



NORGES HØYESTERETT

Den 9. mai 2018 avsa Høyesterett dom i

HR-2018-872-A, (sak nr. 2017/1668), sivil sak, anke over dom,

Femund sifte

(advokat Knut Helge Hurum)

mot

Vidar Fredheim

Jonas Jensen Midtdal

Stian Nylend

Jens Narjord

Gunn Tengedal

Anders A Hodøl

Rødalen felleseter

Erik Jachwitz

Per Inge Nyvoll

Per Broen

(advokat Øyvind Kraft)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Berglund**: Saken gjelder krav om erstatning for skade voldt av rein på dyrket mark, jf. reindriftsloven § 67. Den reiser særlig spørsmål om ansvarsordningen etter bestemmelsen har medført at reieneierne er blitt utsatt for diskriminering sammenliknet med eiere av andre beitedyr, i strid med Grunnloven og internasjonale forpliktelser som skal sikre urfolks rettigheter.
- (2) Partene i saken er Femund sifte – tidligere Femund reinbeitedistrikt – og ti gårdbrukere fra Tufsingdalen og Narjordet i Hedmark. I perioden 15. november til 30. april er Femund sifte vinterbeite for Saanti sifte og Gåebrien sifte – tidligere Essand og Riast/Hylling reinbeitedistrikter. Sifte er den sørsamiske betegnelsen på siida. Gårdbrukerne har eiendommer i og utenfor dette reinbeitedistriktet.
- (3) I november 2012 kom reinen tidlig fra sommerbeitene lenger nord til vinterbeiteområdet ved Femunden. På grunn av vanskelige værforhold i fjellet med tilhørende dårlig beite, trakk reinen ned i landet og ut på dyrket mark i Tufsingdalen og Narjordet. De første observasjonene av rein på innmark ble gjort 2. til 4. november 2012, og det var rein i

området frem til omkring årsskiftet 2012/2013. Føreforholdene gjorde det svært vanskelig for reindriftseierne å hindre at reinen beveget seg ned mot innmark, og det var heller ikke mulig å lede reinen bort fra området før ved årsskiftet.

- (4) Gårdbrukerne i Tufsingdalen og Narjordet fremsatte henholdsvis 4. og 17. desember 2012 krav om beiteskadeskjønn. Ved Nord-Østerdal jordskifteretts skjønn 28. april 2014 ble elleve av tjue gårdbrukere tilkjent erstatning etter reindriftsloven § 67. Det var til sammen fremmet krav om erstatning på noe over én million kroner, men den samlede erstatningen ble satt til 290 000 kroner.
- (5) Jordskifteretten la til grunn at skadene det var krevet erstatning for, dels hadde sin årsak i de klimatiske forholdene og dels skyldtes at reinen var kommet inn på innmark. Skadene fra reinflokken knyttet seg i hovedsak til tråkk, men noen av skadene kunne tilbakeføres til nedbeiting og graving. Jordskifteretten fant ikke grunnlag for å sette ned erstatningen ut fra reglene om lemping eller skadelidtes medvirkning.
- (6) Femund sijte anket skjønnet til Eidsivating jordskifteoverrett, slik ordningen var etter jordskifteloven av 1979. Eidsivating jordskifteoverrett avhjemlet overskjønn 3. desember 2015, hvor jordskifterettens avgjørelse, under dissens, ble stadfestet for ti av gårdbrukerne, som samlet ble tilkjent en erstatning på om lag 280 000 kroner.
- (7) Ved vurderingen av erstatningsansvaret og årsakssammenhengen la jordskifteoverrettens flertall betydelig vekt på den skadebeskrivelsen som jordskifteretten hadde gitt. Flertallet fant ikke grunn til å redusere erstatningene gjennom lemping, og viste til at beløpene ikke var av en slik størrelse at det kunne knekke reindriftnæringen. Det ble heller ikke foretatt reduksjon som følge av medvirkning. Mindretallet mente det ikke forelå årsakssammenheng mellom reinbeitingen og den reduserte avlingen, men la til grunn at skadene skyldtes de spesielle værforholdene den aktuelle vinteren, slik at reieneierne skulle frifinnes.
- (8) Overskjønnet ble anket av Femund sijte til Eidsivating lagmannsrett. På dette tidspunkt var ny jordskiftelov trådt i kraft, og lagmannsretten mente derfor at anken skulle fremsettes for Høyesterett. Ved Høyesteretts ankeutvalgs vedtak, HR-2016-01359-U, ble det avgjort at saken skulle behandles av lagmannsretten. Den ble samtidig overført til Frostating lagmannsrett, jf. domstolloven § 119 første ledd. Frostating lagmannsrett avsa 14. juni 2017 dom med slik domsslutning:

- "1. Anken forkastes så langt gjelder realiteten i saken.**
- 2. Hver part dekker egne utgifter til sakskostnader i skjønnet for Nord-Østerdal jordskifterett.**
- 3. Hver part dekker egne utgifter til sakskostnader i overskjønnet for Eidsivating jordskifteoverrett.**
- 4. Overskjønnets slutning punkt 3, 4, 5 og 7 blir stående uendret.**
- 5. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Femund reinbeitedistrikt til Per Inge Nyvoll, Vidar Fredheim, Jon Rune Bakken, Movollen gård DA, Jonas Jensen Midtdal, Jo Ryen, Jon Nygård, Stian Nylend, Jens Narjord, Svein Ivar Normann og Mai Elgåen, Gunn Tengedal, Rolf Inge Odden, Gisle Huseby og Oddveig Ryen Huseby, Anders A. Hodøl, Mats Henry Spånberg, Tone Svendsen, Nils Arne Bjørnsrud, Eric Jachwitz, Rødalen felles seter og Per**

Broen i fellesskap 243 807 – tohundreogførtitretusenåttehundreogsju – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom."

- (9) Lagmannsrettens kompetanse var begrenset til å prøve jordskifteoverrettens rettsanvendelse og saksbehandling, jf. den tidligere jordskifteloven § 71. Retten sluttet seg til jordskifteoverrettens forståelse av reindriftsloven § 67 og vurderingen av at bestemmelsen ikke var i konflikt med Grunnloven eller internasjonale konvensjoner som skal ivareta urfolks rettigheter. Lagmannsretten hadde et noe annet syn på den generelle forståelsen av reglene om medvirkning og lemping av erstatningsansvaret, men sluttet seg til konklusjonene i overskjønnet.
- (10) Femund sijte har anket lagmannsrettens dom. Anken gjelder rettsanvendelsen og saksbehandlingen, samt avgjørelsen av sakskostnadene overfor alle grunneierne som har vært parter i saken.
- (11) Høyesteretts ankeutvalg tillot 23. november 2017 anken over rettsanvendelsen fremmet. Anken over sakskostnadene som knytter seg til de grunneierne som er tilkjent erstatning, skal behandles sammen med hovedsaken, jf. tvisteloven § 20-9 første og andre ledd. For de grunneierne som ikke er tilkjent erstatning, foreligger det en særskilt anke over sakskostnadene, som skal avgjøres av ankeutvalget.
- (12) Den ankende part – *Femund sijte* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (13) De generelle reglene i reindriftsloven om reineierens erstatningsansvar er i strid med bestemmelsene i Grunnloven § 98 om likebehandling og § 108 om vern av samiske rettigheter. Erstatningsreglene bryter også med Norges internasjonale forpliktelser etter FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 26, FNs rasediskrimineringskonvensjon og ulike bestemmelser i ILO-konvensjonen nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater. Konvensjonene må etter reindriftsloven § 3 tillegges betydelig vekt. Subsidiært anføres det at lagmannsrettens rettsanvendelse i denne saken er i strid med Grunnloven og internasjonale konvensjoner som skal beskytte samiske rettigheter. Mens reindriftsloven § 67 pålegger et reinbeitedistrikt objektivt solidaransvar for skade voldt av rein, er ansvaret for andre husdyr begrenset til et objektivt pro rata ansvar for avlings- og eiendomsskader. Dette innebærer et skjerpet ansvar for reineierne, som må anses som en usaklig forskjellsbehandling. I denne sammenhengen må det ses hen til at reglene har sitt opphav i lovgivers tidligere oppfatning om at reindrift var en tålt virksomhet som ved konflikt måtte vike for jordbruksinteresser. Denne rettsoppfatningen er nå forlatt, og i stedet er det reindriftenes interesser som har et særlig vern. Dette gjelder ikke minst sørsamiske interesser, som står i en særlig sårbar stilling.
- (14) Ved de vurderingene som skal gjøres, må det tas i betraktning at både inndelingen i reinbeitedistrikt og solidaransvaret er uten grunnlag i samisk kultur. Dette ble innført som følge av et ønske om offentlig styring og effektivisering av erstatningsansvaret. Utvidelse av reinbeitedistriktene og nedbygging av beiteareal fører til at solidaransvaret i praksis stadig utvides for reineierne.
- (15) Etter beiteloven § 7 og grannegjerdeloven kan erstatningsansvaret for andre husdyr reduseres dersom skadelidte har medvirket til skaden ved ikke å overholde sin gjerdeplikt. Tilsvarende regler er ikke tatt inn i reindriftsloven. Det er imidlertid grunnlag for å anvende skadeserstatningslovens regler i §§ 5-1 og 5-2 om skadelidtes medvirkning og

