

# Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 4/2005

## ERSTATNINGSRETT

**EØS, suverenitet og statens ansvar for manglende gjennomføring – kommentarer til Høyesteretts dom 28. oktober 2005, Finanger II**

### Innledning

Høyesterett i plenum avsa 28. oktober 2005 dom i saken som Veronica Finanger hadde anlagt mot staten for brudd på forpliktelse til å gjennomføre EØS-direktiver om motorvognforsikring. Gjennomføring av de aktuelle direktivene ville gitt Finanger krav på erstatning etter bilansvarsloven for skade som følge av en trafikkulykke hvor hun satt på med en bilfører som var under påvirkning av alkohol. Da direktivene ikke var gjennomført korrekt, ble Finanger rammet av at bilansvarsloven § 7 tredje ledd utelukket erstatning i et tilfelle som hennes, se Høyesteretts dom i Finanger I-saken, Rt. 2000 s. 1811. Hun vendte seg på denne bakgrunn mot staten, og krevde

erstattet det tap hun led som følge av at staten ikke hadde oppfylt sin EØS-forpliktelse til å bringe norsk rett i samsvar med direktivene.

Saken for Høyesterett gjaldt spørsmålet om hvorvidt vilkårene for erstatning etter EØS-avtalen var oppfylt.<sup>1</sup> Partene var under henvisning til EFTA-domstolens uttalelser i sak E-9/97 Sveinbjörnsdóttir og sak E-4/01 Karlsson enige om at EØS-avtalen hjemler erstatningsansvar for staten for visse brudd på gjennomføringsforpliktelser etter avtalen. Spørsmålet om erstatningsutmålingen var heller ikke med i saken.

Finanger vant frem i sitt søksmål. Høyesterett delte seg i et flertall på ni og et mindretall på fire. Begge fraksjoner var enige om at ansvaret etter EØS-avtalen tilsvarer ansvaret medlemsstatene i EU har etter fellesskapsretten for manglende gjennomføring av direktiver. Uenigheten gikk på fortolkningen av kriteriene for å ilegge ansvar, og om de var oppfylt i det aktuelle tilfellet.

Dommen behandler to viktige problemer. For det første gir den noen viktige signaler mht. konstitusjonelle sider ved EØS. For det andre gir den avklaringer mht. statens erstatningsansvar for manglende gjennomføring av EØS-direktiver. Jeg vil i det følgende presentere noen hovedpunkter om hva dommen sier i forhold til disse to spørsmålene. Deretter vil jeg underkaste rettens behandling av erstatningsspørsmålet en kritisk analyse. I fellesskapsretten er det nær sammenheng mellom doktrinen om fellesskapsrettens direkte virkning og spørsmålet om medlemsstatenes ansvar for manglende gjennomføring. Jeg vil derfor avslutningsvis

spørre om det er grunn til å se på spørsmålet om direkte virkning av EØS-avtalen med nye øyne.

### Konstitusjonelle sider ved EØS

Norsk retts forhold til internasjonale forpliktelser har vært gjenstand for en lang rekke plenumsavgjørelser i Høyesterett.<sup>2</sup> De fleste av disse gjelder direkte forholdet til forpliktelser etter menneskerettighetskonvensjoner. Mange av problemstillingene er likevel felles for internasjonale forpliktelser generelt. Et tydelig tegn på dette ser vi i at lovgiver har valgt samme teknikk for å regulere forholdet mellom internasjonale regler i EØS-loven § 2 og menneskerettighetsloven § 3.

Det har vært delte meninger om mange av de spørsmål som reiser seg i skjæringen mellom norsk rett og internasjonale regler, og dommene viser at denne meningsforskjellen også har hersket innad i Høyesterett. Utviklingen har likevel gått langt i retning av å gi menneskerettigheter og EØS en overordnet stilling i norsk rett. For EØS så vi dette i Finanger I hvor dissensen i Høyesterett gikk på om de angjeldende direktiver skulle gis en sterkere stilling i norsk rett enn påkrevd ut fra våre internasjonale forpliktelser. På menneskerettighetssiden ble det opprinnelige klarhetskravet utradert i tilleggsskattsakene hvor Høyesterett slo fast at norske domstoler i utgangspunktet skal følge samme tilnærming som EMD, se Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 509 og Rt. 2002 s. 557. Pendelen har med andre ord svingt ganske langt i retning av å bruke en internasjonal tilnærming til internasjonale forpliktelser.

I den senere tid er det flere signaler

## Innhold nr. 4:

Erstatningsrett	1
Familierecht	12
Tingsrett	15

e-post: [jus@cappelen.no](mailto:jus@cappelen.no)  
<http://www.cappelen.no>

som kan indikere at pendelen nærmer seg sitt ytterpunkt. Stadig oftere blir den integrasjonsvennlige tilnærming satt under kritikk.<sup>3</sup> Eksempel på dette er maktutredningen og debatten som fulgte etter denne. Særlig fremtredende i dette bildet er den nokså direkte kritikken regjeringen fremsetter mot Høyesteretts tilnærming i stortingsmeldingen om maktutredningen.<sup>4</sup> Dommere som tidligere har stått frem på «integrasjonslinjen» uttaler seg nå noe mer reservert i debatten, se for eksempel dommer Oftedal Brochs artikkel om skjønnsmarginen etter EMK i *Lov og rett* 2005 s. 259–282.<sup>5</sup> Høyesteretts unnlattelse av å forelegge lotterisaken for EFTA-domstolen kunne også tolkes som et slikt signal.

I lys av dette var det en viss spenning knyttet til hvordan Høyesterett i Finanger II ville markere EØS-reglens status i norsk rett. Dommen gir ingen signaler om tilbaketreking. Tvert imot slår den klart og entydig fast at erstatning under EØS-avtalen må ha samme omfang og ligge på samme nivå som under fellesskapsretten og dermed EF-domstolens praksis. Høyesterett legger her avgjørende vekt på hensynet til like regler og den forventning samtlige land og deres borgere har til at direktivene i EØS følges opp av de nasjonale myndigheter. Dermed bekrefter Høyesterett sin tidligere praksis som innebærer at EØS-avtalen innen sitt område legger like sterke bånd på Stortinget og regjeringen som et EU-medlemskap ville gjort.<sup>6</sup> Hvis Stortinget ikke vil gjennomføre et direktiv i EØS-avtalen på korrekt måte, må staten erstatte enkeltpersoner eller selskaper det tapet de lider som følge av at de ikke får rettigheter de skulle ha hatt etter direktivet.

Retten har tre viktige elementer i sin begrunnelse. For det første fremhever og styrker Høyesterett i avsnitt 52 og 58 avtalens homogenitetsmåling som overordnet prinsipp for tolkningen. Dette er viktig fordi det befester domstolens selvstendige rolle i forhold til avtalen og betydningen av den fellesskapsrettslige tilnærming.<sup>7</sup> Uten at retten direkte viser til det, innebærer dette en bekreftelse både av standpunktet i Finanger I om at artikkel 3 etablerer lojalitetsforpliktelse

direkte for domstolene og den tilnærming Høyesterett generelt har tatt til praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstoler som prejudikater.<sup>8</sup> Understrekingen av homogenitetsprinsippet innebærer at det ikke, som norsk rett, kan hevdes at det å sikre avtalens dynamiske homogenitet bare er et lovgiveransvar. Skillet mellom praksis fra EF-domstolen før eller etter avtalens undertegnelse som trekkes i artikkel 6 mister sin betydning. Både EFTA-domstolen og EF-domstolen betraktes som prejudikatsdomstoler, se for EFTA-domstolen uttrykkelig i dommens avsnitt 51–52. Det kan derfor ikke hevdes at presumsjonsprinsippet setter en selvstendig ramme for bruk av praksis fra EF-domstolen.<sup>9</sup>

Det andre momentet som Høyesterett trekker frem er gjensidighets- og effektivitetsaspektet. Førstvoterende viser uttrykkelig til den forventning samtlige land og deres borgere har til at direktivene følges opp. Sett i sammenheng med uttalelsene om statens erstatningsansvar mer spesielt, kan dette tas som en understreking av at rettigheter må gis en like effektiv beskyttelse innen EØS som i EU. Det er således neppe lenger grunnlag for å hevde at forskjeller i rekkevidden og formål mellom EØS og EU kan gi grunnlag for å si at rettighetsbeskyttelsen i EØS ikke må gå like langt som i EU.<sup>10</sup>

På ett punkt må det nødvendigvis bli en forskjell i rekkevidde, nemlig knyttet til manglende gjennomføring av forordninger. Forordninger gjelder direkte og fullt ut i fellesskapet, slik at spørsmålet om manglende gjennomføring ikke kan oppstå. I EØS må også forordninger gjennomføres, og følgelig kan gjennomføringsfeil oppstå.<sup>11</sup> Det er ingen grunn til at statens EØS-rettslige ansvar ikke også skal omfatte dette på de samme vilkår som ansvaret for manglende eller mangelfull gjennomføring av direktiver. Det kan også i andre relasjoner spørres om erstatningsansvaret i EU og EØS har samme innhold og rekkevidde. Høyesterett har nylig i en annen sak, Rt. 2005 s. 597, behandlet effektivitetsdoktrinen i fellesskapsretten og EØS. I den forbindelse uttalte førstvoterende at prinsippet kan «på enkelte områder tenkes å ha noe forskjellig rekkevidde

innenfor henholdsvis EU- og EØS-retten, uten at jeg kan se at dette har betydning i vår sak». Når det gjelder kravet på effektiv rettsbeskyttelse for individuelle rettigheter som følge av avtalen, er det vanskelig å tenke seg at denne reservasjonen kan opprettholdes etter Finanger II. I fellesskapsretten favner imidlertid effektivitetsprinsippet videre ved at individene også er gitt en rolle i den mer generelle håndhevelse av fellesskapsretten «for at sikre den fulde virkning af bestemmelse», for eksempel gjennom å gi private rett til å håndheve kvalitetsnormer via privat søksmål mot en konkurrent.<sup>12</sup> Siden effektivitetsprinsippet i EØS har vært knyttet opp mot individenes rettigheter i avtalens fortale er det ikke gitt at fellesskapsretten og EØS-avtalen har identiske regler når begrunnelsen for effektivitetsprinsippet går utover beskyttelse av individenes rettigheter.

For det tredje understreker førstvoterende det lite rimelige i om borgerne skulle ha en ulik rettsstilling når det gjelder vernet for direktivfestsatte rettigheter. Dette er en ganske sterk understreking av at det gjelder et krav om likebehandling. Slik sett er Høyesteretts avgjørelser godt i tråd med utviklingen innen fellesskapsretten hvor forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet har gått opp i en generell likhetsgrunnsetning, som innebærer at ensartede situasjoner må behandles likt med mindre forskjellig behandling er objektivt begrunnet.<sup>13</sup>

Samlet sett kan vi si at Høyesterett gjennom dommen tydeliggjør sin tidligere praksis som innebærer at EØS-avtalen innen sitt område legger like sterke bånd på Stortinget og regjeringen som et EU-medlemskap ville gjort. Riktignok er det en forskjell i at avtalen ikke overfører lovgivningsmyndighet. Dette har størst betydning i forhold til forordninger, som jo trenger en særskilt gjennomføring i norsk rett. I EU er jo forordninger «allmenngyldig (... og) bindende i alle deler og komme(r) direkte til anvendelse i alle medlemsstater», se EF-traktaten artikkel 249. Hvis Stortinget ikke vil gjennomføre et direktiv i EØS-avtalen på korrekt måte, har enkeltpersoner eller selskaper som

ikke får rettigheter de skulle ha hatt etter direktivet krav på erstatning. Det gjenstår etter dette å se hva Høyesterett vil gjøre der det er direktiver som gir rettigheter vis-à-vis staten – om de vil gå omveien om erstatning, eller gi borgerne rett til å påberope seg direktivets rettigheter direkte. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor. Uansett svaret på dette spørsmålet blir forskjellen til rettstilstanden etter fellesskapsretten i praksis ubetydelig.

### Det statlige erstatningsansvaret

Når det gjaldt hvorvidt staten var erstatningsansvarlig delte retten seg i et flertall på ni og et mindretall på fire. Det var likevel ingen uenighet om det grunnleggende, nemlig at erstatningsansvaret etter EØS-avtalen har samme innhold og går like langt som etter fellesskapsretten. Det uenigheten gikk på var den nærmere tolkning og anvendelse av de krav EF-domstolen og EFTA-domstolen har oppstilt for ansvar.

Det er i utgangspunktet tre vilkår som må være oppfylt for at staten skal være erstatningsansvarlig for en mangelfull gjennomføring av et direktiv: For det første at direktivet har som formål å gi enkeltpersoner rettigheter, og at det klart fremgår hvilke rettigheter dette er. Videre må statens forsømmelse være «tilstrekkelig kvalifisert», og det må være en direkte årsakssammenheng mellom bruddet på statens forpliktelse og den skade som er påført skadelidte. Når det gjelder vilkåret om at bruddet må være tilstrekkelig kvalifisert, er det i rettspraksis slått fast at dette avhenger av om en EØS-stat under utøvelsen av sin lovgivende myndighet åpenbart og grovt har satt seg ut over rammene for sin myndighetsutøvelse.

