

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for Privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området

Nr. 4/1999

KONTRAKTSRETT

Dansk høyesterettsdom om kontraheringsplikt, U 1999.604 H

I. Om kontraheringsplikt

En side av kontraktsfriheten er friheten til å unnlate å inngå kontrakter – kontraktsfriheten får på denne måten en «negativ» side. Hovedregelen i norsk kontraktsrett er at denne siden av kontraktsfriheten er reell, i den forstand at man vanligvis ikke plikter å inngå avtale. Som kjent foreligger det imidlertid en del uskrevne – og i noen grad også skrevne – regler som påleg-

ger den ene part en plikt til å inngå en kontrakt når den annen ønsker det. Kontraheringsplikt foreligger i første rekke for den som har en faktisk eller rettslig monopolstilling, som for eksempel bygdens eneste landhandel, Vinmonopolet eller NSB. Det samme kan være tilfellet når det er knapphet på varer og tjenester, for eksempel i krisetider, da det ofte utferdiges skrevne regler om kontraheringsplikt.

Spørsmålet om kontraheringsplikt kommer i praksis ikke sjelden opp i relasjon til medlemskap i og leveranser til foreninger og selskaper. Spørsmålsstillingen blir da om den medlemskapssøkende har rettskrav på opptak/medlemskap, jf. Woxholth, *Foreningsrett*, annen utgave, Oslo 1999, s. 135 flg. Utgangspunktet er også her at rettskrav på opptak i forening ikke kan gjøres gjeldende – foreningen står fritt til å avvise en opptakssøkende. Fra dette utgangspunktet må det gjøres enkelte unntak: Under visse omstendigheter vil den opptakssøkende ha et rettskrav på å bli medlem – foreningen har kontraheringsplikt.

Det lar seg ikke oppstille mer sjablonmessige regler for når slikt rettskrav på medlemskap foreligger. Det er i hovedsak avhengig av en avveining av hensyn i skjæringsfeltet mellom foreningsautonomien og normer som begrenser denne. Det som først og fremst kan tale for et rettskrav på opptak, er at den opptakssøkende rent faktisk har så stor interesse av medlemskapet at det må kunne sies å utgjøre en velferdssak for ham. Dette kan først og fremst synes begrunnet hvor hensynet til ervervsfriheten eller (andre) økonomiske forhold tilsier opptak, hvor foreningen forvalter et

monopoltilbud, varetar offentlige oppgaver eller hvor en kombinasjon av de nevnte forhold foreligger.

Hensynet til ervervsfriheten gjør seg særlig gjeldende ved søknad om opptak i arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner samt i bransjeforeninger og andre merkantile sammenslutninger. For opptakssøkende til slike organisasjoner vil et avslag kunne innebære ervervsmessig diskriminering, for eksempel redusert mulighet til å konkurrere med medlemmene og dermed eventuelt også redusert materiell velferd sammenlignet med disse.

Når det spesielt gjelder medlemskap i bransjeforeninger, er mulighetene for ervervsmessig diskriminering til stede i ulik grad avhengig av foreningens oppgaver, organisering, innflytelse m.v. Hvor det foreligger et reelt avhengighetsforhold mellom den medlemskapssøkende og foreningen, må opptak i slike foreninger likestilles med opptak i arbeidslivets organisasjoner og gi grunnlag for kontraheringsplikt. Dette vil først og fremst være tilfelle hvor foreningens arbeidsområde er en hel bransje, nasjonalt eller geografisk avgrenset til det område søkeren utøver næringsvirksomhet, og hvor medlemskapet er nødvendig for å drive virksomhet innenfor bransjen.

Bestemmelsen i konkurranseloven 11. juni 1993 nr. 65 § 3-10 gir en særskilt hjemmel for kontraheringsplikt ved opptak i bransjeforeninger. Bestemmelsen er en noe modifisert videreføring av den tidligere prisloven § 41. Den foreskriver i første ledd at: «Konkurransetilsynet kan gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger, dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å

Innhold nr. 4:

Kontraktsrett	s. 1
Erstatningsrett	s. 2
Konkurranserett	s. 7
Immaterialrett	s. 7
Opphavsrett	s. 7
Patentrett	s. 8
Varemerkerett	s. 9
Konkurs- og panterrett	s. 10
Tingsrett	s. 10
Familie- og arverett	s. 11
Adopsjonsrett	s. 11
Barnerett	s. 11
Arverett	s. 13
Boligrett	s. 13
Internasjonal privatrett	s. 14

begrense konkurransen i strid med formålet i § 1-1." Annet ledd bokstav b bestemmer at dette blant annet omfatter «vilkår, avtaler og handlinger som kan ... nekte ... medlemskap i sammenslutninger». Bransjeforeninger vil nemlig under gitte forutsetninger kunne karakteriseres som konkurranseregulerende sammenslutninger som utøver såkalt markedsrett, noe som kan utgjøre et hinder for «virkelig konkurranse» og «effektiv ressursbruk», jf. lovens § 1-1.

2. U 1999. 604

Den danske høyesterettsdommen inn tatt i U 1999.604 gir et bidrag til læren om kontraheringsplikt, og illustrerer hovedregelen: Det skal foreligge særlige forhold, for at det kan bli tale om å pålegge noen en slik innskrenkning i kontraktsfriheten som en kontraheringsplikt innebærer.

Saken gjaldt en kyllingprodusent som i en årrekke hadde hatt en muntlig avtale med et slakteri om levering av kyllinger til slaktning. Kyllingprodusenten hadde på et tidlig tidspunkt avslått slakteriets tilbud om å formalisere avtalen skriftlig. Kyllingprodusenten, som i løpet av årene hadde hatt avtaler med flere andre slakterier, ombestemte seg, men det samme gjorde slakteriet, som på grunn av manglende kapasitet nå ikke ønsket å avta produsentens kyllinger lenger.

Kyllingprodusenten gjorde gjeldende at slakteriet hadde en plikt til å oppta ham som medlem – slakteriet var organisert som et andelslag/forening med rett for medlemmene til leveranser. Kravet ble fremmet i form av erstatning, idet kyllingprodusenten krevde erstattet det tap han mente å ha lidt som følge av nektelsen av medlemskap.

Det ble vist til at slakteriet hadde en markedsandel på 60% og inntok en monopolistisk stilling som avtagere av kyllinger. Kyllingprodusenten anførte også at han ikke fikk avsatt sine kyllinger, fordi han ble boikottet av andre slakterier. Slakteriet viste til hovedprinsippet om at det gjaldt kontraktsfrihet og at de regler som i praksis hadde utviklet seg om kontraheringsplikt ikke gjaldt et tilfelle som dette. Det ble også vist til at kyllingprodusenten kunne få avsatt kyllingene annetsteds. Dansk høyesterett – som vanlig atskillig kortere i sin begrunnelse enn norsk – bemerker at

det ikke er grunnlag for å anta at det forelå en avtale om boikott av kyllingprodusenten. Retten uttaler at det er ubestridelig at kyllingprodusenten hadde en vesentlig ervervsmessig interesse i å finne avsetning for sin produksjon, men at han ikke av geografiske grunner var henvist å bare levere til det saksøkte slakteri. At slakteriet var organisert som et andelslag, kunne ikke i seg selv berettiget et rettskrav på opptak. Dette kunne heller ikke begrunnes i slakteriets betydelige markedsandel. Kyllingprodusentens krav om erstatning – bygget på et krav om kontraheringsplikt – fikk således ikke medhold.

Dommens resultat er ikke overraskende. For at det skal være begrunnet å gjøre unntak fra prinsippet om «negativ» kontraktsfrihet, må det foreligge mer tvingende grunner enn i dette tilfellet. Slakteriet hadde således hverken faktisk eller rettslig monopol, selv om dets markedsposisjon var sterk. Det må antas at dommen er i samsvar med norsk rett på området.

Geir Woxholth

ERSTATNINGSRETT

Produktansvar

EU-kommisjonen har den 28. juli 1999 fremlagt en grønnbok (Green Paper) om produktansvar. Formålet med grønboken er å gjennomføre en evaluering av direktivet om produktansvar, som har vært gjeldende siden 1985. Som kjent dreier det seg om et minimumsdirektiv, og den norske produktansvarsloven av 23. desember 1988 nr. 104 oppfylder direktivkravene.

Produktansvaret spiller en betydelig rolle i amerikansk rettspraksis. Inntrykket er imidlertid at EU-direktivet om produktansvar har hatt liten praktisk betydning i Europa, og også i land som har bygget sin lovgivning på direktivet, eksempelvis Japan og en del søramerikanske land. Dette kan neppe skyldes at produktsikkerheten er så mye større i Europa enn i USA. Det er heller grunn til å tro at de amerikanske reglene har incentiver til saksanlegg i produktskadesaker som

savnes i Europa. Det som kjennetegner feltet i USA er særlig at det på nærmere bestemte vilkår er adgang til å anlegge såkalt «Class Action», at advokatene har mulighet for å avtale honorarer som en prosentandel av det erstatningsbeløp som eventuelt blir tilkjent, og endelig at erstatningen kan gi betydelig kompensasjon for ikke-økonomisk skade. Selv om det siste element nok er atskillig overvurdert, er det ingen tvil om at de to førstnevnte forhold kan ha stor betydning, fordi det muliggjør en meget bredt anlagt sak på prinsipielt grunnlag mot store industrikonserner med det ressursforbruk dette kan innebære.

I Kommisjonens grønnbok antydes det flere endringer som kan overveies i gjeldende direktiv. Av disse skal særskilt nevnes:

- Endringer av bevisreglene for skade, årsakssammenheng og sikkerhetsmangel, slik at det presumeres
 - a) sikkerhetsmangel når årsakssammenheng og skade godtgjøres, eller presumeres
 - b) årsakssammenheng når sikkerhetsmangel og skade godtgjørelse.
- Endring i bevisfremskaffelsesreglene ved at produsenten må fremlegge alt materiale produsenten besitter (altså som i de amerikanske prosedyrer om "discovery"), og/eller at produsenten må betale for ekspertutredninger.
- Innføring av "Class Action" etter mønster av de amerikanske regler.
- Innføring av "Market Share Liability", altså en andel i skaden i forhold til den markedsandel produktet har. En slik regel vil eksempelvis kunne være aktuell der en sigarettreker er blitt påført skader ved sigarettbruk, men ikke kan godtgjøre at han har brukt ett bestemt merke.
- Opphevelse av unntaket for utviklingsskader. I motsetning til den norske produktansvarsloven § 2-1 er såkalte utviklingsskader, dvs. skader som det ikke var mulig å oppdage eller forutse på grunnlag av den vitenskapelig og tekniske viten som forelå på den tid da produktet ble satt i omsetning, unntatt fra direktivet. Etter den norske lov kan også utviklingsskader utløse et ansvar dersom produktet må sies å ha en sikkerhetsmangel. Vi har

ennå ikke noe eksempel på dette i Høyesteretts praksis. Rt. 1992 s. 64 gjelder et tilfelle av såkalte systemfeil, altså kjente bivirkninger av et produkt.

- Opphevelse av den absolutte foreldelsesfrist på 10 år, jf. produktansvarsloven § 2-7 (2).
- Innføring av ansvar også for selgeren, altså ikke bare for produsenten slik hovedregelen er i dag.
- Utvidelse av ansvaret til tingskader i næringsforhold.

Det er på denne bakgrunn et meget omfattende knippe av reformer Kommissjonen overveier. Planen er å frembringe en rapport innen utgangen av år 2000, som kan danne grunnlag for eventuelle endringer i direktivet.

Samtidig med denne prosessen pågår også implementering av EU-direktiv 99/34 av 10. mai 1999, hvor etter landbruksråvarer skal være omfattet av direktivet. Gjennomføringsfrist er satt til 4. desember år 2000. Den norske produktansvarsloven gjelder allerede for landbruksprodukter, slik at det hos oss ikke er nødvendig med lovendring.