lemping. Dersom gårdbrukerne hadde benyttet seg av de gunstige offentlige støtteordningene for oppsett av gjerde, og gjerdet inn innmarken, ville ikke skadene inntruffet. Ved vurderingen av om det foreligger medvirkning eller er grunnlag for lemping, må det også tas hensyn til de ekstraordinære værforholdene den aktuelle vinteren, som medførte at det verken var mulig å hindre reinen i å trekke ned fra fjellet eller å drive reinen tilbake tidligere. Skylden på reieneiernes side er derfor liten. Videre må det ses hen til reieneiernes særlige vern, og den historiske forskjellsbehandlingen.

- (16) Jordskifteoverretten har både tatt et uriktig rettslig utgangspunkt etter skadeserstatningslovens bestemmelser, og unnlatt å foreta en tilstrekkelig bred vurdering av om erstatningen skulle reduseres eller kunne falle bort på grunn av medvirkning eller lemping. Lagmannsretten har gitt uttrykk for innvendinger mot jordskifteoverrettens rettslige vurderinger, men heller ikke lagmannsretten har anvendt reglene om medvirkning og lemping på en riktig måte.
- (17) Dersom det er nødvendig for å sikre samisk kultur og oppnå reell likebehandling, har staten plikt til å sørge for en positiv forskjellsbehandling, eksempelvis ved utformingen av eller tolkingen av erstatningsreglene.
- (18) Ved vurderingen av om det foreligger en erstatningsbetingende skade etter reindriftsloven § 67, har lagmannsretten lagt til grunn at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette er ikke riktig. For å ivareta konstitusjonelle og internasjonale forpliktelser, må det oppstilles et skjerpet beviskrav. Et slikt krav vil føre til at skadelidte i større grad sikrer bevis, og det vil derfor virke konfliktdempende. I denne saken forelå det alternative skadeårsaker, og gårdbrukerne var nærmest til å sikre bevis fra egen innmark.
- (19) Lagmannsretten har uriktig lagt til grunn at hver av partene skal dekke sine sakskostnader for jordskifteretten og jordskifteoverretten, til tross for at motpartene ble tilkjent betydelig lavere summer enn påstått og derved skulle vært ilagt sakskostnadsansvaret. For lagmannsretten skulle hver av partene båret egne sakskostnader ettersom retten fant at jordskifteoverrettens rettsanvendelse delvis var uriktig. Samme løsning skulle vært lagt til grunn for jordskifteomkostningene.
- (20) Femund sijte har lagt ned slik påstand:
- "1. Prinsipalt: Femund sijte frifinnes.**
 - 2. Subsidiært: Frostating lagmannsretts dom og Eidsivating jordskifteoverretts overskjønn oppheves.**
 - 3. I begge tilfelle: Femund sijte tilkjennes sakens omkostninger for alle instanser og jordskifteomkostningene dekkes av ankemotpartene."**
- (21) Ankemotpartene – *Vidar Fredheim, Jonas Jensen Midtdal, Stian Nylend, Jens Narjord, Gunn Tengesdal, Anders A Hodøl, Rødalen fellesseter, Erik Jachwitz, Per Inge Nyvoll og Per Broen* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (22) Lagmannsrettens dom er riktig. Det foreligger ingen feil ved rettsanvendelsen, og retten har lagt til grunn et riktig beviskrav. Retten har heller ikke gått utover sin kompetanse etter loven.

- (23) Reindrifftsloven § 67 har en klar ordlyd, hvor det foreskrives et objektivt solidaransvar. Ansvaret ble grundig vurdert i lovforarbeidene til den tidligere reindrifftsloven av 1978, og videreført i reindrifftsloven av 2007. Et slikt ansvar er også lagt til grunn i langvarig og fast rettspraksis.
- (24) Begrunnelsen for det objektive solidaransvaret i § 67 er reindrifftsens kollektive art. Det vil ikke være mulig å peke ut hvilke rein i en større flokk som har påført innmarken skade, og med flere tusen rein i områdene vil det være vanskelig å finne eieren av reinen. Det betydelige antallet rein som beiter over store områder, innebærer også større fare for skade på blant annet innmark. Også for bufe er det et objektivt ansvar, men ettersom det er mindre vanlig med fellesdrift her, og også lettere å identifisere det enkelte dyret, er det ikke behov for solidaransvar. I den grad det utøves fellesbeite, for eksempel gjennom beitelag, vil det kunne være aktuelt med solidaransvar etter beiteloven § 7.
- (25) Selv om reindrifftsloven og beiteloven har ulike regler, fungerer de likt. Forskjellene er saklig begrunnet, forholdsmessige og innebærer ingen ulovlig diskriminering av samene.
- (26) Den foreliggende sak er ikke en tvist mellom urfolk og nordmenn, men en tvist mellom to ulike næringer hvor etnisitet er uten betydning. Også samer driver jordbruk og kan være skadelidte i saker av denne karakter. Det er heller ikke snakk om en begrensning i adgangen til kulturutøvelse.
- (27) Samerettsutvalget foreslo i 2007 å videreføre det objektive ansvaret, men å gjøre solidaransvaret sekundært. Anvendelse av disse reglene ville ført til samme resultat i denne saken.
- (28) Verken Grunnloven § 108 eller § 98, ILO-konvensjon nr. 169 eller rasediskrimineringskonvensjonen går lengre i å beskytte samiske rettigheter enn SP artiklene 26 og 27. Lagmannsretten har korrekt kommet til at avgjørelsen i denne saken ikke er i strid med disse bestemmelsene.
- (29) For så vidt gjelder medvirkning og lemping anføres det prinsipalt at den konkrete vurderingen av om erstatningen skal settes ned, ikke kan prøves. Subsidiært anføres det at både reindrifftsloven og beiteloven gir mulighet for gjerdehold, men det foreligger ingen gjerdeplikt. Det er derfor ikke grunnlag for å redusere erstatningene ut fra manglende oppsett av gjerder. Værforholdene eller andre vansker som følge av disse, kan ikke lede til et annet resultat.
- (30) Lagmannsretten har videre lagt til grunn at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, i tråd med den alminnelige hovedregel i norsk rett. Gårdbrukerne har bare fått dekket deler av tapet som reinen forårsaket, fordi det forelå alternative skadeårsaker.
- (31) Ved fastsettelse av sakskostnadene har ikke lagmannsretten tatt konsekvensen av at de ti gårdbrukerne som er parter i denne saken, har vunnet saken. De skulle vært tilkjent fulle sakskostnader for lagmannsretten og tidligere instanser, samt fått dekket alle sine kostnader ved jordskiftet.

