

Sensorveiledning

JUR4000p dag1 del2

Lillevik panorama

Oppgaven reiser spørsmål om søksmålsbetingelsene i tvisteloven §§ 1-3, 1-4 og 1-5. Rettsstoffet er godt dekket i nyere litteratur. Se bl.a. Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 2. utg. (2013) s. 89 flg., Jo Hov, *Innføring i prosess* (2010), s. 239 flg. (særlig kap. 14.2 fra s. 250), Jens Edvin Skoghøy, *Tvisteløsning* (2010) s. 335 flg. og Tore Schei m.fl. *Tvisteloven – kommentarutgave* (2. utg. 2013) s. 14 flg.

I. Søksmål fra Småvikgrenda boligsameie

Hvem søksmålet må rettes mot

Oppgaven inviterer til å drøfte om søksmål skal reises mot utbyggeren (Peder Ås) eller mot Lillevik kommune, som har gitt byggetillatelsen.

Noen kandidater vil kanskje reise spørsmål ved om staten er rett saksøkt fordi byggetillatelsen ble pålagt til fylkesmannen, som er et statlig organ. Tvisteloven § 1-5 bestemmer at søksmål om gyldigheten av offentlige vedtak skal rettes mot den myndighet som "har truffet avgjørelsen i siste instans". Den omtvistede avgjørelsen her er byggetillatelsen, som er gitt av kommunen. Poenget ved at klagen er avvist er nettopp det at fylkesmannen ikke har truffet noen realitetsavgjørelse. Mao. må det være ganske klart at § 1-5 ikke leder til at saken kan reises mot staten. Oppgaven inviterer til å ta opp problemstillingen, men det kan være noe uskjønnsomt å foreta en veldig omfattende drøftelse eller å konkludere med at staten er rett saksøkt.

Av oppgaven fremgår at boligsameiets domskrav skal være at byggetillatelsen er ugyldig. Det fremgår forutsetningsvis av tvisteloven § 1-5, og det følger også av tidligere rettspraksis, at søksmål av gyldigheten av forvaltningsvedtak må anlegges mot det offentlige. I dette tilfellet vil det si at søksmålet må rettes mot kommunen, og ikke mot utbyggeren. Se særlig Rt. 2000 side 1195, som gjaldt søksmål fra naboer om gyldigheten av en byggetillatelse. Saken ble avvist da den ikke var rettet mot kommunen, men bare mot tiltakshaveren.

Denne delen av oppgaven har preg av kontrollspørsmål og kandidatene bør nokså raskt komme frem til søksmålet må rettes mot kommunen.

Deretter oppstår en mer avansert problemstilling, nemlig om søksmålet også må rettes mot Peder Ås. Gode kandidater vil her se at det foreligger et offentligrettslig trepartsforhold. Om boligsameiet får medhold i sitt krav om at byggetillatelsen er ugyldig, vil det også gripe inn i Ås' rettsstilling. I NOU 2001: 32 *Rett på sak*, som er det sentrale forarbeid til tvisteloven, hadde Tvistemålsutvalget foreslått en egen regel som skulle avklare partskonstellasjonen i slike tilfeller. I forslaget til § 1-5 annet ledd het det:

” Dersom saksøkeren bestrider gyldigheten av et forvaltningsvedtak som innebærer rettigheter for en annen, og saksøkerens interesse i kravet om ugyldighet nødvendiggjør at vedkommende ikke skal kunne utøve denne rettigheten, må søksmålet også rettes mot denne. Det gjelder likevel ikke når annet er bestemt i lov.”

Dette forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp av Justisdepartementet i odelstingsproposisjonen om tvisteloven (Ot.prp. nr. 51, 2004-2005) med en muligens noe uklar begrunnelse. Gjeldende rett må anses som noe usikker. Jeg viser til redegjørelsen hos Schei m.fl. s. 38 flg. og Skoghøys s. 412 flg. I begge fremstillingene argumenteres det for at det må kreves at også den private part som er tilgodesett ved det omtvistede forvaltningsvedtaket, trekkes inn som medsaksøkt. Robberstad, s. 98, legger derimot til grunn at søksmålet kan fremmes alene mot det offentlige. Tilsvarende Hov s. 263 – 266. Kandidater som får noe ut av denne problemstillingen bør belønnes, samtidig som det ikke bør trekke noe særlig ned om man får lite ut av det.

Søksmålsbetingelsene for øvrig

Her ligger oppgavens hoveddel. Det må drøftes om Småvikgrenda boligsameie har partsevne. Boligsameier omfattes ikke direkte av noen av alternative i tvisteloven § 2-1 første ledd bokstav a – e. Oppgaveteksten leder kand. til eierseksjonsloven § 43. Av bestemmelsen følger at styret kan representere sameierne i saker som angår ”sameiernes felles rettigheter og plikter”. Dette er både i forarbeidene til tvisteloven og av Høyesterett fortolket slik at sameiet har alminnelig partsevne i saker om slike felles anliggender. Se nærmere Schei m.fl. s. 77 og Skoghøy s. 248 – 250 med videre henvisninger. Hov, s. 275, mener det stemmer dårlig med lovteksten i § 43 og er en lite rasjonell ordning at sameiet som sådant kan opptre som selvstendig part i en sak, men viser dog også til Høyesteretts vurdering av dette. Så vidt jeg kan se behandler ikke Robberstad problemstillingen. Gode kandidater bør i det minste identifisere at boligsameier ikke dekkes av oppregningen i § 2-1 bokstav a – e, samt finne frem til regelen om styrets kompetanse i eierseksjonsloven § 43 og problematisere om det kan være tale om ”felles rettigheter”.

