

**Begrunnelsen for og rekkevidden av prinsipp om domstolenes tilbakeholdenhet med
forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring**



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 544
Leveringsfrist: 25.04.2010

Til sammen 10382 ord

22.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling, samt avgrensning av oppgaven	1
1.2	Videre fremstilling	3
<u>2</u>	<u>METODE OG KILDER</u>	<u>3</u>
2.1	Metode	3
2.2	Kilder	4
<u>3</u>	<u>FOREKOMSTEN AV "SWINGBALL-PRINSIPPET" I DOMSTOLSPRAKSIS ETTER RT 1975 S. 603</u>	<u>4</u>
3.1	Innledning	4
3.2	Nærmere om "Swingball-dommen"	5
3.3	Anvendelsen av Swingball-prinsippet i patentsaker	8
3.4	Varemerkesaker	12
3.5	Mønstersaker	13
3.6	Trygderettssaker/helserett	14
3.7	Avgjørelser på skatterettens og avgiftsrettens område	15
3.8	Overprøving av vedtak vedrørende markedsføring	16
3.9	Bygningssaker	17
3.10	Fredningsvedtak	19

3.11	Konkurranserett	20
3.12	Tilbakekall av autorisasjon/avskjed i forhold til et yrke	20
3.13	Utlendingsrett	21
3.14	Erstatningssaker	22
3.15	Andre rettsområder	23
3.16	Forholdet til Rt. 1995 s. 1427 og Rt. 2004 s. 1092	25
4	<u>EKSISTERER DET ET "SWINGBALL-PRINSIPP" I DANSK RETT?</u>	26
5	<u>HVA SLAGS STATUS HAR "SWINGBALL-PRINSIPPET"</u>	28
5.1	Hva er et prinsipp?	28
5.2	Prinsippet i "Swingball-dommen": prinsipp eller rettsregel?	29
6	<u>ARGUMENTER FOR OG I MOT PRINSIPPET OM DOMSTOLENES TILBAKEHOLDENHET MED FORVALTNINGEN I TILFELLE SÆRSKILT KUNNSKAP OG ERFARING</u>	31
6.1	Argumenter til støtte for "Swingball-prinsippet"	31
6.2	Argumenter som taler mot "Swingball-prinsippet"	32
7	<u>AVSLUTNING</u>	34
7.1	Foreligger det et prinsipp om domstolenes tilbakeholdenhet med forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring("Swingball-prinsippet")	34
7.2	Rekkevidden av "Swingball-prinsippet"	34
7.3	Avsluttende bemerkninger	35

8	<u>LITTERATURLISTE</u>	36
8.1	Lover	36
8.2	Forarbeider	36
8.3	Rettspraksis	36
8.3.1	Norsk rettspraksis	36
8.3.2	Utenlandsk rettspraksis	39
8.4	Juridisk litteratur	39
8.4.1	Artikler	39
8.4.2	Norske bøker	40
8.4.3	Utenlandske bøker	40
8.5	Internettider	40

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling, samt avgrensning av oppgaven

Denne oppgaven er en analyse av et antatt prinsipp om at domstolene skal utvise en viss tilbakeholdenhet i prøvingen av gyldigheten av forvaltningsvedtak i saker der forvaltningen antas å inneha særskilt kunnskap og erfaring. En slik tilbakeholdenhet kom i rettspraksis først til uttrykk gjennom Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1975 s. 603, ofte omtalt som ”Swingball-dommen”. Saken gjaldt gyldigheten av Patentstyrets vedtak om å nekte patent på en innretning for feste av line til en ball. Høyesterett slo fast at det var ”all grunn for domstolene til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag” som Patentstyret satt inne med.¹

Det er flere grunner til å se nærmere på denne formen for domstolsprøving.

Tilbakeholdenheten som ble uttrykt i ”Swingball-dommen” er senere påberopt og i mange tilfeller også lagt til grunn i domstolspraksis, også på andre områder enn der Patentstyret fatter vedtak. Dette vil bli vist nedenfor i avsnitt 3. Samtidig er det uklart hva tilbakeholdenheten innebærer, og om det overhodet kan sies å være et hevdvunnet prinsipp i norsk rett (for fremstillingens skyld vil jeg likevel omtale tilbakeholdenheten som ’prinsipp’ i oppgaven). Det er også grunn til å undersøke nærmere hvilke argumenter som i realiteten taler for og mot en tilbakeholdenhet som den som ”Swingball-dommen” er uttrykk for. Også disse spørsmålene gjør det relevant å behandle dette fenomenet nærmere. Det er skrevet lite om denne formen for begrenset domstolskontroll i den juridiske teori,²

¹ Rt. 1975 s. 603 (s. 606) - dommer Schweigaard Selmer som førstvoterende. Dommen var enstemmig.

² Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 2. utgave, Oslo 1982, side 254, Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007, side 275 og 276, Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010, side 400 og 545.

men i det som er skrevet ser ut til å være noe uenighet om denne tilbakeholdenheten.³ Tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen som følge av forvaltningens kunnskap og erfaring er etter hva jeg har kunnet bringe på det rene, ikke et særnorsk fenomen, men heller ikke i andre rettssystemer virker det som denne tilbakeholdenheten og dets nærmere innhold og status er klarlagt i særlig grad. Det er hevdet i dansk forvaltningsrettslig teori at en tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen grunnet kunnskap og erfaring hos avgjørelsesmyndigheten kan være problematisk sett i lys av retten til domstolsadgang i artikkel 6 nr 1 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).⁴ Også dette er med på å forsvare en studie av ”Swingball-prinsippet”, selv om en omfattende undersøkelse av forholdet til EMK artikkel 6 nr 1 ikke virker nødvendig innenfor rammene av denne oppgaven.⁵

Denne oppgaven er ingen generell redegjørelse av domstolskontroll med forvaltningen,⁶ men den behandler ett av flere temaer innenfor et større tema om domstolenes kontroll med den utøvende makts virksomhet. Forvaltningens avgjørelser er gjenstand for kontroll også av Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen),⁷ og Stortinget har også særskilte kontrollfunksjoner,⁸ men en redegjørelse av slik virksomhet er ikke berørt i denne oppgaven. Det er domstolenes kontroll som står i fokus. Det avgrenses for øvrig mot prosessuelle vilkår for at forvaltningsavgjørelser kan bli brakt inn for retten.

³ Knut Kleppestø, *Domstolsprøving av patentstyrets avgjørelser*, Lov og rett, 2008, Nr 02. At det er uenighet i nyere juridisk teori viser for eksempel også tingrettsavgjørelsen TOSLO-2005-152639-2 - TOSLO-2006-155015 - TOSLO-2006-155050, som påpeker den teoretiske uenigheten.

⁴ René Dejbjerg Pedersen og Rasmus Skovsgaard Haugaard, *Domstolsprøvelse: Afskæring og begrænsning*, København 2001, side 27.

⁵ Det har blitt lagt til grunn av Den europeiske menneskerettighetsdomstol at tilbakeholdenhet av en slik art ikke utgjør en krenkelse av artikkel 6 nr 1, se *Bryan v. the United Kingdom*, dom av 22.11.95..

⁶ Se nærmere i standard forvaltningsrettslige litteratur, eksempelvis Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007, og Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010.

⁷ Se nærmere sivilombudsmannsloven § 1 og § 3.

⁸ Se nærmere Grunnloven § 75.

1.2 Videre fremstilling

I avsnitt 2 gir jeg en kort redegjørelse for den metode jeg gjør bruk av, og de kilder som er blitt brukt i arbeidet. Under avsnitt 3 vil jeg gjennomgå omfanget av bruken av ”Swingball-prinsippet” i domstolspraksis, både på patentrettens område og på andre forvaltningsområder. Videre, i avsnitt 4 gis en kort sammenligning med annen nordisk rett, der fokuset vil bli rettet mot dansk rett. I avsnitt 5 blir det foretatt en redegjørelse av hvilken status ”Swingball-prinsippet” har, nærmere bestemt om det egentlig kan sies å utgjøre et ”prinsipp”. Under avsnitt 6 vil jeg trekke frem sentrale argumenter for og mot prinsippet om domstolenes tilbakeholdenhet med forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring. En sammenfatning av ”Swingball-prinsippet” blir behandlet i avsnitt 7. Jeg vil her se på om dette prinsippet er overførbart, og se på rekkevidden av prinsippet. Til slutt foretas avsluttende bemerkninger.

2 Metode og kilder

2.1 Metode

”Swingball-prinsippet” er ikke lovregulert, og anvendelsen av det i rettslig praksis er ikke klarlagt i særlig grad. En viktig del av oppgaven er å redegjøre for den faktiske anvendelsen av prinsippet. Redegjørelsen for dette er basert på en empirisk undersøkelse av tilgjengelig domstolspraksis hvor ”Swingball-dommen” og/eller sammenlignbare former for uttrykk for tilbakeholdenhet i prøvingen på grunn av forvaltningens særskilte kunnskap og erfaring er fremkommet. Jeg har undersøkt domstolsavgjørelser fra alle tre rettsinstanser og som er publisert på Lovdata i tiden etter avsigelsen av ”Swingball-dommen” i 1975 og frem til i dag, og brukt søkeordet ”Rt-1975-603”.

De øvrige deler av avhandlingen er noe vanskeligere å plassere metodisk, men diskusjonene i de påfølgende avsnittene ligger nær opp til rettsdogmatisk argumentasjon.

2.2 Kilder

Forekomsten av ”Swingball-prinsippet” i domstolenes tvisteløsningspraksis står altså sentralt, og domstolspraksis er derfor en svært sentral kilde for oppgaven.

Som det fremgikk i innledningen, er det begrenset med øvrige kilder som kan kaste særlig lys over de problemstillinger som oppgaven tar sikte på å behandle. Det finnes noe litteratur, både av norske og av utenlandske forfattere, og litteraturen blir gjort bruk av underveis. Øvrige, autoritative rettslige kilder er det lite av.

3 Forekomsten av ”Swingball-prinsippet” i domstolspraksis etter Rt 1975 s. 603

3.1 Innledning

I dette avsnittet vil jeg gi en samlet beskrivelse av forekomsten av dette (antatte) prinsippet om tilbakeholdenhet fra domstolenes side i prøvingen av forvaltningsvedtak i tilfeller hvor forvaltningsorganet som har fattet vedtaket sies å inneha særskilt kunnskap og erfaring. Formålet med gjennomgangen er å kartlegge hvor omfattende bruken av prinsippet faktisk er for og i domstolene. Jeg er ikke kjent med at det er gjort en tilsvarende samlet undersøkelse før.