I Europa pågår i øyeblikket en debatt om problemene knyttet til landbruksproduktene, som kan være av interesse også for norske forhold. Det er her særlig påpekt:

- At sektoren er regulert med omfattende offentligrettslig regelverk om sikkerhet etc. Slike offentligrettslige reguleringer kan være grunnlag for unntak fra det objektive ansvar, jf. produktansvarsloven § 2-2 litra c.
- At skadebildet ved sikkerhetsmangel i landbruksprodukter er svært forskjelligartet, fra mindre fysiske plager til alvorlige sykdomstilfelle.
- At bevisproblemene er meget store ved skade fra landbruksprodukter fordi produktet raskt brytes ned, og også ofte inngår sammen med andre produkter.
- At dersom direktivet utvides til å omfatte tingskader i næringsforhold, vil dette kunne få store konsekvenser for sektoren, idet skader på grunn av mangler ved dyrefôr har vært et ikke ubetydelig problem.
- Endelig er det påpekt at den økende kjededannelse innen varehand-

len på omsetningssiden som innebærer at kjedene setter sine egne varemerker eller lignende på produktene, vil kunne pådra kjedene et ansvar som produsent, jf. produktansvarsloven § 1-3 litra b.

Viggo Hagstrøm

Bruk av motorvogn

Bilansvarsloven § 2 første ledd bokstav a og § 4.

Høyesteretts dom av 9. september 1999

Sakens utgangspunkt var et innbrudd i Grue Sparebank, hvor minibanksafen ble stjålet. Tyvene hadde stjålet en hjullaster som tilhørte Statens vegvesen. Tyveriet skjedde ved at hjullasteren ble kjørt fra gaten og inn i veggen på bankbygningen. Dette medførte at minibanksafen løsnet, og den ble så fraktet bort. Den ble senere funnet skadet, men i uåpnet stand.

Skadene på bygningen og safen ble dekket av bankens forsikringsselskaper, som så søkte regress av Staten som selvassurandør, jf. bal. § 16 fjerde ledd. Det springende punkt i saken var om hendelsesforløpet var dekket av formuleringen: skade motorvognen «gjer», og i bekreftende fall om hjullasteren ved anledningen ble brukt til «anna enn køyredning», jf. bal. § 2 a første ledd.

Høyesterett kom under dissens 4-1 – i motsetning til flertallet i lagmannsretten – til at skadetilfellet ble omfattet av trafikksikringen. Førstvoterende slo innledningsvis fast at ansvaret etter bilansvarsloven ikke var begrenset til skader som voldes i trafikken. Det ble videre vist til at forarbeidene til bilansvarsloven presiserte at ansvaret omfattet den særlige «risiko som var knyttet til motorvognens fart, tyngde, lettbevegelse, motor, signaler og teknisk utstyr for øvrig». Det var disse faktorer som sto sentralt ved denne konkrete skadeforvoldelsen. Førstvoterende trakk også parallellen med Rt. 1980 s. 1061, Acrylballedommen. At den risiko for innbrudd og tyveri som følger av bankvirksomhet burde belastes bankens forsikringer og ikke trafikksikringen, fant førstvoterende ikke grunnlag for.

Peter Lødrup

Tap av forsørger

Spørsmål om fradrag for forsikringer m.v. etter skl. § 3-1 tredje ledd siste punktum.

Høyesteretts dom 24. september 1999, Hogstaddommen

Mens herreds-, by- og lagmannsretten jevnlig har en rekke saker om erstatning for tap av forsørger til pådømmelse, har ikke Høyesterett de siste vel tyve år avgjort noen sak om forsørgertaps-erstatning før dommen i Rt. 1998 s. 639, Bastrup. Denne dommen er nærmere omtalt av Syse, *LoR* 1998 s. 639 fig. Bastrupsaken gjaldt en rekke spørsmål i forbindelse med utmålingen av denne erstatningsposten, slik at vi nå har klarere retningslinjer for løsningen av slike tvister. En følge av Bastrupdommen var at en annen sak, Hogstadsaken, som var henvist til behandling av Høyesterett, ble forlikt hva angikk selve utmålingen av tapet. Partene var derimot uenige om i hvor stor grad forsikringer på til sammen 3 157 599 kroner (inkludert en gjeldsforsikring på 690 840 kroner) skulle redusere erstatningen for forsørgertapet. De etterlatte var to mindreårige gutter som hadde mistet begge foreldre ved en trafikkulykke.

Forliket gikk ut på at forsørgertaps-erstatningen til barna før fradraget for forsikringer etter skl. § 3-1 tredje ledd til sammen ble satt til 1 550 000 kroner (hvorav 150 000 kroner utgjorde renter). Høyesteretts oppgave var således å vurdere om, og i tilfelle med hvor meget, erstatningsbeløpet skulle reduseres på grunn av forsikringsytelsene. Det kan nevnes at barna i tillegg mottar løpende trygde- og pensjonsytelser i form av barnpensjoner på ca. 200 000 kroner pr. år.

Lagmannsretten hadde satt erstatningen etter et samlet fradrag for forsikringene på 500 000 kroner til henholdsvis 475 000 kroner for den eldste gutten og til 575 000 kroner for den yngste. I Høyesterett ble fradraget hevet til 700 000 kroner, slik at erstatningen ble redusert med 100 000 kroner for hvert av barna i forhold til lagmannsrettens avgjørelse. Dommen er avsagt under dissens, idet to dommere stemte for å stadfeste lagmannsrettens dom.

Førstvoterende, kst. dommer *Krüger*, som tilhørte mindretallet, redgjorde for en rekke av de forhold som

har betydning for spørsmålet om reduksjon av erstatningsbeløpet, og reduksjonens omfang. Disse vurderingene ble «i det vesentlige» tiltrådt av annenvoterende, dommer *Matningsdal*. Tredjevoterende, dommer *Bugge*, stemte som Krüger for at lagmannsrettens dom skulle stadfestes, og sluttet seg «langt på vei» til hans synspunkter for dette. Men han hadde enkelte prinsipielle, oppsummerende særbemerkninger. Dommerne *Rieber-Mohn* og *Aasland* stemte med *Matningsdal* for den ovenfor nevnte økning av fradraget i forhold til lagmannsrettens dom.

Det er ikke her plass for noen utførlig analyse av dommen og de ulike syn som ble gjort gjeldende. Men dommen gir meg følgende helhetsinntrykk:

1. Utgangspunktet for vurderingen er at «kan»-regelen i skl. § 3-1 tredje ledd siste punktum, skal brukes med forsiktighet. Den som har betalt for en trygghet for familien, bør ha krav på at de sikres den. At det er en erstatningsansvarlig bak forsørgerens død, skal ikke spille noen rolle – forsikringene skal da komme i tillegg til erstatningsbeløpet. At de etterlatte etter dødsfallet på grunn av forsikringene får en bedret økonomi er i seg selv ikke grunnlag for reduksjon – jeg er enig med dommer *Bugge* i at bruken av ordet «overkompensasjon» i denne sammenheng er lite heldig.

Men lovgivers intensjon om at det ved «betydelige forsikringsytelser» skal kunne skje et skjønnsmessig fradrag, ligger fast. Utgangspunktet er domstolens frie skjønn. Men med de retningslinjer denne dommen sammen med *Bastrupdommen* gir oss, er skjønnsutøvelsen nå gitt visse ytre rammer.

2. Dommen gir klar beskjed om at det er de samlede forsikringsytelser som danner grunnlaget for skjønnsutøvelsen, arten av den enkelte forsikring har mindre eller ingen betydning. Om vi står overfor en ulykkesforsikring eller livsforsikring er likegyldig (sparedelen av en livsforsikring skal dog ikke tas med i vurderingen). Om det er en sumforsikring eller en forsikring hvor ytelsen er basert på en tapsvurdering, spiller heller ingen rolle. Heller ikke gjeldsforsikringen eller de arbeidsgiverfinansierte forsikringene ble satt i noen særstilling. Det er, som dommer *Matningsdal* formulerer

det, «nivået på, og ikke arten av, forsikringsytelsen som er avgjørende.» Mot denne bakgrunn ble forsikringsytelsenes totale beløp lagt til grunn for fradragsvurderingen.

3. Et vesentlig moment som både flertallet og mindretallet trakk frem, var i hvilken grad forsikringsytelsenes bidro til en formues- eller kapitaloppbygging på de etterlattes hånd. Derimot ble det ikke ansett som relevant at barna hadde mistet begge foreldre, dette får imidlertid betydning for ansvarets omfang.

4. Både i denne dommen og i *Bastrupdommen* skjer vurderingen av fradraget med utgangspunkt i det totale tap (det vil si summen av de enkelte etterlattes tap) og forsikringsytelsen. Det skjer altså ikke en vurdering her i forhold til hver enkelt etterlatt. Antallet etterlatte får etter dette betydning for tapsutmålingen, som skjer individuelt, og ikke for det samlede fradrag.

5. Fradraget skjedde med utgangspunkt i *Bastrupdommen* hvor fradraget for forsikringer på vel 1,1 mill. kroner ble satt til 250 000 kroner, det vil si at ca. 21% av forsikringsytelsen ble trukket fra i erstatningsbeløpet. En sammenligning med nivået i *Bastrupsaken* medførte at flertallet ga et fradrag på 700 000 kroner. Dette gir omtrent den samme prosentvise reduksjon av erstatningsbeløpet i de to sakene – fradrag ble gjort «til omtrent samme forholdsmessige andel av forsikringsytelsen», som dommer *Matningsdal* formulerte det. Vi kan således konstatere at *Høyesterett* ikke la til grunn noen progressiv betraktning.

6. To av forsikringene på til sammen ca. 515 000 kroner var arbeidsgiverfinansierte. Som nevnt ble ikke disse satt i noen særstilling ved vurderingen. Slike forsikringer er særlig praktiske som ledd i en utvidet yrkeskadeforsikring, det vil si en yrkeskadeforsikring som er utvidet til også å omfatte «annen ulykkeskade». For slike forsikringer kan forsikringsgiveren forbeholde seg regress mot skadevolderen, jf. skl. § 3-7 nr. 3 og Rt. 1999 s. 711, *Bryggesådommen* (omtalt i *Nytt fra Privatretten* nr. 3/99). *Bryggesådommen* slo fast at hvor det var tatt regressforbehold, kunne regress gjøres gjeldende etter § 3-7 nr. 3. Bestemmelsen kunne ikke tolkes innskrenkende for disse tilfellene. For skadelidte hadde dette som

konsekvens at det beløpet skadelidte hadde mottatt under en slik forsikring, i sin helhet kunne trekkes fra i skadevolders ansvar overfor skadelidte. Men hvor regress ikke gjøres gjeldende, og det ble ikke gjort i denne saken, skulle man ikke stille det «regressutsatte» beløpet i noen særstilling: «Hvis da det regressberettigede selskapet unnlater å gjøre regress gjeldende, og dermed aksepterer at forsikringsbeløpet tilfaller skadelidte, har jeg vanskelig for å se at dette bør komme trafikksikreren til gode ved å øke «kan»-fradraget utover hva forsikringsbeløpets størrelse skulle tilsi».

7. Som det vil fremgå gjaldt uenigheten mellom flertallet og mindretallet om fradraget skulle være 500 000 eller 700 000 kroner av de samlede forsikringer på vel 3,1 mill. kroner, altså en forholdsvis beskjeden differanse ved så store forsikringsytelser. Nyansene – om man kan bruke et såpass beskjedent uttrykk – i de ulike voterendes syn kan neppe begrunnes. Det er vel heller ved den samlede skjønnsutøvelse at konklusjonen blir forskjellig. Men ved at flertallet knytter sitt resultat på sammenligningen med fradraget i *Bastrupsaken*, antar jeg at et nivå med fradrag på vel 20% av forsikringsbeløpet er lagt som normaleie for fremtiden. At mindretallet ønsket et mindre prosentvis fradrag enn i *Bastrupdommen*, kan tyde på at de ønsket å gi uttrykk for at fradraget generelt sett bør ligge på et lavere nivå.

