

”Lagstiftarens förhållande till pragmatism i rättstillämpningen”

– om pragmatisme og pluralisme i samspillet mellom lovgiver og domstol

BIRGITTE HAGLAND*

1. Opptakt

Artikkelen omhandler lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen.

Det er en alminnelig oppfatning at det hos norske og nordiske domstoler finnes en viss *pragmatisme* i rettsanvendelsen, både i måten domstolene anvender og etablerer rettsregler på (regeldanning). På formuerettens område er det en lang tradisjon for at regeldanning og rettsutvikling skjer i et samspill mellom lovgiver og domstoler. Lovgiver har i stor grad valgt å spille en tilbaketrukket rolle og overlatt regeldanningen til rettspraksis.¹ Dette har muliggjort en pragmatisk regeldanning med utgangspunkt i konkrete saker, bruk av reelle hensyn og faktumsnær argumentasjon. Tradisjonelt har samspillet mellom lovgiver og domstolene vært nasjonalt orientert. Pragmatisme i rettsanvendelsen har vært basert på en (relativt) forutsigbar utvelgelse, fortolkning og anvendelse av relevante rettskilder, og ivaretatt det behovet lovgiveren har for å kunne forutsi hvordan domstolene tolker og utvikler retten (for slik å nå sine mål), se punkt 2.

Forutsigbarheten som (frem til nå) kan sies å ha ligget til grunn i den tradisjonelle arbeidsdelingen mellom lovgiver og domstol, utfordres idag av rettsutviklingstrekk knyttet til pluralisme på regelnivå, rettskildnivå og rettsanvendernivå.² Utviklingstrekkene har jeg valgt å omtale som regule-

* Førsteamanuensis ph.d., Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo.

¹ Et tydelig unntak her er en omfattende lovgivningsvirksomhet på kontraktsrettens område på 1980- og 90-tallet. Også rettslitteraturen har hatt (og har) en helt sentral rolle på formuerettens område, men rettslitteraturens betydning skal vi la ligge.

² Pluralisme kan beskrives som et generelt rettsutviklingstrekk, og er altså ikke særegent for formueretten. Det finnes en omfattende litteratur om ulike former for pluralisme

ringspluralisme, rettskildepluralisme og rettsanvenderpluralisme, og de presenteres kort i punkt 3. Formålet med artikkelen er å undersøke hvilken betydning utviklingstrekkene *kan* ha for lovgiver forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen, se punkt 4 til 6. Overordnet reiser det her seg spørsmål om hva koblingen mellom pragmatisme og pluralisme i rettsanvendelsen har å si for lovgiver (og derigjennom for demokratiet), se punkt 7.

2. Pragmatisme i rettsanvendelsen – det tradisjonelle samspillet mellom lovgiver og domstoler

Det finnes en omfattende rettslitteratur som beskriver den nordiske rettstradisjonen som *pragmatisk*, og diskusjoner om hva dette kan innebære.³

og polysentri, se blant annet "Rettslig pluralisme og polysentri i norsk rettsvitenskapelig metode, *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019 (heretter *Høgberg og Øyrehagen Sunde, Juridisk metode*) kapittel 27; Geoffrey Swenson, "Legal Pluralism in Theory and Practice", *International Studies Review*, vol. 20, Issue 3, 2018, s. 483–462. Margaret Davies "Legal Pluralism", *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Peter Cane og Herbert M. Kritzer (ed.), Oxford 2010; Dag Michalsen, "Den rettslige pluralismes historie", *Lov og Rett* 03/2009 vol. 48, s. 131–145; Inger-Johanne Sand, "From the Distinction between Public Law and Private Law – to Legal Categories of Social and Institutional Differentiation, in a Pluralistic Legal Context", *Legal Polycentricity – Consequences of Pluralism in Law*, ed. Hanne Petersen and Henrik Zahle, Aldershot 1995 s. 85–101, Henrik Zahle, "Polycentri i Rettskildelæren – Nogle bemerkninger om retskilder og domstolskontrol", *Ret, samfunn og rettferdighet – Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Anders Bratholm, Torkel Opsahl, Magnus Aarbakke og Kaare Hauaas (ed.), TANO 1986 s. 752–757; *Polycentricity – The Multiple Scenes of Law*, ed. Ari Hirvonen, London 1998, Neil MacCormick, "Liberalism, Nationalism and the Post-sovereign State", *Political Studies*, XLIV (1996), s. 553–567, Massimo La Torre, "Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law", *Ratio Juris* 12(2) (1999), s. 182–195 Neil Walker, "The Idea of Constitutional Pluralism", *The Modern Law Review* Vol. 65 No. 3 (2002) s. 317–359, med videre referanse til B. Tamanaha, 'A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism' (2000) 27 *Journal of Law and Society* s. 296; G. Teubner, 'The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism' (1992) 13 *Cardozo Law Review* s. 1443; B. de Sousa Santos, *Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London: Routledge, 1995; W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, London: Butterworths, 2000, kapittel 3 og 8; J. Griffiths, 'What is Legal Pluralism?' (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* s. 1.

³ Se Sverre Blandhol, *Nordisk rettspragmatisme – Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005; "Hva er pragmatisme?", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2005 s. 491–522; Sverre Blandhol "Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse", *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2004 s. 365–391. Se også Bjarte Askeland, "Prinsipp og pragmatisme i erstatningsretten", *Festskrift til Nils Nygaard 2002; Nybrott og odling* s. 23–34, Fagbokforlaget 2002 (heretter *Askeland, Prinsipp*). Jan

For vårt formål er det ikke nødvendig å gå dypt i en utvikling av begrepet 'pragmatisme'. Kort forklart blir pragmatisme ofte beskrevet som å stå i et motsetningsforhold til formalisme.⁴ En mer formalistisk rettsanvendelse er typisk basert på klare prinsipper om hvordan regelinnhold skal fastlegges, hvor en typisk kun godtar autoritetsargumenter. Enkeltsakens resultat utledes fra en generelt oppstilt norm (enten i lov eller i form av en prejudikat), og rettsanvendelsen preges av begrepsorienterte og rettsystematisk begrunnede løsninger.

Et illustrerende ytterpunkt kan hentes fra fransk rett, hvor det i perioden 1790 til 1837 gjaldt et forbud mot at dommerne tolket loven; det var et område som var tillagt lovgiver. En oppfattet at domstolens oppgave var ren lovanvendelse. Forbudet hadde den konsekvensen at domstolene ikke kunne utvikle en prejudikatslære.⁵ Et annet eksempel på formalisme kan hentes fra engelsk erstatningsrett, som historisk er basert på en streng prejudikatslære, og hvor retten til erstatning var avhengig av om skaden kunne klassifiseres under ulike kategorier eller "heads of tort", slik som "trespass", "battery" eller "defamation".⁶

På formuerettens område viser rettspraksis at Høyesterett har en forholdsvis åpen holdning til hvilke rettskilder som det kan være relevant å hente argumenter fra. Dette åpne rettskildebildet innebærer at en ikke bare tillater autoritetsargumenter (basert på rettskilders opphav og institusjoners autoritet, slik som lovgivende forsamling eller domstol som dømmer med endelig virkning), men også reelle argumenter eller faktumsnær argumentasjon, gjerne omtalt som "reelle hensyn", i fastleggelsen av reglens innhold. Reelle hensyn står sterkt i den norske metodologiske tradisjonen.⁷ Betegnelsen benyttes om vurderinger både i forbindelse med fastleggelse av regelinnhold og i

Fridthjof Bernt, "Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen", *Jussens Venner* 2004 s. 61–73.

⁴ Se bl.a. Blandhol (2005) og Askeland, punkt 1.

⁵ Eksempelet er hentet fra Arnfinn Bårdsen, "Norges Høyesterett i 2017 – noen refleksjoner over rollen som prejudikatsdomstol, Høyesteretts utrederjubiläum 15. Mars 2017", (heretter *Bårdsen, prejudikatsdomstol*) avsnitt 3, se <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/bardsen---hoyesterett-som-prejudikatdomstol---15032017.pdf> (siste besøkt 01.08.2019).

⁶ Også idag er engelsk erstatningsrett basert på "heads of tort", men kategoriene (ulike "torts") er mindre rigide enn tidligere. En sentral dom i denne sammenhengen er *Donoghue v. Stevenson* fra 1932, som etablerer "duty of care" som et alminnelig prinsipp, og som har medført at "negligence" (uaktsomhet) er utviklet til en generell og fleksibel "tort", se [1932] UKHL 100.

⁷ Se bl.a. Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, Johan Grundt Tanum Forlag, Oslo 1971 og

den konkrete regelanvendelse (subsumsjon). Når en anvender reelle hensyn i fastleggelsen av regelinnhold, er det tale om argumentasjon for oppstilling av en generell norm med godt regelinnhold. Det finnes flere hovedmåter å argumentere reelt for en norm på, slik som verdivurderinger, konsekvensargumenter og rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger, men også erfaringer som eget argument. Den andre formen for reelle hensyn er konkrete rimelighetsargumenter i en enkeltsak for å sikre et rimelig resultat. For spørsmålet om hva det kan bety å forholde seg ”pragmatisk” i rettsanvendelsen, kan vi observere at reelle argumenter og faktumsnær argumentasjon gir rettsanvenderen en fleksibilitet eller tilpasningsmulighet i rettsanvendelsen – både med tanke på å finne frem til godt regelinnhold og et konkret rimelig resultat.

Om vi skal beskrive lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen, kan vi ved å ta utgangspunkt i hvordan lovgiver (frem til nå) typisk har forholdt seg til regeldanning og rettsutvikling på formuerettens område, gjøre følgende observasjon: Lovgivningstradisjonen på formuerettens område er basert på korte og fragmentariske lovtekster.⁸ Fragmentarisk lovgivning innebærer at enkelte deler av et rettsområde lovreguleres eller kodifiseres, mens resterende deler av gjeldende rett forblir ulovfestet. Til illustrasjon kan nevnes skadeserstatningsloven, som i hovedsak regulerer erstatningsutmålingen, mens grunnvilkårene for erstatningsansvar langt på vei er ulovfestet.⁹ Hvilke deler som lovreguleres er det vanskelig å si noe generelt om; det synes å bero på vurderinger om at noen forhold anses mer egnet enn andre for generell normering gjennom de mekanismer som lovgivningsprosessen innebærer, mens andre forhold ikke er det. I forarbeidene er det ikke uvanlig å finne uttalelser av typen ”domstolene er mest egnet til å styre rettsutviklingen” eller ”det kan ... være en fordel at den nærmere fastlegging av ansvaret overlates til domstolene, som gjerne kan nyansere erstatningsplikten mer enn det som er mulig i en lovregel”.¹⁰ Til forskjell fra lovgiver, som gjennom sin lovgivning

senere utgaver (heretter *Eckhoff*), og Alf Petter Høgberg, ”Reelle Hensyn”, *Høgberg og Øyrehagen Sunde*, kapittel 11.

