioden ga et visst grunnlag for Løkke-Sørensen til å anta at han hadde eiendomsrett til prøvetrykkene, mens det var uklart hva Posten mente.

Videre la Høyesterett til grunn at også den etterfølgende opptreden fra Postens side ga bud om at Posten ikke hadde noen klar og sikker oppfatning av eiendomsretten til de omtvistede prøvetrykk. Dette kom blant annet til uttrykk gjennom Postens manglende interesse for prøvetrykkene i korrespondansen mellom partene høsten 1997 og våren 1998, til tross for at Posten må ha visst at Løkke-Sørensen ønsket å selge prøvetrykkene. Videre legges det vekt på at Posten aksepterte salg av 71 prøvetrykk på vår-auksjonen. Høyesterett lot seg ikke overbevise av Postens argument for sin «passive opptreden» i forbindelse med prøvetrykkene – at man i en akutt situasjon måtte konsentrere seg om det som ble ansett som viktigst, nemlig å sikre retten til originalene. I det hele tatt mener Høyesterett at Posten ikke har foretatt seg noe for å bringe klarhet i det uklare muntlige avtalegrunnlaget som forelå mellom partene og som Posten måtte bære risikoen for. På denne bakgrunn fant Høyesterett at avtalen måtte tolkes i favør av Løkke-Sørensen og at avtalen derfor måtte forstås slik at han har eiendomsrett til prøvetrykkene. Heller ikke Postens subsidiære påstand om at prøvetrykkene skulle oppbevares i Postmuseet uavhengig av eiendomsretten førte frem.

Dommen gir grunnlag for et par bemerkninger. Fra et opphavsrettslig synspunkt er det interessant at Høyesterett for første gang slår fast den såkalte spesialitetsgrunnsetningen, og ellers gir den en vid rekkevidde som uttrykk for et generelt prinsipp om at uklare avtaler om overdragelse av opphavsrett skal tolkes i opphavsmannens favør. Prinsippet om anvendbarhet i den situasjon dommen omhandler kan imidlertid diskuteres. Tradisjonelt relaterer spesialitetsprinsippet i opphavsretten seg til avtaler om overdragelse av opphavs-

rettigheter, på den måten at det kreves klare holdepunkter for at en overdragelse omfatter andre utnyttelsesformer enn det som uttrykkelig er avtalt. Høyesterett drøfter imidlertid ikke om den aktuelle oppdragsavtalen bare gjaldt overdragelse av rettigheter til originale frimerker. Tvert imot synes Høyesterett å betrakte prøvetrykk som utkast eller skisser utarbeidet i forbindelse med overdragelse av rettigheter til frimerker. Det er høyst diskutabelt om det er belegg for en særskilt tolkingsregel som tilgodeser opphavsmannen i situasjoner som gjelder rettigheter til eksemplar utarbeidet i forbindelse med rettighetsoverdragelse.

Det kan se ut som om Høyesterett blander sammen spesialitetsprinsippet i åndsverkloven § 39 a og regelen om at overdragelse av rettigheter ikke nødvendigvis innebærer overdragelse av eiendomsrett til eksemplar. På sett og vis er det uheldig at Høyesterett ikke problematiserer forholdet mellom disse bestemmelser nærmere, og tar åpent stilling til om de hensyn som tilsier streng tolking av klausuler om rettighetsoverdragelse også gjør seg gjeldende for spørsmålet om overdragelse av eiendomsrett til eksemplar. Prinsipielt sett er spørsmålet om opphavsmannen skal tåle at man utvider en avtales anvendelsesområde til å omfatte nye utnyttelsesformer, et helt annet enn hvem som har eiendomsretten til eksemplar som lages i forbindelse med rettighetsoverdragelsen.

Et annet problem som gjør seg gjeldende i Løkke-Sørensen-saken, er styrken i det offentliges interesse i at prøvetrykkene ikke kommer på private hender. Fra Postens side var slike hensyn sterkt fremhevet. Dels såkalte «postmuseale hensyn», som ut fra prøvetrykkenes status som historiske dokument tilsier at frimerkene bør være i det nasjonale postmuseum. Dels fremhevet Posten at sikkerhetsmessige hensyn talte mot fri omsetning av prøvetrykkene, ut fra frimerkers status som verdipapirer med den derav følgende risiko for forfalskninger hvis prøvetrykkene kommer på avveie.

De nevnte hensyn ble ikke tillagt avgjørende vekt av Høyesterett. Det er nærliggende å lese premissene slik at Postens håndtering av prøvetrykkene, eller mangel på sådan, har

vitnet om at det offentlige interesser i prøvetrykkene ikke var særlig sterke. Spørsmålet melder seg imidlertid om alminnelige privatrettslige betraktninger om plassering av risikoen for å bringe klarhet i retts situasjonen passer i det foreliggende tilfellet. Man kan stille spørsmål om ivaretagelsen av offentlige hensyn skal bero på om Statens tjenestemenn har gjort det de burde i så henseende. Hvis man aksepterer at sterke offentlige interesser gjør seg gjeldende i denne saken, kunne en alternativ innfallsvinkel være at frimerkekunstneren på den bakgrunn rimeligvis ikke kunne ha noen berettigede forventninger om å få råde fritt over prøvetrykkene. I så fall burde det kreves klare holdepunkter for at Posten har gitt klarsignal til at Løkke-Sørensen fritt kunne omsette prøvetrykkene. En slik innfallsvinkel ble presentert fra Postens side, men Høyesterett valgte i stedet å løse saken på grunnlag av alminnelige risikobetraktninger. Hvorvidt dette var riktig, bør være gjenstand for diskusjon.

Ole-Andreas Rognstad

Foreningsrett. Vedtekts- sensur. Avtaleloven § 36. Høyesteretts dom 26. april 2001, sak nr. 2000/328

1. Foreningsvedtektene gir uttrykk for en avtale hjemlet delegasjon fra medlemmene til foreningens organer, som gir disse myndighet til å treffe beslutninger som har virkning for medlemmene. Dermed er vedtektene også bindende for medlemmene.

I unntakstilfelle vil vedtektene, og også de vedtak som de styrende organer treffer med hjemmel i disse, kunne bli satt til side gjennom sensur. Helt siden vedtagelsen av avtaleloven § 36 har det imidlertid vært uklart om og i tilfelle hvor langt denne bestemmelsen er anvendelig på sensur av vedtekter, ikke bare i foreninger, men også i selskaper.

Høyesteretts dom 26. april 2001 løser ikke dette spørsmålet, men er likevel av betydelig interesse. Saken gjelder en tvist om en medlemsklubbs – Ansattes Bedrifts Club (ABC) – utmelding av en fagforening – Oljearbeidernes Fellessammenlutning (OFS) – uten at vedtektenes

bestemmelser om fremgangsmåten ved utmelding ble fulgt. Etter vedtektene kunne utmelding bare skje etter to uravstemninger med minst seks måneders mellomrom, og med minst to tredelers flertall ved begge uravstemningene.

OFS er en landsomfattende fagforening for oljearbeidere. Ifølge vedtektenes punkt 1.1 var OFS «en frittstående og partipolitisk uavhengig arbeidstakerorganisasjon». ABC var og er en fagforening for oljearbeidere i et oljeselskap (AMOCO). ABC var medlem i OFS.

Da OFS i 1996 vedtok å anbefale medlemmene å si ja til at OFS søkte medlemskap i YS, førte dette til at ABC anså grunnlaget for sitt medlemskap i OFS som bortfalt. Man regnet medlemskap i YS som et brudd mot «den frie og uavhengige forbundslinjen». ABC ønsket i stedet en tilknytning til NOPEF. Styret i ABC besluttet å se bort fra regelen om to uravstemninger ved utmelding av OFS og i stedet følge ABCs egne vedtekter ved overgang til NOPEF. Dette ble bestridt av OFS som la til grunn at ABC fortsatt var medlem i OFS.

2. Før vi ser nærmere på Høyesteretts avgjørelse, som er utpreget konkret begrunnet, kan det være grunn til å komme med noen mer generelle bemerkninger om adgangen til å anvende avtl. § 36 som sensurgrunnlag for foreningsvedtekter og vedtak.

Selv om spørsmålet om rekkevidden av § 36 i selskaps- og foreningsforhold ble drøftet nøye under lovforberedelsen, må det som påpekt kunne sies at rettsstillingen er alt annet enn klar. Utvalget foreslo i sitt forslag, NOU 1979:32 «Formuesrettslig lempningsregel», en videre formulering enn lovtekstens «ensidig bindende disposisjoner», nemlig «andre forpliktende disposisjoner». Formuleringen skulle forutsetningsvis også omfatte beslutninger i selskaps- og foreningsforhold – også hvor disposisjonen ikke naturlig kunne anses som en «avtale». Det var klart nok at utvalgsinnstillingen også ville omfatte vedtektsbeslutninger.

På grunn av motstand under høringsbehandlingen valgte departementet i proposisjonen bevisst den mindre vidtrekkende formulering som bare skulle omfatte avtaler i ordets mer snevre betydning, jf. uttalelsen på s. 41, jf. s. 26, hvor det heter:

«Den direkte anvendelse av lempingsregelen i selskaps- og foreningsforhold vil etter dette bero på avtalebegrepets naturlige innhold, og ikke omfatte selskaps- og foreningsbeslutninger uten avtalekarakter.»

Spørsmålet blir hva man skal legge i avtalebegrepet i denne sammenheng. Justisdepartementets forutsetninger er at bestemmelsen skal gjelde i forhold til avtaler om stiftelse av forening. Foreningsvedtekter og andre beslutninger som treffes av de styrende organer, regnes likevel ikke som avtaler. Departementet legger imidlertid til grunn at loven kan anvendes analogisk hvor det er behov for det – og da også i forhold til de nevnte foreningsbeslutninger. Det innebærer at den usikkerhet som gjelder i forhold til avtalebegrepets innhold ikke behøver å få så stor praktisk betydning.

Det som uansett står som klart, er at departementet overhodet ikke vil anse vedtekter som «avtale» i den forstand loven nytter begrepet. Jeg har for min del inntatt det standpunkt at vedtektsbestemmelser ikke kan lempes ved direkte bruk av avtl. § 36. En annen løsning fremstår som nokså frittrettslig. Det bør tillegges avgjørende vekt at departementets synspunkter synes å ha fått Stortingets tilslutning. En slik slutning må kunne trekkes når lovforslaget som her har fått Stortingets samtykke, uten at det er gjort reservasjoner eller kommet med bemerkninger som kan så noen som helst tvil om meningsinnholdet på det aktuelle punkt.

På den annen side er det lovgivers klare forutsetning at bestemmelsen i prinsippet kan brukes analogisk i forhold til forpliktende disposisjoner i selskaps- og foreningsforhold som ikke faller inn under avtalebegrepet, slik det forutsetningsvis skal oppfattes. I betraktning av den mangel på konsekvens og harmoni som kan oppstå i rettssystemet om vedtekter prinsipielt holdes utenfor, jf. foran, bør domstolene etter mitt skjønn ty til en analogisk bruk i forhold til vedtektsbestemmelser hvor dette virker begrunnet.

Spørsmålet om avtaleloven § 36 og dens betydning i selskaps- og foreningsforhold er behandlet mer prinsipielt blant annet av Woxholth, *Foreningsrett*, annen utgave, Oslo 1999, s. 85 flg., og Jussens Venner 1993, s. 149 flg. og Skoghøy, LoR 1996,

s. 104 flg. Skoghøy gjør seg til talsmann for en direkte bruk av bestemmelsen i disse relasjonene, og begrunner dette ut fra reelle hensyn. Mitt eget standpunkt er det redegjort for foran.

3. Som jeg har vært inne på, løser dommen i saken mellom ABC og OFS ikke spørsmålet om anvendelsen av avtl. § 36 på foreningsvedtekter. ABC anførte for øvrig ikke bare avtl. § 36 som grunnlag for at medlemskapet i OFS skulle anses bortfalt, men også at reglene om utmelding i OFSs vedtekter måtte tolkes innskrenkende, og at innmeldingen av OFS i YS innebar en relevant bristende forutsetning for ABCs medlemskap i OFS.

ABC fikk ikke medhold i at klubben med grunnlag i noen av disse rettslige anførselene kunne anse seg rettmessig utmeldt av OFS. Høyesterett la til grunn at reglene om utmelding ikke kunne anses avvikende fra det som er vanlig i tilsvarende foreningsforhold.

Imidlertid kom Høyesterett til at det ikke var mulig å avsi dom for at ABCs medlemskap i OFS fortsatt besto. Det ble vist til at ABC og OFS i dag er medlem av hver sine hovedorganisasjoner og at denne ordningen har fungert siden utmeldingen. Med bakgrunn i en slik festnet situasjon anså Høyesterett at det både ville være urimelig og ha liten mening å dekretere at medlemskapet fortsatt består.

Det er på dette punkt at dommen har interesse i forhold til avtl. § 36. Retten viser uttrykkelig til avtl. § 36 som grunnlag for at medlemskapet må anses opphørt. Men det presiseres at man «likevel ikke går nærmere inn på om § 36 kan anvendes direkte i foreningsforhold eller om det må skje ved analogi».

Som det vil fremgå, bygger dommen ikke direkte på at vedtektsbestemmelsene om utmelding gir en urimelig løsning, og det kan derfor ikke sies at det er disse som sensureres. Dommen er derfor neppe noe egentlig prejudikat for at vedtektsbestemmelser i en forening kan sensureres med grunnlag i avtl. § 36 – direkte eller analogisk – selv om det ikke er tvilsomt at slik sensur kan finne sted, jf. foran.

Retten gjør noe mindre enn å sette vedtektenes utmeldelsesregler til side, ved at den som en mellomløsning leg-

ger til grunn at selv om ABC rettsstridig har meldt seg ut av OFS, så må medlemskapet nå i ettertid likevel anses opphørt. På denne måten anvender retten § 36 som et slags hjemmelsgrunnlag for utmeldingen i et enkelttilfelle der en fortsatt opprettholdelse av medlemskapet ville fremstå som urimelig.

Herfra til å si at vedtektene er satt til side i dette enkelttilfellet er det imidlertid ingen lang vei. ABC har jo ikke fulgt vedtektenes ufravikelige utmeldeskrav om to uravstemninger mv., men anses likevel som utmeldt av OFS. Den som vil anvende dommen som et eksempel på at Høyesterett enten direkte eller analogisk kan sensurere foreningsvedtekter er det derfor håp for.

Geir Woxholth

KAUSJONSRETT

En uviss risiko for kausjoner avgitt overfor kredittinstitusjoner. Dom av EF-domstolen

På tross av at det nettopp er vedtatt en ny angrerettlov (av 21. desember 2000 nr. 105) som avløser og viderefører angrefristloven av 24. mars 1972 nr. 11, og på tross av den betydelige reform som er skjedd av kausjonsretten ved vedtagelsen av finansavtaleloven, har angrerettsreglene til nå vært lite påaktet innenfor kausjonsretten. Men de kan gripe uventet inn i kausjonsforhold.