Hvor den nedre grense bør ligge kan synes noe tvilsomt. Det er nærliggende å hevde at når de etterlatte i *Bastrupsaken* satt igjen med vel 850 000 kroner av forsikringsytelsen, bør man ikke i andre saker la de etterlatte sitte igjen med et mindre beløp. I begge disse sakene er det lite tvilsomt at de etterlatte har en betydelig bedre økonomi enn før forsørgerens død. Dilemmaet er om 950 000 kroner skal beholdes fullt ut, eller om det også her – som en tommelfingerregel – skal skje en reduksjon til ca. 850 000 kroner. Bør ikke utgangspunktet nå være at erstatningsbeløpet reduseres med ca. en femtedel av forsikringsytelsen, dog slik at skadelidte alltid skal sitte igjen med ca. 850 000 kroner av dem – basert på dagens kroneverdi? På den annen side er regelen i skl. § 3-1 tredje ledd en regel som overlater vurderingen til en fri

NYTT I PRIVATRETTE

Nytt i privatretten utgis av Institutt for Privatrett ved Universitetet i Oslo i samarbeid med Cappelen Akademisk Forlag. Formålet med utgivelsen er å holde leserne informert og oppdatert på viktige områder innenfor privatretten. Vi vil kommentere relevante dommer, gi informasjon om ny lovgivning, omtale viktige nye bøker og informere om konferanser og kurs. Vi vil konsentrere oss om rettsutviklingen i Norge og de øvrige nordiske land, men vi vil også ta med annet stoff der det er av særlig interesse.

Det kommer 4-5 utgaver av *Nytt i privatretten* i året. Et årsabonnement koster kr 350,-. *Nytt i privatretten* vil kun bli distribuert som abonnement.

Fyll ut den frankerte svarkupongen nedenfor! Du kan også bestille abonnement på telefon 2298 5825, telefaks 2298 5845 eller e-post caf@cappelen.no.

CAPPELEN
AKADEMISK
FORLAG



Jeg tegner herved årsabonnement på *Nytt i privatretten* for 2000 til kr 350,-

Jeg vil kjøpe 1999-årgangen (4 utgaver) til kr 250,-

Fakturaadresse:

Navn:

Firma/organisasjon:

Postboks/gateadresse:

Postnr./-sted:

Dato/underskrift:

Send inn den frankerte bestillingskupongen i dag. Du kan også sende bestillingen på telefaks 2298 5845, eller bestille på telefon 2298 5825.
E-post: caf@cappelen.no

Kan sendes
ufrankert
i Norge.
Adressaten
vil betale
porto

Svarsending

Avtalenr. 171210/215PB

Cappelen Akademisk Forlag
Sentrum
0109 Oslo

skjønnsutøvelse – den stiller «domstolene fullstendig fritt», som *Bugge* uttrykker det. Kriteriet fra motivene om at det må foreligge «betydelige forsikringsytelser», tolkes av *Krüger* dithen at 500 000 kroner etter dagens pengeverdi «muligens» kan gi «holdpunkt for hva» som utgjør dette. Hvor langt de øvrige dommeres tilslutning til *Krügers* votum også dekker denne uttalelsen, er jeg i tvil om. Men uansett finner jeg det vanskelig at man i praksis etter disse dommenes konklusjoner allerede på dette nivået kan redusere erstatningen.

8. I denne saken hadde barnas mormor straks flyttet hjem til dem, og brukt sine midler i den felles husholdning. Dette ble ikke tillagt betydning – hjelp fra noen innen familien kan hverken lede «til mer-erstatning eller fradrag», i *Krügers* ord.

9. Det kan nevnes at Borgarting lagmannsrett i en dom av 8. mars 1999 reduserte erstatningen med 300 000 kroner – de etterlatte var hustru og et barn på ett år. Forsikringsutbetalingene til hustruen utgjorde til sammen 1 808 300 kroner. Det samlede forsørgertapet ble satt til 1 748 000 kroner, som altså ble redusert med 300 000 kroner. Forsørgertapserstatningen på 1 448 000 kroner ble så fordelt med 2/3 på moren og 1/3 på datteren. Vi ser at fradraget her ble satt til ca. 17% av forsikringssummen. Lagmannsretten la til grunn at avdødes inntekspotensiale var 350 000 kroner pr. år, og at hustruens var 115 000 kroner pr. år.

Peter Lødrup

Nakkeslengskade - årsaksspørsmål

Høyesteretts dom av 5. oktober 1999, Inr. 51B, nr. 354/1997, Stokkedommen

1. En 45 år gammel kvinne ble i 1989 utsatt for en trafikkulykke. Ved ulykken pådro hun seg en nakkeslengskade. Tillatt prøvet for Høyesterett var bare spørsmålet om det forelå årsakssammenheng i forhold til kravet om erstatning for tap i fremtidig erverv. Tvisten gjaldt om skadelidtes uførhet, som var 100%, i sin helhet kunne føres tilbake til ulykken, eller om deler av uførheten ville ha inntrådt

selv om påkjørselen ikke hadde funnet sted. Skaden var en yrkesskade, og den ble av Rikstrygdeverket i sin helhet ansett som yrkesskade og uførepensjonen ble følgelig basert på de satser som gjelder for yrkesskader.

Byretten kom til at hele skaden skyldtes bilpåkørselen. Lagmannsretten fant at «Stokkes uførhet og tapte ervervsevne skyldes flere selvstendige samvirkende skadeårsaker, slik at ansvaret må deles», som det heter i dommen. Høyesterett kom til samme resultat som lagmannsretten, men med en annen begrunnelse. Førstvoterende, dommer *Rieber-Mohn* konkluderte, etter en nærmere gjennomgåelse av sakkyndigerklæringene, med at det var grunnlag for å legge til grunn «at Ellen Stokke ville ha blitt delvis ervervsufør selv om ulykken ikke hadde funnet sted, og jeg er blitt stående ved at hennes ervervsmessige uførhet ville ha blitt 50%». Én dommer, kst. dommer *Krüger*, dissenterte. Han mente – i et omfattende votum – at det måtte legges til grunn at bilpåkørselen var årsak til hele uførheten.

Høyesterett har nå i de siste to og et halvt år behandlet årsaksspørsmål i forbindelse med nakkeslengsskader i tre saker – foruten denne saken, Rt. 1997 s. 1 (Rossnes) og Rt. 1998 s. 1565 (Lie). Disse tre sakene gir oss, sett i sammenheng, en rekke signaler om det rettslige og faktiske grunnlag som bevisvurderingene i slike saker bør vektlegge. Den konkrete bevisvurdering er for en utenforstående vanskelig å vurdere – her vil det enkelte votum bare i begrenset grad kunne gjenspeile den dokumentasjon som fant sted for retten, og forhandlingene for øvrig. At denne vurdering kan falle vanskelig, bærer alle de tre sakene bud om, og ingen av dem er enstemmige.

2. I flere lagmannsrettsdommer – ankemotparten hevdet etter en «rikholdig lagmannsrettspraksis» – er det lagt til grunn at hvor skadelidtes tilstand skyldes flere selvstendige samvirkende årsaker, har retten pålagt delt ansvar mellom dem, se bl.a. RG 1998 s. 736 (Gulating). Hvis selvstendige samvirkende årsaker betyr at den del av skaden som holdes utenfor ansvaret likevel ville ha inntrådt om påkjørselen ikke hadde funnet sted, er resultatet juridisk holdbart. Men hvis selvstendige samvirkende årsaker betyr flere nødvendige betingelser, er det

lagt til grunn et fordelingsprinsipp som ikke har hjemstavn, med enkelte lovbestemte unntak, i norsk rett. Og dette er det vanlige innhold av ordene, se bl.a. Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II). Ved nødvendige betingelser er alle helt ut ansvarlige for skaden, og hvor én nødvendig betingelse er påkjørselen og den andre nødvendige betingelsen skadelidtes egne disposisjoner, kan det kreves full erstatning av bilens trafikksikrere, se nærmere bl.a. Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett* § 15 III. Det var derfor en viktig opprydning førstvoterende foretok da han tok fatt i lagmannsrettens begrunnelse i denne saken. Lagmannsretten hadde lagt til grunn «at Stokkes uførhet og tapte ervervsevne skyldes flere selvstendige samvirkende årsaker, slik at ansvaret må deles». Dette hadde til følge at lagmannsretten konkluderte med en «likedeling av årsaker med 50% til ulykken og 50% på de øvrige årsaksfaktorer». Dette blir galt hvis en del av uførheten ville inntrådt om bilpåkørselen ikke hadde funnet sted – den var da ikke årsak til hele tapet. Til lagmannsrettens syn bemerket førstvoterende at «Lagmannsretten bemerkninger tyder på at retten har foretatt en forholdsmessig oppdeling av erstatningsansvaret, noe som bygger på en uriktig forståelse av det rettslige årsaksbegrepet, jf. Rt. 1992 side 64.»

3. Etter dette ble sakens kjerne om «Ellen Stokke dersom ulykken ikke hadde skjedd, likevel ville ha blitt delvis ervervsufør.» Dette er den tradisjonelle spørsmålsstilling som tar utgangspunkt i betingelsesteorien i saker hvor det faktiske begivenhetsforløpet er uklart. Og som nevnt innledningsvis besvarte flertallet dette bekreftende. Men når likevel lagmannsrettens dom ble stadfestet, var det altså fordi flertallet fant at uførheten ville vært 50%, selv om påkjørselen ikke hadde funnet sted.

4. Denne saken er videre illustrerende for sentrale bevisbyrdespørsmål. Det er en grunnfestet regel i norsk rett at skadelidte har bevisbyrden for årsakssammenheng. Når en skadevolder påstår at skaden likevel ville ha skjedd, eller fått et mindre omfang, i det hypotetiske tilfelle at den påståtte skadevoldende handling tenkes borte, oppstår spørsmålet om også skadelidte har bevisbyrden for at dette ikke er tilfelle, eller om det på

dette punkt er skadevolderen som har bevisbyrden. Det er her en klar hovedregel at en part har bevisbyrden for sine innsigelser og anførsler, se *Lødrup* l.c. § 16 VIII, jf. senest Rt. 1997 s. 883 (på s. 887), Nessedommen. Og i nærværende sak erkjente Vesta, som var bilens trafikforsikrer, at skadevolder har bevisbyrden for at skadelidte ville ha utviklet en ervervs-messig uførhet uavhengig av ulykken. Og førstvoterende slo fast at «når en skadevolder anfører at den skade som foreligger, helt eller delvis ville ha oppstått uavhengig av den skadevoldende handling, må tvil på dette punkt ramme skadevolderen....».

5. I rettspraksis har man i stor grad brukt uttrykket «overveiende sannsynlighet» for å beskrive kravet til beviset og at bevisbyrden er oppfylt når det foreligger «rimelig sannsynlighets-overvekt» for årsakssammenheng. Jeg har vært av den oppfatning at disse formuleringer ikke innebærer annet enn at bevisbyrden må anses oppfylt når det er overvekt av sannsynlighet for et bestemt faktum. Også her feier denne dommen enhver tvil til side: «For ordens skyld presiseres at når man i juridisk sammenheng bruker uttrykket «overveiende sannsynlig», vil det vanligvis bety mer enn 50%...» Mot denne bakgrunn finner jeg bruken av ordet «overveiende» lite egnet, og synes at «sannsynlighetsovervekt» er et bedre valg.

