

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området Nr. 2 – mai 2001

KONTRAKTSRETT

PENGEKRAVSRETT

Renteøkning på utlån. Spørsmål om varslings- fristens lengde, jf. finans- avtl. § 50, 3. ledd. Bank- klagenemndas uttalelse 2001-008

Bankklagenemnda har avgitt en uttalelse om forståelsen av finansavtaleloven § 50 (3) som formodentlig med rette har skapt atskillig mediaoppmærksomhet.

Etter finansavtl. § 50 tredje ledd skal en renteøkning på utlån til forbruker varsles av institusjonen med en frist på 6 uker. Loven har imidlertid en unntaksregel hvor det fremgår at kortere frist kan benyttes når rente-

endring skjer som følge av at det er inntruffet en vesentlig endring i bl.a. pengemarkedsrenten. I klagesaken hadde banken hevet renten med 0,4 prosentpoeng fra 20.07.2000, med varsel til klager datert 03.07.2000. Banken henviste til at renten i det kortsiktige rentemarkedet steg med 0,4 prosentpoeng i tidsrommet medio juni til primo juli 2000.

Banken anførte at forarbeidene til loven ikke gir presise holdepunkter for vurderingen av hva som kreves for at en renteøkning kan varsles med kortere frist enn 6 uker. Banklovkommisjonen begrunnet forslaget til unntaksregel slik:

«Ved endringer i pengemarkedsrenten, obligasjonsrenten eller det generelle rentenivå for institusjonenes innlån, vil det kunne få betydelige negative konsekvenser for institusjonenes økonomi dersom de måtte vente i 6 uker med å regulere renten i låneavtalene med forbrukere. Kommisjonen har funnet dette hensyn så tungtveiende at den har foreslått unntak fra meldefristen på seks uker i disse tilfeller såfremt endringen er vesentlig. Jf. annet punktum. Dette er for øvrig overensstemmende med retningslinjene fra 1988 som er referert under spesielle motiver til § 3-5.»

I den såkalte renteforståelsen fra 1988 mellom bankene og Forbrukerombudet, var følgende uttalt:
«2. Rentereguleringene.

a) Banken skal ved varsel til låntakeren om mulig med rimelig frist kunne endre rentesatsen med umiddelbar virkning i sammenheng med handlinger fra Norges Bank som påvirker pengemarkedsrenten, endringer i obligasjonsrenten, annen kredittpolitisk avgjørelse, eller endringer i det generelle rentenivå for bankenes innlån.»

Her stilles det ingen krav om at renteendringene som skjer i sammenheng med handlinger fra Norges Bank skulle være vesentlige. Banklovkommisjonens anførsel om at det er i overensstemmelse med retningslinjene fra 1988 at kortere meldefrist enn 6 uker kan benyttes ved slike renteendringer, tilsier at retningslinjene bør kunne tillegges vekt ved tolkning av finansavtl. § 50, tredje ledd.

Bankklagenemnda uttalte enstemmig: «Etter finansavtaleloven § 50, tredje ledd, skal en vedtatt renteøkning på løpende utlån til forbruker varsles av finansinstitusjonen med en frist på 6 uker før endringen gjennomføres. Bestemmelsen er begrunnet med at låntaker bør gis en viss tid til å områ seg ved å innrette sin privatøkonomi på økede utgifter, eventuelt også søke å skifte långiver. Samme bestemmelse har imidlertid følgende unntaksregel: «Kortere frist kan benyttes når renteendring skjer som en følge av at det er inntruffet en vesentlig endring i pengemarkedsrenten, obligasjonsrenten eller det generelle rentenivå for institusjonenes innlån.» Det fremgår av forarbeidene til loven, se NOU 1994:19, s. 165, at unntaksregelen er gitt av hensyn til finansinstitusjonenes økonomi og de betydelige negative konsekvenser det ville kunne få for selskapene hvis de måtte vente i 6 uker med å regulere renten på utlån hvis innlånsrenten stiger vesentlig. Det fremgår videre at unntaksregelen bare kan anvendes når den vesentlige endring i rentenivået skjer i løpet av kort tid. Hvis endringen skjer gradvis over et lengre tidsrom, vil hovedregelen gjelde.

I nærværende sak er utlånsrenten hevet med 0,4 prosentpoeng fra 20. juli 2000 med varsel til klager datert 3. juli 2000. Banken henviser til at renten i

Innhold nr. 2:

Kontraksrett	s. 1
Pengekravsrett	s. 1
Kjøpsrett	s. 4
Erstatningsrett	s. 5
Konkurranserett	s. 9
Immaterialrett	s. 10
Opphavsrett	s. 10
Patentrett	s. 10
Varemerkerett	s. 12
Design- og mønsterrett	s. 14
Panterett	s. 15
Tingsrett	s. 16
Barnerett	s. 18
Familierett	s. 20
Boligrett	s. 21

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

det kortsiktige rentemarkedet gikk opp med ca 0,4 prosentpoeng i tidsrommet medio juni – primo juli 2000.

Bankklagenemnda vil bemerke at det ved fastleggelsen av innholdet av unntaksregelen i § 50 (3) annet punktum må legges vekt på ordlyden i bestemmelsen. Etter denne kan seksukersfristen fravikes når det er skjedd «en vesentlig endring» i penge-markedsrenten, obligasjonsrenten eller det generelle rentenivå for institusjonenes innlån. Bruken av vesentlighetskriteriet som er en ofte anvendt term i kontraktsrettslig lovgivning, indikerer klart at det *kvantitativt* må ha skjedd en *betydelig* endring. Lovens ordlyd viser at den ikke har knyttet unntaksregelen til en fagøkonomisk vurdering av om endringen ligger innenfor eller utenfor de endringer som *ordinært* forekommer i rentemarkedet. Det er således etter nemndas oppfatning ikke nødvendigvis et sammenfall mellom hva som utgjør en endring i rentenivået utover de ordinære svingninger og hva som i lovens forstand er «en vesentlig endring». Denne forståelse er den eneste forenbare med forarbeidenes begrunnelse for unntaksregelen, nemlig at en ubetinget fastholdelse av seksukersfristen ved vesentlige endringer «vil ... kunne få betydelige negative konsekvenser for institusjonenes økonomi», og at man derfor «har funnet dette hensyn så tungtveiende at [man foreslo] unntak for meldefristen på seks uker i disse tilfelle ...» (NOU 1994: 19 s. 165). En slik situasjon vil klarligvis ikke foreligge hver gang rentemarkedet svinger noe mer enn normalt. Denne entydige rettspolitiske begrunnelse klargjør at det er lovfestet en snever unntaksregel – nærmest en sikkerhetsregel – for de tilfelle renteendringene er så betydningsfulle at en opprettholdelse av seksukersfristen vil kunne ha betydelige negative konsekvenser, og at hensynet til forbrukeren som skal beskyttes gjennom seksukersregelen, i slike tilfelle må vike.

Bankklagenemnda anser at en økning på ca 0,4 prosentpoeng i innlånsrenten ikke er å betrakte som vesentlig. Nemnda henviser til de fremlagte opplysninger fra banken om utviklingen i rentemarkedet i 1998, 1999 og 2000. Det fremgår at det gjennom året 2000 har vært en mer eller mindre jevn stigning i rente-

nivået, med noen mer markerte økninger. Disse økninger korresponderer med Norges Banks vedtatte økninger i signalrentene, som har vært på henholdsvis 0,25, 0,50, 0,50 og 0,25 prosentpoeng i 2000. Etter nemndas oppfatning berettiger ikke økninger i denne størrelsesorden anvendelse av lovens unntaksregel. Det bemerkes at størrelsen på renteendringer regelmessig vil ligge i dette området og at dette i seg selv taler for å anvende lovens hovedregel.

Uten at dette er avgjørende peker nemnda på at banken etter det opplyste ville ha blitt påført et tap på den samlede flytende utlånsmasse i størrelsesorden kr 1 444 000,- dersom renteendringen først kunne gjennomføres etter utløpet av seksukersfristen, dvs. etter ytterligere 25 dager. Selv om de økonomiske utslag klarligvis kan variere en del fra bank til bank avhengig av profilen på bankens utlånsportefølje og hvordan denne er finansiert, gir tapsstørrelsen etter nemndas oppfatning en klar indikasjon om at situasjonen som forelå ikke oppfanges av unntaksregelen i annet punktum.

Det fremgår av opplysningene fra banken at det i 1998 skjedde en markert økning i det kortsiktige penge-markedet i siste halvdel av august. I tidsrommet fra 12. august til 25. august 1998 satte Norges Bank opp sine signalrenter med 2,5 prosentpoeng. Etter nemndas oppfatning illustrerer dette hvilke situasjoner lovens unntaksregel tar sikte på.

Bankklagenemnda finner etter dette at den økning i utlånsrenten som klagen gjelder, ikke er skjedd etter en vesentlig endring i pengemarkedsrenten, obligasjonsrenten eller det generelle rentenivå for bankens innlån og at den derfor må varsles med en frist på 6 uker.»

Selv om innklagede bank innen den fastsatte treukersfrist ga tilbakemelding om at nemndas avgjørelse ikke ville bli fulgt, ga banken uttrykk for at den for fremtiden ville følge den rettsoppfatning Bankklagenemnda hadde lagt til grunn. Dette synes også å være signalet fra de øvrige banker i Norge. Hensett til at regelen må forventes å virke i en rekke år fremover, må det viktigste være å fastlegge rettstilstanden fremover. Endel banker har offentlig gitt uttrykk for at de ikke vil følge de andre bankers syn om «unnskyldelig retts-

villfarelse» og vil foreta tilbakeføring til lånekundene. Endel banker har også gjort dette uten å gjøre det til et reklamefortrinn.

Konklusjonen må vel være at varsel med seksukers frist vil være hovedregelen i praksis for fremtiden. Dette trenger ikke bety at bankene tar hele den økonomiske belastning i seksukersperioden; det ville ikke være overraskende dersom størrelsen av rentehevingen vil reflektere at banken ikke får gjennomført den før etter utløpet av fristen. Selv om dette skulle skje – hvilket vil avhenge av konkurranse-situasjonen mellom bankene – er det ikke dermed sagt at seksukersvarselet ikke er til hjelp for forbrukerne. Det er nok en realitet at mange privatøkonomier er såpass stramme at det har betydelig verdi for en lånekunde å kunne planlegge hvordan man skal innrette seg i forhold til en renteheving.

Viggo Hagstrøm

Betaling av rettsgebyr. Finansavtaleloven. Kjennelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg av 7. februar 2001, sak nr. 2001/31

Kjennelsen gjelder spørsmålet om hvilket tidspunkt et rettsgebyr anses for å være betalt. Høyesteretts kjæremålsutvalg brukte finansavtaleloven § 39, og kom med enkelte generelle pengekravsrettslige betraktninger.

I forbindelse med at A fremsatte en anke til Eidsivating lagmannsrett, fastsatte retten en frist for betaling av rettsgebyr i medhold av tvml. § 170 annet ledd, jf. § 169. Retten skrev følgende i et brev til A:

«[...] De må etter dette innbetale rettsgebyret på kr 15 000 slik at beløpet er kommet inn på lagmannsrettens konto senest innen 25. oktober 2000. Dersom lagmannsretten ikke har motatt beløpet innen nevnte dato vil Deres ankeerklæring bli returnert som ikke innkommet.»

Den 24. oktober 2000 var A i banken og leverte en bankgiroblankett for overføring av gebyret til lagmannsrettens konto. Beløpet kom inn på lagmannsrettens konto 26. oktober 2000. Lagmannsretten fant at gebyret var betalt inn for sent. A begjærte oppreisning, men det ble avslått av lagmannsretten. Kjennelsen ble

påkjært til Høyesteretts kjæremålsutvalg som kom til et annet resultat, og opphevet lagmannsrettens kjennelse.

Kjæremålsutvalget la til grunn at alminnelige regler for pengeforpliktelse gjelder ved betaling av rettsgebyr. I finansavtl. §§ 38 og 39 er det gitt bestemmelser om forholdet mellom betaleren og mottakeren av betalingsoverføringer, jf. § 9 annet ledd. Mens § 38 gjelder oppgjørsmåten, omhandler § 39 tid og sted for betaling. Kjæremålsutvalget understreker at bestemmelsene ikke er begrenset til å gjelde avtaleforpliktelser. Forarbeidene til loven støtter denne forståelsen, jf. NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag s. 107 og 108. Bestemmelsene må altså anses som alminnelige pengekravsrettslige regler som får anvendelse med mindre annet går frem av andre lovbestemmelser. Kjæremålsutvalget fant at det ikke gjelder særregler for betaling av rettsgebyr.

Hovedregelen om når betaling anses skjedd ved betalingsoverføring til mottakerens konto, er regulert i § 39 første ledd. I disse tilfellene anses betaling for skjedd når beløpet er godskrevet mottakerens institusjon, eller alternativt mottakerens konto dersom det er en overføring innen samme institusjon. For forbrukere er det dessuten gitt en regel i § 39 annet ledd bokstav a om at en fastsatt betalingsfrist anses avbrutt dersom «betalerens oppdrag er mottatt av en finansinstitusjon». At betalingsfristen er avbrutt innebærer at mottakeren ikke kan gjøre gjeldende misligholds-sanksjoner som følge av forsinkelse.

A ble ansett som forbruker i finansavtalelovens forstand, og regelen i § 39 annet ledd bokstav a fikk derfor anvendelse. Kjæremålsutvalget la også til grunn at betalingsoppdraget var mottatt av banken innen den fastsatte fristen, slik at fristen var avbrutt i tide. Etter forarbeidene er oppdraget normalt «mottatt» ved første innlevering eller registrering hos institusjonen, jf. NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag s. 150.

Dette innebærer en rettsendring. Etter tidligere rett var det ingen særregel for forbrukere. Det var avgjørende at beløpet var kommet frem slik at det stod til mottakerens disposisjon på hans konto, jf. Rt. 1998 s. 1523.

Kjæremålsutvalget fant det, som nevnt, utvilsomt at A var forbruker i

finansavtalelovens forstand, jf. § 2 første ledd annet punktum. Etter definisjonen i § 2 er en forbruker «en fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet».

Man kan stille spørsmål om hvilket avtaleforhold loven sikter til. Er avtalepartene betaleren og finansinstitusjonen, eller betaleren og betalingsmottakeren?

Etter lovens oppbygging, er det naturlig å si at uttrykket «avtale» i § 2 henspiller på kontrakten mellom finansinstitusjonen og dens kunde. Det er dette forholdet som primært er gjenstand for regulering i loven. De generelle reglene i §§ 38 og 39 gjelder imidlertid forholdet mellom betaler og mottaker. Det gir liten mening i forhold til disse bestemmelsene å stille krav om et kontraktsforhold mellom betaleren og finansinstitusjonen for at betaleren skal være forbruker. For det første er det i forholdet til betalingsmottakeren at betaleren har behov for et forbrukervern i de situasjonene som bestemmelsene regulerer. For det andre gir ikke finansavtl. § 38 tredje ledd logisk mening dersom forbrukerdefinisjonen inneholder et krav om avtale mellom betaler og finansinstitusjon. Etter denne regelen kan en forbruker velge at betaling nettopp ikke skal skje gjennom en finansinstitusjon, men heller hos betalingsmottakeren.

En annen mulig forståelse av § 2, er at man ved «avtale» har tatt sikte på forholdet mellom betaler og betalingsmottaker. Men kjæremålsutvalget slår ved denne kjennelsen fast, at det ikke er et ubetinget krav om en avtale mellom betaleren og mottakeren for at betaleren skal anses som forbruker i forhold til §§ 38 og 39. I dette tilfellet bygget As forpliktelse til å betale rettsgebyret på lovgrunnlag, det var ingen avtale mellom A og lagmannsretten.

Kjennelsen kan tolkes slik at det er uten betydning om betalingsforpliktelsen hviler på avtale eller annet grunnlag. Det er i så fall et tilstrekkelig vilkår for anvendelse av forbrukerregelen i finansavtl. §§ 38 og 39, at betalingen ikke er knyttet til næringsvirksomhet. Dette kravet var oppfylt i og med at tvisten som A brakte inn for retten, så vidt jeg kan lese av premisene, var privat. Dersom formålet med bestemmelsen i finansavtl. § 39 annet

ledd bokstav a er å hindre at privatpersoner blir møtt med misligholds-sanksjoner når banken har mottatt betalingsoppdraget på forfallsdagen, kan det tale for at man ikke skal skille mellom betaling av forpliktelser i og utenfor kontraktsforhold. Ved denne tolkingen strekker man forbrukerbegrepet i forhold til slik det er forstått i andre lover, eksempelvis forsinkelsesrenteloven § 4 og inkassoloven § 3.

En mer begrenset tolking av kjennelsen er at det i utgangspunktet må foreligge en avtale mellom betaler og betalingsmottaker, men man gjør unntak for visse offentligrettslige krav. Det er slik forbrukerbegrepet i inkassoloven § 3 blir forstått. I forarbeidene til denne loven heter det at visse offentligrettslige krav likevel vil kunne bli ansett å være pådratt i egenkap av forbruker dersom det er på bakgrunn av et personlig, privat formål at man har kommet i den posisjon som utløser kravet, jf. Ot.prp. nr. 2 (1987–88) s. 103.

I denne sammenhengen kan det nevnes, at vilkåret om at en forbruker skal være en «fysisk person» innebærer at forbrukerdefinisjonen i finansavtaleloven atskiller seg fra den man har i bl.a. kjøpsloven, håndverkertjenesteloven og avhendingsloven. Etter disse lovene er det antatt at sammenslutninger kan anses som forbrukere. Dette innebærer at en idrettsforening kan ha fordelen av forbrukervernet etter kjøpsloven ved innkjøp av treningsdrakter til medlemmene, men ikke den utvidede betalingsfristen i finansavtaleloven ved betalingen. Justisdepartementet sendte sommeren 2000 ut på høring et forslag til ny forbrukerkjøpslov hvor de ulike forbrukerdefinisjonene er forsøkt harmonisert, jf. høringsbrev og høringsnotat fra Justisdepartementet av 5. juni 2000 om oppfølging av NOU 1993: 27 Forbrukerkjøpslov.

Bestemmelsen i § 39 annet ledd bokstav a kan fravikes ved avtale. Kjæremålsutvalget går ikke inn på hva som skal til for at annet anses avtalt, eller om kreditor ensidig kan fastsette at beløpet må være stilt til hans disposisjon innen forfall. Men det er etter denne kjennelsen på det rene at en angivelse av at beløpet skal «være på konto» innen tidsfristen, ikke er tilstrekkelig. Det er vel grunn til å anta at fordi dette er en forbrukervernregel, må man kunne kreve at

en avtale tydelig tilkjenne gir et fravik fra loven.

Terese Smith

Ny litteratur

Trygve Bergsåker: *Lærebok i pengekravsrett*, 2. utgave. ISBN 82-993597-6-7. Eget forlag, Oslo 2001. 286 sider, kr 250,-.

KJØPSRETT

Selgerens ansvar for takstmannens forsømmelse. Høyesterettsdom av 16. mars 2001, sak nr. 2000/393

Høyesterett har avsagt en dom om selgerens ansvar for manglende opplysninger i tilstandsrapport. Flertallet på fire dommere kom til at selgeren var ansvarlig etter avhendingsloven § 3-7 for forhold ved eiendommen som ikke var anmerket i tilstandsrapporten, men som takstmannen «kjente eller måtte kjenne til» etter sin undersøkelse av eiendommen. Disse forholdene utgjorde mangler etter § 3-7, selv om selgeren selv hverken kjente eller måtte kjenne til dem. Dommen går lenger i å identifisere selger og takstmann enn det som gjerne har vært antatt.

