

DET OFFENTLIGES ERSTATNINGSANSVAR VED RETTSSTRIDIGE FORVALTNINGSVEDTAK

Aktsomhetsvurderingen etter skl. § 2-1

Kandidatnummer: 293

Veileder: Erling Hjelmeng

Leveringsfrist: 25.11.05

Til sammen 14919 ord

30.11.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Rettskilder	3
1.4	Den videre fremstilling	4
<u>2</u>	<u>AKTSOMHETSVURDERINGEN</u>	<u>6</u>
2.1	Innledning	6
2.2	Hjemmel	6
2.3	Terminologi	8
2.4	De objektive vilkår	9
2.4.1	Generelt	9
2.4.2	Rettsstrid som vilkår for erstatning	9
2.4.3	Nærmere om rettsstridsterminologien	11
2.4.4	Særlig om beskyttelsesinteressen	12
2.5	De subjektive vilkår	13
2.5.1	Generelt	13
2.5.2	Subjektive forhold ved den enkelte tjenestemann	13
2.5.3	Subjektive forhold ved det enkelte organ	16
<u>3</u>	<u>NORMBRUDET OG DETS BETYDNING VED AKTSOMHETSVURDERINGEN</u>	<u>18</u>
3.1	Innledning	18

3.2	Saksbehandlingsfeil	19
3.3	Myndighetsmisbruk	23
3.4	Feil ved det faktiske grunnlaget	27
3.5	Feil ved det rettslige grunnlag	30
3.6	Det generelle krav om forsvarlig saksbehandling – brudd på flere normer	39
3.7	Oppsummering	41
<u>4</u>	<u>EN NY VURDERINGSNORM ETTER EØS-RETTE</u>	<u>43</u>
4.1	Innledning	43
4.2	Unnlatt eller mangelfull gjennomføring – ansvaret etter EØS-retten	44
4.3	Brudd på gjennomførte regler – norsk rett sammenlignet med EØS-retten	47
4.4	En endring av rettsstilstanden i norsk rett?	48
4.5	Oppsummering	50
<u>5</u>	<u>RETTSPOLITISKE VURDERINGER OG VEIEN VIDERE</u>	<u>51</u>
<u>6</u>	<u>KILDEREGISTER</u>	<u>54</u>

1 Innledning

1.1 Tema

Forvaltningsvedtak kan påføre private parter økonomisk tap. Denne oppgaven vil drøfte uaktsomhet som et av vilkårene for å få et slikt tap erstattet av det offentlige.

Vilkåret om uaktsomhet fremgår av lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26, § 2-1. Det er uaktsomhetskravet slik det fremgår av denne bestemmelsen som skal drøftes. Det offentliges ansvar slik det kommer til uttrykk i skl. § 2-1, er et arbeidsgiveransvar.

Spørsmålet om erstatningsansvar oppstår hvor det hefter feil ved et vedtak. "Feil" betyr i denne sammenheng brudd på normer for forvaltningsvedtaks tilblivelse eller innhold. Begrepet omfatter saksbehandlingsfeil, forskjellige former for myndighetsmisbruk, mangler ved det faktiske eller rettslige grunnlaget, og brudd på det ulovfestede prinsippet om en forsvarlig saksbehandling. Slike normbrudd kan lede til ugyldighet, jfr. for lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967, § 41, men må ikke nødvendigvis gjøre det for at erstatning skal være aktuelt. Erstatning er bare en av flere mulige rettsvirkninger av ugyldighet. En annen er bortfall av etterlevels- eller oppfyllelsesplikt.

Tap som er en følge av lovlig myndighetsutøvelse er ikke erstatningsbetingende. Det at man ikke kan få erstattet kostnader og begrensninger man påføres som følge av lovlig myndighetsutøvelse, følger blant annet av praksis i tilknytning til Grunnlovens § 97 og § 105 om erstatningsfrihet for rådighetsinnskrenkninger.

Det offentliges arbeidsgiveransvar må ikke forveksles med det ulovfestede organansvaret. Læren om det ulovfestede organansvar tar for seg situasjonen hvor det offentlige hefter for

organets handlinger som sine egne, mens arbeidsgiveransvaret er et ansvar for handlingene til de offentlige tjenestemenn.

Det er nødvendig å påpeke allerede her at hvorvidt et forvaltningsvedtak innebærer erstatningsbetingende uaktsomhet eller ikke, ikke kan avgjøres etter tradisjonelle privatrettslige erstatningssynsmåter. Til det skiller myndighetsutøvelse seg for mye fra privat virksomhet. Offentligrettslige hensyn må danne hovedgrunlaget for ansvaret.

Forvaltningsvedtak kan tenkes å forårsake tap gjennom integritetskrenkninger, det vil si skade på ting eller person. Alternativt er det tale om ikke-integritetskrenkende vedtak som bare medfører formuestap. Hensynene bak et ansvar for det offentlige vil til en viss grad være forskjellige i de to situasjonene. I denne fremstillingen er det de rene formuestap som danner bakgrunnen for forsvarlighetsvurderingen.

Det overordnede mål med oppgaven er å gi en sammenfattende fremstilling av et emne som er fragmentarisk behandlet i juridisk litteratur, og hvor rettsstilstanden ikke er endelig avklart.

1.2 Avgrensning

Det er kun uaktsomhetskravet etter skl. § 2-1 som skal behandles. Bestemmelsens andre vilkår for erstatning faller utenfor.

Det offentliges ansvar avgrenses til det økonomiske tap som private parter påføres ved forvaltningsvedtak. Det nærmere innholdet i vilkåret om økonomisk tap behandles ikke. Heller ikke vilkåret om årsakssammenheng vil behandles, med unntak av en kortere omtale i punkt 3.2.

Erstatning som det offentlige kan tenkes å yte for å unngå ugyldighet utelates. Det samme gjør erstatning som ytes i forbindelse med omgjøring av vedtak.

Det offentlige erstatningsansvar ved kontroll-, tjeneste- og servicevirksomhet er underlagt en særegen aktsomhetsvurdering, den såkalte standardregelen. Det offentliges virksomhet på disse områdene har flere likhetstrekk med myndighetsutøvelse i form av vedtak, spesielt gjelder dette på området for det offentliges kontrollvirksomhet. Likevel antas aktsomhetsvurderingen i de to tilfellene å ha så vidt forskjellige utgangspunkter at det er uhensiktsmessig å drøfte begge her. Det avgrenses derfor mot standardregelen.

Det offentliges rådgivnings- og opplysningsvirksomhet skal heller ikke behandles: Råd og opplysninger gis ikke i vedtaks form, og faller derfor utenfor.

Til slutt avgrenses det mot statens ansvar som lovgiver. En drøftelse av et slikt ansvar tilsier en avveining av hensyn som er forskjellig fra den som foretas ved rettsstridige forvaltningsvedtak. Det er en problemstilling som berører grunnleggende statsforfatningsrettslige prinsipper. Statens ansvar som lovgiver etter EØS-retten omtales imidlertid i del 4. Hensikten der er ikke å drøfte statens ansvar som lovgiver etter norsk rett, men å belyse likheter mellom statenes ansvar etter EØS-retten og det offentliges ansvar etter norsk rett for myndighetsutøvelse i strid med EØS-regler.

1.3 Rettskilder

For den videre fremstilling er det nødvendig å påpeke noen særtrekk ved rettskildesituasjonen på området.

Rettspraksis er den primære rettskilden ved fastleggelsen av det offentliges ansvar. Ordlyden i skl. § 2-1 er utgangspunktet for drøftelsen, men bestemmelsen er en rettslig standard og innholdet i slike standarder fastlegges gjennom praksis. Da bestemmelsen ble vedtatt var den i det store og hele en kodifisering av rettspraksis.¹ Praksis fra før vedtakelsen er derfor også relevant. Forarbeidene til skadeserstatningsloven er på grunn av sin alder av mindre interesse.

¹ Ot.prp. nr.48 (1965-1966), s. 38.

Den juridiske teori på forvaltningsrettes område kjennetegnes av en fragmentarisk behandling av emnet. I mange fremstillinger er det brukt mye tid og oppmerksomhet på diskusjonen om ansvaret hviler på et objektivt eller et subjektivt grunnlag.² Gjennomgående må det også kunne sies at ansvaret for rettsstridige forvaltningsvedtak er viet lite oppmerksomhet sammenlignet med tradisjonelle forvaltningsrettslige temaer.

Revisjonen av erstatningslovgivningen var opprinnelig et felles nordisk prosjekt hvor man søkte å harmonisere rettstilstanden i de forskjellige land så langt det var mulig. Imidlertid ser man i dag at det eksisterer klare forskjeller. For eksempel i svensk rett er domstolene langt mer tilbakeholdne med å idømme det offentlige ansvar enn det norske domstoler er. Utenlandsk rett har derfor mindre vekt som rettskilde enn det som er tilfelle for eksempel i kjøpsretten, hvor det er store likhetstrekk mellom de nordiske land som følge av liknende samarbeid.

Det fremgår av dette at rettspraksis vil stå i sentrum ved drøftelsen av rettstilstanden. Dette er spesielt fremtredende under fremstillingen i del 3.

1.4 Den videre fremstilling

Opgaven er bygget opp slik:

- Del 2 – en nærmere presentasjon av vilkårene i culpakravet. Det skal vises at culpakravet omfatter objektive og subjektive vilkår, og spesielt de objektive skal drøftes nærmere. Hensikten er å klargjøre forskjellen mellom vurderingen av aktsomhetskravet i del 3 og den vurderingen som skjer ved alminnelig culpa.
- Del 3 – oppgavens hoveddel. Hensikten med denne delen er å gi en fremstilling av rettstilstanden på området. I denne sammenheng skal en god del rettspraksis analyseres og drøftes.

² Se for eksempel Viggo Hagstrøm ”Offentligrettslig erstatningsansvar”, 3.utg., Oslo 1987.

- Del 4 – tar for seg situasjonen hvor vedtak er i strid med EØS-regler. Det skal undersøkes om denne typen normbrudd tilsier en annerledes aktsomhetsvurdering.
- Del 5 – vurderinger de lege lata og de lege ferenda av rettstilstanden.

2 Aktsomhetsvurderingen

2.1 Innledning

Hensikten med denne delen er å klarlegge premissene for den drøftelse av aktsomhetskravet som skal foretas i del 3.

Det skal vises at den alminnelige culpanorm inneholder subjektive og objektive vilkår, og at vurderingen av om disse er oppfylt er annerledes enn ved alminnelig culpa. Det skal foretas en del begrepsavklaringer som har til hensikt å gjøre diskusjonen og resultatene i del 3 lettere å plassere.

På culpakravets objektive side skal begrepet ”rettsstrid” drøftes som vilkår for erstatning. Blant de objektive forutsetninger for ansvar er også prinsippet om beskyttelsesinteressen. Dette prinsippet omtales i et eget underpunkt. På culpakravets subjektive side skal det drøftes om subjektive egenskaper ved den enkelte tjenestemann eller det enkelte organ kan påberopes av det offentlige som ansvarsfrihetsgrunn. Spørsmålet knytter seg til en side ved de subjektive vilkår som med fordel kan behandles atskilt fra fremstillingen i del 3. Det dreier seg om forhold som er knyttet til den enkelte tjenestemann eller utøvende organ, mens vurderingen i del 3 er knyttet til forhold ved handlingssituasjonen.

2.2 Hjemmel

Den sentrale bestemmelsen om det offentliges erstatningsansvar er skl. § 2-1. Ordlyden i denne bestemmelsen er som følger:

1. Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de

krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt. Ansvaret omfatter ikke skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet.

2. Med arbeidsgiver menes her det offentlige og enhver annen som i eller utenfor ervervsvirksomhet har noen i sin tjeneste.

[...]

Det er ikke umiddelbart innlysende at et erstatningsansvar ved rettsstridige forvaltningsvedtak kan forankres i skl. § 2-1. Dette fremgår av førstvoterendes uttalelser i Furunkulosedommen, Rt. 1992 s. 453:

”Innledningsvis bemerker jeg at det kan stilles spørsmål ved om aktsomhetsdrøftelsen kan forankres direkte i erstatningsloven § 2-1. Forarbeidene til loven tyder på at man først og fremst har hatt for øye faktiske handlinger, og ikke i samme grad myndighetsutøvelse. Erstatningsloven § 2-1 har imidlertid et slikt preg av standard, en standard som krever en vurdering som i alle tilfeller må finne sted ved bedømmelsen av om en myndighetsutøvelse er forsvarlig, at det er naturlig å knytte aktsomhetsdrøftelsen til bestemmelsen. Men noen rettslig konsekvenser av en slik forankring av aktsomhetsvurderingen sammenlignet med en forankring i et ulovfestet krav til forsvarlig myndighetsutøvelse, kan jeg ikke se at det har.”³

Bestemmelsen gir uttrykk for et overordnet prinsipp. Etter disse uttalelsene er det på det rene at ordlyden ikke uttømmende regulerer ansvaret med hensyn til aktsomhetsvurderingen.

Når det er tale om forvaltningsvedtak vil ordlydens krav til ”forsettlig eller uaktsomt” regelmessig være oppfylt. Årsaken er at forvaltningsvedtak treffes som bevisste handlinger, ikke ubevisst eller tilfeldig.⁴ Et ugyldig vedtak som har medført tap skulle da regelmessig medføre ansvar. Slik er det imidlertid ikke. Det er ikke gitt at det offentlige blir erstatningsansvarlig. I del 3 skal rettspraksis undersøkes nærmere for å se hvilke omstendigheter som kan unnskyldte forvaltningen, og dermed frita for ansvar.

³ Rt. 1992 s. 453, på s. 477.

⁴ Se Hagstrøm, s. 52.

2.3 Terminologi

For den videre fremstilling er det nødvendig å knytte noen kommentarer til begrepsbruken.

Det har lenge pågått en diskusjon om hvorvidt det offentliges ansvar er av subjektiv art, det vil si betinget av culpa slik det fremgår av ordlyden, eller om det er objektivt eller i hvert fall objektivisert i forhold til culpanormen i den alminnelige erstatningsretten. Tilhengerne av betegnelsen ”objektivt ansvar” anerkjenner bare unnskyldelig rettsvillfarelse som ansvarsfrihetsgrunn. Frihagen⁵, Eckhoff/Smith⁶ og Bernt⁷, er noen av de som har argumentert for et objektivt ansvar. Spesielt Hagstrøm⁸, men også Fleischer⁹, har argumentert for det motsatte standpunkt. Andre forfattere har vært mer nøytrale. I dag er det i stor grad enighet om at denne diskusjonen er av mer terminologisk enn praktisk betydning. Min oppfatning er at rettstilstanden kan analyseres og kommenteres uten at det tas stilling til hvilken benevnelse som passer best på resultatet. Den videre fremstilling har dette formålet, og tilsikter ikke å være et innlegg i den omtalte diskusjonen.