Retten slo også fast at i bedømmelsen må man se på staten og lovgivningsprosessen som en helhet, se avsnitt 75. Statens hadde prosedert på at ansvar for lovgivningsfeil måtte knyttes til Stortingets virksomhet, og at bedømmelsen av om feilen var klar og grov måtte ta utgangspunkt i Stortingets behandling. Dette synspunktet vant ikke frem. Heller ikke en betraktning om at vurderingen måtte ta hensyn til det store presset staten var stilt overfor da avtalen opprinnelig skulle gjennomføres med å innlemme et

meget omfattende regelverk, hadde Høyesterett sansen for, se avsnitt 92.

Uenigheten mellom flertallet og mindretallet gikk på om statens forsømmelse var «tilstrekkelig kvalifisert», eller sagt med andre ord «åpenbart og grovt». Fra Finangers side var det påstått at staten hadde begått to feil i sin gjennomføring. Etter en gjennomgåelse av de tre motorvognforsikringsdirektivenes ordlyd og formål kom Høyesterett i Finanger I til at særregelen i bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b ikke kunne opprettholdes for passasjerer. Bestemmelsen ble ansett som et direktivstridig unntak fra forsikringsdekningen. Et slikt direktivstridig unntak var feil nr. 1. Det ble også konstatert motstrid ved at passasjerenes erstatningskrav mot motorvognføreren ikke fullt ut var dekket av en forsikring. Regelen i § 7 tredje ledd bokstav b, som bare ga passasjerer rett til erstatning dersom det forelå særlige grunner, gjaldt ikke førerens ansvar. Dette ansvaret kunne reduseres etter den alminnelige medvirkningsregelen i skadeserstatningsloven § 5-1, som gir passasjerene et sterkere vern. Der føreren ilegges ansvar, men ikke forsikringsselskapet, oppstår det således et hull i forsikringsdekningen av passasjerenes erstatningskrav. Dette var feil nr. 2. Flertallet mente at både feil nr. 1 og nr. 2 var «tilstrekkelig kvalifisert», mindretallet mente at ingen av dem var det.

Den vesentligste forskjellen i tilnærming mellom flertallet og mindretallet var at flertallet for sin vurdering trakk et grunnleggende skille mellom direktiver som gir statene en skjønnsfrihet i gjennomføringen og direktiver som ikke gjør det. Etter flertallets oppfatning må normen «tilstrekkelig kvalifisert» anvendes forskjellig i forhold til de to typer direktiver, se særlig avsnitt 61. Dersom medlemsstatene er gitt en skjønnsmyndighet av politisk/økonomisk art ved gjennomføring av direktivet, ligger terskelen for ansvar høyt – overtredelsen må være åpenbar og grov. Der det ikke foreligger en slik skjønnsfrihet kommer de reelle hensyn som tilsier en restriktiv holdning ikke inn med samme tyngde, og terskelen for ansvar ligger lavere.

Flertallet la videre vekt på at årsaken til at den norske regelen ble opp-

rettholdt til tross for direktivenes regler, var at den feilaktig ble klassifisert som en medvirkningsregel og ikke som en regel som utelukket erstatning, se avsnitt 81. Hadde den blitt klassifisert som en regel om utelukkelse av erstatning, ville det vært klart at den ikke kunne vært opprettholdt, noe som også fremgikk av dokumenter fra lovgivningsprosessen. Denne feilaktige klassifiseringen skyldtes en misforståelse av nasjonal rett som staten må ha ansvar for, se avsnitt 83–84.

Også når det gjaldt feil nr. 2 var årsaken etter flertallets oppfatning å finne i lovgiverens behandling av norsk rett og ikke i direktivet. Direktivet var etter deres oppfatning klart nok mht. at alt ansvar må dekkes av forsikring. Lovgiveren overså i denne sammenheng førerens personlige ansvar da forsikringsordningen for personskader er så omfattende at førerens personlige ansvar normalt er uten praktisk betydning. At man overså det mindre praktiske personlige ansvaret var på denne bakgrunn forståelig, men ikke unnskyldelig, se avsnitt 100–102.

Mindretallet peker på at et skille mellom skjønnsutøvelse og regelansvar kan være flytende og vanskelig å trekke. Selv om graden av skjønnsfrihet kan være et viktig moment i vurderingen av om et brudd er tilstrekkelig kvalifisert, er det etter mindretallets oppfatning den samme ansvarsterskel som gjelder ved gjennomføringen av en uklar eller upresis direktivbestemmelse, som det er en plikt for staten å rette seg etter, som når selve gjennomføringen beror på et skjønn med politiske og/eller økonomiske elementer, se avsnitt 117. På denne bakgrunn mener mindretallet at man ikke kan se bort fra kravet til at bruddet skal være åpenbart og grovt selv om direktivet ikke åpner for et bredere skjønn i gjennomføringen.

Når det gjelder innholdet av bilansvarsloven § 7 tredje ledd fremholder mindretallet at det ikke var tvil om dens materielle innhold. Det tvilen har gått på er dens rubrisering som «medvirkningsregel» eller «bortfallsregel», og lovgiverens rubrisering den gang kan ikke karakteriseres som åpenbart uriktig. Med hensyn til feil nr. 2 peker mindretallet på at spørsmålet om betydningen av et personlig ansvar for

føreren er noe som er kommet opp i ettertid. Spørsmålet ble ikke reist under lovforberedelsen og heller ikke av noen i tidsrommet mellom inngåelsen av EØS-avtalen og Høyesteretts behandling av Finanger I. Mindretallet åpner for at det ikke engang nå er klart hvor langt direktivet går i å kreve deknet alt erstatningsansvar som kan knytte seg til en motorvognulykke, for eksempel ansvar for eier eller fabrikant av et kjøretøy, avsnitt 136 («Man kan spørre seg om betraktningmåten ville blitt den samme ...»).

### Kritikk

Etter mitt syn har mindretallets tilnærming atskillig for seg når det gjelder å skille mellom direktiver som åpner for et skjønn i gjennomføringen og andre direktiver. Et slikt skille er ofte vanskelig å trekke. Det blir dermed både kunstig og vilkårlig å anvende vesentlig forskjellige terskler for bedømmelsen av statens ansvar avhengig av om man plasserer et direktiv i den ene eller andre gruppen. Jeg har derfor mer sans for mindretallets tilnærming om at det må foretas en helhetsvurdering, hvor graden av skjønnsfrihet blir et viktig moment.

På den annen side tror jeg at flertallets poeng om at denne vurderingen må skje på bakgrunn av de hensyn og vurderinger som ligger bak ansvaret for fellesskapets institusjoner er vesentlig. Flertallet sier om dette i avsnitt 61: «Utsikten til erstatningsansvar må ikke i urimelig grad hindre utøvelsen av institusjonenes oppgave på dette området, noe som betinger en restriktiv holdning til spørsmål om ansvar. Der det ikke foreligger en slik skjønnsfrihet, noe som også kan være situasjonen for fellesskapets institusjoner, kommer de reelle hensyn som tilsier en restriktiv holdning ikke inn med samme tyngde, og terskelen for ansvar ligger lavere.» Det viktige med denne tilnærmingen er det teleologiske; erstatning sett som sanksjon. I en fellesskapsrettslig sammenheng må erstatningsansvaret ses i sammenheng med dets funksjon i lovgivnings- og harmoniseringsprosessen. En grunn tanke bak utviklingen av medlemsstatenes ansvar for overtredelse av fellesskapsretten er at dette bidrar til å sikre fellesskapsretten fullt gjennomslag.<sup>14</sup>

På den ene side skal ansvar bidra til en effektiv gjennomføring av fellesskapsretten, på den annen side skal det ikke hindre en effektiv lovgivnings- og gjennomføringsprosess. Den helhetsvurdering som skal foretas må derfor skje i lys av hvordan et ansvar vil påvirke den effektive gjennomføringen av fellesskapslovgivningen. Slike hensyn tilsier at ansvaret er strengt for å sikre lojal gjennomføring i tide og at forhold i medlemsstatens rettsorden ikke tillegges betydning som unnskyldende omstendigheter, mens medlemsstaten ikke får ansvar for forhold som den ikke kan noe for, så som utydigheter i direktivet og gjennomføringsforpliktelsene. Der medlemsstatene får en kompetanse til og oppdrag om å handle for å realisere visse felles mål, må ansvarsreglene ikke utformes slik at de virker hemmende på handlingsviljen.

Jeg har på bakgrunn av en slik tilnærming vanskelig for å følge flertallet i forhold til feil 1. Det var på det rene at direktivene ikke tok sikte på å harmonisere medlemsstatenes erstatningsrett. Medlemsstatene kunne opprettholde ulike medvirkningsregler. Det var likevel slik at direktivene setter grenser for i hvilken utstrekning forsikrere kan påberope kontraktsbestemmelser eller nasjonale lovbestemmelser om erstatningsansvar for helt å utelukke visse tilfeller fra forsikringsdekning. På denne bakgrunn uttalte EFTA-domstolen i sin uttalelse i premiss 29 at «sondringen mellom bestemmelser om erstatningsansvar og forsikringsdekning ikke [er] avgjørende i den foreliggende sak». Det var med andre ord ikke slik at feilen skyldtes feil nasjonal rubrisering av den norske regelen. Rubriseringen av den norske regelen kan uansett ikke ses som et rent nasjonalrettslig spørsmål som staten må ha ansvaret for, all den stund spørsmålet oppstår i lys av at direktivet forbyr regler som utelukker forsikringsdekning. Hva som ligger i å «utelukke forsikringsdekning» er ikke et spørsmål om norsk rett, men om tolkning av direktivet. Spørsmålet burde derfor heller etter min mening vært stilt som et spørsmål om den norske regelen «helt utelukket» forsikringsdekning for passasjerer med beruset fører, og om et bekreftende

svar på dette kunne anses som et kvalifisert brudd på direktivet. Vurderingen av dette spørsmålet må skje på bakgrunn av at staten har en vid skjønnsmargin i forhold til om deres erstatningsregler er utformet på en måte som kommer i strid med direktivenes grunnleggende krav, se EFTA-domstolens sak E-7100 Helgadottir avsnitt 31.

Etter mitt syn gir saken et eksempel på det som flere har påpekt som et problem med flere fellesskapsregler, nemlig at de i sin systematikk og tilnærming bryter med systematikk og tilnærming i mange medlemsstaters rettsorden.<sup>15</sup> Direktivene bygger på en tradisjonell forsikringstankegang basert på et erstatningsansvar etter erstatningsretten kombinert med en tvungen ansvarsforsikring. Det fellesskapsrettslige reguleringsproblemet knytter seg til forholdet mellom erstatningsansvar og forsikringsdekning. I det norske bilansvaret er tankegangen annerledes. Her er føreres objektive erstatningsansvar erstattet med en obligatorisk forsikring til gunst for skadelidte.<sup>16</sup> Det er lovens obligatoriske betalingsplikt for selskapet, og ikke førerens eller andres erstatningsansvar som angir rammen for skadelidtes vern etter bilansvaret. Direktivene var rett og slett ikke utformet med en ordning med bilansvar som en egen erstatningsrettslig løsning som i Norge i tankene. Dette illustreres godt av at betydningen av den tradisjonelle erstatningsrettslige regel om førerens personlige ansvar først dukket opp i diskusjonen om forholdet til EØS-reglene etter mange år.

Grunnen til at feilen i den norske gjennomføringen oppstod, var den manglende kompatibilitet mellom den særnorske varianten med et eget bilansvar med betalingsplikt for forsikringsselskapene og direktivets forutsetning om tvungen ansvarsforsikring for å dekke et føreransvar etter vanlige erstatningsregler. Det er altså tale om en feil som oppstår i skjæringen mellom to ulike systemer, når det fellesskapsrettslige systemet legges over som krav til det norske systemet. Det å foreta tilpasninger mellom to så ulike systemer kan by på store faglige utfordringer, og det sier seg selv at feil da lett kan oppstå om man ikke er særlig forsiktig.

Spørsmålet er hvem feil som følge av slik manglende systemkompatibilitet skal gå ut over etter EØS-avtalens erstatningsregler. Rettspraksis og vilkårene om rettigheter, kvalifisert brudd og årsakssammenheng bygger til sammen opp om en ordning som innebærer at rettstap som ikke kan tilskrives fellesskapslovgiveren og utformingen av fellesskapslovgivningen skal dekkes av den enkelte medlemsstat. Ut fra dette må det være den enkelte avtalepart i EØS-avtalen som må ha ansvaret for at nasjonale rettslige ordninger i utgangspunktet er dårlig tilpasset det system fellesskapslovgivning bygger på, og de feil som måtte oppstå som følge av problemer med å innpasse et nasjonalt rettsinstitutt under et fellesskapsregelverk. Medlemsstatene har det fulle ansvaret for å treffe de gjennomføringstiltak som er nødvendige for å oppfylle et direktiv. Dette må være tilfellet enten den tilpasning som må gjøres i utgangspunktet reiser få spørsmål av vanskelig faglig karakter, eller mer omfattende og vanskelige spørsmål. Et ansvar her vil virke preventivt, og det er vanskelig å tenke seg at det vil virke hemmende på kreative og gode løsninger. Muligheten for erstatningsansvar vil tilskynde medlemsstatene til å identifisere mulige gjennomføringsproblemer og å rydde dem av veien. Så lenge tvilen ikke knytter seg til hvilket nivå eller standard som kreves etter direktivet, er det heller ingen fare for at et ansvar vil kunne presse staten til overopppfyllelse for å unngå ansvar.