Angrerettloven gjelder når forbrukeren inngår avtale i nærvær av tjenesteyteren på annet sted enn dennes faste forretningssted, se § 1, jf. § 6 litra d. Salg av finansielle tjenester utenfor fast utsalgssted, vil falle inn under loven, jf. § 1. Etter § 2 litra g gjelder loven ikke for avtaler om finansielle tjenester som inngås ved annet fjernsalg enn telefonsalg. Fjernsalg er definert i § 6 litra a. I forarbeidene fremholdes at «Bakgrunnen for at angrerettloven ikke skal gjelde ved avtaler om finansielle tjenester som inngås ved annet fjernsalg enn telefonsalg, er at avtaler om finansielle tjenester utførlig er regulert i annen lovgivning, og at det kan virke uheldig med en dobbeltregulering. Ved de mest pågående og aggressive salgs-

formene, dvs. de fleste former for salg utenfor fast utsalgssted og telefonsalg, vil likevel angrepene ha en selvstendig betydning og berettigelse» (Ot.prp. nr. 36 (1999–2000) s. 92). Dette fant tilslutning under lovbehandlingen: Stortingskomiteen uttalte at «Når det gjelder de mest aggressive salgformene, telefonsalg og salg utenfor fast utsalgssted, er komiteen enig i at loven skal gjelde» (Innst.O. nr. 18 (2000–2001) s. 22). Ved vedtagelsen av finansavtaleloven – og av angrerettloven som er foranlediget av EU-direktivet om fjernsalg (direktiv 97/7/EF) – har man formodentlig oversett en viktig avgjørelse om det såkalte dørsalgdirektivet (85/577/EØF) av EF-domstolen fra 1998 i saken *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG mot Edgard Dietzinger* (C 45/96 [1998] I – s. 1199), som må være tungtveiende ved fortolkningen av den norske lovteksten. Her var saksforholdet at en mann drev et entreprenørfirma som hadde kassekreditt i en bank. Sønnen tegnet kausjon for denne under et møte i foreldrenes hjem der en representant for banken var til stede. Kausjonisten ble ikke opplyst om noen rett til å tre tilbake. Han bestred av denne grunn i ettertid sitt kausjonsansvar. Den tyske Bundes-gerichtshof forela EF-domstolen spørsmålet om rekkevidden av direktivet av 20. desember 1985 om «forbrugerbeskyttelse i forbindelse med avtaler inngått uten for fast forretningssted» (85/577/EEC). Domstolen uttalte bl.a. at:

«Ydelse af en kredit er ... en tjenesteydelse, og kautionsaftalen eksisterer kun som et tillæg til hovedkontrakten og er i praksis oftest en forudsætning for denne. Det er ... intet i direktivets ordlyd, der kræver, at den person, der har indgået en aftale, i henhold til hvilken der skal leveres varer eller udføres tjenesteydelser, skal være modtageren af disse varer eller tjenesteydelser. Direktiv 85/577 tilsigter at beskytte forbrugerne ved at give dem mulighed for at træde tilbage fra en aftale, som ikke er indgået på kundens, men på den erhvervsdrivendes initiativ, idet kunden kan finde, at det er umuligt at forstå alle konsekvenserne af sin handling. Endvidere kan man ikke udelukke en aftale, som kommer tredjemand til gode, fra direktivets anvendelsesområde alene med den begrundelse, at de erhverve-

de varer eller tjenesteydelser er bestemt til denne tredjemands brug uden for det pågældende aftaleforhold ... Imidlertid følger det af ordlyden af direktivets artikkel 1 og af kausjonens subsidiære karakter, at det alene er en kausjon, der er subsidiær i forhold til en aftale, i henhold til hvilken en forbruger ved et dørsalg forpligter sig over for en erhvervsdrivende med henblik på fra ham at opnå varer eller tjenesteydelser, der kan være omfattet af direktivet. Da direktivet endvidere kun tilsigter at beskytte forbrugere, kan en kausjonist kun være omfattet af dette, hvis han i overensstemmelse med direktivets artikkel 2, første led, forpligter sig til et formål, der må anses for at ligge uden for hans erhvervsmæssige virkefelt» (s. 1221 f.). Domstolens konklusjon ble etter dette at «Artikkel 2, første led, i direktiv 85/577 af 20. december 1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted skal fortolkes således, at en kausjonsaftale, der er indgået af en fysisk person, der ikke handler under udøvelse af erhvervsmæssig virksomhet, ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, såfremt aftalen garanterer tilbagebetaling af en gæld, der er påtaget af en anden person, der for sit vedkommende handler under udøvelse af sin erhvervsmæssige virksomhed» (s. 1223).

Motsetningsvis synes det å måtte følge av konklusjonen i dommen at angrefristreglene skal gjelde dersom en forbruker tegner kausjon for gjeld som ikke skriver seg fra næringsvirksomhet. Den ene siterte setning i premissene tilsier imidlertid at det i tillegg kreves at hovedforholdet stammer fra et «dørsalg», altså at kausjonen er et rent aksessorium til en avtale som ellers faller inn under direktivet. Uttalelsen må karakteriseres som obiter dictum, og rekkevidden anses som usikker av ledende kommentatorer. Synspunktet harmonerer også dårlig med det vernehensyn som fremheves i premissene; for kausjonisten som forplikter seg under slike omstendigheter som angitt i direktivet, vil behovet for angrerett ikke være forskjellig ettersom lånet er et ordinært banklån eller det stammer fra en «dørsalgskreditt». Reelle hensyn kan derfor tale for at kausjoner som er avgitt under de i direktivet angitte omstendigheter skal omfattes

så sant hovedforholdet ikke er næringsgjeld. I så fall har avgjørelsen betydelig rekkevidde, idet det ikke har vært uvanlig at kausjoner inngås i hjemmene eller på arbeidsplassen under medvirkning av en representant for banken. Legges dette til grunn, vil slike kausjoner tegnet utenfor «fast utsalgssted» også omfattes av angre-rettloven. Dette vil innebære at kausjonisten har rett til å trekke seg innen 14 dager; er opplysningen om angre-rett ikke gitt, kan kausjonisten erklære seg ubundet inntil ett år, jf. § 18.

Viggo Hagstrøm

IMMATERIALRETT

OPPHAVSRETT

Napster-saken, avgjørelse fra U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit av 12. februar 2001

Denne avgjørelsen har rukket å bli et drøyt halvår gammel, men gjelder en sak som har vakt stor internasjonal oppmerksomhet og reiser viktige spørsmål også i norsk rett. Avgjørelsen opprettholder en påanket beslutning om midlertidig forføyning, idet appelldomstolen i likhet med distriktsdomstolen i første instans fant det tilstrekkelig godt gjort at saksøktes system for musikkdistribusjon krenker amerikanske opphavsretsregler.

Saken gjelder det amerikanske selskapet Napster, som har opprettet et programvarebasert system for distribusjon av såkalte komprimerte MP3-filer med musikk og som i den forbindelse har kommet i konflikt med flere plateselskaper som innehar rettigheter til denne musikken.

Napster-systemet er basert på det som er blitt kjent som «peer to peer»-teknologi, det vil si at teknologi som gjør det mulig å bytte filer via PC er «peer to peer». Napster har gjennom sitt egenutviklede dataprogram, som er utlagt gratis på Internett, tilrettelagt for at MP3-filer lagret på en brukers PC kan gjøres tilgjengelig for nedlasting på andre (ukjente) brukers PC og overføring av eksemplar av musikkopptak fra en PC til en annen via Internett.

Prosessen kort beskrevet er som følger: En bruker laster ned Napsters

programvare «Music Share» på sin PC fra Napsters nettsted. Brukeren registreres deretter med brukernavn og passord. Den bruker som med dette ønsker å gjøre sine filer tilgjengelig for andre brukere lager så et «brukerbibliotek-register», med fortegning over de musikkfiler som gjøres tilgjengelig via systemet. Navnene på filene lastes opp på Napsters servere og lagres i et felles «brukerbibliotek» der, mens selve innholdet forblir lagret på brukerens egen server.

Andre brukers muligheter for å finne frem til disse filene besørges dels gjennom en søkefunksjon, dels gjennom en såkalt «hotlistfunksjon». Søkefunksjonen gjør det mulig å søke etter filnavn på Napsters adresse-tjeneste. Man fyller ut et bestillings-skjema på Napsters hjemmeside med navn på den ønskede sang og artist. Skjemaet blir så sendt til Napsters server og automatisk holdt opp mot de navn på musikkfiler som der er lagret. Søkeren får så en liste over tilgjengelige filer som svarer til ønsket. Det understrekes at det her kun dreier seg om et rent tekstøk og intet filøk. Den såkalte «hotlistfunksjonen» fungerer ved at brukeren lager lister over andre brukere som han tidligere har fått MP3-filer fra. Napster-systemet gir beskjed om hvilke aktuelle brukere som er koplet opp mot systemet og gir bestilleren en oversikt en oversikt over filnavnene i den «hotlistede» brukers «bibliotek». Heller ikke i dette tilfellet er filen lastet opp på Napsters system.

Selve filoverføringen muliggjøres ved at Napster-serveren inneholder internettadressen både til bestilleren («Napster User») og den som innehar den bestilte fil («Host User»). Napsterserverne kommuniserer den sistnevntes adresse til bestilleren, som bruker denne informasjon til å etablere kontakt med filinnehaveren. Når slik kontakt er etablert, kan bestilleren laste ned eksemplar av innholdet på MP3-fil fra en PC til en annen («peer to peer»).

Ved behandlingen av denne saken fant appelldomstolen, i likhet med førsteinstansen, at brukerne av Napster-systemet hadde gjort seg skyldig i direkte opphavsrettskrenkelse i strid med den amerikanske Copyright Act (1976) § 106, og at Napster hadde medvirket til dette. Videre fant

retten at betingelsene for midlertidig forføyning etter amerikansk rett var oppfylt.

Hva angår brukernes direkte opphavsrettskrenkelse, besto den i at de som gjorde filene tilgjengelige for andre krenket opphavsrettsinnehaverens spredningsrett («Distribution Right»), mens de som aksesserte filene og lastet dem ned på sin datamaskin krenket eksemplarframstillingsretten («Reproduction Right»).

Domstolen fant videre at unntaksreglene om «rimelig bruk» («fair use») i Copyright Act § 107 ikke fritok brukerne for ansvar. De skjønnsmessige kriterier for rimelig bruk bedømmes ut fra brukens formål eller karakter, brukens art, hvor stor del av verket som er benyttet og hvilke virkninger bruken har på markedet for omsetning av åndsverk. Appelldomstolen la ved bedømmelsen om kriteriene var oppfylt, blant annet til grunn at bruken var kommersiell og ikke av privat karakter. Musikken ble gjort tilgjengelig for brukere man ikke hadde noen personlig forbindelse til, og disse brukere fikk i sin tur gratis tak i musikk de ellers måtte ha betalt for. Videre ble det lagt til grunn at det dreide seg om utnyttelse av hele åndsverk/musikkopptak, og om situasjoner der bruken var egnet til å påvirke den lovlige omsetning av CDer. Domstolen godtok ikke Napsters argumenter for at det forelå «rimelig bruk», nemlig at bruken virket promoterende på salget av CDer generelt og at det i mange tilfeller dreide seg om situasjoner der brukerne laster ned filer for å høre på musikk de har fra før. Det forhold at tjenesten kunne ha visse positive virkninger på CD-salget, hadde ikke avgjørende betydning idet bruken var egnet til å ødelegge potensialet for rettighetshavernes egen utnyttelse av markedet for digital nedlasting av musikk.

Videre fant appelldomstolen, i likhet med førsteinstansretten, at Napster ulovlig hadde medvirket til brukernes opphavsrettskrenkelse. Kravet til alminnelig medvirkningsansvar ble formulert som «one who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another». Appelldomstolen fremholdt i den forbindelse, at i motsetning til hva førsteinstansretten hadde kommet til, var det her et krav om

positiv konkret kunnskap. Det var ikke tilstrekkelig at systemet i seg selv var egnet til å bli benyttet til utveksling av ulovlig utlagte musikkfiler. Derimot fant domstolen at Napster hadde positiv kunnskap om at brukerne krenket opphavsretten. Videre var domstolen ikke i tvil om at det forelå ulovlig medvirkning, ettersom brukerne selv ikke hadde kunnet finne og laste ned de aktuelle musikkfilene med samme letthet uten Napsters bistand.

Heller ikke øvrige grunnlag som fra Napsters side var påberopt til støtte for at det ikke forelå ulovlig medvirkning til opphavsrettskrenkelse, som for eksempel passivitet og stilltende samtykke fra rettighetshavernes side, ble godtatt av appelldomstolen.

Selv om amerikansk opphavsrettslov på flere punkter avviker fra den norske, ville Napster sannsynligvis også blitt dømt for medvirkning til opphavsrettsbrudd etter norsk rett under tilsvarende omstendigheter. I motsetning til i USA er det etter norsk rett imidlertid tilstrekkelig å konstatere at den bruker som har gjort musikkfilene tilgjengelige for andre («host user») har krenket opphavs-mannens enerett til eksemplarframstilling og rett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten (som etter norsk rett må anses som offentlig fremføring, ikke spredning, jf. Ole-Andreas Rognstad: *Spredning av verkseksemplarer*, Oslo 1999 s. 62–74, nå også med støtte i den svenske Högsta Domstolens dom i NJA 2000 s. 292, omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 3/2000). Det er i norsk rett intet «fair use-unntak» som kan påberopes til støtte for «host users» opptreden. Hva angår plateselskapenes (fonogramprodusentenes) rettigheter til sine opptak, er det å bemerke at de foreløpig ikke har noen enerett til å gjøre sine opptak tilgjengelige for allmennheten. Men også disse kan påberope seg at opplastingen av eksemplarer uten rettighetshavernes samtykke er ulovlig eksemplarframstilling i strid med åndsverkloven § 45, og ellers også påberope seg straffebestemmelsen i § 54 første ledd punkt d) som rammer den som frembyr eller på annen måte gjør tilgjengelig for allmennheten opptak som er fremstilt i strid med § 45.

Videre er det grunn til å anta at også spørsmålet om Napster, forsett-

lig eller uaktsomt, har medvirket til denne krenkelse i strid med åndsverkloven § 54 annet ledd, jf. § 55, måtte besvares bekreftende i norsk rett.

Derimot er det tvilsomt om de brukere som laster ned de ulovlig utlagte filer, gjør seg skyldig i opphavsrettskrenkelse etter norsk rett. Utgangspunkt må tas i bestemmelsen om privat bruk i åndsverkloven § 12. Etter denne bestemmelse kan eksemplarer av et offentliggjort verk fremstilles til privat bruk når det ikke skjer i ervervsøyemed. Ettersom bestemmelsen ikke uttrykkelig stiller krav om at den lovlige eksemplarframstilling til privat bruk forutsetter at det kopieres fra et lovlig fremstilt eksemplar, må det i så fall innfortolkes. En viss støtte for en slik tolking finnes i Bernkonvensjonen for litterære og kunstneriske verker (Paristeksten) art. 9 (se nærmere Peter Schönning: «Lovlige kopier av ulovlige eksemplarer», *Tidsskrift for Forretningsjus* 2000 s. 497). Like fullt er det langt fra sikkert at norske domstoler vil akseptere at man innfortolker et krav som verken har støtte i lovtekst eller forarbeider, spesielt ikke i straffesaker. I Danmark har man nå endret privatbruksbestemmelsen i den danske opphavsrettslov § 12 slik at den nå uttrykkelig krever at det eksemplar det kopieres fra skal være lovlig (lovendring av 7. juni 2001). Den kommende lovrevisjon i forbindelse med gjennomføringen av EU-direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet vil vise om man følger samme vei i Norge.