Når det i det følgende refereres til ”culpavurderingen” eller til ”uaktsomhet”, hevdes det ikke at ansvaret er subjektivt betinget slik det er ved alminnelig culpa. I de fleste tilfeller kommer benevnelsen ”uforsvarlig” og ”forsvarlighetsvurdering” til å bli benyttet for å antyde at det dreier seg om noe annet enn en alminnelig culpavurdering. ”Uforsvarlig” vil benyttes fremfor ”uaktsom” så lenge denne begrepsbruken ikke blir anstrengt. Slik brukes begrepene i stor grad av Høyesterett.

⁵ Frihagen: *Villfarelse og ugylldighet i forvaltningsretten*. Oslo 1966.

⁶ Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett*. Oslo 1997.

⁷ Bernt: *Erstatningsansvar for tap på grunn av feil ved offentlig myndighetsutøvelse*. I: LoR 1980.

⁸ Hagstrøm: *Offentligrettslig erstatningsansvar*. Oslo 1987.

⁹ Fleischer: *Petroleumsrett*. Oslo 1983.

2.4 De objektive vilkår

2.4.1 Generelt

I den alminnelige erstatningsrett foreligger culpa dersom en handling er i strid med en norm for forsvarlig opptreden, og den handlende kan bebreides for dette. Det ligger således både objektive og subjektive elementer i culpakravet.

Culpakravets objektive side omfatter aktsomhetsnormen. Ved forvaltningsvedtak er aktsomhetsnormen i de fleste tilfeller fastlagt på forhånd i form av normer for vedtaks tilblivelse og innhold. Vurderingen går ut på å undersøke om de aktuelle myndigheters fremgangsmåte medfører brudd på en eller flere av disse normene. Dette skjer teoretisk sett forut for og atskilt fra aktsomhetsvurderingen under erstatningsspørsmålet, nemlig ved ugyldighetsdrøftelsen.

2.4.2 Rettsstrid som vilkår for erstatning

Når det ved ugyldighetsdrøftelsen blir konstatert et normbrudd, kan dette ha flere rettsvirkninger. En av disse er ugyldighet. Ugyldighet fører til at oppfyllelses- og etterlevelsesplikten bortfaller, og kan føre til erstatning. Imidlertid må ikke et normbrudd nødvendigvis lede til ugyldighet. Hensynet til etablerte private interesser kan tilsi at vedtaket opprettholdes til tross for at det lider av feil.¹⁰ I slike tilfeller er vedtaket fortsatt rettsstridig overfor skadelidte, og kan lede til erstatning. I denne oppgaven brukes ”rettsstridig” om alle vedtak som medfører brudd på en objektiv norm. Det skal undersøkes i hvilken grad rettsstrid er et vilkår for erstatning.

I Ot.prp. nr.48 (1965-66) uttales følgende: ”Det er et selvsagt vilkår for ansvar at den atferd (handling eller unnlattelse) som bevirker skade, er rettstridig.”¹¹ Denne uttalelsen skulle tyde ganske klart på at et slikt vilkår foreligger. Som nevnt i punkt 1.3 er disse forarbeidene

¹⁰ Se for eksempel Rt. 1959 s. 864.

¹¹ Ot.prp. nr.48 (1965-66), på s. 42-43.

av eldre dato, og ikke minst har rettsutviklingen gått videre siden de ble laget. Det er ikke gitt at et slikt vilkår fortsatt gjelder.

I Rt. 1992 s. 453 ”Furunkulose” fant Høyesterett det nødvendig å kommentere spørsmålet. Følgende ble uttalt: ”[H]vis det kreves erstatning for at tillatelse er nektet, vil slik erstatning forutsette at nektelsen er ugyldig. [...] I en slik situasjon, hvor et begunstigende vedtak er benyttet, men har hatt bivirkninger som nevnt, er det for meg noe fremmed å spørre om vedtakene er ugyldige. Men jeg er enig med staten i at spørsmålet om veterinærmyndighetene har handlet rettmessig [...] står sentralt i erstatningsvurderingen.”¹²

Det legges til grunn at ”rettmessig” betyr ”ikke rettsstridig”.

Det fremgår av dommen at rettsstrid er et vilkår for erstatning. Det forhold at vedtaket på grunn av sin natur ikke kan kjennes ugyldig er ikke avgjørende så lenge det er rettsstridig overfor skadelidte.

Et vilkår om rettsstrid bidrar til å opprettholde kompetansefordelingen mellom domstolene og forvaltningen: Med et vilkår om rettsstrid respekteres forvaltningens frie skjønn.

Forvaltningen har i mange sammenhenger som oppgave å vurdere hvilken type tiltak som skal settes i verk, og til å vurdere det enkelte tiltaks egnethet og hensiktsmessighet, uten at disse vurderingene kan overprøves. Hvis domstolene i etterkant skulle gå inn og bestemme hvorvidt forvaltningens vurdering representerer forsvarlig myndighetsutøvelse, ville dette raskt medføre at domstolene kom inn på forvaltningens enemerker.

I Furunkulose-dommen nevnes hensynet til forvaltningens frie skjønn nettopp som årsaken til at ugyldighet eller urettmessighet må stadfestes i forkant av aktsomhetsdrøftelsen.

¹² Rt. 1992 s. 453, på s. 475 og 476.

Vedtaket som ble truffet bygde på veterinærmyndighetenes skjønn, basert på hensiktsmessighet og veterinærfaglige vurderinger. Retten uttalte: ”Etter sikker rett kan domstolene ikke underkjenne et slikt vedtak eller vilkårene for det ut fra avvikende vurderinger av de rent skjønnsmessige sider, for eksempel ved et avvikende syn på behov, sykdomsfare eller på selve avveiningen av de to elementene. Men det er nettopp en slik avveining som vil finne sted om man går rett på en aktsomhetsvurdering [...]”¹³

Høyesteretts uttalelser tyder på at drøftelsen av ugyldighet eller rettsstrid skal skje separat fra forsvarlighetsvurderingen under erstatningsspørsmålet, og forutsetningsvis i forkant av denne. Av rettspraksis fremgår det imidlertid at Høyesterett selv ikke alltid følger en slik fremgangsmåte. De to spørsmål behandles i flere tilfeller under ett, se for eksempel Rt. 1962 s. 1123.¹⁴

Hittil er det slått fast at rettsstrid er et vilkår for det offentliges ansvar. Et ugyldig vedtak er definitivt rettsstridig. Gyldige vedtak kan imidlertid også være rettsstridige overfor skadelidte, og dermed erstatningsbetingende. Vurderingen av rettsstrid bør holdes atskilt fra forsvarlighetsvurderingen. Rettsstridsvurderingen knytter seg til culpanormens objektive vilkår, mens forsvarligheten vurderes under de subjektive vilkår.

2.4.3 Nærmere om rettsstridsterminologien

Det er en ulempe ved begrepet ”rettsstrid” at det kan være vanskelig å avgrense. Av den grunn kan det spørres om det er et hensiktsmessig uttrykk.

I juridisk teori har det vært en diskusjon om dette. En drøftelse av et offentlig erstatningsansvar for rettsstridige vedtak gjør en samlebetegnelse nødvendig. Det er flere grunner som taler for at rettsstridsterminologien er egnet i denne sammenheng. Man kan for eksempel se for seg en situasjon hvor et vedtak lider av en ugyldighetsgrunn, men ikke kan kjennes ugyldig av hensyn til etablerte private interesser. Det er vanskelig å tenke seg andre juridiske begreper som bedre beskriver et slikt vedtak enn ”rettsstridig”. Frihagen foreslår uttrykket ”delvis gyldighet”.¹⁵ Dette må kunne sies å være en ganske uheldig beskrivelse av vedtaket i forhold til de som begunstiges av vedtaket. Gjelder det for eksempel et vedtak om ansettelse i

¹³ Rt. 1992 s. 453, på s. 475.

¹⁴ For en nærmere omtale av denne dommen, se s. 43.

¹⁵ Frihagen, s. 58-61.

offentlig stilling er det neppe ønskelig for vedkommende, eller særlig heldig for forvaltningen, at vedtaket blir stående med en slik karakteristikk.

Umiddelbart virker ikke ”rettsstridig” som noe bedre alternativ. Juridisk sett må det imidlertid anses som et bedre uttrykk. Det ligger i den alminnelige rettsstridsterminologien at begrepet retter seg mot helt konkrete forhold. Betegnelsen retter seg bare mot vedtakets forhold til skadelidte. Vedtaket er rettsstridig overfor skadelidte, men gyldig utad. En slik karakteristikk gir bedre mening dersom man i neste omgang tilkjenner skadelidte erstatning. Uttrykket ”delvis ugyldig” gir ikke de samme assosiasjonene til erstatningsbetingende forhold.

2.4.4 Særlig om beskyttelsesinteressen

I tillegg til vilkåret om rettsstrid gjelder det alminnelige erstatningsrettslige prinsippet om beskyttelsesinteressen. Dette prinsippet tilsier at et normbrudd i seg selv er ikke tilstrekkelig til å idømme erstatningsansvar dersom den brutte norm ikke er satt for å beskytte skadelidte mot en slik skade som faktisk har inntruffet. Herunder ligger det også en begrensning med hensyn til kretsen av skadevoldere.¹⁶

Et typisk spørsmål i praksis er om de normer som er brutt er satt for ivareta offentlige interesser, eller om også private interesser er beskyttet og i så fall hvilke. Dette vil bero på en tolkning av den enkelte norm. Når det gjelder forvaltningsvedtak vil det sjelden være tvil om at normene for vedtaks tilblivelse eller innhold kan påberopes av den vedtaket gjelder. Tvil kan oppstå hvor andre blir skadelidende ved vedtaket. Konkrete omstendigheter må bli avgjørende for om vedkommende kan anses beskyttet.

Vilkåret om beskyttelsesinteressen kan illustreres ved følgende uttalelse i Furunkulose-dommen: ”Før jeg går inn på aktsomhetsvurderingen, er det nødvendig å ta stilling til om oppdretterne i det hele er vernet av fisesykdomsloven med forskrifter, på en slik måte at et eventuelt brudd på veterinærmyndighetenes plikter kan gi grunnlag for erstatning.”¹⁷

¹⁶ Se Hagstrøm, s. 106, med henvisning til s. 302 flg.

¹⁷ Rt. 1992 s. 453, på s. 476.

Alternativet var at loven utelukkende etablerte et samfunnsvern i videre forstand. Det første ble funnet å være tilfellet.

En spesiell side ved prinsippet om beskyttelsesinteressen viser seg der forvaltningen skal avgjøre saker hvor private interesser står mot hverandre, og ikke mot det offentlige. Et eksempel er der hvor det offentlige fører kontroll med kvaliteten på varer og tjenester. I slike situasjoner spiller forvaltningen en rolle som minner om domstolenes. I rettspraksis har Høyesterett lagt en annen og mildere aktsomhetsnorm til grunn for det offentlige ansvar ved denne typen virksomhet. Dette er den såkalte standardregelen for det offentlige ansvar for kontroll-, tjeneste- og servicevirksomhet. Som nevnt innledningsvis, skal dette temaet ikke behandles.

2.5 De subjektive vilkår

2.5.1 Generelt

Culpakravets subjektive vilkår går ut på at skadevolder må kunne bebreides for at det ble handlet i strid med aktsomhetsnormen. Her tas de konkrete omstendigheter i betraktning. Slike omstendigheter kan tenkes å knytte seg til tjenestemannen selv eller til handlingssituasjonen. Sistnevnte omstendigheter behandles i del 3. Her er det bare betydningen av forhold ved den enkelte tjenestemann som skal drøftes. Drøftelsen skjer uavhengig av hvilken type norm som er brutt.

2.5.2 Subjektive forhold ved den enkelte tjenestemann

Det første spørsmålet er hvilken betydning subjektive forhold ved den enkelte tjenestemann har ved forsvarlighetsvurderingen. Det skal drøftes hvorvidt slike forhold kan tilsi at det offentlige fritas for ansvar.

I den alminnelige erstatningsrett er det på det rene at subjektive forhold kan ha betydning ved culpavurderingen. Utgangspunktet er at den samme aktsomhetsnorm gjelder for alle

som beveger seg på vedkommende livsområde. Den enkelte yrkesutøvers praksis og erfaring, relevante kunnskaper, intelligens, fysikk og lignende, kan føre til at aktsomhetskravet må tilpasses. Denne vurderingen hører imidlertid under culpakravets objektive vilkår. Når de subjektive vilkår vurderes skal individuelle mål i utgangspunktet ikke legges til grunn. Unntak kan tenkes dersom man på grunn av sykdom, tretthet, nødvendige medikamenter med videre har voldt skade.¹⁸

Når det er tale om det offentliges erstatningsansvar er svaret på spørsmålet i stor grad avhengig av hvilket standpunkt man tar til diskusjonen om ansvaret er subjektivt eller objektivt betinget. Dersom man anser det offentliges ansvar for å være objektivt, er svaret at subjektive forhold ved den enkelte tjenestemann ikke kan fritta for ansvar. I og med at Høyesterett ikke har tatt noe klart standpunkt til hvilken benevnelse som best beskriver rettstilstanden bør man unngå å legge et av standpunktene til grunn for drøftelsen. Isteden må rettstilstanden beskrives ved hjelp av tilgjengelige rettskilder.

Vurderingstemaet i skl. § 2-1 er hvorvidt ”de krav som skadelidte med rimelighet kan stille til tjenesten eller virksomheten, er tilsidesatt”, jfr. skl. § 2-1, nr. 1. Den umiddelbare språklige forståelsen av ordlyden er at skadelidte ikke har grunn til å forvente noe mindre av den aktuelle offentlige tjeneste eller virksomhet selv om den enkelte tjenestemann på grunn av spesielle omstendigheter kan unnskyldes for ha begått en feil. Det er ikke urimelig å forvente at det offentlige som helhet kompenserer for eventuelle svakheter hos enkelte tjenestemenn slik at tjenesten holder en jevn, tilfredsstillende kvalitet. Slik det imidlertid fremgår av Høyesteretts uttalelser i Furunkulose-dommen, jfr. ovenfor, gir skl. § 2-1 uttrykk for et overordnet prinsipp. Dette medfører at ordlyden i bestemmelsen ikke kan anses uttømmende å regulere hvilke forhold som kan tas i betraktning.

På bakgrunn av uttalelsene i Ot.prp. nr.48 (1965-66)¹⁹ er det på det rene at arbeidsgiveransvaret utstrekkes til å gjelde anonyme og kumulative feil, det vil si feil som

¹⁸ Se Lødrup, s. 53-54.

¹⁹ Ot.prp. nr.48 (1965-66), s. 78 flg.

ikke kan knyttes til én konkret tjenestemann eller flere feil som ikke i seg selv, men samlet, utgjør et normbrudd. Dette er et argument for at subjektive forhold i tvilstilfeller ikke fritar for et ansvar så lenge det foreligger rettsstridig atferd. Det lar seg imidlertid også gjøre å se det på en annen måte: Regelen om ansvar for slike feil kommer i tillegg til de andre normene for vedtaks tilblivelse og innhold, og bør ikke nødvendigvis innebære en bedre beskyttelse av borgerne enn disse reglene gjør. Dette sies også uttrykkelig i forarbeidene: ”Det er ikke meningen med det foreslåtte ansvar for ”anonyme” og ”kumulerte” feil å innføre noe ansvar på objektivt grunnlag.”²⁰

I juridisk teori er det dominerende synspunkt at uttalelsene i forarbeidene taler i favør av et ansvar for det offentlige uavhengig av individuelle unnskyldningsgrunner. Påstanden er imidlertid et ledd i læren om at det offentlige er objektivt ansvarlig for ugyldige vedtak, og kan ikke ses uavhengig av denne.