6. Som nevnt innledningsvis hadde Rikstrykdeverket lagt til grunn at hele Stokkes ervervsuførhet skyldtes påkjørselen. Hun hevdet naturlig nok at dette måtte veie tungt ved bevisvurderingen og at det ville være uheldig med forskjellige resultater i trygdesaken og erstatningssaken. Denne anførsel ble imidlertid kontant avvist av førstvoterende: «Jeg kan ikke være enig i denne anførsel. Forsikringsselskapet var ikke part i trygdesaken. Årsaksspørsmålet har fått en bredere behandling i vår sak, ikke minst ved de oppnevnte og uavhengige nevrologisk sakkyndige.» Her ble det vist til de generelle uttalelser om bevisførselen som Høyesterett uttalte i «Lie»-saken, særlig på s. 1570-71.

Peter Lødrup

Ny litteratur

Peter Lødrups *Erstatningsrett* er kommet i ny 4. utgave. 3. utgave var fra 1995. I omfang er boken betydelig øket og er nå på nesten 600 sider. Rettspraksis er tatt med frem til oktober 1999.

Peter Hambro

KONKURRANSERETT

Privatrettslige virkninger

Privatrettslige virkninger av konkurranseretten fremstår for mange som et utforsket område. I Europa har debatten om privat håndhevelse av EFs konkurranseregler vært livlig i mange år, uten at dette har ledet til noe tilsvarende antall rettssaker. Det er derfor et viktig initiativ når forfattere gir seg i kast med emnet, og forsøker å trenge dypere inn i materien. Her skal to nye bøker omtales.

Clifford A. Jones konsentrerer seg om erstatningsansvaret. Innfallsvinkelen er engelsk- amerikansk, der mulige løsninger etter EF-retten holdes opp mot løsningene i amerikansk antitrust rett. Større deler av boken benyttes til forsøk på å rydde opp i den særegenske diskusjonen om hvilken «tort» konkurransereglene tilhører. Boken kan likevel være nyttig for norske jurister. EØS-avtalens innflytelse i privatretten er et forhold som bare blir mer og mer praktisk. Og erstatningsansvar for overtredelser av EØS-konkurransereglene er stadig et ubeskrevet blad. Boken inneholder interessante drøftelser både av rettstilstanden i EF, med interessante linjer til amerikansk rett som kan være vel verdt å utforske videre.

Emnet privatrettslige virkninger av overtredelser av konkurransereglene har også vært gjenstand for behandling i Torbjörn Anderssons kvalifiserende arbeid. Hovedproblemstillingen hans er EF konkurransereglens stilling i den svenske sivilprosessen. Underveis inneholder boken også drøftelser av materielle spørsmål, blant annet om mulighetene til erstatning etter henholdsvis EF-rettslige prinsipper og svensk rett. Andersson går også nærmere inn på rettsvirk-

ningene av ugyldighet etter konkurranseretten, herunder spørsmålet om restitusjon. Meget av dette er relevant for norsk rett etter EØS-avtalen.

Clifford A. Jones: *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, ISBN 0-19-826868-8, Oxford University Press, Oxford 1999, 308 s., £ 95.

Torbjörn Andersson: *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler*, ISBN: 91-7678-398-7, Iustus, Uppsala 1999, 532 s.

Erling Hjelmeng

IMMATERIALRETT

OPPHAVSRETT

Offentlig fremføring – avgift og vederlag

Kulturdepartementets høringsnotat om avgift og vederlag ved offentlig fremføring ble omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 3/1999. På grunnlag av høringsutkastet og merknadene i høringsrunden, fremmet departementet 5. november et forslag om endringer i åndsverkloven og fondsloven, som ble godkjent i statsråd samme dag (Ot. prp. nr. 15 1999–2000). Størst motstand hos høringsinstansene møtte forslaget om innføring av avgift ved fremføring i kringkasting av lydopptak som ikke er vederlagspliktige etter åndsverkloven § 45b (for eksempel lydopptak fra USA). Det ble anført at en slik avgift vil innebære en stor økonomisk belastning for kringkastingselskaper som allerede sliter med dårlig økonomi, og at det dessuten vil innebære en konkurransefor-skyvning innenfor kringkastingssektoren. Departementet fant imidlertid ikke å kunne legge avgjørende vekt på disse innvendingene, og opprettholdt derfor forslaget fra høringsutkastet.

Dom mot Irland

Irland er dømt for å ikke ha overholdt fristen for implementering av Direktiv 92/100/EØF om bl.a. utleie- og utlånsrettigheter (*Kommisjonen mot Irland*, C-213/98, ennå ikke i Sml.). Irland hadde påberopt at direktivet ikke kunne gjennomføres effektivt uten samtidig å foreta en mer omfattende revisjon av den irske åndsverk-

loven, hvilket ikke hadde latt seg gjennomføre innen tidsfristen. Etter fast praksis fra Domstolen kan imidlertid forhold i den nasjonale lovgivning ikke påberopes som grunnlag for manglende gjennomføring av direktiver, og Irland ble derfor dømt.

Are Stenvik

PATENTRETT

Internasjonal jurisdiksjon

Jurisdiksjonsspørsmålene i internasjonale patentsaker ble omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 2/1999. Som angitt der, reguleres spørsmålene om verne-ting og domsmyndighet av Luganokonvensjonen, dersom saksøkte er bosatt i en EU- eller EØS-stat, og det dreier seg om et internasjonalt rettsforhold. Oslo byrett har nylig avsagt en interessant kjennelse om tolkningen av konvensjonen i patentsaker (17. september 1999 i sak nr. 97-10690 A/25, *Sandtrade Ltd. og AB Sandvik Steel mot Tubacex Tubos Inoxidables SA*). Forholdet var at den sveitsiske innehaver av et norsk patent, og dennes svenske lisenstaker, gikk til sak mot et spansk selskap, med krav om erstatning og forbud knyttet til angivelig patentinngrep i Norge. Det spanske selskapet aksepterte at det hadde verne-ting i Norge for erstatningskravet (Luganokonvensjonen art. 5 nr. 3), men bestred at kravet om forbud mot fortsatt patentinngrep kunne reises her. Dette fikk det medhold i av Oslo byrett, som la til grunn at regelen om erstatningsverne-ting (deliktsverne-ting) ikke gir hjemmel for å ta med et krav om forbud i samme sak, og at heller ingen av de andre bestemmelsene i konvensjonen gir grunnlag for å fremme et slikt krav.

Luganokonvensjonen inneholder ingen alminnelig regel om objektiv kumulasjon, dvs. om adgangen til å bringe inn flere krav mot samme saksøkte i samme sak. Reglene i art. 6 gjelder subjektiv kumulasjon, dvs. adgangen til å fremme beslektede krav mot flere saksøkte i samme sak. Flere krav mot samme saksøkte må derfor som hovedregel følges ved saksøktes hjemting (art. 2). En eventuell anvendelse av de særlige verne-tingsreglene i art. 5 må vurderes for hvert krav for seg, hvilket fører til at objektiv kumulasjon utenfor hjem-

tinget bare kan skje dersom reglene i art. 5 peker ut samme domstol for de kravene som følges. I dette tilfellet var det som nevnt spørsmål om anvendelse av art. 5 nr. 3, som lyder: «En person som har bosted i en konvensjonsstat kan saksøkes ... i saker om erstatning utenfor kontraktsforhold, ved domstolen for skadestedet (det sted der skaden ble voldt eller oppsto).» Som begrunnelse for at regelen ikke omfatter forbudskrav, viste Oslo byrett til EF-domstolens dom i *Kalfelis v Bankhaus Schröder* (C-189/87, Sml. 1988 s. 5565): «I *Kalfelis*-saken fra 1988 uttalte EF-domstolen generelt at de særlige verne-tingsbestemmelser som ble oppregnet i artiklene 5 og 6, utgjorde avvik fra hovedregelen om at sak skulle anlegges der saksøkte hadde bosted, og at de som sådanne måtte fortolkes restriktivt. I den konkrete saken ledet det til at vedkommende nasjonale domstol bare kunne behandle krav om erstatning utenfor kontrakt, ikke (som i den saken) krav om erstatning for kontraktsbrudd eller tilbakeføring av urettmessig berikelse. – Retten finner det lite tvilsomt at EF-domstolens tolkning av konvensjonen må være en viktig rettskilde også i norske domstoler. ... På bakgrunn av EF-domstolens dom i *Kalfelis*-saken, må retten si seg enig med saksøkte i at artikkel 5 nr. 3 vanskelig kan sies å gi hjemmel for forbudssøksmål mot det spanske selskap i Norge. Som anført av saksøkte, synes dessuten et forbudssøksmål å ligge enda lengre fra ordlyden i artikkelen enn de søksmålsgrunnlag som ble avskåret i *Kalfelis*.» Konsekvensen av byrettens standpunkt blir at kravet om forbud må følges ved saksøktes hjemting, det vil i dette tilfellet si for spanske domstoler.

Det kan stilles spørsmålstegn ved byrettens tolkning av Luganokonvensjonen. Det synes nemlig tvilsomt om *Kalfelis* løser det spørsmålet en her står overfor. Spørsmålet i *Kalfelis* var om et *kontraktsbasert* krav kunne følges ved *deliktsverne-tinget* etter art. 5 nr. 3 (kontraktsbaserte krav er regulert i art. 5 nr. 1). I nærværende sak gjaldt det derimot to krav som begge var basert på *delikt*, nærmere bestemt et krav om kompensasjon for foretatt patentkrenkelse og krav om forbud mot fremtidig patentkrenkelse. Spørsmålet blir derfor ikke om kontrakts-

baserte krav kan følges sammen med deliktsbaserte krav etter art. 5 nr. 3, men om bestemmelsen bare omfatter selve *erstatningskravet*, eller også andre krav basert på delikt. Den norske språkversjonen taler for førstnevnte standpunkt. Hvis en derimot ser på den engelske versjonen blir svaret mindre opplagt; «in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred». Et krav om forbud mot patentkrenkelse synes dekket av det nokså omfattende kriteriet «matters relating to ... delict». Derimot kan det innvendes at uttrykket «the place where the harmful event occurred» passer mindre godt når det er snakk om å nedlegge forbud mot fremtidig inngrep. Det er imidlertid tvilsomt om dette bør tillegges avgjørende vekt. (Om det beslektede spørsmålet om art. 5 nr. 3 gir grunnlag for å fremme krav om negativ fastsettelsesdom, se *Hertz*, *Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention*, København 1998 s. 278–280.)

Videre kan det pekes på at reelle hensyn stiller seg nokså annerledes for det spørsmålet en her står overfor, enn for det spørsmålet som forelå i *Kalfelis*. Når en skadelidt, som i *Kalfelis*, skal følge krav som dels er basert på kontraktsgrunnlag og dels på deliktsgrunnlag, vil han som regel ha mulighet til å følge begge krav ved saksøktes hjemting. Dette vil derimot en patenthaver ofte være avskåret fra, fordi saksøkte kan gjøre gjeldende at patentet er ugyldig. Siden spørsmålet om ugyldighet hører inn under domstolen i det landet hvor patentet er meddelt (art. 16 nr. 4), må den fremmede domstolen antakelig avvise saken (art. 19) eller stille den i bero (art. 22), se nærmere *Nytt i privatretten* nr. 2/1999. Patenthaveren kan derfor bli avskåret fra å få prøvet hele sakskomplekset ved saksøktes hjemting, og i verste fall bli avskåret fra å få prøvet forbudskravet i det hele tatt.

Mot denne bakgrunn synes det iallfall ikke klart at byrettens kjennelse bør danne presedens. Det kan nevnes at andre norske domstoler har kommet til motsatt resultat, riktignok uten at spørsmålet eksplisitt ble drøftet (se RG 1996 s. 497, Agder lagmannsrett).