Til tross for den usikkerhet som gjør seg gjeldende vedrørende lovligheten av nedlasting av musikkfiler ved hjelp av Napsters tjenester, kan man ikke derav slutte at «Napster er lovlig i Norge». Men på bakgrunn av de alminnelige regler om lovvalg og jurisdiksjon, samt forhold av mer praktisk art, kan det være problematisk å få Napster, eller andre foretak som driver tilsvarende virksomhet fra utlandet, dømt for norske domstoler for opphavsrettsbrudd.

Som et apropos til saken skal det avslutningsvis nevnes at Napster i skrivende stund ikke tilbyr filutvekslingstjenester over sin internettside www.Napster.com, idet selskapet har blitt pålagt å utestenge all ikke-klarert musikk for å få lov til å tilby sine tjenester over nettet. På den annen

side har det den senere tid dukket opp en lang rekke nye nettsted for distribusjon og bytte av musikkfiler.

Ole-Andreas Rognstad

PATENTRETT

Generaladvokaten støtter biopatentdirektivet

Etter lengre tids forarbeid ble direktivet om rettsbeskyttelse av bioteknologiske oppfinnelser vedtatt 6. juli 1998 (direktiv 98/44/EF, publisert i EFT L 213 (1998) s. 13), jf. *Nytt i privatretten* nr. 1/1999. Direktivet trådte i kraft 30. juli 1998, og skulle vært gjennomført i nasjonal rett i EU-landene innen 30. juli 2000. Nederland stemte, som eneste land, mot direktivet, og angrep senere direktivet gjennom søksmål for EF-domstolen, en sak der Norge og Italia har intervertert til støtte for Nederlands krav (sak C-377/98). I Norge har den politiske behandlingen av direktivet – som er EØS-relevant – blitt utsatt i påvente av EF-domstolens avgjørelse.

Generaladvokat *Jacobs* avga sin uttalelse i saken den 14. juni i år, der han konkluderte med at kravet om ugyldigkjennelse av direktivet måtte avslås.

Nederland har for det første anført at direktivet ikke skulle vært vedtatt etter bestemmelsen i EF-traktatens art. 100a (nå art. 95 EF), fordi det ikke forelå et aktuelt harmoniseringsbehov. Generaladvokaten fant det imidlertid ikke tvilsomt at de eksisterende ulikhetene i lovgivningen på dette området måtte anses konkurransesvridende og egnert til å begrense samhandelen. Dermed måtte det også – i lys av EF-domstolens tidligere avgjørelser – anses å ha foreligget grunnlag for å vedta harmoniseringstiltak. At direktivet samtidig tok sikte på å styrke europeiske bedrifters konkurransemessige stilling i forhold til japansk og amerikansk industri, måtte anses legitimt.

Nederlands videre anførsel om at direktivet var uegnet og upassende som harmoniseringstiltak, og at slike tiltak heller burde vært iverksatt innenfor rammene av Den europeiske patentkonvensjonen (EPC), ble kontant avvist: «In the context of the internal market ... it is evident that Community legislation alone can guarantee harmonisation and uniform

interpretation.» Anførselen om at direktivet innførte en ny form for immaterialrett, fikk heller ikke gehør: «the patentability of living material is not an innovation introduced by the Directive but the recognition of what is actually happening in conformity with national law; the Member States have long recognised the patentability of certain inventions concerning a living material.» Det er i denne forbindelse interessant å notere seg generaladvokatens bemerkninger om begrepet patent på liv: «The notion of a «patent on life» ... appears to me to be unhelpful and unclear ... a patent does not give rights of ownership or unfettered rights to exploit. It merely entitles the patent-holder to prevent others manufacturing using or selling the invention without his consent. The patent-holder however is not absolved from compliance with national regulatory requirements in areas such as public health, safety, animal welfare and compliance with ethical standards. The Directive explicitly recognises this ...»

Nederlands andre grunnlag er basert på subsidiaritetsprinsippet (art. 3b, nå art. 5 EF). I lys av konklusjonen om at harmoniseringstiltak på fellesskapsnivå var nødvendige som følge av ulikheter i medlemsstatenes lovgivning, måtte det imidlertid anses klart at direktivets vedtakelse ikke kan anses å stride mot subsidiaritetsprinsippet.

Som et tredje grunnlag har Nederland anført at direktivet er uklart, og derfor strider mot et angivelig prinsipp om rettsikkerhet. Generaladvokaten kunne ikke se at det i EF-domstolens praksis foreligger grunnlag for et prinsipp av det innhold Nederland har påberopt. Riktignok kan klarhet ha betydning for virkningen av et direktiv på flere måter, men klarhet i én eller flere bestemmelser kan neppe føre til at direktivet i sin helhet kjennes ugyldig. Under enhver omstendighet kan direktivet ikke anses å inneholde uklarheter som gir grunnlag for ugyldigkjennelse. Det er i denne forbindelse av interesse å notere at generaladvokatens uttalelse inneholder synspunkter på tolkningen av viktige begreper i direktivet, bl.a. plantesorter, dyreracer og *ordre public*. I tolkningen av begrepet plantesorter, uttrykte han sin støtte til den forståelsen som ble lagt til grunn

av EPOs Enlarged Board of Appeal i G 1/98 NOVARTIS/Transgenic plant [2000] EPOR 301, se *Nytt i privatretten* nr. 3/2000.

Det fjerde grunnlaget som er anført av Nederland, er at direktivet strider mot internasjonale konvensjonsforpliktelser, nærmere bestemt TRIPS-avtalen, Avtalen om tekniske handelshindre (som er en del av avtaleverket om opprettelse av Verdens handelsorganisasjon), EPC og Biodiversitetskonvensjonen. Her i landet har oppmerksomheten særlig vært rettet mot forholdet til Biodiversitetskonvensjonen, og noen har ment – som Nederland – at en gjennomføring av biopatentdirektivet vil gjøre det vanskelig å oppfylle forpliktelsene etter konvensjonen. Særlig har det vært hevdet at direktivets regulering av retten til å ta patent på naturlig forekommende gener, som ofte hentes fra utviklingsland, står i strid med forpliktelsene etter konvensjonens art. 15 nr. 5, om at tilgang til genetiske ressurser «skal være avhengig av forutgående informert samtykke» fra opphavlandet, og art. 16 nr. 3, om at opphavlandet skal «gis tilgang til og overføring av teknologi som benytter disse ressurser». Argumentasjonen fra Nederland og intervenientene på dette punkt viser imidlertid, etter generaladvokatens oppfatning, «a failure to appreciate the respective objectives and spheres of application of the two instruments». Biopatentdirektivet pålegger statene spesifiserte forpliktelser innenfor et saklig avgrenset område, til å sikre borgerne visse rettigheter med territorial virkning. Biodiversitetskonvensjonen er derimot en rammeavtale, som oppstiller nokså vage og generelle målsettinger. Siden patentrettens virkninger er territorialt begrenset, vil den ikke påvirke utviklingslandenes handlefrihet på dette området. Patentretten er heller ikke ment for, eller egnert til, å regulere de spørsmålene konvensjonen omhandler, f.eks. kravet om informert samtykke (art. 15 nr. 5). Slik regulering må utviklingslandene selv gjennomføre i sin nasjonale lovgivning, noe som også har skjedd i enkelte tilfeller.

Heller ikke fikk Nederland gehør for at direktivet er i strid med grunnleggende rettigheter («fundamental rights»). Nederland hadde f.eks. anført at adgangen til å ta patent på biologisk materiale som er isolert fra

mennesker, er krenkende for menneskeverdet, og at mangelen på bestemmelser som sikrer at det er innhentet samtykke til utnyttelse av slikt materiale, er i strid med den enkeltes rett til selvbestemmelse. Generaladvokaten kunne imidlertid ikke se at direktivet truet menneskeverdet. Et slikt argument måtte være basert på at patentering kan gi en form for kontroll over enkelte individer, men dette er ikke tilfellet: «A patent ... confers no rights of ownership. Moreover, the Directive provides that neither the human body itself nor the simple discovery of one of its elements may be patented ... The discovery of an element of the human body, such as a gene, thus cannot be patented; only when the gene has been isolated from its natural state by, for example, processing through purifying steps that separate it from other molecules naturally associated with it, can it be patented, and then only if its industrial application, for example the production of new drugs, is disclosed in the patent application ... The patent will therefore not cover the gene as it occurs in the human body, since genes in the body are not in the isolated and purified form which is the subject of the patent.»

Siste ord er ikke sagt før EF-domstolen har truffet sin avgjørelse. Men det vil i høy grad overraske om Domstolen skulle komme til andre resultater enn generaladvokaten i disse spørsmålene. Norske politikere bør derfor forberede seg på debatten om direktivet skal innlemmes i EØS-avtalen.

Are Stenvik

House of Lords om patenthavers enerett

Det er ingen dagligdags foreteelse at House of Lords uttaler seg om patentrettslige spørsmål. Og når det gjelder en problemstilling der vi mangler avklarende norsk praksis – grensdragningen mellom lovlig reparasjoner og ulovlig tilvirkning (jf. patentlovens § 3 første ledd nr. 1, se Stenvik, *Patentrett*, Oslo 1999 s. 262) – er det all grunn til å vie avgjørelsen oppmerksomhet (*United Wire Ltd. v. Screen Repair Services (Scotland) Ltd.* [2001] FSR 365).

Saken var anlagt av innehaveren av patenter på filteranordninger for resirkulering av offshore boreslam. Filtrene – som besto av duker med ulik maskevidde, spent opp i en ramme – ble raskt utslitt, og patenthaveren hadde i kraft av sin enerett kontroll over et attraktivt reservedelsmarked. Saksøkte hadde, i et forsøk på å tre inn i dette spesielle markedet, gjort det til sin næring å selge overholte filtre, basert på utslitte filtre kjøpt fra patenthaverens kunder. De gamle og ødelagte dukene ble fjernet fra rammene, som så ble rengjort og forsynt med nye duker.

Saksøkte hadde for det første anført at patenthaveren ikke kunne gripe inn overfor utnyttelsen av produkter som han selv hadde brakt på markedet, og påberopte i denne forbindelse både prinsippet om «implied licence» og EF-rettens regler om konsumpsjon. Lord *Hoffmann*, som førte ordet på vegne av et enstemmig House, mente imidlertid at det ikke var plass for slike prinsipper i et tilfelle der patenthaverens krav var basert på at saksøkte hadde *tilvirket* det patentbeskyttede produktet: «Where ... it is alleged that the defendant has infringed by making the patented product, the concepts of an implied licence or exhaustion of rights can have no part to play. The sale of a patented article cannot confer an implied licence to make another or exhaust the right of the patentee to prevent others from being made» (s. 370).

Reparasjoner kan derimot enhver utføre, selv om produktet er patentert, fordi reparasjoner ikke er omfattet av patenthaverens enerett. Grensdragningen mellom reparasjoner og tilvirkning må baseres på en konkret og skjønnsmessig vurdering, med utgangspunkt i patentkravens definisjon av det patenterte produktet. I det konkrete tilfellet kom House of Lords til at saksøkte måtte sies å ha tilvirket de patenterte filtrene. Begrunnelsen er konkret, men det synes å ha blitt lagt til grunn at det karakteristiske for reparasjoner er at man ikke har gjort annet enn å forlenge levetiden til de aktuelle produktene. Har man derimot bare utnyttet deler (komponenter) fra produktene, til å fremstille nye eksemplarer av den patenterte gjenstand, må det i utgangspunktet anses som tilvirkning. Og dette kan være

tilfelle selv der det dreier seg om viktige komponenter. I den foreliggende saken var gjenstanden for patentet filtrene som helhet, og saksøkte hadde bare utnyttet en viktig komponent – rammen – fra de utslitte filtrene. Virksomheten måtte derfor anses som en form for tilvirkning, som var omfattet av patenthaverens enerett.

Are Stenvik

Prinsippspørsmål på vei til U.S. Supreme Court

Når U.S. Supreme Court en gang iblant slipper inn patentsaker, resulterer det ofte i viktige prinsippavgjørelser, som ikke sjelden har påvirkningskraft langt ut over USAs grenser. Slik kan det også bli i de to sakene som nå er sluppet inn. Av størst betydning fra et europeisk synspunkt er *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co. Ltd.*, der Federal Circuit i plenum, og under dissens, begrenset ekvivalenslærens slagkraft på en nokså dramatisk måte, se 234 F.3d 558 (Fed. Cir. 2000). Det har lenge vært klart i amerikansk rett – som i norsk – at patentsøkerens uttalelser og endringer i beskrivelsen og patentkravene på søknadsstadiet, kan få betydning for tolkningen av patentkravene, og begrense spillerommet for ekvivalenslæren. Kriteriene for å avgjøre *hvor begrenset* spillerommet blir, har derimot vært nokså uklare. Et restriktivt synspunkt går ut på at enhver endring som fører til en innskrenkning av patentkravenes meningsinnhold, uansett grunn, må anses å begrense ekvivalensbeskyttelsen, og at alt som var omfattet av det opprinnelige patentkravet, men som er blitt ekskludert gjennom endringen, faller i det fri. En mer liberal oppfatning går ut på at bare endringer som foretas av bestemte grunner, eller på bestemte måter, bør tillegges begrensende virkning, og at endringens begrensende virkning må vurderes konkret, i lys av endringens karakter og formål. Det synes å ha vært den siste linjen Supreme Court ga anvisning på i *Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.* 520 US 17 (1997), der det ble uttalt at «Our prior cases have consistently applied prosecution history estoppel only where claims have been amended for a limited set of reasons,

and we see no substantial cause for requiring a more rigid rule invoking an estoppel regardless of the reasons for a change» (s. 32). Skillet burde, ifølge Supreme Court, gå mellom endringer som skyldes «a substantial reason related to patentability» og andre endringer (se s. 30–33).

De løsninger flertallet i Federal Circuit gikk inn for i *Festo*, er imidlertid så restriktive at det blir lite igjen av den fleksibiliteten Supreme Court tilsynelatende anså nødvendig. Med unntak av én dommer kom Federal Circuit til at «a substantial reason related to patentability» skulle anses å omfatte «any reason which relates to the statutory requirements for a patent» (s. 566). Uansett hvilket patenterbarhetsvilkår endringen er foretatt for å tilfredsstille, vil den dermed gi grunnlag for en «estoppel», det kan dreie seg om alt fra endringer knyttet til vilkårene om nyhet og oppfinneshøyde, til endringer som tar sikte på å bringe patentkravene i samsvar med bestemmelser om form og orden. I spørsmålet om begrensningenes omfang var ikke enigheten like stor, men også her ble det flertall for en restriktiv regel. Med åtte mot fire stemmer ble det fastslått at «there is no range of equivalents available for the amended claim element. Application of the doctrine of equivalents to the claim element is completely barred» (s. 569). Når en tar i betraktning at de aller fleste patentkrav i praksis gjennomgår betydelige endringer under søknadsprosessen, vil en se at rettens standpunkter innebærer en nokså dramatisk innsnevring av ekvivalenslæren, og det er altså holdbarheten av dette Supreme Court nå skal uttale seg om.