Forutsigbarhet taler mot en adgang for forvaltningen til å påberope individuelle forhold ved den enkelte tjenestemann som ansvarsfrihetsgrunn. Dette er forhold som er skjult for allmennheten, og som ville skape mistillit hos denne dersom de skulle fritas for ansvar. Fra det offentlige side kan det hevdes at en del slike forhold er umulig å gardere seg mot, og at det ville være urimelig å idømme ansvar. I de fleste tilfeller må imidlertid borgerne kunne forvente at forvaltningen kompenserer internt for individuelle svakheter, slik at tjenesten utad oppfyller kravene. Ansvaret antas likevel ikke å få et urimelig omfang fordi det ligger begrensninger i de andre vilkårene i skl. § 2-1. Relle hensyn samlet taler mot at det offentlige kan påberope seg nevnte forhold som unnskyldningsgrunn. Sammen med forarbeidene må dette bli utslagsgivende.

Konklusjonen er at subjektive forhold ved den enkelte tjenestemann ikke av det offentlige kan påberopes som ansvarsfrihetsgrunn, selv ikke når slike forhold ville utelukket et personlig ansvar for tjenestemannen på alminnelig culpagrunnlag.

²⁰ Ot.prp. nr.48 (1965-66), på s. 79.

2.5.3 Subjektive forhold ved det enkelte organ

Det andre spørsmålet er hvilken betydning subjektive forhold ved det utøvende organ har ved forsvarlighetsvurderingen.

Forhold som er nærmere knyttet til organet enn til den enkelte tjenestemann er for eksempel at organet som helhet ikke innehar tilstrekkelig kompetanse eller ikke er tilstrekkelig bemannet. Det mest nærliggende for det offentlige, og presumptivt den hyppigst anførte unnskyldning i praksis, er at eventuelle mangler skyldes utilstrekkelige bevilgninger og ikke uforsvarlige forhold. Fremstillingen her begrenses til å drøfte denne anførselen.

I Statsansvarsutredningen fremholdes det at Stortingets bevilgninger ikke av domstolene kan overprøves ved en forsvarlighetssensur.²¹ Videre at det ved avgjørelsen om den faglige standard ligger på et forsvarlig nivå må tas hensyn til ”hvor store økonomiske ressurser de bevilgende myndigheter har stillet til rådighet for den institusjon som har fremkalt den inntrufne skade.”²² Uttalelsene knyttes imidlertid ikke til myndighetsutøvelse, men til andre former for offentlig virksomhet. Et eksempel som brukes av utvalget er at de krav som stilles til veinettets forfatning må tilpasses etter de bevilgninger som er tildelt veivesenet.²³

Når det er tale om myndighetsutøvelse må en selvstendig vurdering foretas. For det første tilsier grunnleggende krav til rettssikkerhet at det offentlige ikke kan høres med argumenter om bevilgningsmangel. Dette er utvilsomt utgangspunktet ved eventuelle integritetskrenkende vedtak. Selv om rene næringsinteresser er det eneste som står på spill må dette momentet tillegges vekt. Det er imidlertid mulig at foreliggende bevilgninger kan være et moment ved forsvarlighetsvurderingen i slike tilfeller. Vurderingen må bero på

²¹ Statsansvarsutredningen, s. 20-21 og 24.

²² Statsansvarsutredningen, på s. 24.

²³ Et eksempel fra rettspraksis på anvendelsen av slike synspunkter er Rt. 1970 s. 95.

konkrete omstendigheter. Kun hvor forvaltningen er pålagt å treffe vedtak, og saksmengden er uvanlig stor, vil man kunne tenke seg at argumentet kan tillegges vekt. Hvor forvaltningen selv tar initiativet til vedtak bør den først tilse at tilstrekkelige ressurser foreligger til å foreta en forsvarlig saksbehandling.

I Rt. 1991 s. 954 ”Reisebyrå-dommen” gikk Høyesterett inn på problemstillingen i forhold til standardregelen for det offentliges ansvar for kontroll-, tjeneste- og servicevirksomhet.

Forbrukerombudet hadde unnlatt å gripe inn overfor en reisearrangør som opererte uten å stille obligatorisk garanti. Arrangøren gikk konkurs og betalte reiser ble kansellert.

Det ble lagt vekt på at ”Forbrukerombudet hadde mange oppgaver og en relativt beskjeden stab. Han kunne ikke overkomme alt.” Likevel hadde Forbrukerombudet på grunn av konkrete omstendigheter ”en særlig foranledning til å reagere”.²⁴ Det forelå en svikt fra Forbrukerombudet i så henseende. Staten ble likevel frifunnet.

Ressursmangler hos Forbrukerombudet var årsaken at det ikke ble grepet inn. Dette var imidlertid ikke årsaken til frifinnelsen. Høyesterett bygget på det lavere aktsomhetskrav som følger av standardregelen.²⁵

Avgjørelsen tyder på at utilstrekkelige bevilgninger er et lite tungtveiende moment hvor forvaltningen har unnlatt å bruke sin kompetanse. Dette gjelder på området for kontroll-, tjeneste-, og servicevirksomhet hvor aktsomhetsvurderingen skal være mindre streng. Desto mindre gjennomslagskraft bør argumentet ha ved offentlige myndighetsutøvelse.

Konklusjonen er at utilstrekkelige bevilgninger svært sjelden eller aldri vil kunne påberopes av det offentlige ved myndighetsutøvelse.

²⁴ Rt. 1991 s. 954, på s. 959.

²⁵ Se Rt. 1991 s. 954, på s. 959.

3 Normbruddet og dets betydning ved aktsomhetsvurderingen

3.1 Innledning

Det skal her drøftes om det kan forekomme unnskyldningsgrunner som tilsier at myndighetsutøvelsen ikke er uforsvarlig, til tross for at det foreligger normbrudd.

Utgangspunkt for drøftelsen er at det foreligger brudd på en eller flere normer som gjelder forvaltningsvedtaks tilblivelse eller innhold. Fremstillingen er bygget opp rundt de forskjellige hovedgruppene av normer, og vil omfatte lovfestede saksbehandlingsregler, læren om myndighetsmisbruk, det faktiske og det rettslige grunnlaget for avgjørelsen, og det alminnelige ulovfestede krav om en forsvarlig saksbehandling. Den sistnevnte norm har jeg valgt å behandle separat fra de lovfestede saksbehandlingsreglene fordi den omfatter situasjoner hvor flere av de tidligere nevnte normene kan være berørt, men uten at det foreligger et klart brudd på en av dem.

Brudd på for eksempel saksbehandlingsreglene vil omtales som én type normbrudd. For hver enkelt type normbrudd skal det drøftes hvilke momenter som taler for og imot et offentlig erstatningsansvar.

En fremstilling som tar utgangspunkt i normbruddene skiller seg fra andre fremgangsmåter som er benyttet tidligere. Ofte er det tatt utgangspunkt i de unnskyldningsgrunner som det offentlige kan tenkes å påberope mot er erstatningsansvar. Fra et praktisk synspunkt fremstår det imidlertid som mer hensiktsmessig å angripe spørsmålet fra den motsatte siden. Det er jo normbruddet som leder til tapet som igjen leder til et erstatningskrav. I praksis vil man konstatere hvilken norm som er brutt før et eventuelt erstatningskrav er aktuelt. Derfor er det naturlig å ta utgangspunkt situasjonen hvor et vedtak for eksempel

kjennes ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil, før man undersøker hvilke momenter som taler for og imot at vilkåret om uaktsomhet er oppfylt. Ansvarsgrunnlaget forutsetter uaktsomhet, og uaktsomhet forutsetter at ingen relevante unnskyldningsgrunner foreligger. Da har det interesse å undersøke hvilke unnskyldningsgrunner som er relevante ved saksbehandlingsfeil. Gjennomslagskraften til forskjellige unnskyldningsgrunner generelt vil være av mindre interesse. Ulempen ved en slik fremstilling er selvfølgelig at den enkelte unnskyldningsgrunn kan tenkes å gå igjen ved flere typer normbrudd.

De forskjellige typer normbrudd skal i det følgende behandles i denne rekkefølgen: Saksbehandlingsfeil (på s. 19 flg.), myndighetsmisbruk (på s. 23 flg.), feil ved det faktiske grunnlaget for vedtaket (på s. 27 flg.), feil ved det rettslige grunnlaget (på s. 30 flg.), og brudd på det ulovfestede prinsippet om forsvarlig saksbehandling (på s. 39 flg.). Til slutt vil jeg forsøke å trekke noen linjer mellom de forskjellige normbruddene (på s. 41 flg.).

3.2 Saksbehandlingsfeil

Den første typen normbrudd er saksbehandlingsfeil. Saksbehandlingsreglene kan være lovfestede, for eksempel i forvaltningsloven, men kommer også til uttrykk gjennom det ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipp om en forsvarlig saksbehandling. Brudd på dette prinsippet behandles i punkt 3.6. Eksempler på lovfestede saksbehandlingsregler er forvaltningslovens regler om habilitet (fvl. kap. 2), forhåndsvarsling (fvl. § 16), forvaltningens opplysningsplikt (fvl. § 17 flg.), begrunnelse av vedtak (fvl. §§ 24 og 25), og plan- og bygningslovens regler om fremgangsmåten ved ekspropriasjon (pbl. kap. 8).

Som den store hovedregel må det kunne forventes at forvaltningen er kjent med lovfestede saksbehandlingsregler. Spesialiserte myndigheter må man også kunne regne med kjenner saksbehandlingsreglene i særlover på sine områder, for eksempel må plan- og bygningsmyndighetene antas å være godt kjent med saksbehandlingsreglene i plan- og bygningsloven. Årsaken er klar: Dette er regler som er grunnleggende for myndighetsutøvelsen på det aktuelle området og som er utarbeidet spesielt for å regulere den. De bør være velkjente, og det forhold at en enkelt tjenestemann ved organet ikke har

tilstrekkelig erfaring eller kunnskap, kan ikke fritas for ansvar. Det henvises her til fremstillingen i punkt 2.3 ovenfor.

Saksbehandlingsfeil må skilles fra lovtolkningsspørsmålet. Dersom forvaltningen bryter en saksbehandlingsregel fordi de tolker den feil, må dette vurderes som en feil ved det rettslige grunnlaget. Forvaltningen har i disse tilfellene gått utover sitt rettslige kompetansegrunnlag ved å handle i strid med regelen. Slike tilfeller behandles som feil ved vedtakets rettslige grunnlag i punkt 3.5.

I de aller fleste tilfeller vil ikke tolkningen av lovfestede saksbehandlingsregler by på problemer. Forvaltningen har anvendt dem mange ganger før. Rettsvillfarelse skal behandles i punkt 3.5, men allerede her kan det slås fast at rettsvillfarelse med hensyn til tolkning av saksbehandlingsregler sjelden vil være unnskyldelig. Det dreier seg om så vidt sentrale og velkjente regler at dette vanskelig vil kunne påberopes.

Også villfarelse om faktiske forhold kan forårsake brudd på saksbehandlingsreglene. For eksempel kan opplysninger om personlige tilknytninger være avgjørende for hvorvidt forvaltningslovens habilitetsregler er brutt. Faktisk villfarelse behandles i punkt 3.4.

Rettspraksis om erstatningskrav bygget på saksbehandlingsfeil, har i teorien blitt mest omtalt i forbindelse med diskusjonen om hvorvidt det offentlige ansvar er av objektiv eller subjektiv art. Sakene har endt med ansvar for det offentlige, og de har derfor blitt brukt som argument for at ansvaret er objektivt.

Dommen i Rt. 1961 s. 1049 kan illustrere synspunktet om et strengt ansvar.

Saken gjaldt et erstatningskrav som følge av det tap en drosjeeier var blitt påført på grunn av de betingelser som ble satt for bevillingen hans. Den omstridte betingelsen var at utgangspunktet for drosjeeierens kjøring skulle være et område som ikke ga et tilstrekkelig inntektsgrunnlag og gjorde bevillingen ”praktisk talt verdiløs”.

Høyesterett bygget erstatningsplikten på at staten brøt sin undersøkelsesplikt og at skadelidte ikke hadde fått uttale seg. Slik dommen er utformet, ser det ut til å være tilstrekkelig at vedtaket brøt med disse prinsippene. Det forhold at vedtaket både var ulovlig og må kunne karakteriseres som vilkårlig og sterkt urimelig overfor drosjeeieren, var av betydning for spørsmålet om ugyldighet, men kommenteres ikke under erstatningsspørsmålet. Retten konkluderer i korthet med at ”[d]en saksbehandlingsfeil som her foreligger må [...] føre til erstatningsansvar for staten.”

Det rettslige grunnlaget var mangelfullt, og rettslig villfarelse var ingen aktuell unnskyldningsgrunn. Likevel valgte retten å bygge ansvaret på saksbehandlingsfeilene. Avgjørelsen tyder på at brudd på uomstridte og klare saksbehandlingsregler medfører at myndighetsutøvelsen er uforsvarlig.

I juridisk teori hevder Fleischer at saksbehandlingsfeil kan forekomme uten at myndighetsutøvelsen dermed er uforsvarlig. Han uttaler følgende: ”Erstatningsansvar for saksbehandlingsfeilen avhenger her som ellers av de vanlige erstatningsregler, altså av klanderverdig opptreden. Enhver saksbehandlingsfeil er selvsagt ikke av denne art. Det kan forekomme tvilsomme spørsmål. Og det kan foreligge en objektiv og vesentlig saksbehandlingsfeil som fører til at vedtaket blir ugyldig, selv om det skyldes omstendigheter som forvaltningen ikke var herre over.”²⁶ Fleischer bruker ikke eksempler, og det er derfor vanskelig å si om han ser for seg situasjoner utover slike som opprinnelig skyldes feil rettsanvendelse eller feil ved det faktiske grunnlaget.

Fleischer berører imidlertid et avgjørende poeng, nemlig at det bare er tap som er forårsaket av feilen, som skal erstattes. Som det er sagt helt innledningsvis, skal ikke det alminnelige erstatningsrettslige kravet til årsakssammenheng behandles her. Imidlertid er det nødvendig å påpeke en viktig forskjell mellom den sannsynlighetsvurdering som foretas ved en ugyldighetsdrøftelse og den som foretas ved en drøftelse av erstatningsansvar. Ved

²⁶ Fleischer, s. 509.

ugyldighet spør vi om feilen kan ha innvirket på vedtakets innhold, jfr. fvl. § 41. Dette innebærer en lavere grad av sannsynlighet enn den sannsynlighetsovervekt som kreves for erstatning. Erstatning krever sannsynlighetsovervekt for at feilen har forårsaket tapet. En saksbehandlingsfeil må således kunne lede til ugyldighet uten å være erstatningsbetingende. Forutsetningen er at utfallet sannsynligvis ville blitt det samme for skadelidte selv om feilen ikke var begått. Dette er et viktig poeng, men sier ingenting om aktsomhetsdrøftelsen.