⁸ Norden har visstnok verdens korteste lover, se Jon Christian Nordrum, *Bedre regulering – Årsak-virkningsanalyser i norsk reguleringsprosess*, Gyldendal 2019 (heretter *Nordrum*) side 255–259. Den norske og de øvrige nordiske lands lovgivningstradisjon har mange felles-trekk. Fremstillingen i nærværende punkt vil nok langt på vei kunne leses i en nordisk tradisjon, men jeg har i utgangspunktet valgt å konsentrere meg om norsk rett.

⁹ Lov av 13. Juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning. Avtaleloven fra 1918 er et annet eksempel på fragmentarisk lovgivning, jf. lov av 31. Mai nr. 34 om avtaler, fuldmagt og ugyldige viljeserklæringer.

¹⁰ Eksempelet er hentet fra jf. ot.prp.nr. 59 (1988–1989) side 26, og er nærmere omtalt i punkt 5.2.

kan utforme generelle normer på et (mer eller mindre) abstrakt grunnlag, vil regeldanning og rettsutvikling i domstolene ha et konkret utgangspunkt: den enkelte sak. Konkrete utgangspunkter (i form av enkeltsaker) kan bidra til en balanse mellom forutberegnelighet og konkret rimelighet i både regeldanning og rettsanvendelsen, på en annen måte enn det som kan oppnås ved generell normering på abstrakt nivå fra lovgiverhold (selv om lovgiver skulle velge å detaljregulere formueretten gjennom formell lov).

Frem til slutten av 1900-tallet er samspillet mellom lovgiver og domstolene i hovedsak nasjonalt orientert, mellom norsk lovgiver og Høyesterett – basert på norske lovgivnings- og rettsanvendelsestradisjoner, og i et lite land med oversiktlige rettsregler og samfunnsforhold. Med utgangspunkt i *Eckhoffs* klassiske fremstilling av rettskildelæren fra 1971 kan vi gjøre følgende observasjon:¹¹ Et nasjonalt orientert samspill medførte at lovgiver kunne forutsette en viss tradisjon, hvor pragmatisme i rettsanvendelsen i hovedsak er nasjonalt basert – både på regelnivå, rettskildnivå og rettsanvendernivå, og hvor det totale rettskildebildet må kunne beskrives som relativt oversiktlig.

Loven anvender ikke seg selv, den forutsetter en rettsanvender. Lovregulering er intensjonell handling, og for at den eksisterende lovreguleringen skal få sin tilsiktede virkning trenger lovgiveren i rimelig grad å kunne forutse hvordan rettsanvenderen vil tolke og utvikle retten. For rettsområder som er (delvis) uregulerte kan lovgivers fravær tolkes dels som uttrykk for en stilltende aksept av rettstilstanden, og dels som at lovgiveren oppfatter domstolenes rettskapende virksomhet som såpass forutsigbar at det er mulig å forutse (hovedlinjene i) videre rettsutvikling. Sistnevnte kan ses som en forutsetning for at lovgiveren skal la rettsområdet forbli (delvis) uregulert, og fremdeles overlate rettsutviklingen til domstolene. Slik sett kan lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen sies å ha vært basert på en (relativt) forutsigbar utvelgelse, fortolkning og anvendelse av relevante rettskilder.

Eckhoffs tradisjonelle fremstilling er idag på visse punkter foreldet. Om vi nå skal beskrive rettskildebildet og rettsanvendelsesprosessen springer det raskt i øynene at samspillet mellom lovgiver og domstol ikke lenger er like nasjonalt orientert, og rettskildebildet som tegner seg er ofte komplekst. I det følgende skal vi se nærmere på hvordan samspillet mellom lovgiver og domstolene påvirkes av et sentralt rettsutviklingstrekk: pluralisme – både på reguleringsnivå, rettskildnivå og rettsanvendernivå.

¹¹ Se *Eckhoff*.

3. Pluralisme på reguleringsnivå, rettskildenivå og rettsanvendernivå – en introduksjon

Fra rundt tusenårsskiftet kan vi observere at tre rettsutviklingstrekk av betydning for samspillet mellom lovgiver og domstoler får økt betydning: Det første utviklingstrekket kan kalles *reguleringspluralisme*, og omhandler eksistensen – reelt, om ikke formelt – av flere lovgivere (eller lovgivningsproduksjonssentre) og ulike reguleringsteknikker. De siste tiårene kan vi observere en svært omfattende internasjonal regelproduksjon. Særlig sentralt på forumerettens område er reglene som utformes innenfor EU og EØS. For Norges del betyr det at stadig mer nasjonal lovgivning gjennomfører regelverk som har blitt til andre steder, basert på andre lovgivningstradisjoner enn den norske. Et tydelig eksempel er gjennomføringen av EUs rettsakter.¹² Det vil si at vi i rettsanvendelsen idag tidvis vil stå overfor normregulering som er utformet på en måte som helt eller delvis bryter med norsk lovgivertradisjon.

I forlengelsen av reguleringspluralisme kan vi observere et annet utviklingstrekk: *Rettskildepluralisme* – i form av et åpent og mer sammensatt rettskildebilde. Den internasjonale regelproduksjonen betyr særlig at innslaget av europeiske kilder i rettslig argumentasjon er blitt betydelig større enn tidligere. Også andre folkerettslige forpliktelser innebærer at Høyesterett må basere sin rettsanvendelse på internasjonale konvensjonsgrunnlag, og fastlegge regelinnholdet i tråd med konvensjonsgrunnlagets egen tolkningsmetode. I Høyesteretts argumentasjon finner vi dessuten bruk av modellover, eksempelvis American Restatements of Tort Law.¹³ Modellovene er resultat av akademiske, komparative prosjekter, og regnes som rettsteori. Rundt årtusenskiftet kan vi også observere et skifte i den faktiske tilgangen til internasjonalt kildemateriale: Digitale søkeverktøy (slik som Lovdata, Eur-Lex, HUDOC og Westlaw) bidrar til at tilgangen til internasjonale rettskilder er nærmest ubegrenset.

Det tredje utviklingstrekket jeg vil peke på er *rettsanvenderpluralisme* – i betydningen flere autoritative rettsanvendere. Fastleggelsen av rettsreglenes innhold tilligger ikke lenger kun nasjonale domstoler, for vår del Høyeste-

¹² Et dagsaktuelt eksempel personvernforordningen GDPR (Forordning 2016/679 General Data Protection Regulation), som er gjennomført i norsk rett ved personopplysningsloven (lov av 15. Juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger). For en introduksjon til lovgivningsprosessen i EU, se bl.a. Halvard Haukeland Fredriksen, ”EU-rett som norsk rettskilde”, *Høgberg og Øyrehagen Sunde, Juridisk metode* kapittel 14.

¹³ Jf. Rt. 2008 s. 1078 (info I). Dommen er nærmere omtalt i punkt 5.2.

rett, men også EU-Domstolen (EUD), EFTA-domstolen og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).

Spørsmålet er hvilken betydning regelpluralisme, rettskildepluralisme og rettsanvenderpluralisme kan ha for hvordan lovgiver skal forholde seg til pragmatisme i rettsanvendelsen. Spørsmålet lar seg vanskelig besvare generelt, og i det følgende har jeg derfor valgt en tilnærming hvor jeg for hvert av utviklingstrekkene, løfter frem representative eksempler som jeg mener kan danne grunnlag for refleksjoner over temaet, jf. punkt 4–7.

4. Utviklingstrekk I: Reguleringspluralisme – betydningen av flere lovgivere og reguleringsteknikker

Reguleringspluralisme omhandler altså eksistensen – reelt, om ikke formelt – av flere lovgivere (eller lovgivningsproduksjonssentre) og ulike regulerings-teknikker. På formuerettens område kan vi gjøre følgende observasjon: mens norsk lovgiver tradisjonelt har inntatt en tilbaketrukket rolle, er enkelte formuerettsområder idag preget av høy lovgiveraktivitet – men da som et resultat av EUs tildels omfattende sekundærlovgivning. EUs aktive reguleringspolitikk – som bl.a. kan forstås i lys av EUs harmoniseringsmålsetning¹⁴ – kan billedlig sagt ses som katalysator for regulering av rettsområder som tradisjonelt har vært preget av en mer passiv norsk lovgiver. Lest med norske øyne synes EUs sekundærlovgivning imidlertid å være preget av kontinental-europeisk systematikk og begrepsapparat, og typisk innebære en større grad av detaljregulering enn det som er norsk lovgivningstradisjon.

Sentralt i vår sammenheng er den etter hvert svært omfattende reguleringen av forbrukerrettigheter i Europa – et rettsfelt hvor EU og EU-domstolen er pådrivere. Til illustrasjon kan nevnes regulering av forbrukerkjøp, forbrukerkredittavtaler, betalingstjenester, elektronisk kommunikasjon, personvern, markedsføring, avtalevilkår og produktansvar. Reguleringsteknikken som her benyttes består gjerne i bruk av generalklausuler – av typen «god forretningsskikk» eller «urimelig handelspraksis», i kombinasjon med detaljregulering (gjerne i form av listeeksempler). Bruken av generalklausuler

¹⁴ Harmoniseringsmålsetningen innebærer kort forklart at det av hensyn til EUs indre markedet tilstrebes størst mulig grad av rettslikhet mellom landene. Se blant annet Traktaten om Den Europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 115, som regulerer Rådets kompetanse til å gi sekundærlovgivning ”med sikte på tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter som har direkte innvirkning på det indre markedets opprettelse og virkemåte”.

vil (som i norsk rett) åpne for konkrete rimelighetsvurderinger i den enkelte sak, basert på rettsanvenderens skjønn. På EU-nivå medfører stor grad av rettsanvendelsesskjønn at to hovedutfordringer gjør seg gjeldende: For det første svekkes partenes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling, og for det andre vil tolkningen av skjønnsmessige bestemmelser i ulike europeiske medlemslandene gjerne medføre at regelinnholdet utvikles ulikt, i strid med harmoniseringsmålsettingen.¹⁵ Generalklausulene blir derfor typisk supplert detaljerte bestemmelser i form av listeeksempler, som er ment å konkretisere generalklausulens innhold (eksempelvis ved å angi spesifikke plikter som kan anses å falle inn under generalklausulens krav om ”god forretningsskikk”), men som ikke er ment å være en uttømmende angivelse av hva generalklausulen omfatter. I norsk sammenheng representerer kombinasjonen med generalklausuler og detaljerte listeeksempler en uvant dynamikk.