Saken gjaldt selgerens ansvar for lekkasje fra sluk og sprekker i murpuss. Selgeren, som hadde arvet eiendommen, kjente ikke selv til disse forholdene. Eiendommen var solgt «som den er». Ifølge § 3-9 første punktum foreligger det i så fall mangel dersom selgeren har unnlatt å gi opplysninger om forhold som han kjente eller måtte kjenne til (jf. § 3-7), eller dersom det er gitt uriktige opplysninger om eiendommen (jf. § 3-8). Videre foreligger det ifølge § 3-9 annet punktum mangel dersom eiendommen er i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med ut fra kjøpesummen og forholdene ellers.

Spørsmålet for Høyesterett var om § 3-7 kunne anvendes i et tilfelle hvor takstmannen, men ikke selgeren, kjente eller måtte kjenne til forholdet. Kjøperen hadde etter det opplyste fått tilstandsrapporten, formentlig før bindende bud ble avgitt. Spørsmålet

var ikke om tilstandsrapporten var misvisende pga. at forholdene ikke var omtalt. En misvisende tilstandsrapport kan etter omstendighetene falle inn under § 3-8 om uriktige opplysninger. Dessuten kan et misvisende innhold i tilstandsrapporten ha betydning ved vurderingen etter § 3-9 annet punktum om hvorvidt eiendommen var i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med. Dersom eiendommen ikke hadde vært solgt «som den er», kunne en misvisende tilstandsrapport på tilsvarende måte ha hatt betydning for mangelsvurderingen etter den grunnleggende regelen i § 3-1 (1). Hverken i forhold til § 3-8, § 3-9 annet punktum eller § 3-1 (1) er det avgjørende hva takstmannen, eller for den saks skyld selgeren, kjente eller måtte kjenne til.

Høyesteretts dom innebærer at forhold som takstmannen kjente eller måtte kjenne til, utgjør mangel etter § 3-7, uavhengig av om kjøperen, ut fra tilstandsrapporten og de øvrige omstendigheter, i det konkrete tilfellet hadde grunn til regne med at de aktuelle forholdene var i orden. Forutsetningen er naturligvis at de øvrige vilkår i § 3-7 er oppfylt, dvs. at kjøperen hadde grunn til regne med å få opplysning om de aktuelle forholdene, og at manglende opplysninger kan antas å ha virket inn på kjøpet. Men det er prinsipielt sett en annen sak.

I premissene nevnes det riktignok at det er glidende overgang mellom manglende, ufullstendige og uriktige opplysninger. Det nevnes videre at tilstandsrapporten omtaler lekkasje fra avløpsrør i kjøkkenet og sprekker i puss utvendig på veggene, men uten å omtale de lekkasjer ved slukene og de sprekker i murpussen som saken gjaldt. Dette tyder på at flertallet i Høyesterett har tenkt i retning av at tilstandsrapporten var misvisende, slik at kjøperen kunne regne med at det ikke fantes andre lekkasjer eller andre sprekker i murpussen enn de som var omtalt. I så fall kunne det ha vært aktuelt å benytte § 3-8 om uriktige opplysninger, eller å tillegge tilstandsrapportens mangelfulle opplysninger betydning ved vurderingen av vesentlighetsvilkåret etter § 3-9 annet punktum. Men Høyesterett la altså til grunn at § 3-7 kan anvendes når takstmannen kjenner eller må kjenne til noe som ikke opplyses til

kjøperen. Det følger av flere uttalelser i dommen at dette er tilstrekkelig til å gjøre selgeren ansvarlig for mangler. Det er altså ikke sikkert at kjøperen ville ha kunnet påberope de aktuelle forholdene som mangler dersom takstmannen ikke hadde kjent til dem. Takstmannens kunnskap («kjente eller måtte kjenne til») er altså tilstrekkelig til å gjøre selgeren ansvarlig.

Det har lenge vært klart at eiendomsmeglerens kunnskap forplikter selgeren etter § 3-7. Dette har vært begrunnet med at megleren opptrer direkte overfor kjøperen i salgsarbeidet. For takstmannen har dette vært oppfattet annerledes. Takstmannen utarbeider en skriftlig rapport. Denne benyttes i salgsarbeidet, men uten at takstmannen selv deltar i dette. Selgeren er ansvarlig for feil i tilstandsrapporten etter § 3-8, ut fra det syn at de opplysninger som gis, skal være korrekte. Videre kan selgeren bli ansvarlig for en misvisende rapport, selv om den ikke inneholder direkte feil, jf. § 3-1 (1), § 3-9 annet punktum eller (dersom den er så misvisende at man vil si at det foreligger uriktige opplysninger) § 3-8. Det nye med Høyesteretts dom av 16. mars 2001 er at selgeren kan holdes ansvarlig *ute-lukkende* med den begrunnelse at takstmannen «kjente eller måtte kjenne til» forholdet.

Flertallets begrunnelse for identifikasjon er bl.a. knyttet til sammenhengen mellom §§ 3-7 og 3-8. Det er etter min oppfatning et reelt argument at det er glidende overgang mellom manglende og uriktige opplysninger. Men det er ikke uten videre gitt at dette gir tilstrekkelig begrunnelse for å viske ut skillet mellom paragrafene i forhold til spørsmålet om hva selgeren hefter for. Mangelsvurderingen etter § 3-8 er rent objektiv. Salgsfremmende opplysninger som gis som ledd i salgsarbeidet, og som det kan antas at kjøperen har lagt vekt på, skal være korrekte. Hvis ikke, kan kjøperen påberope mangel. Risikoen for feilaktige opplysninger må hvile på selgeren. Noe annet ville ikke være akseptabelt. Mangelsvurderingen etter § 3-7 bygger derimot på en *klanderverdighetsvurdering* knyttet til opplysninger som ikke er gitt. Dette er noe helt annet, og man bør være forsiktig med å overføre identifikasjons-synspunkter fra § 3-8 til § 3-7.

Førstvoterende uttaler på vegne av

flertallet at «[d]et er en nær sammenheng mellom manglende og uriktige opplysninger ved salg av fast eiendom», og at «[t]olkningen av § 3-7 bør gi en god indre sammenheng med § 3-8». Deretter går førstvoterende inn på forarbeidene til § 3-8, med sikte på å finne ut hva disse sier om identifikasjon. Resultatet overføres så til § 3-7. Jeg er enig i at det kan sies å være sammenheng mellom manglende og uriktige opplysninger. Det er også mulig at dette bør påvirke tolkningen av de to paragrafene. Men det er altså en meget viktig ulikhet mellom dem. Tolkningen bør etter mitt syn ikke tilsløre denne ulikheten.

Førstvoterende uttaler senere følgende:

«Når selger velger å bruke tilstandsrapporten overfor kjøper, ville det gi et uheldig og urimelig resultat om selger bare skulle ha risikoen for uriktige opplysninger, men ikke for manglende opplysninger i slik rapport selv i de tilfeller takstmannen kjente til mangel ved eiendommen eller opptrådte grovt uaktsomt» (min utheving).

Det er ikke uten videre lett å se hvilken forskjell det skulle innebære for selgerens risiko for eiendommens tilstand om takstmannen kjente til et bestemt forhold eller ikke. Hvis kjøperen er blitt forledet av tilstandsrapportens innhold, bør selgeren ha risikoen uansett takstmannens skyld, jf. ovenfor om §§ 3-1 (1) og 3-9 annet punktum. Hvis ikke, bør selgeren ikke ha risikoen for at takstmannen vet om ett eller annet, selv om dette ville ha medført mangel dersom det var selgeren selv som kjente til det.

Mindretallet på en dommer mente at det ikke er rettslig grunnlag for identifikasjon mellom selgeren og takstmannen i forhold til § 3-7.

Det er mulig at Høyesteretts dom er farget av prosessuelle særegenheter ved Høyesteretts prøvelse av saken. Lagmannsretten hadde tilkjent kjøperen prisavslag med samme begrunnelse, nemlig at selgeren måtte identifiseres med takstmannens kunnskap etter § 3-7. Det ble anket over flere sider ved dommen. Kjæremålsutvalget henviste anken til Høyesterett bare «for så vidt gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse vedrørende prisavslag for lekkasje fra sluk og sprekker i murpuss» (sitat fra Høyesteretts dom). Betyr dette at Høyesterett bare

Doms- og sakregister for *Nytt i privatretten*

På Cappelens internettsider finner du nå en oversikt over dommer i *Retstidende* som er omtalt i *Nytt fra privatretten* og hvilket hefte de er omtalt i. Likeledes er alle artiklene ordnet tematisk med referan-

se til hvilket hefte artikkelen stod i.

Vi håper dette vil bli et nyttig hjelpemiddel for våre lesere!

Gå til www.cappelen.no, velg akademisk og velg jus.

kunne prøve spørsmålet om identifikasjon i forhold til § 3-7? Eller kunne Høyesterett ha stadfestet lagmannsrettens dom med en annen begrunnelse, f.eks. at tilstandsrapportens innhold ga grunnlag for anvendelse av § 3-8 eller § 3-9 annet punktum om vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med? Som nevnt inneholder premissene uttalelser som går i retning av de nevnte bestemmelser. Men den rettslige problemstillingen i flertallets premisser er utelukkende om § 3-7 er anvendelig. Uansett om Høyesteretts prøving av saken var prosessuelt begrenset til § 3-7 eller ikke, er resultatet klart: Det er grunnlag for identifikasjon mellom selger og takstmann i forhold til § 3-7.

Jeg nevner at mindretallet, som mente at det ikke var grunnlag for identifikasjon i forhold til § 3-7, stemte for opphevelse av lagmannsrettens dom og hjemvisning av saken til vurdering av § 3-9 annet punktum.

Man skal ikke overdrive betydningen av Høyesteretts dom. Det hører forhåpentligvis til sjeldenhetene at takstmannen ikke anmerker i tilstandsrapporten negative forhold som han kjenner eller må kjenne til etter sin undersøkelse av eiendommen. Og som nevnt vil manglende anmerkning ofte kunne påberopes av kjøperen i medhold av § 3-1 (1) eller § 3-9 annet punktum, eventuelt også i medhold av § 3-8. Kjøperens rett til å påberope disse bestemmelsene er, som nevnt, uavhengig av om takstmannen kjente eller måtte kjenne til de negative forhold som ikke er anmerket i rapporten.

Trygve Bergsåker

Ny litteratur:

Trygve Bergsåker: *Kjøp av ny bolig, med kommentarer til bustadoppføringslova*. ISBN 82-993597-5-9. Eget forlag, Oslo 2000. 139 sider, kr 380,-.

ERSTATNINGSRETT

Påførte og fremtidige utgifter etter en alvorlig personskade. Agder lagmannsretts dom 9. oktober 2000 – Bråtane

Skadelidte ble for påførte og fremtidige utgifter etter en alvorlig personskade tilkjent ca. 9,5 mill. kroner. Med unntak av erstatningen for fremtidige utgifter til stell og pleie (4 777 000 kroner) ble anken fra Storebrand Skadeforsikring A/S over erstatningsutmålingen nektet fremmet for Høyesterett etter tvml. 373 tredje ledd nr. 4.

1. Skadelidtes utgifter ved mer alvorlige personskader har stått sentralt i en rekke høyesterettsdommer fra de siste åtte år, Rt. 2000 s. 441 (Kåsa), Rt. 1999 s. 1967 (Rott), Rt. 1996 s. 958 (Stokstad), Rt. 1993 s. 1547 (Skoland). Hertil kommer en rekke dommer fra herreds- og byretterne og lagmannsrettene. Da hver sak må vurderes individuelt, er det vanskelig å si om det er skjedd noen alminnelig heving av erstatningsnivået. Uansett hva man måtte mene om dette, er det erstatningsbeløp som ble tilkjent av Agder lagmannsrett i Bråtanesaken uten sammenligning det høyeste som er tilkjent av en norsk domstol. Da Storebrands anke med unntak for en post ble nektet fremmet for Høyesterett, kan det være grunn til å se noe nærmere på de enkeltposter i dommen som nå er rettskraftige.

Skadelidte var 11 år gammel da ulykken skjedde i 1990. Hun var på en ridetur langs en riksvei da hun ble påkjørt av en bil. Hennes medisinske invaliditet er 100 %. Hennes tap i tapt inntektsevne og ménerstatning ble erstattet etter den standardiserte barneerstatning i skl. § 3-2a. Til tross for skadens omfang er hun kognitivt meget godt utrustet. Hun har tatt eksamen fra videregående skole med 5,2 i snitt, og fungerer godt sosialt

med en stor vennekrets. For tiden er hun student ved Menighetsfakultetet. Under gitte forutsetninger mente den sakkyndige at hun ville kunne komme i inntektsgivende arbeid i deltidsstilling. Det var i saken enighet om at skadelidte ikke skulle henvises til å bo på institusjon.

2. Utgangspunktene, som kan synes noe vanskelig forenlige, er at skadelidtes tap skal erstattes fullt ut – skadelidte skal ha «full erstatning». Rammen for hva som kan kreves erstattet er med utgangspunkt i Skolanddommen de utgifter som er «rimelige og nødvendige», og som skadelidte vil få som følge av skaden.

Det er videre med utgangspunkt i Stokstaddommen trukket et skille mellom behandlings- og pleieutgifter med et rent helsemessig siktemål, og utgifter som tar sikte på hverdagens behov for selvstendighet, uavhengighet og trivsel. For de førstnevnte utgiftene vil de offentlige ytelsene representere det som er det rimelige og nødvendige nivået, mens erstatningsretten for de øvrige utgiftenes del vil kunne gi et supplement til de offentlige ytelsene. Det blir således dette «supplement» som skal prøves for Høyesterett.

3. Den lange rekke av utgiftsposter ellers er som nevnt rettskraftig avgjort ved dommen i Agder lagmannsrett. Disse vil bli gjennomgått i den rekkefølge de er behandlet i dommen.

A. *Renter generelt.* For konkrete påløpte utgifter ble det tilkjent renter fra det tidspunkt kravet ble fremsatt, forutsatt at kravet er så presist utformet at det utløser betalingsplikt. For påløpte utgifter hvor erstatningen fastsettes skjønnsmessig, kom lagmannsretten til at rentene skjønnsmessig ble lagt til erstatningsbeløpet. Det ble her vist til Bergsåker, *Pengekravsrett*, 1994 s. 191.

B. *Ombygging av farens bolig* ble erstattet med 180 000 kroner. Hennes foreldre bodde ikke sammen, og utgiften ble begrunnet med behovet for samvær med faren og halv søsknene, jf. barnets rett til samvær med begge foreldre, barneloven § 44a. Herredsretten hadde fastsatt erstatningen her til 256 000 kroner, og dette beløpet ble således noe redusert. Det ble vist til at det hersket stor usikkerhet med hensyn til omfanget av til-

bygget og endringene i boligen for øvrig. (Dette skyldtes at boligen var under gjenoppbygging etter en brann.) Renter ble her tilkjent fra 31. desember 1991, jf. første alternativ ovenfor under A.

C. *Ombygging av morens bolig* kom på kr 546 000 kroner, og lagmannsretten la til grunn at renter av beløpet skulle beregnes fra tre ulike tidspunkter.

D. *Til fremtidig tilpasning av egen bolig* ble hun tilkjent 150 000 kroner «neddiskontert».

E. Utgiftene til *transport og bilhold* ble delt mellom påløpte utgifter og fremtidige utgifter. Hun hadde fått tildelt en spesialinnredet bil, og erstatningskravet gjaldt driftsutgifter for perioden 1991–2000. De påførte utgifter ble skjønnsmessig erstattet med 100 000 kroner inkl. renter. For de fremtidige utgifter ble det lagt til grunn at hun vil få dekket utgiftene til kjøp av bil av det offentlige med 20 % og uten plikt til å betale personbilavgift. Egenfinansiering av en bil til ca. 400 000 kroner ble etter dette ca. 176 000 kroner. Erstatningen for det første ervervet ble satt til 173 000 kroner «neddiskontert og avrundet». Det ble videre lagt til grunn at det måtte skiftes bil i 2009 og 2018, og erstatningen ble gitt under samme forutsetninger, dog med fradrag for de utgifter til egen bil som hun ville hatt uten skaden. Etter dette ble erstatningen satt til 100 000 kroner for 2009 og 100 000 kroner for 2018. Neddiskontert og avrundet ble erstatningsbeløpene henholdsvis 66 000 og 43 000 kroner.

Det ble videre krevet erstatet ekstra driftsutgifter frem til 2005. Etter dette var det akseptert at grunnstønaden kompenserte disse. Etter fradrag for grunnstønad og sparte utgifter til offentlige transportmidler ble erstatningen satt til 60 000 kroner.

Samlet erstatning under denne posten ble 342 000 kroner.

F. For *fremtidige merutgifter til fyring* ble erstatningen for økte strømutfgifter satt til 40 000 kroner som omfattet både ren fyring og strømmen til omgivelseskontrollen.

G. Erstatningen for *merutgifter til klær, vedlikehold av bolig m.v.* ble

samlet satt til 195 000 kroner neddiskontert.

H. Fremtidige utgifter til ledsager på reiser ble erstattet med 100 000 kroner neddiskontert. Det ble bl.a. vist til at det var viktig med stimulering og aktivitet for å hindre dramatiske utfall av skaden, og at reisevirksomhet er et bidrag i så måte.

I. For fremtidige EDB-utgifter ble erstatningen satt til 250 000 kroner neddiskontert. Ut fra skadelidtes situasjon ville avansert datautstyr lette hennes hverdag og være nødvendig for hennes funksjon i samfunnet og for å unngå forverring av den helsemessige tilstand. Erstatningen omfattet også utgifter til nødvendig opplæring.

J. Posten *pleie- og omsorgsutgifter* ble delt i påførte utgifter og fremtidige utgifter. Etter en innledende beskrivelse av hennes tilstand ble det vist til at skadelidte hadde spesielle forutsetninger for å kunne nyttiggjøre seg ordningen med personlig assistent. Lagmannsretten uttalte bl.a. om dette: «For at hun skal føle seg trygg er det ifølge den sakkyndige viktig at det er et stabilt personale rundt henne, samtidig som sjansen for å unngå medisinske komplikasjoner er meget større. Den som hjelper henne må kjenne til faren for autonom dysrefleksi, dvs. at hun får hodepine, svetting og lav puls, dersom kateteret til urinblæren klemmes av og blæren blir for full. Den sakkyndige understreket også at Katrine Bråtane har et ryggmargsnivå som ligger så nær pustesenteret i ryggmargen som det kan gå an uten at hun må bruke pustemaskin.» Mot denne bakgrunn fant lagmannsretten at hun hadde behov for døgkontinuerlig assistanse.

For påførte utgifter tok lagmannsretten utgangspunkt i et døgkontinuerlig behov tilsvarende nitten timer i døgnet på grunn av den hvilende vakt om natten. Om detaljene her med hensyn til fradrag for offentlige ytelser – som var meget omfattende – vises til lagmannsrettens dom. Erstatningen ble skjønnsmessig fastsatt til 200 000 kroner for perioden 1. januar 1992 til 31. desember 1997, og 250 000 kroner fra 1. januar

1998 (inkl. skjønsmessig fastsatte renter). Samlet lidt tap etter enkelte ytterligere fradrag ble 1 950 000 kroner.

For fremtidige utgifter er som nevnt domsresultatet henvist til behandling i Høyesterett. Den samlede erstatning ble for denne posten 4 770 000 kroner. Det ble lagt til grunn at hjelpebehovet ville vare livet ut, og at behovet for assistanse således var nitten timer i døgnet. Det ble lagt til grunn at hun ville få 77 timer pr. uke av kommunen og at det offentliges tilbud ville bli noe mer omfattende i fremtiden, om ikke særlig vesentlig. Etter en helhetsvurdering ble – etter visse fradrag – det årlige behov satt til 250 000 kroner.