Frihagens ser ut til å mene at det offentlige er underlagt et objektivt ansvar for brudd på saksbehandlingsreglene. Han uttaler: ”Etter mitt skjønn er det i det hele vel så treffende å si at staten her er ansvarlig uten at det er nødvendig å påvise noen uaktsomhet eller uforsvarlighet – det er den objektive feil som gir ansvarsgrunnlag.”²⁷ Dette er en påstand om at brudd på saksbehandlingsregler alltid medfører at myndighetsutøvelsen er uforsvarlig. Likevel ser det ut til at Frihagen ikke helt utelukker at saksbehandlingen under spesielle omstendigheter likevel ikke er erstatningsbetingende. Han konkluderer med at man er ”langt på vei i retning av et objektivt ansvar.”²⁸

Saksbehandlingsreglene kan ses som en utfylling av culpanormen fra lovgivers side. En slik synsmåte tilsier et strengt ansvar når forvaltningen har brutt reglene. Graver ser ut til å følge denne tanken: ”Saksbehandlingsreglene og kravene til et forsvarlig skjønn er jo minimumskrav også i den forstand at de representerer minstemålene for hva som kreves av forvaltningen. Derfor nøyer domstolene seg i mange tilfeller med å konstatere slike avvik for å anse kravet til ansvarsgrunnlag for oppfylt. [...] Brudd på lovbestemmelser om saksbehandlingen [...] vil ikke kunne unnskyldes med subjektive forhold, fordi bruddene i seg selv normalt vil representere avvik fra de objektiviserte krav som ligger i den alminnelige culpavurdering.”²⁹

²⁷ Frihagen, s. 504.

²⁸ Frihagen, s. 504.

²⁹ Graver, s. 519.

Saksbehandlingsregler som ”objektiviserte krav” taler mot å ta konkrete omstendigheter i betraktning. Det er imidlertid ikke gitt at lovgiver ved å lovfeste saksbehandlingsreglene dermed utelukker at det i enkelte tilfeller kan foreligge forhold som unnskylder regelbruddet. Det kan trekkes forbindelser til strafferetten, hvor straffrihetsgrunnene nødrett og nødverge på gitte vilkår kan påberopes ved de fleste typer lovovertridelser, selv om det enkelte straffebed ikke sier noe om denne muligheten.

Brudd på saksbehandlingsreglene er et normbrudd som kan være relativt lett å konstatere for allmennheten. Hensynet til den alminnelige tillit til forvaltningen bør derfor tillegges vekt ved vurderingen av omfanget av det offentliges ansvar. Dette hensynet tilsier at forsvarlighetsvurderingen bør være streng. Borgerne bør kunne observere at det er en sammenheng mellom regelbrudd og ansvar. Det er i hvert fall uheldig hvis en slik sammenheng er helt fraværende. Det kan likevel være tvil om hvor stor vekt dette hensynet har der feilen skyldes forhold forvaltningen ikke har innflytelse over. Det er imidlertid vanskelig å finne eksempler på hvilke forhold dette kunne være. Det kan være at saksbehandlingsfeilen skyldes at skadelidte har fremlagt uriktige opplysninger. Slike tilfeller behandles imidlertid her som feil ved det faktiske grunnlaget.

Rettstilstanden på dette området er formelt sett uavklart. Det beskjedne omfanget av rettspraksis kan tyde på at det ikke oppstår så mange tvilstilfeller, men dette kan selvfølgelig også ha andre årsaker. Tendensen er at det gjelder et strengt ansvar ved saksbehandlingsfeil. Et slikt synspunkt støttes av reelle hensyn.

3.3 Myndighetsmisbruk

Reglene om myndighetsmisbruk er utviklet gjennom teori og rettspraksis. Det dreier seg om ulike typer rettslige begrensninger i forvaltningens utøvelse av diskresjonært eller ”fritt” skjønn. Det regnes som myndighetsmisbruk når et forvaltningsorgan unnlater å basere sin avgjørelse på et saklig og forsvarlig skjønn og i stedet tar utenforliggende hensyn, treffer vilkårlige, uforholdsmessige eller sterkt urimelige avgjørelser, eller driver usaklig forskjellsbehandling.

Uttrykket ”myndighetsmisbruk” har ikke i seg selv noen rettslig betydning. For å begrunne et juridisk standpunkt, for eksempel ”ugyldighet”, er det aldri nok å vise til at ”misbrukslæren” er brutt.³⁰ Det avgjørende er om en av normene, forbud mot vilkårlighet, uforholdsmessighet og så videre, er brutt. Når det heretter tales om ”myndighetsmisbruk” ligger det en slik forutsetning til grunn.

Utenforliggende hensyn er en type myndighetsmisbruk som knytter seg spesielt sterkt til lovanvendelsen. Forholdet går ut på at det offentlige tar hensyn som etter den aktuelle lov ikke kan tas i betraktning. Hva som er usaklige eller utenforliggende hensyn, beror på en tolkning av den enkelte lovhjemmel og de formål vedkommende lov tar sikte på å fremme. Det gir etter min mening bedre sammenheng å behandle denne formen for myndighetsmisbruk som feil ved det rettslige grunnlaget. Årsaken er at feil rettsanvendelse vil innebære uforsvarlighet dersom det ikke foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse. Vilkårene for dette er mest hensiktsmessig å drøfte under ett. Fremstillingen her vil derfor begrense seg til de andre formene for myndighetsmisbruk.

Det ligger i selve betegnelsene ”usaklig forskjellsbehandling” og ”vilkårlige”, ”uforholdsmessige” og ”sterkt urimelige” avgjørelser, en grad av bebreidelse. Det kan være vanskelig å tenke seg at saksbehandlingen som ender i et vedtak med denne karakteristikken, ikke er uforsvarlig. Læren om myndighetsmisbruk har nettopp til hensikt å sikre borgerne mot en uforsvarlig utøvelse av det frie skjønn. Når domstolene fastslår at denne minimumsstandarden er brutt, taler dette langt på vei for at uaktsomhetskravet er oppfylt.. Det må undersøkes om det finnes momenter som kan unnskyldde myndighetsmisbruket.

På samme måte som ved brudd på saksbehandlingsreglene, viser det seg at mange tilfeller av myndighetsmisbruk er forårsaket av faktisk eller rettslig villfarelse. Et eksempel er hvor

³⁰ Eckhoff/Smith, s. 368-369.

det offentlige på grunn av forhold hos skadelidte ikke har vært i stand til å frembringe alle nødvendige opplysninger, og derfor har fattet et vedtak som er vilkårlig eller innebærer usaklig forskjellsbehandling. Den reelle årsaken vil fremdeles være feil ved det faktiske grunnlaget. Normbrudd som skyldes feil ved det faktiske eller rettslige grunnlaget behandles lenger ned.

Det er vanskelig å finne eksempler på myndighetsmisbruk som ikke indirekte skyldes rettslig eller faktisk villfarelse, og som ikke er uforsvarlig. Det er fristende å konkludere med at slike tilfeller ikke forekommer. Situasjonen kan imidlertid muligens forklares med det forhold at myndighetsmisbruk ofte forekommer sammen med andre ugyldighetsgrunner, og at disse normbruddene har en mer markert slagside mot forsvarlighetskravet. Dommen i Rt. 1959 s. 733 kan vurderes slik.

Saken gjaldt søknad om drosjebevilling. Det omstridte rettsspørsmålet dreide seg om hvorledes ansienniteten til den enkelte søker skulle fastsettes. Skadelidtes ansiennitet ble satt for lavt på grunn av tolkningsfeil. Unnskyldelig rettsvillfarelse var ikke aktuelt, ettersom Høyesterett fant det ”klart” at Samferdselsnemndas avgjørelse ikke var i samsvar med gjeldende rett. Vedtaket var imidlertid også ”i høy grad urimelig”. Det sistnevnte ble imidlertid ikke videre drøftet i og med at staten ble ansvarlig allerede på det første grunnlag.

Dersom man tenker seg at Samferdselsnemndas rettsvillfarelse i denne saken hadde vært unnskyldelig, slik som staten hevdet, kunne den sterke urimelighet som vedtaket representerte kanskje ha vært tilstrekkelig for å utløse erstatningsplikten. Sterk urimelighet for skadelidte kan som kjent være ugyldighetsgrunn selv om vedtaket i seg selv har hjemmel. Urimelighetskarakteristikken retter seg jo mot skjønnets, mens rettsvillfarelsen har med det rettslige grunnlaget å gjøre. Spørsmålet kom naturlig nok ikke på spissen fordi rettsanvendelsen var ”klart” i strid med gjeldende rett.

Det er vanskelig å si hva resultatet kunne blitt dersom Høyesterett hadde inntatt et annet standpunkt med hensyn til rettsanvendelsen. Det er mye som taler mot å la skadelidtes tap i en slik situasjon stå udekket når vedtaket samtidig karakteriseres som ”i høy grad urimelig”. Det burde være tilstrekkelig å nevne tillitsbruddet det ville medføre i forholdet

mellom borgerne og forvaltningen, og de motforestillinger som reiser med hensyn til rettfærdsbetraktninger.

I de tilfeller hvor Høyesterett har stadfestet ugyldighet på grunn av myndighetsmisbruk, går retten direkte fra denne vurderingen til å konstatere erstatningsplikt. Et eksempel som gjelder et sterkt urimelig vedtak, er Rt. 1973 s. 460.

Saken gjaldt et påbud om opphør av drift av en større hønse-, gåse- og andefarm i nærheten av et drikkevann. Påbudet ble gitt av Helserådet på grunn av forurensningsfaren. Vedtaket innebar at farmen straks skulle opphøre, og ga ikke eieren noen rimelig frist til å flytte dyrene til den nye eiendommen han hadde kjøpt. Den raske nedleggelse som ble påtvunget ham, måtte føre til tap. Høyesterett fant at vedtaket var ”for drastisk” og ”gikk lenger enn nødvendig”. Det burde vært overveid mindre drastiske tiltak, slik at eieren kunne fått tid til å innrette seg og avverge tap. Kommunen ble kjent erstatningsansvarlig.

Utover at vedtaket ble karakterisert som ”for drastisk” og at det ”gikk lenger enn nødvendig”, ble det ikke foretatt noen konkret forsvarlighetsvurdering med hensyn til erstatningsspørsmålet. Alt tyder på at det ble ansett som tilstrekkelig at vedtaket hadde et så urimelig innhold.

I en eldre dom, Rt. 1951 s. 19 ”Mortvedt-dommen”, ble resultatet det samme.

En nektelse av drosjebevillinger på grunn av passivt medlemskap i NS under krigen var ”så urimelig og så stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning” at den ble erklært ugyldig og erstatning ble idømt.

Også Fleischer ser ut til å være av den oppfatning at forsvarlighetsvurderingen er streng ved sterkt urimelige vedtak. Han uttaler: ”I disse tilfellene vil som regel allerede det at forvaltningen har opptrådt på en slik måte – truffet et vedtak som objektivt er sterkt urimelig – være tilstrekkelig til å anse forholdet som uforsvarlig og erstatningsbetingende.”³¹

³¹ Fleischer, s. 509.

Konklusjonen når det gjelder sterkt urimelige vedtak, er at rettspraksis peker ganske entydig i retning av et strengt ansvar. Det er vanskelig å tenke seg tilfeller hvor slik myndighetsmisbruk ikke er uforsvarlig.

Hvor myndighetsmisbruket har form av vilkårlighet, uforholdsmessighet, eller usaklig forskjellsbehandling, bør utgangspunktet etter alt å dømme være det samme. Også i disse tilfellene lider vedtaket av en belastende karakteristikk i forhold til forsvarlighetsvurderingen. Rettspraksis om slike tilfeller er imidlertid sparsom. Om vilkårlige vedtak sier Fleischer: ”Et slikt vedtak vil som regel måtte bli å betrakte som uforsvarlig også i erstatningsrettslig forstand.”³² Frihagen hevder at dommen i Rt. 1956 s. 29 synes å forutsette at det er objektivt ansvar for usaklig forskjellsbehandling.³³ Det er vanskelig å se gode grunner til å behandle disse formene for myndighetsmisbruk annerledes enn hvor vedtak er sterkt urimelige.

3.4 Feil ved det faktiske grunnlaget

Spørsmålet er om faktisk villfarelse kan være unnskyldelig selv om feilen har ført til et rettsstridig vedtak.

Som nevnt tidligere, tar fremstillingen på dette punkt opp si seg situasjoner utover ”rene” tilfeller av faktisk villfarelse. Situasjoner hvor den faktiske villfarelse har ført til saksbehandlingsfeil eller myndighetsmisbruk omfattes også.

Innledningsvis må det påpekes at det ved ugyldighetsspørsmålet er et skille mellom faktum som knytter seg til subsumsjonen under rettsregelen, og faktum som knytter seg til skjønnsutøvelsen. Forvaltningen har et større spillerom ved utøvelsen av fritt skjønn. Dersom villfarelse først fører til ugyldighet, har imidlertid sontringen neppe noen betydning. I begge tilfeller har myndighetene lagt et forhold som ikke omfattes av

³² Fleischer, s. 511.

³³ Frihagen, s. 355.

lovhjemmelen til grunn for myndighetsutøvelsen. Villfarelse i de to situasjonene vil derfor behandles under ett.

Feil ved det faktiske grunnlaget var årsaken til ugyldighet i Rt. 1960 s. 1374.

Saken gjaldt en drosjeeier som fikk avslag på sin søknad om fornyelse av drosjebevillingen med den begrunnelse at han ikke holdt bilene sine i ordentlig stand. Dette viste seg å være feil. Om erstatningsspørsmålet uttalte Høyesterett: ”Vi står her overfor en bevillingsnektelse som er beheftet med en ugyldighetsgrunn.” De objektive vilkår for erstatning var således oppfylt. Forsett med hensyn til nektelsen forelå. Ansvar ble idømt.

Den eneste måten staten kunne unngå ansvar på var at den faktiske villfarelse var unnskyldelig. Det var den ikke i dette tilfellet. Det uriktige faktiske grunnlaget for avgjørelsen skyldtes en ”feilaktig saksbehandling”. Materialet var til dels innhentet på ”en ubetryggende måte”. Materialet var heller ikke forelagt skadelidte eller hans sakfører, til tross for at man uttrykkelig hadde etterspurt dette.

Det ser ikke ut til at bemerkningene om saksbehandlingen ble gjort for å begrunne ugyldigheten, jfr. at Høyesterett allerede ved å konstatere feil ved det faktiske grunnlaget anså vedtaket som ”beheftet med en ugyldighetsgrunn”. Det er mer nærliggende å anta at disse bemerkningene inngikk i en forsvarlighetsvurdering, uten at dette ble sagt eksplisitt. Hagstrøm uttaler i denne retning: ”Dommen viser at saksbehandlingsfeil ikke er et vilkår for ugyldighet, den statuerer faktisk villfarelse som en alminnelig selvstendig ugyldighetsgrunn.”³⁴

Dommen viser at feil i faktum ikke automatisk fører til erstatning – først må det foretas en forsvarlighetsvurdering. Ved denne vurderingen vil momenter ved saksbehandlingen kunne ha betydning, herunder hvorledes forvaltningen har skaffet seg kunnskap. Dette forholdet henger til dels sammen med forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler, for eksempel

³⁴ Hagstrøm, s. 76.

forvaltningens undersøkelses- og utredningsplikt og den private parts rett til å få uttale seg. Slike regler vil være av betydning når det skal fastslås hvorvidt den faktiske villfarelse var unnskyldelig.