Et slikt ansvar for avtalepartene for feil som skyldes forskjeller i systemer er også mest i samsvar med det forhold at den gjennomføringsfrist som settes for å implementere et direktiv er lik for alle medlemsstater, enten den nasjonale rettstilstanden er lett kompatibel med et direktiv eller spriker mye i system og oppbygging. Rettslige problemer eller hindringer er etter EF-domstolens praksis ingen unnskyldning for ikke å gjennomføre direktiver innen den fastsatte frist.<sup>17</sup>

### Revisjon av dogmet om manglende direkte virkning?

Det har vært hevdet at det må være en grunnleggende forskjell mellom sta-

tens erstatningsansvar under fellesskapsretten og EØS-avtalen.<sup>18</sup> Under fellesskapsretten hviler erstatningsansvaret på læren om direktivers direkte virkning. Denne læren er ikke del av EØS-avtalen.<sup>19</sup> Høyesterett har nå klart avvist at denne forskjellen i grunnlag kan begrunne forskjell i erstatningsreglens innhold. Det kan på denne bakgrunn være grunn til å underkaste spørsmålet om muligheten for individene til å påberope seg ikke-implementerte direktiver en fornyet vurdering.

Det er ikke spørsmål om den såkalte «horisontale virkningen» av direktiver, dvs. hvor langt direktiver kan danne grunnlag for rettigheter og plikter mellom private rettssubjekter uavhengig av nasjonal gjennomføring. Dette var temaet i *Finanger I*. Høyesterett avgjorde der at domstolene må strekke seg minst like langt etter det norske presumsjonsprinsippet som fellesskapsrettens prinsipper om direktivkonform tolkning krever. Hvor et tolkningsresultat i strid med direktivet følger uomgjengelig av en gjeldende norsk lovbestemmelse, må imidlertid direktivet vike. Dette er i samsvar med de begrensninger som også gjelder i fellesskapsretten.

Det saken står om er direktiver som grunnlag for å kreve rettigheter vis-à-vis staten. Her krever fellesskapsretten at borgerne skal kunne bygge direkte på et direktiv dersom det innrømmer rettigheter, er tilstrekkelig klart og ikke overlater noe skjønn til medlemsstatene med hensyn til gjennomføringen. Er disse betingelsene oppfylt, må direktivet anvendes til fordel for borgerne også uten nasjonal gjennomføring, til og med foran eventuelle motstridende nasjonale regler. Dette bygger både på prinsippet om fellesskapsrettens effektive gjennomføring og på at staten ikke skal kunne påberope seg sitt eget rettsbrudd som begrunnelse for ikke å innrømme en rettighet som borgerne har i henhold til et direktiv. I *Finanger I* holdt Høyesterett uttrykkelig åpent hva resultatet ville blitt under en slik konstellasjon.

Vi er her ved kjernen i den fellesskapsrettslige læren om direktivenes direkte virkning. Denne læren skal ifølge EFTA-domstolen ikke gjelde under EØS. Dette lyder kanskje mer

beroligende enn det reelt sett er grunnlag for. Hvis individene ikke kan bygge et rettskrav mot staten direkte på grunnlag av et ikke-oppfylt direktiv, er de henvist til å kreve erstatning fra staten for manglende gjennomføring. Hvis det er tale om økonomiske rettigheter blir situasjonen altså den at personen må fremsette et krav mot staten på grunnlag av direktivet, og subsidiært kreve erstatning for at kravet ikke når frem. Vilårene for direkte virkning og erstatning er langt på vei de samme: At direktivet hjemler individuelle rettigheter, at dette er klart og at gjennomføringen ikke beror på et skjønn. Ved økonomiske rettigheter blir det langt på vei bare anstaltmakeri å si at avtalen ikke innebærer mulighet for å bygge rett direkte på grunnlag av direktivet.

Spørsmålet kommer mer på spissen der det ikke direkte dreier seg om økonomiske rettigheter, men for eksempel krav på en markedstilgang eller en annen type rettighet. La oss tenke oss at lovgiveren legger mer restriksjoner på adgangen til å yte en tjeneste i Norge enn det er hjemmel for i et direktiv. Skal domstolene da håndheve et vedtak om forbud mot tjenesteytelsen eller ilegge straff for overtredelse av en lovbestemmelse eller forbud i strid med direktivet, og så kanskje til og med i samme sak tilkjenne vedkommende erstatning for det tap han har lidt som følge av det direktivstridige forbudet? Ved økonomiske sanksjoner blir dette nærmest en parodi – i den ene saken ilegges en bot, i den andre saken forpliktes staten til å erstatte tapet lidt ved å måtte betale boten, samt et eventuelt næringsstap knyttet til at vedkommende uberettiget er holdt ute av markedet. Er det snakk om fengselsstraff vil et slikt resultat for mange kanskje til like fremstå som støtende.

Argumentet for en slik løsning er respekt for lovgivningsautoriteten og den selvstendighet som tross alt er innrømmet i EØS-avtalen. Det dreier seg om en selvstendighet utenfor legalitetsprinsippet område. Forutsetningen for diskusjonen er jo at det er tale om å innrømme borgerne rettigheter, ikke å pålegge dem byrder. Det dreier seg videre om den selvstendighet det innebærer å ha frihet til å bryte

en forpliktelse staten har påtatt seg ved å medvirke til at et direktiv innlemmes i EØS-avtalen etter reglene i EØS-komiteen.

Det har vært et klart dogme at avtalen ikke innebærer overdragelse av lovgivningsmyndighet, og at borgerne ikke kan bygge rett direkte på direktiver uten nasjonal gjennomføring. Det at avtalen ikke innebar noen erstatningsplikt for staten for manglende gjennomføring har også være et dogme, og det er liten tvil om at de som forhandlet avtalen på begge sider bygget på dette.<sup>20</sup> Dette hindrer ikke førstvoterende i Finanger II fra å si «jeg slutter meg til det syn at det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen, og det må legges til grunn at EØS-loven § 1, som gjorde hoveddelen i EØS-avtalen til norsk lov, må forstås slik at den også omfatter dette ansvaret», se avsnitt 52. Dogmer har med andre ord stått for fall tidligere innen EØS-retten.

Likevel kan det innvendes at det er et stivt stykke å bortfortolke en sentral del av avtalens forutsetning om at den ikke skulle innebære samme form for overnasjonalitet som fellesskapsretten. Til dette er å si at på ett punkt vil det uansett være en forskjell, nemlig i forhold til forordninger. Forordninger er innen EU en lovgivningsmyndighet som er delegert til EUs institusjoner. Dette er lovgivning i vid forstand, dvs. mulighet til å lovgi både om rettigheter og plikter. En slik delegasjon ligger ikke i EØS-avtalen, og kan heller ikke etableres pr. fortolkning. Dette følger bl.a. uttrykkelig av artikkel 7 og av legalitetsprinsippet.

Man kan også si at selv om direktiver har direkte virkning i strid med selv uttrykkelig nasjonal lovgivning, innebærer ikke det at den nasjonale lovgivningskompetansen er avskåret gjennom avtalen. Til klar forskjell fra hva som gjelder i EU etablerer avtalen spilleregler for hvordan det skal gås frem der en avtalepart vil bruke sin suverenitet. Avtalens artikkel 111 fastslår at Fellesskapet eller en EFTA-stat kan bringe en tvist om en sak som gjelder fortolkningen eller anvendelsen av avtale, inn for EØS-komiteen i samsvar med bestemmelsene gitt i avtalen selv. Dersom Stortinget ønsker å gi en bestemmelse i strid med

en EØS-forpliktelse, vil det foreligge en tvist som gjelder «anvendelsen» av avtalen. En slik tvist kan altså bringes inn for EØS-komiteen. Dersom EØS-komiteen i en slik tvist ikke er kommet til enighet om en løsning innen seks måneder fra det tidspunkt prosessen er påbegynt, kan en avtalepart, for å gjenopprette mulig manglende likevekt, enten treffe beskyttelsestiltak eller betrakte den berørte del av avtalen som midlertidig satt ut av kraft. Denne politiske konfliktløsningsmekanisme har ingen parallell i fellesskapsretten. Her er det EF-domstolen som har siste ord i konflikter om anvendelsen, og etter EF-domstolens praksis har fellesskapsretten absolutt forrang fremfor enhver nasjonal bestemmelse.

Det kan med andre ord hevdes at avtalen etablerer en politisk mekanisme for å løse de problemer som måtte oppstå som følge av at en EFTA-stat vil bruke sin formelle suverenitet til å gi lover som avviker fra avtalens forpliktelser. Det kan i lys av dette videre hevdes at domstolene ikke fratar lovgiveren noen suverenitet dersom de håndhever en forpliktelse for lovgiveren til å følge de spilleregler som er etablert i avtalen. Det vil derfor ikke innebære noe inngrep i lovgiver-suvereniteten å sette lovvedtak som strider mot EØS-forpliktelser til side, så lenge lovgiveren har mulighet til å erklære at den ikke vil anvende en EØS-forpliktelse og bringe saken inn for EØS-komiteen. En slik tilnærming vil være i tråd med den kontraktuelle tilnærming House of Lords i England har valgt for å forene på den ene siden doktrinen om Parlamentets suverenitet med på den annen side doktrinen om fellesskapsrettens forrang. Denne tilnærmingen innebærer et syn om at det å tiltre Fellesskapet er skjedd på de vilkår og betingelser som fellesskapsretten setter. Dette må innebære at staten som lovgiver også er bundet av disse betingelsene, slik at staten ikke samtidig kan forbli medlem i Fellesskapet og velge mellom de betingelsene den vil bryte og de den vil følge.<sup>21</sup>

Tilsvarende kan man si at tiltredelse til EØS-avtalen innebærer at staten også som lovgiver må akseptere de betingelsene avtalen innebærer, her-

under gjennomføringsforpliktelsen i artikkel 7 og forrangsforpliktelsen i protokoll 35. I alle fall artikkel 7 er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven § 1. Dersom lovgiveren vil bruke sin lovgiversuverenitet må den gjøre det innenfor de rammer avtalen setter, eller si opp avtalen etter reglene for dette. Domstolene er i denne forbindelse forpliktet til å sørge for at avtalens bestemmelser blir håndhevet også vis-à-vis den nasjonale lovgiver. Men dersom staten som lovgiver velger å benytte seg av den politiske mekanismen for å hevde sin suverenitet, må domstolene selvsagt respektere dette.

### Avslutning

Høyesteretts avgjørelse i Finanger II er en viktig avgjørelse. Som det fremgår tar Høyesterett stilling til sentrale spørsmål knyttet til avtalens innhold og status i norsk rett. Avgjørelsen gir dessuten inspirasjon til diskusjon om en rekke andre av avtalens grunnleggende trekk.

EØS-avtalen er en spesiell avtale. Den tar sikte på å forene to i utgangspunktet uforenelige størrelser. På den ene side skal den knytte EFTA-statene til EUs indre marked gjennom felles regler og like konkurransevilkår. På den annen side skal den skåne EFTA-statene fra fellesskapsrettens overnasjonale karakter. Vi har gjennom de år avtalen har eksistert sett at det første av disse formål kanskje har vært oppnådd bedre enn det andre.

I Norge er situasjonen den at folket er splittet omtrent på midten med hensyn til medlemskap i EU. Samtidig er det et stort politisk flertall for at vi skal ha den tilknytning til EU som EØS-avtalen representerer, til tross for de mangler denne har med hensyn til posisjoner og innflytelse.

Poenget med EØS-avtalen er ikke bare at vi får felles regler med EU, det kan vi jo klare gjennom ensidig tilpassning. Poenget er at den etablerer mekanismer for gjensidig tillit og anerkjennelse mellom Norge og EU. Med EØS-avtalen må EU godkjenne alle norske myndighetsvedtak som gir norske varer og tjenester konsesjoner, sertifikater og autorisasjoner etter reglene, på samme måte som vi må godkjenne EUs. Uten avtalen ville EU

ikke vært forpliktet til dette, slik at en norsk eksportør i det enkelte tilfelle ville måtte dokumentere overfor EUs myndigheter at EUs krav er oppfylt, uavhengig av om norske regler og ordninger er like eller til og med bedre enn EUs. Det er for å oppnå dette at vi betaler den pris som EØS-avtalen legger på vår suverenitet.

I denne forbindelse har Høyesterett avsagt en viktig dom som styrker EØS-avtalens troverdighet. Hvis avtalens troverdighet svekkes, er det neppe verdt å betale avtalens pris. Dette bør være et tankekors når man vurderer både bruk av den såkalte veto retten og å la være å gjennomføre direktiver på en lojal måte.

#### Noter

<sup>1</sup> Finanger hevdet også at hun hadde krav på erstatning etter vanlige norske regler om statens erstatningsansvar. Høyesterett avviste dette kort med den begrunnelse at det ikke forelå noe brudd på en materiell internrettslig norm. Se for øvrig generelt om statens internrettslige ansvar for brudd på EØS-avtalen Finn Arnesen, Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen, *TfR* 1997 s. 633–685 og Stefan Jervell, *Lovgivningen i EØS*, Oslo 2001 s. 142–165.