4. Et særlig spørsmål i saken var erstatningen for skatteulempen, som skal kompensere formuesskatten på kapitalen og inntektsskatten av avkastningen. Det heter om dette: «Høyesterett er i flere sentrale dommer kommet til en skatteulmpen på 20 til 25 %. I Stokstad-dommen ble skatteulempen satt til 25 %, og her vises til Lødruputvalget i NOU 1994:20, hvor et flertall foreslo at det bør fastsettes en enhetlig proSENTSATS på 25 % for skatteulempen. Lagmannsretten er etter en helhetsvurdering kommet til at erstatning for skatteulmpen fastsettes til 25 %». I kroner utgjorde dette av det samlede domsbeløpet 1 461 750 kroner.

5. Det er ikke her plassen nærmere å vurdere de enkelte postene som er omhandlet ovenfor. Sammenligninger med de øvrige avgjørelser av Høyesterett hvor utgiftene har vært vurdert, er vanskelig på grunn av den individuelle situasjon hos den enkelte skadelidte. At erstatningen ble så høy som i dette tilfelle, kan nok ha sammenheng med at den sakkyndige uttalte at det på landsbasis «årlig kun forekommer 3 tilfeller med et skadeomfang som kan sammenlignes med Katrine Bråtanen. Vi har således med et unikt faktum å gjøre, og det er utrolig hva Katrine Bråtanen har klart å utrette».

Et par bemerkninger er likevel naturlig. Den posten som er nevnt ovenfor under H, synes meg å ligge i grenselandet mellom hva som skal omfattes av erstatningen for utgifter til stell og pleie som øker livskvaliteten, og hva menerstatningen skal dek-

ke. Videre reiser erstatningen for denne utgiftsposten spørsmålet om hvor langt skadelidtes innretningsplikt går med hensyn til å søke om offentlig støtte.

Og så litt om erstatningen for skatteulempen: Den rettspraksis vi har hatt de siste årene har langt på vei veket tilbake fra å legge rent matematiske beregninger til grunn for skatteulempesfastsettelsen. Som lagmannsretten bemerker, har prosent-satsen nesten uten unntak ligget på 20 eller 25 %, og det heter at den gjennomgående er skjønsmessig fastsatt. I Rottsaken, Rt. 1999 s. 1967, fremgår det ikke av Høyesteretts dom hvilken prosent som ble lagt til grunn; førstvoterende henviste til lagmannsrettens dom, hvor den ble satt til 20 % uten noen nærmere drøftelse. Etter mitt syn er dette en positiv utvikling – jeg tilhørte det flertallet som i NOU 1994:20 gikk inn for en standardisering her. Det bør også bemerkes at siden Skolanddommen, Rt. 1993 s. 1457, har ikke Høyesterett vurdert skatteulempen forskjellig alt ettersom det har dreiet seg om erstatningen for fremtidige utgifter og for tapet i fremtidig erverv. Den har for begge tapsposters vedkommende ligget på de nevnte prosent-satser, og man har ikke i drøftelsene trukket frem om dette er hensiktsmessig. Når skatteulempen i Skolanddommen for utgiftserstatningen ble satt til ca. halvparten av den sats som ble valgt for det fremtidige inntektstapet, var det fordi erstatningen for utgiftene burde plasseres i en livrente, som ga en lavere beskatning (Rt. 1993 s. 1547, på s. 1563–64).

Når Høyesterett bare skal behandle de fremtidige utgifter, må den samlede skatteulempeserstatning som lagmannsretten tilkjente, tilpasses det beløp som Høyesterett kommer til. Det som derimot for meg står som uklart, er om prosent-satsen på 25 % er rettskraftig avgjort også for denne postens vedkommende, eller om Høyesterett kan vurdere satsen i lys av de særskilte hensyn som var fremme i Skolanddommen. Ved vurderingen her bør det erindres at erstatningen for skatteulempen ikke kan ses som en egen erstatningspost; den inngår i fastsettelsen av vedkommende tapspost, i dette tilfellet de fremtidige merutgifter.

Peter Lødrup

Oppreisning, skl. § 3-5 annet ledd. Kravet ble fremmet av mor mot en person som var dømt for forsettlig drap på hennes sønn. Høyesteretts dom av 20. februar 2001, sak nr. 2000/300

Gjerningsmannen var dømt til fengsel i ni år for drap. Den drepte som var 19 år, bodde sammen med sin mor. Drapet fant sted hjemme hos dem mens moren var på ferie. Av byrettens beskrivelse skjedde drapet på en meget brutal måte. Sønnen ble liggende død i leiligheten til moren kom tilbake fra ferie og fant ham. Motivet var uklart, men drapet ble sannsynligvis utløst av krangel om øl.

Moren ble i byretten tilkjent 100 000 kroner i oppreisning. Hun anket over beløpets størrelse, og ble i lagmannsretten tilkjent 150 000 kroner. Ved videre anke til Høyesterett var kravet etter rettens skjønn begrenset oppad til 500 000 kroner. Domfelte motanket og påstod beløpet satt til 100 000 kroner.

Høyesterett kom enstemmig til at oppreisningen skulle settes til 120 000 kroner – anken førte altså ikke frem, mens motanken delvis ble tatt til følge. Dette var første gang Høyesterett behandlet oppreisningskrav etter forsettlig drap.

Førstvoterende, dommer *Stang Lund*, som de øvrige dommere sluttet seg til, tok utgangspunkt i at det ved utmålingen skal legges vekt på handlingens objektive grovhet, skadevolderens skyld, fornærmedes subjektive opplevelse av krenkelsen og arten og omfanget av de påførte skadevirkninger. Skadevolderens økonomi skal trekkes inn i vurderingen, men når oppreisningen er knyttet til en straffbar handling, bør dette momentet komme mer i bakgrunnen.

Han nevnte videre at en noe sprikende underrettspraksis kunne tale for en normering av oppreisningen i slike saker. Et annet moment som sterkt trakk i samme retning, var pådømmelsen av oppreisningskravet i forbindelse med straffesaken. Ved fastsettelsen av det beløp som bør være normen, nemlig 120 000 kroner, ble det uttalt at det var naturlig å øke beløpet noe i forhold til tidligere avgjørelser om oppreisning.

Peter Lødrup

Erstatning etter personskade. Årsaks- og adekvansspørsmål. Bevisbyrde. Høyesteretts dom av 9. mars 2001, sak nr. 316/1999, Inr. 2B/2001 – Nilsen

1. Saksforholdet var i korthet dette: Nilsen, som var en 24 år gammel drosjesjåfør, kjørte i ca. 60 km i timen da han i en sving kom utenfor asfaltkanten og mistet kontrollen over bilen, som etter skrens traff en fjellvegg. Ulykken inntraff i 1990. Nilsen ble ikke synlig skadet. Dagen etter følte han seg stiv i nakken, og to dager senere følte han seg stiv og støl, og oppsøkte lege. Han ble sykmeldt, og har ikke siden vært i arbeid. Tilstanden ble gradvis forverret, med hukommelsessvikt og lammelser. Han ble ifra 1. september 1991 innvilget full uførepensjon. Fra 1997 har han vært avhengig av rullestol.

Det bør nevnes at Nilsen i desember 1997 var utsatt for et nytt trafikkuhell. Virkningene for ham av den ulykken er denne saken uvedkommende.

Både byretten og lagmannsretten fant at det var årsakssammenheng mellom ulykken i 1990 og Nilsens tilstand. I likhet med byretten fant lagmannsretten «under tvil» at skadefølgene «i sin helhet må anses å ligge innenfor det påregnelige».

Høyesterett kom til det samme resultat. Partene var enige om erstatningsutmålingen dersom Storebrand var ansvarlig for tapet, og Høyesteretts dom er således utformet på bakgrunn av denne enighet. Både sykdomsbildet og problemstillingene hadde klare paralleller med den dommen som omtales nedenfor, og det var grunnen til at de ble prosedert fortløpende for de samme dommere og votert samme dag.

2. Førstvoterende, dommer Skoghøy, som de øvrige dommere sluttet seg til, slo innledningsvis fast at skadene er psykisk betinget. Men lidelsene ble utløst ved trafikkulykken, og det var etter førstvoterendes syn ikke grunnlag for å tro at Nilsen «uavhengig av ulykken ville ha utviklet en tilsvarende sykdomstilstand». Trafikkulykken var således en nødvendig betingelse for hans invaliditet. Om elementene i denne bevisvurderingen basert på de sakkyndiges uttalelser,

vises til dommen. Konklusjonen på dette punkt ble således det motsatte av hva Høyesterett kom til i den nedenfor nevnte dom og i Rt. 1999 s. 1475 (Stokke-dommen).

Førstvoterende tok utgangspunkt i at Nilsen var særlig sårbar, og at hans invaliditet er psykisk betinget. Men at det er «Nilsens personlighet som står mest sentralt i årsaksbildet», var ikke tilstrekkelig til å si at trafikkulykken ikke utgjorde et «såpass vesentlig element i årsaksbildet» at det ikke var rimelig å knytte ansvar til den. Dermed var årsaksspørsmålet for så vidt avgjort, idet det jo er sikker rett at skadelidtes egne disposisjoner ikke gir grunnlag for noen proratarisk fordeling av ansvaret. «Hver skadeårsak det kan knyttes ansvar til, hefter for hele skaden, se f.eks. Rt. 1992 s. 64, 1999 s. 1475, 2000 s. 915 (Dispril-dommen) og 2000 s. 1614 (Passiv røyk-dommen).»

3. Dermed oppsto neste spørsmål: Var årsakssammenhengen adekvat? Med henvisning til Rt. 1997 s. 1 (Rossnes-dommen) og Rt. 2000 s. 418 (Thelle-dommen) – hvor skadefølgene ikke ble ansett adekvate – uttalte førstvoterende «at det er et vilkår for at ansvar skal inntre, at skadefølgen ikke må være for fjern og avledet».

Var så dette vilkåret oppfylt? Førstvoterende besvarte det bekrefte-

te: «Etter bevisførselen for Høyesterett må det legges til grunn at det ikke er upåregnelig at en trafikkulykke kan utløse en psykisk lidelse, og selv om skadeforløp av den karakter vi her står overfor, er sjeldne, kan skaden etter min oppfatning ikke falle utenfor det som må anses som en adekvat følge av ulykken. De første sykdomssymptomene oppstod to dager etter ulykken, og etter dette skjedde det en gradvis forverring til venstre side ble lammet. Dette har skjedd uten at utviklingen kan ses å være påvirket av etterfølgende omstendigheter som ikke står i sammenheng med ulykken. Etter min oppfatning kan skadefølgen etter dette ikke anses for fjern og avledet.»

Den bevisførsel som det ble vist til i førstvoterendes votum for dette spørsmålets del, var først en uttalelse om nakkeslengskader (som jeg finner mindre relevant her), og så til professor Malts erklæring hvor det bl.a. het «at slike lidelser som vi her står over-

for, ikke er forventede, men heller ikke ukjente etter ulykker. Basert på egne undersøkelser av skadede som er fulgt over tre år, har han vurdert sjansen for et slikt forløp etter en ulykke som den foreliggende til mindre enn 1/1770». Deretter ble det vist til at professor Retterstøl i sin muntlige forklaring for Høyesterett uttalte «at når prosessen etter det psykiske traumet som ulykken må ha vært for Nilsen, først var kommet i gang, kan utviklingen ikke anses som uvanlig, selv om skaden i dette tilfellet har fått et uvanlig stort omfang».

4. Det som er sitert ovenfor fra førstvoterendes votum, er alt som sies om grunnlaget for adekvansvurderingen. Det er derfor naturlig å knytte noen korte bemerkninger til det, noen mer grundig analyse faller utenfor formålet med denne omtalen.

At en trafikkulykke kan utløse psykiske lidelser, er velkjent, og kan i seg selv ikke ha særlig betydning for den konkrete påregnelighetsvurdering som må foretas i den enkelte sak. Av større interesse er utsagnet om at det forhold at skadeforløpet ikke i seg selv er uvanlig og fikk et uvanlig stort omfang, nødvendigvis ikke medførte at det var upåregnelig. Dette må – etter en konkret vurdering – være akseptabelt. Men vi nærmer oss grensesonen.

Jeg legger til grunn at Høyesterett i denne dommen ikke ønsket å ta avstand fra det syn som Høyesterett bygget på i Rossnes- og Thelle-dommene, jf. den henvisning som førstvoterende innledningsvis gjorde til dem. Denne saken atskiller seg på flere måter fra disse to sakene. Den ulykke som Nilsen ble utsatt for, beskrives som dramatisk. Det forelå her ingen nakkeslengskade med påkjørsel bakfra, men en kraftig kollision med en fjellvegg. Vi står i denne saken overfor utelukkende en psykisk skade, hvor det er en nær tidsmessig sammenheng mellom ulykken og de psykiske symptomer. Det er også grunn til å peke på at det i denne saken ikke foreligger noen etterfølgende forhold som kunne ha grepet inn i skadeforløpet. I de to andre dommene ble også skadefølgen ansett som atypisk, mens vi etter Retterstøls uttalelse altså kan se den i Nilsen-saken som typisk – ut fra sakens egenart.

Peter Lødrup

Erstatning etter personskade. Høyesteretts dom av 9. mars 2001, sak nr. 144/1999

Høyesterett tok ikke standpunkt til de årsaks- og påregnelighetsspørsmål saken reiste, da skadelidte uansett ved den erstatning Storebrand allerede hadde utbetalt, 250 000 kroner, hadde fått full dekning for sitt tap.

1. Skadelidte hadde etter en bilpåkørsel bakfra fått en psykisk betinget lammelse i armen (en dissosiativ motorisk forstyrrelse anslått til 31 % medisinsk invaliditet), og en mindre nakkeslengskade (anslått til 8 % medisinsk invaliditet). Det var ingen tegn til organisk sykdom. Etter ulykken hadde han vært sykmeldt i ett år, og fikk deretter innvilget full uføretrygd. Det var enighet mellom partene om at ulykken hadde vært den utløsende faktor for lammelsen.

I byretten fikk skadelidte erstattet halvparten av skaden, kr 435 000 i tillegg til de 250 000 kroner han tidligere hadde mottatt fra Storebrand. Byretten fant at han uansett ulykken på grunn av særlig sårbarhet ville fått en funksjonssvikt på et senere tidspunkt. I lagmannsretten ble Storebrand frifunnet, idet skadeutviklingen hadde hatt et ekstraordinært forløp og tapet måtte anses upåregnelig.

2. For Høyesterett hadde skadelidte godtatt at den foreløpige utbetalte erstatning dekket tapet for nakkeslengskaden. Saken gjaldt etter dette, i førstvoterendes ord, «om det er erstatningsbetingende årsakssammenheng mellom bilulykken og skadelidtes ervervs-tap etter lammelsen». Dette ble videre formulert som et spørsmål om bilulykken «var en såpass *vesentlig* faktor i utviklingen av lammelsen at det er naturlig å knytte ansvar til den, om et tap er en *adekvat* følge av ulykken, og om *hvilket nærmere tap i ervervsevnen ulykken i tilfelle har medført*». Vi blir her presentert for de problemstillinger som tidligere særlig hadde vært fremme i Rt. 1997 s. 1 (Rossnes), Rt. 1999 s. 1475 (Stokke), Rt. 2000 s. 418 (Thelle) og Høyesteretts dom av 9. mars 2001 (Nilsen) – den sistnevnte dommen er omtalt ovenfor.

Etter en lengre redegjørelse for skadelidtes sykehistorie også fra tiden før ulykken, og de sakkyndiges syn på disse spørsmål, bemerker førstvoterende at «Jeg har vært i tvil om

erstatningsansvar må anses utelukket fordi ulykken må sees som en for uvesentlig faktor i årsaksbildet knyttet til lammelsen, eller fordi et tap ikke er en adekvat følge av ulykken, men har ikke sett det nødvendig å ta stilling til disse spørsmålene.» Vi fikk følgelig ikke Høyesteretts syn på disse prinsipielle sider ved saken, noe som hadde vært ønskelig da slike skadefølger tidligere ikke har vært vurdert av Høyesterett. Årsaken til denne noe overraskende konklusjon er at førstvoterende etter en konkret vurdering kom til at skadelidte ikke hadde lidt noe økonomisk tap utover det beløp på 250 000 kroner som tidligere var utbetalt. Dette ble dels begrunnet med hans restervervsevne, dels med at hans «psykiske og fysiske helse og hans personlighet kommer inn med stor tyngde som en selvstendig virkende årsak til hans nedsatte ervervsevne». Det ble følgelig, som i Stokkesaken, lagt til grunn at han selv om ulykken ikke hadde inntrådt, ville vært ute av stand til å yte en full innsats i arbeidslivet.

3. Denne saken blir etter dette av mindre prinsipiell betydning. Den illustrerer imidlertid som Stokkesaken, at skadelidtes sårbarhet kan bli vurdert slik at deler av tapet – i dette tilfellet en redusert ervervsevne – likevel ville inntrådt om skadeforvoldelsen tenkes borte.

Peter Lødrup

KONKURRANSERETT

Erstatning etter konkurransebegrensende avtale. Sak for EF-domstolen

Generaladvokat Mischo ved EF-domstolen, kom 22. mars med forslag til avgjørelse i sak C-453/99 *Courage v Crehan*. Saken dreier seg om erstatningsansvar mellom partene i en avtale i strid med EF art. 81 (forbudet mot konkurransebegrensende avtaler og samordnet praksis). EF art. 81 er identisk med EØS-avtalen art. 53. Konkret er det tale om en eksklusivitetsavtale inngått mellom et engelsk bryggeri og en pub. Det er på det rene at avtalen har vært tapsbringende for puben, og at eksklusiviteten kan reise spørsmål i forhold til forbudet mot avtalefestede konkurransebegrensninger.

Generaladvokaten drøfter hovedsa-

kelig erstatningsspørsmålet. Han tar utgangspunkt i at forbudet i art. 81 også er ment for å beskytte partene i avtalen. Dette utgangspunktet kobles med mer allmenne EF-rettslige prinsipper om beskyttelse av rettigheter. På denne bakgrunn konkluderes med at EF-retten er til hinder for at nasjonal rett utelukker erstatningsansvar bare av den grunn at partene selv har deltatt i overtredelsen. Den EF-rettslige beskyttelsen gjelder iht. Mischo likevel bare så langt det er utvist ubetydelig skyld.

Saken reiser flere prinsipielle spørsmål, både i forhold til konkurransereglene og i forhold til EF-rettslig innflytelse på nasjonal privatrett. EF-domstolen vil sannsynligvis komme med endelig avgjørelse i saken over sommeren.

Erling Hjelmeng

Ny litteratur

Godt om god forretningskikk

Tore Lunde har disputert ved Det juridiske fakultet i Bergen på sin avhandling «God forretningskikk næringsdrivande imellom».

Avhandlingen analyserer markedsføringslovens forbud mot å foreta handlinger som strider mot god forretningskikk næringsdrivande imellom, teoretisk og prinsipielt (del I–III) og med sikte på utvalgte praktiske konfliktsituasjoner – etterligning av konkurranseobjekt, etablering av virksomhet i konkurranse med tidligere samarbeidspartner og andre forretningspartnere, konkurranserettslige inngrep i kontraktsforhold, og omtale av konkurrenter – (del IV). I del V reflekteres det over rettspolitiske sider ved en lovfestet god forretningskikk-standard og over hva fremtiden kan bringe.

Så vel analytisk som rent fremstillingsmessig er det en svært krevende oppgave Lunde har stilt seg. Han håndterer den med dyktighet og analytisk kraft, og resultatet er meget vellykket – en grundig bok som vil være til stor nytte også for praktikerne.

Boken foreligger så langt bare «trykt som manuskript». Det er å håpe at normalutgaven ikke lar vente på seg – boken er jo ellers i alle deler fullbåret, og til heder for Universitetet i Bergen.

Tore Lunde: *God forretningskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2000, 661 s.