Dommen bekrefter også at det må gjøres et skille mellom ugyldighetsspørsmålet og forsvarlighetsvurderingen. Ugyldighetsdrøftelsen må foretas før et eventuelt erstatningsansvar vurderes.

I Rt. 1930 s. 1214 førte forsvarlighetsvurderingen til frifinnelse for staten.

Justisdepartementet hadde meddelt en mortifikasjonsbevilling på uriktig grunnlag.

Vedtaket var ugyldig på grunn av feilen. Høyesterett fant at det var utvist tilstrekkelig aktsomhet fordi mangler i faktum skyldtes forhold hos skadelidte, og ikke en mangelfull saksbehandling.

Forhold hos skadelidte var avgjørende også i Rt. 1987 s. 199. Dommen omhandler både faktisk og rettslig villfarelse.

Saken gjaldt et krav om erstatning for tap påført ved ulovhjemlet utpanting. Utpantingen skjedde for å sikre et skattekrav som det offentlige hadde mot skadelidtes medkontrahent. Ligningsmyndighetene hevdet at skadelidte (Shinco A/S) heftet subsidiært for dette kravet. Utpantingen ble senere opphevet etter søksmål, og det ble krevd erstatning, primært på subjektivt, subsidiært på objektivt grunnlag.

Om den faktiske villfarelse uttalte Høyesterett: ”Vanskelighetene oppsto først og fremst fordi Shinco A/S opptrådte i en formell posisjon som underentreprenør som ikke dekket et reelt verksleieforhold. Konstruksjonen skapte uklarhet om arbeidsgiverfunksjonen og store håndhevings- og kontrollproblemer. Overfor de muligheter for feilgrep som et slikt kunstig arrangement skapte, kan Shinco A/S ikke være beskyttet av et objektivt erstatningsansvar for kommunen.”

Det at Høyesterett avviste et objektivt ansvar i denne dommen betyr det samme som at den faktiske villfarelse var unnskyldelig. Begrepsbruken er preget av diskusjonen om ansvarets

art som pågikk forfullt på domstidspunktet. Resultatet er imidlertid det som er viktig, ikke hvilket navn det ble gitt. Det avgjørende budskap i dommen er at faktisk villfarelse kan være unnskyldelig og ansvarsfritakende, og at skadelidtes medvirkning til å gjøre situasjonen uoversiktlig og komplisert er et viktig moment ved vurderingen.

Når det skal vurderes om faktisk villfarelse er unnskyldelig bør ikke kravet til nøyaktighet settes for høyt. I de fleste tilfeller er det umulig å skaffe seg full kunnskap om de faktiske forhold. Stiller man for store krav til forvaltningen risikerer man at det går utover effektiviteten og at forvaltningen forhindres i å ta nyttige initiativ. På den andre siden taler alminnelige rettferdsbetraktninger og borgernes tillit til forvaltningen for en så høy grad av nøyaktighet som mulig: Det ville være uheldig om den gjengse oppfatning var at vedtak treffes på utilstrekkelig faktisk grunnlag.

Ved vurderingen må det også tas hensyn til hva som står på spill. Når viktige interesser står i fare for å bli skadelidende hvis en virksomhet ikke stoppes umiddelbart, er det grunn til å senke kravene til kunnskap om konsekvensene av et slikt tiltak noe. Dette gjelder selv om store verdier står på spill hos den private part.³⁵

Konklusjonen er at feil ved det faktiske grunnlaget under gitte omstendigheter kan være unnskyldelige og dermed ansvarsfritakende for forvaltningen. Inntrykket er imidlertid at det skal en del til. Spesielt dersom villfarelsen skyldes forhold ved saksbehandlingen ser forsvarlighetskravet ut til å være strengt. Der problemene skyldes skadelidte selv ser det ut til å være større muligheter for at det offentlige kan gå fri.

3.5 Feil ved det rettslige grunnlag

Spørsmålet er om rettslig villfarelse kan være unnskyldelig selv om feilen har ført til et rettsstridig vedtak.

³⁵ Slik Fleischer, s. 510-511.

Som nevnt tidligere, tar fremstillingen på dette punkt opp si seg situasjoner utover ”rene” tilfeller av rettslig villfarelse. Situasjoner hvor den rettslige villfarelse har ført til saksbehandlingsfeil eller myndighetsmisbruk omfattes også.

Feil ved det rettslige grunnlag kan forekomme i to hovedformer: som feiltolkning av pliktnormer og som feiltolkning av kompetansegrunnlaget ved utøvelsen av forvaltningsskjønn. Sistnevnte er en form for myndighetsmisbruk som er gitt betegnelsen utenforliggende hensyn. Det går som nevnt ut på at forvaltningen ved sin skjønnsutøvelse tar hensyn som det ikke er hjemmel for. Andre typer myndighetsmisbruk er omtalt ovenfor.

I rettspraksis forekommer utenforliggende hensyn og andre typer rettsanvendelsesfeil sjelden i samme sak. For eksempel vil det enten dreie seg om en tillatelse forvaltningen har plikt til å gi en søker som oppfyller lovens vilkår, eller det vil dreie seg om en tillatelse som forvaltningen *kan* gi. I den første situasjonen beror vedtaket på en tolkning av loven. I den andre situasjonen beror det på en helhetlig vurdering av lovlige hensyn og formålsbetraktninger om tillatelsen skal gis. Det er imidlertid ikke gitt at de to situasjonene må behandles forskjellig med hensyn til forsvarlighetsvurderingen.

I rettspraksis har det vært en viss tvil om hvorvidt et skille må gjøres. Rt. 1902 s. 97 gjaldt direkte håndhevelsen av en pliktnorm, men som lot spørsmålet om ansvarsfrihet for rettsvillfarelse ved utøvelsen av diskresjonær myndighet stå åpent.

Dommen i Rt. 1934 s. 330 har blitt ansett som et prejudikat for at prinsippet om ansvarsfrihet på grunn av unnskyldelig rettsvillfarelse også kommer til anvendelse på utøvelsen av diskresjonær myndighet.³⁶

I denne saken var helserådets diskresjonære myndighet til å nekte tillatelse til oppføring av et grisehus, avhengig av at det aktuelle området var ”villamessig bebygget”. Dette ble feilaktig antatt. Helserådet hadde på bakgrunn av denne rettsoppfatning foretatt et skjønn som ledet til at tillatelse ble nektet. Nektelsen var

³⁶ Se Hagstrøm, s. 68.

dermed "ulovhjemlet og urettmessig". Erstatning ble ikke tilkjent med den begrunnelse at "Man finner det nemlig paa det rene at de beslutninger som er fattet av Akers Helseraad, selv om de efter en riktig forstaaelse av bygningsvedtektene ikke kan oprettholdes, dog har vært fullt forsvarlige saa at de ikke paa nogen maate kan legges raadets medlemmer mangel på omtanke eller aktsomhet til last."³⁷ Rettsvillfarelsen var således unnskyldelig, og kommunen ble fritatt for ansvar. Det ble vist til Rt. 1902 s. 97, som gjaldt feiltolkning av en pliktnorm, og avgjørelsen tyder således på at den samme vurdering skal foretas enten det foreligger feiltolkning av pliktnorm eller utøvelsen av diskresjonær kompetanse.

Fire dommer om utenforliggende hensyn kan imidlertid skape tvil: Rt. 1933 s. 548 "Rådhusospits", Rt. 1939 s. 299 "Ildsfarlighet", Rt. 1957 s. 86 "Frogner hospits", og Rt. 1965 s. 712 "Georges". I alle sakene ble det offentlige dømt. Denne praksis kan tyde på at ansvaret er strengere når normbruddet består i utenforliggende hensyn enn ved rettsvillfarelse ellers. Dette ser man tydelig ved at ansvaret i teorien av flere har blitt oppfattet som objektivt på bakgrunn av disse avgjørelsene.

I lys av den nyere praksis i Rt. 1972 s. 578 "Randaberg" og Rt. 1995 s. 781 "Trondheim kommune/Peelorg" er det imidlertid på det rene det ikke skal foretas noe skille mellom utenforliggende hensyn og annen rettsvillfarelse. Dermed er det tvilsomt om de synspunkter som fremkommer i de fire nevnte dommer lenger kan tillegges vekt.

I Rt. 1934 s. 330 oppstod spørsmålet om det må foretas et skille mellom sentrale og underordnede organer ved forsvarlighetsvurderingen. Dette spørsmålet må anses avgjort ved dommen i Rt. 1972 s. 578 "Randaberg". I premissene for denne dommen er det verken lagt vekt på sontringen mellom sentrale og underordnede organer, eller mellom pliktnormer og diskresjonær kompetanse. Dommen behandles på neste side.

Så langt er det slått fast at rettspraksis anerkjenner unnskyldelig rettsvillfarelse som ansvarsfrihetsgrunn i den forstand at ulovhjemlet myndighetsutøvelse ikke nødvendigvis innebærer uforsvarlighet. I den videre fremstilling skal det undersøkes nærmere under hvilke omstendigheter dette kan være tilfelle. Det er også slått fast at det i denne

³⁷ Rt. 1934 s. 330, på s. 334.

fremstillingen ikke er grunn til å foreta noe skille med hensyn til om vedtak er truffet av sentrale eller underordnede organer, eller hvorvidt rettsvillfarelsen knytter seg til en pliktnorm eller til utøvelsen av diskresjonær kompetanse, såkalte utenforliggende hensyn.

Det klare utgangspunktet ved den videre fastleggelse av rettstilstanden er at det skal mye til før rettsvillfarelse er unnskyldelig. Slik kjenner vi rettstilstanden også fra strafferetten. I vår sammenheng kan synspunktet begrunnes med at lovgivning anses som en utfylling av aktsomhetsnormen – som en avgjørelse fra lovgiverens side av grensene for forsvarlig atferd. At det offentlige har overtrådt grensene vil da kunne være tilstrekkelig til å medføre ansvar.

Det er på det rene at det forhold at det er dissens i domstolene med hensyn til lovtolkningen, ikke betyr at rettsvillfarelsen er unnskyldelig. Dette fremgår av flere avgjørelser, for eksempel Rt. 1939 s. 299, Rt. 1953 s. 206 og Rt. 1965 s. 712.

Fra den alminnelige erstatningsretten kjenner vi det grunnleggende prinsipp om at enhver har risikoen for sin egen rettsoppfatning. Dette synspunktet har tidligere blitt forsøkt overført på det offentlige, men etter hvert blitt avvist av rettspraksis, jfr. avgjørelsene i Rt. 1902 s. 53, hvor det offentlige ble likestilt med private, og Rt. 1902 s. 97 og Rt. 1934 s. 330, som avviste dette synspunktet. I Rt. 1972 s. 578 var slike synspunkter helt forsvunnet fra domspremissene. Det hersker i dag ingen tvil om at det offentlige står i en særstilling i forhold til private når det gjelder rettslig villfarelse.

En prinsippavgjørelse og et utgangspunkt for drøftelsen er avgjørelsen i Rt. 1972 s. 578 ”Randaberg-dommen”.

Saken gjaldt en nektelse fra et bygningsråd til fradeling av boligtomt fra jordbruksseiendom. Vedtaket ble kjent ugyldig på grunn av manglende lovhjemmel. Forskjellsbehandling, urimelighet, vilkårlighet, eller erstatningsbetingende saksbehandlingsfeil, forelå ikke. Dissens 3-2. Mindretallet mente at de omstridte vedtak var gyldige.

Dommen er tilsynelatende et rent eksempel på feil ved det rettslige grunnlaget. Dette fremgår av rettens uttalelser: ”I en sak av denne art hvor vedtakets ugyldighet alene skyldes at bygningsrådet har grepet feil med hensyn til et vanskelig tolkningsspørsmål [...]”, og ”[ved] [...] vedtaket hefter det heller ingen erstatningsbetingende saksbehandlingsfeil.”³⁸

Den omstridte lov var den nylig ikrafttrådte bygningslov som inneholdt mange nye regler. Om tolkningsspørsmålet uttalte Høyesterett: ”Bygningsrådets medlemmer kan ikke bebreides for å ha tatt feil når det som her gjelder et vanskelig og tvilsomt lovfortolkingsspørsmål. [...] Dette vedtak er nok objektivt uriktig, men subjektivt sett foreligger intet klanderverdig forhold.”³⁹ Dette må forstås som at rettsvillfarelsen var unnskyldelig.

Retten vurderte også villfarelsen i forhold til ”et objektivt ansvar for kommunen”. Førstvoterende uttalte: ”I en sak av denne art hvor vedtakets ugyldighet alene skyldes at bygningsrådet har grepet feil med hensyn til et vanskelig tolkningsspørsmål, og hvor det dessuten gjaldt en lov som nettopp var trådt i kraft og som inneholdt mange nye regler på området, kan kommunen ikke gjøres ansvarlig selv om vedtaket objektivt sett var uriktig.”⁴⁰ Denne uttalelsen er i hovedsak lik den som er sitert rett ovenfor, og som konkluderer med at intet ”klanderverdig forhold” foreligger. Det kan virke som Høyesterett ved å gjenta seg selv på denne måten, unngår å ta stilling til om ansvaret hviler på et objektivt eller subjektivt grunnlag. Det avgjørende må uansett være at rettsvillfarelsen ble ansett for å være unnskyldelig.

Saken i Rt. 1987 s. 199 er nevnt ovenfor i forbindelse med faktisk villfarelse. Den omhandler imidlertid også rettsvillfarelse. Kommunen ble frikjent for en ulovhjemlet utpanting fordi kommunekassereren hadde handlet i unnskyldelig rettslig og faktisk villfarelse. Den rettslige villfarelsen bestod i en feiltolkning av hjemmelsgrunnlaget for

³⁸ Rt. 1972 s. 578, på s. 585.

³⁹ Rt. 1972 s. 578, på s. 585.