Krav om oversettelse av europeiske patenter er ikke i strid med EF-retten

BASF AG hadde anlagt sak mot tyske patentmyndigheter, med påstand om at det var i strid med EF-retten å kreve inngitt oversettelse til tysk av patent som var meddelt av Det europeiske patentverket (EPO) med virkning for Tyskland, jf. *BASF AG v Præsident des Deutschen Patentamts* (C-44/98, ennå ikke i Sml.). Det ble anført at kostnadene i forbindelse med oversettelser er meget høye, og at dette hindrer patentsøkere fra å oppnå beskyttelse innenfor hele Fellesskapet. Som en konsekvens blir Fellesskapet delt i to separate markeder; ett hvor oppfinnelsen er beskyttet, og ett hvor den ikke er det. En slik oppdeling kan medføre restriksjoner på samhandelen. EF-domstolen kom til at de restriksjoner som eventuelt kan oppstå, avhenger av konkrete og uforutsigbare beslutninger, som treffes av hver enkelt av de berørte næringsdrivende på bakgrunn av en vurdering av de økonomiske forutsetninger på de forskjellige markeder. Det måtte derfor fastslås at selv om oppdelingen kunne ha restriktive virkninger for de frie varebevegelser, måtte virkningene anses som alt for usikre og indirekte til å kunne betraktes som en hindring i art. 30 EFs forstand (nå art. 28 EF), jf. *Corsica Ferries France* (C-266/96, Sml. 1998 s. I-3949).

Are Stenvik

VAREMERKERETT

Parallellimport – ompakking

Det såkalte *ompakkingsspørsmålet* – spørsmålet om en parallellimportør kan pakke om importvarene og påføre originalprodusentens varemerke på den nye pakningen – ble omtalt i *Nytt i privatretten* nr. 3/1999. I en dom av 12. oktober 1999 (*Pharmacia & Upjohn SA v Paranova AS*, C-379/97) har EF-domstolen gitt ytterligere bidrag til klargjøring av disse spørsmålene.

Et av problemene som har voldt størst tvil, er om parallellimportøren kan *endre* varemerket i forbindelse med ompakking. Spørsmålet oppstår når originalprodusenten bruker ulike varemerker i forskjellige land, for

eksempel DALACINE i Frankrike og DALACIN i Danmark (som i dette tilfellet). I *Centrafarm BV v American Home Products* (C-3/78, Sml. 1978 s. 1823) fastslo Domstolen at parallellimportøren ikke kunne endre varemerket med mindre det kunne bevises at varemerkeinnhaveren hadde brukt ulike varemerker med det *formål* å foreta en kunstig markedsoppdeling. Dette sto i motsetning til den alminnelige regelen, som fulgte av *Hoffmann-La Roche v Centrafarm* (C-102/77, Sml. 1978 s. 1139), hvoretter det var tilstrekkelig at bruken av varemerket *bidro* til en kunstig markedsoppdeling. Rettsreglene har vært presisert og utviklet gjennom nyere praksis fra EF-domstolen, men uten at det har fremgått klart om denne utviklingen skulle få betydning for retten til å endre varemerket, eller bare for retten til å merke på nytt med samme varemerke. *Pharmacia & Upjohn v Paranova* klargjør dette spørsmålet: Vurderingen av om ompakking og ommerking lovlig kan foretas, skal følge de samme regler uansett om varemerkene er like eller ulike. Parallellimportøren kan derfor pakke om varene og påføre det varemerket som brukes i importstaten, dersom innehaverens bruk av varemerket *bidrar* til en kunstig markedsoppdeling. Det er altså ikke nødvendig at rettighetsinnehaverens *formål* har vært å dele opp markedene.

Ved vurderingen av om varemerkebruken bidrar til en kunstig markedsoppdeling, er det av særlig betydning om ompakking av varene er *nødvendig* for å omsette varene i importstaten (se nærmere *Nytt i privatretten* nr. 3/1999). Hva som nærmere bestemt ligger i nødvendighetskriteriet, har vært gjenstand for diskusjon. Også på dette punktet bidrar *Pharmacia & Upjohn v Paranova* til en avklaring: For at ompakking og ommerking skal være lovlig, må det kreves at tiltaket er *objektivt nødvendig*. Nødvendighetskriteriet vil være oppfylt dersom forbudet mot ommerking vil hindre parallellimportørens «effektive adgang til markedet» i importstaten. «Dette er tilfældet, såfremt bestemmelser eller praksis i importmedlemsstaten er til hinder for, at den pågældende vare bringes på markedet i denne stat under det varemerke, den er forsynet med i eksportmedlemsstaten. En sådan situasjon

foreligger, såfremt en forbrukerbeskyttelsesbestemmelse forbyder bruken i importmedlemsstaten af det varemærke, der benyttes i eksportmedlemsstaten, fordi det kan vildlede forbrugerne. – Derimod vil nødvendighedsbetingelsen ikke være opfyldt, hvis udskiftningen af mærket udelukkende kan forklares med, at parallellimportøren søger en kommerciel fordel» (premissene 43 og 44). Dommen synes på dette punkt å innebære en viss tilstrømming, slik at det ikke lenger kan anses tilstrekkelig som grunnlag for ompakking at parallellimportøren vil bli påført en konkurranseulempe ved å bruke originalemballasjen. Dermed kan det se ut til at det syn dansk Højesteret bygget på i *Bayer v Paranova* (se *Nytt i privatretten* nr. 3/1999), ikke lenger kan opprettholdes.

Velkjente varemerker – Kodakregelen

Etter varemerkelovens § 6 annet ledd – den såkalte Kodakregelen – har velkjente varemerker et utvidet vern. Regelen gjør unntak fra det alminnelige prinsippet om at et varemerke bare gir vern mot bruk på varer av samme eller liknende slag (§ 6 første ledd). Vilkåret for at varemerkeinnhaveren skal kunne påberope beskyttelse uten hensyn til vareslagslikhet, er at merket er «så velkjent og har en slik anseelse her i riket, at det ville bety en urimelig utnyttelse eller forringelse av dets anseelse (goodwill)» om det andre, likende kjennetegnet ble brukt av en annen.

Varemerkedirektivet (Rådsdirektiv 89/104/EØF, EFT L 040 (1989) s. 1) art. 5, 2 gir medlemsstatene adgang til å opprettholde et slikt utvidet vern, forutsatt at det varemerket det gjelder er «særlig kjent i medlemsstaten», og at det andre merket «utilbørlig utnytter [takes unfair advantage of] varemerkets særpreg eller anseelse eller er til skade for dette». EF-domstolen har avsagt en prejudisiell avgjørelse om tolkningen av denne bestemmelsen; *General Motors Corp. v Yplon SA* (C-375/97, ennå ikke i Sml.). Hovedpunktene i avgjørelsen er:

- For at et merke skal beskyttes må det forutsettes en viss kvantitativ kjennskap til merket i offentligheten, uten at det er mulig å tallfeste hvor stor andel av befolkningen eller kun-

dekretsen som må ha kjennskap til merket.

• Ved vurderingen av om merket er tilstrekkelig kjent, skal det tas hensyn til den del av offentligheten som merket er relevant for, når det ses hen til den vare eller tjenesteytelse merket er relevant for. Direktivets krav vil være oppfylt om merket er kjent av en betydelig del av den relevante omsetningskretsen.

• Det kreves ikke at merket er velkjent innenfor hele medlemsstatens territorium. Det er tilstrekkelig om merket er velkjent innenfor en vesentlig del av dette.

• Jo mer kjent og særpreget et merke er, desto lettere vil det kunne antas å foreligge en relevant skade eller utilbørlig utnyttelse.

Med det innhold varemerkedirektivets art. 5, 2 har fått ved EF-domstolens avgjørelse, synes det nokså klart at varemerkelovens § 6 annet ledd ligger innenfor direktivets rammer. Avgjørelsen nødvendiggjør derfor ingen lovendring eller noen endring av det som har vært lagt til grunn om tolkningen av § 6 annet ledd, se Stuevold Lassen, *Oversikt over norsk varemerkerett*, 2. utg. s. 327-331. Avgjørelsen vil likevel ha betydning for tolkningen av bestemmelsen, ved at den setter visse grenser for hvor liberalt den kan tolkes.

Are Stenvik

KONKURS OG PANTERETT

Prioritet for rentekrav

I Høyesteretts dom av 9. september i år klargjøres et spørsmål vedrørende panteloven § 1-5 bokstav b. Etter denne bestemmelsen har panthaveren prioritet for renter i to år før tvangsdekning begjæres. Noe annet kan avtales uttrykkelig, og etter rådende oppfatning også implisitt ved at det brukes en gjort obligasjon. Renteprioriteten etter bestemmelsen er sikret også om maksimalsummen for pantkravet overskrides (panteloven § 1-4).

I saken som sto for Høyesterett var tvangsdekningen avbrutt av en mellomkommende tvungen gjeldsordning, og tvangsdekning ble på nytt begjært da gjeldsordningen ble mis-

ligholdt. Høyesteretts flertall avgjorde at prioriteten etter § 1-5 skulle regnes fra den andre begjæringen, og ikke fra den første. Dette er godt i samsvar med ordlyden i bestemmelsen, som uttrykkelig krever at tvangsdekningen gjennomføres.

Mindretallet, justitiarius, fant ikke ordlyden avgjørende. Han mente at risikoen for en mellomkommende gjeldsordning «mest naturlig bør ligge hos den långiver som har ytet den mest risikofylte kreditt,» altså de usikrede kreditorer. Dette tilsa at en tolket bestemmelsen på den for panthaver gunstigste måte, dvs. at toårsfristen ble regnet fra den første begjæringen om tvangsdekning. Mindretallets risikosynspunkt synes overraskende tatt i betraktning at panthaveren lett kunne ha sikret seg bedre i sin avtale, og at bestemmelsen nettopp er satt til et vern av de kreditorer som er dårligere sikret enn panthaveren.

Erik Røsæg

Ny litteratur

Kåre Lilleholt: *Godtroerverv og kreditorvern* er kommet i ny utgave. ISBN 82-00-12951-9, Universitetsforlaget, Oslo 1999, 280 s., kr 298,-.

Erik Røsæg

TINGSRETT

Det tingsrettslige sameie: Flertallsvedtak og prosessuelle posisjoner.

Rt. 1999 s. 146

1. Det tingsrettslige sameie forekommer i mange varianter – m.h.t. objekt (fast eiendom, løsøre, osv.), men ikke minst m.h.t. forholdet mellom sameierne (jf. feriestedet eiet av familien contra forretningsbygget som sameierne driver sine virksomheter fra) og m.h.t. graden av inngrep med tredjemenn (kanskje så omfattende at man passerer grensen til det ansvarlige selskap). Når reglene i sameieloven av 18. juni 1965 er kortfattede, må de nødvendigvis være temmelig generelle, slik at det er all oppfordring til å regulere forholdet mellom sameierne nærmere ved avtale (jf. sameiel. § 1

annet ledd om at loven viker for motstående avtale). Forholdet til tredjemann lar loven i det alt vesentlige stå åpent.

2. Avgjørelsen i Rt. 1999 s. 146 om Sameiet Strøm Skog – et kjøremål behandlet av Høyesterett etter reglene om ankesaker – klargjør viktige spørsmål om flertallsvedtak og sameiets prosessuelle posisjon i forhold til tredjemann.

Sameiet er et typisk tingsrettslig sameie: Ca. 1.800 da skog, eiet av fire sameiere, hvorav A med 65%, uten særlige vedtekter og uten eget styre. En mindre del – 40-50 da – var ved enstemmig beslutning leiet bort til Drammen Slalåmklubb (DSK). I 1994 oppsa As rettsforgjenger leieforholdet på grunn av mislighold av leiebetalinger, hvilket ble fulgt opp av A med forliksklage i april 1997. Da forliksrådet frifant DSK, anket A til byretten i mai 1997. Under et sameiemøte i september 1997 stemte A for anke, de øvrige var imot. I byrettens dom av november 1997 ble forliksrådets dom opphevet og saken avvist fordi det ikke forelå et flertallsvedtak bygget på forsvarlig saksbehandling. Lagmannsretten stadfestet; flertallet kunne treffe avgjørelse om hevning, men saksomkostningsrisikoen gjorde at flertallet ikke var berettiget til å anke, jf. sameiel. § 4 annet ledd om «urimeleg kostnad».