Birger Stuevold Lassen

OPPHAVSRETT

Direktivet om opphavsretten i informasjonssamfunnet vedtatt

Den 9. april 2001 vedtok EUs ministerråd forslaget til direktiv om opphavsretten og nærstående rettigheter i informasjonssamfunnet, slik det forelå etter Parlamentets seneste endringer fra februar i år (et tidligere utkast ble omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 3/1999). Rådets vedtak markerer slutten på mer enn tre års forarbeider, der både Kommissjonen, Parlamentet og Rådet har deltatt aktivt. Fristen for å gjennomføre direktivet er i EU-landene 18 måneder fra kunngjøringen i EF-tidende (som forventes å finne sted om kort tid). En orientering om de viktigste konsekvensene av direktivet finnes på hjemmesidene til Direktoratet for det indre marked (http://europa.eu.int/comm/internal_market).

Are Stenvik

PATENTRETT

Patentering av forretningsmetoder

Etter patentloven § 1 annet ledd skal visse former for frembringelser *ikke* anses som oppfinnelser, og kan derfor ikke patenteres. Dette gjelder bl.a. «noe som bare utgjør» metoder for forretningsvirksomhet og programmer for datamaskiner. Tilsvarende bestemmelser finnes i artikkel 52(2) i Den europeiske patentkonvensjonen (EPC). Unntakenes grenser har ikke vært helt lette å trekke, og etter at bestemmelsen om datamaskinprogrammer var blitt tolket innskrenkende i europeisk praksis (se T 935/97 IBM/Computer programs [1999] EPOR 301 og T 1173/97 IBM/Computer program product O.J. EPO 1999, 609, omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 1/2000), knyttet det seg interesse til om man ville få se en tilsvarende utvikling i retning av større muligheter for patentering av forretningsmetoder. Et moment var det dessuten at den føderale appelldomstolen (Federal Circuit) i USA uttrykkelig hadde åpnet for patentering av slike metoder i avgjørelsen *State Street Bank & Trust v. Signature Financial*

Group 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998), der det ble lagt til grunn at det ikke var noe prinsipielt i veien for å patentere en fremgangsmåte for kalkulering av andeler i verdipapirfond.

I avgjørelsen T 931/95 PBS PARTNERSHIP/Controlling pension benefits system, av 8. september 2000, tok et appellkammer (Board of Appeal) i den europeiske patentmyndigheten (EPO) stilling til en del av de tolkningsspørsmålene bestemmelsen i artikkel 52(2) EPC reiser. Saken gjaldt en fremgangsmåte og et system for kalkulering av premier og utbetalinger under kollektive pensjonsordninger. Patentkrav nr. 1 gjaldt selve fremgangsmåten, hvor kalkulasjonene skulle utføres ved bruk av en datamaskin, mens krav nr. 6 gjaldt en datamaskin som var programmert til å utføre kalkulasjonene. I overensstemmelse med det som var blitt lagt til grunn for datamaskinprogrammer i IBM-avgjørelsene, la Board of Appeal her til grunn at unntaket for forretningsmetoder «as such» (jf. «noe som bare utgjør» i patentloven § 1 annet ledd) skal forstås slik at det bare unntar fra patentering forretningsmetoder som *ikke har teknisk karakter*. Hvis en forretningsmetode har teknisk karakter, utgjør den altså ikke «bare» en forretningsmetode, og kan dermed i prinsippet være gjenstand for patent («If the method is technical or, in other words, has a technical character, it still may be a method for doing business, but not a method for doing business as such»).

I dette tilfellet ble imidlertid ikke fremgangsmåten (krav nr. 1) ansett for å ha den nødvendige tekniske karakter. Det ble fastslått at det ikke var nok i seg selv at det ved utførelsen av fremgangsmåten skulle brukes teknisk utstyr i form av datamaskinutrustning, når denne ble brukt for et ikke-teknisk formål («The feature of using technical means for a purely non-technical purpose and/or for processing purely non-technical information does not necessarily confer technical character to ... the method»). Det avgjørende synes etter dette å være fremgangsmåtens formål, eller med andre ord hva fremgangsmåten er ment å produsere. Det ble i denne forbindelse trukket et skille mellom fremgangsmåter som produserer tekniske resultater, og fremgangsmåter som bare produserer administrativ,

finansiell eller lignende informasjon: «All the features of this claim are steps of processing and producing information having purely administrative, actuarial and/or financial character. Processing and producing such information are typical steps of business and economic methods.» Dette innebærer en noe strengere vurdering enn etter amerikansk rett, der det er tilstrekkelig at fremgangsmåten produserer «a useful, concrete and tangible result», hvilket etter praksis også kan omfatte finansiell informasjon.

Produktkravet (krav nr. 6) ble derimot ansett å ha teknisk karakter. Her var det nok å konstatere at kravet gjaldt en fysisk gjenstand, «a computer system suitably programmed for use in a particular field». Det kunne ikke legges noen vekt på at den fysiske gjenstanden ikke representerte noe nytt i seg selv, og heller ikke på at den var innrettet med sikte på å skulle anvendes i forretningsvirksomhet. Denne forskjellsbehandlingen av fremgangsmåtekravet og produktkravet må ses i lys av at unntakene i artikkel 52(2) EPC og patentloven § 1 annet ledd bare gjelder *metoder* for utøvelse av forretningsvirksomhet, og ikke *produkter* for bruk i slik virksomhet.

Avgjørelsen kan i utgangspunktet synes å åpne for en nokså vid adgang til patentering av (data)maskinbaserte forretningsystemer, f.eks. til utførelse av kalkulasjoner, transaksjoner, markedsføring osv. Denne adgangen begrenses imidlertid vesentlig av den normen som ble lagt til grunn ved oppfinneshøydevurderingen, der det nemlig ikke ble tatt hensyn til fordeler av vesentlig økonomisk karakter: «the improvement envisaged by the invention according to the application is an essentially economic one ie lies in the field of economy, which, therefore, cannot contribute to inventive step.» Dermed synes det uklart om avgjørelsen i det hele tatt innebærer noen større mulighet for patentering av maskinbaserte forretningsystemer, eller om den bare innebærer at vurderingen av oppfinnelse «technical contribution» nå skal skje etter bestemmelsen om oppfinneshøyde (artikkel 56 EPC, patentloven § 2 første ledd), istedenfor etter bestemmelsen i artikkel 52 EPC (patentloven § 1). Dette er spørsmål som må avklares gjennom fremtidig praksis.

Are Stenvik

Tolkning av patentkrav

Etter patentloven § 39 «bestemmes» patentvernets omfang av patentkravene. For forståelsen av patentkravene kan «veiledning» hentes i beskrivelsen. Hvor langt beskrivelsens veiledende funksjon kan strekkes, har vært noe uklart. Riktignok har det vært fast praksis – både her og i andre land – at patentkravene bare kan *tolkes*, ikke *omskrives*, men grensen mellom tolkning og omskrivning er ikke klar. Noen avgjørelser har gått nokså langt i å supplere patentkravene ved hjelp av beskrivelsen (f.eks. skosåle-dommen i Rt. 1971 s. 714), mens andre har vært mer restriktive (f.eks. Kyllingstad-dommen i Rt. 1961 s. 1225).

To nyere avgjørelser berører nettopp denne problemstillingen. Den svenske høyesterettsdommen i NJA 2000 s. 497 gjaldt en fremgangsmåte for mobiltelefonsystemer, der det karakteristiske besto i «att man tillordnar abonnentidentitetsmodulen (SIM) åtminstone två identiteter ... vilka är selektivt utnyttjingsbara». Formålet med å tilordne modulen to eller flere identiteter, var å gjøre det enklere for brukerne å fordele samtaleavgiftene på to eller flere poster, f.eks. slik at kostnader knyttet til privatsamtaler kan skilles fra kostnader som gjelder næringsamtaler. Saksøkte benyttet en løsning med to SIM-kort tilknyttet samme abonnement. Formålet med dette var ikke å fordele kostnadene på to poster, men å sikre abonnentene muligheten til å benytte abonnementet i forbindelse med forskjellige typer telefoner; innenfor GSM-systemet finnes det to typer SIM-kort av ulik størrelse – det ene på størrelse med et kredittkort, det andre på størrelse med et frimerke – og saksøkte tilbød derfor kort av begge størrelser knyttet til samme abonnement. At formålet var et annet, ble ikke tillagt betydning, idet formålet ikke var angitt i patentkravet. Det avgjørende tolkningsspørsmålet var om ordet «abbonentidentitetsmodul» i patentkravet måtte forstås slik at det gjaldt bare én fysisk enhet (ett SIM-kort), eller om det også kunne omfatte to eller flere fysiske enheter. Siden flere SIM-kort knyttet til forskjellige abonnementer var kjent fra før, kunne det nye i oppfinnelsen prinsipielt tenkes å ligge i to forhold; i tilordningen av to eller flere identiteter til *samme fysiske enhet* (SIM-kort), eller i tilord-

ningen av to eller flere identiteter til *samme abonnement*. Patenthaveren argumenterte for at det vesentlige var tilknytningen til samme abonnement, og at det derfor ikke var noe til hinder for at patentet kunne omfatte fremgangsmåter som gjør bruk av to eller flere kort. Saksøkte innvendte til dette at patentkravet ikke var begrenset til bruk av ett og samme abonnement, og at den eneste måten å skille oppfinnelsen fra teknikkens stand derfor var å tolke ordet «abbonentidentitetsmodul» som begrenset til én fysisk enhet.

Hovrätten hadde gitt saksøkte medhold. I samsvar med den tradisjonelle oppfatningen uttalte hovrätten at patentkravene ikke kunne suppleres med trekk – i dette tilfellet tilknytning til samme abonnement – som bare fremgikk av beskrivelsen: «Det som skiller det av ... [patenthaveren] tillämpade förfarandet från de tidigare använda synes vara att identiteterna i administrativt hänseende är knutna till samma abonnemang. Någon sådan begränsning finns emellertid inte i patentkraven. Visserligen kan det utläsas av beskrivningen att det patenterade förfarandet är avsett att användas i fall då identiteterna är knutna till samma abonnemang, men beskrivning och ritningar bör användas för att bestämma patentskyddets omfattning endast för att åstadkomme erforderlig precisering av de uttryckssätt som används i patentkraven. Däremot kan det inte bli fråga om att från beskrivningen införa en begränsande bestämning som inte har någon som helst motsvarighet i patentkravets lydelse.»

Högsta domstolen kom til samme resultat, men var ikke enig i at det prinsipielt kunne anses utelukket å innfortolke begrensninger i patentkravene: «Av praxis inom EPO rörande tillämpningen av art. 69.1 EPC och dess tolkningsprotokoll framgår att det, om det i beskrivningen anges att en viss bestämning är absolut nödvändig för uppfinningen, i och för sig är möjligt att betrakta denna bestämning som ett väsentligt särdrag i uppfinningen, trots att den inte uttryckligen nämns i patentkravet ... Av hänsyn till tredje man bör det förutsättas, att bestämningen tydligt framgår av beskrivningen, att den är helt grundläggande samt att det för en fackman som tar del av patentskriften framstår

som uppenbart hur patentkravet måste forstås.»

En norsk høyesterettsdom av 23. mars 2001 gjaldt en søknad om patent på dreietårn for bore- eller produksjonsskip, som var blitt avslått av Patentstyrets annen avdeling med den begrunnelse at søknadsgjenstanden ikke skilte seg vesentlig fra teknikkens stand. Det var før søknadsdagen vanlig å montere slike dreietårn med lagerelementer utstyrt med fjæringsanordninger, for å ta opp deformasjonskrefter og sikre jevn fordeling av lagerkreftene. Det nye i søknaden lå først og fremst i måten opplagringen var utført på, for å oppnå en viss radiell fleksibilitet. Formålet var, ifølge beskrivelsen, bl.a. å redusere lagerslitassen ved å filtrere ut uønskede reaksjonskrefter, samtidig som konstruksjonen skulle være rimeligere å bygge og vedlikeholde, og dessuten anvendelig for store, tunge dreietårn som utsettes for betydelige krefter. Som karakteriserende trekk var det i patentkravet bl.a. angitt at «aksiallagerbanen er anordnet på en piedestallignende forhøyning», mens beskrivelsen inneholdt en nærmere angivelse av måten forhøyningen var konstruert på, for å oppnå den ønskede fleksibilitet, noe som – i beskrivelsen – var fremhevet som «en vesentlig fordel med foreliggende fundamentløsning ... sammenlignet med de kjente løsninger». Spørsmålet var om måten fleksibiliteten var oppnådd på kunne anses å ha kommet til uttrykk i patentkravet, enten direkte eller gjennom innskrenkende tolkning, hvilket var en forutsetning for at den kunne tas i betraktning ved patenterbarhetsvurderingen.

Førstvoterende, dommer Aarbakke, besvarte spørsmålet benektende: «I den kravutforming som forelå for 2. avdeling, er den måten radiell fleksibilitet i den piedestallignende forhøyning oppnås på, etter min mening ikke kommet til uttrykk i patentkravet. I patentkravet er det sagt at den piedestallignende forhøyning er «stiv i aksial retning». Av dette kan det ikke slutes at forhøyningen er fleksibel i radiell retning ... Selv om det ved tolkningen av kravformuleringen kan hentes veiledning fra patentbeskrivelsen, jf. patentloven § 39, gir heller ikke det som er sagt i beskrivelsen – overfor den klare ordlyden i selve kravet – tilstrekkelig grunnlag for å

fortolke patentkravet på den måten ... [søkeren] har anført. «Selv om fleksibiliteten i beskrivelsen var fremhevet som «en vesentlig fordel», kunne trekket således ikke innfortolkes når patentkravets ordlyd var klar.

Begge avgjørelsene er restriktive når det gjelder å bruke beskrivelsen til å supplere patentkravene. Det klare utgangspunktet vil således være at patentvernet omfatter alt som dekkes av patentkravene, også slikt som skiller seg vesentlig fra det oppfinneren har hatt i tankene og omtalt i beskrivelsen. Selv om et trekk fremgår klart av beskrivelsen, og er vesentlig for oppfinnelsen, vil det ikke begrense patentets dekningsområde. Bare i helt spesielle tilfeller kan det eventuelt komme på tale å fravike dette utgangspunktet. Etter den svenske dommen må det altså kreves – i tillegg til at trekket fremgår klart av beskrivelsen og er vesentlig for oppfinnelsen – at det fremstår som *åpenbart for fagmannen* at patentkravet må forstås slik at det innbefatter angjeldende trekk. Et slikt trekk kan sies å ligge implisitt i patentkravenes meningsinnhold, selv om det ikke fremgår eksplisitt av ordlyden. Den norske dommen åpner ikke uttrykkelig for å ta hensyn til slike implisitte trekk, men den inneholder heller ikke noe som er uforenlig med den tolkningsnormen den svenske avgjørelsen bygger på, forutsatt at normen forstås tilstrekkelig restriktivt.

Are Stenvik

Vernet i internasjonale saker

I en avgjørelse i NJA 2000 s. 273 har Högsta domstolen lagt til grunn at krav om såkalt negativ fastsettelsesdom – en dom som fastslår at en viss teknisk løsning ikke griper inn i bestemte patentrettigheter – ikke omfattes av bestemmelsen om erstatningsvernet (deliktsvernet) i Luganokonvensjonens artikkel 5(3). Slike søksmål må derfor i utgangspunktet anlegges etter hovedregelen om bostedsvernet i artikkel 2. Högsta domstolen tok ikke stilling til om artikkel 5(3) omfatter krav om forbud mot handlinger som representerer inngrep, et spørsmål som ble betegnet som åpent, se nærmere om dette *Nytt i privatretten* nr. 4/1999.

Högsta domstolens syn på tolk-

ningen av konvensjonen – som ikke deles av domstolene i alle konvensjonsstatene – begrenser muligheten for en form for rettsmisbruk som man har sett enkelte eksempler på, der krav om negativ fastsettelsesdom fremmes i land med langsomt virkende rettssystemer, med sikte på å utnytte litispensvirkningen for å hindre anleggelse av inngrepsaker i andre land, jf. en belgisk avgjørelse i GRUR Int. 2001, 170 og en fransk i GRUR Int. 2001, 173.

Den svenske dommen er nærmere omtalt i en artikkel av *Lydia Lundstedt* i GRUR Int. 2001 s. 103–111.

Are Stenvik

VAREMERKERETT

Praksis fra Førsteinstansretten

Avgjørelser fra appellkamrene innenfor EFs varemerkemyndighet (OHIM) kan påankes til Førsteinstansretten, og det foreligger etter hvert en del avgjørelser derfra vedrørende tolkningen av forordningen om EF-varemerker (forordning 40/94 av 20. desember 1993). Forordningens sentrale, materielle bestemmelser samsvarer med varemerkedirektivet (direktiv 89/104/EØF av 21. desember 1988), som er en del av EØS-avtalen. Praksis knyttet til forordningen har derfor betydelig interesse også for norsk rett (se *Nytt i privatretten* nr. 2/2000, der bl.a. de grunnleggende avgjørelsene T-163/98 *Procter & Gamble v. OHIM*, Sml. 1999 s. II-2383 (BABY-DRY) og T-19/99 *Deutsche Krankenversicherung v. OHIM* (COMPANY-LINE) er kort omtalt, se dessuten nedenfor om Generaladvokat Jacobs' uttalelse i BABY-DRY-saken). Hovedpunktene i nyere praksis fra Førsteinstansretten kan oppsummeres slik:

- Bestemmelsene i forordningens artikkel 7 nr. 1 bokstav b, c og d (direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav b, c og d) utgjør selvstendige registrerbarhetsvilkår. Det betyr bl.a. at et merke må nektes registrert om det mangler særpreg (bokstav b), selv om det verken er beskrivende for varen (bokstav c) eller er blitt vanlig i alminnelig språkbruk eller i lojal og etablert forretningspraksis (bokstav d), jf. sak T-345/99 (TRUSTEDLINK) premissene 30–31.

- Et varemerke kan ikke anses å mangle særpreg i relasjon til artikkel 7 nr. 1 bokstav b, bare fordi det ikke er originalt, fyndig, vittig eller overraskende. Det avgjørende er om merket, i forhold til den aktuelle omsetningskretsen, må antas å være uten evne til å skille innehaverens varer fra andres, jf. sak T-135/99 (CINE ACTION) premiss 31 og T-87/00 (EASY-BANK) premissene 39–40.
- Registreringshindringen i artikkel 7 nr. 1 bokstav c rammer bare merker som direkte og umiddelbart gir uttrykk for varens art, beskaffenhets, formål osv., ikke merker som bare indirekte henspiller på slike forhold (suggestive merker), jf. sak T-24/00 (der det ble lagt til grunn at VITALITE med rette var nektet registrert for bl.a. legemidler og kosttilskudd, men ikke for barne-mat), eller som er mer vage og ubestemte, jf. sak T-193/99 (der DOUBLEMINT ikke ble ansett beskrivende for bl.a. tyggegummi).
- Varemerker som er sammensatt av to alminnelige ord, og har et lett forståelig meningsinnhold som er beskrivende for varen, uten øvrige distinktive tillegg, må anses uregistrerbare selv om ordet utgjør en nydannelse, og selv om sammen-setningen av ordene ikke er grammatisk korrekt, jf. sakene T-360/99 (INVESTORWORLD), T-345/99 (TRUSTEDLINK) og T-331/99 («Giroform»), smnl. nedenfor om Generaladvokat Jacobs' noe avvikende synspunkter i BABY-DRY-saken.
- Ved vurderingen av om registrerbarhetsvilkårene er oppfylt kan det ikke legges avgjørende vekt på om merket er blitt registrert i andre medlemsland eller i tredjeland, jf. T-345/99 (TRUSTEDLINK) premiss 41, T-32/00 (ELECTRONICA) premissene 45–46 og T-331/99 («Giroform») premissene 26–28. Registrering i et medlemsland er likevel et moment som det etter omstendighetene kan være relevant å ta i betraktning, jf. sak T-24/00 (VITALITE) premiss 33. På de nevnte punktene samsvarer Førsteinstansrettens avgjørelser i alt vesentlig med etablert norsk varemerkerett, og den vil derfor ikke nødvendigvis justeringer i norsk praksis. På et annet punkt finnes det

derimot en klar forskjell, både i forhold til det som har vært ansett som sikker rett i Norge, og i forhold til den praksis OHIM hittil har fulgt: I sak T-87/00 var ordet EASYBANK nektet registrert av OHIM fordi det var ansett beskrivende for bl.a. banktjenester som ytes over Internett. Etter Førsteinstansrettens mening var dette en uriktig vurdering, fordi ordet bare kunne anses beskrivende for selve bankvirksomheten og ikke for de enkelte banktjenester: «Whilst it is true that the ease of access thus suggested cannot reasonably serve potential customers other than by enabling them to benefit from the banking services offered, the fact remains that that suggestion expressly applies only to the banking establishment as such. Since it does not make any reference to the details of a specific service or other details of the conduct of banking transactions, it does not designate either objectively or specifically the kind, quality, quantity, intended purpose, value, or other characteristics of the various banking services capable of being provided» (premiss 29).