(32) Vidar Fredheim, Jonas Jensen Midtdal, Stian Nylend, Jens Narjord, Gunn Tengedal, Anders A Hodøl, Rødalen felleseter, Erik Jachwitz, Per Inge Nyvoll og Per Broen har lagt ned slik påstand:

- "1. Anken forkastes.
2. Femund reinbeitedistrikt dømmes til å betale jordskiftekostnadene for jordskifteretten og jordskifteoverretten.
3. Femund reinbeitedistrikt dømmes til å betale ankemotpartenes saksomkostninger for jordskifteretten, jordskifteoverretten og lagmannsretten.
4. Femund reinbeitedistrikt dømmes til å betale ankemotpartenes saksomkostninger for Høyesterett til det offentlige."

(33) *Jeg er kommet til at anken delvis fører frem.*

(34) *Vernet av samenes rettigheter som urfolk i Grunnloven og folkerettslige regler.*

(35) Saken reiser for det første spørsmål om reindriftsloven § 67 oppstiller en erstatningsrettslig ansvarsordning som medfører en diskriminering av samiske reindriftsutøvere sammenliknet med eiere av andre beitedyr. Ansvar for disse er regulert i lov om ymse beitespørsmål, beiteloven, § 7. Den reiser også spørsmål om medvirkning og lemping etter skadeserstatningsloven, og om kravet til bevisbyrde.

(36) I lys av Femund sijtes anførsler om at lovgivningen som sådan diskriminerer samisk reindrift, finner jeg grunn til å presisere at spørsmålet Høyesterett skal ta stilling til, er om loven – *slik den er anvendt i saken her* – har medført at de samiske reindriftsutøverne er blitt utsatt for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling, i strid med Grunnlovens bestemmelser og internasjonale bindende konvensjoner om vern av urfolk.

(37) Før jeg går nærmere inn på ansvarsreglene etter reindriftsloven, vil jeg knytte noen merknader til grunnlovsvernet og den folkerettslige beskyttelsen av samenes kultur, herunder reindrift.

(38) Den grunnleggende norske bestemmelsen om samenes rettigheter er Grunnloven § 108, som har følgende ordlyd:

"Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv."

(39) Bestemmelsen fastlegger statens rettslige forpliktelser overfor samene og har selvstendig betydning ved tolkingen av lover og ved anvendelse av sedvanerettslige regler, se nærmere Høyesteretts plenumsdom i Nessebysaken, HR-2018-456-P avsnitt 91. Den kan også være et selvstendig rettsgrunnlag der andre rettskilder ikke gir noe svar, jf. Susann Funderud Skogvang, Samerett, 3. utgave, side 188, med videre henvisninger.

(40) Det fremgår videre av Grunnloven § 98 om likebehandling at:

"Alle er like for loven.

Innet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling."

- (41) Dette er nærmere utdypet i likestillings- og diskrimineringsloven § 6 om forbud mot å diskriminere. Det følger av denne loven at diskriminering på grunn av eksempelvis kjønn, religion eller etnisitet er forbudt. Diskrimineringen kan omfatte både direkte og indirekte forskjellsbehandling. Etter § 9 er en forskjellsbehandling likevel ikke i strid med forbudet i § 6 dersom den har et saklig formål, er nødvendig for å oppnå formålet og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles. Dersom det er nødvendig for å sikre *reell likebehandling*, kan det innebære et krav om positiv særbehandling.
- (42) Jeg nevner også Grunnloven § 92, som pålegger statens myndigheter, herunder domstolene, å "respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter". Traktatene skal håndheves på det nivå de er gjennomført i norsk rett, jf. Høyesteretts plenumsdommer i Holshipsaken, HR-2016-2554-P avsnitt 70 og Nessebysaken, HR-2018-456-P avsnittene 92 og 93.
- (43) I denne saken er blant annet ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater, FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) og FNs rasediskrimineringskonvensjon av interesse. De aktuelle konvensjonene er inkorporert på ulike nivåer i nasjonal rett, uten at jeg kan se at det får noen praktisk betydning for denne tvisten, jf. Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) side 53. Det er derfor ikke nødvendig å gå inn på hva som ligger i reindriftsloven § 3 om at loven skal "anvendes i samsvar med folkerettens regler om urfolk og minoriteter".
- (44) Både grunnlovsbestemmelsene og de internasjonale konvensjonene, særlig ILO-konvensjon nr. 169 artiklene 4, 5 og 6, innebærer at det ved spørsmålet om det foreligger diskriminering, må tas særlig hensyn til vernet av samisk kultur. Konkret innebærer dette at det ved den saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas, må få betydning at saken omhandler samisk reindrift. Reindriften er en viktig og vernet del av samisk kulturutøvelse, jf. blant annet HR-2017-2247-A avsnitt 120 om det tilsvarende spørsmålet knyttet til SP artikkel 27.
- (45) Med dette som bakgrunn går jeg over til å se nærmere på reguleringen av erstatningsansvaret i reindriftsloven for skade påført av rein.
- (46) *Det objektive ansvaret etter reindriftsloven § 67*
- (47) Den aktuelle bestemmelsen i saken er § 67 i reindriftsloven fra 2007. Første, andre, fjerde og femte ledd er av særlig interesse, og lyder som følger:

"Med de unntak som er fastsatt i denne lov, er eier av rein ansvarlig for skade reinen volder uten hensyn til skyld.

For skade som volder av rein i reinbeitedistrikt, er samtlige reieiere som utøver reindrift i distriktet ansvarlige en for alle og alle for en. Er slik skade voldt utenfor reinbeitedistrikt av rein som må antas å tilhøre reieiere som utøver reindrift i nærliggende distrikt, er de reieiere som utøver reindrift i vedkommende distrikt på samme måte solidarisk ansvarlige overfor skadelidte. ...

...

Krav om erstatning for skade i henhold til annet ledd kan rettes mot distriktsstyret i vedkommende reinbeitedistrikt v/lederen eller direkte mot eieren av den rein som har voldt skaden.

Erstatning som blir pålagt reinbeitedistriktet ved distriktsstyret, skal distriktets årsmøte utlikne på distriktets reineiere i forhold til hvor mange rein hver enkelt reineier har, men slik at reineiere som godtgjør at deres rein ikke har medvirket til skaden, ikke kan pålegges å utrede noen del av erstatningen. Utliknet erstatningsbeløp er tvangsgrunnlag for utlegg."

- (48) Etter hovedregelen i § 67 første ledd, har reineiere et objektivt ansvar for å erstatte skader som reinen har forårsaket. Dette innebærer at reineierne kan bli erstatningsansvarlige også ved aktsom drift. Etter andre ledd er samtlige reineiere i distriktet direkte ansvarlige overfor skadelidte. Ansvar er solidarisk, og den skadelidte kan velge å fremme krav mot distriktsstyret eller mot den enkelte reineieren, jf. fjerde ledd.
- (49) Femund sijte har reist spørsmål ved om dette objektive ansvaret er i samsvar med Grunnloven, men har konsentrert sine anførsler om solidaransvaret. Før jeg går nærmere inn på det, vil jeg knytte noen merknader til den objektive ansvarsformen.
- (50) Et objektivt erstatningsansvar innebærer at noen kan ilegges ansvar for en hendelse uavhengig av skyld. Ansvar kan være lovfestet eller ulovfestet, og er blant annet begrunnet i at den som er nærmest til å ta ansvaret om en skade inntreffer, skal bære dette. Det er også en retts teknisk fordel å unngå prosess om aktsomhet.
- (51) Det er en rekke eksempler på lovfestet objektivt ansvar, blant annet for eiere av dyr etter skadeserstatningsloven § 1-5. I beiteloven fra 1961, som regulerer ansvaret for andre husdyr på beite enn rein, er det også inntatt en regel om objektivt erstatningsansvar i § 7 første ledd.
- (52) Bestemmelsen lyder som følger:
- "Kjem husdyr inn på område der eigaren eller innehavaren av dyret ikkje har rett til å la det halda til, er eigaren eller innehavaren skyldig å svara skadebot for den skaden dyret valdar på avling og annan eigedom."**
- (53) Etter bestemmelsen har eieren av husdyr et objektivt ansvar for skade som dyrene påfører avling eller annen eiendom i områder hvor det ikke foreligger beiterett. Med "husdyr" siktes til "hest, storfe, gris, sau, geit og fjørfe unnanteke duer", jf. § 6.
- (54) Ansvar etter beiteloven for skade på eiendom er mindre omfattende enn ansvaret etter reindriftsloven. Så langt det gjelder skade på avling og på eiendom hvor det ikke er beiterett, er det imidlertid parallellitet mellom reglene i reindriftsloven § 67 første ledd og beiteloven § 7 første ledd.
- (55) Partene i denne tvisten er enige om at reinen ikke kunne oppholde seg på innmark, og i jordskifteoverrettens avgjørelse er det lagt til grunn at reinen har forårsaket avlingsskader. Dersom spørsmålet om ansvar for skadene hadde vært vurdert etter beiteloven, ville eieren – om man ser bort fra reduksjon eller bortfall av ansvaret som følge av medvirkning eller lemping – vært erstatningsansvarlig på samme måte som etter reindriftsloven. I denne saken har derfor det objektive ansvaret etter reindriftsloven ikke ført til noen forskjellsbehandling som følge av dyreslag eller næring.