<sup>2</sup> Se bl.a. Jørgen Aall, EMK- og EØS-plenumsdommenes bidrag til avklaring av folkerettens stilling i norsk rett, *Jussens Venner* 2001 s. 73–87, Jens Edvin A. Skoghøy, Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven, *Lov og rett* 2002 s. 337–354 og Hans Petter Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde, *Lov og rett* 2003 s. 468–489.

<sup>3</sup> Se bl.a. NOU 1999:19 *Domstolene i samfunnet* s. 160–161, Øyvind Østerud, Fredrik Engelstad og Per Selle, *Makten og demokratiet En sluttbok fra Makt- og demokratiutredningen*, Oslo 2003, Morten Kinander (ed.) *Makt og rett om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*, Oslo 2005, Kai Krüger, Finanger-dommen og den nye rettskildefaktor: frykten, *Jussens Venner* 2001 s. 89–104 og Jo Hov, Menneskerettigheter – en trussel mot rettssikkerheten? *Lov og rett* 2004 s. 509–511.

<sup>4</sup> «Regjeringen legger til grunn at norske domstoler vil være varsomme med å overprøve lovgivers tolkning av en internasjonal konvensjon, så lenge de norske bestemmelsene bygger på en forsvarlig tolkning av de relevante konvensjonsbestemmelsene. Særlig bør dette gjelde dersom det dreier seg om bestemmelser som er vage, og dersom lovbestemmelsen bygger på verdiprioriteringer og forholdet mellom konvensjonsbestemmelsen og den nasjonale lovbestemmelsen har vært vurdert av lovgiver.»

St.meld. nr. 17 (2004–2005) Makt og demokrati s. 75.

<sup>5</sup> Se på den annen side dissensen til dommer Skoghøy i Rt. 2004 s. 1889.

<sup>6</sup> Se nærmere Hans Petter Graver, The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States, i Baudenbacher, Tresselt and Örllygsson (eds.): *The EFTA Court Ten Years On*, Oxford 2005.

<sup>7</sup> Stefan Jervell, *Lovgivningen i EØS*, Oslo 2001 s. 135 skiller mellom regelverkshomogenitet, fortolkningshomogenitet, institusjonell homogenitet og virkningshomogenitet. Høyesteretts understrekning av homogenitet i Finanger I og II innebærer at homogenitet i EØS er mer enn krav til regelverkshomogenitet og i alle fall omfatter fortolkningshomogenitet og virkningshomogenitet.

<sup>8</sup> Se Hans Petter Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde, *Lov og Rett* 2003 s. 468–486.

<sup>9</sup> Se for et slikt standpunkt Asbjørn Kjønstad, Det nyeste rettskildematerialet om det ulovfestede objektive erstatningsansvaret, *Lov og rett* 2004 s. 579–605.

<sup>10</sup> Se Erling Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Oslo 2003 s. 41–58 for en oversikt over rettighetsbeskyttelsen i EU og en diskusjon i forhold til EØS.

<sup>11</sup> Se Stefán Már Stéfánsson, State Liability in Community Law and EEA Law i Baudenbacher, Tresselt and Örllygsson (eds.): *The EFTA Court Ten Years On*, Oxford 2005.

<sup>12</sup> Se f.eks. EF-domstolens sak C-253/00, Antonio Muñoz y Cia SA og Superior Fruiti-cola SA mod Frumar Ltd og Redbridge Produce Marketing Ltd., *Saml.* 2002 s. I-07289.

<sup>13</sup> Se Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, *EU ret.*, 4. utg., København 2005 s. 62–63.

<sup>14</sup> Se nærmere SOU 1997:194 *Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler* s. 107–108.

<sup>15</sup> Se generelt Thomas Wilhelmsson, De allmänna läroarna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering, *Retfærd* 100, 2003 nr. 1 s. 32–49 og Stefan Leible, The Approach to European Law in German Legislation i Müller-Graff and Selvig (eds.), *The Approach to European Law in Germany and Norway*, Berlin 2004 s. 57–75.

<sup>16</sup> Se nærmere Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utg., Oslo 2005 s. 175 flg.

<sup>17</sup> Se f.eks. sak 102/79 Kommissjonen mot Belgia, *Saml.* 1980 s. 1473, og forente saker 30 til 34/81 Kommissjonen mot Italia, *Saml.* 1981 s. 3379.

<sup>18</sup> Se Stefan Jervell, *Lovgivningen i EØS*, Oslo 2001 s. 134–142 om EØS-ansvaret som et eget homogenitetsansvar.

<sup>19</sup> Se bl.a. EFTA-domstolens uttalelse i sak E-4/01 Karlsson avsnitt 28: «It follows from Article 7 EEA and Protocol 35 to the EEA Agreement that EEA law does not entail a transfer of legislative powers. Therefore, EEA law does not require that individuals and economic operators can rely directly on nonimplemented EEA rules before national courts.»

<sup>20</sup> Se Finn Arnesen, Om statens erstatnings-

ansvar ved brudd på EØS-avtalen, *TfR* 1997 s. 633–685 på s. 680–684.

<sup>21</sup> Se P.P. Craig, Report on the United Kingdom i Slaughter, Stone Sweet and Weiler, *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Oxford 1998.

Hans Petter Graver

### Lempning av erstatningsansvar, skl. § 5-3. Rt. 2005 s. 901, «Bombedommen»

I juni 1997 ble en bombe sprengt utenfor lokalene til motorsykelklubben Bandidos i Drammen. En kvinne som kjørte forbi da bomben eksploderte, ble drept. Fem menn ble dømt til lengre fengselsstraffer for handlingen, og dømt til å betale 287 775 000 kroner i erstatning. I tingretten ble beløpet lempet etter strl. § 5-3 med 95 %, mens lagmannsretten og Høyesterett ikke tok lempningspåstanden til følge.

Det avgjørende for dette standpunktet var at det «dreier seg om en planlagt handling hvor hensikten var å ødelegge. De ankende parter har med åpne øyne voldt omfattende skade. Etter mitt syn er det da vanskelig å finne plass for lempning, selv om ansvaret blir formidabelt – skyldmomentet må tillegges avgjørende vekt» (avsnitt 40).

Peter Lødrup

### Skl. § 3-7 nr. 3 – regressens omfang: «post for post» eller «pakke for pakke». Rt. 2005 s. 769, «Pakke for pakke»

I praksis er det ofte slik at arbeidsgiveren i tillegg til yrkesskadeforsikringen tegner en utvidet, kollektiv personalforsikring som også gjelder skader den ansatte måtte bli påført i fritiden. For den erstatning som utbetales etter denne «fritidsforsikringen» forbeholder forsikringsselskapet seg normalt regress overfor den ansvarlige skadevolder, jf. det unntak fra regressforbudet som følger av skl. § 3-7 nr. 3, jf. Rt. 1999 s. 771, «Bryggeså», om de grunnleggende problemene her.

Ved varig uførhet er grunnerstatningen for en fritidsulykke standardisert etter de regler som gjelder for yrkesskader, jf. forskrift 21. desember 1990 nr. 1027.

Skadelidte A ble i 1997 skadet ved en bilulykke med 100 % ervervsmedsig uførhet som følge. Etter «fritids-

forsikringen» – tegnet i If – ville erstatningen utgjort 1 650 180 kroner. Bilen var trafikksforsikret i Sparebank 1 Forsikring, og partene ble enige om et oppgjør med en samlet erstatning på 3 900 000, som for tap i fremtidig erverv utgjorde 1 150 000 kroner, ménerstatning 750 000 kroner og mer-utgifter 2 000 000 kroner. If hadde i 2000 utbetalt en ménerstatning på 335 334 kroner, som ble refundert av trafikksforsikringsselskapet, og som trakk dette fra i utbetalingen til A.

A krevet av If differansen mellom det beløp som erstatningen for tap i fremtidig erverv utgjorde etter «fritidsforsikringen» – 1 650 180 kroner – og det som var utbetalt av trafikksforsikringen for denne posten – 1 150 000 kroner. A's syn var at regressen bare kunne gjøres «post for post». If hevdet på sin side at den samlede erstatning til A ikke kunne overstige hans økonomiske tap som var dekket fullt ut av trafikksforsikringsselskapet, og nektet å betale denne differansen til A.

A's syn var at If bare kunne kreve regress for det som var utbetalt for lidt og fremtidig inntektstap, idet samordningen bare gjelder den enkelte tapspost – «post for post» – ikke hele erstatningsbeløpet – «pakke for pakke». Dette synet ble støttet av at det generelt måtte gjelde et krav om kompensasjonsrelevans for fradrag etter skl. § 3-1 tredje ledd. If bestred dette, og viste til at regressbestemmelsen bl.a. hadde som formål å holde premienivået nede, noe som talte for at regressen gjaldt «pakke for pakke».

Høyesterett kom enstemmig til at If måtte gis medhold. Forarbeidene ga klart uttrykk for at det ikke skal stilles et alminnelig krav om kompensasjonsrelevans, jf. bl.a. Erstatningslovkomiteens innstilling (fra 1971) s. 28 og 56, Ot.prp. nr. 4 (1972–73) s. 34, Ot. prp. nr. 2 (1975–76) s. 26, og dette synet ble lagt til grunn i RG 2001 s. 1247 (Borgarting), jf. også NOU 1994:20 s. 38 flg. Det er særlig vist til at regressregelen er begrunnet i hensynet til premienivået, slik at «fritidsforsikringene» ikke blir for dyre, og dermed mindre utbredt. Med dette fikk et tvilsomt punkt i mange oppgjør sin avklaring.

Ved siden av å løse et omdiskutert spørsmål i forhold til «fritidsforsikringene», har dommen en generell

interesse for spørsmålet om i hvilken grad det kan oppstilles et krav om kompensasjonsrelevans ved vanlige erstatningsoppgjør. I Rt. 1993 s. 1538, «Horsengdommen», heter det at «Det kan reises spørsmål om lovtekstens forutsetning [i skl. § 3-2] også ligger innebygget i § 3-1 tredje ledd. Uansett taler etter min mening gode grunner for at det oppstilles som en forutsetning for fradrag etter tredje ledd første punktum at det skal være sammenfall i tid mellom tryggedekningen og den periode selskapet svarer for.» Dette er det lett å være enig i – kravet på trygd for tiden før skaden inntraff er uavhengig av skadetilfellet. Men hvor det er sammenheng mellom skaden og trygdeutbetalingen, synes denne dommen, jf. også Rt. 1997 s. 390, «Jørgensen», å måtte veie tungt i retning av at et krav om kompensasjonsrelevans ikke kan oppstilles for fradrag etter skl. § 3-1 tredje ledd første punktum, selv om det ikke ble tatt standpunkt til dette i dommen (avsnitt 43).

I den juridiske teori har holdningen vært en noe annen, se Kjønstad, *LoR* 1982 s. 3 flg. på s. 13 flg., Nygaard, *Skade og ansvar*, 5. utg. 2000 s. 33 flg. Selv hadde jeg i *LoR* 1998 på s. 226 flg. inntatt et noe annet standpunkt, men sluttet meg til de nevnte forfattere i *Lærebok i erstatningsrett*, 4. utg. 1999 s. 427 flg.

*Peter Lødrup*

### **Svangerskapsforgiftning – Høyesteretts dom 2. september 2005**

I Høyesteretts dom 2. september 2005 ble en kommune frifunnet for et erstatningskrav i anledning svangerskapsforgiftning. Svangerskapsforgiftningen ble oppdaget for sent, og både mor og barn fikk varige skader.

Grunnlaget for erstatningskravet var arbeidsgiveransvar for jordmoren som hadde vært i kontakt med moren (skadeserstatningsloven § 2-1), og uaktsomhetsansvar for organiseringen av jordmortjenesten. I begge tilfeller vil en, som det heter i skadeserstatningsloven § 2-1, se hen til «de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten».

Jordmoren var tilkalt fordi moren trodde fødselen var i gang. Det var den ikke. Det springende punktet var om

jordmoren burde undersøkt mer aktivt om svangerskapsforgiftning var under utvikling, slik at behandling kunne vært satt i verk.

Høyesterett fant naturlig nok at skadelidte med rimelighet kunne forvente at jordmoren hadde «blikket rettet mot symptomer på en unormal utvikling av et svangerskap». Dommen gir slik sett ikke noe bidrag til presiseringen av aktsomhetsnormen i forskjellige sammenhenger.

Det avgjørende i dommen var bevisvurderingen: Slik retten fant at situasjonen hadde blitt presentert for jordmoren, hadde hun ikke grunn til å foreta nærmere undersøkelser. Det ble her i tråd med praksis lagt vekt på journalføringen på skadetidspunktet og at det var «vanskelig å forestille seg at en så vidt erfaren jordmor som D ikke ville ha blitt alarmert av symptomer som sterk hodepine og kvalme» om de hadde blitt presentert for henne. Vitneforklaringer blir altså tillagt relativt mindre vekt, noe som for øvrig gjør Høyesterett godt i stand til å vurdere bevissspørsmålene.

På tross av at morens forklaring om hva som hadde skjedd ble satt til side, ble saksomkostninger ikke tilkjent. Dette er nok godt i samsvar med vanlig oppfatning av hva som er rimelig, om enn ikke helt lett å hjemle i tvml. § 172.