Den andre saken, *JEM Ag Supply Inc. v. Pioneer Hi-Bred International*, gjelder spørsmålet om planter kan være gjenstand for patent. Den anken- de part har ikke bestridt at levende materiale i og for seg kan patenteres – dette ble avgjort ved den velkjente avgjørelsen *Diamond v. Chakrabarty* 447 US 303 (1980) – men anfører at patenteringsadgangen ikke kan omfatte planter, fordi slike kan beskyttes etter lovgivningen om planteforedlerrett («Plant Variety Protection»). Når denne saken har mindre interesse fra et europeisk synspunkt, skyldes det at samme spørsmål nylig ble behandlet av EPOs Enlarged Board of Appeal

(se *Nytt i privatretten* nr. 3/2000), og dessuten er regulert i biopatentdirektivet (se *Nytt i privatretten* nr. 1/1999). Både EPO-avgjørelsen og direktivet slår fast at patent kan gis for oppfinnelser som etter sin art ikke er begrenset til en individuell plantesort. Området for planteforedlerretten er med andre ord individuelle sorter, som identifiseres ved sitt fullstendige arvemateriale, mens andre oppfinnelser relatert til planter hører under patentloven.

Are Stenvik

Ny praksis om avdelte patentsøknader

Etter patentlovens § 11 med tilhørende forskrifter, er det tillatt å dele patentsøknader, slik at det som opprinnelig var omfattet av samme søknad kan gjøres til gjenstand for to eller flere søknader. En forutsetning er at den avdelte søknaden inngis før den såkalte stamsøknaden er avgjort (se Stenvik, *Patentrett*, Oslo 1999 s. 89 flg.). Det har lenge vært klart at deling kan skje i flere trinn, men etter Patentstyrets praksis har det vært ansett som en forutsetning at den opprinnelige søknaden ikke var avgjort da den avdelte søknaden ble inngitt; det var altså ikke ansett tilstrekkelig at en tidligere avdelt søknad ikke var avgjort. En avgjørelse av Patentstyrets annen avdeling av 23. april 2001 (sak nr. 7031) fraviker denne praksisen, bl.a. under henvisning til Paris-konvensjonens bestemmelser, og med støtte i sveitsisk rettspraksis. Selv om den opprinnelige søknaden er avgjort, kan det således etter dette inngis avdelte søknader så lenge det foreligger en ubrutt kontinuitet, «slik at den oppfinnelse som den – eventuelt gjennom flere trinn – avdelte søknaden gjelder, hele tiden har vært gjenstand for en ikke endelig avgjort søknad».

Are Stenvik

VAREMERKERETT

Skjerpet distinktivitetskrav for vareutstyr

Da det med varemerkeloven av 1961 ble åpnet adgang til å få vern for

varers utstyr og innpakning gjennom registrering, ble det presisert at det måtte stilles strengere distinktivitetskrav for slikt utstyr mv., enn det som gjaldt for f.eks. vanlige figurmerker. Dette kom til uttrykk i lovteksten ved at man ikke talte bare om «utstyr», men om «et særlig utstyr» for en vare eller dens innpakning.

Med endringsloven av 27. november 1992, som gjennomførte EFs varemerkedirektiv av 1988 i norsk rett, ble imidlertid dette uttrykket erstattet med «en vares form, utstyr og emballasje». Begrunnelsen var at Varemerkedirektivet ikke åpnet for et skjerpet distinktivitetskrav overfor vareutstyret. Etter dette la Patentstyrets klageavdeling til grunn at det stadig måtte gjelde et ubetinget krav om at vareutstyr som skal registreres må være egnet til å oppfattes som kjennetegnet, men at lovendringen måtte medføre en noe annerledes vurdering av utstyrsmerker som tidligere var ansett som uregistrerbare fordi utseendet hadde et relativt fremtredende utsmyningsformål. Det ble antatt at man, så lenge det ikke forelå en felleseuropeisk praksis i annen retning, burde legge til grunn at et slikt formål ikke hindret registrering. På dette grunnlag registrerte man i 1998 bl.a. en flaske med et utseende som var delvis funksjonelt bestemt og som hadde trekk som kunne oppfattes som utsmykning, men som også hadde trekk med «en rimelig klar kjenne-tegnfunksjon» (2. avd. sak nr. 6807) og – under tvil – en parfymeflakong som var sterkt preget av et utsmyningsformål (2. avd. sak nr. 6805). De to vareutseendene er vist i NIR 1999 på s. 236.

I en avgjørelse av 18. juni 2001 i sak nr. 7075 har imidlertid klageavdelingen atter lagt kursen om. Det fremholdes at man ikke kjenner til belysende avgjørelser fra EF-domstolen eller fra EFs førsteinstansdomstol om spørsmålet, men at det foreligger endel avgjørelser fra appellkamrene ved EFs varemerkeregistreringsmyndighet, OHIM, som har betydelig interesse, og som avtegner en europeisk praksis. Det vises til at denne praksis stiller ganske strenge krav – krav som er klart strengere enn de som ble stilt i sak nr. 6805, og strengere enn de som ble stilt i sak 6807. Appellkamrenes avgjørelser fremholder at det er viktig å friholde vanlige

eller nærliggende former, at det må kræves et høyt distinktivitetsnivå, at det må være noe iøynefallende i formen som av tagerne vil bli oppfattet som primært en angivelse av kommersiell opprinnelse, etc. Det redegjøres for syv slike avgjørelser, og uttales at den norske klageavdelingen har «funnet det nødvendig å legge til grunn en noe annerledes norm» enn i sakene nr. 6805 og nr. 6807, «for å oppnå det samsvar med europeisk praksis som vi her er forpliktet til å tilstrebe».

Birger Stuevold Lassen

Konsumpsjon og ompakking – igjen

Spørsmålene knyttet til parallellimportørers adgang til ompakking, merking mv., er tilsynelatende en «never ending story», som allerede har vært omtalt en rekke ganger i *Nytt i privatretten*. Ompakking anses i utgangspunktet tillatt der det er nødvendig, men hva som skal anses som nødvendig er fortsatt nokså uklart – til tross for at EF-domstolen ved flere anledninger har uttalt seg i sakens anledning. Ytterligere to saker er nå på vei til EF-domstolen, og generaladvokat *Jacobs'* uttalelse ble avgitt 12. juli d.å. (forente saker C-443/99 og C-143/00). Etter generaladvokatens mening skal ompakking anses nødvendig der det er «reasonably required to enable the importer to obtain effective access to the market of the importing Member State (or to a significant part of it) and in so far as other, less intrusive, methods of repackaging will not enable him to obtain effective access to that market (or to a significant part of it); for that purpose account must be taken not only of obstacles which exist in law – such as the regulatory requirements of the importing Member State – but also of obstacles which exist in fact, including resistance of consumers, for example to over-stickered boxes, which is such as to affect prescription or dispensing practice.» Vi vil komme nærmere tilbake til disse sakene når EF-domstolens avgjørelse foreligger.

Are Stenvik

Domenenavn – dom av Nordhordland herredsrett 20. august 2001, sak nr. 01-00103A

For første gang er det avsagt dom i sak hvor tvisteggenstanden er et domenenavn.

Saksøkte hadde registrert domenenavnet «playstation2» under toppnivået .no. Nettsiden ble brukt til salg av parallellimporterte spillkonsoller av typen «playstation2». Produsenten av spillkonsollene, Sony, som også eier varemerkene PLAYSTATION og PS2, gikk til søksmål med påstand om varemerkekrenkelse både på grunnlag av saksøktés bruk av domenenavnet som sådan, og på grunnlag av saksøktés bruk av Sonys varemerker på den omtalte nettsiden.

Hva domenenavnet angår, fastslår dommen at varemerkeloven i prinsippet også får virkning for domenenavn. Retten la, såvidt skjønnes, til grunn at bruken av domenenavnet utgjorde en form for varemerkebruk, som omfattes av eneretten etter varemerkelovens § 4. Spørsmålet ble derfor om varemerkebruken likevel kunne anses lovlig, i medhold av den ulovfestede konsumpsjonsregelen, som innebærer at varemerkeinnehaverens rett til å motsette seg bruk av varemerket faller bort for varer som er brakt på markedet av ham selv eller med hans samtykke.

Retten konstaterer at det ikke finnes norske lovregler eller andre rettskilder som trekker opp klare grenser for parallellimportørers adgang til å benytte varemerket ved markedsføring og salg av de parallellimporterte varene. EF-retten må derfor være det relevante hjemmelsgrunnlag. Unntaket fra konsumpsjonsregelen i varemerkedirektivets art. 7 nr. 2, som gir varemerkeinnehaveren rett til å gripe inn overfor bruk av varemerket dersom han har «berettiget grunn til å motsette seg den videre ervervsmessige utnyttelse av varene», kan komme til anvendelse på domenenavn. Bruk av andres varemerker i domenenavn vil således, etter rettens oppfatning, iallfall være et varemerkeinngrep dersom varemerkeeier har «berettiget grunn» til å motsette seg bruken.

Retten tolket direktivets konsumpsjonsregel i lys av EF-dommene «Dior» (C-337/95, Sml. 1997 s. I-6013) og «BMW» (C-63/97, Sml.

1999 s. I-905), og tillegger Sør- og Handelsrettens «Rolexdom» (UfR. 2000 s 2300) relevans, under henvisning til den nordiske rettsenhet på området. Berettiget grunn for varemerkeeier til å motsette seg bruk i domenenavn, kan etter dette foreligge dersom slik bruk skaper risiko for forveksling blant forbrukere mellom varemerkeinnehaverens og parallellimportørens virksomheter, eller skaper et inntrykk av at det er en forretningsforbindelse mellom disse to subjekter. Dommen fastslår at et domenenavn som inneholder et varemerke, er en kommunikasjonsform som i særlig grad kan ha nettopp denne effekten.

Dommen behandler også spørsmålet om konsumpsjon der parallellimportør bruker selve varemerket på nettsidene, i forbindelse med markedsføring av varer som er endret (i det foreliggende tilfellet var varene modifisert for å kunne benyttes i Norge). Konsumpsjon av varemerkerett bortfaller etter både varemerkelovens § 4 tredje ledd og varemerkedirektivets art. 7 nr. 2, dersom varen er «vesentlig endret» (med mindre endringen er «tydelig angitt», som det heter i varemerkeloven). I dette tilfellet ble de parallellimporterte varene ansett for å være av «klart dårligere kvalitet» enn direkteimporterte varer, og parallellimportøren kunne derfor ikke påberope konsumpsjonsregelen. Retten gikk ikke inn på spørsmålet om bruk av varemerkets logo i forbindelse med markedsføringen i seg selv kan anses urettmessig, uavhengig av om varene er endret eller ikke.

Retten påla saksøkte erstatningsansvar for skade på Sonys produkters omdømme i markedet (kr 50 000,-), og tilkjente dessuten Sony vederlagskrav for urettmessig bruk av varemerket (kr 75 000,-), jf. varemerkelovens § 38. En eventuell rettsvillfarelse kunne ikke fritta for ansvar, heller ikke i et tilfelle hvor det, for domenenavnets vedkommende, ikke var noen norske rettskilder, herunder praksis, som gir klare anvisninger for hva som skal anses som rettsstridig varemerkebruk.

Selv om varemerkeloven i prinsippet også får anvendelse for domenenavn, er det ikke gitt at varemerkeeier kan kreve å få overført et domenenavn som inneholder hans varemerke. Retten synes likevel å ha funnet

hjemmel for overføring her, men uten å angi hvilket grunnlag den bygget på. Et mulig grunnlag kan være varemerkelovens § 40 tredje ledd, som gir rett til å beslutte tiltak for å hindre fremtidig misbruk av varemerket. Når retten konstaterte at bruken av domenavnet, sammenholdt med nettsidens innhold, skapte inntrykk av forretningsmessig forbindelse mellom saksøker og varemerkeeier, ble dette ansett både å være et varemerkeinngrep, og å danne grunnlag for overføring av domenavnet.

Vebjørn Søndersrød

TINGSRETT

Kan parkprinsippet anvendes der areal utlagt til friareal er uegnet til bebyggelse? Høyesteretts dom av 10. mai 2001, sak nr. 2000/1054

Når grunnarealer eksproprieres, følger det av vederlagsloven av 1984 § 5 første ledd at erstatningen skal tilsvare det som det må regnes med at vanlige kjøpere vil gi for arealet ved frivillig salg. Utnyttelsesmulighetene blir dermed naturligvis av stor betydning, og i annet ledd sies det at det skal legges vekt på hva slags eiendom det gjelder, hvor den ligger og «den påregnelege utnyttning som det røyneleg er grunnlag for etter tilhøva på staden». I påregnelighetsvurderingen inngår faktiske forhold: kan det f.eks. bygges på tomten? – og rettslige: vil i tilfelle bebyggelse bli tillatt? I siste henseende er reguleringsplanen etter plan- og bygningsloven av 1985 vesentlig idet hovedregelen er at reguleringsplanen er avgjørende for verdsettelsen (jf. Rt. 1999 s. 213 (Søm) med videre henvisninger). Stikkordet for ett av unntakene er parkprinsippet: For såkalte interne friområder – dvs. arealer som er avsatt til veier, åpne plasser mv. i et utbyggingsområde for å tilfredsstille de særlige behov beboerne der måtte ha – skal det betales strøkspris. Ellers ville det bli en uakseptabel forskjell mellom grunneiere som får sine arealer utlagt for bebyggelse, og grunneiere som får sine arealer regulert som friområder.

I dommen av 10. mai i år (John-

sen/Kongelbæk – Porsgrunn kommune) oppsummeres disse prinsipper før det tas standpunkt til det konkrete tvistepunkt om anvendelsen av dem der det område som er utlagt som friområde, er uegnet til bebyggelse. Faktum var i korthet at av et areal på ca. 41 dekar ble ca. 19 dekar utlagt til friområde. Friområdet som tidligere ble brukt til jordbruk, skrånere til dels bratt ned mot et bekkedar.

Lagmannsretten tilkjente ikke strøkspris. Man tok ikke standpunkt til om området måtte anses som et internt friområde for utbyggingsfeltet. Selv om det skulle være tilfellet, kunne ikke strøkspris anvendes idet området – dersom det bortsees fra reguleringsplanen – ikke etter sin «beliggenhet og beskaffenhet» kunne påregnes bebygget. Og årsaken til dette var den foreliggende rasfare.