- (56) *Solidaransvaret etter reindrifftsloven § 67 andre ledd første punktum*
- (57) Jeg går derfor over til å se på spørsmålet om solidaransvar, jf. reindrifftsloven § 67 andre ledd første punktum.
- (58) Etter denne bestemmelsen hefter alle reieneierne som har dyr i reinbeitedistriktet for skade som oppstår der. Ansvarsregelen innebærer etter sin ordlyd at den enkelte reieneier ikke kan fri seg fra ansvaret overfor en skadelidt ved å bevise at hans rein ikke medvirket til skaden, men dette fritar for ansvar i det interne regressoppgjøret blant reieneierne, jf. femte ledd.
- (59) En tilsvarende bestemmelse om solidaransvar overfor skadelidte følger ikke av alminnelig erstatningsrett, hvor dette ansvaret som utgangspunkt bare kan pålegges dersom flere skadevoldere beviselig har medvirket til samme skade, jf. skadeserstatningsloven § 5-3. Enkelte lovbestemmelser fastsetter et begrenset solidarisk ansvar for skade forvoldt av dyr, jf. blant annet skadeserstatningsloven § 1-5, som pålegger både eier og innehaver av et skadevoldende dyr ansvar for bestemte skader, jf. Ot.prp. nr. 75 (1983–84) punkt 6.3.2. Etter beiteloven § 7 kan eieren eller innehaveren av dyret holdes ansvarlig for de skadene som er nevnt i bestemmelsen. Det er uklart i hvilken utstrekning bestemmelsen statuerer et solidaransvar, jf. Ot.prp. nr. 19 (1959) side 3 til 4, men et slikt ansvar vil kunne følge av skadeserstatningsloven § 5-3. For denne saken er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette. Det solidariske ansvaret etter reindrifftsloven er under enhver omstendighet klart mer vidtrekkende enn ansvaret etter beiteloven. Ettersom reinbeitedistriktene utvides, blir også kretsen av de dyrene som ansvaret omfatter, større. Det foreligger derfor en forskjell i reglene om solidaransvar for dyr på beite, avhengig av hva slags dyr som volder skaden. Spørsmålet er om denne forskjellen er saklig begrunnet.
- (60) Ved vurderingen er det naturlig å se hen til hvilke hensyn som er trukket frem i forarbeidene til reindrifftsloven som begrunnelse for solidaransvaret.
- (61) Reglene om solidaransvar for reieneiere ble første gang lovfestet i reindrifftsloven av 1933. Frem til dette hadde det vært et objektivt pro rata ansvar, dog med regler om fellesansvar, etter den såkalte felleslappeloven, lov av 2. juni 1883 angaaende Lapperne i de forenede Kongeriger Norge og Sverige.
- (62) I forarbeidene til reindrifftsloven av 1933, Ot.prp. nr. 28 (1932) om utferdigelse av en lov om reindrifften, og riksadvokat Kjerschows utkast til ny reindrifftslov fra juli 1922, er det redegjort nærmere for hensynene som lå bak forslaget om å innføre et solidaransvar. I lovutkastet, på side 121, heter det at den praktiske forskjellen mellom et solidaransvar og et pro rata ansvar i realiteten dreier seg om den interne fordelingen av erstatningsansvaret mellom reieneierne. Det er vist til at samene selv er nærmest til å avgjøre hvordan dette skal skje, etter reintall eller etter andre kriterier, noe departementet sluttet seg til i Ot.prp. nr. 28 (1932) side 22.
- (63) Reglene i 1933-loven sto ved lag frem til vedtakelsen av ny reindrifftslov i 1978. Under sitt arbeid med utkastet til loven, foreslo Reindrifftslovkomiteen betydelige endringer i erstatningsreglene, herunder en modifikasjon av solidaransvaret. Forslaget innebar at solidaransvaret skulle være subsidiært og forbeholdt de tilfellene hvor det ikke lot seg gjøre å finne frem til eieren av den reien som hadde voldt skaden. Forslaget møtte stor

motstand i høringsrunden og ble ikke fulgt opp av departementet. I Ot.prp. nr. 9 (1976–77) side 62 er det lagt til grunn at dersom erstatningsplikten skulle ha noen realitet, kom man ikke utenom et objektivt solidaransvar for reineierne.

- (64) Det objektive solidaransvaret ble derfor opprettholdt i 1978-loven. Det fremgår av forarbeidene, Ot.prp. nr. 9 (1976–77) side 62 til 63, at intensjonen var å videreføre og forenkle 1933-lovens regler. Loven innebar imidlertid en skjerping av reineiernes erstatningsansvar. Eksempelvis ble det objektive solidaransvaret utvidet til å omfatte også skade voldt utenfor reinbeitedistriktet, og særreglene fra 1933-loven om gjerdeplikt som forutsetning for reineiernes erstatningsansvar i Finnmark, ble ikke videreført, uten at forholdene er nærmere drøftet i forarbeidene.
- (65) Dagens reindrifftslov viderefører erstatningsbestemmelsene fra 1978-loven, jf. NOU 2001: 35 sidene 182 til 184, og Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) side 21. Reindrifftslovutvalget, som forberedte 2007-loven, pekte i sin utredning på behovet for en revisjon av reglene, men det lå utenfor utvalgets mandat å foreslå materielle endringer i disse. Spørsmålene ble i stedet utredet av Samerettsutvalget, som i NOU 2007: 13 blant annet foreslo å myke opp ansvaret slik at dette så langt mulig skulle være på linje med bestemmelsene i beiteloven. Utvalget foreslo også å gjøre solidaransvaret subsidiært. Ingen av forslagene er så langt fulgt opp av lovgiver.
- (66) Når man leser lovforarbeidene gir disse et klart preg av å være skrevet i en tid hvor synet på samenes rettigheter var et annet enn i dag. Gjennomgangen av de eldste forarbeidene viser en lite ærerik historie og en nedvurdering av samisk reindrift sammenholdt med jordbrukets interesser som det ikke er grunnlag for. Etter mitt syn er det blant annet ut fra dette uheldig at reglene for ansvar og erstatning ikke ble revidert i forbindelse med vedtakelsen av reindrifftsloven av 2007.
- (67) Det fremgår imidlertid av forarbeidene at solidaransvaret også er begrunnet i forskjellene mellom rein og andre beitedyr når det gjelder driftsform og organisering. Selv om samiske rettigheter i dag nyter et langt sterkere individuelt vern enn tidligere, og de kollektive rettighetene er mindre fremtredende, jf. blant annet Skogvang side 279, drives samisk reindrift fortsatt i fellesskap innenfor den enkelte siida, jf. reindrifftsloven § 51. Annet husdyrhold har en mer individuell karakter, selv om enkelte gårdbrukere organiserer seg i beitelag. Videre beiter andre husdyr i mindre flokker over mer begrensede områder, og sett utenfra er eierforholdene normalt mer oversiktlige. Selv om den enkelte rein er merket, vil det kunne være vanskelig å identifisere og få tak i de enkelte dyrene som har forårsaket en skade. I Selbuddommen, Rt-2001-769, er særtrekkene ved reindrift nærmere beskrevet.
- (68) Ikke enhver forskjellsbehandling er i strid med loven. Som fremhevet av Høyesterett i Rt-2010-1565 avsnitt 31 forutsetter en ulovlig forskjellsbehandling at det må "være en slik grad av sammenlignbarhet mellom de tilfeller som sammenlignes at ulikhetene ikke kan forklare den ulike behandling". Dette innebærer at faktiske forskjeller mellom næringer kan begrunne ulike ansvarsordninger. Ulikhetene mellom reindriften og annet husdyrhold er, etter mitt syn, såpass tydelige at det vil være saklig og relevant å legge vekt på disse i en vurdering av om solidaransvaret er diskriminerende.
- (69) Slik faktum er opplyst, har jeg derfor vanskelig for å se at anvendelsen av reindrifftsloven § 67 andre ledd første punktum, i denne saken, innebærer en diskriminering. Det er tale

om et meget stort antall dyr, slik at det for gårdbrukerne ville være vanskelig å identifisere skade knyttet til det enkelte dyr og den enkelte reieneier. Det er heller ikke konkret anført at enkelte reieneiere i distriktet ikke hadde rein i området i det aktuelle tidsrommet.