Det er vanskelig å se noen grunn til å skille mellom merker som beskriver egenskaper ved en tjenesteytende virksomhet, og merker som beskriver egenskaper ved den enkelte tjeneste som ytes. En ulik vurdering av de to tilfellene svarer neppe til næringslivets behov, idet markedsføringen like ofte vil profilere virksomheten i sin helhet, som den enkelte tjeneste. Friholdelsesbehovet er derfor like sterkt for virksomhetsangivende merker som for spesifikt tjenesteanvendende merker. Etter det syn Førsteinstansretten bygget på, må en anta at ord som KVALITETSVERKSTED, GOURMETRESTAURANT og BILLIGBUTIKK ikke kan anses beskrivende for henholdsvis reparasjonsvirksomhet, matservering og detaljhandel (en annen sak er at slike ord kan mangle særpreg, og av den grunn være uregistrerbare). Siden Førsteinstansrettens avgjørelse på dette punktet bryter såpass sterkt både med etablert rettsoppfatning og med de reelle hensyn som gjør seg gjeldende, er det neppe noen grunn til å innrette norsk praksis etter avgjørelsen, før dette synet eventuelt blir bekreftet av EF-domstolen, eller av en fast og etablert praksis fra OHIM og Førsteinstansretten. Allerede EF-

domstolens dom i BABY-DRY-saken kan komme til å gi visse holdepunkter for tolkningen av forordningen i dette henseende, se straks nedenfor.

Are Stenvik

Prinsippene for distinktivitetsvurderingen

Generaladvokat Jacobs avga 5. april 2001 uttalelse i sak C-383/99 *Procter & Gamble v. OHIM*

(BABY-DRY), som reiser viktige prinsippspørsmål vedrørende distinktivitetsvurderingen etter varemerkeforordningens artikler 4 og 7 (direktivets artikler 2 og 3, varemerkeloven §§ 1 og 13). De viktigste konklusjonene er følgende:

- Det er tilstrekkelig for å nekte registrering at én av bestemmelsene i artikkel 7(1) kommer til anvendelse, og bestemmelsene i 7(1) bokstav b, c og d må tolkes uavhengig av hverandre, og uavhengig av det generelle kravet i artikkel 4, om at et varemerke må være egnet til å skille en næringsdrivendes varer fra andres (se også Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers uttalelse i sak C-299/99 *Philips*).
- Bestemmelsen i artikkel 7(1) bokstav c, om at et varemerke ikke kan registreres om det utelukkende består av tegn eller betegnelser som i handelen tjener til å angi varens eller tjenestens art, beskaffenhet, mengde, formål osv. (jf. varemerkeloven § 13 første ledd annet punktum), skal ikke tolkes i lys av hensynet til å friholde slike tegn og betegnelser for allmenn bruk. Friholdelsesbehovet varetas i tilstrekkelig grad av bestemmelsen i forordningens artikkel 12(b) (direktivets artikkel 6(1) bokstav b, varemerkeloven mangler en tilsvarende bestemmelse). Formålet med artikkel 7(1) bokstav c må anses å være å unngå registreringer som ikke vil medføre noen beskyttelse («to avoid the registration of descriptive brand names for which no protection could be available»).

Den sistnevnte konklusjonen avviker fra det som har vært en fast oppfatning i norsk rett, hvor friholdelsesbehovet har stått sentralt ved vurderingen av om et merke må nektes

registrert på grunn av sitt beskrivende innhold, jf. Rt. 1995 s. 1908 (MOZELL) på s. 1917 («et vesentlig hensyn bak regelen i varemerkeloven § 13 første ledd er friholdelsesbehovet») og Stuevold Lassen, *Over-sikt over norsk varemerkerett*, 2. utg., Oslo 1997 s. 27–29. Konklusjonen står også – iallfall tilsynelatende – i motsetning til uttalelser i EF-domstolens avgjørelse i forente saker C-198/97 og C-109/97 *Windsurfing Chiemsee*, Sml. 1999 s. I-2779 (noe Generaladvokaten er klar over).

Hvis bestemmelsene i forordningens artikkel 7(1) bokstav c og direktivets artikkel 3(1) bokstav c skal tolkes uten hensyn til friholdelsesbehovet, vil det kunne lede til en noe mer liberal distinktivitetsvurdering enn den som har vært vanlig til nå. Et merke som BABY-DRY vil ikke kunne nektes registrert med den begrunnelse at registreringen vil kunne hindre andre næringsdrivendes berettigede interesse i å opplyse om at deres produkter er egnet til å holde småbarn tørre. Bare dersom det må antas at gjennomsnittsforbrukeren umiddelbart vil oppfatte merket som en egenskaps- eller formålsangivelse e.l., og ikke som en angivelse av varens kommersielle opphav, kan det nektes registrert etter bestemmelsen. Det betyr at det kan bli noe større rom for å legge vekt på at merket i detaljene skiller seg fra en ordinær og uttrykkelig egenskaps- eller formålsangivelse, slik som i dette tilfellet ved uttrykkets ufullstendige karakter og uvanlige struktur. Også det at det her dreiet seg om et uvanlig og nydannet ord, burde etter Generaladvokatens mening tas i betraktning.

Hvis EF-domstolen følger Generaladvokatens anbefaling, må det følgelig antas å være nødvendig med en viss justering av det skjønns-temaet som har vært lagt til grunn i norsk praksis. Det er imidlertid ikke sikkert at resultatene vil bli særlig annerledes enn dem man ville kommet til på grunnlag av gjeldende rettsoppfatning, se f.eks. Rt. 1999 s. 641 (SUPERLEK, omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2/1999), der den konkrete vurderingen av merkets distinktivitet har likhetstrekk med den Generaladvokaten foretok i BABY-DRY-saken.

Are Stenvik

NOU 2001: 8 – utkast til ny varekjennetegnslav

Varemerkeutredningen II – bestående av professor Birger Stuevold Lassen, med bistand av Jostein Sandvik – fremla 28. september 2000 utkast til ny lov om varekjennetegn. Utkastet er delvis basert på et samarbeid mellom parallelt arbeidende komiteer i Norge, Sverige og Finland, og det tar sikte på å oppnå likest mulig lovgivning i de tre landene. Det tar også sikte på å bringe den norske lovteksten mer direkte i overensstemmelse med varemerkedirektivet (direktiv 89/104/EØF av 21. desember 1988). Blant de praktisk viktigste nyhetene i forslaget er en bestemmelse om adgang til administrativ sletting av registreringer som rammes av en ugyldighets- eller slettingsgrunn, noe som ikke minst er praktisk ved manglende oppfyllelse av den såkalte brukspliktregelelen i nåværende lovs § 25a. Denne endringen tar sikte på å legge til rette for raskere og mindre kostbar sletting eller ugyldiggjørelse av merker som ikke oppfyller vilkårene for å bli stående i registeret. Videre foreslås innføring av en regel om EØS-regional konsumpsjon, anvendelsesområdet for den såkalte kodakregelen om vern for særlig kjente merker foreslås utvidet noe, og vernet for handelsnavn (bl.a. firma) overfor andres registrering og bruk av varekjennetegn foreslås som hovedregel begrenset til å gjelde handelsnavn som tilfredsstiller varekjennetegnslovens krav om distinktivitet.

Are Stenvik

Konsumpsjon – kravet om samtykke

Den ulovfestede konsumpsjonsregelen i varemerkeretten innebærer at innehaveren av et varemerke mister retten til å kontrollere omsetningen av varer han selv har brakt på markedet, eller som er brakt på markedet med hans samtykke (f.eks. av en lisens-taker), innenfor EØS-området. Den ulovfestede norske regelen er ment å gjennomføre konsumpsjonsregelen i varemerkedirektivets artikkel 7 (direktiv 89/104/EØF av 21. desember 1988).

For EFTA-landenes vedkommende er det noe uklart om konsumpsjonsregelen gjelder ved omsetning utenfor

EØS-området. For EU-landene følger det av Domstolens avgjørelse i sak C-355/96 *Silhouette*, Sml. 1998 s. I-4799, at konsumpsjon ikke inntreffer for varer som er brakt på markedet i tredjeland, dvs. utenfor EØS-området. Innehaveren av varemerkeretten kan imidlertid – naturligvis – samtykke i at varene blir importert til et EØS-land. Et av de spørsmålene som foreligger for EF-domstolen i forente saker C-414/99, C-415/99 og C-416/99 *Davidoff*, er om det er opp til nasjonal rett å fastsette de krav som skal stilles til et slikt samtykke. Foreleggelsen er besluttet av engelske Patents Court, som særlig ønsket å få vite om et underforstått samtykke («implied consent») kunne være tilstrekkelig til at varene kunne innføres til et EØS-land. Generaladvokat Stix-Hackl kom, i en uttalelse av 5. april 2001, til at varemerkedirektivets artikkel 7(1) er til hinder for at nasjonal rett oppstiller en regel «which constitutes a general presumption of waiver or is equivalent to such a presumption».

Saken reiser også spørsmål om tolkningen av direktivets artikkel 7(2), som gir varemerke innehaveren rett til å motsette seg salg av varer der han har en berettiget grunn til dette, f.eks. dersom varen er blitt endret etter at den ble brakt i omsetning.

Are Stenvik

Parallellimport – ompakking og sammerking

En dom av Asker og Bærum herredsrett av 22. mars 2001 (*Merck m.fl. mot Farmagön*) tar stilling til spørsmål knyttet til ompakking, supplerende etikettering og sammerking av parallellimporterte legemidler. Med «sammerking» siktes det til en praksis der parallellimportøren bruker produsentens varemerke i kombinasjon med sitt eget varemerke, vareutstyr eller annet kjennetegn (se *Nytt i privatretten* nr. 1/2000).

Ifølge dommen kunne det ikke anses nødvendig – og dermed heller ikke lovlig – å pakke om varene i tilfeller der parallellimportøren kunne oppnå samme pakningsstørrelse som originalimportøren ved å bunte sammen to av de parallellimporterte pakningene. Det var uomtvistet at ompakking ikke kunne anses nødven-

dig der den importerte pakningsstørrelsen var lik direkteimportørens. Derimot ville ompakking, etter rettens mening, vært lovlig og nødvendig for å oppnå «tilfredsstillende markedsadgang» om parallellimportøren ellers hadde vært henvist til å selge avvikende pakningsstørrelser (smnl. omtalen av EF-domstolens avgjørelse i sak C-379/97 *Pharmacia & Upjohn v. Paranova*, Sml. 1999 s. I-6927, i *Nytt i privatretten* nr. 4/1999).

Supplerende etikettering av varer som ble solgt av parallellimportøren i originalemballasje ble ansett lovlig i den utstrekning den var nødvendig for å oppfylle de krav til informasjon som stilles av norske myndigheter, men heller ikke lenger. Parallellimportøren kunne ikke anses å ha rett til å anbringe en etikett som skjulte det originale varemerket, og gjenanbringe samme merke på den nye etiketten. En parallellimportør kan således ikke gjøre større inngrep i den originale pakningen enn det som er nødvendig for å oppnå markedsadgang for varene.

For de tilfellene hvor det var adgang til ompakking, ble det lagt til grunn at den nye pakningen måtte utformes på nøytral måte. Pakninger med et særpreget mønster eller parallellimportørens egen logo kunne ikke tillates, fordi dette – iallfall over tid – kunne føre til at produktene ble oppfattet som parallellimportørens egne, eller til å gi inntrykk av en særlig forbindelse mellom produsenten og parallellimportøren.

Are Stenvik

DESIGN- OG MØNSTER-RETT

Frie varebevegelser – transitt

EF-domstolens avgjørelse i sak C-23/99 *Commission v. French Republic* (Sml. 2000 s. I-7653) klargjør viktige spørsmål vedrørende forholdet mellom immaterialrettigheter og bestemmelsene om frie varebevegelser i EF-traktatens artikler 28 og 30. Saken gjaldt lovligheten av franske bestemmelser som ga innehaveren av designrettigheter – konkret var det snakk om rettigheter til reservedeler for biler – adgang til å hindre transitt gjennom Frankrike, selv om varene var lovlig tilvirket i eksportlandet, og

var ment for omsetning i et annet medlemsland der designet ikke var beskyttet. En slik beskyttelse ble av Domstolen ansett å omfatte mer enn rettens «særlige gjenstand», og gikk dermed lenger enn hva som er forenlig med traktaten: «Intra-Community transit ... consists in the transportation of goods from one Member State to another across the territory of one or more Member States and involves no use of the appearance of the protected design ... Intra-Community transit does not therefore form part of the specific subject-matter of the right of industrial and commercial property in designs.» Det må antas at samme prinsipp skal legges til grunn for andre typer immaterialrettigheter. Det må også antas at de parallelle bestemmelsene i EØS-avtalens artikler 11 og 13 skal tolkes på samme måte, slik at prinsippet får tilsvarende anvendelse for EFTA-landene. En viss forskjell kan det likevel bli mellom rettsstillingen i EFTA-landene og EU-landene, idet EØS-avtalens bestemmelser om frie varebevegelser bare får anvendelse for varer med opprinnelse i avtalepartene (artikkel 8 nr. 2), mens EF-traktatens bestemmelser også gjelder varer fra tredjeland som kan omsettes fritt i Fellesskapet, dvs. varer som har vært tollbehandlet i et medlemsland (art. 23 nr. 2 og art. 24 EF).

Are Stenvik

PANTERETT

Restverdileasing. Høyesteretts kjennelse av 13. februar 2001, sak nr. 2000/1350

I kjennelse 13. februar om såkalt *restverdileasing*, uttalte Høyesterett seg om innholdet av bestemmelsen i panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum. Bestemmelsen er en videreføring av reglene i samme paragraf om at avtaler om eiendomsforbehold og leieavtaler med finansieringsformål er undergitt reglene om salgspant, slik at eierens rettigheter bl.a. trenger rettsvern etter bestemmelsene i panteloven § 3-17 for å stå seg i pantsetters konkurs. Disse rettsvernkravene omfatter registrering i Løsøreregisteret for motorvogners vedkommende (§ 3-17 tredje ledd). Uten en slik lovregel vil eieren ikke behøve å sikre

seg på noen spesiell måte for å beskytte sin rett i leierens konkursbo – eieren er jo en hjemmelsmann, og ikke en suksessor.

Annet ledd annet punktum i § 3-22 gjelder leieavtaler der det ikke er meningen at eieren skal bli eier av tingen etter et visst antall terminer, men der avtalen likevel «i realiteten tjener til å sikre et avhendelsesvederlag.» Dette er en paradoksal formulering. Siden leieren forutsetningsvis ikke skal bli eier, skjer det ingen avhendelse, og da kan det vel heller ikke være noe avhendingsvederlag å sikre. Nøkkelordene må da være «i realiteten». Det som fremstår som en leieavtale, er egentlig en annen type avtale, der det er et avhendingsvederlag å sikre.

Det ville vært å ønske at lovgiveren hadde fortalt oss hvilke forhold som i slike tilfeller skulle være mer avgjørende enn formuleringen av partenes avtale som en leieavtale (jf. Erik Røsæg: *Garantier eller fattigmanns trøst?* (Oslo 1992) s. 78–92). At en kan skjære igjennom proforma er banalt, og trengte ikke lovhjæmmel. Poenget med lovteksten må være noe mer (slik uttrykkelig Ot.prp. nr. 39 (1977–78) s. 63). Men alt lovteksten sier, er at en kan legge vekt på noe annet enn de faktiske forholdene slik de fremstår. Denne omdefineringen av faktum skal, etter en eller annen vurdering, være mer reell enn avtalen slik den fremstår. Men hva er realitet, og hva er fiksjon når det gjelder juridiske konstruksjoner?

Skoleeksempelet på hva som går inn under panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum, er en leieavtale der leiesummen blir drastisk redusert når kjøpesummen er dekket av innbetalte leieterminer. Men et slikt eksempel gir liten veiledning når loven skal anvendes på andre faktiske situasjoner.

I saken som Høyesterett vurderte, dreide det seg om såkalt restverdileasing. Leietakeren leide en bil i et visst antall måneder, med en månedlig leiesum. Leiesommene dekket ikke på noen måte bilens verdi. Etter leieperiodens utløp skulle bilen leveres tilbake. Leieavtalen kunne etter sin ordlyd ikke fornyes. Leietakeren hadde risikoen for bilen i leieperioden. Formålet med avtalen var klarligvis at leietakeren til stadighet skulle kunne disponere en relativt ny bil.

Et kompliserende moment var at

bilen i leieperioden ble eid av et finansieringsselskap. Dette selskapet hadde en gjenkjøpsavtale med leverandøren av bilen. At et finansieringsselskap var involvert, kan imidlertid neppe spille noen rolle for anvendelsen av reglene i § 3-22, jf. likestillingen mellom selgerfinansiering og tredjemannsfinansiering i panteloven § 3-14.

En slik restverdileasing ser for meg ut som en vanlig leieavtale, som uten videre har rettsvern i leietakerens konkurs. Dette førsteinntrykket tror jeg de fleste vil dele. Lagmannsretten mente imidlertid at finansieringsselskapets rolle liknet slik på finansieringsselskapets rolle i en vanlig leasingavtale at en ikke kunne bygge på førsteinntrykket. Det dreide seg iallfall ikke om såkalt operasjonell leasing – driften var det jo leietakeren som skulle stå for. Og uten at det sies eksplisitt, må lagmannsretten ha ment at det var uten betydning at leietakeren/kjøperen allerede da han fikk bilen hadde ordnet seg med salg tilbake etter en viss tid. I realiteten, mente den, var det her tale om sikring av et avhendingsvederlag.

Lagmannsrettens argumentasjon viser klart svakhetene ved lovens vurderingstema. Slik loven er formulert, kan det verken sies at det er riktig eller galt å legge vekt på om finansieringsselskapets rolle likner på den rollen finansieringsselskaper har ved salgspant i en vurdering av «realitetene». Det går heller ikke frem av loven hvilke likhetstrekk som eventuelt skal være avgjørende. Vi har simpelthen ingen tradisjon å bruke når vi skal vurdere om en synsvinkel på faktum er mer realistisk enn en annen.

Høyesterett klargjør at lagmannsrettens vurderingstema er galt, og det er det bare å ta til etterretning. Men Høyesterett selv gir ingen anvisninger på hvilke kriterier som skal være avgjørende for hva som skal anses som realiteten i denne typen avtaler. I stedet vises det til at det iallfall ikke var hele avhendingsvederlaget som skulle sikres ved denne leieavtalen, og at den allerede av den grunn ikke rammes av rettsvernkravet i panteloven § 3-17, jf. § 3-22 annet ledd annet punktum. Dette er oppsiktsvekkende, ettersom en vanlig salgspantavtale slett ikke sikrer hele avhendingsvederlaget. Det kreves som regel en viss kontantytelse.