⁴⁰ Rt. 1972 s. 578, på s. 585.

utpantingen. I dette spørsmålet hadde imidlertid kommunekassereren sluttet seg til standpunktet til lokale og sentrale ligningsmyndigheter. Dette kunne kommunen ikke bebreides for. Høyesterett sa: ”Det er også grunn til å peke på de vanskeligheter lignings- og innfordringsmyndigheter i sin alminnelighet sto overfor [...]”. Disse vanskelighetene skyldtes den kompliserte selskaps- og ansvarsstrukturen rundt skadelidte. Derfor kunne det ikke ”bebreides kommunekassereren at han fulgte den rådende oppfatning hos sentrale ligningsmyndigheter og foretok utpanting [...]”.⁴¹ Man befant seg i ”en ekstraordinært vanskelig situasjon både med hensyn til klarleggingen av de faktiske forhold og anvendelsen av rettsreglene.”⁴²

Drøftelsen av de to formene for villfarelse foretas delvis under ett i dommen. Dette er det ingenting i veien for. Høyesterett uttaler i den tidligere dom i Rt. 1902 s. 97 at ”en saadan principmæssig tilspidset og ydeliggaaende Forskjel mellom error facti og error juris tror jeg ikke kan opstilles efter norsk Ret”. Det er altså vanskelig å trekke noe klart skille mellom de to typene feil – det er heller ikke nødvendig her. Det er tilstrekkelig å vise at feil rettsanvendelse ikke nødvendigvis innebærer at myndighetsutøvelsen er uforsvarlig. Det avgjørende for forsvarlighetsvurderingen er om man befant seg i ”en ekstraordinært vanskelig situasjon både med hensyn til klarleggingen av de faktiske forhold og anvendelsen av rettsreglene.”⁴³

En type situasjon som forelå i Rt. 1987 s. 199 er der hvor kommunen stiller vedkommende statlige organ, for eksempel ligningsmyndighetene, spørsmål om hvorledes reglene skal tolkes. Slike situasjoner kan oppstå i mange former. Alle har til felles at kommunen er satt til å håndheve regelverk som er laget av andre. Hensynet til kommunen taler i stor grad for ansvarsfritak hvor feiltolkningen skyldes uttalelser fra statlige organer. Ved å konsultere disse eller legge tidligere uttalelser til grunn har kommunen foretatt en samvittighetsfull saksbehandling. Overfor borgeren virker det mindre rimelig når en etterfølgende prøving

⁴¹ Rt. 1987 s. 199, på s. 203.

⁴² Rt. 1987 s. 199, på s. 204.

⁴³ Rt. 1987 s. 199, på s. 204.

ved domstolene viser at regelen skal forstås på en annen måte. Dommen i Rt. 1987 s. 199 tyder imidlertid på at det er borgeren som må bære tapet i disse tilfellene.

I Rt. 1995 s. 781 Trondheim kommune/Peelorg, kommer Høyesterett med flere prinsipielle uttalelser om dette spørsmålet. Uttalelsene kom i et obiter dictum, men er såpass prinsipielle og klare i sin natur at de likevel bør kunne tillegges vekt.

Saken gjaldt krav om erstatning på grunn av avslag på søknad om skjenkebevilling. Søkeren hadde overtatt fullt utstyrte restaurantlokaler og ønsket å videreføre den virksomhet som var ført i lokalet i mange år. Tidligere leietaker måtte flytte sin virksomhet til andre siden av gaten på grunn av mislighold i leieforholdet. Spørsmålet var hvem som skulle ha rett til å videreføre skjenkebevillingen. Kommunen ønsket ikke at det totale antallet bevilgninger skulle gå opp. Søkeren (Peelorg) fikk sin søknad avslått på grunnlag av en uriktig lovforståelse fra kommunens side. Peelorg fikk imidlertid sitt erstatningskrav avvist fordi årsakssammenhengen mellom den uriktige lovforståelse og tapet ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort.

Førstvoterende uttalte: ”Jeg vil tilføye at det etter mitt syn neppe heller ville være grunnlag for å anse kommunen erstatningsansvarlig, om man skulle komme til at Peelorg sannsynligvis ville ha fått bevilling med en annen behandling av saken. Som jeg allerede har pekt på, kan kommunen ikke, slik saken ble fremlagt, klandres fordi den la til grunn at Peelorgs søknad måtte betraktes som en ny søknad. [...]”⁴⁴

Hovedårsaken til at kommunen hadde valgt den omstridte fortolkning var en uttalelse som hadde kommet fra Sosialdepartementet om forståelsen av loven. Om dette sa Høyesterett: ”Etter den refererte uttalelsen fra sosialdepartementet til Karmøy kommune må [...] rettsvillfarelsen anses unnskyldelig. [...] Jeg tilføyer at det under enhver omstendighet dreier seg om en meget uklar situasjon både rettslig og faktisk, og at det neppe uten videre bør lede til erstatningsansvar at kommunen har grepet feil, jfr. Rt. 1987 s. 199.”⁴⁵

Trondheim kommune/Peelorg må ses i sammenheng med både Randaberg-dommen og Rt. 1987 s. 199. Ser vi først på lovsituasjonen var den omstridte lovbestemmelse i Peelorg-

⁴⁴ Rt. 1995 s. 781, på s. 792.

⁴⁵ Rt. 1995 s. 781, på s. 792.

dommen trådt i kraft halvannet år tidligere. I Randaberg-dommen trådte loven i kraft henholdsvis 4 og 11 måneder før de omstridte vedtakene ble truffet. Dette ble ansett for å være et moment som talte for at villfarelsen var unnskyldelig. I Trondheim kommune/Peelorg ble ikke dette momentet kommentert av Høyesterett, til tross for at kommunen påberopte seg det. Muligens er ikke en lov lenger ”ny” i denne sammenheng når ett og et halvt år har gått. Sannsynligvis vil denne vurderingen bero på den enkelte lov, dens kompleksitet og antall nye bestemmelser. Slike forhold ble tillagt vekt i Randaberg-dommen.

I tre dommer, ”Randaberg”, ”Trondheim kommune/Peelorg” og Rt. 1987 s. 199, har altså uklare regler ledet til frifinnelse for kommunen. Det er vanskelig å overse den urimeligheten dette innebærer overfor skadelidte. Enda mer urimelig fremstår situasjonen når Høyesterett, som i Trondheim kommune/Peelorg, påpeker at reglene ”har en innebygget uklarhet som lett vil kunne føre til problemer.”⁴⁶ De lege ferenda kan det spørres om ansvarsfrihet for kommunen er det beste i slike tilfeller. Dette spørsmålet skal gjenopptas i del 5. De lege lata kan det imidlertid være lite tvil om at kommuner kan gå fri i slike tilfeller.

Den nyeste dommen på området er Rt. 1999 s. 1273 ”Ottesen/Schweigaards gate”. (Rt. 2001 s. 1062 ”Nucleus” som behandles lenger ned er nyere, men gjelder situasjonen hvor den brutte norm er en gjennomført EØS-regel.)

En kommune hadde gjort gjeldende sin forkjøpsrett etter leiegårdsloven av 29.april 1977 nr. 34. Forkjøpsretten ble gjort gjeldende til fordel for resten av borettslaget, som var forpliktet til å stille tilstrekkelig garanti for finansieringen. Dette måtte skje innen en frist hvis fastleggelse berodde på en lovtolkning. Kommunen la feil tolkning til grunn, noe som var avgjørende for om garanti var stilt innenfor fristen eller ikke. Skadelidte hevdet at kommunens rettsvillfarelse ikke var unnskyldelig og krevde erstatning, men fikk ikke medhold.

⁴⁶ Rt. 1995 s. 781, på s. 787.

Førstvoterende uttalte innledningsvis i denne dommen at det skal mye til for å frifinne en kommune på grunn av rettsvillfarelse. Det ble vist til Randaberg-dommen, Trondheim kommune/Peelorg og dommene i Rt. 1987 s. 199, Rt. 1902 s. 97 og Rt. 1934 s. 330. Ifølge Høyesterett talte det for en mindre streng vurdering at kommunen handlet i de andre beboernes interesse ved å utøve forkjøpsretten. Dessuten var det ikke tale om inngrep i bestående rettsforhold, og kjøperen som ble skadelidende hadde bare næringsinteresser i kjøpet. Deretter uttalte retten: ”[T]olkningsspørsmålet må betegnes som meget tvilsomt. I en slik situasjon er jeg enig med lagmannsretten i at det må være riktig å se en villfarelse som unnskyldelig.”⁴⁷

Mindretallet på to dommere tok avstand fra de momenter som etter førstvoterendes mening talte for en mindre streng aktsomhetsnorm. De fant ikke at rettsvillfarelsen var unnskyldelig. Førstvoterende tilhørte en fraksjon som bestod av to dommere. Den siste fraksjon av flertallet la til grunn at kommunen *hadde* hjemmel for vedtaket. Den rettskildemessige betydningen av denne dommen er derfor begrenset. Det er ikke tvil om at tolkningsspørsmålets vanskelighetsgrad er av betydning ved drøftelsen av om rettsvillfarelsen er unnskyldelig, men det er tydelig at det kan være uenighet hvilken vanskelighetsgrad det enkelte spørsmål har.

I dommen ble det ved forsvarlighetsvurderingen lagt vekt på at den skadevoldende handling ikke ble utført i det offentliges interesse, men i skadelidtes. Dette momentet kan kalles interessehensynet. I dette tilfellet talte det mot at myndighetsutøvelsen var uforsvarlig. På grunn av den sterke dissensen er det imidlertid vanskelig å si om dette hensynet bør gis alminnelig anvendelse.

I denne delen av fremstillingen er det vist at unnskyldelig rettsvillfarelse er en reell ansvarsfrihetsgrunn. Hvorvidt villfarelsen er unnskyldelig beror på en helhetsvurdering. Et avgjørende moment er om det dreier seg om et ”vanskelig og tvilsomt” tolkningsspørsmål.

⁴⁷ Rt. 1999 s. 1273, på s. 1280.

Ved denne vurderingen har det blant annet betydning hvor ny den aktuelle lov er. I Randaberg-dommen ble en 11 måneder gammel lov ansett for å være ”ny” i denne sammenheng. I Trondheim kommune/Peelorg var ett og et halvt år antakelig for mye. Kommunen ble i hvert fall ikke hørt med sitt argument om at loven var ”ny”. Et annet moment er hvor kompliserte reglene er.

Dersom rettsvillfarelsen bygger på lovforståelsen til et overordnet organ slik den har kommet til uttrykk i en skriftlig uttalelse, kan også dette være avgjørende for vurderingen. Det vil i alle tilfelle være et moment taler sterkt for at rettsvillfarelsen er unnskyldelig.

3.6 Det generelle krav om forsvarlig saksbehandling – brudd på flere normer

Det alminnelige forvaltningsrettslige kravet om en forsvarlig saksbehandling bygger på rettspraksis. Det er tale om en helhetsvurdering av forvaltningens saksbehandling opp mot overordnede prinsipper for forvaltningens virksomhet. Denne vurderingen må ikke forveksles med den forsvarlighetsvurdering som foretas under erstatningsspørsmålet. Når den sistnevnte vurdering foretas er det allerede fastslått at saksbehandlingen har vært uforsvarlig etter forvaltningsrettslige regler.

Når domstolene vurderer forvaltningens saksbehandling i forbindelse med en ugyldighetsdrøftelse, må de oppstille en objektiv norm som saksbehandlingen måles mot. Dersom ingen andre grunnlag lar seg anvende, oppstilles normen på bakgrunn av det alminnelige prinsippet om en forsvarlig saksbehandling. Aktsomhetsnormer som oppstilles på denne måten kan inneholde nye krav i forhold til tidligere praksis. Tidligere godkjente fremgangsmåter og forvaltningspraksis kan bli funnet ikke lenger å være tilfredsstillende. I slike situasjoner kan det virke fremmed å karakterisere forvaltningens atferd som uaktsom eller uforsvarlig. Det er imidlertid på det rene at det samme skjer ellers i erstatningsretten når domstolene bruker culpanormen til å sensurere en utbredt handlemåte og stiller strengere krav til aktsomhet enn det som tidligere er praktisert.⁴⁸

⁴⁸ Se Graver, s. 517.

Det naturlige utgangspunktet er at en uforsvarlig saksbehandling i forvaltningsrettslig sammenheng ofte vil være uforsvarlig også i erstatningsrettslig henseende. Når retten finner at den forvaltningsrettslige norm er brutt, skjer dette etter en bred vurdering av forvaltningens fremgangsmåte. At retten kommer frem til ugyldighet eller rettsstrid etter en slik vurdering er et dårlig utgangspunkt for det offentlige ved den erstatningsrettslige forsvarlighetsvurderingen.

I Rt. 1962 s. 1123 gikk Høyesterett rett fra å konstatere ugyldighet på grunn av brudd på den forvaltningsrettslige normen om forsvarlig saksbehandling til å pålegge staten erstatningsansvar.

Saken gjaldt et vedtak om utøvelse av statens forkjøpsrett til jordbrukseiendom. Den mangelfulle saksbehandling skyldtes brudd på varslingsplikten og på forvaltningens utrednings- og undersøkelsesplikt, og at den private part ikke hadde fått anledning til å uttale seg. Dette er saksbehandlingsregler som nå er lovfestet i forvaltningsloven, men som utvilsomt på domstidspunktet også var velkjente prinsipper i forvaltningsretten.

Dette tyder på et strengt, nesten objektivt ansvar ved denne typen feil. Forholdet var imidlertid ganske graverende etter som helt sentrale prinsipper ved saksbehandlingen var brutt. Det kan derfor ikke utelukkes at unnskyldende omstendigheter kan forekomme.

Rt. 1999 s. 1517 følger et tilsvarende spor som Rt. 1962 s. 1123.

Saken gjaldt skader som utsetting av krepsdyret *Mysis relicta* hadde forårsaket på fisket i Selbusjøen. Utsettingene ble foretatt av direktoratet for jakt, viltstell og ferskvannsfiske, og skjedde i utgangspunktet for å bøte på skader som flere vassdragsreguleringer hadde forårsaket. Tiltaket medførte ytterligere redusert fiske, og grunneierne med fiskerett i sjøen krevde erstatning.

I likhet med i Rt. 1962 s. 1123 hadde forvaltningen forsømt sin varslingsplikt og sin utrednings- og undersøkelsesplikt. Bruddet på varslingsplikten hadde også medført at de berørte ikke hadde fått muligheten til å uttale seg.

Bruddet på direktoratets utrednings- og undersøkelsesplikt var ”særlig uheldig” i den konkrete situasjon. Like uheldig var det at varslingsplikten var forsømt. Det samlede inntrykk var at saksbehandlingen var ”nokså overflatisk”. Førstvoterende uttalte: ”Samlet finner jeg ut fra disse forhold at direktoratet har utvist erstatningsbetingende uaktsomhet ved den saksbehandling som lå forut for utslippet av mysis i Selbusjøen.”⁴⁹

Drøftelsen av ugyldighet og drøftelsen av forsvarlighet i forhold til erstatningsspørsmålet skjer under ett. Dette er den samme fremgangsmåte som ble fulgt i Rt. 1962 s. 1123. Avgjørelsen tyder på et strengt ansvar. Imidlertid kan det fremdeles ikke trekkes noen konklusjon, ettersom det også her var tale om brudd på helt sentrale forvaltningsrettslige prinsipper.

Rt. 1994 s. 60 dreide seg ikke i like stor grad om brudd på prinsipper av slik rang. Forsvarlighetsvurderingen i denne dommen er mer skjønnspreget, og et ansvar for kommunen fremstår ikke som like klart. Likevel ble det idømt ansvar. Antakelig kan denne avgjørelsen tillegges avgjørende vekt.

Ansvaret ser dermed ut til å være svært strengt når saksbehandlingen ikke tilfredsstillende overordnede forvaltningsrettslige normer. Resultatet er kanskje ikke overraskende.