Kommunens organisering av helse-tjenesten ble heller ikke funnet uaktsom. Den var i samsvar med vanlig praksis, og eventuelle feil sto uansett ikke i årsakssammenheng med skaden. Det ble også nevnt at det ikke var nødvendig å instruksfeste noe så selv-sagt som at en jordmor i alle tilfeller skal «ha blikket rettet mot en mulig unormal utvikling av et svangerskap».

Etter den nye pasientskadeloven nr. 53/2001 ville vurderingstemaet vært om det hadde vært «svikt ved ytelsen av helsehjelp» snarere enn om noen hadde vært uaktsomme. Men i begge tilfeller skal det legges vekt på om tjenesten tilfredsstiller «de krav skadelidte med rimelighet kan stille», og noen særskilte bevisregler av betydning her har den nye loven ikke. Så også etter den nye loven er det grunn til å tro at når pasienten ikke sier fra om sine symptomer, kan han eller hun ikke etterpå kreve erstatning.

*Erik Røsæg*



## KILE-saken. Rt. 2005 s. 65

### 1. Hva saken gjelder

Saken gjelder spørsmålet om et nettselskaps reduserte inntektsramme pga. strømavbrudd har erstatningsrettslig vern overfor en entreprenør som sprengte over en av selskapets strømførende kabler. Saken forutsetter kunnskap om den spesielle inntektsrammereguleringen av nettselskaper, herunder kvalitetsjusterte inntektsrammer for ikke-levert energi (KILE). Jeg vil derfor først gi en kort oversikt over denne reguleringen.

### 2. Inntektsrammereguleringen

Utgangspunktet er at nettselskapets grunnlag for tariffing av nettjenesten ikke skal overstige en inntektsramme. Inntektsrammen fastsettes og oppdateres årlig av Norges Vassdrags- og Energidirektorat (NVE) i henhold til forskrift av 3. november 1999 (kontrollforskriften), gitt i henhold til energilovforskriften § 7-1, jf. energiloven § 7-6. Reguleringen skal ivareta hensynet til kontroll av nettselskapet som naturlig monopol og samtidig gi selskapet nødvendige incentiver til kostnadseffektiv drift. Se nærmere Hammer, Kraftmarked og nettmonopol, i: Falkanger/Haagensen (red.), *Vassdrags- og energirett*, s. 714–723.

Ifølge kontrollforskriften skal inntektsrammen omfatte kapitalkostnader, herunder avskrivninger og avkastning på investert kapital, driftskostnader og kostnader forbundet med tap av strøm i nettet (netttap). Inntektsrammen skal dekke en rimelig avkastning på investert kapital gitt effektiv drift. Nettselskapets fordeling av inntektsrammen på nettkundene i form av tariff er også gjenstand for utførlig regulering, men denne delen av reguleringen går jeg ikke inn på her. Inntektsrammereguleringen vektlegger i stor grad hensynet til økonomisk effektivitet vis-à-vis nettselskapet. Faren er da at leveringskvaliteten i nettet blir skadelidende. Det vil ikke være i samsvar med energilovens og kontrollforskriftens formål. Derfor har kontrollforskriften kap. 9 nærmere regler om kvalitetsjusterte inntektsrammer ved ikke-levert energi (KILE), som skal gi nettselskapet de nødvendige incentiver til også å vareta hensynet til leveringskvalitet. Nett-

selskapet belønnes for god leveringskvalitet og straffes for dårlig leveringskvalitet.

I utgangspunktet beregner NVE et forventet årlig KILE-beløp for det enkelte nettselskap. Beregningsgrunnlaget omfatter alle nettkunder tilknyttet selskapets nett, og skal avspeile nettkundenes gjennomsnittlige kostnader ved ikke-levert energi. KILE-beløpet gjelder kun langvarige avbrudd, for tiden avbrudd med varighet over 3 minutter. Nettselskapet beregner deretter faktisk årlig KILE-beløp, og rapporterer beløpet til NVE. På dette grunnlag beregner NVE et fradrag/tillegg i inntektsrammen i forbindelse med den årlige oppdateringen. Dersom nettselskapets faktiske KILE-beløp overstiger forventet KILE-beløp, kalles differansen merinntekt, og inntektsrammen justeres ned med et tilsvarende beløp. Dersom nettselskapets faktiske KILE-beløp faller under forventet KILE-beløp, kalles differansen mindreinntekt, og inntektsrammen justeres opp med et tilsvarende beløp. Man skal merke seg at nettselskapet på denne måten straffes for merinntekt og belønnes for mindreinntekt. Det er altså ikke slik at færre avbrudd enn forventet automatisk fører til lavere tariff for nettkundene. Da ville ikke nettselskapet ha blitt belønnet for god leveringskvalitet, slik inntektsrammereguleringen forutsetter.

### 3. Den konkrete saken

Maskinentreprenør Stig Kristiansen AS utførte i november 2001 gravearbeid på Kvaløysletta. Firmaet hadde i denne forbindelse engasjert Rolf Jørgensen AS til å utføre sprengningsarbeid. Den 16. november 2001 påviste Troms Kraft Nett AS (nettselskapet) overfor Stig Kristiansen AS en jordkabel i anleggsområdet. Den 22. november 2001 kl. 09.35 registrerte nettselskapet brudd på kabelen. Rolf Jørgensen AS opplyste noe senere at årsaken til bruddet var et sprengningsuhell. Kabelbruddet medførte strømavbrudd fra kl. 09.35 til kl. 10.22 for 1500 abonnenter, og fra kl. 10.22 til kl. 10.25 for 1061 abonnenter.

Reparasjonen av kabelen kostet kr. 28.846. Kostnaden ble erstattet av forsikringsselskapet til Stig Kristiansen

AS, If Skadeforsikring NUF (If).

Bruddet hadde imidlertid også generert en KILE-kostnad på kr. 78.404. I utgangspunktet hadde NVE fastsatt et forventet KILE-beløp for nettselskapet på kr. 77.740.000 for den aktuelle periode, mens faktisk KILE-beløp ble kr. 21.544.000. Følgelig forelå det en mindreinntekt som ga grunnlag for økt tariffing av nettkundene. Men mindreinntekten ville vært kr. 78.404 høyere, dersom avbruddet ikke hadde inntruffet. Det er altså tale om en redusert mindreinntekt for nettselskapet, og følgelig et redusert fremtidig tariffgrunnlag overfor nettkundene. Nettselskapet krevde at If skulle erstatte KILE-kostnaden på kr. 78.404. Nettselskapet fikk medhold i tingretten og lagmannsretten, hvorefter If anket saken inn for Høyesterett. Høyesterett ga nettselskapet medhold under dissens (4-1).

### 4. Økonomisk tap

Det første spørsmålet var om det forelå et økonomisk tap på nettselskapets hånd. Partene var enige om at sprengningsuhellet hadde generert en KILE-kostnad på kr. 78.404, og at dette medførte et redusert grunnlag for tariffing av nettkundene i fremtiden. Men If bestred at dette var et økonomisk tap i erstatningsrettslig forstand.

Førstvoterende uttalte (pkt. 46): «Det forhold at en offentlig regulering – her KILE-ordningen – åpner for at det i forbindelse med en skadevoldende handling kan oppstå nye typer økonomiske tap, medfører etter min vurdering ikke at det er grunn til å fra-vike det tradisjonelle erstatningsrettslige utgangspunkt for å fastlegge om skadelidte er påført et økonomisk tap: en sammenligning av skadelidtes økonomiske situasjon umiddelbart før skaden med situasjonen etter skaden.» Det ble deretter fastslått at det konkrete tapet var påregnelig for skadevolder som en nærliggende konsekvens av kabelbruddet.

### 5. Erstatningsrettslig vern

If anførte at KILE-kostnaden måtte sidestilles med et tredjemannstap, som ikke hadde erstatningsrettslig vern. KILE-kostnaden reflekterer nettkundenes tap ved ikke-levert energi. KILE-ordningen har overført sluttbru-

kernes tap til nettselskapet. Så lenge skadevolder neppe ville ha vært ansvarlig overfor sluttbrukerne, må det samme gjelde overfor nettselskapet. Spørsmålet om tredjemanns erstatningsrettslige vern har vært oppe i flere dommer, blant annet Flymanøverdommen (Rt. 1973, s. 1268). Her var spørsmålet om tredjemanns tap tilfredsstilte kravet til adekvat årsaks-sammenheng. I den aktuelle sak var spørsmålet om eieren av den skadete gjenstand skulle vurderes på linje med tredjemann ved spørsmålet om utstrekningen av erstatningsrettslig vern. Førstvoterende fant ikke holdpunkter i rettspraksis for det. Hun påpekte i denne forbindelse (pkt. 50): «Jeg kan ikke se at den omstendighet at tapet er en konsekvens av en offentlig regulering av et faktisk monopol, endrer dets erstatningsrettslige vern. Skadevolder må etter min mening godta skadelidte slik han er på skadetidspunktet, jf. Høyesteretts dom 25. november 2004 avsnitt 41».

If anførte at nettselskapets tap uansett måtte være uten erstatningsrettslig vern ut fra en interesseavveining. Man fremhevet i denne forbindelse muligheten for uoversiktlige og svært store KILE-beløp, og at nettselskapet var nærmest til å forhindre kabelbrudd og bære risikoen for tap av den særlige karakter det her var tale om. Heller ikke denne anførselen vant frem hos førstvoterende. Men If fikk på dette punkt støtte av den dissenterende dommeren i Høyesterett. Han tok utgangspunkt i at KILE-beløpet er en ny og særpreget erstatningspost, og at det i erstatningsrettslig henseende «bør foretas en mer helhetlig vurdering av KILE-ordningen og dens konsekvenser for nettselskapene» (pkt. 58). I denne forbindelse ble Arbeidsgiveravgiftdommen (Rt. 2000.1756) trukket frem. I denne saken hadde arbeidsgiveren i henhold til en tariffavtale pådratt seg større utgifter overfor en trafikkskadet ansatt enn det folketrygden refunderte. Forsikrings-selskapet If ville ikke dekke disse ekstra utgiftene. I denne saken kom en enstemmig Høyesterett til at arbeidsgiveren var nærmest til å bære tapet. Førstvoterende – for øvrig samme førstvoterende som i KILE-saken – kom til at tapet var nærmere knyttet til

arbeidsgivers avtaleforpliktelse enn til skaden. Det ble påpekt (s. 1762): «Han er den som er nærmest til å ha kontroll med omfanget av mulige fremtidige tap som følge av tariffavtalen». Mindretallet mente at tilsvarende interesseavveiningssynspunkter måtte kunne gjøres gjeldende i KILE-saken. Saksforholdet i de to sakene er likevel forskjellig på et viktig punkt. I KILE-saken utspringer det særlige tapet av en offentlig regulering, mens det i Arbeidsgiveravgiftsaken utspringer av en tariffavtale. På dette punkt viser Høyesteretts praksis at det ikke er grunnlag for å sidestille tariffavtaler med offentlig regulering.

*Ulf Hammer*

### **Forholdet mellom megleransvar og selgeransvar – Høyesteretts dom 29. juni 2005**

I Høyesteretts enstemmige dom 29. juni 2005 er det lagt til grunn at en eiendomsmegler som er ansvarlig overfor en kjøper i kraft av profesjonsansvaret utenfor kontraktsforhold, hefter prinsipalt solidarisk med en selger som er ansvarlig overfor kjøperen etter reglene i avhendingsloven. Det er ikke avgjørende om kravet mot selgeren er formulert som et krav om prisavslag eller erstatning, så lenge den mangelen som er grunnlag for kravet er samme forhold som det som begrunner kravet mot eiendomsmegleren.

Dommen avgjør i tillegg at et utenrettslig forlik mellom kjøperen og selgeren hvor kjøperen frafaller kravet mot selgeren, ikke er til hinder for at kjøperen deretter krever erstatning av eiendomsmegleren.

Kjøpet gjaldt ifølge salgsoppgaven en stor tomannsbolig med i alt fire leiligheter, hvorav én i underetasjen og én i loftsetasjen. Det viste seg etter overtakelsen at leilighetene i underetasjen og loftsetasjen ikke var byggeanmeldt og at det ikke forelå godkjenning av bruksendringene. Kjøperen gjorde gjeldende krav mot både selgeren og eiendomsmegleren for dette forholdet. Det ble inngått utenrettslig forlik med selgeren. Forliket omfattet også enkelte andre forhold. I forliket frafalt kjøperen krav mot selgeren i anledning de to leilighetene. Det heter

uttrykkelig i forliket at krav om erstatning for leilighetene utelukkende ville bli rettet mot eiendomsmegleren.

I byretten ble eiendomsmegleren frifunnet, mens han i lagmannsretten ble kjent ansvarlig. I saken for Høyesterett var det erkjent fra meglerens side at det var grunnlag for profesjonsansvar. Det var også enighet om erstatningsbeløpet dersom eiendomsmegleren kunne holdes ansvarlig. Tvistespørsmålene for Høyesterett var om eiendomsmegleren i utgangspunktet heftet prinsipalt eller subsidiært solidarisk med selgeren, og om forliket mellom kjøperen og selgeren innebar at erstatningskrav mot megleren var avskåret.