Spørsmålet er hvilken betydning det kan ha for lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen at rettsanvendelsen baseres på regler utformet v.h.a. regulerings teknikker som (helt eller delvis) bryter med norsk lovgivertradisjon. Som grunnlag for refleksjon skal vi se på to eksempler fra rettspraksis, TOSLO-2016-105341 (Aktiv forvaltning) og Rt. 2011 s. 670 (Nye Major).

Det første eksempelet jeg har valgt er en tingrettsdom – vel vitende om dens begrensede rettskildemessige verdi – fordi dommen tydelig illustrerer hvordan en regulerings teknikk basert på generalklausuler i kombinasjon med detaljert atferdsregulering (her krav til fondsforvalteres atferd på enkelte, men ikke alle områder), kan by på utfordringer for norske rettsanvendere, jf. TOSLO-2016-105341 (Aktiv forvaltning).¹⁶ Tingrettsdommen er dessuten den første rettsavgjørelsen hvor en norsk domstol tar stilling til EUs finansmarkedsregulering – et rettsområde som er tungt regulert og hvor innslaget

¹⁵ Se Marte Eidsand Kjørven, *Ytelse av investeringstjenester til forbruker – Verdipapirrettslig, kontraktsrettslig og erstatningsrettslige krav til atferd*, Universitetsforlaget 2017 punkt 2.5. For en generell fremstilling kan det også vises til *General Clauses and standards in European Contract Law – Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, Stephan Grundmann og Denis Mazeaud (ed.), Kluwer Law International 2006.

¹⁶ I lagmannsretten ble DNB dømt til å betale cirka 345 millioner kroner i erstatning til fondskundene, jf. LB-2018-43087. I dommen foretar lagmannsretten en konkret vurdering av DNBs forvaltning, som retten finner mangelfull og erstatningsbetingende. Deres tingrettsdommen og lagmannsrettsdommen holdes opp mot hverandre, springer det en i øynene hvor ulik den rettsanvendelsen som de domstolene bygger på sine vurderinger, er. Lagmannsrettsdommen er anket til Høyesterett og er ikke rettskraftig.

av EU-regulering er stort.¹⁷ Dommen omhandler et gruppesøksmål reist av Forbrukerrådet mot DNB på vegne av 180 000 bankkunder, med påstand om mangelfull forvaltning av tre fond.¹⁸ Spørsmålet var om forvaltningen hadde ivaretatt andelseiernes interesser slik verdipapirfondlovens regler om god forretningsskikk krever.¹⁹ Verdipapirfondloven er en gjennomføring av UCITS-direktivet (dir. 2009/65). EU-reguleringen på dette området oppstiller ikke kun et krav om «god forretningsskikk», men inneholder også en rekke spesifikke krav til fondsforvalteres atferd. Derimot inneholder ikke EU-reguleringen et spesifikt krav om hvilke finanstoretiske terskelverdier som skal legges til grunn for vurderingen av om et fond kan betraktes som aktivt forvaltet eller ikke. Tingretten legger til grunn at domstolene ikke bør «oppstille noen regel om minstegrense for graden av aktiv forvaltning» fordi «en slik minstegrense vil være en regel av så positivrettslig karakter at den eventuelt må innføres av lovgiver». Tingrettens argumentasjon kan ses som uttrykk for en (gal) slutningsrekke hvor rettsanvenderen nærmest trekker en motsetningsslutning fra at det finnes mange spesifiserte krav til atferd som omfattes av generalklausulen (for fondsforvaltere vil disse i hovedsak være av offentligrettslig karakter), til at atferd som ikke omfattes av de spesifiserte kravene, heller ikke omfattes av generalklausulen (som her er «god forretningsskikk»). Problemet med denne formen for slutninger er at detaljreguleringen *ikke* er ment å fortrenge generalklausulen. Dersom rettsanvender ikke gjenfinner et konkret forhold blant de mange spesifikke krav som er oppstilt under generalklausulen, så skal rettsanvenderen falle tilbake på en alminnelig vurdering av generalklausulens innhold – som i dette tilfellet ville ha vært

¹⁷ Lamfalussy-rapporten fra 2001 gir et godt overblikk over hvordan finansmarkedene er regulert i EU, se https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/lamfalussy_report.pdf. (sist besøkt 01.08.2019). Rapporten er basert på en firetrinnsmodell: Første trinn er basert på rammedirektiver, hvor de store linjene i lovgivningen trekkes opp. Andre trinn består av gjennomføringsregler, det vil si utfyllende presiseringer i direktiver og forordninger. I tredje trinn utarbeides ikke-bindende veiledninger, som regulatory technical standards (RTS), implementing technical standards (ITS), og European supervisory Authority. Det vil si European Banking Authority (EBA), European Securities and Markets Authority (ESMA) og European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA). Fjerde trinn handler om etterlevelse og gjennomføring av ny regulering.

¹⁸ Bakgrunnen for den norske saken var at DNB hadde solgt og priset fond som aktivt forvaltede til forbrukere, mens avkastningen for aktivt og passivt forvaltede fond var omtrent helt lik. Finanstilsynets uttalte i forbindelse med et tilsyn med de aktuelle fondene at de var forvaltet ”indeksnært” (altså passivt), men ”tilbudt og priset ... som et aktivt forvaltet fond. Foretaket har på denne måten tatt seg betalt for noe de ikke har levert”.

¹⁹ Lov av 25. november 2011 nr. 44 om verdipapirfond, jf. § 2-15.

en konkret vurdering av om fondsforvaltningen var i overensstemmelse med kravene til god forretningsskikk. Som påpekt av *Eidsand Kjørven* fremstår det at lovgiver ”skal gå inn og definere det konkrete innholdet av avtaler på forhånd, ... som svært upraktisk og i strid med norsk rettstradisjon”.²⁰ Når norske rettsanvendere ikke forstår forholdet mellom generalklausul og detaljregulering, kan det med norske øyne synes som lovgiveren her detaljregulerer seg ut av formålet.

Men fra et lovgiverståsted kan det her se ut som vi står overfor en form for catch-22. I rettspraksis finner vi også rettsavgjørelser hvor EUs listeeksempler ville ha vært til hjelp om de hadde vært benyttet. Særlig tydelig blir dette i det andre eksempelet vi skal se på fra rettspraksis, jf. Rt. 2011 s. 670 (Nye Major). Saken gjaldt et krav om dagmulkt etter bustadoppføringslova § 18.²¹ Høyesterett fant at ordlyden i avtalen entydig tilsa at selgeren ikke hadde bundet seg til et spesifikt ferdigstillestidspunkt. Interessant i vår sammenheng er et rettsgrunnlag som ikke ble prosedert for Høyesterett, og som domstolen følgelig ikke tok standpunkt til, nemlig avtaleloven § 37 første ledd nr. 2.²² Dersom Høyesterett hadde bygget sin argumentasjon på avtl. § 37, ville det ha vært naturlig å se hen til EUs forbrukeravtaledirektiv (93/13EØF) og den såkalte Grålisten som er vedlegg til direktivet, og som inneholder ”en veiledende og ikke uttømmende liste over vilkår som kan anses som urimelige”, jf. art. 3 nr. 3.²³ Grålisten punkt 1 bokstav c) angir at: ”Vilkår som har som formål eller virkning å fastsette den bindende forpliktelse for forbrukeren, mens den næringsdrivendes tjenesteytelse er underlagt et vilkår som kan oppfylles bare dersom den næringsdrivende vil” er urimelig. I Nye Major var forbrukerne bundet til å oppfylle sin del av avtalen, mens selgeren ikke hadde bundet seg til å ferdigstille boligene innen et gitt tidspunkt – et helt sentralt punkt var dermed ikke avtaleregulert. Dersom Høyesterett hadde tatt listen i betraktning, er det trolig at Høyesterett ville

²⁰ Sitatet er hentet fra Marte Eidsand Kjørven, ”Hvis fondsforvaltning hadde vært en pølse”, *Aftenposten* 5. Februar 2018. For en grunnleggende fremstilling, se Marte Eidsand Kjørven, ’Closet Index Funds and Retail Investor Protection – A Scandinavian Perspective’ (2019) 24(1) *Tilburg Law Review* s. 125–138.

²¹ Lov av 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.

²² Lov av 31. mai 1918 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer. For en fremstilling av rettsvirkninger etter avtl. § 36 og § 37, se Finn Arnesen ”Valget mellom endringer og ugyldighet i forbrukerkontrakter”, *Ugyldighet i privatretten – Minnebok for Viggo Hagstrøm, Erling Hjelmeng* (ed.), side 49–62.

²³ Se Kåre Lilleholt, ”Application of General Principles in Private Law in the Nordic Countries”, *JURIDICA INTERNATIONAL XX/2013* punkt 5, se https://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2013_1_12.pdf (siste besøkt 01.08.2019).

konkludert med at punkt 8.1 i den aktuelle standardavtalen var urimelig, og gitt forbrukerne medhold i sitt krav.

Interessant i vår sammenheng er også at lovgiver bevisst unnlot å innta grålisten i avtaleloven. Valget om ikke å lovfeste listen begrunnes bl.a. med at det å ”lovfeste en slik oppregning . . . , ville være i strid med alminnelig norsk og nordisk lovgivningsteknikk”, og videre at det ville ”kunne virke uheldig fordi det kunne innebære en binding av rettsanvendelsen”, og at ”det er en fare for at vilkår som ikke er tatt med i listen, alene av den grunn blir ansett som urimelige”.²⁴ Frykten var at listen ville gi et lavere forbrukerbeskyttelsesnivå enn det som fulgte av gjeldende norske rett. Løsningen lovgiveren her falt ned på, kan kritiseres for reelt sett å innebære en svakere forbrukerbeskyttelse enn ellers i Europa.²⁵

For spørsmålet om hvilken betydning reguleringspluralisme kan ha for norsk lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen, kan vi gjøre følgende refleksjon: Det kan synes som EUs reguleringssteknikk iallfall over tid medfører at også nasjonal detaljregulering øker, slik at norsk lovgivningstradisjon kommer under press. Og ser vi hen til norsk rettspraksis synes denne formen for detaljregulering å by på utfordringer for domstoler som står i en norsk rettsanvendelsestradisjon. Reguleringsteknikken som benyttes i mange EU-rettsakter synes med andre ord å utfordre den pragmatiske tradisjonen som både norsk lovgiver og norske domstoler står i. Umiddelbart synes det som om den opprinnelige arbeidsfordelingen mellom lovgiver og domstolene på formuerettens område forskyves: Når lovgiver detaljregulerer enkelte rettsområder, legges samtidig tydeligere føringer på hvordan regeldannings- og regelansvarsspørsmålene som oppstår, skal løses i rettspraksis. Det vil si at fastleggingen av regelinhold og videre rettsutvikling i mindre grad

²⁴ Jf. Ot.prp.nr. 89 (1993–1994) om lov om endringer i avtaleloven, punkt 4.7.