3.7 Oppsummering

I denne fremstillingen har de ulike typene normbrudd blitt behandlet hver for seg. Utgangspunktet har hele veien vært at én type norm er brutt. Unntaket er punkt 3.6 hvor situasjonen var at vedtaket berørte flere typer normer. I praksis er det på det rene at de forskjellige normbruddene oftere forekommer sammen enn hver for seg. For eksempel er det lett å tenke seg at saksbehandlingsfeil kan forårsake faktisk villfarelse.

⁴⁹ Rt. 1999 s. 1517, på s. 1530.

Som jeg har nevnt flere steder er det ikke alltid klare skiller mellom de forskjellige typene normbrudd. Den ovenfor refererte uttalelse fra Høyesterett om forskjellen mellom rettslig og faktisk villfarelse er beskrivende for situasjonen: ”[E]n saadan principmæssig tilspidset og ydeliggaaende Forskjel mellom error facti og error juris tror jeg ikke kan opstilles efter norsk Ret.”⁵⁰ Situasjonen er at domstolene ofte vil stå overfor en helhetsvurdering hvor flere typer normbrudd inngår, og hvor flere unnskyldningsgrunner kan være aktuelle.

En gjennomgang av rettspraksis har vist at det offentlige er underlagt et strengt ansvar. Det er vist at ansvarsfritakende unnskyldningsgrunner kan foreligge, men det skal mye til. Unnskyldelig rettsvillfarelse ser ut til å være den mest praktiske unnskyldningsgrunnen og den det offentlige har størst mulighet til å nå frem med. Også faktisk villfarelse som skyldes skadelidtes forhold kan være en nærliggende unnskyldningsgrunn.

⁵⁰ Rt. 1902 s. 97, på s. 99-100.

4 En ny vurderingsnorm etter EØS-retten?

4.1 Innledning

Denne delen skal ta for seg normbrudd i form av brudd på EØS-regler.

Myndighetsutøvelse kan medføre brudd på EØS-regler i to hovedsituasjoner:

For det første der hvor reglene ikke blir gjennomført etter avtalen. Unnlatt gjennomføring fører til at forvaltningen ikke har foranledning til å følge reglene. Mangelfull eller feilaktig gjennomføring kan føre til en situasjon hvor norsk rett hindrer forvaltningen i å følge EØS-regelen.

For det andre kan situasjonen være at det treffes vedtak som er i strid med gjennomførte regler.

I den første situasjonen er det staten som lovgiver som i tilfelle vil være erstatningsansvarlig. Eksistensen og omfanget av et slikt ansvar etter norsk rett behandles ikke i denne oppgaven. Imidlertid skal statens ansvar etter EØS-retten i slike situasjoner undersøkes nærmere. Hensikten er å vurdere likheter og forskjeller mellom dette ansvaret og ansvaret i norsk rett i situasjon nr.2 – hvor det er foretatt myndighetsutøvelse i strid med gjennomførte EØS-regler.

To høyesterettsavgjørelser skal analyseres nærmere. Den første – HR-2005-10-28 ”Finanger II” – dreier seg om statens ansvar etter EØS-retten for mangelfull gjennomføring. Avgjørelsen er et egnet utgangspunkt for en fremstilling av vilkårene for erstatning slik de følger av EØS-retten. Den andre avgjørelsen er Rt. 2001 s. 1062 ”Nucleus”. Denne dommen gjelder statens ansvar etter norsk rett for forvaltningsvedtak i strid med gjennomførte EØS-regler. Vilårene for erstatning slik de følger av Nucleus-

dommen skal sammenlignes med vilkårene for erstatning i EØS-retten for å se om det er forskjeller mellom de to ansvarsgrunnlagene i slike situasjoner. Deretter skal det undersøkes om ansvaret slik det fremgår av Nucleus-dommen skiller seg fra rettstilstanden i norsk rett slik den er beskrevet i punkt 3.5. Til slutt skal det drøftes hvorvidt det er grunnlag for forskjeller mellom ansvarsgrunnlaget i norsk rett og ansvarsgrunnlaget i EØS-retten.

4.2 Unnlatt eller mangelfull gjennomføring – ansvaret etter EØS-retten

EØS-avtalen inneholder ingen bestemmelse om ansvar for staten for unnlatt eller mangelfull gjennomføring. Et slikt ansvar må i tilfelle bygge på ulovfestet rett.

I avgjørelsen i sak E-9/97 Sveinbjörnsdóttir, uttalte EFTA-domstolen: “It follows from all the forgoing that it is a principle of the EEA Agreement [EØS-avtalen] that the Contracting Parties are obliged to provide for compensation for loss and damage cause to individuals by breaches of the obligations under the EEA Agreement for which the EFTA States can be held responsible.”⁵¹ Statens erstatningsansvar ble ansett å følge av EØS-avtalens formål om rettsenhet og likebehandling. Synspunktet ble gjentatt i E-4/01 Karlsson.

Av avgjørelsen i Sveinbjörnsdóttir følger disse vilkårene for ansvar:

1. direktivet må ha hatt som formål å gi enkeltpersoner rettigheter, og det må ha fremgått klart hvilke rettigheter dette var,
2. statens forsømmelse må ha vært ”tilstrekkelig kvalifisert”, og
3. det må foreligge direkte årsakssammenheng mellom bruddet på statens forpliktelse og den skade som ble påført skadelidte.

Disse vilkårene stammer fra EF-domstolens avgjørelse i C-6/90 Francovich, hvor medlemsstatenes ansvar for unnlatt eller mangelfull gjennomføring av direktiver første gang ble fastslått.

⁵¹ E-9/97 Sveinbjörnsdóttir, premiss 62.

Tvilsomme tolknings spørsmål oppstår først og fremst i tilknytning til vilkår nr. 2 om at forsømmelsen må være ”tilstrekkelig kvalifisert”. Det nærmere innholdet i dette vilkåret ble drøftet av EF-domstolen i C-46/93 Brasserie du Pêcheur. Det avgjørende kriteriet er at medlemsstaten under utøvelsen av sin lovgivende myndighet ”åpenbart og grovt” har satt seg utover rammene for sin myndighetsutøvelse. Domstolen kom til at en rekke momenter måtte tillegges vekt ved denne vurderingen, blant annet hvor klar og presis den overtrådte regel er, hvor stor grad av skjønnsfrihet regelen gir de nasjonale myndigheter, om regelbruddet og den påførte skade skjedde forsettlig eller uaktsomt, og om eventuell feil rettsanvendelse kan forsvares eller ikke. Avgjørelsen kan neppe anses som uttømmende. De samme momentene ble lagt til grunn av EFTA-domstolen ved avgjørelsene i E-9/97 Sveinbjörnsdóttir⁵² og E-4/01 Karlsson⁵³. Karlsson-saken gjaldt imidlertid ansvaret ved brudd på gjennomførte EØS-regler. Domstolen gjorde ikke noe skille mellom de to situasjonene, tvert imot vises det i Karlsson-saken til premissene i Sveinbjörnsdóttir-dommen ved presentasjonen av momentene.⁵⁴

HR-2005-10-28 ”Finanger II” gjaldt statens ansvar for mangelfull gjennomføring av et direktiv.

Forløperen til avgjørelsen var dommen i Rt. 2000 s. 1811 ”Finanger I”. I denne saken var skadelidte en ung jente som ble nektet forsikringsutbetaling etter en trafikkuulykke. Bilansvarsloven § 7 inneholdt en hjemmel for å redusere erstatningsutbetalinger når skadelidte bevisst og frivillig hadde utsatt seg selv for fare ved å sitte på med en påvirket sjåfør. Høyesterett nektet henne erstatning til tross for at lovbestemmelsen av EFTA-domstolen ble ansett for å være i strid med EØS-retten. Høyesterett fant at presumsjonsprinsippet i norsk rett ikke kunne strekkes så langt at bestemmelsen i bilansvarsloven kunne tolkes i samsvar med EØS-retten. Det måtte være opp til lovgiver å bringe loven i overensstemmelse disse reglene. Finanger II omhandlet statens erstatningsansvar for den uriktige gjennomføringen av EØS-avtalens motorvognforsikringsdirektiver. Staten ble dømt.

⁵² E-9/97 Sveinbjörnsdóttir, premiss 68 og 69.

⁵³ E-4/01 Karlsson, premiss 38.

⁵⁴ E-4/01 Karlsson, premiss 38.

I Finanger II viste Høyesterett til Sveinbjørnsdóttir-saken, og uttalte: ”Jeg slutter meg til det syn at det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen, og det må legges til grunn at EØS-loven § 1, som gjorde hoveddelen i EØS-avtalen til norsk lov, må forstås slik at den også omfatter dette ansvaret.”⁵⁵

Ved fastleggelsen av de nærmere vilkårene for ansvar refererte Høyesterett EFTA-domstolens uttalelser i Karlsson-saken, hvor de samme vilkårene som i Sveinbjørnsdóttir-saken ble lagt til grunn.⁵⁶ Dette viser at Høyesterett slutter seg til EFTA-domstolens synspunkt om at de samme vilkårene for erstatning gjelder ved mangelfull gjennomføring som ved brudd på gjennomførte regler.⁵⁷

Det antas forøvrig at heller ikke EF-domstolen foretar et skille mellom de to situasjonene. Domstolens avgjørelser, som EFTA-domstolens avgjørelser i stor grad bygger på tyder på dette. En slik oppfatning støttes av Høyesterett i Finanger II: ”EFTA-domstolens formulering av de tre vilkårene er likelydende med de formuleringene som EF-domstolen har brukt om det ansvaret som gjelder for statene innen EF for tilsvarende brudd. Dette fremgår av en rekke saker, eksempelvis sak C-46/93 Brasserie du Pêcheur.”⁵⁸

Brasserie du Pêcheur gjaldt ansvaret ved brudd på gjennomførte regler. Når Høyesterett viser til denne avgjørelsen i en sak som gjelder ansvar for mangelfull gjennomføring er det et sikkert tegn på at vilkårene er de samme.

Hittil er det gitt en redegjørelse for statens ansvar etter EF- og EØS-retten og de nærmere vilkårene for et slikt ansvar. Det er vist at hverken EF- eller EFTA-domstolen ser ut til å skille mellom ansvaret ved unnlatt eller mangelfull gjennomføring og ansvaret ved brudd på gjennomførte regler, og at Høyesterett har sluttet seg til denne rettsoppfatningen ved sin

⁵⁵ HR-2005-10-28, premiss 52.

⁵⁶ HR-2005-10-28, premiss 55, som viser til E-4/01 Karlsson, premiss 38.

⁵⁷ Jfr. HR-2005-10-28, premiss 56.

⁵⁸ HR-2005-10-28, premiss 56.

avgjørelse i Finanger II. Det står igjen å drøfte ansvaret etter norsk rett for brudd på gjennomførte bestemmelser.

4.3 Brudd på gjennomførte regler – norsk rett sammenlignet med EØS-retten

Ansvaret etter norsk rett ble drøftet av Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062 ”Nucleus”.

Spørsmålet i denne saken var om en anbyder kunne kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen etter at han ble påstått ulovlig forbigått ved en anbudskonkurranse. Anbudsreglene omfattet gjennomførte EØS-direktiver.

Retten fant at fylkeskommunen hadde begått vesentlige feil i forhold til anbudsretten, og at den kunne klandres for disse feilene. Det var ikke tale om feiltolkning av innfløkte regler eller feilvurdering av vanskelige faktiske tilstander. Tvert imot var det tale om brudd på sentrale og grunnleggende prinsipper og forutsetninger i anbudsretten som fylkeskommunen som stor og profesjonell byggherre burde være godt kjent med. Det var heller ikke snakk om én feil, men flere, og de var begått på flere nivåer i forvaltningen. Staten ble dømt.

I denne dommen oppstiller Høyesterett et vilkår om at regelbruddet må være ”vesentleg”. Ved første øyekast skiller dette vilkåret seg fra vilkårene i EF- og EØS-retten. Det kan imidlertid spørres hvor store disse forskjellene i realiteten er.

”Tilstrekkelig kvalifisert” i EØS-retten innebærer et krav om at myndighetene ”åpenbart og grovt” har satt seg utover rammene for sin myndighetsutøvelse. Disse uttrykkene antas å gi en beskrivelse av ordet ”vesentlig” i norsk rett.⁵⁹ Aktuelle momenter ved vurderingen av vilkåret ”åpenbart og grovt”, er blant annet hvor klar og presis den overtrådte regel er, hvor stor grad av skjønnsfrihet regelen gir de nasjonale myndigheter, om regelbruddet og den påførte skade skjedde forsettlig eller uaktsomt, og om eventuell feil rettsanvendelse kan forsvares eller ikke.

⁵⁹ At ”tilstrekkelig kvalifisert” kan bety vesentlig, uttrykkes av Finn Arnesen, se Arnesen s. 652.

Når det gjelder momentet ”om den påførte skade skjedde forsettlig eller uaktsomt”, er det ikke tvil om at dette momentet vil tale for erstatning når et forvaltningsvedtak er i strid med EØS-regler, jfr. at vedtak ikke kan fattes uaktsomt. Momentet ”hvor stor grad av skjønnsfrihet regelen gir de nasjonale myndigheter” har liten betydning ved ansvar for brudd på gjennomførte regler. Graden av skjønnsfrihet referer seg til situasjonen hvor en stat skal implementere et direktiv i nasjonal lovgivning. Når implementeringen allerede har skjedd vil momentet nødvendigvis ha mindre vekt.

De momenter som av Høyesterett nevnes i forbindelse med om vilkåret ”vesentleg” er oppfylt er ”storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.”⁶⁰ Språklig sett er det ikke tvil om at disse vilkårene har mye av det samme innholdet som ”hvor klar og presis den overtrådte regel er” og ”om eventuell feil rettsanvendelse kan forsvares eller ikke”: Et brudd på en ”klar og presis” regel er en større feil enn brudd på en uklar regel. Det viktigste å merke seg er imidlertid at det i begge situasjoner åpnes for en vurdering av subjektive forhold, det vil si en vurdering av om rettsvillfarelsen er unnskyldelig.

På bakgrunn av dette lar det seg fastslå en stor grad av likhet mellom vilkårene for erstatning slik de følger av EF- og EØS-retten og vilkårene etter norsk rett slik de følger av Nucleus-dommen, ved ansvar for brudd på gjennomførte regler.

4.4 En endring av rettstilstanden i norsk rett?

Det neste som må undersøkes er om den fremgangsmåten og de vilkår som legges til grunn i Nucleus-dommen skiller seg fra den rettstilstand som er beskrevet i del 3.

Når et vedtak er i strid med en gjennomført EØS-regel er det på det rene at det foreligger en feil ved vedtakets rettslige grunnlag. For at staten *ikke* skal bli erstatningsansvarlig i slike situasjoner er det etter norsk rett en betingelse at rettsvillfarelsen er unnskyldelig, jfr.

⁶⁰ Rt. 2001 s. 1062, på s. 1079.

punkt 3.5. Ved denne vurderingen er det et viktig moment hvorvidt det dreier seg om et ”vanskelig og tvilsomt” tolkningsspørsmål, jfr. Randaberg-dommen og oppfølgende praksis. I denne sammenheng vil kunne ha betydning hvor ny og komplisert regelen er. Det er vist at det blant annet gjennom disse kriteriene er rom for unnskyldelige feil.