Det er i denne kartleggingen interessant å undersøke hvilke rettsområder prinsippet blir påberopt eller lagt til grunn (eller ikke lagt til grunn) i en rettssak, og hvordan prinsippet blir omtalt og behandlet av de domstoler som har blitt anmodet om å legge til grunn en tilbakeholdenhet i prøvingen.

Jeg har ved hjelp av Lovdata brukt søkeordet ”Rt. 1975 s. 603” og på denne bakgrunn gjennomgått 26 tingrettsdommer, 48 lagmannsrettsdommer og 7 Høyesterettsdommer (inkl. ”Swingball-dommen”), jf. www.lovdata.no. ”Swingball-dommen” er i dag 35 år gammel.

Jeg har ikke funnet belegg for at et slikt antatt prinsipp, som det denne dommen gir uttrykk for, forelå i domstolspraksis tidligere. Jeg har heller ikke funnet eksempler på at et slikt prinsipp er blitt nevnt og/eller gjort rede for i den juridiske teori før Høyesterett avsa sin dom i 1975.⁹ Det er ikke dermed sagt at det er utelukket at en lignende form for tilbakeholdenhet har vært påberopt og/eller anvendt av norske domstoler tidligere. Det faller uansett utenfor denne oppgaven å gå nærmere inn i en slik eventuell forhistorie.

Jeg tar for meg høyesterettspraksis først, deretter lagmannsrettspraksis og til slutt avgjørelser fra tingretten (og tidligere by- og herredsrettene). Redegjørelsen inneholder ikke en komplett gjengivelse av alle dommenes premisser, problemstillinger eller utsagn vedrørende ”Swingball-prinsippet”, men sammenfatningen av praksis har tatt sikte på å fange opp de mest interessante trekkene.

Først er det sentralt å gi en noe nærmere introduksjon til ”Swingball-dommen” og dens begrunnelse. Det er viktig å beskrive dommen noe nærmere fordi den danner grunnlaget for den etterfølgende rettslige argumentasjon jeg ser nærmere på i de påfølgende avsnittene.

3.2 Nærmere om ”Swingball-dommen”

Saksforholdet i ”Swingball-dommen” var i korthet at selskapet Swingball Investments Limited søkte patent på en innretning, en ring som skulle benyttes som overgang mellom ballsnor og sportsapparat for et ballspill, for feste av line til ball. Patentstyrets første avdeling avsto patentsøknaden fordi innretningen ”ikke [kunne] anses å skille seg vesentlig fra hva som tidligere [var] kjent”, og avslaget ble i klageomgangen opprettholdt av Patentstyrets annen avdeling. Swingball Investments Limited reiste så søksmål mot staten v/ Industridepartementet for å få underkjent Patentstyrets avgjørelse. Daværende Oslo byrett frikjente staten. Anken ble brakt direkte inn for Høyesterett.

⁹ Se for eksempel fravær av omtale av slik tilbakeholdenhet i Torstein Eckhoff, *Domstolskontroll med forvaltningen i Norge*, Jussens Venner, serie Æ nr. 1, 1964. Dette antatte prinsippet, som kan kalles for ”Swingball-prinsippet”, er heller ikke nevnt i Torstein Eckhoff, *Juridisk oppslagsbok Del 2 Forvaltningsretten/redigert*, 1975.

Førstvoterende i Høyesterett, dommer Schweigaard Selmer, uttalte at tvisten omfattet to hovedspørsmål. Det ene hovedspørsmålet var omfanget av prøvelsesretten når Patentstyrets avslag på patentsøknad bringes inn for domstolene. Det andre hovedspørsmålet var gyldigheten av det konkrete patentavslaget.

Hva gjelder hovedspørsmål nr 2, om det konkrete avslaget var gyldig, uttalte Høyesterett at det ikke ble funnet ”noe som gir grunnlag for å fravike Patentstyrets vurdering av kravet til nyhet og oppfinneshøyde. Dette gjelder for begge hovedkrav så vel som for underkravet.” Førstvoterende, med tilslutning av de øvrige dommerne, uttalte at hun var ”således enig med byretten i at staten må bli å frifinne”.¹⁰

For denne oppgaven er Høyesteretts vurdering av spørsmål nr 1 det sentrale. Førstvoterende tok utgangspunkt i ordlyden i patentloven § 25, som talte for full prøvelsesadgang av subsumsjonsskjønnet, jf. lovens § 2(”vesentlig skiller seg fra hva som var kjent før”, altså kravet til om nyhet og oppfinneshøyde var oppfylt). Ordlyden i patentloven § 25 lyder:

”Patentstyret skal etter innsigelse oppheve et patent dersom

1. det er meddelt til tross for at vilkårene i §§ 1 til 2 ikke er oppfylt,

2. det gjelder en oppfinnelse som ikke er så tydelig beskrevet at en fagkyndig på grunnlag av beskrivelsen kan utøve den, eller

3. det omfatter noe som ikke fremgikk av søknaden da den ble inngitt.

Dersom innsigeren påstår seg berettiget til patentet og i innsigelsen har begjært patentet overført til seg, skal Patentstyret overføre patentet til innsigeren istedenfor å oppheve det dersom det finner at det er innsigeren som etter § 1 er berettiget til patentet. §53 tredje ledd gjelder tilsvarende.

¹⁰ Dommens side 608.

Patentstyret skal forkaste en innsigelse dersom det ikke foreligger hinder som nevnt i første ledd for at patentet opprettholdes. Er Patentstyret i tvil om et patent er meddelt i strid med § 1 b, skal Patentstyret innhente en rådgivende uttalelse etter § 15 a

Har patenthaveren under innsigelsesbehandlingen gjort slike endringer at det ikke foreligger hinder som nevnt i første ledd for at patentet opprettholdes i endret form, og endringene heller ikke medfører at patentvernets omfang utvides i forhold til patentet slik det ble meddelt, skal patentet opprettholdes i den endrede formen.

Når Patentstyrets avgjørelse av en innsigelse er rettskraftig, skal melding om avgjørelsen innføres i patentregisteret og kunngjøres. Dersom avgjørelsen innebærer at patentet opprettholdes i endret form, skal Patentstyret utgi et nytt patentskrift, utferdige et nytt patentbrev og innføre det endrede patentet i patentregisteret.”

Førstvoterende undersøkte videre forarbeidene til loven, og uttalte at:

”Denne uttalelse sier i og for seg ikke noe annet eller mer om omfanget av domstolenes prøvelsesrett enn det som man hadde måttet gå ut fra om motivene hadde vært tause. Det er de vanlige regler som skal gjelde”.¹¹

På den annen side slår Høyesterett fast at det er

”all grunn for domstolene til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med ”.¹²

¹¹ Dommens side 605-606.

¹² Dommens side 606.

Høyesterett sier altså at det som utgangspunkt er full prøving, og at det ikke er begrenset prøving under henvisning til fritt skjønn. Høyesterett falt med Gravers ord her ”ned på en mellomløsning med full prøvelsesadgang, men hvor det utvises forsiktighet med å fravike organets vurderinger”.¹³

3.3 Anvendelsen av Swingball-prinsippet i patentsaker

Det foreligger altså en relativt stor mengde rettspraksis på patentrettens område hvor ”Swingball-prnsippet” er blitt lagt til grunn av retten eller i hvert fall påberopt av staten. Det foreligger to dommer fra Høyesterett,¹⁴ sytten lagmannsrettsdommer¹⁵ og ti tingrettsdommer.¹⁶ Samtlige saker omhandler gyldigheten av et patent som hovedspørsmål. I Høyesteretts dom inntatt i Rt.2001s.450, ble ”Swingball-prinsippet” påberopt av staten. Prinsippet synes også å ha blitt lagt til grunn selv om premissene i dommen ikke er helt klare, jf. førstvoterendes uttalelse i dommen på side 458

”Norsk Hydro har gjort gjeldende, og lagmannsretten har lagt til grunn, at 2. avdeling ikke har tatt standpunkt til Norsk Hydros patentkrav. I forlengelse av dette

¹³ Graver, op. cit., s. 275.

¹⁴ Rt.2001s.450 og Rt.2008 s.1555.

¹⁵ LB-2008-66692(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2009-2209-U), LB-2007-192273(lagmannsrettens dom opphevet, jf. dom HR-2009-2402-A), LB-2007-52921(ble anket, jf. Rt-2008 s. 1555), LB-2006-8527(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2007-1419-U), LB-2004-74050, LB-2003-9824(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2005-476-U), LB-2004-38081, LB-2000-2704, LB-1998-3129(ble anket, jf. Rt. 2001 s. 450), LB-1998-1192, LB-1997-744 - RG-2000-850 (118-2000) (anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-1999-469 K), LB-1995-2411(Påanket til Høyesterett, jf. HR-1998-22-B. Lagmannsrettens dom ble stadfestet.), LB-1994-2836, LB-1993-2716 - RG-1996-928 (166-96), LE-1985-339, LE-1986-224, RG-1983-847.

¹⁶ TOSLO-2008-136680 - TOSLO-2008-102316, TOSLO-2007-109722, TOSLO-2006 -84654, TOSLO-2005-120382 - TOSLO-2006-18260 - TOSLO-2007-45969 - TOSLO-2007-102560(Anket til Borgarting lagmannsrett, LB-2008-66692), TOSLO-2005-152639-2 – TOSLO-2006-155015 – TOSLO-2006-155050, TOSLO-2006-101832, TOSLO-2006-7134, TOSLO-2003-19125(anket til Borgarting lagmannsrett, jf. LB-2006-8527), TOSLO-2000-9813 og RG-1996-870(155-96)).

har Norsk Hydro anført at domstolen derfor er avskåret fra å prøve kravet. Jeg finner begge disse anførsler klart uholdbare. Selv om 2. avdeling ikke har kommet med eksplisitte bemerkninger til patentkravet, fremgår det klart av kjennelsen at 2. avdeling har tatt standpunkt til innholdet i dette. Domstolenes prøvelsesrett gir seg da selv, jf. Rt-1975-603 (på sidene 605-06), men prøvelsesrett ville etter min mening ha foreligget selv om 2. avdeling ikke hadde gått inn på patentkravet.”