²⁵ Dersom en ser hen til hvilken forbrukerbeskyttelse reguleringen i avtaleloven gir, kan vi gjøre følgende observasjon: avtaleloven § 37 brukes sjelden. *Giertsen* har i sine undersøkelser av høyesterettspraksis funnet tolv avgjørelser som gjelder avtaleforhold som omfattes av avtl. § 37. Det er likevel kun i én av disse at det vises til forbrukeravtaledirektivet, Rt. 2013 s. 388 (Røeggen). Ingen av dommene behandler spørsmålet om urimelighetsskelen i avtl. § 37 var overskredet, jf. Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2014. Den bestemmelsen som i sin alminnelighet påberopes i disse tilfellene er avtl. § 36, som fastsetter at «En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende». I realiteten får domstolen her så godt som carte blanche, og kort forklart er det sjelden noen som når frem med avtl. § 36. Meg bekjent er det kun i to dommer hvor en anførsel om ugyldighet etter § 36 har vunnet frem, jf. foruten Rt. 2013 s. 388 (Røeggen) også Rt. 1995 s. 1540 (sinnslidende kausjonist).

overlates til domstolene, og reguleringsmåten fordrer en (noe) annen retts-tenking enn det pragmatisme i norsk rettsanvendelse er basert på. Når det tradisjonelle samspillet mellom lovgiver og rettsanvender endres på denne måten, *kan* det innebære at rommet for pragmatisme i rettsanvendelsen blir mindre – rett og slett fordi lovgiver binder regelinhold og videre rettsutvikling i større grad enn det som er norsk rettstradisjon.²⁶

5. Utviklingstrekk II: Rettskildepluralisme – betydningen av et åpent og sammensatt rettskildebilde

5.1 Innledning

Et annet sentralt rettsutviklingstrekk på formuerettens område er *rettskildepluralisme*, i form av et stadig mer sammensatt og internasjonalt orientert rettskildebilde. Som sagt er særlig innslaget av europeiske kilder i rettslig argumentasjon betydelig større enn tidligere.²⁷ Spørsmålet er hvilken betydning et rettskildepluralisme kan ha for lovgiver forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen.²⁸

Vi skal også her se nærmere på to eksempler hentet fra rettspraksis. Det første eksempelet handler om informasjonsansvaret for profesjonelle tjenesteytere overfor tredjeparter, jf. de såkalte informasjonsansvarsdommene.²⁹ Det andre eksempelet omhandler erstatningsvern ved personskade.³⁰ Eksempelene er ment å illustrere hvert sitt ytterpunkt: Hvilke utfordringer som kan oppstå når det norske rettskildebildet er magert, og domstolene velger å basere sin rettsanvendelse på rettskildeimport, og hvilke utfordringer som oppstår når domstolene i rettsanvendelsen må håndtere et svært omfangsrikt

²⁶ Sekundærlovgivningen vi her har sett på regulerer forbrukerrettigheter, men reguleringsstettheten på disse områdene er så stor at det etter hvert kan stilles spørsmål om hvilken betydning det har for resterende deler av obligasjonsretten. Selv om forbrukerreguleringen i utgangspunktet har et begrenset nedslagsfelt, vil enkeltområder kunne bli så reguleringstette at det *kan* stilles spørsmål om den tilliggende alminnelige obligasjonsretten dras med som en rasjonell konsekvens.

²⁷ Dette gjelder både EU/EØS-baserte kilder og kilder med grunnlag i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).

²⁸ Et spørsmål som også vil avhenge av den internasjonale rettskildens karakter.

²⁹ Jf. Rt. 2008 s. 1078 (info I), Rt. 2015 s. 556 (info II), HR-2016-2264-A (info III), HR-2016-2344-A (info IV), se også HR-2017-1834-A (branncelle, mindretallets votum).

³⁰ Jf. HR-2017-2352-A (prostitusjonsinntekter), HR-2016-2491-A (restitusjon), Rt. 2013 s. 1689 (fostervannsprøve) og Rt. 1999 side 203 (sterilisering).

og sammensatt rettskildebilde, jf. punkt 5.2 og 5.3. Eksemplene er ment å gi grunnlag for videre refleksjon.

5.2 Utfordringer ved et magert rettskildebilde og rettskildeimport

Det første eksempelet vi skal se nærmere på omhandler profesjonelle tjenesteyteres informasjonsansvar overfor tredjeparter, slik ansvaret er fastlagt i de såkalte informasjonsansvarsdommene, jf. Rt. 2008 s. 1078 (info I), Rt. 2015 s. 556 (info II), HR-2016-2264-A (info III), HR-2016-2344-A (info IV).³¹ Eksempelet har jeg valgt fordi det illustrerer hvilke utfordringer lovgiver *kan* måtte forholde seg til når domstolene i rettsanvendelsen står overfor et magert norsk rettskildegrunnlaget, den digitale tilgangen til utenlandsk rettskildemateriale i prinsippet er ubegrenset, og pragmatisme i rettsanvendelsen innebærer at domstolene velger å fastlegge ulovfestede reglers innhold ved å foreta (en original) rettskildeimport.

I informasjonsansvarsdommene har Høyesterett lagt følgende tre vilkår til grunn for at det skal foreligge et informasjonsansvar:

”For det første må informasjonen ha vært villedende, og dette må skyldes uaktsomhet hos den som har avgitt informasjonen i en profesjonell sammenheng. For det andre må skadelidte ha hatt en rimelig og berettiget grunn til å stole på og innrette seg etter informasjonen. For det tredje må informasjonen ha vært ment for skadelidte eller i det minste for en begrenset gruppe som skadelidte tilhørte”.³²

³¹ Se også og mindretallets votum i HR-2017-1834-A (branncelle).

³² Jf. Rt. 2008 s. 1078 (a. 23), Rt. 2015 s. 556 (a. 43), HR-2016-2264-A (a. 36) og HR-2016-2344-A (a. 40) og HR-2017-1834-A (mindretallet, avsnitt 72). Vilkårene oppstilles for første gang i Rt. 2008 s. 1078 (info I). Dommen omhandler en takstmans erstatningsansvar for feil i takst som skyldtes takstmansens uaktsomhet. Som følge av takstmansens gale opplysninger ble en bolig taksert for høyt, og kjøper fikk utbetalt prisavslag fra selgers eierskifteforsikrer. Spørsmålet var om eierskifteforsikrer kunne kreve erstatning fra takstmansens ansvarsforsikrer som følge av feilen. Høyesterett legger til grunn at det her er tale om ”direktekrav” basert på ”takstmansens informasjonsansvar overfor forsikrings-selskapet”, og tilkjente eierskifteforsikrer erstatning. Om regress som alternativt rettsgrunnlag, se Jan-Ove Færstad, ”Regressoppgjør i erstatningsrettslige klær: En kommentar til Høyesteretts avgjørelser referert i Rt. 2008 s. 1078 og Rt. 2015.s. 556”, *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 2016, s. 97–120 (heretter *Færstad 2016*). Også Rt. 2015 s. 556 omhandler takstmans ansvar for uriktige opplysninger om eiendom (setningsskader). HR-2016-2264-A omhandler eiendomsmeglers informasjonsansvar for feil i meglers salgsoppgave. HR-2016-2344-A omhandler revisors informasjonsansvar for uriktige opplysninger i revisors erklæring ifbm. foreliggende regnskapsutkast. Erklæringen ble ansett villedende, og revisor ble holdt erstatningsansvarlig for en sparebank sitt tap.

Interessant i vår sammenheng er vilkårenes opphav, som førstvoterende presenterer slik:

«Ved den videre drøftelsen av om det er grunnlag for et direktekrav basert på takstmannens informasjonsansvar, finner jeg det naturlig å ta utgangspunkt i Bjøranger Tørum's oppsummering i boken *Direktekrav*, Bergen 2007 av hva som antas å utgjøre de generelle vilkår for dette ansvaret. Etter å ha understreket at informasjonsansvaret i liten utstrekning er avklart i norsk rettspraksis, oppsummerer han amerikansk rett slik på side 505...» (avsnitt 23)

Høyesteretts rettskildebruk kan beskrives som original. I mangel av et tilstrekkelig norsk kildegrunnlag tyr Høyesterett (om enn noe indirekte) til American Restatement of Torts, som er en amerikansk modellov utviklet av akademikere.³³

Erstatningsrettslig er det mye materielt å si om denne importen. Viktig i vår sammenheng er at importen av vilkårene hentet fra American Restatement passer som fot i hanske i norsk rett. De passer *nesten*.³⁴ Kort forklart er vilkårene for informasjonsansvar hentet fra en amerikanske modellov som (naturlig nok) er utformet med utgangspunkt i amerikansk erstatningsrett, og da som generelle prinsipper som skal representere et felles, komparativt uttrykk for de ulike delstatenes erstatningsrett.³⁵ Slik vilkårene for informasjonsansvar er utformet i Restatements, passer de ikke umiddelbart inn i et

Banken hadde hatt rimelig grunn til å innrette seg etter informasjonen i revisors erklæring. Sistnevnte dom kan anses som den eneste rene informasjonsansvarsdommen. Øvrige dommer kan ses som ”regressoppgjør i erstatningsrettslig klære” for å låne et uttrykk fra Færstad, se *Færstad 2016*.

³³ Restatements utgis av American Law Institute, og kan vanskelig anses å gi uttrykk for gjeldende rett på dette punktet; de fleste delstatene har andre rettslige løsninger. Riktignok skjer importen via en norsk sekundærkilde, en doktoravhandling om direktekrav, men med all respekt for forfatteren, er norsk doktoravhandling et originalt kildegrunnlag for amerikansk erstatningsrett, se Amund Bjøranger Tørum, *Direktekrav*, Universitetsforlaget 2007.