Etter Høyesteretts kjennelse fremstår panteloven § 3-22 annet ledd annet punktum som minst like mystisk som før. Hvilken realitet skal en legge vekt på om en ikke legger vekt på avtalen slik den fremstår og praktiseres mellom partene?

Erik Røsæg

TINGSRETT

Regulering av festeavgift – kontraktsbestemmelse fra 1986. Høyesteretts dom av 30. januar 2001

Regulering av festeavgift gir opphav til en rekke problemer, ikke minst fordi variasjonsbredden for kontraktene er såvidt stor, især m.h.t. festeformål og varighet.

Vi har fortsatt mange festekontrakter som løper fra tiden før vi fikk en lovregulering av kontraktsformen – noen har reguleringsklausuler, andre har det ikke. For dem som ikke hadde reguleringsklausul, var spørsmålet om avtl. § 36 etter omstendighetene kunne bøte på det. Svaret ble ja i de to plenumsdommer i Rt. 1988 s. 276 (Røstad) og Rt. 1988 s. 295 (Skjelsvik): Oppregulering ble dekretert i samsvar med fallet i pengeverdien (grovt sagt i samsvar med konsumprisindeksen) – med fremtidig reguleringsrett hvert 10. år (Røstad) og hvert annet år (Skjelsvik).

Vår første helhetlige lovregulering fikk vi som bekjent med tomtefeste loven av 30. mai 1975 nr. 20. Den trådte i kraft 1. januar 1976, men slik at den i betydelig utstrekning ble gitt anvendelse også på eldre kontraktsforhold, jf. §§ 31–33.

Så fikk vi den nye tomtefesteloven 20. desember 1996 nr. 106, som også i meget vid utstrekning får anvendelse på eldre kontraktsforhold, både på kontrakter inngått før 1. januar 1976 (da 1975-loven trådte i kraft) og på kontrakter inngått under 1975-lovens regime. For 1996-loven har det vært en problematisk ikrafttredelsesprosess nettopp på grunn av muligheten for å regulere festeavgiften i eldre festeforhold, samtidig med bortfallet av de siste rester av den strenge prisregulering vi har hatt siden krigens dager. Resultatet ble en endringslov av 7. juli 2000 nr. 70 med et nytt § 15 annet ledd som innebærer at for festeavtaler eldre enn 27. mai 1983 kan avgiften

ved feste til bolig eller fritidshus ikke reguleres til et høyere beløp enn kr 9000 pr. da. Maksimumsbeløpet skal imidlertid reguleres i samsvar med konsumprisindeksens utvikling. Også med denne endring har det trukket ut med ikraftsettelse; i skrivende øyeblikk (april) antas det at loven blir satt i kraft fra 1. juli 2001.

I Høyesteretts dom av 30. januar i år dreide det seg om en festekontrakt på 99 år, inngått i 1970 og fornyet i 1986. Det dreide seg om et areal på 10 daa som skulle brukes som marina; formodentlig var det ikke feste i streng forstand (jf. definisjonen i lovenes § 1), men det var enighet om at tvistespørsmålet: regulering av festeavgiften skulle løses ut fra 1975-lovens regler. I kontrakten av 1986 var festeavgiften satt til kr 40 000 pr. år, men med bestemmelse om at grunnverdien og festeavgiften kunne reguleres hvert 10. år, første gang i 1995. Da regulering ble krevd, satte Bergen byrett den nye festeavgift til kr 120 000. Lagmannsretten var enig, men dens avgjørelse ble opphevet på grunn av manglende samsvar mellom premisser og slutning, jf. Rt. 1999 s. 106. Ved fornyet behandling kom lagmannsretten til samme resultat, og nærværende avgjørelse skyldes festerens angrep på lagmannsrettens annet overskjønn.

Angrepet var dels basert på uriktig saksbehandling – uklare domsgrunner. Dette førte ikke frem. Her skal bare nevnes at Høyesterett fastslår at skjønnsgrunnene skal «gjøre rede for det rettslige grunnlag skjønnet bygger på, og for faktiske omstendigheter og andre forhold av vesentlig betydning for avgjørelsen». Og videre, hvilket er det vesentlige: «Ved fastsettelsen av en festeavgift kan det ... i utgangspunktet ikke stilles strenge krav til skjønnsgrunnene.»

Det viktigste ved saken er Høyesteretts standpunkt til rettsanvendelsen. Det var hevdet at fastsettelsen beror på et skjønn (en rimelighetsstandard) som Høyesterett ikke kan overprøve. Men Høyesterett uttalte at prinsippene for fastsettelsen er en del av rettsanvendelsen som kan prøves.

Det var enighet om at utgangspunktet finnes i § 14 annet ledd som sier at ny festeavgift skal fastsettes i samsvar med «tomteverdet på reguleringstida». Høyesterett antar at bestemmelsen må suppleres med § 13 som angir prinsippene for første gangs fastsettelse av

festeavgiften: Avgiften må ikke settes høyere enn det som svarer til «ei rimelig avkastning av tomteverdet». Dette utlegges slik at bortfesteren skal «sikres det som ville ha vært en normal, rimelig avkastning av de verdier festearealet representerer, dersom arealet var blitt solgt og pengene plassert på annen måte».

Lagmannsretten hadde under hensyntagen til dagens aktivitet på eendommen satt grunnverdien til kr 1 400 000, hvilket med en avkastningsrente på 8,5 % avrundet gav en årlig avgift på kr 120 000. Det alminnelige rentenivå var av lagmannsretten antatt å være på 6 %. Den høyere avkastningsrente ble anvendt fordi det her dreier seg om en næringstomt.

Høyesterett sa at det var «feil rettsanvendelse å se hen til festearealet og den konkrete bruken av det ved fastsettelsen av festerenten når dette er hensyntatt ved fastsettelsen av tomteverdien». Skjønnet ble derfor opphevet.

Thor Falkanger

Fredning som naturreservat. Erstatning for areal- og kulturlandskaps-tilskudd? Høyesteretts kjennelse av 8. februar 2001, sak nr. 2000/1173

For Tjeldstø naturreservat på vel 1000 daa, opprettet ved kgl. res. av 1995, gjelder at beiting kan skje som tidligere, men området kan ikke utnyttes på en mer intensiv måte. Tiltak som kan endre de naturlige forhold – herunder gjødsling og bruk av kjemiske midler (f.eks. kalking) – er ikke tillatt.

Efter naturvernl. § 20 har grunneierne krav på erstatning for det økonomiske tap som fredningsvedtaket fører til. Tredje ledd har en reservasjon:

«Blir det ved erstatningens utmåling tatt hensyn til påregnelige fremtidige bruksendringer, skal det ved erstatningsfastsettingen ses bort fra offentlige tilskudd som i tilfelle gis til bruksomleggingen.»

Det såkalte areal- og kulturlandskaps-tilskudd – som dels er støtte til landbruksnæringen, dels bidrag til å opprettholde kulturlandskapet – faller ikke innenfor ordlyden i tredje ledd (jf. ordet «bruksomlegging»). Spørsmålet i saken var hvorvidt det likevel skulle sees bort fra tilskuddet ved

erstatningsutmålingen. Herredsretten tok tilskuddet i betraktning, mens lagmannsretten kom til motsatt resultat.

Høyesterett fant at forarbeidene ikke gav støtte for å unnta tilskuddet, og dermed ble spørsmålet om «reelle hensyn og formålsbetraktninger kan begrunne at det likevel henføres under tredje ledd». Dette besvares benektende, og konklusjonen blir derfor at «tredje ledd må tolkes i samsvar med ordlyden, og at det må være en lovgiveroppgave å vurdere om det skal gjøres ytterligere unntak».

Thor Falkanger

Bortfall av bruksrett i bygde- og statsalmenninger. Høyesteretts dommer av 9. februar og 19. mars 2001

Bruksrett i stats- eller bygdealmenning – det vesentlige element er idag ofte virkesretten – ligger til jordbruks-eiendommer. Almenningsretten er «et landbøkonomisk institut» (Rt. 1914 s. 35 på s. 37). Nøyaktig hvilke kriterier som må være tilfredsstillet for at en eiendom innen det bygdelag som almenningen ligger til, skal ha almenningsrett, har hyppig vært omstridt og mange ganger fått sin avgjørelse i Høyesterett. Særlig viktige er de såkalte Hadelandsdommene om bruksrett i flere bygdealmenninger på Hadeland, jf. Rt. 1914 s. 35–69. Eiendommer helt ned til 2 daa ble da tilkjent almenningsrett (Rt. 1914 s. 63). Senere har tendensen vært en skjerping av kravene, se især Rt. 1985 s. 62.

Vi har nylig fått to avgjørelser av Høyesterett som kort skal omtales.

Den første gjelder Gran Almenning, som er en bygdealmenning.

I bygdealmenningsloven av 1992 har vi regler om bortfall av almenningsrett, jf. § 2-6 første ledd som lyder:

«Bruksretten faller bort:

1. Hvis jordbruksdriften på eiendommen blir lagt ned, og
 - a) jorden tas i bruk til annet formål, eller
 - b) blir liggende nede i et sammenhengende tidsrom av fem år.
2. Hvis eiendommen ved frasal, annen frivillig avståelse, ekspropriasjon eller omdisponering mister sin karakter av jordbruk etter § 2-1 annet ledd.»

På bakgrunn av denne bestemmelsen foretok styret i Gran Almenning en gjennomgang av 101 eiendommer som var registrert i bruksrettsregisteret med areal mindre enn 5 daa, og konkluderte med at bruksretten var bortfalt for 59 av disse. Av de 59 eierne gikk 29 til sak; syv fikk medhold i herredsretten. To av dem som tapte, gav seg; de øvrige tilfeller ble innbragt for lagmannsretten som fant at 20 eiendommer hadde almenningsrett, men tapt for syvs vedkommende. Almenningen påanket avgjørelsen for de 20, og fikk medhold.

Høyesterett foretar en grundig gjennomgang av rettspraksis og lovforarbeider til § 2-6. Her nøyer jeg meg med å sitere følgende:

«Som allerede nevnt, må bygdeallmenningsloven § 2-6 første ledd tolkes i lys av de prinsipper for erverv, innhold og bortfall av allmenningsrett som er trukket opp i rettspraksis, og som jeg har gjort rede for. På denne bakgrunn er jeg uenig med lagmannsretten i at omdisponering i § 2-6 første ledd nr. 2 bare omfatter tilfeller hvor det har funnet sted fysiske endringer av eiendommen, og at det er tilstrekkelig til å beholde bruksrett at dyrkede arealer holdes i hevd. Slik jeg ser det, må en vurdering etter denne bestemmelsen gå ut på om eiendommen etter en samlet vurdering av beliggenhet, dyrket areal, bebyggelse og bruk fremdeles har karakter av jordbruk. Totalinntrykket av eiendommens karakter vil her være vesentlig. Vurderingen av om en eiendom tilhører jordbruket må – i samsvar med rettspraksis – skje ut fra forholdene i dag. Dersom en eiendom som har tilhørt jordbruket, nå i det alt vesentlige fremstår som en bolig- eller fritidseiendom, mener jeg den er omdisponert. Jeg mener således at omdisponering må fortolkes i lys av rettspraksis. Denne tolkningen etablerer ingen ny rettstilstand, men er en videreføring av tidligere rettspraksis, sist avgjørelsen i Rt. 1985 s 62.»

De eiendommer som her tapte almenningsretten, er små; den største har et totalareal på 6,8 daa, den minste ca. 1,8 daa; det dyrkede areal varierer fra 3,9 daa til ca. 0,5.

I tvilstilfelle er det berettiget å se hen til at en eiendom har hatt almenningsrett gjennom lang tid, men slik tvil forelå ikke for noen av eiendommene som idag har «klart preg av å

være rommelige villa- eller ferieeiendommer».

Sluttelig nevnes at det var anført at almenningsstyrets vedtak må være bindende, men Høyesterett godtok ikke dette idet «allmenningsrett følger direkte av loven, og ... et allmenningsstyre ... verken kan gi tilsagn om eller treffe beslutning om bruksrett ut fra noen vurdering av om dette er hensiktsmessig».

I den annen avgjørelse vedrørende Haltdalen statsalmenning var spørsmålet om eiendommen Lesethaugen hadde tapt virkesretten i almenningen fordi det ikke hadde vært jordbruksdrift på eiendommen i et sammenhengende tidsrom av fem år, jf. statsalmenningsloven av 1992 § 2-6 første ledd nr. 1 bokstav b, med samme ordlyd som bygdealmenningssl. § 2-6 (som er sitert ovenfor).

Lesethaugen er en eiendom på henimot 50 daa, hvorav 12 daa fulldyrket maskinjord. Restarealet har tidligere vært kulturbeite, men er nu gjengrodd med skog. Eiendommen var bebodd frem til 1993, og benyttes nu som fritidsbolig. Den dyrkede jord har fra midten av 1970-tallet vært leiet bort til naboer. Den løpende kontrakt gir eieren en inntekt på kr 1000 pr. år.

Da almenningstyret og Statskog fratok eiendommen virkesretten, anla eieren søksmål: Han tapte i herredsretten, men vant i lagmannsretten, hvilket Høyesterett var enig i.

Førstvoterende i en enstemmig Høyesterett fastslår først at han «finner det klart at eiendommen ved den endring som har skjedd etter at eierens egen jordbruksdrift opphørte, fortsatt har beholdt sin karakter av å være jordbruks-eiendom ... Ved siden av bruken, som jeg kommer tilbake til, er de sentrale momenter her omfanget av eiendommens dyrkede areal og dens beliggenhet ... Den dyrkede jorda ligger velarrondert i en sammenhengende teig, lett skrånende nordover mot Gaula, og den grenser inn mot jordbruksareal som tilhører andre bruk ... Eiendommen har dermed en helt annen karakter enn de eiendommer som Høyesterett behandlet i Rt. 1985 62 (Eidsvoll Almenning) og i dom avsagt 9. februar 2001 (Gran Almenning).»

Mht. bruken nevner førstvoterende en uttalelse fra forarbeidene om at «ren høstingsbruk» ikke bør være til-

strekkelig for at en eiendom skal kunne ansees å være i jordbruksmessig drift, og at driften ansees nedlagt når det ikke foretas «normal jordbearbeiding». I det foreliggende tilfelle var det drevet gressproduksjon uten oppløying av jorden. Dette var i samsvar med den driftsmåte som var utbredt i Haldalen, og førstvoterende gjengir med sin tilslutning bl.a. følgende fra lagmannsrettens dom:

«På grunnlag av de fremkomne opplysninger og med støtte i agronomens uttalelser finner lagmannsretten at jordbruksdriften på eiendommen Lesethaugen ikke kan anses for nedlagt i henhold til kriterier angitt i forarbeidene til ... § 2-6. Når det i anledning av grasproduksjon er foretatt arbeid og brukt midler til gjødsling, har det ikke dreid seg om ren høstingsbruk. I denne forbindelse er det grunn til å merke seg at det etter forarbeidene synes å være tilstrekkelig at beitemark gjødsles og hegnes. I forarbeidene er det ikke antydning hva det siktes til med jordbearbeiding. Etter lagmannsrettens mening kan det i alle fall ikke kreves mer enn hva som er nødvendig for lønnsom drift.»

Endelig: At eieren bare har en inntekt på kr 1000 pr. år, er ikke avgjørende. Hvorvidt de jordbruksmessige interesser ligger hos eieren eller hos andre, er uten betydning for eiendommens almenningsrett.

Thor Falkanger

BARNERETT

Frataskelse av foreldreansvar med sikte på adopsjon? Høyesterettsdom av 10. januar 2001, sak nr. 1999/376

Høyesterett kom i denne dommen under dissens 3-2 til at mor ikke skulle fratask foreldreansvaret til en syv år gammel datter som hadde bodd hos fosterforeldre fra hun var 16 måneder gammel. Det kan være verd å merke seg at begge de to kvinnelige dommerne mente at adopsjon burde finne sted.

Mor var i 1995 blitt fratatt omsorgen til en datter som da var ett år og tre måneder. Hun var noen måneder tidligere blitt fratatt omsorgen for sine to sønner på 2 og 4 år. Det var den gang klart at moren ikke var i stand til

å gi barna det stell og den omsorg de trengte. Etter kort tid var alle barna plassert i forskjellige fosterhjem. Moren fikk samværsrett med barna tre timer hver fjerde uke. Faren som var kommet til Norge som flyktning, hadde ikke del i foreldreansvaret, og hadde ikke hatt kontakt med barna siden våren 1996. Moren bragte fylkesnemndas vedtak inn for retten, men vedtaket ble opprettholdt både av byrett og lagmannsrett. Lagmannsretten reduserte samværsretten til tre timer hver annen måned. Dommen ble ikke påanket.

I 1997 fremmet kommunen sak for fylkesnemnda med tilråding om at moren ble fratatt foreldreansvaret for datteren, og at nemnda samtykket i at hun ble adoptert av sine fosterforeldre, subsidiært at samværet mellom mor og datter ble satt til to timer to ganger i året. Kommunen foreslo ikke frataskelse av foreldreansvaret for sønnene, men at også samværet med disse ble redusert til to timer to ganger i året. Fylkesnemnda traff vedtak i overensstemmelse med kommunens tilråding. Fylkesnemndas vedtak ble stadfestet både av herredsretten og av lagmannsretten. Moren fikk sitt fjerde barn i 1998, og var da gift med dette barnets far. Hun er senere blitt separert, og har siden få måneder etter fødselen bodd på et mødre hjem med det yngste barnet som hun har omsorgen for.

Førstvoterende fant at vilkårene for adopsjonssamtykke etter barnevernloven § 4-20 a og c var til stede; fosterforeldrene var skikket til å oppdra barnet som sitt eget, og det ville kunne føre til alvorlige problemer for datteren om hun ble flyttet. Det var heller ikke realistisk at moren ville kunne overta omsorgen for sine tre barn i overskuelig fremtid. I tillegg er det et vilkår at adopsjon vil være til barnets beste etter § 4-20b. Førstvoterende viste til tidligere rettspraksis som under henvisning til at et vedtak om tvangsadopsjon er sterkt inngripende og irreversibelt, krever at det må foreligge sterke grunner. I vurderingen av om adopsjonssamtykke bør gis, må det også ses hen til de krav som følger av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Førstvoterende henviste til saken *Johansen v. Norge* fra 1996 hvor det uttales: «I denne forbindelse må det finnes en rimelig balanse mellom barnets inter-

esse i å forbli i offentlig omsorg og foreldrenes interesse i å bli gjenforent med barnet. Ved denne avveiningen vil Domstolen legge spesiell vekt på hva som er best for barnet, noe som, avhengig av art og alvor, kan gjøre at foreldrenes interesser må settes til side.» Og noe senere sies det: «Slike tiltak bør bare anvendes i ekstraordinære tilfelle, og kan bare rettferdiggjøres hvis de er motivert av et dominerende hensyn («overriding requirement») til barnets beste.»

Førstvoterende legger til grunn at kravet etter norsk rettspraksis om at det må foreligge sterke grunner for å samtykke til adopsjon mot biologiske foreldres vilje, må forstås i lys av det som her uttales av EMD, især at slike tiltak bare bør anvendes i ekstraordinære tilfelle. I dette tilfellet var det hovedsakelig generelle erfaringssetninger som taler for adopsjon, men i varierende grad må slike generelle betraktninger måtte suppleres med spesifikke og individuelle forhold. Førstvoterende foretar deretter en konkret vurdering av om det er grunnlag for å gi samtykke til adopsjon i dette tilfellet, og han konkluderer med at det er vanskelig å fastslå med den nødvendige sikkerhet at det vil være til datterens beste at det blir gjennomført en adopsjon nå.

Flertallet kom videre til at samværsretten for alle barna skulle utvides til fire ganger i året med en varighet av tre timer hver gang. Det ble lagt vekt på at også samværsretten er vernet av EMK.