Eiendomsmegleren anførte at hans ansvar er subsidiært i forhold til selgerens ansvar. Det ble anført (avsnitt 15) at regelen om solidaransvar i skadeserstatningslovens § 5-3 nr. 1 ikke gjelder når ett av kravene – kravet mot selgeren – bygger på kontrakt, og at «slikt ansvar» heller ikke kan stilles opp på ulovfestet grunnlag. Meglerens anførsler er for øvrig gjengitt slik i avsnitt 16:

«Kjøper må utnytte gjensidighetsbeføyelsene overfor selger, og kan først gå på megler dersom det ikke er noe å hente hos den kontraktsansvarlige. For så vidt gjelder ansvar som megler hefter sammen med selger for, er meglerens ansvar utsatt i tid, til det er brakt på det rene at det ikke er noe å hente hos selger.»

Kjøperen hevdet på sin side i hovedsak at solidaransvar følger av skadeserstatningslovens § 5-3 nr. 1, enten direkte eller analogisk anvendt, jf. avsnitt 25.

Førstvoterende starter (avsnitt 32) med å konstatere at eiendomsmeglerens ulovfestede profesjonsansvar overfor oppdragsgiveren – selgeren – er et erstatningsansvar i kontraktsforhold, mens profesjonsansvaret overfor oppdragsgiverens medkontrahent – kjøperen – er et ansvar utenfor kontraktsforhold. Det er ikke overraskende, men likevel verdt å merke seg, at meglerens ansvar overfor kjøperen klassifiseres som ansvar utenfor kontraktsforhold. Det åpnes ikke for at relasjonen mellom megler og kjøper

kan anses som kvasikontraktuell, eller som en kontraktsrelasjon basert på oppdragsavtalen mellom megler og selger som tredjemannsavtale til fordel for kjøper. Høyesteretts klassifisering av ansvaret kan ha betydning i forskjellige sammenhenger, bl.a. i forhold til regler om foreldelse. Det er også verdt å merke seg at både kontraktsansvaret (overfor selgeren) og ansvaret utenfor kontrakt (overfor kjøperen) betegnes som «profesjonsansvar».

Førstvoterende fant (avsnitt 35) ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om kjøperens krav mot selgeren var et krav om prisavslag eller erstatning:

«Det er ikke tvilsomt at kravet mot megleren gjelder det samme pengekravet som kjøper fremsatte mot selger, og at kravet i relasjon til begge skyldes at leilighetene i kjelleren og på loftet ikke var godkjent som separate boenheter.»

Når det gjelder betydningen av skadeserstatningslovens § 5-3 nr. 1, uttalte førstvoterende (avsnitt 40), under henvisning til juridisk teori, at det gjelder en tilsvarende ulovfestet solidaransvarsregel for kontraktsforhold.

Videre heter det (samme avsnitt):

«Når det således foreligger regler om solidaransvar både i og utenfor kontraktsforhold, kan jeg vanskelig se det annerledes enn at tilsvarende også må gjelde når kravet mot den ene gjelder ansvar i kontrakt og mot den andre ansvar utenfor kontrakt.»

Det ble tilføyd (samme avsnitt) at hensynet til skadelidte taler for at han fritt må kunne velge blant flere som hefter for det samme pengekravet. Førstvoterende fant det etter dette (avsnitt 41)

«ikke nødvendig å ta standpunkt til om solidaransvaret i den foreliggende sak følger direkte av § 5-3 eller bygger på den tilsvarende ulovfestede regelen. Resultatet blir det samme.»

Førstvoterende gikk deretter over til å drøfte betydningen av eiendomsmeglerens adgang til regress mot selgeren. Selv om det ikke er sagt uttrykkelig av førstvoterende, er sammenhengen her at det ville være et argument mot prin-

sipalt solidarisk ansvar at megleren eventuelt ikke kunne gjøre gjeldende hel eller delvis regress mot selgeren.

Det første spørsmålet i denne sammenheng var om forliksavtalen mellom kjøper og selger stengte for regress fra megleren mot selgeren. Høyesterett fant det, under henvisning til juridisk teori, vanskelig å se det slik at ettergivelsen overfor selgeren innebar et avkall på adgangen til å ta skritt som vil kunne resultere i regressansvar for selger (avsnitt 44). Det ble således lagt til grunn at forliksavtalen ikke var til hinder for regresskrav.

Om grunnlaget for regress i sin alminnelighet uttaler førstvoterende så (avsnitt 45) at regressrett er et naturlig – og nødvendig – supplement til regler om solidarisk ansvar. Regressrett gjør det mulig å plassere byrden der den bør være ut fra forholdet mellom de ansvarlige og omstendighetene for øvrig, uavhengig av hvem som betaler i første omgang. Regress følger uttrykkelig av skadeserstatningsloven § 5-3 nr. 2, men en tilsvarende regressrett må ifølge førstvoterende være utgangspunktet også ved solidaransvar utenfor erstatningsretten. Det uttales videre (samme avsnitt) at retningslinjene for regressretten i § 5-3 nr. 2 – skjønnsmessig vurdering «under hensyn til ansvarsgrunnlaget og forholdene ellers» – må gjelde selv om denne bestemmelsen ikke kommer direkte til anvendelse:

«Bestemmelsen gir en rimelig løsning for fordelingen av ansvaret mellom samskyldnere i et tilfelle som det foreliggende.»

Førstvoterende kunne (avsnitt 46)

«ikke se at det foreligger hensyn som taler for at meglerens ansvar bør være subsidiært i forhold til selgerens. Når en megler har utvist erstatningsbetingende uaktksomhet, kan jeg ikke se at det er avgjørende argumenter mot at han skal hefte prinsipalt solidarisk overfor kjøper.»

Megleren hadde også anført at prinsipalt solidarisk ansvar kunne føre til at selgeren ble sittende igjen med en større kjøpesum enn det egentlig var reelt grunnlag for. Bakgrunnen for dette er at korrekte og fullstendige opplysninger før kjøpet om feil og

mangler (i denne saken om manglende godkjennelse av leiligheter i bygget) kan føre til lavere salgspris for selgeren. Om dette viser førstvoterende til sine tidligere uttalelser om regress:

«Som det fremgår, mener jeg at en megler i utgangspunktet har rett til regress mot selger.»

Det er ikke uten videre klart hvordan denne uttalelsen er å forstå. Selgeren var ikke part i saken for Høyesterett, og uttalelsen kan vanskelig forstås slik at det er grunnlag for full eller delvis regress i denne konkrete saken. Heller ikke kan uttalelsen forstås slik at eiendomsmeglere som gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til kjøpere, normalt og som hovedregel kan gjøre gjeldende full eller delvis regress mot selgeren for erstatningsbeløp utbetalt til kjøperen. Dette må bero på en konkret vurdering, jf. skadeserstatningslovens § 5-3 nr. 2. I denne vurderingen må man trekke inn sannsynligheten for at selgeren har oppnådd høyere salgssum som følge av de uriktige eller ufullstendige opplysningene. Mye taler for at bevisbyrden for høyere salgssum i slike tilfeller må hvile på eiendomsmegleren.

Det er i alle tilfelle klart at prinsipalt solidarisk ansvar mellom eiendomsmegler og selger ikke er betinget av at megleren i det konkrete tilfellet kan gjøre full eller delvis regress gjeldende mot selgeren.

Det er for øvrig også mulig for selgeren å gjøre regress gjeldende mot eiendomsmegleren, dersom selgeren betaler prisavslag eller erstatning til kjøperen. Det skal ikke ha noen betydning for den endelige plassering av ansvaret om det er selgeren eller megleren som gjør opp med kjøperen i første omgang.

Regress mellom megler og selger reiser spørsmål som ikke kan anses avklart gjennom førstvoterendes kortfattede uttalelse om at «en megler i utgangspunktet har rett til regress mot selger».

*Trygve Bergsåker*

### Gjenopptakelse av farskapssaker

I heftet nr. 1/2005 reiste jeg (s. 7–8) spørsmålet om gravåpning i farskapssaker i forbindelse med kjennelsen i RG 2004 s. 1102. Etter gravferdsloven 7. juni 1996 nr. 32 § 7 kan Kirkelig fellesråd gi «tillatelse til åpning av grav på kirkegård». Jeg uttalte at jeg ikke hadde kjennskap til om noen slik tillatelse var gitt i en farskapssak, men ga uttrykk for at en søknad om dette ikke burde avvises på prinsipielt grunnlag.

Etter dette fikk jeg et brev fra dommer Terje Alfsen, hvor han vedla en dom han hadde avsagt i Oslo tingrett 16. september 2002. Saksforholdet var at A's mor hadde fortalt ham at avdøde B var hans far. A saksøkte B's dødsbo med påstand om at B var hans far. Etter at en nær slektning av avdøde ikke hadde ønsket å avgi blodprøve med sikte på en DNA-analyse, mens avdødes halvsøsken hadde gjort det, besluttet X i kirkelig fellesråd å samtykke i gravåpning. Resultatet av DNA-analysene viste at B ikke var A's far.

### Arvingers adgang til å gå til endringssak overfor et barn hvor farskapet bygger på pater est-regelen, Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 14. juli 2005

Etter E's død reiste to av hans barn, A og B, sak mot C med påstand om at E ikke var far til C. C var født i ekteskap. Tingretten og lagmannsretten avviste saken, og Høyesteretts kjæremålsutvalg forkastet kjæremålet.

Arvingers adgang til å bestride at en medarving er barn av avdøde ble opphevet i 1997. A og B mente at endringene i barneloven § 6 i 2002 med vekt på det biologisk riktige farskap måtte få betydning for arvingers rett til å få prøvet om en avdød ekte mann var far til hustruens barn.

Det resultatet som de tre instanser her kom til, må åpenbart være riktig. At lovendringene i 2002 skulle ha gjeninnført arvingers søksmålsrett, er det intet holdepunkt for. Ordlyden i gjeldende § 6 er helt klar.

Når dette er sagt, er det fristende å komme med et par refleksjoner. I kjæremålsutvalgets kjennelse heter det bl.a.: «Det finnes verken i lovens ord-

lyd eller forarbeider noen holdepunkter for at det ved denne lovendringen ble tilsiktet noen endring i reglene om hvem som kan reise søksmål for endring av farskap» (avsnitt 22). Jeg forbauses noe over at forarbeidene nevnes i denne forbindelse. Selv om forarbeidene til 2002-endringene hadde inneholdt slike holdepunkter, står det for meg som klart at slike holdepunkter i forarbeidene ikke kunne vært tillagt betydning, når de søksmålsberettigedes krets i § 6 ikke ble utvidet. At «etterarbeider» kan endre en klar lovtekst på et felt som dette, er meg fremmed.

Jeg reiser videre spørsmål om det var riktig uten forbehold i 1997 å oppheve arvingers søksmålsrett. Det ble i Ot.prp. nr. 56 (1996–1997) s. 29 flg. begrunnet med at arvingenes behov for å få prøvet farskapet var mindre enn før, ved at partene selv ved en enkel blodprøve kan få avklart farskapsspørsmålet. «Dersom ingen av partene tar opp saken, mener departementet at dette må anses som aksept av farskapet som farens arvinger ikke bør kunne gjøre noe med.» Denne begrunnelsen favner imidlertid ikke lenger enn til de tilfelle der særlig ektemannen før sin død ikke hadde grunn til mistanke om at barnet ikke var hans. At hustruens utroskap og hemmeligholdelse av dette overfor ektefellen skal medføre at farskapet sementeres – med mindre moren eller barnet, den biologiske far eller, hvis særlige grunner taler for det – fylkesstrygdekontoret reiser endringssak, er en rettstilstand jeg ikke finner heldig. Men om dette er det utvilsomt delte meninger. Norsk rett er her på linje med islandsk rett, mens de øvrige nordiske land gir arvingene – under visse vilkår – adgang til endringssak, se nærmere Lødrup, *Nordisk børneret I*, Nord 2003:4 s. 150 flg.

Peter Lødrup

### Litteratur

Kristin Skjørten, *Samlivsbrudd og barnfordeling – en studie av lagmannsrettsdommer*, Oslo 2005, 162 sider.

Johanna Schiratzki, *Rättstvist – Underhållsbidrag till barn*, Uppsala 2005, 92 sider.

### Skifteutlegg og tvangsfullbyrdelse

En arving kan etter omstendighetene overta fast eiendom, selv om eiendommens verdi overstiger arvelodden. Medarvingene får da et krav mot den overtagende, som imidlertid ikke behøver yte kontant oppgjør. Han har krav på en viss kreditt, men til gjengjeld sikres kravet ved pant i eiendommen, jf. skiftel. § 65. Og tilsvarende kan det være ved skifte mellom ektefeller, jf. ekteskapsl. § 70. Det er i begge tilfeller tale om en tidsbegrenset kreditt: Fordringen kan sies opp med seks måneders varsel, og slikt varsel kan godt gis samme dag som panteretten stiftes. Ved et offentlig skifte vil det være tingretten som etablerer panteretten, dvs. utferdiger et dokument som angir sikret beløp m.v. og at den overtatte eiendom tjener som sikkerhet. Et slikt dokument – betegnet som *skifteutlegg* – kan tinglyses, og det kan visstnok skje selv om den hvis midler skiftes, ikke står som hjemmelshaver (jf. Austenå, *Tinglysningsloven* (9. utg. 1990) s. 126). Men er skiftet privat, må man gå frem på annet vis: I skjøtet som overfører eiendommen til arvingen/ektefellen, kan det tas panterettsforbehold, eller overtageren kan undertegne et pantedokument som blir tinglyst samme dag som skjøtet.