Biomar-dommen i Rt.2008 s.1555 bidrar til en viss klargjøring av hva som kjennetegner det antatte prinsippet om domstolenes tilbakeholdenhet med forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring. Førstvoterende, dommer Oftedal Broch (med tilslutning fra de andre dommerne), la vekt på at avgjørelser av patentkrav beror på et faglig skjønn og at domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike Patentstyrets avgjørelser, altså prinsippet som er kommet til uttrykk i ”Swingball-dommen”.¹⁷ Derneft tok dommer Oftedal Broch for seg kritikken som er fremmet mot ”Swingball-dommen”. En slik kritikk ble avfeid med den begrunnelsen at

*”grunnen for domstolenes tilbakeholdenhet ikke minst ligger i at Patentstyret vil ha et bredt erfaringsgrunnlag knyttet til hvor grensene går for de ulike patentvilkår, jf. det jeg har sitert fra Swingball. Jeg finner ikke grunnlag for å fravike den forutsetningen om domstolenes tilbakeholdenhet ved overprøving av Patentstyrets vedtak, som kom til uttrykk i Swingball-saken”.*¹⁸

”Swingball-prinsippet” er blitt lagt til grunn i flere dommer avsagt av landets lagmannsretter, i saker hvor samme tvist ikke er kommet opp til full behandling i Høyesterett.¹⁹ Et nokså typisk eksempel er Borgarting lagmannsretts dom i LB-1995-2411

¹⁷ Se avsnitt (38) i dommen.

¹⁸ Se avsnitt (39) og (40) i dommen.

¹⁹ LB-2004-38081, LB-1997-744 - RG-2000-850 (118-2000) (anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-1999-469 K), LB-1995-2411 (Påanket til Høyesterett, jf HR-1998-22-B Lagmannsrettens dom ble stadfestet), LB-1993-2716 - RG-1996-928 (166-96) og LE-1985-339.

(Påanket til Høyesterett, men lagmannsrettens dom ble stadfestet, jf. HR-1998-22-B).

Lagmannsretten uttalte:

”Dette skjønn kan prøves fullt ut av domstolene, men det er all grunn til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med, jf. Høyesteretts dom i Rt-1975-603 (Swingballdommen).”

Et annet eksempel er en lagmannsretts dom inntatt i RG 1996 s. 870, hvor lagmannsretten uttaler:

”Det antas at retten kan prøve den skjønnsmessige vurdering som Patentstyret har foretatt, selv om retten må «vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med», se dom i Rt-1975-603.”

Uttalelsene som ”Biomar-dommen” ga uttrykk for er også blitt lagt til grunn i senere domstolspraksis.²⁰ På den annen side viser flere lagmannsrettsdommer at lagmannsretten lar være å ta stilling til ”Swingball-prinsippet” når det påberopes.²¹ Dette viser at rettpraksisen ikke er unison.

”Swingball-prinsippet” er også lagt til grunn i flere dommer for tingrettene (og tidligere by- og herredsrettene).²² Men i andre tilfeller er ”Swingball-prinsippet” ikke blitt lagt til grunn på grunn av bevisvurderinger og fordi retten mener at dette antatte prinsippet må vurderes

²⁰ LB-2008-66692 (anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2009-2209-U).

²¹ LB-2006-8527 (anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2007-1419-U), LB-2004-74050, LB-2003-9824 (anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2005-476-U) og RG-1983-847.

²² TOSLO-2006 -84654, TOSLO-2006-101832, TOSLO-2006-7134, TOSLO-2003-19125(anket til Borgarting lagmannsrett, jf. LB-2006-8527)og RG-1996-870(155-96).

konkret.²³ Et eksempel på at prinsippets anvendelse er avhengig av konkrete forhold er Oslo tingretts dom i sak TOSLO-2007-109722:

”Retten vil i det følgende foreta en detaljert gjennomgang og vurdering av selve hendelsesforløpet. Retten prøver i den forbindelse alle forhold uten å vise noen tilbakeholdenhet med å overprøve Tilsynets vurderinger. Dette er en tradisjonell bevisvurdering som ligger innenfor de vurderinger domstolene normalt foretar i alle saker. Det synes ikke å være noen uenighet på dette punkt. Statens anførsler om at prinsippet i Swingballdommen også bør legges til grunn i den foreliggende sak gjelder særlig Tilsynets vurderinger av markedsavgrensning og virkninger på konkurransesituasjonen, altså forhold som ikke vurderes i det følgende.”

Dette viser at det også i førsteinstansdomstolene ikke er noen omfattende omfavnelser av ”Swingball-prinsippet.

Slik jeg tolker den rettspraksis på patentrettens område, får ”Swingball-prinsippet” i all hovedsak gjennomslag fordi ”Patentstyret vil ha et bredt erfaringsgrunnlag knyttet til hvor grensene går for de ulike patentvilkår”, jf. Rt. 2008 s. 1555 (”Biomar-dommen”). Når domstolene i andre tilfeller ikke ønsker å utvise tilbakeholdenhet som følge av beslutningstagernes særlige kunnskap og erfaring, skyldes det, må en anta, at

”Swingball-prinsippet” får begrenset og/eller ingen betydning i den sak det gjelder fordi retten i nærværende tilfelle mener at fagmannen ikke hadde nok kompetanse, uenighet i fagmiljøer, uenighet mellom Patentstyrets to avdelinger osv.²⁴ En betraktning om at saken ble bedre opplyst for domstolen enn da den forelå for Patentstyret, og at det derfor har

²³ TOSLO-2007-109722, TOSLO-2005-120382 - TOSLO-2006-18260 - TOSLO-2007-45969 - TOSLO-2007-102560(Anket til Borgarting lagmannsrett, LB-2008-66692).

²⁴ Se dommene LB-2000-2704, LB-1998-1192, LB-1994-2836, LE-1986-224, OSLO-2008-136680 - TOSLO-2008-102316 og TOSLO-2000-9813.

kommet fram nytt materiale som Patentstyret ikke var kjent med på det tidspunktet da dem fattet sitt vedtak er neppe en underkjennelse av ”Swingball-prinsippet” som sådan.

3.4 Varemerkesaker

Varemerkerettens område er et beslektet område med patent, da søknader om varemerker avgjøres av Patentstyret. Det foreligger mest underrettspraksis på dette området.²⁵ Men jeg har også funnet én dom fra Høyesterett,²⁶ samt én lagmannsrettsdom som senere ikke slapp inn til behandling i Høyesterett.²⁷

Høyesteretts dom inntatt i Rt.1995 s.1908 (”Mozell-dommen”) gjaldt krav om at registreringen av varemerke MOZELL skulle kjennes ugyldig. I dommen slås det fast at ”Swingball-prinsippet” vanligvis ikke kan ha samme vekt i varemerkesaker, hvor de faktiske sider ved avgjørelsestemaene ofte vil være lettere tilgjengelige for domstolene, og hvor spørsmålenes rettslige preg kan være sterkere, jf. dommen på side 1914.

Synspunktet om at ”Swingball-prinsippet” ikke får det samme gjennomslag på varemerkeområdet primært fordi det generelt sett må antas at det i patentsakene krever mer spesialkunnskap enn i varemerkesakene, er fulgt opp i en rekke dommer.²⁸ Unntak, det vil si at prinsippet overhodet ikke er lagt til grunn, kan forekomme hvis for eksempel bevisproblematikk tilsier noe annet eller at ”Swingball-prinsippet” ikke er direkte

²⁵ TOSLO-2009-71342, TOSLO-2008-187040, TOSLO-2008-171495 (anket til Borgarting lagmannsrett, jf. LB-2009-99914, som kom til at vedtaket likevel var ugyldig pga nye anførsel fra ankende part), TOSLO-2007-10029, TOSLO-2006-120234 – TOSLO-2006-120284, TOSLO-2004-101336 og TOSLO-2004-6764 – RG-2005-499.

²⁶ Rt.1995 s.1908.

²⁷ LE-1992-1860 (ble anket, jf. Rt.1995 s.1908), LB-1995-770 (anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-1997-252 K).

²⁸ LB-1995-770(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-1997-252 K), LE-1986-400, TOSLO-2009-71342 - TOSLO-2008-187040, TOSLO-2007-10029, TOSLO-2006-120234 – TOSLO-2006-120284.

anvendelig,²⁹ fordi tvisten av ulike grunner har medført en prøving av andre forhold, som lovanvendelse og saksbehandlingsfeil.

3.5 Mønstersaker

Også mønstersaker avgjøres av Patentstyret. Det forligger bare én mønstersak, fra Oslo tingrett, av interesse, og den gjaldt avslag på mønsterregistrering for to søknader vedrørende blisterpakker for tabletter.³⁰ Det interessante er uansett at retten i denne dommen tar utgangspunkt i Høyesteretts dom inntatt Rt. 1995 s. 1908 ("Mozell"), og viser til hva førstvoterende uttalte i den saken, som altså gjaldt varemerkerettens område:

"Jeg antar at de hensyn som ligger til grunn for uttalelsen, vanligvis ikke kan ha samme vekt i varemerkesaker, hvor de faktiske sider av avgjørelsestemaene ofte vil være lettere tilgjengelige for domstolene, og hvor spørsmålenes rettslige preg kan være sterkere".

Dernest legger tingrettsdommeren til grunn at

"mønstersakene må stå i en mellomstilling mellom patentsakene og varemerkesakene. Varemerkesakene er lettere tilgjengelige for domstolene av to grunner. For det første er faktum mindre teknisk komplisert. For det andre er vurderingstemaene mer knyttet opp mot konstaterbare ytre forhold, slik som antakelser om forbrukeres alminnelige oppfatning, mens patentsakenes vurderingstemaer er mer knyttet opp til spørsmålet om likebehandling i forhold til en forvaltningspraksis, som i stor grad lever sitt eget liv uten ytre referansepunkter."

²⁹ TOSLO-2008-171495(anket til Borgarting lagmannsrett, jf. LB-2009-99914, som kom til at vedtaket likevel var ugyldig pga nye anførsel fra ankende part), TOSLO-2004-101336, TOSLO-2004-6764 – RG-2005-499.

³⁰ Se TOSLO-2000-10521.

Retten uttaler videre:

”Mønstersaker er like med patentsaker ved at forskjellskravet i stor grad referer seg til forvaltningens egen praksis i likebehandling, og vanskelig kan relateres til objektive utenforliggende forhold. Følgen av dette blir for retten at den generelt kan stille seg noe friere til Patentstyrets vurderinger enn det Swingball-dommen legger opp til, men at den må vise større tilbakeholdenhet enn i varemerkesaker, og da særlig være forsiktig med å overprøve strengheten i forskjellsvurderingen, hvis dette ikke kan baseres på andre kriterier enn hva domstolen selv synes ser vesentlig forskjellig ut”.