En viss margin for feil forutsettes også av Høyesterett i Nucleus-dommen: ”Det må vere eit visst rom for feil [...] både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket.”⁶¹ Størrelsen på denne feilmarginen er vanskelig å fastslå på bakgrunn av Nucleus-dommen. Det var tale om brudd på ”sentrale og grunnleggende prinsipper og forutsetninger i anbudsretten som fylkeskommunen som stor og profesjonell byggherre burde være godt kjent med”. Det var nettopp ikke tale om ”feiltolkning av innfløyte regler eller feilvurdering av vanskelige faktiske tilstander”, slik som i Randaberg-dommen eller i Rt. 1987 s. 199. I tillegg var det flere enn én feil, og de var begått på flere nivåer i forvaltningen. Både ”storleiken på feilen”, ”typen av feil” og ”kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last”, talte dermed for ansvar, og saken kan neppe anses som et tvilstilfelle.

Den rettskildemessige vekten av Nucleus-dommen er også noe usikker. Avgjørelsen må vurderes i forhold til det spesielle området den gjelder: Erstatning for den positive kontraktsinteresse på grunn av feil hos oppdragsgiver i anbudsprosessen. Som førstvoterende uttalte: ”Anbudsretten har særdrag, som gjer at det innanfor dette rettsfeltet er særlege omsyn som må ha vekt ved utforminga av vilkåra for ansvar.”⁶² Erstatningskravet gjelder også den positive kontraktsinteresse som ”naturlig kan ha eit meir avgrensa vern enn eit krav bygd på spilte utgifter [den negative kontraktsinteresse].”⁶³ Anbudsretten er heller ikke myndighetsutøvelse i ren forstand, men hører til i grenselandet mellom kontraktsrett og myndighetsutøvelse.

⁶¹ Rt. 2001 s. 1062, på s. 1079.

⁶² Rt. 2001 s. 1062, på s. 1078.

⁶³ Rt. 2001 s. 1062, på s. 1079.

Nucleus-dommen viser at rettsvillfarelse som fører til brudd på gjennomførte EØS-regler kan være unnskyldelig. Om villfarelsen skal bedømmes etter de samme retningslinjene som det offentliges ansvar ellers i norsk rett, er det vanskelig å si noe sikkert om. Til det er det rettskildemessige grunnlaget rett og slett for tynt.

4.5 Oppsummering

Medlemsstatenes erstatningsansvar har etter hvert fått støtte i en ikke ubetydelig rettspraksis både ved EF- og EFTA-domstolen. Begge domstoler har bygget ansvaret på betraktninger om avtalenes formål om rettsenhet og likebehandling. EFTA-domstolen har benyttet slike formålsbetraktninger som begrunnelse for å innføre de samme vilkårene for erstatning i EØS-retten som i EF-retten. Høyesterett har sluttet seg til denne rettsoppfatningen.

Det er vist at ansvaret slik det følger av Nucleus-dommen ligner mye på ansvaret i EØS-retten. Det kan imidlertid være en viss tvil om avgjørelsen i Nucleus-dommen er i overensstemmelse med rettstilstanden i *norsk* rett før dommen. Spørsmålet er om det er grunnlag for å opprettholde et eventuelt fravikende internrettslig ansvarsgrunnlag.

De mest tungtveiende argumentene for at ansvaret er det samme i intern norsk rett og i EØS-retten er de grunnleggende hensyn til rettsenhet og likebehandling. Disse hensynene er hovedbegrunnelsen for ansvaret slik det følger av EØS-retten. Det faktum at EFTA-domstolen er opprettet av medlemslandene nettopp for å sikre lik fortolkning og anvendelse av avtalen, taler for å tillegge disse hensynene betydelig vekt. En situasjon hvor de nasjonale domstoler gjennom å vurdere erstatningskrav etter intern rett istedenfor etter EØS-retten kan oppnå forskjellige resultater, ville undergrave hele avtalen. Et avvikende nasjonalt ansvarsgrunnlag har mye for seg når det er tale om brudd på internrettslige regler, men en effektiv og homogen gjennomføring av EØS-avtalen krever et felles ansvarsgrunnlag ved brudd på EØS-regler.

Konklusjonen er at det neppe er grunnlag for et avvikende internrettslig ansvarsgrunnlag.

5 Rettspolitiske vurderinger og veien videre

Spørsmål av rettspolitisk karakter har så langt blitt utelatt fra fremstillingen. Her skal et par av de mest interessante drøftes nærmere. Til slutt skal det presenteres noen forsiktige antakelser om hvilken vei utviklingen kan tenkes å gå videre.

”Unnskyldelig rettsvillfarelse” er etter alt å dømme den mest praktiske ansvarsfrihetsgrunnen for det offentlige. Anerkjennelsen av et slikt begrep reiser flere spørsmål, spesielt i forhold til skadelidtes situasjon. Rettslig villfarelse som skyldes uklare regler kan føre til at det offentlige frifinnes. For skadelidte vil det virke svært urimelig at han skal nektes erstatning på et slikt grunnlag. Det kan fremstå som urettferdig og bidra til å svekke den alminnelige tillit til forvaltningen. For kommunen kan det virke urimelig at den skal bære ansvaret - den har gjort sitt ytterste for å tolke reglene riktig. Omfanget av et slikt ansvar kan dessuten være omfattende. Den ansvarlige er i realiteten staten som lovgiver. Det kan spørres om et ansvar i slike situasjoner burde plasseres hos staten.

Søksmål mot staten i anledning kommunenes feilaktige rettsanvendelse forekommer svært sjelden. På den ene side virker det naturlig at skadelidte ikke saksøker staten, men den kommune som har truffet vedtaket. På den annen side er det lovgivers uklare og kompliserte regler som indirekte har forårsaket tapet. Muligens skyldes det en oppfatning om at slike søksmål mot staten ikke fører frem. Rettspraksis er her begrenset og derfor ikke egnet til å si om en slik oppfatning har noe for seg. Det har heller ikke vært hensikten å drøfte spørsmålet her.

I EØS-retten gjelder de samme vilkårene for ansvar enten det er tale om statens ansvar som lovgiver eller ansvaret for myndighetsutøvelse i strid med gjennomførte regler.

I Finanger II-dommen ga Høyesterett sin tilslutning til denne rettsoppfatningen. I del 4 ble

det også vist at erstatningsansvaret etter norsk rett for brudd på anbudsregler har klare likhetstrekk med ansvaret i EØS-retten, og at det neppe er grunnlag for noen forskjell av betydning mellom de to ansvarsgrunnlagene. Alt i alt taler disse forholdene for at utviklingen i norsk rett går i retning av større likhet mellom ansvaret ved myndighetsutøvelse og ansvaret for lovgivningsvirksomhet. En tilnærming mellom de to situasjonene bør i tilfelle skje ved at det i større grad åpnes for et ansvar for lovgiver. I en slik situasjon ville det være mulig for skadelidte gå på staten i de tilfellene hvor han nå må bære kostnadene ved uklare regler.

En annen løsning kan være at rettsvillfarelse hos kommunene ikke fritar for ansvar, men at kommunene gis en regressrett overfor staten hvor villfarelsen skyldes uklare regler. En slik ordning ville utvilsomt mottas positivt hos allmennheten. For den alminnelige borger fremstår det offentlige som en enhet, og det er neppe en særlig utbredt forståelse for at kommunen skal unngå erstatningsansvar så lenge feilen har sin årsak i det offentlige som helhet.

Den rettspraksis som er behandlet i del 3 tyder på at det ikke går et skille ved forsvarlighetsvurderingen mellom normbrudd begått av kommuner og statlige forvaltningsorganer. At en kommune kan ha vanskeligere for å dekke store erstatningskrav enn staten, synes å være uten betydning.⁶⁴ Rettspraksis som er behandlet i forbindelse med rettslig villfarelse gjelder imidlertid bare erstatningskrav mot kommuner. Det kan muligens argumenteres for at ansvaret i slike tilfeller burde være strengere for statlige forvaltningsorganer fordi avstanden til regelproduksjonen er kortere. Det er imidlertid spørsmål om en slik forskjell har noe for seg. Håndhevelsen av et slikt skille ville medføre vanskelige tolkningsspørsmål. Forutberegnelighet taler også imot et slikt skille – omfanget av det offentliges ansvar ved myndighetsutøvelse bør ikke avhenge av hvem som har truffet vedtaket.

⁶⁴ Slik Frihagen, s. 506.

Det offentliges ansvar per i dag har blitt beskrevet som culpa med omvendt bevisbyrde.⁶⁵ I denne sammenheng er det unødvendig å ta stilling til hvorvidt dette er en treffende beskrivelse av rettstilstanden. En påstand om det ene eller det andre vil ikke være mer enn et bidrag til den gamle diskusjonen om ansvarets art. Det kan hevdes at denne diskusjonen har fått fornyet aktualitet i og med spørsmålene som reiser seg rundt brudd på EØS-reglene. Etter min mening er det uten reell betydning for de konklusjoner som er trukket i denne fremstillingen hvilken merkelapp man gir resultatet.

Gjennom rettspraksis har det offentliges erstatningsansvar for rettsstridige vedtak utviklet seg fra å være en prinsipielt utenkelig konstruksjon til å bli et etablert ansvarsgrunnlag med lovhjemmel i skl. § 2-1. Domstolene har ledet utviklingen mot et stadig strengere ansvar. Det er hevdet i juridisk teori at dette er en naturlig konsekvens av utviklingen i omfanget av det offentliges virksomhet og typen oppgaver det offentlige påtar seg.⁶⁶ Utviklingen av offentlig sektor går stadig videre og illustreres godt ved innføringen av stadig flere EØS-regler i norsk rett. Dette er regler ofte innebærer at forvaltningen blir pålagt flere oppgaver.

Den analyse av rettspraksis som er foretatt i del 3 av denne oppgaven etterlater også etter min mening et inntrykk av at ansvaret utvikler seg mot å bli stadig strengere. Avgjørelsene i Finnanger II og Nucleus-dommen reiser spørsmålet om utviklingen er i ferd med å ta enda et skritt videre. Foreløpig er grunnlaget for tynt til å kunne si noe sikkert. Ved å overlate spørsmålet til rettspraksis er utviklingen i hvert fall i trygge hender. Det er tilstrekkelig å vise til Høyesteretts forsiktige og gradvise gjennomføring av det såkalte ”objektive bedriftsansvar”.

⁶⁵ Slik Frihagen, s. 486, og Arnesen, s. 659 flg.

⁶⁶ For eksempel Frihagen, s. 512.

6 Kilderegister

Lover

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967

1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

Forarbeider

Innstilling fra komiteen til utredning av spørsmålet om Statens og kommunenes erstatningsansvar (Statsansvarsutredningen) av 1958

Innstilling II fra komiteen til utredning av barns og foreldres og arbeidsgiveres erstatningsansvar m.m. fra 1965

Ot.prp. nr.48 (1965-66) om lov om skadeserstatning i visse forhold

Domsregister

Høyesterettsavgjørelser:

Rt. 1902.53

Rt. 1902.97

Rt. 1930.1214

Rt. 1933.548 Rådhusospits

Rt. 1934.330 Grisehus

Rt. 1939.299 Ildsfarlighet

Rt. 1951.19

Rt. 1953.206

Rt. 1956.29

Rt. 1957.86 Frogner Hospits

Rt. 1959.733
Rt. 1959.864
Rt. 1960.1374
Rt. 1961.1049
Rt. 1962.1123
Rt. 1965.712 Georges
Rt. 1970.95
Rt. 1972.578 Randaberg
Rt. 1973.460 Gåsefarmen
Rt. 1987.199 Shinco
Rt. 1987.1495 Reitgjerdet
Rt. 1991.954 Reisebyrå
Rt. 1992.453 Furunkulose
Rt. 1994.60
Rt. 1995.781 Trondheim kommune/Peelorg
Rt. 1999.1273 Ottesen/Schweigaards gate
Rt. 1999.1517
Rt. 2000.1811 Finanger I
Rt. 2001.1062 Nucleus
HR-2005-01690-P [Lovdata online]. Høyesterett – Dom. 2005-10-28 (Finanger II)

Avgjørelser av EFTA-domstolen:

E-9/97 Sveinbjörnsdóttir

E-4/01 Karlsson

Avgjørelser av EF-domstolen:

C-6/90 Francovich

C-46/93 Brasserie du Pêcheur

Litteraturliste

- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 3. utg. Oslo, 1991
- Andersen, Kristen. *Skadeforvoldelse og erstatning*. Oslo, 1976
- Arnesen, Finn. *Introduksjon til rettskildelæren i EF*. 3. utg. Oslo, 1995
- Arnesen, Finn. *Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 1997, s. 633-685
- Aschehoug. *Norges nuværende Statsforfatning II*. 2. utg. Kristiania, 1892
- Asland, John. *Kommunes ansvar for skade på en elev i en gymnastikktime*. *Aktsomhetsvurderingen i skadeerstatningsloven § 2-1. Høyesteretts dom 22. desember 2004*. I: Nytt i privatretten. Nr. 2, 2005
- Bernt, Jan Fridthjof. *Erstatningsansvar for tap pga. feil ved offentlig myndighetsutøvelse*. I: Lov og rett. 1980 s. 607-624
- Castberg, Frede. *Innledning til forvaltningsretten*. 3. utg. Oslo, 1955
- Castberg, Frede. *Statens og kommunenes ansvar for sine forvaltningsorganers skadegjørende handlinger*. Oslo, 1950
- Eckhoff, Torstein. *Det offentliges erstatningsansvar for ugyldige forvaltningsvedtak*. I: Lov og Rett. Nr. 5, 1988
- Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 7. utg. ved Eivind Smith. Oslo, 2003
- Fleischer, Carl August. *Petroleumsrett*. Oslo, 1983
- Frihagen, Arvid. *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten*. Oslo, 1966
- Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 2. utg. Oslo 2002
- Hagstrøm, Viggo. *Offentligrettslig erstatningsansvar*. Oslo, 1987
- Hagstrøm, Viggo. *Offentligrettslig erstatningsansvar*. I: Lov og Rett. Nr. 9, 1982
- Hagstrøm, Viggo. *Ugyldighet og erstatning*. I: Lov og Rett. Nr. 5, 1988
- Jervell, Stephan L. *Lovgivningen i EØS*. Oslo, 2002
- Knoph, Ragnar. *Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett*. Kristiania, 1921
- Liisberg, Bent. *Erstatningsansvaret for offentlig servicevirksomhet*. Bergen, 2005
- Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 4. utg. Oslo, 1999
- Lødrup, Peter. *Oversikt over erstatningsretten*. Oslo, 2002

Morgenstierne, Bredo. *Om Erstatningsansvar for andres Handlinger. Særlig om Statsansvar for Embedshandlinger*. I: særtrykk av Norsk Retstidende. Kristiania, 1887

Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*. 5. utg. Bergen, 2000

Sejersted, Fredrik ... [et al.]. *EØS-rett*. Oslo, 1995