- (70) Jeg finner imidlertid grunn til å peke på at selv om forskjellene ved næringene er relevant, er det ikke opplagt at det kan begrunne et så omfattende solidaransvar som i dag følger av reindriftsloven § 67. Som det fremgår av Rt-2010-1565 avsnitt 47, er det ved saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen av betydning om man er i kjerneområdet for diskrimineringsvernet, noe som klart er tilfelle ved ansvar for samisk reindrift. Ved et annet faktum kunne det eksempelvis ha vært aktuelt å vurdere om bestemmelsen må tolkes slik at solidaransvaret er subsidiært, og om reieneiere som kan godtgjøre at deres rein ikke har medvirket til skaden, bør fritas for ansvar direkte overfor skadelidte.
- (71) Femund sije har også hatt merknader til reindriftsloven § 67 andre ledd andre punktum som pålegger reieneierne et utvidet ansvar ved skade "voldt utenfor reinbeitedistrikt av rein som må antas å tilhøre reieneiere som utøver reindrift i nærliggende distrikt". I slike tilfeller hefter reieneiere i vedkommende distrikt solidarisk overfor skadelidte. Det er anført at det forelå rett til beite utenfor reinbeitedistriktet, og at forvaltningens fastsettelse av distriktet, ikke kan begrense beiteretten. Verken jordskifteoverretten eller lagmannsretten fant grunn til å drøfte om det forelå rett til beite utenfor reinbeitedistriktet etter reglene om alders tids bruk, fordi skadene var påført avling på innmark. Jeg er enig i at beiteretten ikke kan utøves på innmark, og det er derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet om beiterettens omfang eller tolkingen av § 67 andre ledd andre punktum. Jeg bemerker for ordens skyld at det ikke er anført at reindriftseiere i andre sijth også er ansvarlige.
- (72) *Begrensninger i erstatningsansvaret*
- (73) Jeg forlater da vurderingen av det objektive solidaransvaret etter reindriftsloven, og går over til å se på begrensningene i erstatningsansvaret for skader voldt av rein og for skader voldt av andre beitedyr. Ved spørsmålet om reieneierne i saken er diskriminert, vil også slike forskjeller ha betydning.
- (74) Etter alminnelig erstatningsrett kan en skadevolders ansvar bortfalle helt eller delvis som følge av skadelidtes medvirkning, jf. skadeserstatningsloven § 5-1. Ansvarer kan videre lempes dersom vilkårene for dette er til stede, jf. skadeserstatningsloven § 5-2.
- (75) Beiteloven trådte i kraft før skadeserstatningsloven og har derfor ingen henvisning til denne. Den henviser heller ikke til den tidligere straffelovens ikrafttredelseslov § 25, som inneholdt visse bestemmelser om medvirkning. I stedet er det gitt egne regler om betydningen av medvirkning i beiteloven § 7 andre ledd:
- "Har skadelidne sjølv medverka til skaden med å vanhaldja gjerdeskyldnaden sin eller på annan måte, kan skadebota setjast ned eller falla heilt bort alt etter kor stor skuld han har."**
- (76) Bestemmelsen inneholder både en generell unntaksbestemmelse, "på annan måte" og en spesiell unntaksbestemmelse som er knyttet til en eventuell gjerdeplikt.

- (77) Til forskjell fra beiteloven § 7, inneholder reindriftsloven § 67 ingen bestemmelser om unntak fra erstatningsansvaret, men det er gitt enkelte særregler i reindriftsloven § 68, som er uten betydning for saken her. Reindriftsloven har heller ingen henvisning til skadeserstatningsloven §§ 5-1 og 5-2 om henholdsvis medvirkning og lemping, og det har vært uklart i hvilken grad disse bestemmelsene kommer til anvendelse.
- (78) Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at erstatningsreglene i reindriftsloven må suppleres med de alminnelige bestemmelsene om medvirkning og lemping i skadeserstatningsloven. Disse bestemmelsene er utslag av alminnelige rettsprinsipper, som også gjør seg gjeldende der ansvarsgrunnlaget følger av særlovgivning. Jeg kan ikke se at avgjørelsene i Rt-1967-1265 eller Rt-1975-796, som begge er korte avgjørelser fra det tidligere kjæremålsutvalget, er til hinder for en slik forståelse.
- (79) I denne saken er spørsmålet om medvirkning særlig trukket frem. Om dette heter det i skadeserstatningsloven § 5-1:
- "1. Dersom den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har medvirket til skaden ved egen skyld, kan erstatningen settes ned eller falle bort for så vidt det er rimelig når en tar hensyn til atferden, og dens betydning for at skaden skjedde, omfanget av skaden og forholdene ellers. Dette gjelder likevel ikke dersom skadelidte på skadetiden ikke hadde fylt 10 år.**
- 2. Som medvirkning reknes det også når den direkte skadelidte eller erstatningssøkeren har latt være i rimelig utstrekning å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden."**
- (80) Bestemmelsen nevner en rekke ulike forhold på skadelidtes side, som kan få betydning for erstatningsspørsmålet. Det fremgår videre at det må foretas en helhetsvurdering.
- (81) En sammenlikning av skadeserstatningsloven § 5-1 og beiteloven § 7 andre ledd viser at erstatningsansvaret etter begge bestemmelsene kan reduseres eller falle bort dersom skadelidte på en eller annen måte har medvirket til skaden. Her foreligger det således parallelle bestemmelser, som gir samme mulighet for ansvarsfritak, uavhengig av dyreslag.
- (82) I beiteloven § 7 andre ledd er det også gitt bestemmelser om redusert ansvar for eieren av husdyr ved skadelidtes mislighold av gjerdeplikt. Dette unntaket har ingen direkte parallell i skadeserstatningsloven. Unntaket er av særlig interesse fordi gjerdeplikt som vilkår for erstatning ved skade voldt av rein, tidligere var en forutsetning for ansvar i Finnmark, og fordi det har vært fremme flere ganger i forbindelse med revisjon av reindriftsloven. Femund sijte har anført at diskrimineringsvernet tilsier at et tilsvarende unntak må gjelde for reindriften. Jeg skal derfor gå noe nærmere inn på bestemmelsen.
- (83) Forarbeidene til beiteloven, Ot.prp. nr. 19 (1959), gir ingen nærmere begrunnelse for unntaksregelen i § 7 andre ledd. Ut fra ordlyden, sammenholdt med at bestemmelsen avløste relativt detaljerte regler om gjerder etter den tidligere jordfredningsloven av 16. mai 1860 §§ 21 flg., er det imidlertid ikke tvilsomt at bestemmelsen først kan påberopes dersom en spesifikk gjerdeplikt er misligholdt.
- (84) Gjerdeplikten kan følge av grannegjerdeloven, avtale eller være stiftet på annet rettsgrunnlag. Etter grannegjerdeloven har en nabo etter § 6 en rett, men ingen plikt, til å ha gjerde dersom han bekoster det selv. Etter § 7 kan en nabo kreve gjerdehold av en

annen nabo, dersom gjerdet er til nytte for dem begge og den felles nytten for eiendommen er større enn kostnaden. Muligheten for å unngå beiteskade kan være en slik nytteverdi, jf. Kirsti Strøm Bull, Studier i reindrifftsrett, 1997, side 112. Det foreligger likevel *ingen generell gjerdeplikt* etter loven, og det var et bevisst valg å redusere den mer omfattende gjerdeplikten som fulgte av jordfredningsloven, jf. forarbeidene til grannegjerdeloven, Ot.prp. nr. 16 (1959) side 12.