En må gå ut fra, i mangel av andre avgjørelser fra domstolene, at denne uttalelsen uttrykker gjeldende rett på området. Samtidig er det vanskelig å trekke klare konklusjoner, selv om synspunktet i og for seg er helt i samsvar med den bakenforliggende begrunnelsen for tilbakeholdenhet i ”Swingball-dommen”.

3.6 Trygderettssaker/helserett³¹

Også på velferdsrettens område har domstolene måttet ta stilling til om det gjelder tilbakeholdenhet som uttalt i ”Swingball-dommen”. Også her viser gjennomgangen av domstolspraksis at ”Swingball-prinsippet” i flere tilfeller er blitt påberopt fra statens side. På dette rettsområdet har domstolene imidlertid vært lite villige til å legge et slikt prinsipp til grunn. Ett eksempel er en dom fra Gulating lagmannsrett (LG-1998-961). Dommerne i lagmannsretten nevner ikke ”Swingball-dommen” eksplisitt, men sier at

”Det legges til grunn at lagmannsretten i utgangspunktet fullt ut kan prøve alle sider av saken, herunder størrelsen på det beløp trygden kan kreve tilbake fra A. Partene oppfattes ikke å være uenige om dette. Staten har riktignok anført at lagmannsretten bør være varsom med å overprøve Praksisutvalgets vurderinger bl.a. under henvisning til at dette utvalg ble opprettet i medhold av kollektivavtalen,

³¹ TOSLO-2000-10719, LG-1998-961, LF-2001-869 - RG-2002-1180 (183-2002), og LB-2000-365 - RG-2001-1176 (163-2001).

den særlige fagkyndighet utvalget har samt at hensynet til likebehandling vil bli bedre ivaretatt dersom Praksisutvalgets vurderinger i saken legges til grunn. Lagmannsretten er i utgangspunktet enig i dette, men Praksisutvalgets vurderinger må veies mot de øvrige opplysninger i saken, særlig mot de sakkyndiges erklæring og uttalelser. Ut fra en slik totalvurdering har lagmannsretten funnet grunn til å sette Praksisutvalgets konklusjoner i denne saken til side. Det samme gjelder konklusjonene i sjeflege Kirsti Haakens notat av 4. februar 1998. I dette ligger det imidlertid ikke at lagmannsretten på generell basis finner grunn til å trekke i tvil Praksisutvalgets vurderinger.”.

Men praksis er likevel ikke entydig. I en dom fra Frostating lagmannsrett inntatt i RG 2002 s. 1180 (LF-2001-869), ble prinsippet lagt til grunn. Lagmannsretten uttalte følgende, som også ble lagt til grunn:

”I Rt-1975-603 flg (Swingball-dommen) sto man overfor et subsumsjonsskjønn, hvor loven ikke hjemlet noe spillerom for hensiktsmessighetsbetraktninger. Høyesterett la til grunn at skjønnnet kunne overprøves av domstolene.”.

3.7 Avgjørelser på skatterettens og avgiftsrettens område

Når det gjelder disse rettsområdene, har jeg funnet eksemplar på at ”Swingball-prinsippet” har vært påberopt en del ganger i underrettspraksis.³² Men i all hovedsak har domstolene ikke lagt ”Swingball-prinsippet” til grunn i disse dommene, i form av å unnlate å kommentere en slik anførsel fra statens. En dom der det antatte prinsippet derimot *er* omtalt til grunn, er en dom fra Borgarting lagmannsrett (LB-2007-65145). Saken gjaldt gyldigheten av Toll- og avgiftsdirektoratets vedtak om sjokolade- og sukkeravgift, samt tilleggsavgift, på et produkt fra sjokoladefabrikk. ”Swingball-prinsippet” blir imidlertid tilbakevist med denne begrunnelsen:

³²TOSLO-2004-49988(anket til LB-2006-12636.Anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2008-372-U), TOSLO-2004-42666- UTV-2005-1378 og TOSLO-2001-6203.

”At tollmyndighetene er eksperter på klassifisering betviles ikke, men her dreier det seg om vurdering av en vare opp mot begrepet bakverk - hvor nærmere kriterier ikke er angitt i regelverket. Det er på det rene at tollmyndighetene ikke er fagkyndige i bakverk.”.

En lignende tilbakevisning ble også foretatt av Borgarting lagmannsrett i en sak ti år tidligere (LB-1997-931(Anket til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-1999-39 A), som gjaldt omfanget av bokbegrepet i merverdiavgiftloven. Retten avviste prinsippet med følgende begrunnelse:

”Sakens tema synes på den annen side ikke å kreve spesiell sakkyndighet... Lagmannsretten finner, på samme måte som byretten, at det ikke er fremført vektige argumenter mot domstolskontroll på dette området.”.

Et tredje eksempel på noe som ser ut til å være uttrykk for en konsekvent linje, er en annen dom fra Borgarting lagmannsretts (LB-2000-3355) som gjaldt gyldigheten av vedtak i Klagenemnda for merverdiavgift vedrørende fradrag for inngående merverdiavgift. Også i den saken ble prinsippet avvist, med følgende talende begrunnelse: ”Retten har full kompetanse og kan prøve alle sider ved klagenemndas vedtak.”.

En total avvisning er det imidlertid ikke nødvendigvis tale om. I dommen fra Borgarting lagmannsrett fra 1997 åpnet retten for unntak på prinsipielt grunnlag, så fremt det forelå lagmannsrett vektige argumenter mot full domstolskontroll.

3.8 Overprøving av vedtak vedrørende markedsføring

Det forligger to dommer på dette rettsområdet, som ikke gir grunnlag for en entydig konklusjon på spørsmålet om prinsippet er gjeldende her.³³ Én tingrettsdom og én lagmannsrettdom.

³³ TOSLO-2006-61083 og LB-2008-117063.

En dom fra Oslo tingrett gjaldt gyldigheten av Mattilsynets vedtak om å pålegge Lilleborg AS å endre markedsføringen av tannpastaen Solidox Syreblokk. For retten kom spørsmålet opp om uenighet i bevisvurderingen (typisk sakens opplysninger) tilsa tilbakeholdenhet i prøvingen. Retten uttalte:

”Mattilsynet har ved sin vurdering av dokumentasjonen Lilleborg har fremlagt, og hva denne beviser, bygget på NIOMs fagkunnskap. Selv om retten kan prøve alle sider ved denne saken, følger det av Høyesteretts praksis at retten bør være tilbakeholden med å overprøve forvaltningens faglige vurderinger, jf. Rt-1975-603 og Rt-1995-1427. Etter gjennomgang av de fremlagte dokumenter og etter å ha vurdert disse opp mot de sakkyndige vitnenes forklaringer, kan retten ikke se at det er grunnlag for å si at Mattilsynet har vurdert de faktiske forhold feil.”.

Det ser altså ut til at retten her la ”Swingball-prinsippet” til grunn.

En lagmannsrett fra 2008 gir et noe annet bilde. Lagmannsrettdommen gjaldt spørsmålet betegnelsen «champagne» var vernet mot at navnet «Champagneria» ble benyttet på en restaurantvirksomhet. Til spørsmålet om spesiell sakkunnskap tilsa tilbakeholdenhet i prøvingen, uttalte lagmannsretten:

”Lagmannsretten har i utgangspunktet full kompetanse til å overprøve Patentstyrets lovbundne vedtak. Det vises til Mozelldommen s. 1914 og Swingballdommen inntatt i Rt-1975-603 om varsomhet med å overprøve vurderinger som i stor grad er basert på spesiell sakkunnskap. Slik denne saken ligger an, er det ikke grunnlag fore å vise spesiell tilbakeholdenhet med å overprøve vedtaket.”.

3.9 Bygningssaker

På dette rettsområdet har jeg funnet to lagmannsrettsavgjørelser, som begge gjelder spørsmålet om vedtak var fattet i strid med plan- og bygningsloven § 74 nr. 2 (den såkalte skjønnhetsparagrafen). Problemstillingen var om man stod ovenfor fritt skjønn eller et rettsanvendelsesskjønn. Det ble i begge saker anført at ”Swingball-prinsippet” kom til

anvendelse. Imidlertid førte ikke dette prinsippet frem i noen av sakene. Flertallet mente i den ene dommen at det forelå et rettsanvendelsesskjønn, samt at vedtaket måtte oppheves, selv om det skulle foreligget et fritt skjønn, fordi det fremstod som urimelig pga usaklig forskjellsbehandling. Denne dommen hadde også dissens (2-1). Dissensen gjaldt bl.a. anvendelsen av ”Swingball-prinsippet”(staten viste til flere rettskilder, deriblant ”Swingball-dommen”).³⁴ Mindretallet bemerket:

”Det følger av ordlyden i pbl § 74 nr. 2 at vurderingen av om rimelige skjønnhetshensyn foreligger skal avgjøres etter « kommunens skjønn ». Ordlyden trekker klart i retning av at vurderingen tilligger forvaltningens frie skjønn, og at et vedtak bare kan overprøves av domstolene dersom det fremstår som vilkårlig, grovt urimelig eller usaklig. Også andre rettskilder underbygger at vi på dette området står overfor et fritt skjønn. Det vises til oversikten inntatt i statens anførsler. For mindretallet er det vesentlig å understreke at domstolene må vise tilbakeholdenhet med å fremstå som «skjønnhetspoliti». Vurderinger av om et tilbygg er dominerende, ruvende, i ubalanse også videre er av utpreget skjønnsmessig karakter, og domstolene bør avstå fra å overprøve forvaltningens skjønn med mindre det dreier seg om myndighetsmisbruk.”.

I den andre dommen ble det slått fast at det forelå et fritt skjønn med begrensninger i domstolenes overprøving.³⁵

”Etter de alminnelige regler om domstolskontroll med forvaltningen kan domstolene overprøve gyldigheten av et forvaltningsvedtak. Rettsanvendelsen kan alltid overprøves fullt ut. Men der avgjørelsesmyndigheten er tillagt forvaltningens frie skjønn, kan domstolene ikke sette til side det skjønn som er utøvd, med mindre skjønnnet lider av slike feil at det foreligger myndighetsmisbruk, eller det er feil ved saksbehandlingen eller det

³⁴ LF-2006-185608(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2007-1729-U).