³⁴ Se bl.a. Trine-Lise Wilhelmsen og Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett – med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, Gyldendal 2017; Viggo Hagstrøm og Are Stenvik: *Erstatningsrett*. Universitetsforlaget, Oslo 2015; Bjarte Thorson, *Erstatningsrettslig vern for rene formuetaap*. Gyldendal Akademisk, Oslo 2011; Jan-Ove Færstad, *Erstatningsansvar for villedende informasjon*. Gyldendal Akademisk, Oslo 2014; Erling Hjelmeng, ”Høyesterettsdom av 18. November 2016. Revisors erstatningsansvar for villedende informasjon. Glåmå Bygg/Informasjonsansvarsdom IV”, i *Nytt i privatretten* 1/2017; Trygve Bergsåker, Terra Molde/Informasjonsansvarsdom III”, *Nytt i Privatretten* 1/2017.

³⁵ Amerikanske erstatningsrett er i hovedsak utviklet på delstatsnivå og basert på common law – med utgangspunkt i en prejudikatslære om ulike ”heads of tort”.

norsk erstatningsrettslig landskap. Etter min mening kunne dommene med fordel tydeligere redegjort for hvordan vilkårene for informasjonsansvar forholder seg til de alminnelige ansvarsvilkårene i norsk erstatningsrett. Importen har også medført at det har oppstått spørsmål om normkonkurranse og harmonisering i grenseflaten mellom alminnelig erstatningsansvar, kontraktansvar, forsikring og regress.³⁶ Kort fortalt er ikke rettstilstanden – slik den er utviklet i rettspraksis – spesielt godt avklart.

Dersom en skal tegne et komplett bilde av informasjonsansvarets fremvekst, hører det også med at eiendomsmegleres erstatningsansvar ble foreslått lovregulert på slutten av 1980-tallet.³⁷ Utvalget fremhevet at det ville være en fordel med lovregulering av ansvarsspørsmålet overfor selger og kjøper ”til avklaring på punkter som i dag måtte være tvilsomme og fordi lovreguleringen vil gjøre reglene lettere tilgjengelige for bransjen og publikum”.³⁸ Justisdepartementet stilte seg kritisk til å lovregulere erstatningsansvaret, og fremholdt at ”dette er et rettsområde hvor domstolene er mest egnet til å styre rettsutviklingen”, jf. ot.prp.nr. 59 (1988–1989) side 26.³⁹ Departementet foreslo derfor ikke å lovregulere ansvaret, som dermed forble uregulert.

Når det gjelder spørsmålet om lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen kan vi gjøre følgende refleksjon: Pragmatisme i utvelgelsen av rettskilder møter følgende to hovedutfordring når det norske kildegrunnlaget er spinkelt, en pragmatisk rettstradisjon åpner for rettskildeimport og den digitale tilgangen til utenlandsk rettskildemateriale er nærmest uavgrenset. For det første kan det i rettsanvendelsen være vanskelig å overskue hva en aktuell kildeimport innebærer, i den forstand at rettskildeimporten kan

³⁶ Bl.a. knyttet til selve tapsbegrepet (prisavslag medfører strengt tatt ikke et økonomisk tap), forholdet mellom forsikringsavtalenes vilkår og regress. Foruten *Færstad* (2016), kan det vises til Jan Ove Færstad og Arnt Skjefstad, ”prisavslag, erstatning og regress – selgers og megleres innbyrdes ansvar” *Tidsskrift for erstatningsrett* 2008 s. 156 flg.; Amund Bjøranger Tørum, ”Forholdet mellom kontrakts- og deliktsansvar”, *Det 41. Nordiske juristmøte 2017* (KONF-2017-njm-3); Per M. Ristvedt ”Informasjonsansvarsdom III og IV – ytterligere utvikling og avklaring av rettstilstanden”, *Lov og Rett* 2017 s. 34–44; Per M. Ristvedt ”Informasjonsansvarsdom nr. 2 –avklaring og sementerting av rettstilstanden”, *Lov og Rett* 2015 s. 504–510; Per M. Ristvedt ”Informasjonsansvarsdommen – en ny rettstilstand for ansvarsforsikringsselskapers”, *Lov og Rett* 2008 s. 579–595.

³⁷ Jf. NOU 1987:14 utkastets § 3-10 med tilhørende kommentarer, samt omtale i punktene 1.3 og 4.

³⁸ Jf. NOU 1987:14 side 79.

³⁹ Departementet begrunnet sitt standpunkt med at rettstilstanden ”neppe [er] avklart på alle punkt, og det kan kanskje være en fordel at den nærmere fastlegging av ansvaret overlates til domstolene, som gjerne kan nyansere erstatningsplikten mer enn det som er mulig i en lovregel”, ot.prp.nr. 59 (1988–1989) side 26.

medføre at reglene som utformes i rettspraksis ikke passer med eksisterende normering på gjeldende og/eller tilstøtende rettsområder. Informasjonsansvarsdommene illustrerer både hvordan rettskildeimport kan skape problemer ikke bare innenfor det rettsområdet som vilkårene er ment å regulere, men også skape unødig(e) normkonkurranse og grenseflatespørsmål.

For det andre vil det i mange tilfeller kunne oppstå et spørsmål om hvilke utvalgskriterier som skal legges til grunn for rettskildeimporten (annet enn at en av partene i den konkrete saken har funnet det oppportunt å påberope en gitt utenlandsk kilde). Når det gjelder vårt eksempel knyttet til profesjonelles informasjonsansvar, er det ikke åpenbart hvorfor utformingen av et norsk vilkårssett skal baseres på en amerikansk modellov.⁴⁰ Dersom pragmatisme i rettsanvendelsen resulterer i en original (og tilsynelatende noe tilfeldig) regelimport i mangel av norsk regulering, *kan* det oppstå spørsmål om hvordan partene skal kunne forutberegne sin stilling og hvordan domstolens legitimitet ivaretas. Forutberegnelighet et sentralt rettsstatsprinsipp, og grunnleggende for å begrunne Høyesteretts prejudikatsfunksjon og legitimitet.

5.3 Utfordringer ved et omfangsrikt og komplekst rettskildebilde

Det andre eksempelet omhandler erstatningsvern ved personskade på saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte. Eksempelet er ment å illustrere hvilke utfordringer lovgiver må forholde seg til når pragmatisme i rettsanvendelsen innebærer at domstolene i fastleggelsen av ulovfestede reglers innhold må håndtere et omfangsrikt og sammensatt rettskildebilde.

Spørsmål om erstatningsvern ved personskade foregges sjelden Høyesterett, men de senere årene har vi fått enkelte dommer, jf. HR-2017-2352-A (prostitusjonsinntekter), HR-2016-2491-A (restitusjon), Rt. 2013 s. 1689 (fostervannsprøve) og Rt. 1999 side 203 (sterilisering). Rettstilstanden etter dommene er at kortvarige tap av prostitusjonsinntekter og tap som oppstår i nær tilknytning til fødsel av uønskede barn, ikke har erstatningsvern. Et fellestrekk ved dommene er at de omhandler saksområder hvor kvinner er

⁴⁰ Dersom lovgiver hadde utredet rettsspørsmålet i stedet for å overlate regelutviklingen til domstolene, kunne lovgiveren ha utredet ulike alternativer. I en utredning kunne en blant annet undersøkt europeiske modeller (Principles of European Law og Principles of European Tort Law) eller hvordan informasjonsansvaret eventuelt er regulert i utenlandsk rett. I sistnevnte tilfelle kunne en også hente erfaringer fra respektive jurisdiksjoner m.t.p. hvordan gjeldende regulering (ikke) fungerer i nasjonal rett.

typiske skadelidte.⁴¹ Om en anlegger et kvinneperspektiv på rettsutviklingen, kan det være grunn til å stille spørsmål om utviklingen i tilstrekkelig grad ivaretar kvinners erstatningsrettslige stilling.⁴²

Dersom utformingen av erstatningsvern ved personskade resulterer i at kvinner reelt sett får en svakere erstatningsrettslig stilling enn menn, fordi saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte ikke er erstatningsvernet og tapene deres ikke erstattes, *kan* det være i strid med diskrimineringsvernet som følger både av Grunnloven § 98⁴³ og av FNs kvinneediskrimineringskonvensjon (KDK),⁴⁴ som gjennom menneskerettighetsloven (mrl.) er gjort til norsk lov med forrang foran alminnelig lovgivning, jf. mrl. § 2 nr. 5 og § 3.⁴⁵ Det er derfor et paradoks at når en i rettspraksis perforerer erstatningsvernet for personskader på saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte,⁴⁶ så berøres verken behovet for å sikre kvinners erstatningsrettslige stilling eller forholdet til diskrimineringsvernet i Grunnloven eller kvinneediskrimineringskonvensjonen (KDK). Når Høyesterett ikke berører kvinneperspektivet, er det mange rettskilder som ikke kommer med i vurderingen. Foruten Grunnloven og KDK er det flere lovgrunnlag som er relevante, jf. særlig voldsoffererstatningsloven og abortloven.⁴⁷

Foruten de strukturelle virkningene er det i rettslitteraturen er det pekt på flere utfordringer hva gjelder Høyesteretts tilskjæring av erstatningsvernet.⁴⁸

⁴¹ Manglende helsehjelp i forbindelse med familieplanlegging har særlig betydning for kvinner, som må gjennomgå svangerskap og fødsler. Og det er alminnelig antatt at flere kvinner enn menn arbeider som prostituerte, og som er ofre for menneskehandel.

⁴² Spørsmålet er behandlet i Birgitte Hagland «Erstatningsvern ved personskade på saksområder hvor kvinner er typiske skadelidte» i *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* 2018 nr. 3 s. 79–107 (heretter *Hagland 2018*). Nærværende fremstilling bygger på artikkelen.

⁴³ Bestemmelsen i Grl. § 98 fastsetter at ”intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling”.

⁴⁴ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 18. Desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (KDK).

⁴⁵ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, også forkortet mrl.).

⁴⁶ Jf. særlig Rt. 2013 s. 1689 (fostervannsprøve) og HR-2017-2352-A (prostitusjonsinntekter).

⁴⁷ Lov av 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd, jf. særlig § 2 som sikrer kvinners rett til selvbestemt abort; og lov av 20. april 2003 om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. som skal sikre voldsofre erstatning.

⁴⁸ Se *Hagland 2018* og Jo Ørjasæter og Håkon Bergsjø, ”Uten en tråd – Høyesterett om tapte prostitusjonsinntekter og erstatningsrettslig vern”, *Jussens venner* 05/2018 s. 329–345.