- (85) Også innehaveren av en beiterett må etter mitt syn regnes som "granne", og i områder med beiterett kan derfor en reineier som utgangspunkt påberope seg reglene i grannegjerdeloven, jf. RG 1981 side 592. I reindrifftsforhold er det imidlertid gitt særregler om rett og plikt til gjerdehold etter reindrifftsloven § 69, som er antatt å passe bedre. Etter bestemmelsen kan jordskifteretten treffe avgjørelse om gjerdehold, dersom en reineier ikke lykkes i å komme til enighet med grunneieren om gjerdehold. Det er opplyst at bestemmelsen er lite brukt.
- (86) I denne saken er det fremlagt enkelte avtaler om gjerdehold, som er inngått mellom Femund reinbeitedistrikt og bestemte grunneiere. Det er i liten grad redegjort for bakgrunnen for avtalene, men det fremgår av jordskifterettens avgjørelse at den så hen til disse ved vurderingen av om det var grunnlag for å tilkjenne erstatning.
- (87) Spørsmålet om gjerdeplikt og erstatning ble uttrykkelig drøftet forut for vedtakelsen av reindrifftsloven i 1978. I sin utredning hadde Reindrifftslovkomiteen foreslått å begrense erstatningsansvaret for reineierne til skade på inngjerdede områder. Forslaget fikk, etter en bred høringsrunde, ikke tilslutning. En av høringsinstansene som gikk imot forslaget, Norsk Sameråd, viste til at et slikt krav ville kunne skjerpe interessekonfliktene, særlig i områder hvor samene er både reineiere og jordbrukere, samt at kostnadene ved gjerdeplikt kunne bli store ettersom en offentlig støtteordning den gang ikke var utredet. Forslaget ville i praksis satt deler av grannegjerdeloven § 7 til side, til tross for at lovgivers uttrykte vilje ved vedtakelsen av grannegjerdeloven var at det ikke lenger var grunnlag for en generell gjerdeplikt.
- (88) Selv om de tidligere forarbeidene er skrevet i en tid hvor man hadde et annet syn på samiske interessers vern enn i dag, ser jeg ikke bort fra at de faktiske forskjellene mellom reindrift og annet husdyrhold kan begrunne ulike regler om gjerdeplikt, og spørsmålet om interessekonflikt er fortsatt relevant. Det er derfor ikke opplagt at fraværet av en bestemmelse i reindrifftsloven som svarer til beiteloven § 7 andre ledd, innebærer en diskriminering. I lys av skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 2 om skadelidtes generelle plikt til å fjerne eller minske risikoen for skade, er det dessuten et spørsmål om hvor stor forskjellen på dette punktet egentlig er.
- (89) Jeg kommer nærmere tilbake til betydningen av gjerdehold i denne konkrete saken under drøftelsen av skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 2.
- (90) *Oppsummert* viser gjennomgangen av ansvarsreglene for skade voldt av rein, sammenliknet med de tilsvarende reglene for skade voldt av andre beitedyr, ulikheter i ansvarssubjekt, ansvarsform og muligheten for å fri seg fra ansvaret. Det kan derfor stilles spørsmål ved om reindrifftsloven § 67 er i samsvar med Grunnloven § 108, § 98 og tilsvarende bestemmelser i internasjonale konvensjoner som SP og ILO nr. 169.

- (91) En nærmere vurdering av dette krever en inngående drøftelse av ulike hensyn, og avveiningene som må gjøres er først og fremst en oppgave for lovgiver. På den ene siden er reindriftsloven § 67 utslag av et bevisst lovgivervalg, sist vedtatt i 2007 uten diskriminerende overtoner. Bestemmelsen gjelder ikke bare samisk reindrift, men også den begrensede næringen som drives utenfor samiske reinbeiteområder etter reindriftsloven § 8, jf. § 67 tredje ledd. På den annen side er den samiske dimensjonen, og et eventuelt behov for positiv forskjellsbehandling, i liten grad berørt i lovforarbeidene. De sentrale rettskildene er fra en tid forut for grunnlovfesting av vernet om samisk kultur og Høyesteretts avgjørelser i Selbudommen, Rt-2001-769 og Svartskogdommen, Rt-2001-1229, som har vært av stor betydning for utviklingen av sameretten. Denne saken illustrerer hvorfor det er behov for en snarlig revisjon av reindriftslovens regler om ansvar og erstatning. Jeg viser her til at det nå er gått mer enn ti år siden Samerettsutvalget avga sin utredning, og ved behandlingen av Norges 7. periodiske rapport om tiltak truffet for å gjennomføre og ivareta de rettigheter som er anerkjent i SP, jf. artikkel 40, rettet FNs menneskerettskomité 5. april 2018 kritikk mot Norge for manglende oppfølging av utredningen.
- (92) I den foreliggende tvisten er det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til om reindriftsloven § 67 innebærer en diskriminering av samisk reindrift, i strid med Grunnlovens bestemmelser og våre internasjonale konvensjoner. Jeg konkluderer derfor ikke på dette punktet.
- (93) *Særlig om medvirkning og lemping*
- (94) Jeg går i stedet over til den konkrete anvendelsen av bestemmelsene i skadeserstatningsloven om medvirkning og lemping i denne saken.
- (95) Femund sjette har anført at disse reglene må føre til at erstatningsansvaret for reieneierne faller bort. Kravet er blant annet begrunnet i reieneiernes vansker med å holde reien utenfor innmark, nedbyggingen av areal, muligheten for gjerdehold og den historisk negative forskjellsbehandlingen av samer, samt det konfliktfylte forholdet mellom reindrift og jordbruk i sørsamiske områder.
- (96) Som det fremgår av hva jeg allerede har uttalt, finner jeg det utvilsomt at skadeserstatningslovens regler om medvirkning og lemping kan benyttes ved siden av reindriftsloven.
- (97) Jordskifteoverretten har behandlet spørsmålet om medvirkning og lemping under ett. Retten la til grunn at reglene om lemping ikke kommer til anvendelse, "med mindre erstatningssaken, eventuelt en serie erstatningssaker, har virket urimelig tyngende for reindriftnæringen". Deretter konkluderer jordskifteoverretten slik:
- "Overretten kan ikke se at de erstatningsbeløp som i denne saken er pålagt reindriftnæringen skulle være av en slik størrelse at det vil true med å knekke reindriften, og retten kan ikke se at det i denne saken er grunnlag for å lempe på erstatningen."**
- (98) Både skadeserstatningsloven § 5-1 og § 5-2 forutsetter en helhetlig vurdering av de ulike hensynene som kan tale for en nedsettelse eller bortfall av erstatningskravet. Det er ikke tilstrekkelig å alene vise til at erstatningen ikke er urimelig tyngende for skadevolder. Jeg peker her særlig på at det etter skadeserstatningsloven § 5-1 nr. 2 kan foreligge

medvirkning dersom en skadelidt i rimelig utstrekning har latt være "å fjerne eller minske risikoen for skade eller etter evne å begrense skaden".

- (99) Det er på denne bakgrunn klart at jordskifteoverrettens rettsanvendelse i saken er uriktig.
- (100) Jordskifteoverrettens avgjørelse ble påanket til lagmannsretten etter reglene i den tidligere jordskifteloven § 71 første ledd første punktum. Denne bestemmelsen lød slik:

"Eit overjordskifte kan ankast til lagmannsretten til heil eller delvis oppheving på grunn av feil ved rettsbruken eller saksbehandlinga."