³⁵ LA-2007-127829(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2008-1485-U).

faktiske grunnlaget for skjønnet som kan ha hatt betydning for vedtakets innhold. Om en lovbestemmelse gir anvisning på et rettsanvendelsesskjønn (lovtolking) der domstolene har full overprøvingsrett fullt ut, eller et fritt skjønn med begrensninger i domstolenes overprøving, vil bero på en tolking av den enkelte lovbestemmelse... Både lovens ordlyd, de skjønnsmessige kriterier i plan- og bygningsloven § 74 nr. 2, og skjønnets klare karakter av faglig/politisk vurdering tilsier at den konkrete vurderingen av om et tiltak er i strid med § 74 nr. 2 (subsumsjonsskjønnet) faller inn under forvaltningens frie skjønn med begrenset overprøvingsrett for domstolene. Dette er i tråd med Forvaltningskomiteens innstilling og avgjørelsen i Rt-1962-530. Standpunktet støttes også av avgjørelsen i Rt-2007-207, og av de vurderinger av reelle hensyn som er foretatt i forbindelse med gjennomgang og evaluering av bygningslovgivningen i NOU 2005:12 og Ot.prp.nr.45 (2007-2008).”

3.10 Fredningsvedtak

Jeg har funnet to lagmannsrettsdommer som dreier seg om prøving av fredningsvedtak. Begge lagmannsrettsdommene gjaldt spørsmålet om en naturfredning var ugyldig.³⁶ I begge saker tok lagmannsretten utgangspunkt i tre avgjørelser om forvaltningsskjønn, deriblant ”Swingball-dommen”, i forbindelse med at rettspraksis ikke gir noe entydig svar på hvor langt prøvelsesadgangen går. Dernest ble det på denne bakgrunn lagt til grunn i begge dommene at retten kan prøve subsumsjonen, men det ble samtidig uttalt med samme ordlyd i begge de to sakene:

”Naturvernmyndighetene har spesiell sakkunnskap og et bredt erfaringsgrunnlag mht naturvern. Dette tilsier en viss tilbakeholdenhet fra domstolenes side. Man kan si det slik at domstolene kan kontrollere om man er over ”terskelen” for fredning for det enkelte reservat. Hvis minstekravene anses oppfylte, må det høre til det frie forvaltningsskjønn å avgjøre om det bør fredes. For det sistnevnte er domstolskontrollen begrenset til spørsmålet om det er utvist myndighetsmisbruk.”

³⁶ LF-1992-59(anket til Høyesterett, jf. HR-1995-134-B(dissens 4-1). Lagmannsrettens dom ble stadfestet) og LF-1991-667(anket til Høyesterett, jf. HR-1995-134-B Lagmannsrettens dom stadfestes med unntak av saksomkostninger).

3.11 Konkurranserett

På konkurranserettens område foreligger det en dom fra Oslo tingrett fra 2007.³⁷ Saken gjaldt lovligheten av et vedtak (ileggelse overtredelsesgebyr) som Konkurransetilsynet fattet overfor Tine. Tingretten avviste anvendeligheten av ”Swingball-prinsippet”, og begrunnet det med at spørsmålet som var til prøving var er en tradisjonell bevisvurdering som lå innenfor de vurderinger domstolene normalt foretar i alle saker. Det ble også uttalt at det ikke syntes å være uenighet mellom partene på dette punkt. Videre sies det på side 45 i dommen følgende:

”Statens anførsler om at prinsippet i Swingballdommen også bør legges til grunn i den foreliggende sak gjelder særlig Tilsynets vurderinger av markedsavgrensning og virkninger på konkurransesituasjonen, altså forhold som ikke vurderes i det følgende”.

3.12 Tilbakekall av autorisasjon/avskjed i forhold til et yrke

Rettspraksis er her varierende. Det antatte prinsippet om tilbakeholdenhet legges til grunn i enkelte dommer.³⁸ I andre tilfeller legges det ikke til grunn ved at ”Swingball-prinsippet” ikke nevnes og ved at det avvises ” Retten har full prøvelsesrett og tilbakekallelesspørsmålet må vurderes ut fra den faktiske situasjon på domstidspunktet”.³⁹ Videre forekommer det uttalelser i avgjørelser om at retten ikke ønsker å være tilbakeholden fordi skjønnstemaer ikke forutsetter høyt spesialisert fagkunnskap,⁴⁰ eller at retten avviser prinsippet fordi ”Swingball-dommen” gjelder en sak av en helt annen karakter.⁴¹ Det foreligger også eksempler på at retten ikke tar stilling spørsmålet om

³⁷ Se TOSLO-2007-63120.

³⁸ LB-2009-131909, LB-1996-19 - RG-1997-1594 (276-97).

³⁹ LB-1999-1305 - RG-2001-175 (27-2001), og LB-1997-1959(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2000-84-K).

⁴⁰ TOSLO-2007-121016.

⁴¹ LE-1987-194.

prinsippet kommer til anvendelse, jf. en dom fra Borgarting lagmannsrett fra 2001 (LB-2001-1669):

”Utgangspunktet er at domstolen har plikt til full prøvelse, men det er i en sak om midlertidig forføyning, hvor det er spørsmål om sannsynliggjøring av krav og sikringsgrunn, ikke nødvendig i detalj å gå inn på hvordan denne prøvingen av det faglige skjønnnet skal skje i hvert enkelt tilfelle”.

3.13 Utlendingsrett

Det er på dette område varierende praksis. Prinsippet får i enkelte dommer en viss tilslutning.⁴² Andre ganger ser det ut til at retten ikke er overbevist om at tilbakeholdenhet er relevant,⁴³ mens andre ganger avvises det prinsippet, som for eksempel i en avgjørelse fra Eidsivating lagmannsrett fra 1993:

*”Partene er uenige om domstolene har full prøvelsesrett overfor departementets vurdering etter § 29 annet ledd. Lagmannsretten antar at det ikke er noen begrensning i domstolenes kompetanse her.”*⁴⁴

Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1991 s. 586 (Abdi) gjaldt gyldigheten av et vedtak om å nekte politisk asyl, og det ble i denne dommen uttalt følgende:

”Departementets oppfatning harmonerer med statens anførsel om at § 2 gir anvisning på et rettsanvendelsesskjønn, et skjønn som riktignok domstolene må vise tilbakeholdenhet med å overprøve, jfr dommen i Rt-1975-603. Denne regelforståelse er ikke riktig. Som jeg tidligere har gitt uttrykk for, går

⁴² TOSLO-2004-42285(anket, jf. LB-2005-172948. Deretter anket til Høyesterett vedr. spørsmålet om gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak begrunnet i hensynet til rikets sikkerhet, jf. HR-2007-1869-A), LB-2000-1347 - RG-2001-1081 (150-2001).

⁴³ LB-2001-2690(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2002-649) og LE-1989-630.

⁴⁴ LE-1993-1163.

myndighetenes rett til å innvilge status som flyktning etter § 2 lenger enn plikten til å gjøre det.”.

En dom fra Borgarting lagmannsrett (LB-2008-124644 (anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2009-780-U), er interessant dom fordi den forholder seg nokså prinsipielt til betydningen av ”Swingball-prinsippet” på utlendingsrettens område. Denne dommen gjaldt gyldigheten av vedtak om avslag på søknader om asyl. Det fremgår av denne dommen at det for lagmannsrettens syn ikke var

”grunnlag for å stille opp et generelt prinsipp om at det skal utvises tilbakeholdenhet med å overprøve utlendingsforvaltningens faktavurderinger med utgangspunkt i de generelle uttalelsene i Rt-1975-603 (Swingballdommen) ... Det bør likevel utvises en viss tilbakeholdenhet med å overprøve utlendingsmyndighetenes vurderinger der disse vurderingene fremstår som forsvarlige, og det ikke er fremkommet nye opplysninger eller sakkyndighetsvurderinger under domstolsbehandlingen. Dels vil utlendingsmyndighetene ha bred erfaring som i utgangspunktet gir dem spesielle forutsetninger for å vurdere søkerens forklaring opp mot andre fakta, dels vil de også ha bedre forutsetninger for å vurdere de mer generelle opplysningene i saken opp mot annen landkunnskap...”.

Dommen ble avsagt under dissens (2-1), men dissensen vedrørte ikke disse uttalelsene.

3.14 Erstatningssaker

Det er også på dette område varierende⁴⁵ men også lite rettspraksis. I en dom fra Gulating lagmannsrett velges det for eksempel ikke å ta stilling til ”Swingball-prinsippet”.⁴⁶ Det forligger en Høyesterettsdom som anerkjenner ”Swingball-prinsippet”. Dette er Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1984 s. 934, som gjaldt krav om erstatning for påstått

⁴⁵ LB-2006-25275(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2007-1827-U).

⁴⁶ LG-2006-104178.

uberettiget tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus. Høyesterett påpekte på side 940 i dommen at prøvingsadgangen ikke er så vid i et erstatningssøksmål. Videre har også erstatningssaker andre formål og vurderingstemaer enn patent, jf. ”Swingball-prinsippet” som kom til uttrykk gjennom Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1975 s. 603.

Dette poenget synes jeg også bekreftes av dommen inntatt i RG 1996 s. 249, som gjaldt krav på erstatning fra staten på grunn av rovdyrskade på storfe, der dommeren påpekte følgende:

”Det kan, som saksøkte har anført, gis gode grunner for at domstolene er varsomme med å tilsidesette fagmyndighetenes konkrete vurderinger på områder hvor det kreves spesiell fagkunnskap. Det ligger likevel til domstolenes oppgave å foreta slik prøving. Dessuten er det ikke uten videre tale om en overprøving av fagkunnskapen. De aktuelle reglene forutsetter en vurdering av alle momenter som kan bidra til å styrke eller svekke sannsynligheten av et bestemt årsaksforhold. Dette innbefatter momenter fra ulike fagfelter, såvel som momenter bygget på alminnelige observasjoner og vurderinger.”

3.15 Andre rettsområder

Rettspraksis jeg behandler under dette punktet, er dommer som ikke passer inn i grovsorteringen som er foretatt over. ”Swingball-prinsippet” påberopes, men retten tar ikke stilling til om det er anvendelig.⁴⁷ I plenumsdommen i Alta-saken, som gjaldt først og fremst spørsmålet om gyldigheten av en kgl. res. om statsregulering av Altavassdraget, Rt. 1982 s. 241, ble tilbakeholdenhetsprinsippet påberopt av staten, jf. anførselen ”Men man må etter statens mening anta at domstolenes prøvelsesrett her begrenses ytterligere der fakta etter sin natur er kvalifisert faglige, eller etter sin natur usikre fordi de knytter seg til forutsigelser av fremtidige virkninger av reguleringen. Det er i denne sammenheng blant annet vist til dommer i Rt-1975-603, jfr. særlig side 606...”. Høyesterettsdommen klargjør

⁴⁷ LB-2005-148509 (anket til Høyesterett, jf. HR-2006-1817-A), LB-1999-3675, LB-1997-1073 (anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-1998-701 K).

ikke om "Swingball-prinsippet" kom til anvendelse, men foretok enkelte generelle bemerkninger om domstolenes prøvelsesrett (s. 347). Disse har neppe stor betydning for vårt spørsmål.