Høyesterett var enig i dette. Praktis omkring parkprinsippet har gjeldt tilfeller der arealer er blitt ubebyggelige på grunn av reguleringsplanen. Men det «må være klart at påregnelighetskravet gjelder også ved anvendelse av parkprinsippet ... Hvor beliggenhet og naturgitte forhold gjør et areal uegnet som byggegrunn, er det ikke reguleringen som hindrer utbygging. Parkprinsippet skal oppheve ulikheten innen et utbyggingsområde mellom de som får sin eiendom utlagt til bebyggelse, og de som får sin eiendom utlagt til veier eller friområder mv. Strøkspris utligner således den tilfeldige ulikhet som ville ha oppstått om man hadde holdt seg strengt til hva det enkelte areal i reguleringsplanen er utlagt til. De hensyn som ligger bak parkprinsippet, slår ikke til hvor det dreier seg om areal som uansett ikke kunne ha blitt utnyttet til byggegrunn. Grunneierne fratas ikke her noen verdi som de kunne ha fått realisert dersom reguleringen ikke hadde kommet.»

Thor Falkanger

Odelsbortfall på grunn av endrede omstendigheter. Odelsl. § 23. Høyesterettsdom av 19. april 2001, sak nr. 2000/1276

I denne dom (Tveiten – Tveiten Hauge m.fl.) gies det nok et bidrag til

læren om bortfall av odelsrett fordi eiendommen ikke lenger kan sies å fylle vilkårene for landsbruksdrift, jf. odelsl. § 23.

Nordtveiten, en fjellgård i Setesdal, bebodd fra 1660 til 1969, består av fire parseller på tilsammen ca. 3.500 daa, og har i tillegg en andel på 12,2 % i en fjellstrekning på ca. 76.000 daa. Produktiv skog er 260 daa., og etter neddemning er jordbruksarealet ca. 7 daa.; våningshus og driftsbygning er i rimelig god stand, og det hører to setre til eiendommen. Eiendommen er siden 1969 benyttet som fritidseiendom.

Da foreldrene som ønsket at de fem barn skulle overta eiendommen i fellesskap som fritidseiendom, overførte 4/5 til de fire yngste barna, fremsatte eldstemann (som ikke ville motta den tilbudte femtepart) odelsløsningskrav.

Det var enighet om at jordbruksdrift ikke ville bli gjenopptatt. Eiendommen måtte derfor vurderes som en skøgeiendom.

Høyesterett fastslår at skal eiendommen kunne antas å kunne nyttes til landbruksdrift slik som omtalt i § 1, må det fremstå:

«som realistisk at noen kan tenke seg å drive landbruk på eiendommen med sikte på økonomisk vederlag for arbeidsinnsatsen. Dette innebærer at økonomiske betraktninger vil inngå som et moment i vurderingen. Det kan imidlertid ikke oppstilles som noe vilkår for at en eiendom skal være odlingsjord, at den skal kunne drives som en selvstendig driftsenhet. Også eiendommer som har karakter av støtetebruk kan være odlingsjord, se for eksempel Rt. 2000 s. 1634 (Store Døsvik). Etter min oppfatning kan det heller ikke oppstilles krav om noen bestemt minsteavkastning.»

De interessante utnyttelsesmuligheter her var vedhugst og utleie av jakt. Slike leieinntekter vil kunne anses som en tilleggsinntekt, men kan ikke «danne det eneste eller vesentligste grunnlag for å anse eiendommen som landbrukseiendom». Etter «en samlet vurdering» kom Høyesterett til at eiendommen ikke fyller kravene til odlingsjord, og løsning var dermed avskåret etter § 23.

Thor Falkanger

Tap av status som odelsjord. Høyesteretts dom av 19. april 2001, sak nr. 2000/1023

For at en eiendom skal bli odelsjord, er det endel fysiske betingelser som må foreligge, jf. hovedregelen i odelsl. § 1 om at det må gjelde «fast eigedom som kan nyttast til landbruksdrift og har ein viss storleik». I § 2 er størrelseskravene nærmere angitt, og i §§ 3, 4 og 5 er det endel presiseringer og innskrenkninger i forhold til §§ 1 og 2.

Status som odelsjord kan senere gå tapt. Det kan være av «subjektive» grunner; de odelsberettigede dør, odelsretten blir preskribert eller direkte fraskrevet. Her er det imidlertid de øvrige taptgrunner som skal omtales: Jordbruksarealet reduseres – ved at arealer fraselges eller ved at landbruksdriften opphører, herunder at de naturlige forhold for landbruksdrift ikke lenger foreligger. Den sentrale bestemmelse er her odelsl. § 23. Av stor praktisk betydning er reglene i § 22 om at når en tomt fradeles for nærmere angitte formål (bolighus, forretningsbygg, industriforetak mv.), kan tomten ikke odelsløses, sml. de formaliserte odelsfrigjøringsregler i kap. VIII.

Saken angitt ovenfor (Bjørntvedt – Rød) gjaldt bnr. 345 som var odlet som en del av en større eiendom. På bnr. 345 var det store sand- og grusmasser, og disse har «gjennom årene» vært gjenstand for «masseuttak og industriell bearbeidelse i stor skala». Kunne bnr. 345 idag løses på odel?

Høyesterett fastslo – i samsvar med sikker eldre rettspraksis – at en del av en odelseiendom kan løses selv om vedkommende del isolert sett ikke fyller kravene til odlingsjord i § 1, jf. § 2. At sandtakarealet kanskje var gått tapt for fremtidig jordbruksproduksjon, var dermed ikke i seg selv tilstrekkelig til å si nei til løsningskravet, jf. § 23. Spørsmålet for Høyesterett ble derfor især hvorvidt løsning kunne nektes under henvisning til § 3. Denne bestemmelse sier at odel ikke kan hevdes «på grunn til bergverk, fabrikk og andre industrielle foretak» – med visse forbehold for tilfeller der foretaket må regnes som «tilhøyrle til en jordbrukseigedom». Hadde bnr. 345 blitt ervervet idag, ville § 3 klarligvis ha vært til hinder for odelshevd. Men kunne bestemmelsen også

benyttes til å erklære odelsløsningsretten som bortfalt?

Gode reelle grunner taler etter mitt skjønn for at løsningsretten burde ansees bortfalt, og det kom også Høyesterett til ved bruk av odelsl. § 3. Rettskildemessig kan det imidlertid være grunn til å stoppe litt opp ved Høyesteretts resonnement, som vi kan dele i tre:

(i) I odelsl. § 23 – som direkte bare henviser til § 2 – må det inntolkes en henvisning også til § 1.

(ii) Dermed er det slik at den særlige regelen i § 3 «følger med».

(iii) Og dermed blir spørsmålet om § 3 også er en regel om odelsbortfall:

Forsåvidt må bemerkes at loven – som altså er rimelig ny – opererer med en sontring mellom odelshevds-hindringer og odelsbortfallsgrunner, jf. i nærværende sammenheng kap. I sammenholdt med kap. VI. Det må antas at det her ligger bevisste valg fra lovgiverens side. En viss uklarhet er det likevel ved at det i forarbeidene til § 3 sies at man ved utformingen av bestemmelsen har hatt «for auga odelsfrigjøringslova frå 1907 § 1 nr. 1. Det er meininga at regelen i utkastet skal ha same slagvidda» (NOU 1972:22 s. 46). Loven av 1907 gav utvilsomt en regel om opphør av etablert odelsrett, og det siterte kan leses slik at også § 3 skal være en opphørsregel. Men teksten i § 3 indikerer ikke noen opphørsregel. Forskjellen mellom forarbeidene, tolket slik som antydning, og lovteksten blir særlig påfallende ved at § 3 etter sin form fremtrer som en avløser av bestemmelsene om utelukkelse av odelshevd i odelsloven av 1821 § 4. Høyesterett la imidlertid uten nærmere diskusjon forarbeidenes uttalelse til grunn og har dermed gitt § 3 en rekkevidde som sprenger en naturlig språklig fortolkning.

Thor Falkanger

Beiterett for rein på privat grunn i henhold til alders tids bruk. Høyesteretts plenumsdom 21. juni 2001

Saken gjaldt tvist om reinbeiterett i privateid utmarksområde mellom grunneiere til 201 eiendommer i Selbu kommune og de to reinbeitedistriktene Essand og Riast/Hylling.

En samlet Høyesterett kom til at reinbeitedistrikt Riast/Hylling hadde beiterett i hele tvisteområdet. Et mindretall på seks dommere kom imidlertid frem til dette resultat under tvil. Når det gjaldt Essand reinbeitedistrikt fant flertallet, ni dommere, at reinbeitedistriktet hadde beiterett i hele tvisteområdet. Mindretallet på seks dommere fant at distriktet hadde beiterett til bare en del av tvisteområdet.

Forhistorie

Før jeg går nærmere inn på saken er det nødvendig å gi en redegjørelse for forhistorien til konflikten.

Samisk reindrift har fra gammelt av vært drevet over store deler av Norge, Sverige og Finland og i vestlige deler av Kola. Etter hvert som befolkningen økte ble det konflikter mellom jordbruk og reindrift, og utover på 1800-tallet ble det reist stadig sterkere krav om regulering av forholdet mellom reindrift og jordbruk. Fra bøndenes side ble det tatt til orde for et strengt erstatningsansvar for beiteskader på åker og utslåtter. Fordi det for de fastboende var vanskelig å finne frem til hvem som var eier av den rein som gjorde skade, ble det fremsatt krav om at alle som drev reindrift innenfor et bestemt område skulle være solidarisk ansvarlige på objektivet grunnlag. Fra reindriftssamenes side ble det fremhevet at et strengt erstatningsansvar bare kunne pålegges der området var inngjerdet. Et forslag om å innføre et erstatningsansvar i tråd med bøndenes ønsker ble avslått av Stortinget i 1862 med den begrunnelse at man ikke kunne pålegge reindriftssamene et så strengt erstatningsansvar uten samtidig å legge forholdene til rette for at de gjennom sin drift kunne unngå dette ansvaret. Men ved Fælleslappeloven av 1883 ble reindriftssamene pålagt et objektivet solidarisk erstatningsansvar for beiteskader. (Loven omfattet reindriften både i Norge og Sverige, men ikke Finnmark fordi reindriften der ikke var grensoverskridende.) For å kunne avgrense kretsen av de som var solidarisk ansvarlige ble det i lovens § 6 gitt hjemmel for å opprette reinbeitedistrikt. Det solidariske ansvaret omfattet alle reineiere innenfor distriktet. Slike distrikt ble først opprettet i Troms umiddelbart etter at Fælleslappeloven trådte i kraft. Tilsvarende distriktsinndeling ble senere fore-

tatt også i områdene sør for Troms. I 1889 ble Lappekommisjonen nedsatt med det mandat

«at undersøge Lappeforholdene i Hedemarkens, Søndre- og Nordre-Trondhjems Amter og at afgive Forslag til Fastsættelse af Grændserne for Lappernes Betsret samt til Ordning forøvrigt af Forholdet mellem disse og de Fastboende i de nævnte Amter.»

Lappekommisjonens innberetning ble avgitt i 1892 med forslag om opprettelse av reinbeitedistrikt. Distriktsinndelingen i området ble innført ved kgl. res. av 10. juli 1894. I kunngjøringen het det:

«Departementet skal ved denne Anledning indskjærpe alle vedkommende, at Lapperne alene har Ret til at søge Beite for sine Ren paa de Steder, hvor de efter gammel Sædvane har færdes. I saa Henseende gjør den indførte Distriktsinndeling ingensomhelst Forandring. Lappernes Ret til Beite forblive den samme, hvadenten Distriktsinndeling er indført eller ikke.»

Det heter videre at før flere av distriktene var medtatt strekninger «hvor Lapperne ikke antages at have sædvanemæssig Ret til at færdes». Medtagelse av disse strekningene under distriktsinndelingen «har kun den Følge, at der indtræder Fællesansvarlighed for den skade, som forvoldes ved Lappers ulovlig Beitning, samt at denne i det hele undergives en stærkere Kontrol.»

De sørvestligste distriktene som ble opprettet i området var distriktene Essand og Riast/Hylling. Vest og sør for disse distriktene ble det i henhold til den såkalte Tillægslappeloven av 1897 ikke anledning til å drive reindrift uten samtykke av grunneier og bruker.

I Korssjøfjellsaken, Rt. 1988 side 1217, fikk grunneierne medhold i at reinbeitedistrikt Riast/Hylling ikke hadde beiterett på privateid utmarksområde sør for Aursunden selv om utmarka lå innenfor distriktets grenser. Grunneierne vant frem med støtte i Lappekommisjonens innberetning.

Etter denne avgjørelsen gikk grunneierne nord for Aursunden til sak med påstand om at beiteretten heller ikke her gikk lenger vest enn til statsallmenningens vestgrense. Også her fikk grunneierne medhold, men Høyesterett var delt: en dommer mente at grensen gikk lenger vest og omfattet deler av det omtvistete området.

I 1995 gikk eierne av til sammen

229 bruk i Selbu kommune til sak med påstand om at reineierne i de to distriktene Essand og Riast/Hylling ikke hadde rett til å beite på deres eiendom. Bakgrunnen for saksanlegget var at Selbu kommune hadde gitt reinbeitedistriktene rett til å uttale seg i areal-saker som ble behandlet etter plan- og bygningsloven, særlig saker om reguleringsplaner for hyttefelt og veier. Videre ble det anført at reinflokkene hadde blitt større i de seneste tiår, med større press på beiteområdene og beiting på nye områder til følge.

Midt-Trøndelag herredsrett som var satt med to fagkyndige meddommere, en bonde og en reindriftsagronom, frifant reinbeitedistriktene. Herredsrettens dom ble avsagt under dissens. Den ene meddommer stemte for å ta grunneiernes påstand til følge. De to dommerne som utgjorde flertallet hadde hver sin begrunnelse. Meddommeren fant at reinbeitedistriktene hadde ført bevis for at de hadde beiterett i tvisteområdet. Rettens formann avgjorde saken etter presumsjonsregelen i reindriftsloven av 9. juni 1978 nr. 49 § 2 første ledd tredje punktum. Denne bestemmelsen fastsetter at utmarksstrekninger som inngår i reinbeiteområder og altså ligger innenfor et reinbeitedistrikt, er å anse som lovlig reindriftsareal med mindre annet følger av «særlige rettsforhold». Denne bestemmelsen kom inn i reindriftsloven ved lovendring av 23. februar 1996 nr. 8 som en følge av avgjørelsen i Korssjøfjellsaken.

Grunneierne anket til Frostating lagmannsrett. Også her fikk reinbeitedistriktene medhold under dissens. Lagmannsretten, som også var satt med fagkyndige meddommere – en bonde og en reindriftsagronom – avsa dommen under dissens. Flertallet, rettens formann og de to meddommerne, fant at beiterett var ervervet ved alders tids bruk på tidspunktet for Lappekommisjonens innberetning i 1892. Denne beiteretten omfattet hele tvisteområdet. Mindretallet, to fagdommere, fant at Essand ikke hadde beiterett i sitt tvisteområde. Riast/Hylling hadde beiterett, men bare i om lag halvparten av tvisteområdet for dette distriktet.

Lagmannsrettens dom ble anket til Høyesterett av eierne av til sammen 201 eiendommer. Ankegrunnen var feil rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Etter at ankeforhandlingene

var gjennomført for Høyesterett i avdeling i november 2000, besluttet retten med hjemmel i plenumsloven av 25. juni 1926 nr. 2 § 4 første ledd jf. § 3 at saken i sin helhet skulle avgjøres av den samlede Høyesterett.