- (101) Lagmannsrettens kompetanse var således begrenset til å prøve rettsanvendelsen og saksbehandlingen. Det følger av forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp. nr. 56 (1978–79) side 64, at den er utformet etter mønster av skjønnsprosessloven § 38, som gjelder anke til Høyesterett over overskjønn. Slik anke kan bare gjelde feil i rettsanvendelsen eller saksbehandlingen.
- (102) Det er sikker rett at ved anke over rettsanvendelsen etter skjønnsprosessloven § 38, er overskjønnets bevisbedømmelse, slik den fremgår av lagmannsrettens skjønnsgrunner, i utgangspunktet bindende for Høyesterett. Prøvingen må skje ut fra det saksforhold som fremgår av skjønnsgrunnene, og dette kan ikke suppleres med annet enn vitterlige kjensgjerninger eller ubestridte omstendigheter i saken, jf. Rt-1998-1389 på side 1396, Rt-2006-788 avsnitt 33 og HR-2014-804-U avsnitt 6. Når prøvingen er begrenset til rettsanvendelsen, er det eneste aktuelle utfallet dersom anken fører frem, at overskjønnet oppheves, jf. Rt-1998-1389, på side 1396, og HR-2017-2011-U avsnitt 7. Dette må gjelde på samme måte for anke til lagmannsretten etter den tidligere jordskifteloven § 71.
- (103) Lagmannsretten innleder sin drøftelse av spørsmålet om medvirkning og lemping med å uttale at overskjønnets vurdering på dette punktet er "summarisk og lite presist". Deretter tar lagmannsretten et korrekt rettslig utgangspunkt når den angir de generelle vilkårene for at et erstatningsansvar kan reduseres eller falle bort som følge av skadelidtes medvirkning.
- (104) I den videre drøftelsen av spørsmålet om medvirkning, har lagmannsretten korrekt vist til at forhold knyttet til agronomi og driftsteknikk hos den enkelte gårdbruker, samt manglende gjerdehold, kan få betydning for medvirkningsspørsmålet.
- (105) Lagmannsretten har deretter gått nærmere inn i en vurdering av blant annet den generelle gjerdeplikten, betydningen av avtaler og værforholdene. Jeg legger til grunn at dette ble gjort for at lagmannsretten skulle kunne foreta den helhetsvurderingen som kreves etter skadeserstatningsloven § 5-1, og som ikke var drøftet i overskjønnet. Etter mitt syn kan det reises spørsmål ved om lagmannsretten ved dette har gått utover sin kompetanse etter jordskifteloven § 71 fordi retten har supplert det saksforholdet som fremgår av jordskifteoverrettens avgjørelse, med en selvstendig bevisbedømmelse. Jeg tar ikke stilling til dette fordi jeg uansett er kommet til at det foreligger feil ved lagmannsrettens rettsanvendelse.
- (106) Avslutningsvis i sin drøftelse av medvirkning uttaler lagmannsretten blant annet:

"Overskjønnet har vurdert alle takstnummer, og prøvd i hvert enkelt tilfelle om skaden eller avlingstapet skyldes reinsdyr, eller om klima, uheldig driftsteknikk eller agronomi

er medskyldig i skaden. Overskjønnet gjengir for hvert enkelt takstnummer skjønnets beskrivelse av skaden, og støtter seg i stor grad til dette. Som nevnt ovenfor er det anledning til dette i et overskjønn, jf. tvisteloven § 19-6 femte ledd. I resultat kom overskjønnet til samme resultat som skjønnet, med unntak for takst nr. 3 som ikke fikk erstatning i overskjønnet.

...

Slik lagmannsretten vurderer overskjønnet, er spørsmål om medvirkning tilstrekkelig ivare tatt. Dette ved at spørsmålet er konkret og riktig behandlet under hvert enkelt takstnummer."

- (107) Lagmannsretten konkluderer således med at jordskifteoverretten har anvendt reglene om medvirkning riktig, til tross for at retten etter lagmannsrettens syn har beskrevet disse reglene "summarisk og lite presist", og til tross for at drøftelsen knyttet til de enkelte takstnumrene ikke inneholder noen henvisninger til skadeserstatningsloven § 5-1 eller til kriteriene som følger av denne bestemmelsen.
- (108) Etter mitt syn er ikke dette tilstrekkelig etter skadeserstatningsloven § 5-1, som forutsetter at det foretas en helhetlig vurdering av ulike forhold som gjør seg gjeldende i saken.
- (109) Jeg viser her til at betydningen av det samiske perspektivet, som var påberopt av Femund sijte, ikke er vurdert. Videre er det ikke tilstrekkelig å drøfte spørsmålet om generell gjerdeplikt. Spørsmålet om betydningen av gjerdehold er et moment i vurderingen av medvirkningsansvaret som må foretas overfor hver enkelt skadelidt, hvor blant annet eiendommens karakter og eventuell utvidelse av innmark senere år, tidligere vansker med å holde rein ute og beliggenhet er momenter av interesse. I denne vurderingen bør også betydningen av forskrift om tilskudd til konfliktforebyggende tiltak i forholdet mellom reindrift og annen berørt part, trekkes inn. Etter forskriften kan inntil 80 prosent av kostnadene til denne type tiltak kreves dekket, jf. forskriften § 2, og det settes årlig av betydelige midler til dette. En eventuell plikt til å beskytte innmarken må også ses i sammenheng med vedtakene i Områdestyret for Sør-Trøndelag/Hedmark vinteren 2012, hvor det ble lagt til grunn at reineierens plikt til å drive reinen tilbake først inntrådte når føreforholdene tillot det.
- (110) Jeg tilføyer at selv om beiteretten ikke kan utøves på innmark, kan det ha betydning for vurderingen av skadelidtes medvirkning om eiendommen ligger i et reinbeitedistrikt eller i et annet et område der det foreligger beiterett.
- (111) Lagmannsretten har etter dette anvendt skadeserstatningsloven § 5-1 uriktig. Med det ufullstendige grunnlaget som forelå gjennom jordskifteoverrettens avgjørelse, kunne heller ikke lagmannsretten foreta en riktig rettsanvendelse. Det innebærer at lagmannsretten skulle ha opphevet jordskifteoverrettens avgjørelse, jf. tvisteloven § 29-21 andre ledd bokstav c.
- (112) Femund sijte har også anført at vilkårene etter skadeserstatningsloven § 5-2 om lemping er oppfylt. Bestemmelsen lyder som følger:

"Erstatningsansvaret kan lempes når retten under hensyn til skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers finner at ansvaret virker urimelig tyngende for den ansvarlige. Det samme gjelder når det i særlige tilfelle er rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden."