Blir den sikrede forpliktelse ikke innfridd ved forfall, kan panteretten bli utnyttet. Den panterett som måtte være stiftet ved et privat skifte, gir ikke opphav til andre spørsmål enn dem vi kjenner fra alminnelig kontraktspantsettelse. Ved skifteutlegg er det derimot enkelte særtrekk som fortjener en nærmere omtale.

Skal kreditor kunne få tvangsinn-drevet sin fordring, må han ha tvangsgrunnlag, det være seg et *alminnelig* eller et *særlig* tvangsgrunnlag. Utlodningen – altså beslutningen om at A overtar den faste eiendom og i den anledning skylder B x kr. – er ikke et alminnelig tvangsgrunnlag, slik som en dom eller kjennelse. Utlodningen går heller ikke inn under oppregningen av særlige tvangsgrunnlag i tvfbl. § 7-2. Utlodningen gir således ikke B grunnlag for å kreve (nams)utlegg hos A når A misligholder sin forpliktelse, jf. Falkanger, Flock & Waaler, *Tvangsfullbyrdelsesloven*

(3. utg. 2002) s. 145 og fra praksis Rt. 2001 s. 96 (om utlegg i en motorbåt). Men med et skifteutlegg er B bedre stillet, idet tvfbl. § 11-2 første ledd bokstav a fastslår at «registrert utlegg» er særlig tvangsgrunnlag for realisasjon av «realregistrerte formuesgoder», og «utlegg» omfatter her skifteutlegg. Veien til tvangssalg er m.a.o. relativt grei når B har et tinglyst skifteutlegg. Når forfall er inntrådt og varselreglene i tvfbl. § 4-18 er iakttatt, kan realisasjonsbegjæring fremsettes for tingretten, og så går saken sin gang, i alminnelighet som et medhjelpersalg.

Men det kan tenkes at A har innvendinger, de kan være av mange slag: Kravet er bortfalt som følge av betaling, ettergivelse, foreldelse, eller utlegget beror på en misforståelse, osv. Hvorvidt slike innvendinger skal kunne innvirke på eller endog stanse realisasjonen, beror på reglene i tvfbl. § 4-2. Her ser vi bort fra de spesielle reglene i første ledd, og gjengir annet og tredje ledd:

«Mot et krav som er fastslått i et alminnelig tvangsgrunnlag kan det bare gjøres innvendinger som støtter seg til omstendigheter som er oppstått så sent at de ikke kunne ha vært påberopt før avgjørelsen.

Mot et særlig tvangsgrunnlag eller et krav som er fastslått i et særlig tvangsgrunnlag, kan det fremsettes enhver innvending som kunne ha vært satt fram under et søksmål.»

De særlige tvangsgrunnlag behøver ikke være kommet i stand på samme betryggende måte som et alminnelig tvangsgrunnlag – typisk en dom, og derfor er reglene utpreget forskjellige. Overfor dommen er det bare etterfølgende omstendigheter som kan påberopes, f.eks. at gjelden nå er betalt. Overfor de særlige grunnlag er det ingen slik begrensning; namsmyndigheten må ta standpunkt nærmest til en hvilken som helst innvending.

Om disse reglers betydning ved skifteutlegg har Høyesteretts kjæremålsutvalg avsagt kjennelse av 8. august 2005.

Faktum var i korthet: Ved utlodning av fellesboet fikk A den faste eiendom, med en forpliktelse overfor B på vel

kr. 2 mill. som senere ble sikret ved skifteutlegg i eiendommen. Da B påberopte seg utlegget som grunnlag for tvangssalg, kom det en rekke innvendinger fra As side. Oslo byfogdem-bete og Borgarting lagmannsrett tok begjæringen om tvangssalg til følge, hvilket A påkjærte. Grunnlaget for kjæremålet er gjengitt slik:

«Skiftebehandlingen har vært basert på et uriktig grunnlag som følge av at motparten, hennes pro-sessfullmektig og hennes far har gitt uriktige opplysninger. A er nå i stand til å føre bevis for dette. Han påberoper blant annet erklæringer fra sine to barn og en løgndetektor-test som han har gjennomgått. Dette må lede til at skiftet må endres ved at skiftebehandlingen søkes gjenopptatt, eventuelt ved at skiftet stilles i bero til en eventuell erstatningssak er avgjort.»

Umiddelbart skulle man tro at vi her står overfor et forhold som reguleres av tredje ledd ettersom det påberopte skifteutlegg utvilsomt er et særlig tvangsgrunnlag. Men Kjæremålsutvalget gikk bakenom skifteutlegget og så på det forhold som begrunnet utlodningen og det senere skifteutlegg. Utvalget henviste til at lagmannsretten hadde funnet at As innvendinger mot skiftet «knytter seg til spørsmål som har vært gjenstand for rettslig behandling og er rettskraftig avgjort»; «[p]å denne bakgrunn kom lagmannsretten til at adgangen til å fremsette de aktuelle innvendinger under tvangsfullbyrdelsen ble regulert av den snevre bestemmelsen i § 4-2 annet ledd». Og det var en rettsoppfatning som Kjæremålsutvalget fant var riktig.

Altså: Selve panteretten, som jo er forutsetningen for realisasjonsbegjæringen, var ikke fastslått i et alminnelig tvangsgrunnlag; det forelå ingen dom eller kjennelse om panterett. Men at B hadde et (penge?)krav, var – så vidt skjønnes – fastslått etter skiftetvist, dvs. at det forelå en kjennelse for kravet, jf. skiftel. § 23. Og dermed var det neste skritt, nemlig å etablere et skifteutlegg, antagelig ansett å være såvidt uproblematisk at det ble funnet riktig å anvende § 4-2 annet ledd når det skulle tas standpunkt til innvendinger mot fremme av tvangssalgsbe-

gjæringen. Hvor langt man her kan strekke formuleringen «knytter seg til» det som er rettskraftig avgjort, kan nok gi foranledning til en viss diskusjon.

Med denne subsumsjon ble det videre spørsmål om de påberopte forhold var «omstendigheter som er oppstått så sent at de ikke kunne vært påberopt før avgjørelsen». Om dette sa Utvalget at lagmannsretten hadde lagt til grunn at annet ledd «tok sikte på situasjoner som ikke under noen omstendighet kunne vært hensyntatt under den rettslige behandling av saken»; her var det tale om en endring av bevissituasjonen, og det falt utenfor hva annet ledd tillater tatt i betraktning. Heller ikke på dette punkt var Kjæremålsutvalget uenig. Skjæringspunktet var altså her «den rettslige behandling av saken», hvilket formodentlig er en referanse til avgjørelsen av skiftetvisten, ikke til den senere utlodning eller til den enda senere beslutning om pantesikring.

*Thor Falkanger*

### **Presumsjonsregelen i tvangsl.**

#### **§ 7-13 tredje ledd. Rt. 2005 s. 491**

I utleggssaker finnes en særskilt presumsjonsregel i tvangsfullbyrdselsloven § 7-13 tredje ledd der saksøkte er gift eller lever i et ekteskapsliggende forhold. I slike tilfeller kan utlegg tas i en ideell halvdel av felles bolig ervervet under samlivet, hvis ikke et annet eierforhold «blir sannsynliggjort». Det var lenge noe uklart hva som skulle til for at et annet eierforhold skulle anses for «sannsynliggjort», men i en prinsippavgjørelse i Rt. 1999 s. 901 slo Høyesterett fast at presumsjonsregelen i § 7-13 tredje ledd ikke sier noe mer enn det som følger av prinsippet om fri bevisbedømmelse, og at det først og fremst er under den innledende behandling av utleggsbegjæringen hos namsmannen at bestemmelsen får betydning. Denne forståelsen er senere fulgt opp i en rekke kjennelser, blant annet 1999 s. 1850, Rt. 2000 s. 585, Rt. 2003 s. 911 og Rt. 2004 s. 256. Men fremdeles volder tvangsl. § 7-13 tredje ledd problemer.

I saken i Rt. 2005 s. 491 hadde Borgarting lagmannsrett kommet til at

mannens kreditorer kunne ta utlegg i  $\frac{1}{4}$  av den eiendommen som tjente som ektefellenes felles bolig. Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevd kjennelsen, jf. tvml. § 404 første ledd nr. 2 og nr. 3 (begrenset prøvelsesadgang). I denne saken hadde hustruens mor kjøpt boligen og hustruens foreldre sto sammen ansvarlige for lånet, som finansierte boligen fullt ut. Hustruen og hennes mor var hjemmelsinnehavere med en ideell halvdel hver. I det året som gikk fra boligen ble ervervet til det ble tatt beslag i eiendommen hadde ektemannen betalt de månedlige avdrag og renter til sin svigermor, som så videresendte beløpet til banken. I sin begrunnelse viser lagmannsretten til at det i realiteten er mannen som betjener lånet i forståelse med hustruens foreldre. Det vises videre til at årsaken til dette arrangementet – som ble foreslått av banken – var at ekteparet selv ikke fikk lån. Det var intet som tydet på at hustruens foreldre hadde behov for bolig eller ønsket å investere overskuddslikviditet. Lagmannsretten kom på denne bakgrunn til at ekteparet var de reelle eierne av eiendommen, i hvert fall for en ideell halvdel, og at ektemannen derfor i det minste eide en ideell fjerdedel, som hans kreditorer kan ta utlegg i.

Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevd som nevnt kjennelsen og uttalte at lagmannsretten synes å ha tillagt § 7-13 tredje ledd større betydning enn det er grunnlag for. Utvalget fant at lagmannsrettens begrunnelse for å underbygge at ektemannen i det minste eide en fjerdedel av eiendommen fremsto som noe mangelfull. For det første synes lagmannsretten ikke å ha lagt vekt på at hustruens foreldre heftet for lånet overfor banken. Kjæremålsutvalget uttaler i den forbindelse at når «ervert av eiendommen fullt ut er lånefinansiert, må dette være et vesentlig moment ved vurderingen av hvem som er den reelle eier» (avsnitt 22). For det andre hadde retten ikke trukket frem betydningen av hvem som var innehavere av grunnbokshjemmelen. Utvalget fremholder at selv om dette ikke er avgjørende, er det et moment i vurderingen. For det tredje hadde lagmannsretten ved vurderingen av ektemannens lånebedeling ikke trukket inn at betalingen

foregikk over nokså kort tid – i praksis noe over ett år. For det fjerde kunne utvalget ikke se at lagmannsretten hadde vurdert hustruens anførsel om at mannens betaling av låneterminene kunne anses som husleiebetaling. På bakgrunn av lagmannsrettens uttalelser om tvangsl. § 7-13 tredje ledd og de mangler som rettens begrunnelse var beheftet med, forelå det etter kjæremålsutvalgets syn en slik tvil om lagmannsretten hadde lagt en riktig lovforståelse til grunn for at kjennelsen måtte oppheves.

#### Kommentar:

Jeg er enig med kjæremålsutvalget i at kjennesssgrunnene synes noe mangelfulle. Det virker som lagmannsretten har gått ut fra at det forelå en underliggende avtale mellom hustruens foreldre og datteren og svigersønnen om at de to sistnevnte sammen iallfall skulle eie den ene halvparten av eiendommen. Men det er lite i lagmannsrettens begrunnelse som kan sies å støtte en slik antagelse. At hustruens foreldre kjøper en bolig hvor datteren og svigersønnen kan bo når ekteparet selv ikke får boliglån, er selvsagt ikke i seg selv tilstrekkelig til å anse ektemannen for medeier i boligen. Heller ikke det faktum at ektemannen betalte sin svigermor en sum som tilsvarte renter og avdrag på lånet i vel ett år, taler med styrke for en slik underliggende avtale, så lenge det er naturlig at det betales vederlag for bruken av boligen.

Men hvis vi tenker oss et *annet* faktum hvor ektemannen *over flere år* har betalt avdrag og samtidig bidratt med sin del av familiens løpende forbruksutgifter, kan det reises spørsmål om han har ytet et såvidt betydelig bidrag til ervertet at han har opparbeidet seg en eierandel i hustruens eventuelle eiendomsrett i boligen. I saker som dette, hvor det ikke foreligger noen uttrykkelig avtale om eierforholdet, er det en flytende overgang mellom avtalegrunnlaget og det deklatoriske stiftelsesgrunnlaget hvor partenes bidrag stifter medeiendomsrett, sml. Lødrup og Sverdrup, *Familieretten* 2004 s. 135–136. Dess større bidrag som er ytet fra den som er eier etter den påståtte avtalen, dess mer sannsynlig er det at en slik avtale er inngått, og

vice versa. Saken har for øvrig felles trekk med saksforholdet i Rt. 1982 s. 666, hvor det heller ikke forelå noen uttrykkelig avtale om eierforholdet. I sistnevnte sak kom retten til at ekteparets mening hadde vært at hustruen skulle være eneier, og at mannen ikke hadde ytet bidrag av en slik størrelsesorden at det tilsa et annet eierforhold.