3. I Høyesteretts kjennelse tar dommer Aarbakke, med tilslutning av de øvrige fire, først standpunkt til endel sameierettslige spørsmål. En forutsetning for at A skal kunne reise søksmål om at DSK skal fravike leieforholdet, er at det foreligger et gyldig flertallsvedtak. I motsetning til lagmannsretten fant han det bevist at slikt vedtak ble truffet i møtet i september 1997, og han uttaler at flertallet har kompetanse til å treffe slikt vedtak i medhold av sameiel. § 4 første ledd, selv om inngåelsen av kontrakten krevet enstemmighet. Videre sies det at det var tilstrekkelig at vedtaket forelå før saken ble opptatt til doms i byretten. Til DSKs videre innvending om at sameiel. § 4 annet ledd måtte føre til et krav om enstemmighet på grunn av risikoen for å bli ilagt saksomkostninger, sa førstvoterende at denne regel skal verne sameiere og kan ikke påberopes av sameierne motpart i et kontraktsforhold.

4. Dermed var dommer *Aarbakke* fremme ved de prosessuelle spørsmål. Han fastslår at det er sikker tradisjon for at «et alminnelig sameie ikke som sådant kan være part i en sivil tvist», og Strøm Skog er «et typisk alminnelig sameie»: uten sameieavtale, uten vedtekter, uten noen etablert organisasjon, uten noen fellesformue utenom selve eiendommen.

Avvik fra dette kan være hjemlet i lov, jf. eierseksjonsl. § 43, men også rettspraksis har godtatt at et sameie kan ha en begrenset (relativ) parts-evne, og førstvoterende omtaler tre avgjørelser:

(i) Rt. 1995 s. 194 (Hatleberg studenthjem) der et løst fellesskap som skulle vareta felles velferdstiltak, ikke ble ansett å ha partsevne i søksmål om gyldigheten av vedtak truffet av pristilsynet.

(ii) Rt. 1988 s. 1161 (Majorstuen Kirurgiske Poliklinikk) der et legefellesskap ansås å ha partsevne i søksmål om gyldigheten av en oppsigelse av husleiekontrakten for klinikken.

(iii) Rt. 1992 s. 1668 (Vassendenprosjektet) der et fellesskap med sikte på å få et tettsted til «å blomstre» – med seriøse organisasjoner bak, med en utbygget, hensiktsmessig organisasjon, med ordnet økonomi og godkjennelse av kommunen som også hadde bevilget penger – ble ansett å ha partsevne i forhold til X, til håndhevelse av en kontrakt som X selv hadde inngått med fellesskapet.

5. Ut fra de prinsipper som kan utledes av disse avgjørelser, kunne Strøm Skog ikke ha partsevne. Det videre spørsmål ble derfor hvorvidt A ved flertallsvedtak kan tvinge mindretallet til å være parter, med A som rettslig representant eller prosessfullmektig. Førstvoterende peker her på at det neppe er tvilsomt «at et flertallsvedtak i et sameie kan forplikte mindretallet til å bli parter i en kontrakt som gjelder sameiet». Men i forhold til tredjemann vil en slik kontrakt bare «stifte reelle rettigheter og forpliktelser knyttet til deres andeler i sameieeiendommen» (s. 154).

6. Dette siste er utledninger fra sameielov og forarbeider som ikke har vært foretatt tidligere, og konsekvensene av dette syn er ikke presisert i avgjørelsene. For forpliktelses-siden må det for eksempel innebære at dersom kontrakten brytes slik at tredjemann har et erstatningskrav, vil

kravet være sikret ved legalpant i mindretallssameierens part. Og legges det til grunn at sameierne normalt hefter proratarisk, skulle det vel si at legalpantet dekker en del av gjelden svarende til vedkommendes brøk i sameiet. Tvangsinndrivelse av legalpantet vil forutsette at tredjemann har et alminnelig tvangsgrunnlag, typisk dom overfor mindretallssameieren; noen analogi fra tvangsl. § 410 er det ikke plass for. Hva som ligger i at mindretallets rettigheter er «knyttet til deres andeler», er det ikke helt enkelt å svare på.

7. Som en forlengelse av de synspunkter som er antydnet i 5 ovenfor, kom dommer *Aarbakke* til at A som flertall var berettiget til å fremme søksmål i eget navn og for egen regning om fravikelse av sameieeiendommen. Herved kan mindretallet pådras reelle forpliktelser knyttet til sameieandelen, herunder rettskraftvirkninger. Skulle A tape med saksomkostninger, vil mindretallet således ikke få noe personlig ansvar; førstvoterende henviser her til flere saksomkostningskjennelser fra beslektede fellesskap.

8. Flertallet vil kunne kreve refundert omkostninger som er pådradd ved søksmålet, men – sier dommer *Aarbakke* – «regresskravet vil ligge innen rammen av sameieloven §§ 8 annet ledd og 9 første ledd». Altså noe forenklet: Regress svarende til sameiebrøken.

Men karakteren av dette regresskravet klargjøres ikke. I forhold til tredjemann er det et pantsikret krav uten personlig ansvar. Ved utarbeidelsen av sameieloven ble en pantsikret regressordning forkastet, og det skulle tyde på at den regress førstvoterende taler om, må være begrenset til et personlig ansvar.

9. Avslutningsvis reiser førstvoterende spørsmålet om det er grunn til å gå et skritt videre og la flertallet kunne reise søksmål i samtlige sameieres navn, altså påtvinge mindretallet partsstilling. Dette besvares benektende utfra en generell vurdering av omkostningsrisikoen.

10. Resultatet ble at saken ble hjemvist til byretten, med A som sak søker i eget navn og for egen regning, men altså i siste omgang med regressmulighet overfor mindretallet.

Thor Falkanger

ADOPSJONSRETT

Det er ved lov 11.6.99 nr. 38 gjort endringer i adopsjonsloven med hensyn til formidling av adopsjon. Endringene trer i kraft 1.12.99. Barne- og familiedepartementet arbeider med en total gjennomgang av retninglinjene for adopsjon, og de nevnte lovendringene vil bli omtalt i forbindelse med dette senere.

Kirsten Sandberg

BARNERETT

Nytt høringsnotat om underholdsbidrag til barn

Barne- og familiedepartementet har kommet med et nytt høringsnotat med forslag til endringer i barnebidragsregelverket, forskotteringsloven m.v., av 28.6.99. Høringsfristen var 1.10.99. Forslaget bygger på det forrige høringsnotatet av 5.9.96 og innebærer en videreføring av modell 2 i dette, kostnadsmodellen.

Målet med forslaget er å «dele forsørgelsesutgiftene mellom foreldrene etter økonomisk evne så rettferdig som mulig, med vekt på barnets behov for underhold». Man ønsker at bidragsreglene i størst mulig grad skal være med på å oppmuntre til omsorg fra begge foreldre. Det er ikke lenger et mål at barnet skal få del i bidragspliktiges levestandard gjennom et høyere bidrag. Forslaget bygger på tre prinsipper: 1. Utgangspunkt tas i hva barnets forsørgelse koster. 2. Begge foreldres inntekt skal telle med. 3. Det skal gjøres fradrag for samvær.

Kostnadene baseres på Statens institutt for forbruksforskningens standardbudsjett. For forbruksutgiftene er det beregnet tre kategorier etter barnas alder, 0-5 år, 6-10 år og 11-18 år. Eksempelvis er forbruksutgiftene for barn 11-18 år satt til kr 3570 pr. måned. Det er beregnet en egen utgiftspost for boutgifter til barnet. Den er satt til en fast sum basert på SSBs forbruksundersøkelser, kr 1220 pr. måned. Utgifter til barnetilsyn foreslås fastsatt sjablonmessig der det ytes stønad til barnetilsyn, mens det ellers foreslås å legge de faktiske utgifter til grunn. Til fradrag kommer offentlige ytelser til underholdet,

barnetrygd og forsørgerfradrag i skatt, for eksempel for barn 11-15 år kr 1078 pr. måned. Den totale beregnede underholdskostnaden til barn 11-15 år blir etter dette kr 3712.

Underholdskostnaden beregnes for hvert barn uavhengig av hvor mange barn den bidragspliktige skal betale bidrag til.

I motsetning til i dag skal også bidragsmottakers inntekt trekkes inn i bidragsfastsettelsen. Det gjøres ved at underholdskostnadene til barnet fordeles proporsjonalt mellom foreldrene etter deres inntekt. Har de like høy inntekt, skal bidraget i utgangspunktet utgjøre halvparten av den beregnede underholdskostnaden. Beregningsgrunnlaget for inntekten fører det for langt å komme inn på her. Etter den forholdsmessige fordelingen skal det skje en «betalingssevnevurdering» for bidragspliktige med lav inntekt, dvs. under kr 150.00 forutsatt ett bidragsbarn og 8 samværsdager pr. måned.

Departementet finner det urimelig ikke å ta hensyn til samvær ved bidragsfastsettelsen. For samværets omfang skal offentlige avgjørelser og samværsavtaler som er tvangskraftige gjennom stadfestelse av fylkesmannen uten videre legges til grunn. Et snevert unntak vil gjelde der partene er enige om at samværsordningen ikke gjelder eller bidragspliktige konsekvent og varig har unnlatt å følge opp samværet. Skriftlige samværsavtaler uten tvangskraft skal også i utgangspunktet legges til grunn. Det skal likevel ikke gjelde der bidragsmottaker bestrider at samværsavtalen følges opp av bidragspliktige. Konsekvensen blir at bidragspliktige ikke oppnår samværsfradrag før det legges fram tvangskraftig avtale eller offentlig samværsavgjørelse.

Alt samvær skal telle med, ikke bare over et visst antall dager pr. år som var foreslått alternativt. Samværsfradraget er beregnet pr. dag til kr 55 for barn 0-5 år, kr 70 for barn 6-10 år og kr 85 for barn 11-18 år.

Reiseutgifter i forbindelse med samvær foreslås ikke trukket inn i bidragsfastsettelsen, og det vises til den nåværende bl. § 44 b.

Det er foreslått noen unntaksregler som ikke skal gjennomgås her.

Fylkesnemndas adopsjonssamtykke – foreldrenes søksmålsrett, Rt. 1999 s. 173

Det er spørsmål om foreldre som tidligere er fratatt foreldreansvaret for sitt barn etter barnevernloven, har adgang til å reise søksmål om et adopsjonssamtykke som er gitt av fylkesnemnda på et senere tidspunkt. I kjennelsen i Rt. 1994 s. 1654 svarte Høyesteretts kjæremålsutvalg benektende på dette. Begrunnelsen var formell, idet adopsjonssamtykket ikke ble ansett «retta mot» moren etter tvml. § 476 første ledd når hun ikke lenger hadde foreldreansvaret.

Denne rettsoppfatningen har Høyesterett uttrykkelig fraveket i kjennelsen i Rt. 1999 s. 173. Kjæremålet ble henvist til behandling i Høyesterett som skriftlig sak etter høyesterettsloven § 6 annet ledd. Kjennelsen fra 1994 var kritisert i teorien, og det forelå senere rettspraksis som syntes å bygge på en mindre streng tolkning av tvml. § 476, jf. Rt. 1997 s. 1264.

Den endrede rettsoppfatningen er begrunnet med at barnevernloven klart forutsetter at barnevernvedtak er rettet ikke bare mot barnet, men også mot dets biologiske foreldre. Høyesterett hadde i mellomtiden godtatt rettslig prøving av adopsjonssamtykke som var gitt samtidig med fratakelse av foreldreansvar, når vedtakene ble brakt inn for retten under ett, jf. Rt. 1997 s. 534. Foreldrene burde etter rettens syn ikke stå i en annen stilling om søksmålet var begrenset til å gjelde adopsjonssamtykket. Søksmålsretten burde være den samme enten vedtakene var truffet samtidig eller adopsjonssamtykket var et etterfølgende vedtak. Det påpekes at vilkårene for vedtakene og virkningene av dem er forskjellige, slik at foreldrene også etter at de er fratatt foreldreansvaret vil ha en legitim interesse i domstolsprøvelse av fylkesnemndas adopsjonssamtykke.