Partenes anførsler

Når det gjelder partenes anførsler tillater ikke plassen at jeg gjengir disse i detalj. Anførselene vil imidlertid også fremgå av redegjørelsen for domspremissene.

Grunneierne anførte at saken var en næringstvist mellom landbruks- og reindriftsnæringen. Den gjaldt ikke det materielle grunnlag for samisk kultur i Sør-Norge, noe som i tilfelle var en sak for staten og lovgiveren.

Lagmannsrettens flertall hadde ifølge grunneierne tatt feil i anvendelsen av de alminnelige prinsippene for alders tids bruk når det i Selbu fant grunnlag for beiterett utenfor Roltdal statsallmenning. Det var ikke påvist grunnlag for slik rett i tiden før 1894, da distriktet ble opprettet, og heller ikke i tiden etter opprettelsen. Lagmannsrettens flertall hadde stilt for små krav til den bruk som over alders tid kunne begrunne beiterett utenom statsallmenningen. Beiterett kunne ikke erverves i områder som hadde vært brukt sporadisk. I tvisteområdet hadde det kun foregått streifbeiting som ikke oppfylte brukskravet. Grunneierne hadde dessuten gjennom egen bruk av utmarken utelukket reinbeite av noe omfang. Grunneierne fant støtte for sitt syn i Lappekommisjonens undersøkelser. For Riast/Hylling reinbeitedistrikt ble det vist til uttalelsene fra Lappekommisjonen om at samene «etter gammel Sædvane» ikke hadde søkt «Tilhold og Bete» i den del av distriktet som ligger i Selbu kommune. For Essands vedkommende ble det vist til uttalelsen om samene «etter gammel Sædvane» hadde søkt «Tilhold og Bete» i Roltdal statsallmenning, og altså ikke på privat grunn i Selbu.

Grunneierne bestred også at reindriftssamene kunne anerkjennes beiterett på grunnlag av menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 § 2 jf. § 3 jevnført med FN-konvensjonen av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter artikkel 27 (SP). Heller ikke ILO-konvensjon nr. 169 fra 1989 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater artikkel 14 nr. 1 kunne

få betydning. Siden samene kom etter bøndene til Selbu kunne de ikke påberope seg disse konvensjonene i Selbu-området. De folkerettslige instrumentene gav dessuten ikke vern utover den bruk som det var ført bevis for i saken. Dersom Norges folkerettslige forpliktelser skulle gi samene større rettigheter enn de hadde etter alders tids bruk ville dette representere et inngrep i grunneierens eiendomsrett. Heller ikke Grunnloven § 110 a kunne få noen betydning i saken.

Reinbeitedistriktene anførte at når det gjaldt krav til bruk for erverv av beiterettigheter, kunne man ikke alene se hen til de områder som hadde stått sentralt i reindriftsutøvelsen. Reinen er et streifdyr, og det måtte tas hensyn til dens beitemønster. Selv om det kreves bruk av et visst omfang for å erverve rettigheter, kunne det ikke kreves regelmessig eller årlig bruk av hele området. Heller ikke kunne det på bakgrunn av reinens beitemønster kreves større intensitet i bruken. Det måtte ifølge reinene bygges bro mellom tradisjonell tingsrettslig oppfatning av alders tid bruk med basis i bøndenes næringsvirksomhet og de spesielle forhold i reindriften.

Lappekommissjonen uttalelser måtte vurderes kritisk, og sees på bakgrunn av synet på samiske forhold på den tid da kommisjonen ble nedsatt.

Reinbeitedistriktene påberopte seg også SP artikkel 27 som blant annet vernet urfolks stilling, og ved motstrid går foran norsk rett, jf. menneskerettsloven § 2 og § 3. Denne bestemmelsen måtte også sees i sammenheng med ILO-konvensjon artikkel 14.

Rettsens vurderinger

1) Reindriftsloven § 2 første ledd tredje punktum

Bestemmelsen som ble tilføyd i 1996 var ifølge grunneierne ikke mer enn en svak presumsjonsregel, og som ikke kunne få anvendelse siden grunneierne hadde sannsynliggjort at reindriftssamene ikke hadde beiterett i tvisteområdet. Førstvoterende foretok en gjennomgang av bestemmelsens forhistorie. På bakgrunn av de uttalelser om tolkningen som hadde vært motiverende for vedtakelsen av lovendringen, måtte bestemmelsen forstås som en svak presumsjonsregel, en oppfatning som resten av Høy-

esterett sluttet seg til. På denne bakgrunn ble spørsmålet i saken om grunneierne hadde sannsynliggjort at Essand og Riast/Hylling reinbeitedistrikter ikke hadde rett til beite for rein i tvisteområdene.

2) Andre rettslige utgangspunkt

Førstvoterende påpekte at reindriften er en selvstendig rett hvor rettsgrunnlaget er *alders tids bruk*. Det er tale om en rett, ikke bare tålt bruk. Rettserverv ved alders tid bruk hviler på tre elementer: Det må foreligge en *viss bruk*, som må ha funnet sted i *lang tid*, og ha skjedd i *god tro*. Ved vurderingen må det legges vekt på «rettighetens art». Førstvoterende påpekte at siden saken gjaldt beiterett for rein, måtte det tas hensyn til de særlige forhold innen reindriften. Kravene måtte tilpasses samenes og reinens bruk av området. Det måtte tas hensyn til at samene har hatt en nomadisk livsform. Momenter om bruk som har vært fremhevet for andre beitedyr, kunne ikke uten videre overføres til reinbeite.

Førstvoterende fremhevet at reindriften er svært arealkrevende, og at arealbruken varierer fra år til år avhengig av vær, vind og beitenes beskaffenhet. Det kunne således ikke kreves at reinen hadde beitet i et bestemt område hvert år. Både av denne grunn og på grunn av samenes nomadiske livsform kunne avbrudd ikke hindre rettserverv selv om det hadde atskillig lengde.

Et typisk beitemønster er at reinen streifer. At reinen har visse kjerneområder f.eks. for kalving betød ikke at bruksområdet ikke var betydelig større. Rettserverv kunne derfor ikke være avskåret utelukkende fordi det var såkalt «streifbeiting» som hadde funnet sted.

Disse generelle synspunktene knyttet til alders tids bruk fikk tilslutning av åtte dommere. Mindretallet, seks dommere, var i det vesentlige enige med førstvoterende, men mente at allerede Lappekommissjonen var klar over at det måtte skje en tilpassning til reindriftens egenart.

Når det gjaldt *spørsmålet om samene i området var å anse som urfolk* etter ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 1 nr. 1 bokstav b svarte flertallet bekreftende på def. Riktignok var historikere uenige om samene kom til de indre deler av Sør-Trønde-

lag før eller etter at bøndene hadde ryddet sine gårdsbruk, men dette hadde ifølge flertallet ingen betydning. Det var ikke tvilsomt at samene etter ILO-konvensjonen hadde status som urfolk i Norge, og at våre forpliktelser etter konvensjonens artikkel 14 også gjaldt Sør-Trøndelag.

Flertallet fant det ikke nødvendig å gå nærmere inn på ILO-konvensjon nr. 169 og SP, idet de norske rettsregler om alders tids bruk basert på norske rettskilder og med tilpassning som måtte gjøres for reindriften, var tilstrekkelige til å begrunne beiterett i tvisteområdene.

Mindretallet gikk ikke inn på vurderingen av om samene i Sør-Trøndelag var omfattet av forpliktelsene etter ILO-konvensjon artikkel 14, men uttalte bare at folkerettslige forpliktelser ikke kunne gi samene rettigheter eller påføre grunneierne plikter utover det som fulgte av tradisjonelle regler om rettserverv ved alders tids bruk.

3) Generelt om betydningen av Lappekommissjonens innberetning

Flertallet mente at Lappekommissjonen hadde utført et grundig arbeid. Den hadde foretatt befaringer og motatt forklaringer fra en rekke personer. En rekke forklaringer var protokollert og dette gav mulighet for å etterprøve kommisjonens konklusjoner. Men flertallet pekte på at enkelte utsagn i kommisjonens innberetning indikerte at kommisjonen delte et utbredt syn i samtiden på verdien av samisk reindrift, og trakk frem følgende uttalelse:

«Men ogsaa naar man skal veie Lappernes og de Fastboendes gjensidige Rettigheder og Forpligtelser mod hinanden, kan man ikke glemme deres Næringsveies forskjellige. Vilkaar, og at Jordbrugeren under flittige og møisommelige kultiverende Arbejde ofte er paalagt store Tyngsler og Byrder, medens Lappen, hvis Tilværelse vexler mellem Strabadser og Dovenskab, som Regel gaar fri for saadanne.»

Kommisjonen hadde ikke samisk representasjon; bøndene var derimot representert. Og da kommisjonen ble utvidet kom ytterligere en bonde inn. Idag ville det ifølge flertallet vært utenkelig at samene ikke var representert i en tilsvarende kommisjon. Hovedtyngden av de protokollerte forklaringene var dessuten gitt av fastboende.

Mindretallet hadde større tillit til Lappekommisjonens innberetning, og annenvoterende uttalte med tilslutning av fem dommere: «Jeg kan ikke se at det er holdepunkter for å anta at datidens syn på samisk reindrift har hatt betydning for kommisjonens bedømmelse av de konkrete bevis.» Mindretallet fremhevet at det heller ikke var grunn til å tvile på at Lappekommisjonen hadde full innsikt i de forhold den undersøkte.

4) Særlige metodespørsmål

En samlet rett viste til at man i den foreliggende saken sto overfor særlige metodespørsmål. Reindriftssamene tok sent skriftspråk i bruk. Men de hadde muntlige overleveringer, og disse kunne ikke generelt avvises, men måtte vurderes nøye. Videre måtte man ta hensyn til at samene var nomader og stort sett brukte organisk materiale som går i forråtnelse og at det dermed var vanskelig å finne fysiske spor etter deres bruk. Språklige og kulturelle forskjeller kunne også medføre at samer og nordmenn oppfattet hverandre på uriktig måte.

5) Beiteretten for Riast/Hylling reinbeitedistrikt

Flertallet gjennomgikk Lappekommisjonens uttalelse vedrørende samenes bruk i det omtvistede området og sammenholdt disse med de protokollerte vitneforklaringene, og kom til at det var en forskyvning i Lappekommisjonens beskrivelse i disfavør av samene. De opplysningene Lappekommisjonen hadde innhentet, sammenholdt med topografi mv. medførte ifølge flertallet at det allerede i 1892 var ervervet beiterett i tvisteområdet. Førstvoterende uttalte med tilslutning av åtte dommere:

«Min konklusjon er at de opplysninger Lappekommisjonen hadde, sammenholdt med topografi, reinens natur og beitemønster mv. viser at samene i alders tid mest sannsynlig har benyttet hele området til beite, og at det ikke var grunnlag for kommisjonens begrensning i beskrivelsen av beitingen. Når den likevel ikke inkluderte området i sin angivelse av hvor samene «kan antages etter gammel Sædvane at have søgt Tilhold og Bete», kan dette også skyldes at den bygget på en rettsoppfatning som jeg ikke kan dele. Kommisjonens formulering «Tilhold og Bete» kan forstås

slik at den forutsatte at formuleringen «etter gammel Sædvane hidintil have søgt hen» i felleslappeloven § 3 krevde at begge vilkår var oppfylt. Men i så fall ville man avskjære store arealer som har vært benyttet og er nødvendige for reindriften. Og man ville stille andre og strengere krav enn hva som gjelder for andre beitedyr.»

Mindretallet fant også at distriktet hadde ervervet beiterett i det omtvistede området, men dog under tvil. Tvilen knyttet seg først og fremst til Lappekommisjonens bevisbedømmelse, og om man i tråd med lagmannsrettens mindretall måtte dele tvisteområdet.

Både flertallet og mindretallet gikk grundig inn i materialet for bevisvurderingen, men plassen tillater ikke en nærmere redegjørelse for den faktiske bevisbedømmelsen.

6) Beiteretten for Essand reinbeitedistrikt

Også når det gjaldt Essand reinbeitedistrikt fant flertallet at de protokollerte forklaringene ikke gav tilstrekkelig grunnlag for Lappekommisjonens uttalelse om at samene ikke hadde «anseet sig berettigede til at udstrække Havningen ind paa de private Strækninger vestfor» statsallmenningen. Flertallet pekte på at også andre opplysninger, blant annet Schnitlers innberetning om grenseeksaminasjonen i 1742, tilsa at samene var tidligere i det omtvistede området enn det som var lagt til grunn i Yngvar Nielsens fremrykningsteori, en teori som Lappekommisjonen hadde bygget på. Etter en gjennomgang av opplysningene i saken konkluderte flertallet med at samene allerede i 1892 ved alders tids bruk hadde ervervet beiterett vest for statsallmenningen.

For å bestemme utstrekningen av beiteretten i tvisteområdet innenfor Essand reinbeitedistrikt var det nødvendig å se på bruken også etter 1892. Et spørsmål i denne forbindelse var om det var riktig, slik Lappekommisjonen la til grunn, at Fælleslappeloven av 1883 stengte for muligheten til senere erverv av beiterett gjennom alders tids bruk etter at denne loven var trådt i kraft. Flertallet mente at dette ikke kunne være riktig. I så fall ville reindriften få en negativ særbehandling i forhold til annet dyrehold.

Samene hadde så godt som i hele perioden etter 1910 hatt rein til beiting i tvisteområdet, og når denne perioden ble sett i sammenheng med perioden før 1892 hadde samene oppfylt kravet som stilles til bruk i alders tid. Flertallet fant også at kravet til god tro var oppfylt i perioden etter 1910. På bakgrunn av sakens opplysninger, reinens beitemønster og de topografiske forhold mente flertallet at samene i Essand hadde beiterett i hele tvisteområdet. Dette var tilfellet selv om det var noe lavere beiteintensitet i yttersonen – randsonen av tvisteområdet. Noe annet ville innebære at samene, om de skulle unngå å gjøre seg skyldig i ulovlig beiting med de konsekvenser det hadde, ville bli presset tilbake fra områdene hvor de tradisjonelt hadde beitet.

Mindretallet fant at beiteretten ikke omfattet hele tvisteområdet. Bruken hadde ikke vært omfattende nok til å omfatte hele tvisteområdet. Bare i den del som lå nærmest statsallmenningens grense hadde bruken vært av en slik art at den etablerte beiterett.

7) Saksomkostninger

Selv om anken ikke hadde ført frem, fant retten at saksomkostninger for Høyesterett og tidligere instanser ikke burde tilkjennes. Saken hadde reist prinsipielle, og til dels også tvilsomme, spørsmål av rettslig og faktisk art, jf. tvistemålsloven § 180 første ledd.