En dom fra Borgarting lagmannsrett fra 1997 (LB-1997-1073) gjaldt spørsmålet gyldigheten av vedtak om avslag på søknad om produksjonstilskudd (pressestøtte) for Finansavisen AS for årene 1994 og 1995. Dommen er avsagt under dissens, men gir en pekepinn på hvordan dette antatte prinsippet skal forstås i relasjon til vedtak fattet i medhold av forskrift 13. mai 1994 nr. 347 om produksjonstilskudd til dagsaviser § 2 annet ledd nr. 1, bokstav b. Det ble her uttalt av lagmannsrettens flertall:

"Det er et alminnelig utgangspunkt i forvaltningsretten at domstolene har full kompetanse til å prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover og forskrifter som retter seg mot den enkelte. Høyesteretts praksis viser imidlertid at domstolene bør være tilbakeholdende med å overprøve den konkrete vurdering i de tilfeller vedtaket er truffet etter skjønnsmessige kriterier som er vage eller vanskelig lar seg etterprøve ut fra tradisjonell rettsanvendelse. Dette vil særlig gjelde der det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket, må ansees for å ha særlig kyndighet på vedkommende felt, jf Rt-1975-603, Rt-1988-604, Rt-1995-1427 og Torstein Eckhoff/Eivind Smith, Forvaltningsrett, 6 utgave side 278 til 285. De to vedtak som lagmannsretten i denne sak skal overprøve er truffet på grunnlag av en anbefaling fra Støtteutvalget for dagsavisene, som er departementets rådgivende organ i slike saker. Støtteutvalget består av fem medlemmer utpekt av pressens egne organisasjoner. Støtteutvalget har således stor faglig kompetanse. For det første vedtak, avslag på pressestøtte for 1994, foreslo fire medlemmer mot ett departementet ikke å listeføre Finansavisen som støtteberettiget. Det andre vedtak bygget på en enstemmig anbefaling fra Støtteutvalget om å avslå søknaden. Begge avslag ble begrunnet med at avisen "ikke fyller kravet i § 2. første ledd bokstav b i Forskrift om produksjonstilskudd." Lagmannsrettens flertall finner at dette bør tillegges stor vekt, og at retten bør være

varsom med å fravike den vurdering et organ med en slik spesial kunnskap og erfaring har truffet”.

3.16 Forholdet til Rt. 1995 s. 1427 og Rt. 2004 s. 1092

I forbindelse med den domstolspraksis som er gjennomgått over, er det i visse tilfeller vist til Høyesteretts dommer inntatt Rt. 1995 s. 1427(Naturfredningsdommen) og Rt. 2004 s. 1092.⁴⁸ Man, kan spørre seg hvorfor akkurat disse dommene er anses som relevante for diskusjonen om tilbakeholdenhet basert på ”Swingball-prinsippet”.

Rt. 1995 s. 1427 gjaldt gyldigheten av et vedtak om å frede to vann med nærmeste omgivelser som naturreservater etter naturvernloven. Det ble her uttalt at

”Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkingen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettsikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes... Det sier seg selv at når man ikke er sikker på å få sitt tap erstattet, er det av særlig viktighet for den enkelte som rammes av et fredningsvedtak, at det kan føres vanlig domstolskontroll med at forvaltningen holder seg innenfor lovens ramme... Jeg er etter dette kommet til samme resultat som lagmannsretten når det gjelder spørsmålet om domstolene kan prøve subsumsjonen. Det tilføyes at jeg også er enig med lagmannsretten i at domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike det faglige skjønn bak et fredningsvedtak.”.

Rt. 2004 s. 1092 gjaldt gyldigheten av et vedtak om fredning av et reinbeitedistrikt for reinbeiting. Det ble her påpekt at

⁴⁸ Se LA-2007-127829, LB-2005-148509, LB-1999-3675, LB-1997-1073, LB-1996-19 – RG-1997-1594 (276-97), TOSLO-2007-63120, TOSLO-2006-61083, TOSLO-2004-42666 – UTV-2005-1378 og TOSLO-2004-42285.

”I utgangspunktet vil den nærmere vurderingen av om « særlige hensyn » foreligger, være et skjønn som domstolene bør være tilbakeholdne med å overprøve, jf. blant annet Rt-1995-1427. Vedtaket vil i stor grad måtte bygge på en avveining av reindriftsfaglige og landbruksfaglige hensyn, basert på lokalkunnskap og konkrete observasjoner. Et sentralt spørsmål vil her være hvilke virkemidler som konkret er mest egnet til å oppnå målet - å redusere konflikten - vurdert opp mot ulempene som påføres de berørte. Dette er avveininger domstolene normalt vil være lite egnet til å foreta.”

Disse Høyesterettsdommene er muligens sentrale også for ”Swingball-prinsippet”, fordi Miljøverndepartementet og Landbruksdepartementet ble antatt å et særskilt faglig/betydelig kompetanse m.h.t. det faglige skjønn. Dette viser eksempelvis Borgarting lagmannsretts dom i LB-1997-1073 uttrykkelig, hvor det er uttalt:

”Det er et alminnelig utgangspunkt i forvaltningsretten at domstolene har full kompetanse til å prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover og forskrifter som retter seg mot den enkelte. Høyesteretts praksis viser imidlertid at domstolene bør være tilbakeholdende med å overprøve den konkrete vurdering i de tilfeller vedtaket er truffet etter skjønnsmessige kriterier som er vage eller vanskelig lar seg etterprøve ut fra tradisjonell rettsanvendelse. Dette vil særlig gjelde der det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket, må anees for å ha særlig kyndighet på vedkommende felt, jf Rt-1975-603, Rt-1988-604, Rt-1995-1427 og Torstein Eckhoff/Eivind Smith, Forvaltningsrett, 6 utgave side 278 til 285”, samt 285 LB-1996-19 - RG-1997-1594 (276-97).”.

4 Eksisterer det et ”Swingball-prinsipp” i dansk rett?

I dette avsnittet vil jeg se på hvordan dansk og svensk rett forholder seg til den problemstilling som i norsk rett antas å være et ”Swingball-prinsipp”. Ettersom den

rettskildemessige forankringen for et slikt antatt prinsipp er nokså begrenset i norsk rett, er det interessant å se om en også opererer med en tilsvarende tenkning i jurisdiksjoner som har nærhet til norsk rett.

Jeg har ikke funnet noen kilder som tilsier at svensk rett har et antatt prinsipp om domstolenes tilbakeholdenhet med forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring.⁴⁹ Imidlertid har svensk rett et rettssystem som ikke er egnet til sammenligning med vårt i dette tilfelle. Jeg fokuserer følgelig derfor bare på dansk rett.

I Danmark kontrolleres forvaltningen av domstolene, slik som Norge. Når det gjelder det antatte prinsippet om domstolenes tilbakeholdenhet med forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring, viser flere danske høyesterettsdommer at retten tenker på denne måten.⁵⁰ ”I Danmark er det enda klarere enn i Norge at hovedspørsmålet ikke er hvor langt retten er avskåret fra å kontrollere lovanvendelsen. Det er hvor tilbakeholdne domstolene bør være med å sette til side subsumsjonen.”⁵¹ Slik jeg forstår dansk litteratur, så forligger det et tilsvarende prinsipp, jf. Pedersen og Haugaard sine ord

”Det skal dog understreges, at tilbageholdenhet langt fra alene er en konsekvens af den uklare ordlyd, men i allerhøjeste grad også afhænger af en række andre faktorer end reglens ordlyd. Disse faktorene er blandt andet... domstolenes tillid eller mistillid til de pågældende forvaltningsorgan... Tilbageholdenhet kommer formentlig særligt på tale i de tilfælde, hvor faktum er særlig kompliceret, og/eller hvor domstolene anser forvaltningen for bedre egnet til at vurdere faktum. Dette har som konsekvens, at tilbageholdenhet særligt kan komme på tale i forhold til de

⁴⁹ Domstolsprövning av förvaltningsärenden, sluttbetänkande av Fri och rättighetskommittén, Stockholm 1994 og Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, *Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*, Oslo 2009.

⁵⁰ Erik Boe, *Hvem bestemmer - domstolene eller forvaltningen?*, Lov og Rett nr. 2 2007, s. 67- (LOR-2007-67), side 80-81.

⁵¹ Boe, op. cit., side 83-84.

*mer teknisk prægede afgørelser, bl.a. indenfor miljø-og sundhedsområdet, hvorimod de mer alment juridisk prægede afgørelser vil blive prøvet”.*⁵²

Men det har vist seg vanskelig å finne nærmere kilder i form av praksis som kan understøtte dette utsagnet og nærmere være grunnlag for en beskrivelse av et slikt prinsipp innhold i dansk rett.

5 Hva slags status har ”Swingball-prinsippet”

5.1 Hva er et prinsipp?

Jeg vil dette kapitlet foreta en vurdering av hvilken status ”Swingball-prinsippet” har. Er det et prinsipp? Hva er i så fall et prinsipp? Det kan også være grunn til å spørre om prinsippet på bakgrunn av bruken av det i rettspraksis, må sies å ha karakter av en rettsregel, en sedvanerett skapt gjennom domstolspraksis, slik at en fravikelse av prinsippet forutsetter enten at Høyesterett setter prinsippet til side i en ny dom, og i så fall i plenum eller at lovgiver regulerer det.

Et prinsipp er i følge Hans Petter Graver ”en grunnsetning eller en kilde, opprinnelse eller første kraft”.⁵³ Det er i, sier Graver,

”norsk rettsteori er det lang tradisjon, tilbake til i alle fall Hagerups konstruktive metode, for å hevde at prinsipper bare er sammenfatninger av det positive rettsstoffet uten noen selvstendig «rettsproduserende evne». Prinsipper eller alminnelige rettsgrunnsetninger tillegges ikke karakter som «autoritativt artikulerte

⁵² René Dejbjerg Pedersen og Rasmus Skovsgaard Haugaard, *Domstolsprøvelse: Afskæring og begrænsning*, København 2001, side 19.