I vår sammenheng er det særlig relevant å løfte frem to av dem: Den første utfordringen knytter seg til utgangspunktet for etableringen av erstatningsvern, formulert som et spørsmålet ”om interessen fortjener rettsordenens beskyttelse”, jf. særlig HR-2017-2352-A (prostitusjonsinntekter) avsnitt 36. Flertallet i prostitusjonsinntektsdommen konkluderer med at ”prostitusjonsmarkedets karakter overskygger de negative konsekvenser et manglende vern får for den enkelte skadelidte...” (avsnitt 62). Konklusjonen innebærer at erstatningsrettens hovedhensyn – reparasjon – veies mot andre hensyn, og prioriteres bort til fordel for samfunnets interesse i å motarbeide visse typer atferd.⁴⁹ Vi synes å stå overfor en instrumentell tilnærming til spørsmålet om erstatningsvern, hvor erstatningsansvar brukes som et instrument for effektivt å sikre de interesser som flertallet mener skal prioriteres – de uønskede samfunnsvirkningene av prostitusjonsmarkedene og prostituerte som gruppe, jf. særlig a. 60–62. En instrumentell tilnærming til erstatningsretten innebærer at en må gjøre seg opp en mening om hvilke interesser som prioriteres. Prostitusjonsmarkedene bringer imidlertid med seg en gordisk knute av problemer, slik at spørsmålet om hvilke interesser som skal prioriteres, og hvilke tiltak som mest effektivt sikrer disse, er vanskelig å besvare. Hovedproblemet er at domstolene mangler relevante analyseverktøy for å besvare spørsmålet om det å unnta ”forbigående tap av fremtidsinntekter” faktisk er et egnet tiltak, slik førstvoterende i prostitusjonsinntektsdommen synes å legge til grunn, jf. bl.a. avsnitt 62.⁵⁰

Den andre hovedutfordringen er at selv om kvinnediskrimineringskonvensjonen (KDK) anvendes som tolkningsfaktor i fastleggelsen av erstatningsvernet, og slik *kan* bidra til å motvirke faren for at en overser strukturelle og diskriminerende virkninger når erstatningsvernet ved personskade utformes, så er KDK en konvensjon hvor rettighetene er svakt beskrevet, og hvor det finnes lite praksis. Kort forklart er konvensjonsbestemmelsene så generelt utformet at det kan være vanskelig å lese ut hvilke forpliktelser staten har, hva som skal til for å etablere et diskrimineringsgrunnlag, og hvilke individuelle rettigheter som kan utledes.⁵¹

Dommene om erstatningsvern illustrerer at en rettstradisjon som åpner for pragmatisme i utvelgelsen av rettskilder, møter følgende utfordring når

⁴⁹ I følge forarbeidene til skadeserstatningsloven (lov av 13. juni 1969 nr. 26) er det å gjenopprette skaden et hovedformål i erstatningsretten, jf. NOU 1977:33 side 23 og Ot.prp. nr. 33 (1988–89) side 16.

⁵⁰ Nærmere omtalt hos *Hagland 2018*, punkt 2.2.5.

⁵¹ Nærmere omtalt hos *Hagland 2018*, punkt 3.1.

rettskildebildet stadig blir mer sammensatt: Disposisjonsprinsippet medfører at domstolen langt på vei er prisgitt hvilke krav og grunnlag (og bevis) som partene i et sivilt søksmål velger "å bringe til torgs". Samtidig er rettskildebildet på enkelte områder nå så komplekst og krysningpunktene mellom kildegrunnlagene så mange at det kan stilles spørsmål om det er riktig å basere seg på prinsippet om at *Jura Novit Curia* (domstolene kjenner retten). Pragmatisme i utvelgelsen av rettskilder kan medføre at kildene blir for få eller at kildegrunnlaget blir skjevt. Lovgiver risikerer med andre ord også ved et omfangsrikt og sammensatt rettskildebilde at rettsutviklingen ikke blir adekvat. Eksempelvis fordi en i regeldannelsen overser reglenes eventuelle strukturelle virkninger (slik som diskriminering), og dermed overser rettsgrunnlag som er sentrale for regeldannelsen, slik at regelinnholdet kommer i strid med grunnleggende rettigheter. Eller baserer avgjørelsen på antakelser om regeldanningens faktiske virkninger (slik som erstatningsvernets betydning for prostitusjonsmarkedenes utvikling) i mangel av muligheten til å foreta en virkningsanalyse.

5.4 Refleksjon over enkelte fellesutfordringer

I rettslitteraturen har det lenge vært fremhevet at informasjonsansvar overfor tredjeparter reiser mange kompliserte spørsmål.⁵² Høyesteretts originale rettskildeimport og vilkårsutforming kan neppe sies å ligge innenfor en rettsutvikling som lovgiver (eller noen andre) kunne forutsi. Og i rettslitteraturen er rettsutviklingen hva gjelder erstatningsvern ved personskade kritisert for å overse strukturelle spørsmål (diskriminering). Samtidig som etableringen av erstatningsvern byr på en rekke metodiske utfordringer i rettsanvendelsen, bl.a. knyttet til domstolenes mangel på verktøy til å foreta virkningsanalyser av egen regeldannelse, og til rettskildegrunnlag (her KDK) som i mindre grad gir veiledning fordi rettighetene er svakt beskrevet, og hvor det finnes lite praksis som gir i mindre grad gir veiledning.

Etter min mening illustrerer begge eksemplene at lovgiver ikke bør innta en for tilbaketrukket rolle på rettsområder som innebærer regulatoriske utfordringer, både med tanke på hvordan reguleringen skal utformes innenfor angjeldende rettsområde og hvordan grenseflatespørsmål til andre retts-

⁵² Allerede i 1987 kom Jan Kleinemans doktoravhandling om temaet, "Ren Förmögenhetsskada", se Jan Kleineman, *Ren Förmögenhetsskada – särskilt vid vilsledande av annan än kontraktspart*, Juristförlaget Stockholm 1987. I forlengelsen av *Kleinemans* avhandling skrev *Hagström* om informasjonsansvaret, se *Viggo Hagström*, "Informasjonsansvar – Om villedning av annan enn kontraktspart, Tidsskrift for rettsvitenskap 1989 s. 196–220.

områder skal håndteres. Lovgiver har utredningsmuligheter som domstolene ikke har.⁵³ Ved å overlate krevende regeldannings spørsmål til rettspraksis i stedet for selv å utrede, risikerer lovgiver at rettsutviklingen ikke blir adekvat. Lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen fordrer med andre ord at lovgiver er seg bevisst hvilke regeldannings spørsmål som er egnet for domstolene, også innenfor rettsområder hvor den tradisjonelle oppfatningen er at domstolene er mest egnet til å styre rettsutviklingen.

6. Utviklingstrekk III Domstolspluralisme – betydningen av flere rettsanvendere

6.1 Innledning

Det tredje og siste spørsmålet som skal undersøkes er hvilken betydning flere autoritative rettsanvendere kan ha for lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen.

Vårt nasjonale utgangspunkt er at ”Høyesterett dømmer i siste instans”, jf. Grunnloven § 88. Dette utgangspunktet nyanseres ved at også internasjonale domstolars avgjørelser har reell prejudikatsvirkning i norsk rett. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, jf. menneskerettighetsloven § 2 og EØS-loven § 1. For å sikre samsvar mellom norsk og europeisk rettstilstand er det en forutsetning at norske domstoler benytter traktatforpliktelsenes tolkningsmetode. Det vil si at ”[n]orske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og [Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen] EMDs avgjørelser”, jf. Rt. 2005 side 833 (Uskyldspresumsjon) avsnitt 45.⁵⁴ Tilsvarende gjelder domstolspraksis fra EU-domstolen (EUD) og EFTA-domstolen, se punkt 6.2.1. Avgjørelser fra EMD, EFTA-domstolen og EUD står derfor i en særstilling.⁵⁵

⁵³ Om virkningsanalyser i norsk reguleringsprosess, se *Nordrum*.

⁵⁴ Allerede i Rt. 2000 s. 996 (Böhler) baserte Høyesteretts seg på samme metodiske tilnærming ved tolkningen av EMK som Den europeiske menneskerettsdomstolen.

⁵⁵ Også den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) den internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen, BK) og FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (kvinnediskrimineringskonvensjonen, KDK) er gjort til norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2. Etter menneskerettsloven § 3 skal konvensjonene ha forrang foran alminnelig lovgivning. Til bildet av flere rettsanvendere hører derfor også FN-komiteenes uttalelser. FN-komiteene er nedsatt for å ivareta konvensjonens rettigheter, ved å overvåke at staten oppfyller sine plikter etter

I det følgende skal vi se på to særlige problemstillinger som oppstår når regeldannelsen til dels skjer gjennom en europeisk domstolsdialog. For det første oppstår det et spørsmål om hvordan lovgiver skal forholde seg til pragmatisme i rettsanvendelsen når lovgiver må forholde seg til andre typer rettsavgjørelser enn tidligere, nemlig prejudisielle avgjørelser fra EUD og EFTA-domstolen, se punkt 6.2. For det andre oppstår spørsmål om verdivpluralisme, nærmere bestemt om hvilken betydning det har for lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen at europeiske domstoler (særlig EUD og EMD) tidvis vil basere sine avgjørelser på andre verdivurderinger enn det en norsk domstol typisk vil gjøre. For eksempel står hensynet til det indre markedet og effektivitetsprinsippet helt sentralt i EUD sin argumentasjon. Spørsmålet behandles i punkt 6.3.

6.2 Andre typer rettsavgjørelser – betydningen av prejudisielle avgjørelser

6.2.1 Prejudisielle avgjørelsers rettskildemessige betydning

For et nordisk publikum kan det være nyttig med en introduksjon av hvilken rettskildemessige status avgjørelser fra EFTA-domstolen og EUD har i norsk rett.⁵⁶ Dersom norske domstoler er i tvil om hvordan EØS-retten skal tolkes, kan domstolen forespørre EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. I motsetning til i EU er altså ikke norske domstoler pålagt å be om en prejudisiell avgjørelse av tolkningsspørsmål, og EFTA-domstolens avgjørelser er kun rådgivende, jf. ODA artikkel 34 (1).⁵⁷ Høyesterett har likefullt understreket at ”[f]or at EFTA-domstolen skal fylle den rolle som den er tiltenkt, kan domstolens forståelse av EØS-retten ... ikke fravikes uten at det foreligger gode og tungtveiende grunner for det”, se HR-2016-2554-P konvensjonen – ØSK-komiteen, Barnekomiteen og FNs kvinne-diskrimineringskomité (CEDAW). Komiteene avgir blant annet generelle anbefa-

konvensjonen – ØSK-komiteen, Barnekomiteen og FNs kvinne-diskrimineringskomité (CEDAW). Komiteene avgir blant annet generelle anbefalinger (*General Comments*) forholdsvis omfattende retningslinjer for tolkningen av konvensjonsbestemmelsene. For alle de nevnte FN-konvensjonene er det dessuten etablert individuelle klageordninger. Norge har (hittil) akseptert den individuelle klageretten under SP (Menneskerettighetskomitéen HRC) og KDK (Kvinnekomitéen CEDAW). I tillegg kommer praksis fra ulike ILO-konvensjoner.