Mindretallet var enig med førstvoterende når det gjaldt mors rett til samvær med barna, men mente at fylkesnemndas vedtak om omsorgsfrataskelse og samtykke til adopsjon burde stadfestes. Mindretallet la vekt på at en adopsjon ville innebære en tilhørighet og trygghet for barnet i årene fremover, også etter myndighetsalderen når fosterhjemforholdet opphører. En adopsjon ville sikre at det vokser opp uten fare for at det blir reist sak om opphevelse av omsorgen. Etter mindretallets vurdering talte disse virkninger av adopsjon sterkt for at adopsjon ville være til barnets beste, og det fant at vilkårene for adopsjon etter § 4-20, tredje ledd var til stede. Etter mindretallets oppfatning ville samtykke til adopsjon heller ikke være i strid med EMK artikkel 8 når adopsjon, som i dette tilfellet, klart vil

være det beste for barnet. De la vekt på at målet om gjenforening som er utgangspunktet for EMDs prøving i denne typer saker, ikke var realistisk i denne saken.

Det fremgår av forarbeidene til barnevernloven at bestemmelsen i lovens § 4-1 om barnets beste innebærer at det ved anvendelsen av bestemmelsene om særlige tiltak ikke skal tas hensyn til foreldrenes interesser, og dette har hittil vært lagt til grunn av norske domstoler. Hvis man i denne saken utelukkende skulle ta hensyn til barnets interesser, er det etter mitt syn relativt klart at det burde vært gitt samtykke til adopsjon. Men spørsmålet må også vurderes i forhold til EMK, slik både flertallet og mindretallet har gjort. EMD uttaler i Adele Johansen-saken at det «må finnes en rimelig balanse mellom barnets interesse i å forbli i offentlig omsorg og foreldrenes interesse i å bli gjenforent med barnet ...» – en setning som går igjen i flere dommer. Dette er ikke i full overensstemmelse med norsk rett slik denne var før menneskerettighetsloven. Det uttales riktignok videre at Domstolen vil legge spesiell vekt på hva som er best for barnet, men EMD åpner altså for at også hensynet til foreldrene skal tillegges vekt. Nå ble ikke flertallets resultat i vår sak begrundet med morens interesser, men praksis ved EMD synes å vise at domstolen vil være mer forsiktig med å frata foreldrene rettigheter enn det som har vært norsk retts praksis tidligere (se også dommen referert nedenfor). Likevel må det være grunnlag for å si at det tolkningsresultat som følger av EMK, her ikke fremstår som «rimelig klart», jf. formuleringen i plenumsdommen fra i fjor (Rt. 2000 s. 996, se s.1007 flg.), og at man derfor i denne saken kunne ha bygget på norsk verdigrunnlag slik dette er kommet fram i lov og rettspraksis.

Lucy Smith

Samværsrett. Erstatning. Dom av 13. juli 2000 av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD), *Elsholz v. Germany*

En far var blitt nektet samværsrett med sin sønn, født i 1986, ved de tyske domstolene. Han hevdet for det

første at han var blitt diskriminert mot fordi barnet var født utenfor ekteskap, men fikk ikke medhold i dette. Han hevdet videre at det var skjedd et brudd på retten til familieliv etter artikkel 8 og retten til en upartisk og rettferdig rettergang etter artikkel 6.

Faren hadde levet sammen med moren fra 1985 til 1988 da hun flyttet ut med barnet. Faren så sønnen jevnlig fram til 1991, men etter dette fikk han ikke være sammen med barnet. Sønnen hadde uttalt til det stedlige «Jugendamt», som forsøkte å få i stand samvær, at han ikke ville treffe faren. Faren anla i 1992 sak for herredsretten med krav om å få fastsatt samværsrett, men kravet ble avvist under henvisning til at et samvær med faren ikke ville være til sønnens beste. Moren hadde også sterke motforestillinger mot at faren skulle få møte barnet, og disse motforestillingene hadde hun overført på sønnen. Retten hadde snakket med gutten, som ikke ønsket å møte faren som han hevdet var slem og hadde slått moren gjentatte ganger.

I 1993 begjærte faren en rettsavgjørelse om familierapi med ham og sønnen med sikte på å oppnå samvær. Ekrath Jugendamt anbefalte for retten at det ble innhentet en psykologisk ekspertuttalelse om samværsspørsmålet. Etter en muntlig forhandling i desember 1993 avviste imidlertid retten farens fornyede begjæring om besøksrett. Etter to lange samtaler med gutten kom retten til at det ville være en fare for hans utvikling hvis han ble tvunget til samvær med faren mot morens vilje. Retten fant videre at de faktiske forhold i saken var kommet fram på en klar og fullstendig måte, slik at det ikke var behov for en ekspertuttalelse. Faren anket avgjørelsen, men lagmannsretten (Wuppertal Landgericht) sluttet seg til herredsrettens avgjørelse. Domstolen fant at konklusjonen var så opplagt at det ikke var grunn til å innhente noen ekspertuttalelse. Den fant videre at det ikke var nødvendig å høre barnet eller de to foreldrene siden det ikke var noen indikasjon på at det ville komme fram opplysninger som ville være til farens fordel. Faren anket videre til forfatningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) hvor saken ble avvist med den begrunnelse at den ikke reiste prinsipielle spørsmål i forhold til grunnloven. Det var

heller ikke i strid med retten til «fair hearing» at han ikke hadde var blitt hørt personlig eller at hans krav om ekspertuttalelse var blitt avvist.

EMD fant at det forelå et brudd på retten til privatliv etter artikkel 8. Retten uttalte at den skjønnsmargin som innrømmes de nasjonale myndigheter vil variere etter sakens art og viktigheten av de interesser som er involvert. Spesielt i saker om omsorgsovertakelse innrømmes myndighetene «a wide margin of appreciation». Men, sier retten videre, når det dreier seg om ytterligere begrensninger, som f.eks. nektelse av samværsrett, og andre rettssikkerhetsgarantier for en effektiv beskyttelse av foreldres og barns rett til familieliv, er det behov for en mer inngående undersøkelse (stricter scrutiny). Slike ytterligere begrensninger medfører en fare for at familieforholdet mellom foreldre og barn kan bli effektivt redusert (effectively curtailed).

Domstolen gjentar deretter argumentasjonen fra Adele Johansen-saken (se om denne i dommen som er behandlet ovenfor) om at det må finnes en rimelig balanse mellom barnets og foreldrenes interesse, men slik at barnets beste må tillegges særlig vekt, noe som kan gjøre at foreldrenes interesser blir satt til side. Spesielt kan foreldrene ikke kreve at det treffes tiltak som kan skade barnets helse og utvikling. Domstolen foretar så en gjennomgang av de konkrete omstendigheter og konkluderer med at kombinasjonen av nektelsen av å høre en psykologisk ekspert og manglende muntlige forhandlinger i lagmannsretten (Landgericht), medførte en manglende deltakelse av klager i rettsprosessen. EMD kommer således til at de nasjonale myndigheter har overskredet sin skjønnsmargin, og derved krenket retten til familieliv etter artikkel 8. EMD kom også til at den rettslige prosessen sett under ett ikke tilfredsstilte kravet til en rettferdig og offentlig rettergang (fair and public hearing).

Klageren ble tilkjent erstatning for ikke-økonomisk skade og dekning av omkostninger i forbindelse med retts sakene i Tyskland og for konvensjonsorganene.

Resultatet i denne dommen er ikke spesielt oppsiktsvekkende. Men jeg synes at premisene på enkelte punkter er verdt å merke seg. Domstolen

følger opp tidligere dommer, særlig Adele Johansen-dommen, når den uttaler at det må finnes en rimelig balanse mellom foreldrenes og barnets interesser, men likevel presiserer at barnets beste må tillegges en særlig vekt. Forskjellen fra norsk rett før menneskerettighetsloven er at det uttrykkelig sies at også foreldrenes interesser skal tillegges vekt. Det er imidlertid etter mitt syn forbausende at domstolen regner som et mer inn- gripende tiltak at en far nektes besøksrett enn at omsorgen tas fra en eller begge foreldrene. Hvis nektelse av samvær kommer i tillegg til omsorgsfratakelse, vil dette være tilfellet, men ellers har jeg vanskelig for å se at saker om nektelse av samværsrett er av en mer alvorlig natur enn saker om omsorgsfratakelse, og at de nasjonale myndigheter skal ha en snevrere skjønnsmargin i samværsrettssakene.

Fire dommere dissenterter. De fremhevet at EMD kontinuerlig har fremhevet at de nasjonale myndigheter hadde de beste forutsetninger for å vurdere de faktiske forhold i saken foran dem, at de nasjonale domstolene skulle ha en vid skjønnsmargin, og denne marginen er enda bredere i saker som i hovedsak dreier seg om et barns velferd. I den konkrete saken var det mindretallets oppfatning at det ikke forelå noe brudd verken på artikkel 8 eller artikkel 6.

Lucy Smith

FAMILIERETT

Tidspunktet for verdsetting av bolig på felleseieskifte. Høyesterettsdom av 14. mars 2001, sak nr. 2000/1071

Tidspunktet som verdsettingen av eiendeler på felleseieskifte skal knyttes til, har vist seg å være en kilde til uenighet i mange skifteoppgjør. Med raske verdisvingninger i boligmarkedet kan spørsmålet ha stor økonomisk betydning. De færreste inngår uttrykkelig avtale om dette tidspunktet, og problemene forsterkes ved at de deklarasjonelle reglene om verdsettingstidspunkt i ekteskapsloven (el.) § 69 annet ledd kan forstås på flere måter. Høyesterett har nå tatt stilling til to sentrale tolkningsspørsmål i denne bestemmelsen.

En ektefelle har som hovedregel rett til å beholde eiendeler som vedkommende eier «fullt ut eller for det vesentlige», jf. § 66. Men bolig og innbo kan utlegges uavhengig av eierforholdene dersom det foreligger «særlige grunner», jf. § 67. Noen andre rene naturalutleggsregler ved felleseie finnes ikke i ekteskapsloven, og blir ikke ektefellene enige om fordelingen, gjelder derfor hovedregelen i el. § 71 om at eiendelene kan kreves solgt. Da legges salgssummen til grunn på skiftet. Når eiendelen overtas etter § 66 eller § 67, skal verdsettingen skje etter skiftetakst dersom de ikke blir enige om noe annet, jf. § 69 første ledd. Tidspunktet for verdsettingen er regulert i § 69 annet ledd:

«Når en ektefelle beholder eiendeler som han eller hun eier fullt ut, skal verdsettelsen knyttes til verdien på det tidspunktet som er nevnt i § 60. I andre tilfeller skal verdsettelsen ved offentlig skifte knyttes til verdien på utlodningstidspunktet, og ved privat skifte til verdien da det ble bestemt hvem som skal overta eiendelen.»

I denne saken inngikk ektefellene avtale i november 1996 under offentlig skifte om at ektemannen skulle overta boligen til markedsverdi, som skulle fastsettes etter en nærmere angitt prosedyre. Videre het det: «Gjennomføring av taksering og overtakelse av eiendommen bør skje så snart skiftetvisten mellom partene om skjevdeling er rettskraftig avgjort». Denne ble rettskraftig i november 1999, men ingen takst ble avholdt og ingen overdragelse ble formelt gjennomført. Hustruen hadde flyttet ut i februar 1997 – før den tid hadde de vekselvis bodd i boligen i forbindelse med praktisering av delt omsorg.

Selve tidspunktet som verdsettelsen skulle knyttes til ble altså ikke uttrykkelig angitt i avtalen. Mannen hevdet at det var markedsverdien på det tidspunktet da hustruen flyttet ut i februar 1997 som skulle legges til grunn, subsidiært tidspunkt for rettskraftig dom i november 1999. Hustruen hevdet at verdsettelsen skulle foretas etter markedsverdien på det fremtidige takseringstidspunktet.

Førstvoterende, med tilslutning av tre dommere, ga hustruen medhold. Da eiendommen var i sameie mellom dem, var det § 69 annet ledd annen setning som eventuelt skulle anvendes. Førstvoterende reiser i den for-

bindelse spørsmål om denne bestemmelsen ved offentlig skifte «er begrenset til naturalutlegg etter § 67, eller om den også omfatter naturalutlegg som bygger på avtale». Han peker på at lovens ordlyd («I andre tilfeller») klart trekker i retning av at avtaletilfellene omfattes, mens forarbeidene er uklare på dette punktet. Flertallet legger avgjørende vekt på ordlyden, og konkluderer med at bestemmelsen i § 69 annet ledd annet punktum «ved offentlig skifte omfatter alle tilfeller hvor en eiendel ikke overtas med hjemmel i § 66». (Merk for øvrig at eiendeler som overtas med hjemmel i § 66, men hvor ektefellen bare er eier «for det vesentlige» under enhver omstendighet omfattes av annet ledd annen setning.)

Noen vil kanskje stusse over at tolkningsresultatet anses for å være i samsvar med ordlyden, ettersom § 69 annet ledd om *tidspunktet* for verdsettelse naturlig kan sees som en videreføring av § 69 første ledd som omhandler selve *prinsippet* for verdsettingen (skiftetakst/omsetningsverdi). Og første ledd er uttrykkelig begrenset til å gjelde eiendeler som ektefellen «skal beholde etter § 66 eller overta etter § 67». For avtaletilfellene har vi dermed fått den litt underlige situasjonen at selve verdsettingen ikke er lovregulert i § 69, mens tidspunktet for denne verdsettingen er lovregulert. Men dette er i seg selv ingen stor innvending for det følger av sl. § 125 første ledd at skiftetakst kan kreves også når fordelingen av eiendeler beror på avtale, men de ikke har blitt enige om prisen. Det sentrale poeng er imidlertid at det som oftest ikke kan sies å være oppnådd enighet om hvem som skal overta, når partene ikke har blitt enige om prisen, jf. nedenfor. Man vil derfor måtte falle tilbake på lovens hovedregel om at hver av ektefellene kan kreve eiendelene solgt, jf. § 71.

Flertallet reiser dernest spørsmål om uttrykket «utlodningstidspunktet» i § 69 annet ledd er synonymt med den formelle «utlodning» etter skiftelovens kap. 6, og besvarer dette bekreftende. Under henvisning til bl.a. forarbeidene og rettspraksis konkluderer førstvoterende med at verdsettingstidspunktet skal knyttes til utlodningen, eventuelt en delutlodning hvor eiendelen blir utlagt. Mannen fikk således ikke medhold i

påstanden at hustruens utflytting kunne anses for et utlodningstidspunkt i denne saken – slik han for øvrig fikk i lagmannsretten.

Flertallet fant at avtalen fra november 1996 ikke innebar anvendelse av noe tidligere tidspunkt enn det som fulgte av loven. Siden verken taksering eller overtakelse var gjennomført, var det naturlig å anvende lovens deklarasjonsregel. I denne saken var det ikke skjedd noen utlodning, og hustruen fikk dermed medhold i sin påstand om at det var det fremtidige takseringstidspunktet som skulle legges til grunn ved verdsettelsen. Et mindretall på én dommer fant at avtalen var avgjørende, og tok dermed ikke standpunkt til tolkningsproblemer nevnt ovenfor. Hun ga mannen medhold i hans subsidiære påstand om verdsettingstidspunkt i november 1999.

Som medeier i huset hadde hustruen også krevd husleie fra det tidspunktet hun flyttet ut, dvs. februar 1997, jf. el. § 68. Høyesterett konstaterer at det ikke har skjedd noen overtakelse fra mannens side og hustruen fikk således medhold i husleiekravet.

Sluttkommentar: Etter mitt syn bør tidspunktet for verdsettingen ligge nær tidspunktet for det økonomiske oppgjøret, dvs. utlodningen ved offentlig skifte. Det sikrer den som ikke skal overta boligen et oppgjør i penger som har beholdt sin «nåverdi» på boligmarkedet, og det ligger da heller ikke inne noen stor spekulasjonsgevinst som kan friste til trenering av oppgjøret. I de aller fleste tilfellene vil det dessuten dreie seg om boliger som begge eier, og hvor det derfor er naturlig at begge nyter godt av verdstigningen fram til betaling har skjedd. Ulempen er at den som skal overta boligen først får vite den nøyaktige overtakelsestidspunktet sent i oppgjørsfasen.

Flertallets standpunkt om at § 69 annet ledd annen setning også omfatter avtaletilfellene, har også gyldighet ved privat skifte. Men lovens deklarasjonsregel vil nok ha en begrenset praktisk betydning. Tidspunktet når det blir «bestemt» hvem som skal overta, vil i de rene avtaletilfellene bety tidspunktet hvor partene inngikk bindende avtale om at den ene skulle overta. Dette må ikke forveksles med tidspunktet hvor det mer eller mindre løselig blir oppnådd enighet om at den ene – og ikke den andre – av

ektefellene som skal overta. Før partene har blitt enige om prisen (eller prinsipp/prosedyre for å fastsette prisen), kan bindende avtale om overtakelse normalt ikke anses for inngått. Dette spørsmålet var for øvrig også oppe for de lavere instanser i denne saken, idet mannen hevdet å ha inngått avtale på et enda tidligere tidspunkt. Skifteretten uttaler at den «finer det lite trolig at det er blitt inngått noen bindende løfte fra [hustruen] om [mannens] rett til boligen, uavhengig av hvilken pris man skulle legge til grunn. Når det ikke foreligger noen enighet om et så sentralt punkt, kan det vanskelig sies å være inngått noen avtale mellom partene». Den deklarasjonsregelen vil ha begrenset betydning i avtaletilfellene fordi «bestemt» må forstås som bindende avtale, hvilket normalt innebærer at prisen eller prisfastsettelse/takseringsmåte er avtalt. Har partene først en slik avtale, vil tidspunktet som verdsettelsen skal knyttes til normalt måtte finnes ved tolkning og utfylling av avtalen. Dermed skulle det bare helt unntaksvis være behov for noen deklarasjonsregel om verdsettingstidspunkt i avtaletilfellene, jf. også det spesielle forholdet i denne saken og hvor mindretallet ville forankre løsningen i en tolkning av avtalen. Flertallet uttaler for øvrig at dersom avtalen var blitt gjennomført, ville en naturlig tolkning være at takseringstidspunktet ble lagt til grunn for verdsettelsen.

Tone Sverdrup

Ny litteratur

Ny utgave av kommentar til ekteskapsloven

Første utgave av kommentarutgaven til Vera Holmøy og Peter Lødrup utkom i 1994. Den foreliggende andre utgave er betydelig utvidet, nå totalt 774 sider. I tillegg til ekteskapsloven er flere andre lover behandlet, som f.eks. lov av 4. juli 1991 om rett til felles bolig og innbo når husstandsfellesskap opphører og lov av 3. april 1993 om registrert partnerskap. Høyesterettspraksis er tatt med frem til mars 2001, for underrettsdommer ut år 2000. Første del – på 579 sider – omhandler ekteskapsloven. Andre del omhandler andre lover og tredje del er vedlegg i form av rundskriv og forskrifter.

Holmøy, Vera og Peter Lødrup:
Ekteskapsloven og enkelte andre lover med kommentarer. ISBN 82-417-1148-4, Gyldendal Akademisk, Oslo 2001, 775 s., kr 850

BOLIGRETT

Seksjonssameiers prosessuelle stilling. Rt. 2000 s. 1153

I Rt. 2000 s. 1153 er gjengitt en viktig avgjørelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg om seksjonssameiers prosessuelle stilling. Saken gjaldt et søksmål reist av et boligsameie mot to tidligere styremedlemmer med krav om erstatning for advokatutgifter de to i egenskap av flertall i sameiets styre skulle ha pådratt sameiet i strid med dets interesser. Et nyvalgt styre utpekte et styremedlem til å representere sameiet under rettssaken, da den valgte styreformannen var inhabil. Det ble derefter reist spørsmål om sameiet i en sak som dette overhodet hadde prosessuell partsevne, og om saken kunne reises av et utpekt styremedlem som ikke var styreleder. Kjæremålsutvalget besvarte begge spørsmålene bekreftende, og på en måte som gir avgjørelsen en større rekkevidde.