Oppheving av omsorgsovertakelse – ikke søksmålsrett for forelder med del i foreldreansvaret. Rt. 1999 s. 547

Mor fikk i fylkesnemnda medhold i sitt krav om oppheving av omsorgsovertakelse. Far krevde vedtaket rettslig overprøvd. De hadde felles foreldreansvar, men han hadde ikke daglig omsorg for barnet. Spørsmålet om hans søksmålsrett ble henvist til

behandling i Høyesterett som skriftlig sak.

Høyesteretts flertall (4-1) kom til at far ikke hadde søksmålsrett. Tvml. kap. 33 synes å bygge på en forutsetning om at det er «tvangsvedtak» som kan prøves. Det er lite naturlig å anse et vedtak om oppheving av omsorgsovertakelse som et tvangsvedtak. Vedtaket kunne ikke bringes inn for retten etter barnevernloven av 1953, og det er ikke holdepunkter for at det var meningen å endre dette ved den nye loven. Ordningen må følgelig være at private parter ikke kan kreve rettslig prøving av et vedtak om tilbakeføring av omsorgen. Hensynet til barnet vil etter flertallets syn ivaretas gjennom at kommunen gis søksmålsadgang (se nedenfor).

Mindretallet ser det slik at adgang til rettslig overprøving ikke er begrenset til de positive vedtak. Det vises til arbeidet med lovendringen om søksmålsrett for kommunen, hvor det forutsettes at det ikke strider mot prinsippene i kap. 33 om også vedtak om ikke å overta omsorgen eller å oppheve omsorgen kan prøves for retten. Lovens ordlyd og de reelle behov må innebære at en prøving av slike vedtak ikke kan anses generelt utelukket. Mindretallet mener videre at det må være riktig lovtolkning at en saksøker med del i foreldreansvaret har tilstrekkelig rettslig interesse.

Søksmålsrett for kommunen

Ved lov 4.6.99 nr. 35 er kommunen gitt adgang til å reise søksmål om vedtak truffet av fylkesnemnda for sosiale saker, jf. sosialtjenesteloven § 9-10 første ledd første punktum. For barnevernsaker innebærer dette at kommunen kan bringe inn for retten fylkesnemndas avslag på kommunens (barneverntjenestens) forslag om omsorgsovertakelse, fratakelse av foreldreansvar m.v. Til nå har bare foreldrene kunnet kreve rettslig overprøving av fylkesnemndas vedtak i barnevernsaker. Endringen er begrunnet i hensynet til barnet, idet det kan ha alvorlige konsekvenser for et barn om det feilaktig ikke blir truffet vedtak for eksempel om omsorgsovertakelse (Ot. prp. nr. 61 (1997-98) s. 27). De aller fleste høringsinstansene var enige i endringen. Det forutsettes at kommunen før den reiser sak må vurdere grundig merbelastningen for den private part ved at kommunen forfølger saken.

Søksmålsrett for kommunen var forutsatt i forarbeidene til barnevernloven av 1992. Men etter Høyesteretts kjæremålsutvalgs syn var dette ikke kommet klart nok til uttrykk, jf. kjennelsen i Rt. 1993 s. 1443. En lovenndring var nødvendig hvis kommunen skulle kunne reise sak.

Tvml. kap. 33 er beregnet på de tilfeller hvor sak reises til prøving av et tvangsinngrep, ikke prøving av et vedtak om at det ikke er grunnlag for slikt inngrep. Derfor heter det nå i sotjl. § 9-10 siste ledd at kap. 33 gjelder så langt det passer.

Kirsten Sandberg

ARVERETT

Tilbakekall og tolking av et testament, al. § 57 og § 66 nr. 5. Høyesterettsdom av 24. september 1999, nr. 46/1999

D og C opprettet i 1968 gjensidig testament hvoretter gjenlevende skulle være enarving. Ved lengstlevendes død skulle deres sønn A arve hele boet. Etter at C var død reiste F farskapssak mot D. I 1988 laget D et nytt testament hvor han bestemte at hvis andre enn A kunne kreve arv etter ham, skulle vedkommendes arv være begrenset til lovens pliktdel. Samtidig bestemte han at boet etter ham skulle fordeles på A, As hustru og deres barn. Kort tid senere ble det avsagt dom for Ds farskap. I 1990 opprettet D sitt tredje testament. Her het det kun at i tillegg til testamentet av 1968 bestemte han at Fs arv skulle begrenses til 1 mill. kroner. Spørsmålet var så om 1988-testamentet var tilbakekalt eller i strid med 1990-testamentet, jf. al. § 57 og § 66 nr. 5. As to barn gjorde gjeldende at de etter testamentet av 1988 var arveberettiget i boet. Skifteretten kom til at 1988-testamentet var bortfalt. Lagmannsretten kom til at 1988-testamentet fortsatt var gyldig. Høyesterett kom 3-2 til samme resultat som lagmannsretten. Både flertallet og mindretallet baserte sin avgjørelse på en fortolkning av de faktiske forhold i saken.

Mindretallet uttalte om al. § 66 nr. 5 og forholdet til § 57 annet ledd:

«Jeg er enig i at et tilbakekall

meget enkelt kunne vært uttrykt på en vesentlig klarere måte enn slik det ble formulert i 1990-testamentet. På den annen side ligger den forståelse av dette testamentet som jeg legger til grunn, innenfor ordlyden i testamentet: For fremtiden skal bare testamentet fra 1968 gjelde, dog med det tillegg knyttet til den senere kjente livsarving, F, som er tatt inn i annet avsnitt.

Når testamentet fra 1990 leses på denne måten, er det i samsvar med det jeg finner bevis at D mente da testamentet ble opprettet, jf. arveloven § 65 første ledd. Ved en slik fortolkning bør gjelde at jo fjernere man kommer fra det resultat som følger av en naturlig forståelse av testamentets ordlyd, jo sterkere holdepunkter bør man kreve for en annen løsning. Slik testamentet fra 1990 er formulert, bør man slik jeg ser det, ha relativt sterke bevis for at D ved dette testamentet ønsket å kalle tilbake den tidligere testasjon fra 1988 til fordel for As daværende ektefelle og de to barnebarna.

I tilknytning til anken over lagmannsrettens rettsanvendelse, peker jeg kort på at arveloven § 57 annet ledd har to ulike bestemmelser om tilbakekall av testament på annen måte enn ved en ny disposisjon i testaments former. I disse to bestemmelsene er kravene til bevis noe forskjellig utformet ved bruk av begrepene «truleg» i første punkt og «tvillaust» i annet punktum. Jeg har allerede nevnt at jeg ved fortolkning av testamentet fra 1990 er kommet til at dette står i strid med det testament som ble opprettet to år tidligere. Selv om 1988-testamentet ikke er uttrykkelig tilbakekalt, går det nyeste testamentet dermed foran, jf. arveloven § 66 nr. 5. For meg er det følgelig unødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet om tilbakekall etter arveloven § 57 annet ledd og de særlige krav til bevis som der oppstilles.»

Flertallet uttalte blant annet:

«I tilfeller hvor det er tvil om et testament er tilbakekalt, må den som hevder at testamentet er tilbakekalt, ha tvilsrisikoen. Etter min oppfatning er det ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at D ved testamentet av 16. august 1990 har ment å tilbakekalle 1988-testamentet.

Arveloven § 66 inneholder enkelte tolkningsregler for testamenter som

skal gjelde dersom det ikke er grunn til å tro at testator har ment noe annet. I denne bestemmelse er det blant annet fastsatt at dersom det foreligger flere testamenter etter testator, skal alle gjelde «med mindre eit yngre testament kallar tilbake eller står i strid med noko som er fastsett før», se § 66 nr. 5.

I testamentet fra 1990 er det uttrykkelig sagt at det kommer «[i] tillegg til» testamentet fra 1968. Forholdet til 1988-testamentet er ikke berørt. Det at testamentet fra 1990 bare sier at det kommer i tillegg til 1968-testamentet, kan imidlertid ikke i seg selv oppfattes som noe tilbakekall av 1988-testamentet, og avgjørende for om 1988-testamentet kan anses tilbakekalt, må derfor være om 1990-testamentet «står i strid med» 1988-testamentet. (...)

Anførselen om at 1988-testamentet må anses ødelagt eller overstrøket, er basert på at testator ifølge forklaringene fra advokat H og A skulle ha sagt at testamentet fra 1988 ikke lenger hadde noen betydning, og at det derfor kunne ødelegges, og at dette i forhold til arveloven § 57 annet ledd første punktum må likestilles med faktisk ødeleggelse. Etter min oppfatning kan en anmodning fra testator til en annen om å tilintetgjøre et testament neppe likestilles med faktisk ødeleggelse.»

Peter Hambro

BOLIGRETT

Pantsettelse av borettslagsandel – beløpsbegrensning? Rt. 1999 s. 834

Spesialistregelen for angivelse av pantekravets størrelse (pantel § 1-4) gjelder ikke ved håndpantsettelse av løsøre og derved heller ikke ved pantsettelse av borettslagsandeler, se pantel § 4-3 tredje ledd, jf. § 3-2 annet ledd 3. punkt. Dette betyr at en etterstående panthaver i utgangspunktet må respektere foranstående pantekrav fullt ut, ut fra det underliggende forhold mellom forpanthaver og pantsetter. Dette gjelder ikke bare når et borettslag har betinget seg panterett i andelen til sikkerhet for krav etter leieavtalen (borl § 14 første ledd; se om dette Wyller: *Boligrett* 1992 s.

316-324), men også til fordel for utenforstående panthavere, enten det er banker eller privatpersoner (Wyller s. 325). Siden det ved tvangsdekning kan bli snakk om høye beløp både for salgssum og krav, oppstår spørsmålet om forpanthavers rett til å ombytte eller øke pantekravet, til skade for etterpanthavere. I en dom i Rt. 1994 s. 775 slo Høyesterett bl.a. fast, med påberopelse av et lojalitetsprinsipp, at forpanthavers kunnskap om en mellomkommende rettsstiftelse kunne være til hinder for opplåning, se Falkanger i *Lov og Rett* 1995/2 s. 87-99. I Rt. 1999 s. 834 er det gjengitt en avgjørelse av kjæremålsutvalget, der det bl.a. med henvisning til dommen av 1994, ble uttalt at "pantsetter og panthaver kan avtale at pantet bare skal hefte for et bestemt mellomværende eller for et bestemt beløp, og hvor det er gitt melding om dette, vil en slik begrensning kunne binde pant-haver". (I det konkrete tilfellet ble saken hjemvist til Lagmannsretten til fortsatt behandling.)

Tvangsdekning ved utlegg i borettslagsandel – begjæring om erstatningsbolig. Rt. 1999 s. 1144

I Rt. 1999 s. 1144 angir Kjæremålsutvalget at fristen for saksøkte etter tvfl § 11-7 annet ledd til å fremsette begjæring om erstatningsbolig er rettsavskjærende ("preklusiv"). Standpunktet samsvarer med uttalelser i forarbeidene og i Falkanger m.fl. *Tvangsfullbyrdelsesloven*, 2. utg. 1992 Bind 2 s. 559). I saken hadde saksøkte bare sendt et protestbrev etter tvfl § 11-7 første ledd uten å nevne erstatningsbolig spesielt, da han ikke ut fra namsrettens varsel (hvor det var "referert til så mange paragrafer") ikke hadde forstått at dette var nødvendig. Kjennelsen inneholder også en uttalelse om debtors aktivitetsplikt i utleggstilfeller, vel særlig med tanke på regelen i dekl § 2-10 annet ledd.