⁵⁶ For en fremstilling av domstolsdialogen mellom EFTA-domstolen og EUD, kan det vises til Halvard Haukeland Fredriksen, ”Er EFTA-domstolen med katolsk enn paven?”, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2009, s. 507–576.

⁵⁷ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol, jf. Lov av 21. November 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

linger (General Comments) forholdsvis omfattende retningslinjer for tolkningen av konvensjonsbestemmelsene. For alle de nevnte FN-konvensjonene er det dessuten etablert individuelle klageordninger. Norge har (hittil) akseptert den individuelle klageretten under SP (Menneskerettighetskomitéen HRC) og KDK (Kvinnekomitéen CEDAW). I tillegg kommer praksis fra ulike ILO-konvensjoner. 56 For en fremstilling av domstolsdialogen mellom EFTA-domstolen og EUD, kan det vises til Halvard Haukeland Fredriksen, "Er EFTA-domstolen med katolsk enn paven?", Tidsskrift for rettsvitenskap 2009, s. 507–576. 57 Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol, jf. Lov av 21. November 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven). Birgitte Hagland 114 (Holship) avsnitt 72.⁵⁸ Det vil si at prejudisielle avgjørelser fra EFTA-domstolen normalt tillegges betydelig vekt.⁵⁹

Samtidig er praksis fra EU-domstolen en sentral rettskilde. EØS-avtalen art. 6 bestemmer at dommer avsagt før EØS-avtalen ble undertegnet, skal legges til grunn av norske domstoler. Bestemmelsen gir uttrykk for en tradisjonell dualistisk tankegang: Det er konvensjonsregelens innhold på tidspunktet da Norge ratifiserte traktaten, som Norge har forpliktet seg til å følge; ikke etterfølgende konvensjonspraksis eller rettsutvikling. Høyesterett har i det alt vesentlige behandlet dommer avsagt også etter dette tidspunkt på samme måte jf. blant annet Rt. 2002 s. 391 «GOD MORGEN», hvor førstvoterende (på side 395–96) uttaler at

«Relevant praksis fra EF-domstolen [for den aktuelle saken om registrering varemerket «God morgen»] er yngre enn 2. mai 1992 og er derfor ikke formelt bindende for Norge i henhold til EØS-avtalen art. 6, men det er på det rene at slik senere praksis uansett skal tillegges stor vekt ved tolkningen av norsk lov, se Rt. 1997 s. 1954.»

På denne måten er sjansene for bestående (og ikke bare en historisk) rettslikhet større, og uttalelsene er i tråd med både harmoniseringsmålsettingen (rettslikhet innad i unionen) og homogenitetsmålsettingen (rettslikhet mellom EU og EØS). For å sikre rettslikhet mellom EU og EØS følger det av ODA artikkel 3 at EFTA-domstolen skal ta tilbørlig hensyn til nyere praksis fra EUD. Det betyr at norsk Høyesterett også må gjøre det samme, for ikke implisitt å komme i konflikt med den rettsoppfatning som EFTA-domstolen vil bygge på. Det følger av rettspraksis at EFTA-domstolen tolker EØS-retten i samsvar med rettsoppfatningen til EUD selv

⁵⁸ Også EFTA-domstolen har kommet med liknende uttalelser, se E-14/15 (Boikott) avsnitt 37.

⁵⁹ Den såkalte Fosen-saken viser at dette ikke alltid er tilfelle, jf. LF-2015-187242 hvor lagmannsretten valgte å se bort fra EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Dommen er anket til Høyesterett, som ba EFTA-domstolen om en ny uttalelse. I august 2019 kom EFTA-domstolen kom med en uttalelse, som reverserer den første, jf. E-7/18.

om EFTA-domstolen selv tidligere skulle ha hatt en annen rettsoppfatning. Dette kommer særlig tydelige frem i E-9/10-07 (L’Oréal). Saken gjaldt tolkningen av en direktivbestemmelse, hvor EFTA-domstolen i en tidligere sak hadde lagt én tolkning til grunn, og hvor EUD senere hadde lagt til grunn an annen forståelse av samme direktivbestemmelse. EFTA-domstolen fulgte EUD sin tolkning under henvisning til homogenitetsmålssettingen.

6.2.2 Prejudisielle avgjørelser og pragmatisme rettsanvendelsen

Spørsmålet er hvordan norsk lovgiver skal forholde seg til pragmatisme i rettsanvendelsen når regelinholdet (langt på vei) fastsettes av EFTA- eller EU-domstolene i prejudisielle uttalelser.

Ettersom dissenser ikke tillates i EFTA- og EU-domstolene (visstnok etter mønster fra fransk rettstradisjon), er det en kjent sak at domsmaterialet herfra tidvis er krevende å lese fordi uenighet blant dommerne fører til kompromisspregede uttalelser med vage eller flertydige formuleringer. Samtidig synes domsmaterialet å sprike i en slik grad at det er vanskelig å si noe generelt om domstolenes prejudisielle avgjørelser er preget av mer eller mindre formalisme eller pragmatisme enn norske høyesterettsavgjørelser. Antakelig vil en her finne variasjoner innenfor ulike rettsområder.

En observasjon vi likefullt kan gjøre, er at det ikke er vanskelig å finne prejudisielle avgjørelser som innebærer at regelinhold fastlegges på en måte som til en viss grad bryter med en norsk pragmatisk rettstradisjon. Til illustrasjon kan nevnes en prejudisiell avgjørelse i sak C-161/17⁶⁰ vedrørende tolkning av begrepet overføring «til almenheden», jf. dir. 2001/29 artikkel 3 (1).⁶¹ I en skoleoppgave hadde en elev benyttet et fotografi som han hadde funnet på en offentlig tilgjengelig internettside. Skolen valgte å publisere elevarbeidet på skolens egen hjemmeside. Fotografen som hadde tatt bildet, gikk til søksmål mot delstaten som skolen ligger i, med krav om bl.a. erstatning fordi skolen ved å legge fotografiet fritt tilgjengelig på sin internettside, krenket hans opphavsrett til fotografiet. EUD kom til at begrepet overføring «til almenheden» skal fortolkes slik at

”det omfatter tilrådighedsstillelse online på en internettside af et fotografi, der tidligere har været tilgængeligt på en anden internettside med tilladelse fra inde-

⁶⁰ Avsagt den 7. August 2018.

⁶¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. Maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT 2001, L 167, s. 10).

haveren af ophavsretten og uden nogen begrænsning, der forhindrer download” (premiss 47).

Dersom spørsmålet hadde kommet opp for en norsk domstol, er det ikke vanskelig å se for seg at en i regeldannelsen ville valgt en mer pragmatisk tilnærming, og lagt til grunn at begrepet ikke omfatter bagatellmessige inngrep, slik som publisering av en elevoppgave på en skoles internettside kan anses som å utgjøre.

For spørsmålet om hvordan lovgiver skal forholde seg til pragmatisme i rettsanvendelsen kan vi gjøre følgende observasjon: Når regelinhold fastlegges gjennom prejudisielle avgjørelser, blir fleksibiliteten eller muligheten for pragmatisme i rettsanvendelsen mindre, fordi den prejudisielle avgjørelsen ”låser” regeldanningsspørsmålet, hvorpå norske domstoler kun tar stilling til subsumisjonsspørsmålet.

Dette behøver selvsagt ikke innebære de helt store realitetsendringene, men fra et lovgiverståsted kan det være verdt å reflektere over følgende: Deler av norsk lovgivningstradisjon er basert på en reguleringsteknikk som gir mindre fleksibilitet med hensyn til *rettsfølgen ved normbrudd*. Som eksempel kan nevnes lovregulering på immaterialrettens område, som bestemmer at gitt brudd på lovens normer, så skal erstatning og/eller vederlag utgå.⁶² For de tilfellene hvor prejudisielle avgjørelser medfører at regelinhold fastlegges på en måte som bryter med vår pragmatiske tradisjon, og den norske lovreguleringen legger opp til at rettsfølgen i så fall er gitt, så *kan* rommet for pragmatisme i rettsanvendelsen snevres inn.

6.3 Verdipluralisme – betydningen av ulike verdivurderinger

Det siste spørsmålet vi skal se på knytter seg til verdipluralisme, og hvilken betydning det har for lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen at EUD og EMD tidvis synes å bygge på andre verdivurderinger eller formålsbetraktninger enn det norske domstoler typisk vil gjøre.

Som grunnlag for refleksjon, skal vi ta utgangspunkt i den såkalte Lindheim-saken, som illustrerer at det ikke nødvendigvis vil være sammenfall mellom de verdivurderinger som norsk lovgiver og Høyesterett legger til grunn, og de verdioppfatninger som EMD bygger på, jf. hhv. Rt. 2007 s. 1306 (Lindheim) og EMD-2008-13221 (Lindheim v. Norway).

⁶² Jf. bl.a. åndsverkloven § 81, patentloven § 58, varemerkeloven § 58.

Den norske avgjørelsen, Rt. 2007 s. 1306 (Lindheim), er en plenumsdom og gjaldt spørsmålet om tomtefesteloven § 33 var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 eller med § 105, som bestemmer at det ved ekspropriasjon skal ytes full erstatning. Bestemmelsen i tomtefesteloven § 33 ga festeren rett til forlengelse av tomtefesteavtale for fritidshus på uendrede vilkår når avtalt festetid var utløpt. En enstemmig Høyesterett kom til at det ikke var grunn til en annen løsning for fritidseiendommer enn for boligeiendommer, og det ikke forelå grunnlovsstridighet. Førstvoterende legger blant annet vekt på at dette er et område som har vært gjenstand for ”en langvarig og omfattende lovgivningsaktivitet for å verne retten til bolig. Rettsområdet har vært sterkt lovregulert, og markedsmekanismene har langt på veg ikke fått anledning til å råde” (avsnitt 106). I sin konklusjon vedrørende tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97 fremheves at bestemmelsen i tomtefesteloven § 33 ”er begrunnet i tungtveiende boligsosiale hensyn. Det forelå et klart beskyttelsesbehov for en rekke festere, og bortfesterne hadde ingen rimelig forventning om å kunne nyte godt av den helt særegne prisstigningen på tomtegrunn” (avsnitt 121).