Når det gjelder lovforståelsen uttaler lagmannsretten at bestemmelsen i § 7-13 tredje ledd ikke kan «*oppfattes som en materiell regel om beslagsrett, men som en bevisregel eller en form for legalpresumpsjon, jf. Rt-1999-901. Etter denne bestemmelsen kan det tas utlegg i en ideell halvdel av den felles selveide bolig ervertet under samlivet, med mindre et annet eierforhold er sannsynliggjort.*» Kjæremålsutvalget siterer dette og uttaler at «med den siste setningen i sitatet synes lagmannsretten etter kjæremålsutvalgets oppfatning å ha tillagt tvangsfullbyrdsloven § 7-13 tredje ledd større betydning enn det er grunnlag for» (avsnitt 16). Akkurat denne uttalelsen er vanskelig å forstå, ettersom lagmannsretten her bare gjengir ordlyden i § 7-13 tredje ledd første setning.

Men på bakgrunn av denne kjennelsen og de andre kjennelsene som er kommet etter prinsippavgjørelsen i Rt. 1999 s. 901, kan det synes som om lavere instanser har vanskelig for å akseptere at det ikke kreves noen kvalifisert sannsynlighetsovervekt etter tvangsl. § 7-13 tredje ledd første setning. I vår sak siterer kjæremålsutvalget fra uttalelsen om lovforståelsen i Rt. 1999 s. 901: «*Etter mitt syn må tvangsfullbyrdsloven § 7-13 tredje ledd forstås slik at dersom debitor er gift eller lever i et ekteskapslignende forhold, og det ikke foreligger nærmere opplysninger om hvem som eier felles bolig som er ervertet under samlivet, skal namsmannen ved behandlingen av begjæring om utlegg legge til grunn at ektefellene eller samboerne eier boligen med en ideell halvpart hver. Dette kan imidlertid bare gjelde så lenge spørsmålet om hvem som er eier, ikke er nærmere belyst. Dersom det er frembrakt faktiske opplysninger om eierforholdet, kan namsmyndighetene ikke uten videre bygge på at boliger som er anskaffet under samlivet, vanligvis*

*blir eid av ektefellene eller samboerne med en ideell halvpart hver, men må ta stilling til eierspørsmålet på grunnlag av det faktum som er opplyst. Dette medfører at presumsjonsregelen i § 7-13 tredje ledd ikke sier noe mer enn det som følger av prinsippet om fri bevisbedømmelse, og at det først og fremst er under den innledende behandling av utleggsbegjæringen hos namsmannen at bestemmelsen får betydning. Dersom namsmannens avgjørelse blir påklagd, vil det for domstolene som oftest foreligge nærmere opplysninger om eierforholdet, og da må retten ta stilling til spørsmålet ut fra hva som finnes mest sannsynlig.» (avsnitt 17).*

Slik jeg ser det, må lovanvenderen i slike saker alltid ta stilling til spørsmålet ut fra hva han eller hun finner «mest sannsynlig». Jeg forstår sitatet slik at regelen i § 7-13 tredje ledd første setning ikke krever mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt for å fravike presumsjonen om like eierandeler, jf. også lovens uttrykksmåte «hvis ikke et annet eierforhold er sannsynliggjort». Det mest sannsynlige faktum skal med andre ord legges til grunn, men dersom lovanvenderen er i «absolutt tvil», dvs. hvor det ene alternativ fremstår som like sannsynlig som det annet, kan utlegg tas i en ideell halvdel av boligen. Dette kan ikke sies å representere noe stort avvik fra det man ville kommet frem til uten noen lovbestemt presumsjonsregel, ettersom ektefeller og samboere erfaringsmessig ofte eier en bolig i sameie med en halvpart hver, jf. kjæremålsutvalgets uttalelse om at presumsjonsregelen ikke sier noe mer enn det som følger av prinsippet om fri bevisbedømmelse. (Prinsippet om fri bevisbedømmelse innebærer at retten etter en fri vurdering av bevisene i saken avgjør hvilket saksforhold som skal legges til grunn, men prinsippet løser ikke i seg selv spørsmålet om hvem av partene tvil om faktum skal gå ut over, dvs. bevisbyrden.) Namsmannen vil langt oftere være i «absolutt tvil» enn en dommer som vanligvis har en mye bedre opplyst sak foran seg. Men selv når saken er godt opplyst, kan det tenkes tilfeller hvor dommeren er i tvil om faktum i saken, og på dette grunnlag finner at det f.eks. er like sannsyn-

lig at debitor-ektefellen er eier som at han ikke er eier. Det kan også tenkes at ektefellene har en felles interesse i å holde opplysninger tilbake på et sent stadium i saksgangen. Men som oftest vil det være mulig å bringe de reelle eierforholdene på det rene, sml Rt. s. 256, hvor lagmannsrettens kjennelse ble opphevd blant annet under henvisning til at partenes inntektsforhold ikke var undersøkt nærmere.

*Tone Sverdrup*

## TINGSRETT

### Regulering av festeavgift – Høyesteretts dom 22. september 2005

I en dom fra september i år avklarer Høyesterett et viktig lovtolkingsspørsmål knyttet til tomtefestelovens bestemmelse om oppregulering av festeavgiften i festekontrakter inngått før den nye loven trådte i kraft, 1. januar 2002.

Utformingen av mekanismene for regulering av festeavgift har – sammen med spørsmålet om rett til innløsning av festetomt – i særklasse vært tomtefesteinstituttets mest fokuserte problemstillinger de siste årene. Den någjeldende tomtefesteloven ble vedtatt allerede i 1996, men trådte ikke i kraft før i 2002. En vesentlig årsak til dette var politisk uenighet om utforming av reglene på de to nevnte problemområdene. For festekontrakter til næringsformål gjelder særlige regler som ikke berøres her. Hovedlinjene vedrørende innløsningsspørsmålet for festekontrakter som reguleres av den nye tomtefesteloven er at festere av boligtomt og tomt til fritidshus har en ufravikelig rett til innløsning etter 30 år (§ 32 første ledd). For regulering av festeavgift er den fravikelige hovedregel at hver av partene kan kreve at festeavgiften hvert 10. år reguleres i samsvar med endringene i pengeverdien (§15). Bestemmelsen gjelder både for feste av tomt til bolig og til fritidshus, og partene har stor grad av frihet til å avtale avvikende løsninger. Reguleringsbestemmelsen i tomtefesteloven § 15 har allerede rullet å bli endret flere ganger siden vedtakelsen. Dette viser at reguleringsspørsmålet

både har vært og fremdeles er et spenningsfelt.

Det må kunne sies at tomtefestelovens regler om regulering av festeavgift er nokså kompliserte, særlig ved at det til dels gjelder forskjellige regler avhengig av når festekontrakten er inngått. Selv om dette lovteknisk er uheldig, har andre hensyn vært mer tungtveiende for lovgiveren. Utviklingen av rettsreglene om rett til regulering av festeavgift, og spørsmålet om i hvilken grad Grunnloven § 97 er til hinder for å innføre nye regler om regulering av betalingen i allerede inngåtte festekontrakter, er grundig behandlet av T. Falkanger i «Tilbakevirkende lover i festeforhold», inntatt i «Rettsteori og rettsliv – festskrift til Carsten Smith» (2002) s. 209.

Hovedregelen om regulering av festeavgift i tomtefesteloven § 15 første ledd lyder slik: «Ved feste av tomt til bustadhus og fritidshus kan kvar av partane krevje at festeavgifta blir regulert i samsvar med endringa i pengeverdien sidan festeavtala vart inngått. Har festeavgifta vorte regulert, er det den avgifta som lovleg vart innkrevd etter forrige regulering, som kan bli regulert i samsvar med endringa i pengeverdien sidan det tidspunktet. Har partane tvillaust avtalt at festeavgifta skal stå uendra, eller har dei avtalt ei lågare regulering enn det som følgjer av endringa i pengeverdien, gjeld denne avtala istaden.»

Som det fremgår, er det altså en viss åpning for å avtale ingen eller lavere regulering. Det kreves da at dette «tvillaust er avtalt». Et tilsvarende vilkår gjenfinnes i § 15 annet ledd nr. 2. Annet ledd gjelder for tomtefestavtaler som er inngått før 1996-loven trådte i kraft den 1. januar 2002, og angir rammene for den første oppregulering av festeavgiften etter dette. Senere oppreguleringer følger bestemmelsene i § 15 første ledd. Reglene i annet ledd er praktisk viktige, i det de aller fleste eksisterende tomtefestavtaler formentlig er inngått før 1. januar 2002. Det fremgår av § 15 annet ledd nr. 2 første punktum, at «(b)ortfestaren kan krevje avgifta regulert i samsvar med det som tvillaust er avtalt». Tolkingsspørsmålet som ble undergitt Høyesteretts vurdering knyttet seg til unntaket i første ledd tredje punktum

om tilfeller der partene *tvillaust* har avtalt et annet reguleringsregime. Spørsmålet Høyesterett tok stilling til var om det var tilstrekkelig *at* det utvilsomt var inngått en slik avtale, eller om vilkåret *tvillaust* også omfatter avtalens innhold.

Tvistetemaet i saken var hvilken reguleringsmekanisme som skulle benyttes ved oppjustering av festeavgiften for en boligtomt. De to alternative mekanismene var oppregulering i samsvar med endringer i pengeverdien (konsumprisindeksregulering) etter § 15 første ledd, eller justering basert på bestemmelser i festekontrakten (kontraktsbasert regulering) etter § 15 annet ledd nr. 2. Kontrakten bestemte at «etter hvert 5. år kan hver av partene forlange leien regulert under hensyn til endringer i rentenivået eller i eiendommens verdi som ikke skyldes festeren». Innebar dette at det utvilsomt var avtalt annet enn regulering i samsvar med endring i pengeverdien?

Høyesterett fastslo at vilkåret *tvillaust* både gjaldt at det forelå en avvikende avtale og avtalens innhold. Dette var den mest naturlige ordlydsfortolkningen, og Høyesterett mente det var god dekning for dette i forarbeidene. Spørsmålet ble etter dette om oppjustering «under hensyn til endringer i rentenivået eller i eiendommens verdi» var tilstrekkelig klart som innholdsmessig angivelse av den

oppreguleringsmekanisme som skulle benyttes. Festerne gjorde gjeldende at disse kriteriene ikke ga avtalen tilstrekkelig klart innhold, og anførte bl.a. at kriteriene var motstridende. I dette fikk de ikke medhold. Høyesterett fant at dette ga en tilstrekkelig klar – utvilsom – avtale om oppregulering. Høyesterett viste både til at disse momenter i praksis har vært vanlige å vektlegge ved justering av festeavgifter, og at kriteriene samsvarte godt med vilkårene for regulering av festeavgift etter de pridforskriftene som gjaldt ved kontraktens inngåelse.

Selve størrelsen på oppreguleringen var ikke tema for Høyesterett. Saken var anlagt som fastsettelsesdom om retten til å oppregulere etter kontraktens bestemmelser. Kontrakten bestemte at den endelige fastsettelsen av oppregulert festeavgift – om partene ikke ble enige – skulle avgjøres ved voldgift. Dette illustrerer at det kan være en utvilsom avtale om annen oppregulering enn etter endret pengeverdi, selv om man ikke kan trekke noen direkte slutning fra avtalen om hva den oppregulerte avgiften må settes til. Det er altså avtalens elementer som må være utvilsomme, ikke det resultatet de leder til.

Høyesteretts forståelse av vilkåret «*tvillaust* er avtalt» i § 15 annet ledd nr. 2 første punktum, må formentlig også legges til grunn ved anvendelsen

av det identisk formulerte vilkåret i § 15 første ledd tredje punktum. For de tilfellene partene «*tvillaust*» har avtalt at festeavgiften ikke skal reguleres, er det også gitt at avtalen har dette innhold. Er det derimot «*tvillaust*» avtalt at oppreguleringen skal være lavere enn det som følger av endret pengeverdi, må det også være utvilsomt hva denne lavere oppreguleringen nærmere innebærer.

Tomtefesteinstituttet er i stadig fokus også på politisk hold. Det nylig innledede regjeringssamarbeidet uttalte i sin felles erklæring (Soria Moria-erklæringen side 70) om tomtefesteloven at det tas sikte på følgende endringer: *Regjeringen vil instruere statlig styrte fond og statlige eiendommer til å innrømme innløsningsrett annen hvert år til 30 ganger konsumprisregulert opprinnelig leie. De som ikke ønsker innløsning, tilbys videre leie regulert med konsumprisindeks. Regjeringen vil ta initiativ til å endre tomtefesteloven slik at boligfestere gir innløsningsrett annethvert år, i motsetning til i dag hvert tiende år. Det gis ikke innløsningsrett for hytter knyttet til landbruk og hvor festeinntektene utgjør mer enn fem prosent av gårdens nettoinntekter.* Så gjenstår det å se i hvilken grad disse målsetningene resulterer i lovendringer.

Marianne Reusch

## Nytt i privatretten

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

Hovedredaktør: Peter Lødrup  
Forlagsredaktør: Eirik Spillum

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:  
[www.cappelen.no](http://www.cappelen.no)

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Akademisk Forlag, telefon 22 98 58 25 eller telefaks 22 98 58 45

Et årsabonnement (2005) på *Nytt i privatretten* koster kr 440,-. Studentabonnement koster kr 150,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Akademisk Forlag  
Postboks 350 Sentrum  
0101 Oslo  
E-post: [jus@cappelen.no](mailto:jus@cappelen.no)  
<http://www.cappelen.no>

*Nytt i privatretten* © J.W. Cappelens forlag a.s 2005

Neste utgave kommer februar 2006.