⁵³ Hans Petter Graver, *I prinsippet prinsipiell – om retsprinsipper*, Tidsskrift for Rettsvitenskap Nr. 02-03 2006, side 193.

hovedregler», men anses først og fremst som «uttrykk for hovedlinjer i regelverket ..., som regel sammenfattet i kortform på grunnlag av enkeltbestemmelser i lovgivningen, rettspraksis og juridisk teori». I den andre enden har vi Dworkins posisjon, hvor prinsipper har en høyere rang enn andre rettsregler, ved at de kan fungere som «trumpf» også i forhold til lovbaserte regler. Imellom har vi alle mulige varianter, som for eksempel Nygaard, som sier at prinsipper er hovedretningslinjer, dvs. tungtveiende retningslinjer».⁵⁴

Det er imidlertid store variasjoner mellom forskjellige teoretiske plasseringer når det gjelder prinsippenes grunnlag.⁵⁵ Hva som er et prinsipp, er med andre ord ikke noe en har klare svar på i rettslig teori.

5.2 Prinsippet i ”Swingball-dommen”: prinsipp eller rettsregel?

Er det likevel grunnlag for å konkludere i spørsmålet om ”Swingball-prinsippet” er et prinsipp eller en rettsregel?

Velkjente prinsipper som typisk brukes i rettspraksis er alminnelige rettsgrunnsetninger. I så måte kan det hevdes at det antatte prinsippet om domstolenes tilbakeholdenhet med forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring kan også kalles for alminnelige rettsgrunnsetninger. På den annen side, så vil ”Swingball-prinsippet” være mer konkretisert ved at problemstillingen for domstolene er om forvaltningen har særskilt kunnskap og erfaring med den følgen for at fremtidige rettsanvendere enklere vet hva innholdet da er kontra når alminnelige rettsgrunnsetninger tas i bruk.

Når det gjelder spørsmålet om dette prinsippet kan kalles for en rettsregel m.a.o. sedvanerett skapt gjennom domstolspraksis, så er utgangspunktet at det kan hevdes at ”Swingball-prinsippet” er en rettsregel ved at det er slått fast gjennom rettspraksis. Imidlertid er ikke rettspraksis entydig og det foreligger heller ingen plenumsavgjørelser, jf.

⁵⁴ Graver, op. cit., side 196.

⁵⁵ Se nærmere Graver, op. cit., side 196-199.

Derfor oppstår ikke (i hvertfall ikke per dags dato), problemet med at en fravikelse av prinsippet forutsetter enten at Høyesterett setter prinsippet til side i en ny dom, og i så fall i plenum eller at lovgiver regulerer det.

Personlig mener jeg for at "Swingball-prinsippet" er et prinsipp og ikke en rettsregel, fordi tilbakeholdenheten ikke er omtalt som rettsregel i den rettspraksis jeg har gjennomgått. Flere av dommene jeg har gjennomgått har uttrykkelig kalt "Swingball-prinsippet" et prinsipp, jf. eksempelvis TOSLO-2006-101832 "... Retten er også enig med partene i at prinsippet som uttrykkes i Swingballdommen..." og TOSLO-2006-734 "... prinsippet trukket opp av Høyesterett i Rt-1975-603(Swingballdommen)...". Høyesterett har også slått fast i Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1995 s. 1427(Naturfredningsdommen), også nevnt over, at

"Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettsikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes..."

Det kanskje sies at retten langt på vei sluttet seg til førstvoterendes syn, også når det gjaldt spørsmålet om eksistensen av et prinsipp om domstolsprøving.⁵⁶ Graver sier:

"Hvor langt de kan sies å ha gjort det, er likevel uklart. I denne sammenheng er det uansett av interesse å konstatere at de ikke formulerte sitt syn med hensvisning til rettsprinsipper".⁵⁷

På en annen side, påpekes det i Naturfredningsdommen at "Det tilføyes at jeg også er enig med lagmannsretten i at domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike det faglige skjønn bak et fredningsvedtak.", og i så måte tolker jeg dommen slik at den bekrefter at det

⁵⁶ Graver, op. cit., side 209.

⁵⁷ Graver, op. cit., side 209.

foreligger prinsipp. Videre påpeker Graver at ” Som en generell tese må det kunne hevdes at Høyesterett gjennom de siste tyve årene har vist til prinsipper og alminnelige rettsgrunnsetninger langt hyppigere enn de gjorde før alminnelige rettsgrunnsetninger”.⁵⁸ Noe som igjen taler for at man kan fortsette slik også.

6 Argumenter for og i mot prinsippet om domstolenes tilbakeholdenhet med forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring

6.1 Argumenter til støtte for ”Swingball-prinsippet”

I dette avsnittet skal jeg gjøre rede for hvilke hensyn som kan sies å tale for et prinsipp om tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak der de bygger på særskilt kunnskap og erfaring.

Begrunnelsen for ”Swingball-prinsippet” kan i utgangspunktet utledes fra dommen selv. Dommen stadfestet at domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike vurderingen til et fagorgan som har spesiell sakkunnskap og et bredt erfaringsgrunnlag. Begrunnelsen for begrenset domstolskontroll er at forvaltningen besitter en spesiell fagkompetanse og/eller har en særskilt innsikt i de utfordringer som oppstår i praksis, og at domstolene ikke innehar tilsvarende fagkompetanse eller har det samme brede erfaringsgrunnlag å bygge på.⁵⁹

Det virker som om Høyesterett mener det er relevant for avgjørelsen av rekkevidden av dens kontroll med forvaltningen at enkelte forvaltningsorganer bedre enn domstolene er egnet til å vurdere hva som er et riktig rettslig resultat i en forvaltningssak.

Tilbakeholdenheten ser ut til å være begrunnet i respekt for faglig skjønn som er

⁵⁸ Graver, op. cit., side 211.

⁵⁹ Christian Reusch og Ola Ø. Nisja, *Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer*, Jussens Venner Nr. 04 2009, side 257.

opparbeidet av forvaltningsorganet gjennom organets sammensetning og de saker organet er blitt eksponert for over tid. ”Swingball-prinsippet” er en tillitserklæring til faglighet i forvaltningen. Dette prinsippet kan også forklares som en konsekvens av at norske domstoler har generell myndighet, og at dommerne er generalister og ikke spesialister.⁶⁰ I mange jurisdiksjoner, for eksempel i Sverige og i Frankrike, er det egne forvaltningsrettslige domstoler som avgjør gyldigheten av forvaltningsvedtak. Der kan det neppe være like stort behov for å være tilbakeholden. ”Behovet for særlig fagkompetanse anerkjennes likevel i den norske sivilprosessen ved mulighet for å benytte fagkyndige meddommere og/eller vitner.”⁶¹

6.2 Argumenter som taler mot ”Swingball-prinsippet”

I dette avsnittet skal jeg gjøre rede for hvilke hensyn som kan sies å tale mot et prinsipp om tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak der de bygger på særskilt kunnskap og erfaring.

Knut Kleppestø har

*”fått opplyst i Patentstyret at 2. avdeling ikke nødvendigvis er så bredt faglig sammensatt som Høyesterett forutsatte i 1975. Staben i 2. avdeling består bare av en håndfull personer, og de medlemmer i 2. avdeling som voterer i sakene, er først og fremst eksterne fagfolk som benyttes innenfor de forskjellige fagfelt sakene dekker. Det kan derfor hevdes at selv om 2. avdeling utvilsomt er et fagorgan, er det 1. avdeling som har kompetanse som best dekker Høyesteretts beskrivelse. Selv om 1. avdelings vedtak som regel er inkludert i dokumentene som foreligger for retten, er det likevel normalt bare 2. avdelings vedtak som gjennomgås under rettsforhandlingene.”*⁶²

⁶⁰ Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, *Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*, Oslo 2009, side 318.

⁶¹ Bragdø-Ellenes, op. cit., s. 103.

⁶² Knut Kleppestø, *Domstolsprøving av patentstyrets avgjørelser*, Lov og rett, 2008, Nr 02, side 122.

I Kleppestøs artikkel sies det ikke noe om dette er endret på, da jeg forstår forfatteren slik at dette i utgangspunktet er et problem. Men kritikken hans taler uansett isolert sett mot et prinsipp om domstolenes tilbakeholdenhet med forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring, jf. patentsaker.

Magnus Aarbakke og Are Stenvik har uttalt seg kritisk til at det gjelder et ”Swingball-prinsipp”. Dette blir det henvist til en sak fra Oslo tingrett TOSLO-2005-120382 - TOSLO-2006-18260, - TOSLO-2007-45969 - TOSLO-2007-102560:

”Endelig vises det til at Swingballdommen ligger mer enn 30 år tilbake i tid, og at det i nyere juridisk teori er tatt avstand fra prinsippet, jf. Nytt i privatretten nr. 4 - november 2001 side 9, der Magnus Aarbakke i forbindelse med anmeldelse av Are Stenviks doktoravhandling « Patenteres beskyttelsesomfang » uttaler: «Den forsiktighet i domstolsprøvelsen vedrørende tekniske sider ved en oppfinnelse eller ved en inngrepshandling som er antydnet i avgjørelsen i Rt-1975-603, er det neppe lenger tilstrekkelig grunnlag for å hevde. »”.

Andre hensyn som kan tale for full prøving selv på områder der forvaltningen har særskilt kunnskap og erfaring, er jo at domstolene dømmer i siste instans og at retten til domstolsadgang i EMK artikkel 6 nr 1 danner et slags folkerettslig yttergrense for hvor tilbakeholden domstolen kan være.⁶³

⁶³ Se nærmere Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen, *Den Europæiske Menneskerettighetskonvention*, Bind 1, 2. utgave, København 2003, side 283-284, og Jon Fredrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighetskonvention-for praktikere*, København 2005, side 274-275, samt side 276 i forbindelse med *Bryan v. the United Kingdom*.

7 Avslutning

7.1 Foreligger det et prinsipp om domstolenes tilbakeholdenhet med forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring(”Swingball-prinsippet”)

I dette avsnittet skal jeg ta stilling til om det foreligger et ”Swingball-prinsipp” i norsk rett.

Første spørsmål blir om ”Swingball-prinsippet” kan kalles for et prinsipp eller ikke. Jeg mener i utgangpunktet at ”Swingball-prinsippet” kan kalles for et prinsipp per definisjon, jf. punkt 5.2 ovenfor.