Kirsti Strøm Bull

BARNERETT

Endring av barnebidragsordningen, lov av 15. juni 2001 nr. 37

I juni ble det vedtatt endringer i reglene om underholdsbidrag til barn, nesten fem år etter at det første høringsnotatet ble lagt fram (5. september 1996). Bidraget skal ikke lenger regnes i prosent av bidragspliktiges inntekt. Den nye ordningen følger forslaget i Ot.prp. nr. 43 (2000–2001) som fulgte opp Barne- og familiedepartementets forslag i det siste høringsnotatet (28. juni 1999). Den bygger på kostnadsmodellen, som innebærer at det skal tas utgangspunkt i hva det koster å ha barn. Kostnadene

fordeles forholdsmessig mellom foreldrene etter deres inntekter. Bidraget skal prøves mot bidragspliktiges bidragsevne, og det skal gjøres fratrukk for samvær. Hovedreglene er tatt inn i ny § 54 a, mens detaljene fastsettes ved forskrift. Utkast til forskrift er tatt inn som vedlegg 1 til proposisjonen. Endringene skal etter planen tre i kraft høsten 2003.

Foreldrene kan fortsatt avtale bidrag seg imellom. Begrensningen ved at foreldrene ikke kan avtale bidrag lavere enn et minstebidrag, er opphevet. Der bidraget fastsettes av bidragsfogden (trygdekontoret), tas det utgangspunkt i sjablonmessig fastsatte kostnader til underhold av barn, som omfatter forbruksutgifter, utgifter til barnetilsyn og boutgifter. Sjablonene for forbruksutgifter bygger på Statens institutt for forbruksforskningens standardbudsjett og er tilpasset barns behov på ulike aldersstrinn (0–5, 6–10, 11–18 år). Kostnadene øker med barnets alder. Meningen er at barnet skal sikres et forsvarlig godt underhold. For utgifter til barnetilsyn er det fastsatt sjabloner for tilfellene der bidragsmottaker har krav på offentlig stønad til barnetilsyn, med kr 580 ved full stønad og kr 1140 ved halv stønad, men mindre ved SFO og park. Ellers legges de faktiske utgiftene til grunn (minus skattefordelen), opp til et gitt maksimumsbeløp. Bokostnadene er satt til et fast beløp for alle barn, kr 1140 pr. måned (1998), uavhengig av alder. Barnetrygden trekkes fra i underholdskostnadene før de fordeles mellom foreldrene.

Fordelingen skjer ut fra hvor stor andel den bidragspliktiges inntekt utgjør av foreldrenes samlede inntekt. Har foreldrene lik inntekt, settes bidraget til halvparten av nettokostnadene. En endring i forhold til høringsnotatet av 1999 er at bidragspliktiges andel ikke skal beregnes eksakt, men settes til en av fem alternative, gitte forholdsmessige andeler av underholdskostnadene (fra 1/6 opp til 5/6). Den nærmeste sjettedelen skal benyttes. Dette er gjort av forenklingshensyn. Inntekten er personinntekt, medregnet den del av positive netto kapitalinntekter som overstiger kr 10 000 pr. år. Ved inntekt fra selvstendig næringsvirksomhet skal kapitalinntektsdelen av næringsinntekten regnes med.

Bidragsevnevurderingen innebærer at bidraget ikke settes høyere enn at bidragspliktige har igjen fastsatte midler til skatt, eget underhold, boutgifter og egne barn i egen husstand. Vurderingen er forenklet i forhold til høringsnotatet av 1999, idet det i stor grad legges opp til faste inntektsgrenser for bidragsevnen avhengig av sivilstatus og antall barn. Det er dessuten satt en maksimumsgrense på 25 % av bidragspliktiges inntekt.

For å unngå at bidraget skal hindre bidragspliktige i å ha samvær med barnet, er det bestemt at bidraget skal reduseres med et fast kronebeløp etter omfanget av avtalt eller fastsatt samvær. Kronefradraget skal dekke utgifter til mat, drikke, helse- og hygieneartikler, lek og fritid og transportutgifter. I stedet for fradrag pr. samværsdag blir det en inndeling i fire samværsklasser, som i utgangspunktet bygger på antall netter (2–3, 4–8, 9–13 og 14–15 netter). Beløpet varierer med de tre aldersgruppene. Det er tilstrekkelig at samværet er skriftlig avtalt. Hvis bidragsmottaker hevder at bidragspliktige ikke følger opp en avtale om samvær, er det opp til bidragspliktige å bevise klart at han faller inn under den aktuelle samværsklassen. Er bidraget offentlig fastsatt, er det bidragsmottaker som må bevise klart at det ikke er så mye samvær som fastsatt.

Ved delt bosted (delt omsorg) legges det til grunn at barnet bor like mye hos begge foreldre og at de har de samme utgiftene pr. dag til barnet den tiden barnet bor hos hver av dem. Forutsetningen for dette er at foreldrene er enige om at de har avtalt delt bosted og dokumenterer dette skriftlig.

Der det ytes overgangsstønad har det offentlige i dag krav på 70 % av den delen av underholdsbidraget som overstiger bidragsforskuddet. Denne refusjonsregelen anses som uforenlig med den nye modellen for utregningen av bidrag, og er omsider opphevet.

De spesielle skattereglene faller bort. Bidragspliktige kan dermed ikke lenger trekke fra bidraget i sin inntekt, og bidraget legges ikke til mottakerens inntekt.

Forskutteringsloven er også endret. Forskudd tilstås med fullt forskuddsbeløp (pr. i dag kr 1120) til bidragsmottakere uten full forsørgelsesevne. Det reduseres der bidragsmottaker har slik

evne og bortfaller helt der hun eller han har inntekt over en gitt grense.

Det innføres en gebyrordning for offentlig fastsettelse av bidrag. Departementet er i § 54 annet ledd gitt hjemmel for å fastsette gebyr, med ikrafttredelse 1. januar 2002.

Ved den nye ordningen er prinsippet om at barnet skal få ta del i begge foreldrenes levestandard forlatt. Isteden skjer det en likebehandling av barn som barneloven opprinnelig ikke tilsiktet. Men de nye reglene har en åpning for de tilfellene der den bidragspliktige har spesielt høy inntekt, over ca. 600 000. Der legges det opp til et tillegg (før samværsfradrag) på 15 % av bidraget for hver kr 50 000 over denne inntekten.

Eksempel på den nye beregningsmåten (beløpet til barnetilsyn forutsetter at bidragsmottaker har stønad til barnetilsyn):

Kostnader pr. måned for barn

6–10 år (1998):

forbruksutgifter	kr 2790
boutgifter	1140
barnetilsyn (SFO)	230
barnetrygd og forsørgerfradrag	-1078
sum uten barnetilsyn	3082

I den andelen av dette som faller på bidragspliktige gjøres (etter bidragsevnevurdering) fradrag for samvær:

Kronefradrag for samvær:

eks. 4–8 netter:	580
eks. 9–13 netter:	810

Kirsten Sandberg

Deling av reiseutgifter ved samvær

Samtidig med endringen i bidragsreglene er det gjort endring i regelen om reiseutgifter ved samvær i barneloven § 44 b, ved lov 15. juni 2001 nr. 37. Hovedregelen har til nå vært at den samværsberettigede dekker disse utgiftene. Ved særlige grunner har retten kunnet fastsette at utgiftene skal deles eller at den andre skal dekke dem fullt ut. Dette utgangspunktet er nå snudd, slik at reiseutgiftene etter endringen skal deles mellom foreldrene etter størrelsen på inntekten, hvis de ikke blir enige om noe annet. Også etter endringen kan retten fastsette en

annen fordeling hvis særlige grunner gjør det rimelig. Denne endringen trer i kraft ved nyttår.

Kirsten Sandberg

Tvangsfullbyrdelse av fylkesmannsvedtak om samvær, Rt. 2001 s. 34

Høyesteretts kjæremålsutvalg har opphevet kjennelser fra namsretten og lagmannsretten som gikk ut på at tvangsfullbyrdelse av samværsrett bare kan nektes der oppfyllelse er umulig. Denne rettsoppfatningen er riktig der samværsretten er fastsatt i dom, kjennelse eller annet alminnelig tvangsgrunnlag. Det fremgår imidlertid av barneloven § 48, 5. punktum at et vedtak av fylkesmannen om samværsrett er særlig tvangsgrunnlag. Etter tvangsfullbyrdsloven § 4-2 tredje ledd kan det mot særlig tvangsgrunnlag under fullbyrdelsen «fremsettes enhver innvending som kunne ha vært satt fram under et søksmål». Kjæremålsutvalget uttaler at dette innebærer at namsmyndighetene ikke bare kan prøve om fullbyrdelse av fylkesmannens vedtak er umulig, men også om det etter reglene i barneloven § 47 tredje ledd, jf. § 39 annet ledd er grunnlag for å endre vedtaket.

Tvangsfullbyrdelse kan følgelig nektes ikke bare der oppfyllelse er umulig, men også der det etter namsmyndighetenes mening er særlige grunner til å endre samværsvedtaket. Dette er en lite påaktet forskjell mellom samværsrett fastsatt av fylkesmannen og av retten.

Kirsten Sandberg

FAMILIERETT

Krav om lemping av skifteavtale. Høyesterettsdom av 30. mai 2001, sak nr. 2000/1151

På skiftet kan ektefellene i utgangspunktet fritt avtale et annet delingsresultat enn det som følger av lovens regler, jf. ekteskapsloven (el.) § 65, men etter mønster av avtaleloven § 36 kan en slik skifteavtale «helt eller delvis settes ut av kraft hvis den vil virke urimelig overfor en av partene». På

samme vilkår kan den ektefellen som blir urimelig dårlig stilt, i stedet få tilkjent et beløp av den andre. I denne saken ble hustruen tilkjent kr 250 000 og 415 000 i henholdsvis byrett og lagmannsrett, men fikk intet i Høyesterett. Dommen, som er den første fra Høyesterett etter el. § 65, inneholder en del prinsipputtalelser om urimelighetskriteriet.

Under henvisning til lovforarbeidene slår Høyesterett fast at «urimelig» er et «ganske strengt kriterium som det ikke vil være kurant å påberope», og at en avtale må virke «positivt urimelig» for at den kan settes til side. Spørsmålet om avtalen skal settes til side «beror på en totalvurdering av avtalens innhold, forholdene ved avtalens inngåelse, partenes stilling, senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig».

Retten uttaler at det ved vurderingen av om avtalen har fått et urimelig innhold, blant annet må legges vekt på hva den ektefelle som krever lemping ville ha fått ved et skifte etter ekteskapslovens delingsregler. I denne saken var klart at hustruen fikk mindre verdier etter skifteavtalen enn hun ville ha fått etter delingsreglene. Etter avtalen skulle hun overta den felles bolig som var verdt 1,6 millioner, og halvparten av boligens verdi stammet fra tomten som hun under enhver omstendighet kunne holdt utenfor delingen etter el. § 59 første ledd. Hustruen fraskrev seg dessuten rett til å gjøre krav på aksjeverdier på noe over 1,2 mill. kroner som mannen hadde i egen arbeidsplass – et konsulentfirma. Ekte mannen hevdet at disse aksjene kunne holdes utenfor delingen etter el. § 61 c, ettersom aksjene ikke kunne overdras uten samtykke fra styret og samtlige aksjonærer/partnere, og slikt samtykke ikke forelå på skjæringstidspunktet etter el. § 60. Dette fikk han ikke medhold i. Høyesterett uttaler at det avgjørende må være om rettigheten «i praksis er realiserbar», hvilket ble besvart bekrefteende blant annet under henvisning til at samtykke bare kunne nektes dersom det forelå saklig grunn.

Som grunnlag for sitt krav om lemping av avtalen hevdet hustruen også at mannen hadde opptrådt illojalt ved bevisst å fortie opplysninger om en forestående aksjeemisjon i firmaet og den verdi aksjene i den forbindelse ville få. Høyesterett uttaler – i tråd

med blant annet i Rt. 1999 s. 718 – at det ved inngåelse av familierettslige avtaler må «stilles strengere krav til lojalitet og oppriktighet enn ved inngåelsen av vanlige formuerettslige avtaler». Retten fant at ektemannen ikke hadde oppfylt de lojalitetskrav som måtte stilles i denne saken: Emisjonsprosessen foregikk parallelt med skifteforhandlingene og undertegning av skifteavtalen. For å ha oppfylt lojalitetskravet, måtte mannen etter rettens mening ha opplyst om den pågående emisjon og dens betydning for aksjeverdiene.

Når retten likevel ikke fant tilstrekkelig grunn til å tilsidesette avtalen, skyldes det at den etter rettens oppfatning ikke hadde noe urimelig innhold, og at hustruen på et tidligere tidspunkt fikk et «visst varsel» om at noe var på gang, som kunne føre til at aksjene kunne selges for mellom en og to millioner kroner. Når det gjaldt avtalens innhold, peker retten på at hovedelementet i avtalen var at hustruen skulle overta boligen, mens mannen skulle overta aksjene i selskapet. Førstvoterende viser til at verdien av den delen av boligen som ikke knytter seg til tomten var innbrakt i fellesskap, og at aksjene var innbrakt av mannen. Retten viser også til at den prisen som ble oppnådd for aksjene hadde sammenheng med den forpliktelse ektemannen påtok seg til fortsatt å arbeide i selskapet i minst to år.

I denne saken hadde boligen for øvrig steget vesentlig i verdi etter at skifteavtalen var inngått, og ektemannen mente at dette måtte tale i hans favør. Retten uttaler at når det er inngått en avtale hvor eiendelene er blitt verdsatt i samsvar med el. § 69 annet ledd, kan den omstendighet at verdiene senere endrer seg, ikke danne grunnlag for krav om revisjon av avtalen. Men retten tilføyer at det likevel ikke kan være prinsipielt utelukket å ta hensyn til senere verdiendringer innenfor den totalbedømmelsen som skal foretas etter § 65. I denne saken hadde imidlertid ektemannen hatt muligheten til å investere sine midler i fast eiendom etter at skifteavtalen ble inngått, og dermed kunne det ikke legges noen vekt at verdistigning på boligen etter avtaleinngåelsen kom hustruen til gode.

Kommentar: På samme måte som Rt. 1999 s. 718 – som gjaldt lemping

av ektepakt – berører også denne dommen spørsmålet om hva som skal være utgangspunktet for vurderingen av om en familierettslig avtale har et urimelig innhold: Skal avtalen sammenlignes med det resultatet lovens delingsregler ville ha ført til, eller bør sammenligningsgrunnlaget være de verdier hver av ektefellene har innbrakt i felleseiet? Vi ser av premissene at begge betraktningmåter har vært fremtredende i denne saken.

Men i Rt. 1999 s. 718, hvor hustruen forgoes krevde lemping av en ektepakt som tilnærmet gjorde partenes respektive rådighetsdeler til deres særøie, jf. el. § 46 annet ledd, ble bare sistnevnte betraktningmåte lagt til grunn. Selv om den saken gjaldt en forhåndsavtale var avtalens virkning noenlunde den samme i begge saker: Hustruen fikk boligen, mens mannen beholdt verdiene i eget selskap. I saken fra 1999 uttalte førstvoterende at det etter hans mening skulle helt spesielle forhold til for at en ektepakt som medfører at rådighetsdelene blir hver av ektefellenes særøie, kunne settes til side. Han tok uttrykkelig avstand fra lagmannsrettens sammenligningsgrunnlag som var likedelingsregelen. Men han presiserte at dette gjaldt i en situasjon hvor man ved avtaleinngåelsen ikke måtte regne med at brudd var nært forestående, og avgrenser seg derfor mot skifteavtalene. Noen direkte motsetning mellom premissene i de to dommene er det derfor ikke.