Gert-Fredrik Malt

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Se også Are Stenviks artikkel om internasjonale jurisdiksjonsspørsmål på s. 8.

Deliktsverneting og forum-non-conveniens

Den anglo-amerikanske forum-non-conveniens-doktrinen gjør det mulig for en domstol å nekte å ta jurisdiksjon i en internasjonal sak, selv om den formelt sett har det, hvis den mener at en annen domstol er mer egnet til å behandle saken. Vanligvis er det saksøkte som påberoper seg at den domstol saksøker har valgt er forum-non-conveniens for angjeldende sak. Hensikten med denne anførsel er selvsagt å forhindre at saken taes til behandling i den valgte domstol. Om domstolen tar påstanden til følge og avviser saken (stay of proceedings) eller avviser påstanden (dismissal) er et skjønsspørsmål. —To forhold må her fremholdes: Den valgte domstol kan selvsagt ikke bestemme at en annen stats domstoler har jurisdiksjon, den avviser bare at den selv har det. Og for en slik avvisning er det ikke nok at det er «inconvenient» (non-conveniens) for domstolen å behandle saken. Det skal mer til av reelle grunner. Saksøkte må blant annet vise at det er et klart «more appropriate forum» i et annet land.

Forum-non-conveniens-læren har sitt utspring i skotsk rett fra det 17. århundret; i begynnelsen anvendte man den mindre dekkende betegnelse «forum-non-competens». Fra begynnelsen av det 20. århundre har den fått sikkert fotfeste i USA, der den er blitt beskrevet som en «manifestation of a civilised judicial system ... firmly embedded in our law». (Mr. Justice Frankfurter i *Baltimore and Ohio Railroad v. Kepner* (1941) 314 US. 44, 55–56.) I England derimot ble læren ikke anvendt av House of Lords før i 1984, og endelig stadfestet i *Spi-liada*-saken i 1987 (*Spi-liada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, (1987) AC 460; Briggs (1987) Lloyd's MC2Q 1). Denne avgjørelsen førte til at læren om forum-non-conveniens ble anerkjent også i andre common law-

stater, bortsett fra Australia.

I de kontinental-europeiske stater, herunder Norge, inngår doktrinen om forum-non-conveniens ikke i gjeldende rett. Den er således ikke å finne i Bruxelles- og Luganokonvensjonene. I engelsk doktrine antas den imidlertid å kunne anvendes i forhold til part fra ikke-konvensjonsstat.

Fra det forhold at forum-non-conveniens ikke finnes som lære eller doktrine i kontinental-europeisk rett, kan man imidlertid ikke slutte *e contrario* at våre domstoler ikke har mulighet til å avvise jurisdiksjon når det valgte forum er høyst «inappropriate». Vi finner grunnlag for en slik avvisning ikke i en egen lære, men i en innskrenkende tolkning av jurisdiksjonsreglene: Det er et skjønsspørsmål hva som for eksempel ligger i kravet til bopel for personlig verne-ting i Norge, så også begrepsinnholdet i de andre tilknytningsfaktorene som bestemmer jurisdiksjon; jf. Rt. 1990 s. 382. —Ved en slik tolkning kan vi også begrense muligheten for bl.a. utilbørlig forum shopping.

Det er først og fremst i forhold til deliktsvernetinget at en slags forum-non-conveniens-tolkning kommer til syne i norsk og kontinental-europeisk rett, jf. tvml. § 29, Lugano- og Bruxelleskonvensjonene art. 5 nr. 3: Det kan også reises sak der «handlingen ... har funnet sted ... eller den umiddelbare virkning er inntrådt» (tvml.), «det sted der skaden ble voldt eller oppsto» (Lugano). Og det er noen dommer under disse bestemmelsene jeg her kort vil gjøre rede for; dommene refererer seg til tvml. § 29 og ikke Lugano-konvensjonen.

Rt. 1993 s. 675. Norske selfangere reiste sak for Oslo byrett mot det svenske TV2 med påstand om erstatning og/eller oppreisning for påståtte ærekrenkelser i en film vist på pressekonferanse i Oslo og senere vist på den svenske TV-kanalen. Kravet var begrenset til tap påført i Norge.

Man sto her overfor et tilfelle av grenseoverskridende delikt. Den skadevoldende handling ble foretatt i Sverige, i hvert fall for det regulære TV-programmet, mens skade ble forvoldt (også her i landet. Derfor ble det tale om en tolkning av alternativet «den umiddelbare virkning har inntrått» i tvml. § 29.

Kjæremålsutvalget sluttet seg til lagmannsrettens standpunkt om at

søksmålet hadde den nødvendige tilknytning til Norge og at den umiddelbare virkning inntrådte her (s. 678).

Det som er verdt å merke seg her er at man ikke bare tolker uttrykket i tvml. § 29 «den umiddelbare virkning», men fremholder også at søksmålet har «den nødvendige tilknytning til Norge»; om dette er et tilleggskrav eller en konkretisering av «umiddelbar virkning» er likegyldig. Det interessante er at et saksforholds tilknytning til domstolstaten ansees som et sentralt element i forum-non-conveniens-læren.

Kjennelsen inntatt i *Rt. 1996 s. 875* gjaldt de samme selfangere. I dette tilfellet mente de seg injurert av uttalelser i en bok utgitt i Sverige. Søksmålet ble reist for Oslo byrett.

Også her ble det tale om å tolke «umiddelbar virkning» i tvml. § 29. Kjæremålsutvalget fremholder igjen sakens tilknytning til Norge: «Det må sikres at søksmålet har en naturlig tilknytning til Norge» (s. 878). Man kom til at norske domstoler hadde jurisdiksjon.

Men dommer Schei gikk videre (kjennelsen er enstemmig): «Jeg ser det slik at de vesentlige virkninger av de fremsatte yringer – også for tap i omdømme – knytter seg til saksøkerens nærmeste omgivelser, og at saksøkernes bopel må være bestemmende for vernetinget etter tvistemålsloven § 29. Jeg kan ikke se at Oslo på samme måte peker seg ut som et virkningssted. (...)

Det kan ikke være anledning til å anlegge søksmål overalt hvor slike virkninger er tenkelige. Det må foretas en begrensning basert på at søksmålet må anlegges der tyngden av virkningene inntreffer. Søksmålet er reist i Oslo. Ingen av saksøkerne har bopel her, og saksanlegget må derfor avvises for dem alle.» (s. 881)

Denne avvisning av saken fra Oslo byrett er en typisk forum-non-conveniens-argumentasjon.

Den foreløpig siste avgjørelse der man finner forum-non-conveniens-argumentasjon er kjennelsen inntatt i *Rt. 1998 s. 1647*. I 1996 styrtet et russisk fly på Svalbard. Alle de 141 passasjerer omkom. Flere av de etterlatte, hjemmehørende i Russland, Moldova og Ukraina reiste erstatningssak mot det russiske flyselskapet og dets russiske forsikringselskap ved Nord-Troms herredsrett.

Herredsretten mente den hadde jurisdiksjon. Hålogaland lagmannsrett avviste derimot søksmålet.

For å klargjøre problemstillingen ser jeg det som tjenlig å gjengi noen av partenes anførsler, slik de er referert i Rt. For de *skadelidte* ble det fremholdt

- «- tvistemålsloven § 29 angir norske domstolers internasjonale kompetanse
- det var uriktig av lagmannsretten å innfortolke et vilkår om at partene og tvisten må ha nødvendig tilknytning til Norge, for å anvende skadestedsalternativet i tvistemålsloven § 29
- avgjørelsen i *Rt 1996 side 875*, som lagmannsretten har vist til, gjaldt virkningsalternativet i tvistemålsloven § 29, og det kan ikke utledes av den avgjørelsen at et tilsvarende tilknytningskrav må gjelde for skadestedsalternativet
- uansett må tilknytningskravet være

oppfylt når den skadevoldende handling og skaden, som her, i sin helhet har oppstått på norsk territorium.» (s. 1647-48)

Forsikringselskapet anførte:

- «- det må innfortolkes i tvistemålsloven § 29 at norske domstoler bare er kompetente der tvisten har en naturlig tilknytning til Norge
- denne tvisten har ingen annen tilknytning til Norge enn at ulykken inntraff på Svalbard. Saksøkerne er enten ukrainske eller russiske borgere, og de saksøkte er et russisk flyselskap, et russisk forsikringselskap og reassurandører hjemmehørende bl.a. i Storbritannia
- selve skadevirkningen i saken er de etterlattes økonomiske forsørgertap. Denne virkningen er inntrådt i Russland og Ukraina, ikke i Norge
- det gir ikke tvisten tilstrekkelig tilknytning til Norge at flyselskapet kan saksøkes her i landet.» (s. 1648)

ABONNEMENT PÅ NORSK LOVTIDEND

Abonnement på Norsk Lovtidend gir løpende informasjon om kunngjorte norske lover og forskrifter. Ved å abonnere på Norsk Lovtidend får virksomheten en rask og pålitelig tilgang på endringer i den norske lovgivningen.

Cappelen Akademisk Forlag tilbyr abonnement på Norsk Lovtidend til private virksomheter. Avd. I inneholder lover og sentrale forskrifter, og avd. II inneholder regionale forskrifter.

Abonnement Avd. I kr 470,-.

Abonnement Avd. I og II kr 510,-.

Det tas forbehold om prisendringer.

Abonnement kan bestilles fra forlaget på telefon 2298 5825, telefaks 2298 5845 eller e-post caf@cappelen.no.

VI MINNER OM:

Doktordisputas

Ole-Andreas Rognstad vil forsvare sin avhandling *Spredning av verks-eksemplar* i Auditorium 4 Domus Academica den 11. desember kl. 10.15. Prøveforelesninger dagen før.

Doktordisputas

Ulf Hammer vil forsvare sin avhandling *Tilrettelegging av kraftmarkedet* i Auditorium 14 Domus Bibliotheca 22. januar kl. 10.15. Prøveforelesninger dagen før.

Kjæremålsutvalget henviste til avgjørelsen i Rt. 1996 s. 875 og presiserte at den «gjaldt virkningsalternativet i § 29, og bare dette er nærmere omtalt. Kjæremålsutvalget er enig med lagmannsretten i at det også når det gjelder skadestedsalternativet må oppstilles et krav om at tvisten må ha en naturlig tilknytning til Norge. En skadegjørende handling eller ulykke kan medføre erstatningskrav av svært ulik art, og § 29 omtaler også krav om oppreisning, trygd og pensjon. Det ville etter utvalgets oppfatning føre for langt om bestemmelsen skulle fortolkes direkte etter ordlyden når det gjaldt domstolenes internasjonale kompetanse.» (s. 1649)

Da sakens eneste tilknytning til Norge var at flyulykken skjedde på

norsk territorium, kom Kjæremålsutvalget til at den ikke hadde slik tilknytning til Norge at søksmålet kunne anlegges her.

Ville man bruke latin for å karakterisere *resultatet* av at Høyesterett i disse erstatningsvernetingssakene har «innført» et krav om «tilknytning til Norge», kunne man si at norske domstoler avviser jurisdiksjon hvis de er forum-non-conveniens. Det bør man imidlertid ikke gjøre. Betegnelsen betegner en anglo-amerikansk lære eller doktrine som anvendes for å *begrunne* avvisning av et søksmål, hos oss kan den i tilfellet (foreløpig) bare brukes som etikett på et tolkningsresultat.

Helge J. Thue

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: Per Christian Opsahl

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Akademisk Forlag, telefon 2298 5800 eller telefaks 2298 5845.

Et årsabonnement på *Nytt i privatretten* koster kr 350,-. Abonnementet løper til det skriftlig blir oppsagt.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Akademisk Forlag
Postboks 350 Sentrum
0101 Oslo

E-post: caf@cappelen.no
<http://www.cappelen.no/caf/>

Nytt i privatretten © Cappelen Akademisk Forlag,
Juridisk redaksjon 1999
Neste hefte kommer februar/mars 2000