Et annet og kanskje viktigere spørsmål er om domstolspraksisen som jeg har gjennomgått viser at det foreligger et slikt antatt prinsipp. Domstolspraksisen jeg har gjennomgått ovenfor i kapittel 3 er ikke entydig, men jeg mener likevel at det er grunnlag for å hevde at det i rettslig praksis foreligger et prinsipp om domstolenes tilbakeholdenhet med forvaltningen i tilfelle særskilt kunnskap og erfaring, altså ”Swingball-prinsippet”. Hvilken rekkevidde prinsippet har, er en annen sak.

7.2 Rekkevidden av ”Swingball-prinsippet”

I dette avsnittet skal jeg se på om det er grunnlag for å anslå rekkevidden av prinsippet.

Det foreligger, som nevnt, en del domstolspraksis, men på mange forskjellige rettsområder og ikke bare patentsaker. Når man tar utgangspunkt Høyesterettspraksis, som normalt sett har større rettskildeverdi enn underrettspraksis, viser og bekrefter Høyesteretts dom inntatt i Rt.2008 s.1555(”Biomar-dommen”) at det foreligger et ”Swingball-prinsippet” når det gjelder patentrett.

”Swingball-dommen” er 35 år gammel, og har vist seg å ha fått fotfeste. På andre områder enn patentrettsområdet, viser Høyesteretts dom inntatt i Rt.1995 s.1908 (”Mozell-dommen”) at ”Swingball-prinsippet” ikke har fått tilslutning i spørsmål som omhandler

varemerkesaker. Slik er det også formønstersaker og konkurranserettssaker. Riktignok foreligger det bare én underrettsdom hver på disse rettsområdene, men de er uansett direkte avvisende til at et ”Swingball-prinsipp” skal legges til grunn.

På skatterettens og avgiftsrettens område er også rettspraksis i prinsippet avvisende til denne formen for tilbakeholdenhet i prøvingen. På andre rettsområder er rekkevidden på prinsippet usikkert.

Kort oppsummert blir utgangspunktet at det legges vekt ”Swingball-prinsippet” i patentsaker, noe som også er naturlig i lys av ”Swingball-dommen” gjaldt en patentsak. Derimot er et vanskelig å trekke klare konklusjoner når det gjelder de andre rettsområdene. Det er verd å merke seg at ”Swingball-prinsippet” per dags dato ikke er avfeid uttrykkelig, bortsett fra i varemerkesaker, konkurranserettssaker og mønstersaker.

7.3 Avsluttende bemerkninger

Opgaven viser at ”Swingball-prinsippet” kan ses et som et hevdvunnet prinsipp, selv om det kan tyde på å ha en noe begrenset rekkevidde. Det mener jeg oppgaven har gitt belegg for, selv om det kan og vil sikkert være delte meninger om denne påstanden. Jeg kan heller ikke se at det foreligger noen tungtveiende argumenter mot prinsippet i deg selv, forutsatt at rettsikkerhetshensyn ivaretas. Spørsmålet om det faktisk foreligger spesiell sakkunnskap og et bredt erfaringsgrunnlag i ulike fagorganer i forvaltningen kan verken avkreftes eller bekreftes med sikkerhet i denne oppgaven, da en slik analyse/undersøkelse faller uansett utenfor oppgavens tema og ramme. Det er heller ikke gitt at domstolene har foretatt slike kvalitative vurderinger i alle saker hvor spørsmålet om prinsippets anvendelighet har dukket opp.

Det er uansett grunnlag for å mene at en ennå ikke har sett siste avgjørelse hvor domstolene blir bedt om å utvise tilbakeholdenhet med prøvingen av forvaltningsvedtak grunnet forvaltningsorganets særskilte erfaring og sakkunnskap. Det er imidlertid grunn til å ønske seg større rettsavklaring.

8 Litteraturliste

8.1 Lover

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamligen paa Eidsvold den 17de mai 1814(Grunnloven)

Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen av 22 juni 1962 nr. 8(sivilombudsmannsloven).

Lov om patenter av 15 des 1967 nr. 9(patentloven)

8.2 Forarbeider

Domstolsprövning av förvaltningsärenden, slutbetänkande av Fri och rättighetskommittén, Stockholm 1994.

8.3 Rettspraksis

8.3.1 Norsk rettspraksis

Rt.2008 s 1555

Rt.2001 s. 450

Rt.1995 s. 1908

Rt.1991 s. 586

Rt.1984 s. 934

Rt.1982 s. 241

Rt.1975 s. 603

LA-2007-127829(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2008-1485-U)

LB-2009-131909

LB-2008-66692(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2009-2209-U)

LB-2008-117063

LB-2007-192273(lagmannsrettens dom opphevet, jf. HR-2009-2402-A)

LB-2008-124644(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2009-780-U)

LB-2008-73238(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2009-704-U)

LB-2007-65145

LB-2007-52921(anket til Høyesterett, tingrettens dom stadfestet, jf. dom HR-2008-1991-A)

LB-2006-25275(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2007-1827-U)
LB-2006-8527
LB-2004-74050
LB-2005-148509(anket til Høyesterett, jf. HR-2006-1817-A)
LB-2003-9824
LB-2004-38081
LB-2001-2690(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2002-649)
LB-2000-3355
LB-2000-2704
LB-2001-1669
LB-2000-365 - RG-2001-1176 (163-2001)
LB-2000-1347 - RG-2001-1081 (150-2001)
LB-1999-3675(anket til Høyesterett, lagmannsrettens dom stadfestet, jf. HR-2001-435)
LB-1998-3129(anket til Høyesterett; jf. HR-2000-1107)
LB-1999-1305 - RG-2001-175 (27-2001)
LB-1997-1959(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2000-84-K)
LB-1998-1192
LB-1997-744 - RG-2000-850 (118-2000)(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-1999-469 K)
LB-1997-931(anket til Høyesterett, jf. HR-1999-39 A)
LB-1997-1073(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-1998-701 K)
LB-1995-2411(anket til Høyesterett, lagmannsrettens dom stadfestet, jf. HR-1998-22-B)
LB-1996-19 - RG-1997-1594 (276-97)
LB-1995-770(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-1997-252 K)
LB-1994-2836
LB-1993-2716 - RG-1996-928 (166-96)
LE-1992-1860(anket til Høyesterett, jf. HR-1995-167-B)
LE-1993-1163
LE-1989-630
LE-1987-194

LE-1985-339
LE-1986-224
LE-1986-400
RG-1983-847
LF-2006-185608(anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2007-1729-U)
LF-2001-869 - RG-2002-1180 (183-2002)
LF-1992-59(anke til Høyesterett, lagmannsrettens dom stadfestet, jf. HR-1995-134-B)
LF-1991-667(anke til Høyesterett, lagmannsrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestet jf. HR-1995-134-B)
LG-2006-104178(anke til Høyesterett fremmet til behandling, deretter hevet da staten trakk anken, jf. HR-2008-86-F)
LG-1998-961(ankene i hovedsøksmålet og anken i motsøksmålet nektes fremmet til Høyesterett, jf. HR-2001-161)
TOSLO-2009-71342 - TOSLO-2008-187040
TOSLO-2008-136680 - TOSLO-2008-102316
TOSLO-2008-171495(anke til Borgarting lagmannsrett, jf. LB-2009-99914)
TOSLO-2007-63120
TOSLO-2007-109722
TOSLO-2006-84654
TOSLO-2005-120382 - TOSLO-2006-18260 - TOSLO-2007-45969 - TOSLO-2007-102560(anke til Borgarting lagmannsrett, jf. LB-2008-66692. Anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2009-2209-U)
TOSLO-2007-121016
TOSLO-2005-152639-2 - TOSLO-2006-155015 - TOSLO-2006-155050
TOSLO-2007-10029
TOSLO-2006-101832
TOSLO-2006-120234 - TOSLO-2006-120284
TOSLO-2006-61083
TOSLO-2006-7134
TOSLO-2004-49988(anke til Borgarting lagmannsrett LB-2006-126361. Anke til

Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2008-372-U)

TOSLO-2004-101336

TOSLO-2004-42666 - UTV-2005-1378

TOSLO-2003-19125(anket Borgarting lagmannsrett LB-2006-8527. Anke til Høyesterett nektet fremmet, jf. HR-2007-1419-U)

TOSLO-2004-42285(anket til Borgarting lagmannsrett LB-2005-172948. Anke til Høyesterett vedr. spørsmålet om gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak begrunnet i hensynet til rikets sikkerhet, jf. HR-2007-1869-A)

TOSLO-2004-6764 - RG-2005-499

TOSLO-2000-9813

TOSLO-2000-10521

TOSLO-2001-6203

TOSLO-2000-10719

RG-1996-870 (155-96)

RG-1996-249 (30-96)

8.3.2 Utenlandsk rettspraksis

EMDN-1991-19178. Series A no 335-A (Bryan mot Storbritannia).

8.4 Juridisk litteratur

8.4.1 Artikler

Boe, Erik, *Hvem bestemmer - domstolene eller forvaltningen?*, Lov og Rett nr. 2 2007, s. 67- (LOR-2007-67).

Eckhoff, Torstein, *Domstolskontroll med forvaltningen i Norge*, Jussens Venner, serie Æ nr. 1, 1964.

Graver, Hans Petter, *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*, Tidsskrift for Rettsvitenskap Nr. 02-03 2006.

Kleppestø, Knut, *Domstolsprøving av patentstyrets avgjørelser*, Lov og rett, 2008, Nr 02.
Nisja, Ola Ø og Christian Reusch, *Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer*, Jussens Venner Nr. 04 2009.

8.4.2 Norske bøker

Eckhoff, Torstein, *Juridisk oppslagsbok Del 2 Forvaltningsretten/redigert*, 1975.

Eckhoff, Torstein, *Forvaltningsrett*, 2. utgave, Oslo 1982.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010.

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave, Oslo 2007.

Bragdø-Ellenes, Sunniva Cristina, *Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*, Oslo 2009.

8.4.3 Utenlandske bøker

Haugaard, Rasmus Skovsgaard og René Dejbjerg Pedersen, *Domstolsprøvelse: Afskæring og begrænsning*, København 2001.

Kjølbros, Jon Fredrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention-for praktikere*, København 2005.

Lorenzen, Peer og Lars Adam Rehof og Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-Hansen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, Bind 1, 2. utgave, København 2003.

8.5 Internettssider

www.bibsys.no

www.lovdata.no

www.idunn.no