Etter mitt syn må det være ganske klart at kravet her ikke gjelder sameiernes felles rettigheter og plikter, og det leder til at styret ikke kan fremme saken pva. sameiet etter eierseksjonsloven § 43.

Foreninger og stiftelser har etter tvisteloven § 1- 4 adgang til å fremme såkalt representative søksmål for å ivareta interesser det ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde å ivareta. Det kan spørres om interessene i å holde Lilleviktoppen tilgjengelig som turterreng kan dekkes av § 1-4. Et boligsameie faller imidlertid utenfor kretsen av saksøkere i § 1-4, da det verken er en forening eller stiftelse.

Derimot vil hver enkelt av sameierne, som fysiske personer, ha alminnelig partsevne, jf. § 2-1 første ledd bokstav a. En mulighet kan være et en, eller flere av dem i kumulasjon, anlegger søksmålet. Det blir da spørsmål om det foreligger tilstrekkelig tilknytning mellom saksøkeren og det kravet som tas opp. Drøftelsen bør eventuelt forankres i § 1-3 annet ledd om ”reelt behov for å få kravet avgjort” og om ”samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes

tilknytning til det". Se nærmere om praksis Schei m.fl. s. 37 og Skoghøy s. 406 – 407. Svaret er noe usikkert og begge løsninger må passere.

Det grunnlaget boligsameiets advokat har vist til kan fremstå som noe luftig/usubstansielt. Å ta stilling til holdbarheten av dette grunnlaget hører imidlertid til en realitetsvurdering av saken. Det vil ikke være riktig å trekke det inn i vurderingen av søksmålsvilkårene.

II. Søksmål fra Småvik storsenter AS

Spørsmålet om hvem søksmål ev. skal rettes mot er ikke uttrykkelig tatt opp her i oppgaven. For kandidater som likevel tar opp problemstillingen blir den tilsvarende som i deloppgaven over. Søksmålet må rettes mot Lillevik kommune. Også her vil problemstillingen om offentligrettslige trepartshold kunne komme opp, men foreløpig er det uvisst hvem som ev. skal drive den nye restauranten og butikkene på Lilleviktoppen. Det at Peder Ås er utbygger er neppe tilstrekkelig til at søksmålet vil kunne rettes mot ham.

Denne delen av oppgaven legger etter dette opp til å drøfte to problemstillinger, nemlig det kravet til aktualitet som følger av § 1-3 og det kravet som gjelder for saksøkers tilknytning til kravet i saken.

Oppgaven må naturlig forstås slik at Lillevik kommune ennå ikke har truffet noe vedtak om utvidet skjenketid (som kommunen har anledning til å vedta etter alkoholloven § 4-4).

Butikkenes åpningstider begrenses av lov om helligdager og helligdagsfred, se særlig § 5 om salg fra faste utsalgssteder. Kommunen har ikke direkte hjemmel for å vedta for eksempel at butikker skal være døgnåpne, men kommunen kan etter femte ledd søke fylkesmannen om å anses som turiststed slik at åpningstidsbegrensningene ikke får anvendelse.

Aktualitet

Rt. 1998 s. 300 (Draktreklame) viser at det i visse tilfeller vil være adgang til å anlegge søksmål om myndighetsutøvelse før det er fattet bindende vedtak av de kompetente myndighetsorganene. Det var særlig denne avgjørelsen som formulerte behovskriteriet, som senere ble tatt inn i tvisteloven § 1-3 første ledd. Se nærmere Schei m.fl. s. 45 – 46, Skoghøy s. 382 – 384, Robberstad s. 93 – 94 og Hov s. 247 – 249. Konstateringen ovenfor, av at det fortsatt er et stykke frem til butikker og restaurant vil være i drift, taler i seg selv for at det foreløpig dreier seg et hypotetisk rettsspørsmål. Her ligger det så pass langt frem både i tid og i prosess før det vil være gitt skjenkebevilling mv. at aktualitetsvilkåret i § 1-3 neppe er oppfylt.

Saksøkers tilknytning til kravet

Drøftelsen må forankres i kriteriene "reelt behov" og "partenes tilknytning" i § 1-3 annet ledd. Ulike forfattere beskriver kriteriene noe ulikt. Se nærmere Schei m.fl. s. 35 – 37, Skoghøy s. 405 – 407, Robberstad s. 95 – 97 og Hov s. 255 - 257. Det som i alle fall må

drøftes er om de objektive virkningene av å få medhold i søksmålet vil være så pass substansielle at Småvik storsenter AS kan anlegge saken og om det er naturlig at saksøkeren kan gjøre sin interesse gjeldende gjennom søksmål.

De konkurransemessige aspekter for Småvik storsenter AS ved saken, gjør at det ikke er helt fjernt å anerkjenne søksmålsadgang. Nærheten til saken er betydelig større enn i for eksempel Rt. 1983 s. 1427 (diplomatball). På den annen side ville Småvik storsenter AS neppe ha klageadgang etter fvl. § 28 når kommunen hadde truffet vedtak om skjenkebevilling eller om skjenketider.

Det er nok mest nærliggende å konkludere med at Småvika storsenter AS ikke er tilstrekkelig berørt til at de vil kunne ha søksmålsadgang.

Oppgaven tester sentrale sider ved søksmålsvilkårene i tvisteloven § 1-3 og til dels også §§ 1-4 og 1-5. Gode kandidater bør identifisere problemstillingene som er tatt opp ovenfor. Enkelte av løsningene er usikre. Det kan neppe forventes at kandidatene har detaljkunnskap om alle rettskildene underveis, men sentrale hensyn må komme frem i drøftelsene for å få en topp karakter.

Christian Reusch