En forutsetning for å legge stor vekt på rådighetsdelene som sammenligningsgrunnlag, bør etter mitt syn være at de gir et tilnærmet riktig uttrykk for hva hver av ektefellene har tilført felleseiet. Slik vil det normalt være når rådighetsdelene består av eiendeler til «felles personlig bruk», ettersom det skal legges vekt på indirekte innsats, som hus- og omsorgsarbeid i vurderingen av hvem som er eier, jf. el. § 31 tredje ledd. Men det er ikke alltid rådighetsdelen gir et dekkende bilde av hva den enkelte har bidratt med. En husmor kan for eksempel ikke bli medeier i næringsvirksomhet utelukkende med grunnlag i arbeid i hjemmet, jf. § 31 tredje ledd. Likefullt kan hennes innsats i form av barneomsorg ha bidratt sterkt til at den utarbeidende har kunnet bygge opp slik virksomhet. Hvorledes det konkret stiller seg med

hensyn til dette i de to sakene omtalt her, skal jeg ikke ha uttalt meg om.

Tone Sverdrup

Behandlingen av goodwill mv. på felleseieskifte. Høyesterettsdom av 24. april 2001, sak nr. 2000/68 I

På skiftet mellom ektefellene oppsto tvist om det krav på vederlag for goodwill som ektemannen hadde på et aksjeselskap, inngikk i delingsgrunnlaget, jf. el. § 60 første ledd og § 69 første ledd. Ektemannen drev alene en gynekologisk klinikk, som av skattemessige årsaker var omdannet til aksjeselskap. Hustruen tapte i herredsrett og lagmannsrett, men fikk medhold av et flertall i Høyesterett. Én dommer dissenterer. Ektemannen krevde subsidiært at verdien av goodwillkrav mv. skulle holdes utenfor delingen fordi det forelå «sterke grunner» etter unntaksregelen i § 59 tredje ledd, men fikk heller ikke medhold på dette punkt. Spørsmålet om aksjeutbytte og aksjeverdi skulle deles samt rentefoten ved diskontering av latente skattekrav, var også omtvistet.

Etter ekteskapsloven § 60 skal all formue som er felleseie og som ektefelle har ved samlivsbruddet i utgangspunktet medtas på skiftet. I denne saken skjedde samlivsbruddet den 2. mai 1996 og ektemannen eide da blant annet et krav på vederlag for goodwill. Aktivaposter skal verdsettes til omsetningsverdi etter el. § 69 første ledd. Høyesterett viser til forarbeidene til bestemmelsen (NOU 1987:30 s. 141) hvor det heter at også næringsvirksomhetens goodwill i utgangspunktet inngår i delingsgrunnlaget, men at det gjøres unntak for goodwill som i særlig grad er knyttet til ektefellen som person, for eksempel har grunnlag i ektefellens spesielle kvalifikasjoner innen sitt yrke som advokat, konsulent e.l. Retten slår fast at det i denne saken nettopp er tale om goodwill som er knyttet til ektemannen personlig og til «hans fremtidige arbeidsinnsats i selskapet». Men ved omdanningen fra enmannsforetak til aksjeselskap solgte mannen goodwillen for 1,4 mill. til aksjeselskapet og fikk da en fordring på vederlaget, som ved samlivsbruddet sto til rest med ca. 560 000 kr. Flertallet fant at

denne fordringen måtte inngå i delingsgrunnlaget. Førstvoterende viser til at eiendelene skal verdsettes til omsetningsverdi etter el. § 69, og fortsetter: «Som pengefordring må vederlagskravet for goodwill, såfremt kravet er erholdelig, etter min oppfatning verdsettes til fordringens pålydende med fradrag for det skatteansvar som er knyttet til den.» Noen ytterligere begrunnelse gis ikke, men flertallet tilbakeviser ektemannens innvending om at dersom han ikke selv hadde fulgt med ved omdanningen, ville selskapet vært insolvent og at fordringen derfor ikke hadde noen økonomisk verdi. Flertallet uttaler at det ikke er uvanlig at et selskaps betalingsdyktighet er avhengig av fremtidige inntekter. «Man kan ikke si at fordringer mot selskapet er verdiløse av den grunn.»

Mindretallet var av motsatt oppfatning, og mente at når fordringen skulle verdsettes, måtte man se bort fra verdien av ektemannens fremtidige arbeidsinnsats i selskapet. Ellers ville man etter mindretallets oppfatning trekke mannens fremtidige inntekts-evne inn i oppgjøret – «i strid med det som gjelder på ektefelleskifte».

Mens mindretallet skjærer gjennom de rettslige konstruksjoner, viser altså flertallet ikke den samme vilje til å se bort fra det juridiske byggverket som ektemannen har reist rundt virksomheten. Noe av forklaringen finner vi nok i flertallets begrunnelse for også å avvise ektemannens subsidiære krav om å unnta verdien fra deling etter den skjønsmessige unntaksregelen i el. § 59 tredje ledd. Flertallet uttaler i den forbindelse bl.a.:

«Omdanningen av virksomheten til aksjeselskap innebærer en rettslig realitet. Ved dette har B [ektemannen] realisert den goodwill som knyttet seg til virksomheten, og denne er da konvertert i et pengekrav. B har hatt betydelige skattemessige fordeler ved denne omdanningen. Det virker da ikke urimelig at omdanningen også må legges til grunn i forhold til ektefellen.»

Ved verdsettelsen av fordringen ble det gjort fradrag for latent skatteansvar, og i den forbindelse var det spørsmål om hvilken diskonterings-sats som skulle benyttes. Ektemannen hadde i 1994 bokført salgsvederlaget som en negativ saldo, som etter skatteloven § 14-46 inntektsføres årlig

med en sats tilsvarende satsen for avskrivninger. Flertallet peker på at dersom mannen i stedet hadde ført hele beløpet til inntekt i 1994 måtte han ha betalt skatt av hele beløpet det året. Skulle han likevel ha opprettholdt samme forbruk, måtte han finansiert forbruket med kassekreditt. Førstvoterende fant derfor at det ved beregningen av latent skatteansvar burde benyttes alminnelig kassekredittrente (her 12 %).

Hustruen hevdet også at ektemannens krav på aksjeutbytte for 1995 skulle inngå i delingsgrunnlaget, og viste til at det var ervervet før samlivsbruddet 2. mai 1996, jf. el. § 60 første ledd. Ektemannen sa seg enig med hustruen i at det ikke var avgjørende at vedtak om utdeling av utbytte først ble fattet på generalforsamlingen 30. juni 1996, men viste til at det på skjæringstidspunktet 2. mai 1996 ikke var tilstrekkelig likvider i selskapet til å utbetale utbyttet for 1995. Utbetalingen av utbytte var således avhengig av fremtidig inntjening, og kunne derfor ikke anses for ervervet før skjæringstidspunktet. Flertallet pekte på at utbyttet var beregnet på grunnlag av selskapets overskudd i 1995 – at det ikke var tilstrekkelig likvider på skjæringstidspunktet spilte derfor ingen rolle. Ved vedtaket på generalforsamlingen i juni påtok selskapet seg en rettslig forpliktelse til å dele ut utbytte, og denne forpliktelsen ble også rent faktisk oppfylt. Flertallet ga derfor hustruen medhold, og mindretallet kom – under tvil – til samme resultat.

Ektemannen fikk derimot medhold i at aksjene i selskapet ikke hadde noen verdi som det kunne tas hensyn til på skiftet. Retten viste til at så lenge aksjeverdien ikke var blitt realisert gjennom aksjesalg, kunne den verdi av aksjene som var knyttet til ektemannens person ikke inngå i delingsgrunnlaget.

Tone Sverdrup

Ny Litteratur

Peter Lødrup: *Familieretten*, 4. utgave. Høyesterettspraksis er tatt med til vår/sommer 2001. ISBN 82-91724-07-5. Eget forlag, Oslo 2001. 345 sider, kr 355,-.

Begjæring om skifte av et uskiftebo på grunn av fordeling av arvingene. Arveloven § 21 annet ledd. Høyesteretts dom av 23. mai 2001, sak nr. 2000/1471

Gjenlevende ektefelle som sitter i uskifte råder som en eier over hele uskifteboet. Al. § 19 begrenser retten til å gi gaver og § 21 omhandler retten til å gi en arving fullt eller delvis arveoppgjør. En disposisjon fra gjenlevende kan rammes av begge disse bestemmelsene samtidig. Gir man bort en fast eiendom eller en annen betydelig gave til en av arvingene man sitter i uskifte med, vil dette innebære et delvis arveoppgjør etter § 21. Dette var nettopp tilfellet i denne saken for Høyesterett. Når en arving får arveoppgjør, kan de andre kreve tilsvarende oppgjør. Dersom de ikke får dette, kan de kreve boet skiftet. Høyesterett kom enstemmig til at en arving ikke hadde fått tilbud om tilsvarende oppgjør og følgelig hadde rett til å kreve boet skiftet.

Fakta i saken av 23. mai var i korthet følgende: Ektefellene A og B hadde tre sønner. Sønn C hadde i 1988 fått overført betydelige verdier som forskudd på arv. I mars 1992 opprettet ektefellene et felles testament og testamenterte bort så godt som alt de eide til de to øvrige sønner D og E. C arvet intet etter testamentet. Faren (B) døde i september 1992 og hustruen ble sittende i uskifte. I 1997 overførte hun en fast eiendom til D og E. Ved beregning av arveavgift ble eiendommen taksert til 1,3 mill. Moren aksepterte at C etter al. § 29 annet ledd hadde krav på 1 mill. fra hver av foreldrene som pliktdele arv. Det var på det rene at overføringen var i strid med § 19. C godtok dette, men krevet tilsvarende oppgjør etter al. § 21 annet ledd. Det var verdier for ca. 40 mill. i boet. C krevet et like stort beløp som brødrene mens gjenlevende tilbød ham et forholdsmessig oppgjør basert på hva han ville få i arv etter testamentet sammenholdt med § 29. Brødrene hadde fått ca. 10 % av sin arv etter testamentet og det betød at C ville få 200 000. Problemet i saken var dermed hvordan uttrykket

«tilsvarende oppgjør» skulle tolkes: Skal man basere seg på lovens arvelodd eller på et testament som gir en annen fordeling.

Både skifteretten og lagmannsretten ga C medhold i at uskifteboet måtte skiftes etter § 21. Høyesterett kom enstemmig til samme resultat. Det ble først nevnt at lovteksten ikke ga mye veiledning og at spørsmålet ikke er omtalt i forarbeidene. Juridisk teori inneholdt ikke noe av betydning. Høyesterett la avgjørende vekt på de praktiske utregningsproblemer som et forholdsmessig oppgjør etter testamentet ville medføre. Om dette ble det uttalt:

«Såvel lagmannsretten som skifteretten har pekt på de store praktiske problemer som et forholdsmessig oppgjør ville føre til. Dersom utgangspunktet er gavens verdi som andel av gavemottakerens totalarv, må i tillegg til gaven også den totale arv – og dermed det totale bo – verdsettes. Dette vil etter omstendighetene være en komplisert prosess, og den gir heller ikke det korrekte svar. Lengstlevende har en betydelig adgang til å disponere over boet, slik at hvilken andel gaven vil utgjøre av den totale arvelodd, kan bare besvares når boet gjøres opp, med andre ord normalt ved lengstlevendes død.

Også jeg finner å måtte legge stor vekt på disse reelle hensynene. Jeg føyer til at dersom lovgiver hadde ment at «tilsvarende oppgjør» skulle bety den type forholdsmessig oppgjør som krever verdsettelse av hele boet, ville det være særdeles nærliggende at de praktiske verdsettelsesspørsmålene var blitt omtalt ved lovens tilblivelse. Som nevnt er lovmotivene tause, og i seg selv trekker dette i retning av at det er arvingenes arvelodd etter loven, og ikke ulike testamentsbestemmelser, som må danne utgangspunktet for hva som utgjør «tilsvarende oppgjør» når en arving har fått delvis arveoppgjør. Dermed vil den forsmådde arvingens krav bare avhenge av en verdsettelse av den gave som er ydet.»

Subsidiært hadde A hevdet at vilkårene for offentlig skifte ikke forelå, fordi hun hele tiden hadde vært villig til å gi C et tilsvarende oppgjør. Uenigheten hadde bare dreiet seg om hva slikt oppgjør innebar. Herom uttalte Høyesterett: «Heller ikke dette er jeg enig i. Gjennom tre instanser

har A (gjenlevende) fastholdt at oppgjøret skulle skje på basis av en forholdsmessighet, som sterkt begrenset summen, og som er i strid med det en korrekt lovforståelse fører til. Den «villighet» loven omtaler, må være en villighet til å yte det korrekte beløp. De to forlikstilbud som ble fremsatt, var begge betinget, og det kan ikke innvirke på den rettslige løsning av saken.»

Høyesterett baserte sin avgjørelse

på de utregningsproblemer man ville få om man skulle basere oppgjøret på fordelingen etter et testament. I det konkrete tilfelle ville man utvilsomt få utregningsproblemer. Tilfellet var dog svært spesielt idet en livsarving fikk sin arv redusert til 1 mill. fra hver av foreldrene. Antakelig er det langt mer praktisk og vanlig at ektefeller i testament fastsetter en annen brøkmessig fordeling enn lovens. De kunne f. eks. ha bestemt at den ene søn-

nen skulle arve 1/11 av boet og de andre 5/11 hver. I så fall ville det ikke medføre noen problemer å basere «tilsvarande oppgjer» på testamentet. Det er for så vidt kanskje ikke så rart at dette ikke er omtalt i lovmotivene. Høyesteretts konklusjon er dog generell – det er arvingens arvelodd etter loven som er avgjørende.

Peter Hambro

Vi minner om:

Doktordisputas

Are Stenvik vil forsvare sin avhandling *Patenters beskyttelsesomfang* i Universitetets Aula lørdag 29. september kl. 10.15.

Tirsdag 16. oktober kl. 17.15–19.00

«Reklamens bindende virkning. Om kontraktsrettslige og markedsrettslige rettsvirkninger av reklame etter nordisk rett». Professor Kai Krüger gjennomgår rapporten som Peter Møgelvang-Hansen og Kai Krüger fremla for Nordisk Ministerråd, jf. TemaNord 2001:549.

Tirsdag 13. november kl. 17.15–19.00

«Formuerettens utvikling» v/lektor, dr. jur. Vibe Ulfbek, Københavns Universitetet.

Seminarene finner sted på Biblioteket, Institutt for privatrett, Domus Media, 2. etasje. Påmelding til Instituttet på telefaks 22 85 97 20 eller Instituttets hjemmeside: 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 nettsider: www.cappelen.no

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Akademisk Forlag, telefon 2298 5800 eller telefaks 2298 5845. Et årsabonnement (2001) på *Nytt i privatretten* koster kr 390,-. 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. 2001

Neste hefte kommer november 2001