Når det gjaldt spørsmålet om prosessuell partsevne (prosessuell rettssevne) fant kjæremålsutvalget generelt, under henvisning til forarbeidene til eiersl. av 1997, til tidligere og nyere rettspraksis (herunder særlig Rt. 1992 s. 1636 og Rt. 1994 s. 360) og til reelle hensyn, at «et eierseksjonssameie har partsevne i saker som omfattes av styrets representasjonsrett». Til tross for uttalelser delvis i motsatt retning i lovforarbeidene og i juridisk litteratur (f.eks. i Hagen o.a.: *Eierseksjonsloven*. 1999 s. 305 flg.), må det etter dette anses avgjort at seksjonssameier vil ha alminnelig partsevne innenfor området angitt av eiersl. § 43 første ledd første punktum.

Saken gjaldt også videre spørsmål om *prosessdyktighet* og prosessuell *stedfortredelse*, dvs. om samordningen av de alminnelige reglene om dette i tvistemålsloven (kapittel 3, særlig § 42) med de spesielle reglene i eiersl. § 43 tredje ledd. Kjæremålsutvalget knyttet underforstått an til prinsippet bak tvistemålsloven § 42,

at seksjonssameier, som sammenslutninger, i den utstrekning de har retts-
evne/partsevne, også har alminnelig
prosessdyktighet (prosessuell handle-
evne), men at denne bare kan utøves
gjennom en stedfortreder eller prosess-
fullmektig. I forhold til dette gir
eiersl. § 43 tredje ledd første punktum
en hovedregel om styrelederen som
alminnelig legal stedfortreder. Et
praktisk spørsmål er imidlertid hva
som skal skje i tilfeller hvor en styre-
leder enten ikke er valgt, er inhabil
eller på annen måte ikke er tilgjenge-
lig. For et slikt tilfelle, hvor styreleder
ikke er valgt (til tross for reglene i
eiersl. § 38), sier annet punktum at
ethvert styremedlem kan saksøkes
med samme virkning som etter første
punktum. Men hva er regelen i andre
tilfeller? Lovteksten, støttet av for-
arbeidene innbyr her til en antitese,
i retning av at i andre tilfeller skulle
stedfortredelse ikke være mulig. I en
retning ble også en slik slutning truk-
ket i en tidligere avgjørelse av kjære-
målsutvalget i Rt. 1999 s. 251, som
gjaldt en begjæring om utkastelse
fremsatt av et sameie hvor styreleder
ikke var valgt. Kjæremålsutvalget
fant der, under henvisning til en
uttrykkelig uttalelse om dette i for-
arbeidene, at sameiet derfor ikke var
«kompetent» til å reise utkastelses-
saken.

I Rt. 2000 s. 1153 kom så altså et
nytt slikt spørsmål opp, denne gang i
et tilfelle hvor styreleder var *inhabil*.
Men i stedet for å bygge videre på
antitesen fra den tidligere avgjørelse,
valgte kjæremålsutvalget nå en løs-
ning mer i tråd med alminnelige prin-
sipp for sammenslutningers proses-
suelle stilling. Dette skjedde først ved
en utvidende tolkning av § 43 tredje
ledd annet punktum, i retning av en
regel om at styremedlemmene vil ha
passiv søksmålskompetanse også i
slike tilfeller (ved styreleders inhabi-
litet); samtidig som utvalget frem-
hevet at det ikke kunne «se at det er
reelle grunner som taler for motsatt
løsning i relasjon til *aktiv* søksmåls-
kompetanse». Praktisk sett tenkte kjæ-
remålsutvalget dette gjennomført ved
at styret her «må kunne oppnevne et
annet styremedlem som lovlig sted-
fortreder», etter regelen i tvml. § 42
(tolket utvidende).

Selv om det ikke ble sagt, må hen-
visningen til tvml. § 42 forstås slik at
det også vil være mulig i slike tilfeller

for et sameie å opptre gjennom en
utpekt prosessfullmektig som ikke er
lovlig stedfortreder.

En full anerkjennelse av seksjons-
sameier som mulige innehavere av
partsevne med prosessdyktighet etter
tvml. § 42, sammenholdt med de
øvrige regler om seksjonssameiers
prosessuelle stilling i eiersl. og i ret-
tergangslovgivningen, har visse
naturlige *videre konsekvenser* som
såvidt ble berørt i kjennelsen.

Først og fremst: Lovens system er
ikke til hinder for at det fremdeles er
mulig å la *samtlig* seksjonseiere stå
som saksøkere eller saksøkt, enten
etter vanlige regler om subjektiv
kumulasjon eller etter reglene i eiersl.
§ 43 tredje ledd tatt på ordet. (Et
eksempel på en tvist der Høyesterett
åpent anerkjente en slik partskonstel-
lasjon som mulig, og tilsynelatende
som likeverdig med en angivelse av
sameiet som part, gir Rt. 1994 s. 360.)
I såfall er det i prinsippet også mulig
å la *såvel sameiet som seksjonseierne*
opptre som saksøkere/saksøkt. Det
viktige med kjennelsen i fjor er at
Høyesterett nå bekrefter enda tydeli-
gere enn før muligheten for at *bare*
sameiet uten sameierne fremstår som
saksøker/saksøkt; men vel å merke
fremdeles med bibehold av reglene
om dette i § 43 (etter en utvidende/
presiserende tolkning av bestemmelse-
nen).

Det er naturlig å forstå eiersl. § 43
tredje ledd første punktum ikke bare
som en regel (indirekte) om partsevne
og om prosessuell representasjon,
men også om *rettskraft* (jf. formulering-
en «med bindende virkning for»).
Slik den står kan formuleringen
endog (om man ser tredje ledd ut fra
første ledd eller som knyttet til en
bestemt angivelse av personer) frem-
stå som en selvfølgelig forlengelse av
vanlige regler om dette. Men bestem-
melsen rekker lenger enn dette; bl.a.
ved at den forutsetter en mulighet for
bare å saksøke «styrelederen i sameiet
x» eller «sameierne i sameiet x ved
styrelederen», og samtidig oppnå
rettskraft overfor også unevnte sam-
eiere. Og om man med kjæremålsut-
valget anerkjenner en fri adgang
(innenfor § 43 første ledd) til å angi
sameiet som sådan som part, er det
klart at bestemmelsen blir en enda
videre regel, om *utvidet* (avledet) *sub-
jektiv rettskraft* ved rettsavgjørelser
mot seksjonssameier. (Jeg nevner at

en slik regel ikke finnes åpent lovsatt
for ansvarlige selskapers vedkom-
mende. Men den kan antakelig anses
forutsatt også der gjennom andre
regler, så som sel. § 2-4 eller tvfl.
§ 4-10 første ledd; se i denne retning
nå særlig Rt. 1995 s. 91. Standpunktet
og rekkevidden av det er likevel noe
omtvistet i juridisk litteratur; se Jo
Hov: *Rettergang III. Sivilprosess*.
Oslo 2000 s. 359 fig., med videre
henvisninger.)

Dersom en dom eller annet tvangs-
grunnlag mot sameiet har utvidet sub-
jektiv rettskraft, er det også naturlig å
innrømme en tilsvarende utvidet
(avledet) subjektiv *tvangskraft*. I en
sammenheng, ved såkalte alminnelige
tvangsgrunnlag (dommer, kjennelser
osv.) er dette også uttrykkelig angitt i
tvfl. § 4-10 annet ledd. Også på dette
punkt er kjennelsen i Rt. 2000 s. 1153
interessant, ved at det der uttrykkelig
sies at det er «primært et terminolo-
gisk spørsmål om saken skal anses
anlagt av eller mot styrelederen på
vegne av sameierne eller sameiet». Og
etter kjæremålsutvalgets mening
vil en dom være tvangsgrunnlag mot
den enkelt sameier «uavhengig av
hvilken løsning som legges til grunn»
(s. 1157).

I forlengelse av dette kan det for-
resten spørres om begrensningen i
tvfl. § 4-10 annet ledd til alminnelige
tvangsgrunnlag og til krav etter eiersl.
§ 24 er godt begrunnet. Etter min
mening kan mye tale for en utvidende
tolkning også her, ved at også særlige
tvangsgrunnlag f.eks. etter tvfl.
§ 13-2 tredje ledd omfattes av rege-
len; dette bl.a. fordi adgangen til å
komme med innvendinger under full-
byrdelsen her er svært vid, se tvfl.
§ 4-2 tredje ledd. Men det er ikke her
anledning til å drøfte dette spørsmålet
i detalj.

Et praktisk spørsmål som ikke
berøres i kjennelsen, men som likevel
er nærliggende å gå inn på i forlengel-
se av den, gjelder *hvilke personer som
skal anses som ansvarlige sameiere*,
dvs. som en rettsavgjørelse har retts-
og tvangskraft i forhold til. Spørsmå-
let kan komme på spissen ved *person-
skifte*, f.eks. i tilfeller hvor en seksjon
i sameiet skifter eier, enten etter gjel-
dens stiftelse men før domsavsigel-
sen; etter dette men før begjæring om
tvangsfullbyrdelse av den; eller i
løpet av tvangsfullbyrdelsen. Etter
tradisjonell lære ved fri eller «vanli-

ge» sameier, kunne mye tale for å la tidspunktet for (opprinnelig) gjeldspådragelse være det eneste avgjørende her, slik at en kreditor ikke i ettertid kan gjøre en ny seksjonseier ansvarlig for sameiets gjeld. (Se i denne retning bl.a. Hagen o.a.: *Eierseksjonsloven*. 1999 s. 188). Men det kan spørres om ikke prinsippet om utvidet retts- og tvangskraft, sammenholdt med grunnprinsippet i § 43 første ledd, bør tilsi en annen og enklere løsning. Om man tar de nevnte bestemmelsene på ordet, er det mest nærliggende å velge det standpunkt at en dom mot sameiet både er bindende for og kan tvangsfullbyrdes overfor den som *til enhver tid* fremstår som sameier; slik at det blir opp til sameierne selv å avgjøre hvordan de skal være ansvarlig seg imellom (som grunnlag for videre regresskrav osv.). Særlig i store («anonyme») sameier som er registrert i foretaks- eller enhetsregisteret gir dette også en løsning som er enklere for alle parter; bl.a. fordi en kreditor ikke vil få oppgitt de enkelte seksjonseiers navn ved henvendelse til disse registrene. Med en slik løsning vil man i realiteten også her nærme seg de prinsippene for eierskifte som er nedfelt i sel. § 2-30. Etter min mening kan mye tale for iallfall delvis å anerkjenne dette som en løsning også de lege lata for seksjonssameier, selv uten et slikt uttrykkelig lovgrunnlag som man for selskapenes vedkommende har i selskapsloven. Dette bør ikke bare gjelde for den viktige regelen i § 2-30 første ledd annet punktum første komma (prinsippet om at allerede trufne vedtak også er bindende for erververe), men også for reglene om ansvar *overfor tredjemann* i § 2-30 annet ledd første punktum og annet punktum (med forbehold for henvisningen til § 2-5 annet ledd annet punktum). Begrunnelsen vil her ikke først og fremst være en fri analogi fra § 2-30, men heller konsekvensbetraktninger som nevnt fra eiersl. § 43 og tvfl § 4-10 annet ledd. (Derimot antar jeg det fremdeles ikke er grunn for tilsvarende bruk av § 2-30 første ledds første punktum, eller for de mer positive reglene i tredje og fjerde ledd.)

Et annet spørsmål som kjennelsen heller ikke gir svar på, gjelder den videre angivelse av *rammen for styrets representasjonsrett* og derved også for sameiets mulige *partsevne*

og *prosessdyktighet*, etter eiersl. § 43 første ledd første punktum. Jeg antar at bestemmelsen på dette punkt må tolkes liberalt; ved at man anerkjenner som mulig gjenstand for representasjon ikke bare alle tiltak som hører inn under sameiets, styrets eller sameiermøtets myndighet etter forskjellige bestemmelser i loven, men også andre tilfeller hvor f.eks. sameiermøtet eller styret selv uttrykkelig eller stilltiende erklærer eller tidligere har erklært seg eller optrådt som kompetent til å behandle et visst spørsmål. Dette utgangspunktet (som også må suppleres med muligheten for bindende myndighetsoverskridelse etter fjerde ledd), innebærer bl.a. at det ikke bør være aktuelt for et sameie først å inngå en kontrakt med en tredjemann etter hovedregelen i første ledd, for derefter å erklære at dette ikke lenger er et fellesanliggende; og omvendt bør det heller ikke være mulig for en tredjemann som har inngått en avtale med sameiet, senere å hevde at sameiet likevel savner partsevne i tvisten. Forøvrig vil tolkningen av § 43 første ledd måtte bero bl.a. på en videreutvikling av andre spørsmål om seksjonssameiers helhetlighet; f.eks. om sameiets mulige og virkelige formål.

Med utgangspunkt i kjennelsen i Rt. 2000 s. 1153 kan det også stilles andre spørsmål om seksjonssameiers materielle rettslige og prosessuelle stilling, som det her ikke er anledning til å gå nærmere inn på. En del spørsmål er omtalt i Malt: «Kommentarer til eierseksjonsloven», *LoR* 2000 s. 412–428; se særlig s. 418–421. Som bakgrunn, se også *Nytt i privatretten* 1999 nr. 3 s. 15, og Falkanger: «Det tingsrettslige sameie i prosessuell lys», *JV* 2000 s. 205–228. Etter min vurdering er vi med Rt. 2000 s. 1153 kommet enda et skritt nærmere en erkjennelse av at seksjonssameier kan ha både rettssubjektivitet og en særlig prosessuell rettsstilling på linje med selskaper etter selskapsloven.

Gert-Fredrik Malt

Husleienemnd, takstnemnd og husleietvistutvalg

Prosess- og forvaltningordningen for husleiesaker er under utvikling i forhold til situasjonen slik den var under den gamle husleielovgivningen. Etter opphevelsen av Husleieretten i Oslo i

1989, fantes frem til 1999, foruten de alminnelige domstolene, bare en ordning med husleienemnder i Oslo og Trondheim, etter husleiereguleringsloven av 1967 (huslrgl.) kap IV. Med den nye husleieloven av 1999 (husll.) og nye regler i husregl. er dette i ferd med å bli forandret.

For det første er de eksisterende *husleienemndene* med en ny § 15 i huslrgl. gitt en utvidet kompetanse til også å behandle visse tvister om boligleie etter gammel husleielovs § 35 (og derved også til å behandle tvister med grunnlag i endringen av § 35 ved lov 31/3-2000 nr. 20), og dessuten, etter en bortgjemt regel i huslrgl. § 15 første ledd femte punktum, visse tvister om markedsleie og gjengs leie for bolig etter ny husll. § 3-1 og 4-3. Samtidig er det åpnet en adgang til å oppnevne egne husleienemnder for slike saker også i andre kommuner, etter huslrgl. ny § 17.

Det er også i husll. § 12-2 og huslrgl. ny § 14 gitt regler om adgang for partene i *alle husleieforhold* til å begjære visse tvister etter husll. §§ 3-1, 4-3 eller 10-5 og gammel lovs § 35, jf. § 39, avgjort av en *takstnemnd* (delvis i tråd med den ordningen man allerede har etter eierseksjonsloven § 16).

Husll. § 12-5 gir dessuten, sammen med huslrgl. ny § 16, hjemmel for opprettelse av egne husleietvistutvalg, som ledd i en forsøksordning i en eller flere kommuner. Et slikt utvalg er nå opprettet for Oslo med virkning fra 1.3.01 i henhold til Midlertidig forskrift 28/9-2000 nr. 1020 med endring ved Forskrift 7/2-2001 nr. 111 (om tidspunktet for ikrafttreden). Etter forskriften kan husleietvistutvalget behandle «tvister om leie av bolig i Oslo som omfattes av husleielovene fra 1939 og 1999»; noe som visstnok alt i alt innebærer at utvalget får en saklig myndighet svarende til Husleierettens etter gammel husll. § 51 første ledd første punktum, jf. § 52; dvs. omfattende også saker etter huslrgl. (Da det er tvilsomt om gjeldende lovbestemmelser hjemler en så vid kompetanse, har departementet i Ot.prp. nr. 45 (2000–2001) foreslått en «presisering» av § 12-5 på dette punkt, samtidig som den nye huslrgl. § 16 blir opphevet. Lovforslagene ventes å bli vedtatt i løpet av mai måned.) Såvel utleier som leietaker kan begjære utvalgsbehandling, mot

betaling av et saksbehandlingsgebyr. Forskriften inneholder ellers omfattende regler om utvalgets sammensetning, om innbringelse av saker for utvalget, om saksforberedelse, om mekling, saksbehandling og rettsvirkninger; bl.a. med en viktig regel om at både forlik og ikke domstolsanfektede utvalgsvedtak skal ha virkning som en rettskraftig dom; men slik at utvalgets vedtak kan bringes inn for herreds- eller byretten (uten forliksrådsbehandling) innen en måned. Forskriftene er på viktige punkter utformet etter sivilprosessuelt mønster; bl.a. med regler om avgjørelser ved uteblivelse (forskr. § 8 tredje ledd) og om gjenopptakelse (forskr. § 11). Forøvrig har utvalget selv, antakelig med rette, tatt det standpunkt at forvaltningsloven som utgangspunkt gjelder for behandlingen, men unntatt reglene om enkeltvedtak.

Det er opp til partene om de ønsker å benytte seg av de nye tvisteløsningsorganene, eller om de fremdeles vil gå den tradisjonelle vei med behandling i forliksrådet eller/og direkte søksmål. En følge av dette systemet er at partene i mange tilfeller vil ha *forskjellige veier å gå* med sikte på løsning av en tvist; riktignok slik at bordet vil fange idet et prosessveivalg foretatt av en av partene etter lov eller forskrifter binder den annen part og gir litispensvirkninger i forhold til andre former for tvisteløsning (se f.eks. inngående om dette i Husleietvistutvalgskriften § 13).

Det kan spørres om dette er en hensiktsmessig prosess teknisk løsning. Det er også spennende å se hvordan de nye mulighetene vil bli vurdert og benyttet av brukerne; f.eks. om forskjeller i saksbehandlingstid og gebyr vil slå ut i bruken. Behandlingen i husleienemnda er gratis, og likeså betales etter rettsgebyrl. § 10 nr. 14 intet rettsgebyr for de alminnelige domstolenes behandling av visse saker om leie; mens det for forliksrådsbehandling betales en gang rettsgebyret. For behandling i husleietvist-

utvalget betales to ganger rettsgebyret, dvs. pr. idag kr 1310. For bruk av takstnemnd betales en godtgjørelse etter bestemmelse av by- eller herredsretten, noe som vel forutsetter at prisen her lett vil bli høyere enn for de andre løsningsmåtene.

Ved henvendelse til de aktuelle organene har jeg fått vite at fra 1.1.2000 til ut april i år hadde Husleienemnda i Oslo behandlet kanskje 20 saker etter den nye huslrgl. § 15, alle om husll. 1939 § 35 og ingen om

husll. §§ 3-1 eller 4-3, mens Husleienemnda i Trondheim i samme tidsrom har hatt til behandling (uten avgjørelse) to saker om husll. § 3-1, men ingen ellers etter husll. 1939 § 35. Oslo Byrett har i samme periode ennå ikke oppnevnt noen takstnemnd etter husll. § 12-2 eller huslrgl. § 14. Husleietvistutvalget i Oslo har siden opprettelsen rukket å fremme til behandling syv saker.

Gert-Fredrik Malt

Nytt i privatretten

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

Hovedredaktør: Peter Hambro
Forlagsredaktør: Martin Hill Oppegaard

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

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Akademisk Forlag, telefon 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. Cappelen forlag a.s. 2001

Neste hefte kommer september 2001