Bortfester klaget Norge inn for EMD, som blant annet tok stilling til spørsmålet om det forelå en krenkelse av EMK P-1-1. Etter å ha foretatt en konkret vurdering av festeforholdene i saken⁶³ uttaler EMD som ”a general observation that the problem underlying the Violation of Article 1 [of P-1-1] concerns the legislation itself”, jf. premiss 137. Kort fortalt kom EMD til at lovgiveren ved utformingen av § 33 ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til bortfesteres eiendomsrett. Domstolen legger til grunn at selv om staten har en vid skjønnsmargin med hensyn til hva som anses som en rettferdig fordeling av sosiale og økonomiske byrder, så var skjønnsmarginen overskredet ved at det her ikke var en rimelig balanse mellom bortfesterens eiendomsrett og de generelle samfunnsinteressene.⁶⁴

Norsk Høyesterett har et lovbundet mandat, og tomtefeste, som Lindheim-saken omhandler, er et svært politisert rettsområde, hvor antall saker for Høyesterett også viser at det er et høyt konfliktnivå mellom partene. I en norsk rettstradisjon er det gjenkjennelig at landets høyeste domstol legger

⁶³ Jf. særlig premiss 128–134.

⁶⁴ Avslutningsvis viser EMD til at også Høyesterett hadde foretatt en vurdering av forholdet til P-1-1. Domstolen er uenig i det utgangspunktet som Høyesterett hadde lagt til grunn for sine drøftelser (om det var i strid med konvensjonen at bortfester ikke hadde hatt rett til å oppjustere festeavgiften basert på markedsverdi), og peker på at enhver oppjustering utover konsumprisindeksen ville være i strid med tomtefesteloven § 33.

lovgiverviljen til grunn på rettsområder som er sterkt politiserte, og ikke baserer sine avgjørelser på andre verdivurderinger og interesseavveininger enn det norsk lovgiver bevisst har lagt til grunn. Eksempelvis kan det vises til Rt. 1983 s. 1004, om at det ”ikke tilkommer domstolene å ta standpunkt til om den løsning av et vanskelig lovgivningsproblem som lovgiveren har valgt ved abortloven av 1978, er den beste” (på side 1018).

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen er etablert for å sikre at medlemsstatene overholder sine konvensjonsforpliktelser, jf. EMK artikkel 19. Menneskerettighetskonvensjonens materielle bestemmelser setter rammer for hvilket verdigrunnlag både EMD og Høyesterett kan basere sine avgjørelser på. Samtidig følger det av subsidiaritetsprinsippet at det er medlemsstatene som har primæransvaret for å sikre at konvensjonens bestemmelser etterlevs.⁶⁵ Subsidiaritet kombinert med den nasjonale skjønnsmarginen medfører at den sentrale funksjonen for EMD vil være å føre kontroll med at nasjonale domstoler har anvendt riktig norm og gjennom domsgrunnene forklart hvilke avveininger som er gjort.⁶⁶ Som Lindheim-saken viser kan det like fullt være en viss diskrepans mellom de interesseavveiningene og verdivurderingene som Høyesterett legger til grunn, basert på lovgivervilje, og interesseavveininger og verdivurderingene som EMD vil akseptere innenfor rammene av EMK.

Når det gjelder spørsmålet om hvilken betydning flere rettsanvendere kan ha for hvordan lovgiver skal forholde seg til pragmatisme i rettsanvendelsen, kan vi gjøre følgende refleksjon: Lindheim-dommene er et eksempel på at andre verdioppfatninger i Menneskerettsdomstolen *kan* medføre at interesseavveininger innenfor EMK slår annerledes ut enn det norsk lovgiver har lagt til grunn i sin lovgivning. Tilsvarende kan en tenke seg at EFTA-/EU-domstolene vektlegger enkelte hensyn tyngre innenfor EØS-avtalens virkeområde, eksempelvis hensynet til det indre markedet og effektivitetshensynet.

⁶⁵ Ordningen er basert på subsidiaritet – et alminnelig folkerettslig prinsipp om at internasjonale organer «ikke skal gjøre det statene selv kan gjøre», jf. Mads Andenæs, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, ”Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin”, i *Lov og Rett* 2015 s. 261–278 (heretter *Andenæs m.fl.*). Gjennom tilleggsprotokoll 15 er subsidiaritetsprinsippet styrket, jf. Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms (Strasbourg, 24.6.2013), CETS No. 213.

⁶⁶ Arnfinn Bårdsen Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK, avsnitt 17, Ryssdal-seminaret, Oslo 30. Oktober 2017, se <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/dokumenter/taler-og-artikler/ryssdal-seminaret-2017-ny.pdf>. (sist besøkt 1. august 2019).

Når rettsanvenderen ikke lenger er norsk Høyesterett, men en europeisk domstol, er det ikke er åpent for samme type dialog mellom lovgiver og rettsanvender som norsk lovgivningstradisjon er basert på, ved at forarbeider og lovgiverviljen normalt står sentralt i Høyesteretts rettsanvendelse.⁶⁷ Rett og slett fordi de europeiske domstolene baserer seg på traktatenes egne verdier og tolkningsmodeller. Samtidig må lovgiver legge til grunn at også Høyesterett vil justere interesseavveininger som er lagt til grunn i forarbeidene, dersom EMD-praksis bygger på en annen vektning (med den reservasjonen at nors lovgiver uttrykker at interesseavveiningen skal foretas på en gitt måte, selv om vektningen ligger utenfor statens skjønnsmargin og således vil innebære konvensjonsbrudd.)

7. Avsluttende refleksjoner

Bårdsen har uttalt at ”... i det lange løp er det spørsmål om ikke vår retts-tenking mer generelt blir påvirket, både i stort og smått. Man snakker gjerne om en transnasjonalisering av retten og rettstenkingen”.⁶⁸ Rettsutviklingstrekkene – reguleringspluralisme, rettskildepluralisme og rettansvender-

⁶⁷ For en grunnleggende fremstilling av Høyesteretts forarbeidsbruk, se Knut Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Cappelen Akademisk Forlag Oslo 2000. Kort forklart vil norske domstoler tradisjonelt benytte lovens forarbeider i tolkningen av en aktuell lovtekst for å finne frem til hva lovgiver har ment eller villet med en lovregulering (selv om dette er ønsker eller meninger som ikke kommer direkte til uttrykk i lovteksten) I lovens forarbeider vil en foruten kommentarer til hver enkelt lovbestemmelse typisk finne uttalelser om lovreguleringens kontekst, slik som forhistorie, reguleringsbehov og formål. Det tydeligste uttrykket for domstolenes vilje til å vektlegge lovgiverviljen, finner vi i de tilfellene hvor forarbeidene blir brukt som supplerende normering i rettsanvendelsen. Det vil si at lovens ordlyd suppleres med normering som strengt tatt kun fremgår av forarbeidene. Et velkjent eksempel er hvordan lovforarbeidene til bilansvarsloven benyttes av domstolene for å fastlegge trafikksikrers ansvar for skade som motorvogn «gjer», jf. § 4, jf. lov av 2. mars 1961 om ansvar for skade som motorvogn gjer, Motorvognansvarskomiteens innstilling NUT 1957:1 og Ot.prp.nr. 24 (1959–60). I de senere årene har vi en rekke dommer som omhandler «gjer»-kriteriet, jf. HR-2016-2560-A (konteinertak), Rt. 2015 s. 1017 (bakk-luke) og Rt. 2012 s. 233 (tankbil). Dommene omhandler henholdsvis fall fra en konteiner plassert på lasteplanet til en kranbil, klemskade i en bakdør på personbil og fall fra stige på tankbils styrhus. Lovens ordlyd, skade som motorvogn «gjer», åpner ikke for å skille mellom ulike fallhøyder eller ulike dørtypen. Rettstilstanden er likevel slik at skade som følge av fall fra stige på tankbil og klemskade i bakdør omfattes av bilansvaret, mens fall fra konteiner lastet på bil er ansett å falle utenfor bilansvarslovens anvendelsesområde. I sistnevnte tilfelle begrunnes dette bl.a. med at skaden oppstod i tilknytning til lasting, og derfor falt inn under det såkalte «laste- og losse»-unntaket i forarbeidene til loven.

⁶⁸ Bårdsen, *prejudiktsdomstol* avsnitt 45.

pluralisme – utfordrer den tradisjonelle arbeidsfordelingen som vi i Norge har hatt mellom lovgiver og rettsanvender når det gjelder regeldannelse og rettsanvendelse på formuerettens område. Ikke bare fordi EUs regulerings-teknikk synes å medføre at norsk lovgivningstradisjon kommer under press, men også fordi rettskildepluralisme kan medføre at en regeldanningsprosess som er basert på at rettsanvenderen skal finne gode og konsistente regler når kildegrunnlagene og krysningspunktene mellom dem og blir svært mange, kan bli for krevende.

Med tanke på vårt overordnede tema, lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen, kan en avsluttende refleksjon være at den norske pragmatismen tradisjonelt har fungert innenfor rammene av et lite land med oversiktlige rettsregler og oversiktlige samfunnsforhold. Utviklingen i retning av reguleringspluralisme, rettskildepluralisme og rettsanvenderpluralisme medfører at samspillet mellom lovgiver og domstol ikke lenger er like nasjonalt orientert. For lovgivers forhold til pragmatisme i rettsanvendelsen synes utviklingen dels å innebære at den tradisjonelle arbeidsfordelingen mellom lovgiver og domstolene i noen grad forskyves, jf. punkt 4, dels å bety at lovgiver på en annen måte enn tidligere må være seg bevisst hvilke regeldanningsspørsmål som er egnet for domstolene, jf. punktene 5 og 6. For å bestemme hvilke spørsmål som bør overlates domstolene, må lovgiver ta hensyn til hvordan reguleringspluralisme, rettskildepluralisme og rettsanvenderpluralisme gjøre seg gjeldende på det aktuelle rettsområdet. På ulike rettsområder kan lovgivers vurderinger dermed bli ulik – selv om regeldanningsspørsmålet i seg selv egentlig er det samme.