- (113) Jordskifteretten la, som nevnt, til grunn at det avgjørende kriteriet for lemping var om erstatningens størrelse truet med å "knekke reindriften". Lagmannsretten har korrekt påpekt at dette er uriktig rettsanvendelse, noe jeg er enig i. Et slikt kriterium, som ikke oppstilles for andre skadevoldere, ville klart medført ulovlig diskriminering.
- (114) Det fremgår av skadeserstatningsloven § 5-2 at ulike økonomiske forhold hos partene er av interesse, og lagmannsretten har foretatt en grundig vurdering av dette. Den konkluderte deretter som følger:
- "Lagmannsretten er etter dette enig med konklusjonen i overskjønnet at det i dette tilfellet ikke er grunnlag for å lempe på skadeserstatningen. Selv om overskjønnet her har bygd på en lovforståelse som i beste fall er upresis, har resultatet likevel blitt riktig og lagmannsretten ser derfor ikke grunn for opphevelse av overskjønnet på dette grunnlag."**
- (115) Femund sijte hadde imidlertid anført at også andre hensyn kunne begrunne lemping, slik som muligheten for å hindre reinen i å komme inn på innmark, værforholdene og behovet for å ivareta sørsamisk reindrift. Jordskifteoverrettens skjønnsgrunner ga ikke grunnlag for en nærmere drøftelse av dette, og anførslene er heller ikke kommentert av lagmannsretten. Forholdene er imidlertid av interesse ved vurderingen av lempingsspørsmålet, og hører med i den helhetlige vurderingen etter skadeserstatningsloven § 5-2. Det foreligger derfor feil ved rettsanvendelsen også på dette punkt.
- (116) Den uriktige rettsanvendelsen i både jordskifteoverretten og lagmannsretten for så vidt gjelder skadelidtes medvirkning etter skadeserstatningsloven § 5-1 og spørsmålet om lemping etter § 5-2, innebærer at begge avgjørelsene delvis må oppheves.
- (117) *Beviskrav*
- (118) Før jeg går inn på hvordan saken prosessuelt skal behandles videre, skal jeg knytte noen merknader til Femund sijtes anførsel om at underrettene har lagt til grunn et uriktig beviskrav ved sin vurdering av saken. Femund sijte har vist til at skadeårsaken og skadeomfanget var svært omtvistet i saken, og at jordbrukerne var nærmest til å sikre bevis for sine krav gjennom ivaretagelse av visse felt som kunne tjene som referanseområder.
- (119) Både jordskifteretten og jordskifteoverretten synes å ha pålagt grunneierne bevisbyrden, men uten å praktisere annet enn et krav om sannsynlighetsovervekt. Etter mitt syn er det riktig rettsanvendelse.
- (120) Jeg bemerker at det ville vært hensiktsmessig om grunneierne i større grad kunne underbygget sitt krav med mer konkrete tall og sammenlikning med referanseområder. I forbindelse med jordskifterettens befaring ble det utpekt to referanseområder i Tufsingdalen, men det ble ikke utpekt noen i Narjordet. Saken hadde samtidig tjue parter, slik at to referanseområder synes lite. Det fremgår av sakens dokumenter at den rettslige betydningen av å ivareta disse områdene først ble klarlagt i mars 2014. Jordskifteretten har videre foretatt en grundig bevisvurdering, og gårdbrukerne er av den oppfatning at mangelen på referansejord var til deres ulempe. Det er for øvrig noe uklart hvor lenge referanseområdene var i behold, jf. blant annet en merknad i jordskifteoverrettens

avgjørelse om at områdene "i tiden etter saken var påanket", ikke var ivaretatt. Samlet er det ikke holdepunkter for at det er anvendt et uriktig beviskrav i saken.

- (121) *Videre behandling av saken*
- (122) Det gjenstår da å ta stilling til den videre behandlingen av tvisten.
- (123) I skjønnsaker, som har klare likhetstrekk med jordskifte, er det lang praksis for at Høyesterett avgrenser opphevelsen av skjønnet til bestemte punkter. I denne saken er rettsanvendelsesfeilene som leder til opphevelse, begrenset til vurderingen av om det foreligger medvirkning og grunnlag for lemping etter henholdsvis skadeserstatningsloven §§ 5-1 og 5-2. Anken knyttet til beviskravet har ikke ført frem. Det fremstår da som uheldig om feilen skal lede til at overskjønnet i sin helhet må oppheves slik at det må gjennomføres et fullt ut nytt skjønn. En begrenset opphevelse av overskjønnet og lagmannsrettens dom, vil være tilstrekkelig til å få prøvd de aktuelle spørsmålene på ny. Dette fremstår også som mest hensiktsmessig.
- (124) En delvis opphevelse av lagmannsrettens og jordskifteoverrettens avgjørelser innebærer imidlertid ikke at saken skal behandles på ny av jordskifteoverretten. Ved ikrafttredelsen av jordskifteloven 1. januar 2016, ble jordskifteoverretten en del av lagmannsretten. Saken skal derfor tilbake til lagmannsretten for ny behandling, jf. HR-2016-1599-U.
- (125) Dette reiser imidlertid spørsmål om lagmannsrettens sammensetning og dens prøvingskompetanse.
- (126) Tilsvarende spørsmål gjorde seg gjeldende da anken over jordskifteoverrettens overskjønn skulle behandles. Ved Frostating lagmannsretts kjennelse 27. september 2016, ble det avgjort at saken skulle behandles etter reglene i jordskifteloven § 71, slik at prøvingsadgangen var begrenset til å prøve rettsanvendelsen og saksbehandlingen. Det ble videre lagt til grunn at saken skulle behandles av tre embetsdommere, jf. domstolloven § 12, og at førstelagmannen etter denne bestemmelsens andre ledd, kunne beslutte at jordskiftelagdommeren skulle være én av de tre. Kjennelsen ble anket til Høyesterett, som nektet anken fremmet 2. desember 2016, jf. HR-2016-2453-U.
- (127) Den nye prøvingen av saken etter delvis opphevelse av jordskifteoverrettens avgjørelse må sees som en fortsettelse av jordskifteoverrettens behandling, som likevel skal skje ved lagmannsretten fordi jordskifteoverretten ikke lenger eksisterer. Ved ny prøving av saken har dermed lagmannsretten full kompetanse til å vurdere alle sider av medvirknings- og lempingsspørsmålet. Prøvingsadgangen må omfatte alle faktiske forhold som er av betydning for helhetsvurderingen som skal foretas etter skadeserstatningsloven §§ 5-1 og 5-2. I dette ligger det at retten, om nødvendig, kan gjennomføre befarig. Ved den nye behandlingen må retten derfor settes med jordskiftemeddommere, jf. jordskifteloven § 8-7 andre ledd.
- (128) Saken ble ved Høyesteretts ankeutvalgs avgjørelse 23. juni 2016, HR-2016-01359-U, overført til Frostating lagmannsrett, jf. domstolloven § 119. Jeg kan ikke se at en delvis opphevelse av jordskifteoverrettens og lagmannsrettens avgjørelser bør innebære at saken tilbakeføres til Eidsivating lagmannsrett. Saken fortsetter derfor ved Frostating lagmannsrett.

- (129) *Sakskostnader:*
- (130) Femund sijte har anket over sakskostnadene og utgiftene til jordskifte.
- (131) Ved Høyesteretts brev 12. april 2018 er det gjort oppmerksom på at for de grunneierne som ikke er parter i realitetsanken for Høyesterett, er anken fra Femund sijte en særskilt anke over sakskostnadene som skal avgjøres av Høyesteretts ankeutvalg.
- (132) For de som har vært parter ved avdelingsbehandlingen i Høyesterett, vil avgjørelsen av sakskostnader for jordskifteretten og jordskifteoverretten, samt fordelingen av utgiftene til jordskifte, avhenge av det endelige resultatet i saken. Etter tvisteloven § 20-8 tredje ledd må derfor kostnadsavgjørelsen for disse instansene utsettes.
- (133) For lagmannsretten og Høyesterett knytter sakskostnadene seg til anken over rettsanvendelsen, som avgjøres nå. Kostnadsavgjørelsen avhenger derfor ikke av utfallet av den delen av saken som ikke er avgjort, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd. Jeg viser her til Schei m.fl., Tvisteloven kommentarutgave på nett, side 745 punkt 5.3 første avsnitt, med henvisning til Rt-2012-1665 avsnitt 28.
- (134) Ved en delvis opphevelse har ingen av partene vunnet saken, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd. Etter mitt syn bør derfor hver av partene bære egne sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett. Det er ikke grunn til å anvende unntaksregelen i tvisteloven § 20-3.
- (135) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Frostating lagmannsretts dom og Eidsivating jordskifteoverretts overskjønn oppheves så langt gjelder spørsmålet om medvirkningsansvar og lemping etter skadeserstatningsloven §§ 5-1 og 5-2. For øvrig forkastes anken.
2. Spørsmålet om sakskostnader for Nord-Østerdal jordskifterett og Eidsivating jordskifteoverrett utstår til endelig avgjørelse i saken.
3. Sakskostnader for Frostating lagmannsrett og Høyesterett tilkjennes ikke.

- (136) Dommer **Ringnes:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (137) Dommer **Bergh:** Likeså.
- (138) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.
- (139) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (140) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Frostating lagmannsretts dom og Eidsivating jordskifteoverretts overskjønn oppheves så langt gjelder spørsmålet om medvirkningsansvar og lemping etter skadeserstatningsloven §§ 5-1 og 5-2. For øvrig forkastes anken.
2. Spørsmålet om sakskostnader for Nord-Østerdal jordskifterett og Eidsivating jordskifteoverrett utstår til endelig avgjørelse i saken.
3. Sakskostnader for Frostating lagmannsrett og Høyesterett tilkjennes ikke

Riktig utskrift bekreftes: