

## Foredrag på NIF's seminar

### "Vann, avløp og nye rettsregler 2002"

#### H.r.advokat Ingolf Vislie:

#### ***"Myndighetenes ansvar ved utøvelse av skjønn i forvaltningssaker.***

##### **1 : Generelt.**

###### 1.1 Hva innebærer "skjønn" ?

Skjønn betyr omdømme eller forstand. At en avgjørelse skal treffes på grunnlag av skjønn, betyr derfor at beslutningstageren skal treffe avgjørelsen på grunnlag av vurderinger som han foretar.

Skjønnen inngår som et viktig ledd i forvaltningens styring av enkeltindivider .

Forvaltningens makt er stor – på enkelte samfunnsområder helt avgjørende.

Jeg syns det i denne sammenheng er nærliggende å sitere en berømt uttalelse fra h.r.dommer JC Mellbye, som var førstvoterende i strandlovsaken. Han sier i Rt. 1970 på s. 72 :

*"Det mest nærliggende eksempel her er bygningslovgivningen. Dels ved generelle regler gitt i eller med hjemmel i loven, dels ved konkrete planer og enkeltavgjørelser griper myndighetene her inn i den enkelte eiers fri adgang til å utnytte sin eiendom som han vil, med sikte på å gi samfunnet en vesentlig innflytelse på hvor, når og hvordan utbygging skal finne sted."*

Skjønnen har i dag stor betydning innenfor all offentlig forvaltning. Men tendensen til å overlate mye til skjønn krysses i dag av EU/EØS-systemet, som har en tilbøyelighet til å løse alt ved forskrifter. Christen Ræstad har pekt på at de 10 bud har 75 ord, Grunnloven har 6568 ord, mens EU-direktivet for import av karameller har 26911 ord.

Selv om karamellene og EU på dette punkt representerer alvorlige inngrep, er det ingen tvil om at den forhåpentlig sunne fornuft gjennom det forvaltningsmessige skjønn fortsatt kommer til å ha en sentral plass i norsk forvaltning og politisk liv.

Hvordan så selve skjønnsutøvelsen kommer til å utvikle seg er et annet spørsmål.

Nærhetsprinsippet – som tillegges stor vekt i EU – innebærer at avgjørelser i forvaltningen skal tas så nært som mulig til dem som avgjørelsen angår. Dette ser vi også i stadig sterkere utstrekning innenfor norsk forvaltning – avgjørelser delegeres fra departement til fylkesmann og fra fylkesmann til kommune, innefor kommunen ganske ofte fra kommunestyre til utvalg og fra utvalg til administrative tjenestemenn. Så lenge avgjørelsene er knyttet til klare kriterier, fastlagt av overordnet organ, er dette et sunt prinsipp. Når dette ikke skjer, og avgjørelsene er knyttet til skjønnsmessige kriterier, oppstår problemer både mht enhet i avgjørelsene og mht forutsigbarhet for den enkelte, som kan bli sterkt berørt av forvaltningens avgjørelser.

Uansett kryssende utviklingstendenser vet vi at skjønnet i norsk forvaltning er kommet for å bli, og at skjønnet inngår som et bærende element i utøvelsen av makt og myndighet. Da blir det et selvsagt og nødvendig spørsmål :

Hvilket ansvar er knyttet til skjønnsutøvelsen ?  
Foredragstitelen omtaler myndighetene.  
Skjønn utøves gjennom vedtak av underordnet myndighet, , og vedtaket kan overprøves av overordnet myndighet.

Med myndigheter mener jeg i dette foredraget alle administrative myndigheter innenfor vedkommende område. Klageorganet er myndighet, like mye som det underordnede avgjørelsesorgan er myndighet.. Dermed vil i mitt foredrag forvaltningen bli behandlet en bloc. Innenfor blokken er det selvsagt en klageadgang, som forutsettes brukt. Ansvar er knyttet til myndighets-blokkens sluttresultat.

Myndighetenes **ansvar** er for det første knyttet til å treffe avgjørelser som **holder ved overprøving**. Det neste trin i ansvarskjeden er følgerne av at avgjørelsen **ikke holder**. Avgjørelsen blir **ugyldig**, og dette kan medføre både erstatnings- og straffe**ansvar**. Det siste lar vi ligge, men erstatningsansvaret er en klar realitet, som vi skal behandle.

Det blir altså forholdet mellom forvaltningen og domstolene som vil stå i fokus i mitt foredrag.. Jeg nevner for ordens skyld at tvistemålsloven gir forvaltningen adgang til å bestemme at sak ikke kan reises for domstolene, før den administrative klageadgang er brukt.

Ved administrativ klage prøves for øvrig alle sider ved saken, også de skjønnsmessige.

Domstolene kan altså erklære forvaltningsavgjørelser for ugyldige, og de kan pålegge stat og kommune økonomisk ansvar.

Da blir det helt sentralt : Hvor langt går egentlig domstolenes kompetanse, i forhold til forvaltningens avgjørelser, bygget på skjønn ? Hvor langt har domstolene rett og plikt til å gå, for å kontrollere forvaltningens skjønn ?

## 1.2. Generelt om domstolskontrollen ved utøvelse av skjønn.

### 1.2.1 Vilkårlig skjønn, utenforliggende hensyn.

For det første vil jeg her peke på at enkelte sider ved en forvaltningsavgjørelse er underlagt hva jeg vil kalle en generell domstolskontroll, en domstolskontroll bygget på generelle rettssikkerhetsprinsipper som slår inn uansett hva loven på det enkelte saksområde måtte ha bestemt om forvaltningens og domstolenes kompetanse ?

For det første :

Det er en klar rett for domstolene til å sette en avgjørelse tilside hvis forvaltningsorganet har bygget på utenforliggende hensyn som vedkommende lov ikke gir adgang til å ta, dersom forvaltningorganet har truffet en vilkårlig avgjørelse eller dersom det ved avgjørelsen er skjedd en klar forskjellsbehandling i forhold til likeartede tilfeller. Da er man rett og slett utenfor grensen for forsvarlig skjønn, og det er en saksbehandlingsfeil som fører til at vedtaket oppheves.

Først : "Utenforliggende hensyn" :

Dette er fastslått i norsk forvaltningsrett helt siden dommen om Rådhusospitset i Rt. 1933 s. 548. Her ble en hotelleier av Oslo formannskap med 11 mot 10 stemmer nektet fornyelse av skjenkeretten. Nektelsen skyldtes – iallfall for ett formannskapsmedlems vedkommende – at hotelleieren ikke hadde villet gå med på den tariffavtale som fagforeningen hadde

forelagt henne. Etter en enstemmig Høyesteretts mening var dette hensyn som man ikke kunne ta ved avgjørelse om skjenkerett. Det ble også lagt vekt på at formannskapetets flertallsavgjørelse innebar forskjellsbehandling i forhold til andre bevilingsøkere.

Vi ser altså at begrepet "utenforliggende hensyn" går på at myndigheten har tatt avgjørelser så å si i strid med loven, eller med lovens formål. Dette dreier seg ikke om at avgjørelsen er basert på uriktig lovtolkning; det er mye grovere enn som så. Det forutsetter nærmest at myndigheten har trukket inn hensyn som en måtte forstå lå helt utenfor de hensyn lovgiveren hadde lagt avgjørende vekt på da loven ble gitt. Skjenkerett tildeles ut fra ordensmessige og alkoholpolitiske hensyn, ikke ut fra fagpolitiske, organisasjonsmessige eller rent partipolitiske hensyn. Derfor avgjørelsen i Rådhus-hospitset, som er ganske grunnleggende i forvaltningsretten.

Spørsmålet om tilsidesettelse på grunn av ren urimelighet ble avgjort i Mortvedtdommen i Rt. 51 s. Le 19. Her hadde Samferdselsdepartementet avslått søknad om bevilning til drosjeløyve for 4 drosjeeiere som hadde vært passive medlemmer av Nasjonal Samling under krigen. Drosjeeierne hadde betalt sine bøter og fått igjen sine statsborgerlige rettigheter. Førstvoterende sier :

*"Tross den adgang som domstolene etter vår rett har til å kontrollere forvaltningsorganenes utøvelse av "det frie skjønn" er begrenset - --er dette resultat etter min mening så **urimelig og så stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning** at – departementets avgjørelse av --- må kjennes ugyldig."*

En rekke tilsvarende saker både om transport – og skjenkerettsbevillinger går ut på det samme; det er en grense for hva forvaltningens skjønn kan gå ut på, og domstolene kan prøve om dette grense er overskredet. Dette går både på "utenforliggende hensyn", på "vilkårlighet eller urimelighet" og på klar forskjellsbehandling.

Egentlig kan man nok si at disse tilfellene av overtramp fra administrasjonens side er slått ned på det som er grunnleggende trekk ved saksbehandlingen: **Individet har ikke fått noen "fair trial" i forhold til administrasjonen**, som har tillatt seg å ta hensyn ved selve avgjørelsen som ligger utenfor loven eller som er så urimelige at avgjørelsen anses som en nullitet.

#### 1.2.2 Andre saksbehandlingsfeil.

Det jeg nå har nevnt, er de ekstreme tilfelle av saksbehandlingsfeil. Det fins mange typer saksbehandlingsfeil som i og for seg er mer uskyldige enn de eksemplene jeg har vist, men hvor avgjørelsen likevel blir ansett ugyldig pga feilen.

Her er vi ved et ganske viktig punkt.

Forholdet er jo at forvaltningslovgivningen – både den generelle og den spesielle – gjennom de siste årtier har stilt etter hvert stadig strengere krav til forvaltningen.

Forvaltningsloven bestemmer for eksempel at forvaltningsorganene skal ha en veiledningsplikt. Det heter i fvl. § 11 at formålet med veiledningsplikten *”skal være å gi parter og andre interesserte adgang til å vareta sitt tarv i bestemte saker på best mulig måte.”*

Samme lovs § 16 har bestemmelser om forhåndsvarsling, om forvaltningsorganets informasjonsplikt og om partenes adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter.

Forvaltningslovens § 17, første ledd, pålegger forvaltningsorganet å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes.

Plan- og bygningsloven innskjerper dette på bygningsrettens område i § 16 om samråd, offentlighet og informasjon.

Så skal vi se litt spesielt på **begrunnelseskravet**. Forvaltningslovens § 24 bestemmer, meget kort gjenfortalt, at vedtak som hovedregel skal grunngis, og begrunnelsen skal gis samtidig med at vedtaket treffes.

§ 25 bestemmer som hovedregel at begrunnelsen skal vise til de regler vedtaket bygger på, og nevne de faktiske forhold som vedtaket bygger på. Videre står det i § 25 noe som er av særlig interesse for vårt emne :

***”De hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes. Er det gitt retningslinjer for skjønnsutøvingen, vil i alminnelighet en henvisning til retningslinjene være tilstrekkelig.”***

Denne hovedregelen bruker uttrykket **”bør”**, mens de to forutgående hovedregler bruker uttrykket **”skal”**. I uttrykket **”bør”** ligger ifølge praksis at jo mer viktig et vedtak er for parten, desto strammere blir kravet til begrunnelse. Dette er bl.a. uttalt av Høyesterett i Isenedommen, Rt. 1982 s. 745.

*” Når det gjelder et vedtak så inngripende som det foreliggende, skjerpes kravet til begrunnelsen. Det må fremgå at vedtaket er truffet etter et saklig og forsvarlig skjønn.”*

Men heller ikke i ”skal”- bestemmelsen er det slik at enhver feil, enhver uklarhet i begrunnelsen, enhver forglemmelse eller misforståelse vil medføre ugyldighet og eventuelt ansvar.

Her kommer vi til forvaltningslovens § 41. Der bestemmer loven at selv om reglene om behandlingsmåten i loven ikke er overholdt, *”er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen IKKE KAN HA VIRKET BESTEMMENDE PÅ VEDTAKETS INNHOLD.”*

Dette er en viktig bestemmelse. Den avskjærer riktignok at mindre eller bagatellmessige feil eller feil uten betydning for resultatet skal kunne få dramatiske konsekvenser. Men samtidig legger bevisbyrden på det offentlige; dersom det først er begått en feil, må forvaltningen godtgjøre at feilen ikke **kan ha** virket bestemmende på vedtakets innhold.

Mao må det godtgjøres at vedtakets innhold etter all sannsynlighet ville ha vært det samme selv om feilen ikke var begått.

Dette kan synes strengt mot det offentlige, men samtidig kan det medvirke til å frita det offentlige. Bestemmelsen bringer jo nemlig resultatet i fokus. Er det til syvende og sist blitt et resultat som virker fornuftig, kan domstolene si at riktignok var det ikke bra med de feilene som skjedde underveis, men resultatet ville blitt det samme uansett at dette skjedde underveis.

Rettspraksis har mange eksempler på dette. For eksempel i skjenkerettssaker – nekting av skjenkerett ut fra en skjønnsmessig vurdering av søkerens drift -hvor det finnes å være gjort feil i saksforberedelse eller vedtak – har domstolene likevel funnet at kommunestyrets resultat i alle tilfelle var så vettugt at vedtaket ikke blir opphevet.

Forsamlingen husker sikkert Altasaken. Det var flere saker. Noen dreide seg om straff for ”lenkegjengen”, hvortil hørte en rekke prominente samfunnsborgere. Den viktigste saken var likevel Høyesteretts plenumsak om hvorvidt den kongelige resolusjon om statsregulering av Altavassdraget var gyldig. Saken ble reist av Norges Naturvernforbund, Alta laksefiskeri, Norske Reindriftsamers Landsforbund m.v. Saksøkernes

advokater utviste den største fantasi og oppfinnsomhet når det gjaldt å finne saksbehandlingsfeil. Høyesterettsdommen er en hel liten bok. Men ingen anstrengelser førte frem

Høyesterett fant at saksbehandlingen stort sett var tilfredsstillende, og viste til fvl. § 41. Her hadde HR en uttalelse innledningsvis som er svært interessant. Retten viste til vassdragsreguleringslovens § 8, som innebærer at forvaltningsmyndighetene må foreta en avveining av skader og ulemper, mot fordelene ved reguleringen.. Noen sider ved vurderingen lar seg fastlegge, for eksempel utbyggingskostnadene. Men andre forhold er det vanskelig eller umulig å beregne på forhånd. *"Her må det foretas en skjønnsmessig vurdering av hvordan forholdene kan ventes å bli etter at utbygging har funnet stede".*

Konsesjonsmyndighetene må også foreta en avveining av usikre interesser, som til dels heller ikke kan sammenlignes.

*"Den rent skjønnsmessige avveining av fordeler mot skader og ulemper som Kongen og Stortinget foretar etter vassdragsreguleringslovens § 8, kan domstolene ikke overprøve. Dette følger av vanlige regler om domstolenes adgang til å prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak."*

Vilkårlighet eller myndighetsmisbruk var ikke påstått fra saksøkernes side, og ble derfor ikke prøvet.

Vi ser altså her hvordan lovbestemmelsen som hjemler forvaltningsavgjørelsen får kravet til begrunnelse og setter grenser for domstolenes prøvingsrett. Jo fler skjønnsmessige kriterier, desto mindre kan man kreve en fullstendig begrunnelse; skjønn lar seg ofte ikke fullt ut begrunne. Da skal det mye til før domstolene anser feilen for å ha vært avgjørende. En tilsvarende tilbakeholdenhet kan registreres, hvor avgjørelsen i betydelig grad er politisk, slik som jo Altasaken var.

Det samme gjelder tekniske spørsmål hvor overprøving forutsetter en innsikt som domstolene ikke har, for eksempel avgjørelse i patentsak hvor patentstyrets *"spesielle sakkunnskap og brede erfaringsgrunnlag"* måtte medføre at Høyesterett ikke overprøvde.

Et interessant spørsmål i denne sammenheng er betydningen av at det i samsvar med pbl. Kap VII-a er utarbeidet konsekvensutredninger. I hvilken grad vil det påvirke domstolenes prøvesrett ?

Hvis det ikke er gjort feil ved selve konsekvensutredningen, vil nok den i seg selv gi betydelig

legitimitet til den trufne avgjørelse. Det skal enda mer til for å tilsidesette for eksempel en konsesjon, hvis den er i samsvar med KU's anbefalinger eller innenfor dens rammer.

### 1.2.3 Lovgiveren bestemmer.

Lovbestemmelsen angir avgjørelsestemaet, hvor skjønnsmessig eller politisk er det ?.

Jo mer politikk og skjønn, desto mindre kan domstolene gripe inn. Samtidig kan jo lovgiveren også gripe inn fra den andre kanten, gjennom presise og matematiske regler som hindrer forvaltningen i å utøve skjønn. Jo mer matematikk, desto mindre forvaltnings-skjønn.

I prinsippet er det dermed opp til lovgiveren å avgjøre avgjørelsestemaets videre skjebne, om det overhodet skal skje noen skjønnsmessig forvaltningsavgjørelse, om den nærmest skal være endelig, om den skal være underlagt domstolskontroll, og hvor langt kontrollen skal gå. Men merk: Hvis det først treffes vedtak i forvaltningen, har alltid den som vedtaket går ut over, adgang til å angripe vedtaket ut fra de generelle prinsipper for saksbehandling som jeg gjennomgikk innledningsvis.

### 1.2.3 Praktiske eksempler på skjønnsmessige kriterier.

Altadommens henvisning til vregl. § 8 om interesseavveining er ett eksempel. Andre eksempler på formuleringer som overlater viktige avgjørelser til forvaltningen, men på en slik måte at de er unndratt domstolenes overprøvelse :

Kriteriet "nødvendig" i forbindelse med ekspropriasjonshjemmel. Domstolene kan da ikke overprøve hva som er nødvendig. Derimot kan de – som jeg allerede har berørt – likevel overprøve om det har vært begått saksbehandlingsfeil , om det er tatt utenforliggende hensyn osv.

På samme måte ved uttrykket "mindre vesentlige endringer" av reguleringsplan. Dette anser Høyesterett for å være en vurdering som tilligger reguleringsmyndighetene. Hvis disse myndigheter finner at endringen er mindre vesentlig, kan de tillate endringen uten ny reguleringsplan, uansett hva naboene eller andre motstandere av reguleringen måtte mene, og uten at disse kan løpe til domstolene med påstand om ugyldighet.



Hva som i det enkelte tilfelle er "allmenne hensyn" ved konsesjon, eller hva som er "driftsøkonomisk forsvarlig" i forbindelse med deling av en landbrukseiendom anses også å være forhold som administrasjonen vurderer med endelig virkning og uten at domstolene kan gripe inn, med mindre det foreligger brudd på generelle saksbehandlingsprinsipper, altså vilkårlighet, utenforliggende hensyn osv.

#### 1.2.4 Indirekte prøving av realiteten.

Selv om domstolene etter loven ikke anser seg å ha direkte prøvelsesrett i forhold til den skjønnspregede avgjørelse saken gjelder, kan domstolene etablere en slags indirekte prøving, nemlig ved å sette krav til begrunnelsen. Jo mer uventet eller radikal eller merkelig avgjørelse fortøner seg for domstolene, desto grundigere og mer overbevisende må den være begrunnet. Ofte kommer dette direkte til uttrykk i domstolens avgjørelse. Domstolen gjennomgår saken, gjengir den private parts anklager mot realiteten i avgjørelsen og sier så at selv om man ikke kan gripe inn med direkte prøving av den forvaltningsmessige, skjønnsmessige vurdering, så må man kreve en bedre begrunnelse for et så spesielt resultat. En dårlig begrunnelse kan tyde på at saken egentlig er dårlig overveid fra forvaltningens side, og det kan da ikke utelukkes at en bedre overveielse ville ført til et annet resultat. Altså § 41 – og opphevelse. Jeg minner om Isenedommen i Rt. 1981 s. 745, hvor førstvoterende påpeker flere mangler og feil i begrunnelsen, og så sier:

*"Disse mangler ved begrunnelsen kan tyde på en svikt ved selve avgjørelsen."*

Det fremgår klart mellom linjene at høyesteretts dommere syntes dette var en særdeles merkelig avgjørelse. Det kunne de ikke si, men de sa det de kunne si.

#### 1.3 Full prøving.

Så kan vi spørre : Når er det så annerledes ? Når velger lovgiveren uttrykksmåter som leder til full domstolsprøvelse, altså også prøving av de mer skjønnsmessige elementer ?

Her kan jeg bare nevne noen eksempler :

Uttrykket *"uskikket til forsvarlig å røkte sin lærergjerning"* kan prøves fullt ut av domstolene. Det samme gjelder hva som er *"villamessig bebyggelse"*,

hva som er "bymessig bebygget strøk" og hva som er "utilbørlig adferd" eller "misbruk".

Her kan alle sider ved avgjørelsen vurderes, også den konkrete, skjønnsmessige. Og her kommer denne funksjon fra domstolenes side i tillegg til de andre prøvingsmuligheter som domstolene alltid har, og som jeg har gjennomgått foran under pkt. 1 – 5.

1.4. Hvilket ansvar har det offentlige, når domstolene anser en forvaltningsavgjørelse for ugyldig?

Det er ingen automatisk sammenheng mellom ugyldighet og erstatningsansvar for det offentlige.

Det er likevel et utgangspunkt at en faktisk handling må være lovlig i kraft av den alminnelige handlefrihet eller et særskilt rettsgrunnlag, og at en avgjørelse må være resultat av en korrekt saksbehandling. Er ikke disse vilkår oppfylt, sier vi jurister at det foreligger rettsstrid, og det er første betingelse for at den som vedtaket har gått ut over, kan få erstatning.

Neste betingelse er at det foreligger årsakssammenheng. Hvis en f. eks. en person gjennom en ugyldig, skjønnsmessig avgjørelse nektes å utøve en virksomhet eller pålegges betingelser for å utøve virksomhet, er årsakssammenhengen klart tilstede. Men her er det ikke nok at det ugyldige vedtaket kan har ført til et tap. Når det er tale om erstatning, må skadelidte bevise at det er overveiende sannsynlig at tapet skyldes vedtaket. Hvis hans virksomhet ville gått dårlig uansett, får han ikke erstatning.

Ytterligere er det en betingelse at det foreligger et ansvarsgrunnlag. Det vanlige innenfor offentlig virksomhet er da at skadelidte må påvise at det ugyldige vedtaket skyldes en feil fra vedkommende tjenestemann og at feilen skyldes uaktsomhet. Det offentlige har et objektivt ansvar for sine tjenestemenns uaktsomme handlinger. Hvorvidt det offentlige har et objektivt ansvar også for aktsomme, men likevel urettmessige, handlinger er omstridt. I en dom om frihetsberøvelse ved Reitgjerdet sykehus i Rt. 1987 s. 1495 la erstatningsansvar på staten selv om det var på det rene at de innleggende overleger ikke kunne bebreides for sine vurderinger. Bortsett fra denne ene dommen har Høyesterett vært tilbakeholdende med å pålegge objektivt ansvar. Men krever altså at det skal være begått en feil fra en offentlig tjenstemanns side, før det blir lagt erstatningsansvar på stat eller kommune.

## 2. Gjennomgåelse av konkrete problemstillinger.

### 2.1 Innledning

Jeg har nå gjennomgått de mer generelle sider ved problemstillingen, og vil i et avsluttende hovedavsnitt konsentrere meg om konkrete problemstillinger som har noe mer direkte bæring på forvaltningsavgjørelse innenfor vann- og avløpssektoren. Jeg velger ikke alle eksempler direkte fra sektoren, bl.a. av den grunn at den hittil har vært forholdsvis fredelig. Men jeg skal prøve å belyse mine synspunkter med eksempler fra sektoren eller fra beslektede virksomheter innenfor offentlig forvaltning.

### 2.2 Avgjørelser om det skal være konsesjonsplikt etter vannressurslovens § 8.

En sentral bestemmelse i vresl. finner vi i § 8. Her bestemmes at ingen må iverksette tiltak som *"kan være til nevneverdig skade eller ulempe for **noen** allmenne interesser"*, uten at det er gitt konsesjon fra vassdragsmyndigheten. Vilkårene er stramme. Det skal ikke mye til før et vassdragstiltak er til nevneverdig skade eller ulempe, og uttrykket "noen (som helst) allmenne interesser" går ifølge forarbeidene på

*"vitenskap, kultur, naturvern og friluftsliv, landskap, fugletrekk, fisk, næringsliv samt det berørte lokalsamfunn og de berørte kommuner."*

Når det gjelder spørsmålet om hva som er konsesjonspliktig, er altså § 8 et eksempel på lovbestemmelser som i realiteten bestemmer at de fleste inngrep i vassdrag krever konsesjon. Dermed blir det ikke noe stort spørsmål for forvaltningen om det skal foregå **konsesjonsbehandling**.

Men dette sier jo ikke noe om hva som skal bli utfallet av konsesjonsbehandlingen. Det betyr jo slett ikke at man i alle disse tilfelle skal være tilbakeholdende med å gi konsesjon. Poenget er at konsesjonsspørsmålet må avgjøres av samfunnets dertil egnede organer.

### 2.3 Særlig om tiltak utenfor vassdrag

I § 8, 2. ledd overlates til vassdragsmyndigheten å avgjøre om *"tiltak **utenfor** vassdraget som kan ha påtakelige virkninger for et vassdrag"* må ha konsesjon.

Hva er så tiltak utenfor vassdraget ?

Det heter jo at i våre dager er manns minne 3 uker. Men en del av dere vil sikkert huske Romeriksporten, jernbanetunnelen som tørrla flere vann på sin vei til Gardermoen. NVE grep inn, men hjemmelen for dette var rimelig tvilsom. Personlig mente jeg – og mener jeg - at dette var uten lovhjemmel og skyldtes mediatrykk og en utrolig dyktig grunneierlobby. I dag ville et slikt tiltak gått inn under § 8, 2.

Så kommer vi da til selve spørsmålet om det etter en interesseavveining skal gis konsesjon. Dette blir prinsipielt det samme som var oppe til avgjørelse i Altasaken, som jeg har vært innom før. Dette er i kvalifisert grad et skjønn, ofte over størrelser som vanskelig kan måles mot hverandre. Domstolene kan ikke overprøve skjønnet, men saksbehandling, om de rette hensyn er varetatt osv. Her tror jeg nok at ansvaret vil bli mer politisk enn juridisk, selv om det kan tenkes tilfelle hvor avgjørelsen blir satt tilside pga saksbehandlingsfeil.

#### 2.4 Ekspropriasjon.

Den nye vannressursloven har ingen egne bestemmelser om ekspropriasjon; den henviser disse spørsmålene til den alminnelige ekspropriasjonslov – oreigningsloven. Her blir det som tidligere nevnt alltid et spørsmål om interesseavveining. Oreigningsloven krever at tiltaket "tvillaust" – utvilsomt - skal være til mer gagn enn skade. Det skjerper ansvaret for den myndighet som skal treffe avgjørelsen.

Et spesielt problemfelt her ligger i klausuleringene til vannverk. Her står kommunestyret overfor vanskelige avgjørelser, både om og hvordan. Og her vil domstolene komme opp i den vanskelige grensegang mellom offentlige, generell rådgighetsinnskrenkninger på den ene side og forberedelse til ekspropriasjon "maskert ekspropriasjon" på den andre side. Her gjelder det for vedtaksmyndigheten ikke å seile under falsk flagg :

Hvis restriksjonene mot bebyggelse i et nedbørfelt ikke skyldes reelle reguleringsmessige eller miljømessige hensyn, men ønsket om å spare penger i forbindelse med anlegg av vannverk, så er man fort ute å kjøre. Da kan både kommunedelplanen og reguleringsplanen bli angrepet og påstått ugyldig, fordi det er tatt utenforliggende hensyn.

På den annen side: Drikkevannsforskriften legger til grunn at man primært bør satse på godt beskyttede kilder, fremfor å velge dårlige vannkilder og så kompensere for usikkerheten med utvidet vannbehandling.

I veiledningen til drikkevannforskriften § 14 heter det blant annet:

*” Det er et viktig prinsipp i norsk vannforsyning at man så langt som mulig baserer drikkevannsforsyningen på kilder som fra naturens side har god kvalitet og er lite utsatt for forurensning, og at man gjennom beskyttelsestiltak reduserer forurensningspotensialet mest mulig. Dette gir bedre sikkerhet enn å måtte fjerne eller uskadeliggjøre slike komponenter gjennom vannbehandlingen.”*

Dette tilsier etter en saklig og forsvarlig skjønnsmessig vurdering at vannkilden bør klausuleres.

Altså : Domstolene vil ha full prøvelsesrett. Den reelle motivasjon og den anførte begrunnelse vil være avgjørende.

## 2.5 Drikkevannsforskriften.

Så noen ord om drikkevannsforskriften av 04.12.2001: Forskriften opererer med begrepet hygienisk barriere. Ved første øyekast kan det virke som om dette er en eksakt størrelse, som gjør skjønn unødvendig.. Men det er det ikke. Drikkevannsforskriften definerer begrepet slik :

*”Naturlig eller tillaget fysisk eller kjemisk hindring, herunder tiltak for å fjerne, uskadeliggjøre eller drepe bakterier, virus, parasitter mv, eller å fortynne, nedbryte eller fjerne fysiske eller kjemiske stoffer til et nivå hvor de aktuelle stoffene ikke lenger representerer noen helsemessig risiko.”*

Forskriften henviser til en rekke parametre. Hver for seg virker disse rimelig eksakte, men samvirkningen og resultatet må vurderes og anvendes i forvaltningsmyndighetens vurdering :

Særlig uttrykket ”noen helsemessig risiko” kan være gjenstand for et skjønn. Hvis det betyr ”noen som helst” helsemessig risiko, betyr jo det i grunnen at **enhver** helsemessig risiko skal være eliminert. Dette spørsmål kan bli ulikt bedømt av ulike næringsmiddeltilsyn. Det foreligger – så vidt jeg vet - ingen klare retningslinjer fra SNT. Da må man leve med at dette – innenfor fornuftige grenser – er gjenstand for et skjønn, lokalt. Da må man også leve med at utfallet kan bli forskjellig. Det er fortsatt et skjønn, og det ene kan være like godt som det andre, forutsatt at vurderingen i hvert enkelt tilfelle er gjort på forsvarlig måte.

## 2.6 Risikovurdering

Vi var nettopp inne på begrepet "noen helsemessig risiko". Da er vi inne på det som er kapiteloverskriften for vår hovedprogrampost i seminaret, som gjelder risiko. Og det reiser interessante problemer i forhold til risiko og ansvar. La oss si at forvaltningsmyndigheten står overfor valget mellom å påby fullrensing av et stort vannverks vanntilganger, eller la det være. Fullrensing koster så mye at vannkostnaden pr. husholdning øker til det dobbelte. Alternativet er at det KAN oppstå risiko for fysiske skader eller midlertidige epidemiske situasjoner, likevel uten fare for liv og helse. Hvis fullrensing påbys, blir det mye kjeft å få, fra politikere, fra vannverksfolk, fra publikum. Men hvis det ikke påbys, kan vannforvaltningsmyndigheten bli sittende med ansvaret for sykdom, kanskje epidemier. I en slik situasjon er det forståelig at forvaltningsmyndigheten velger den løsning som ikke påfører forvaltningsmyndigheten eller myndighetspersonen selv risiko for erstatningsansvar, og så heller lar konsumentene betale.

Her kommer det selvsagt inn hvilken skjebne den arme ansvarsperson måtte få.

Vil hans etat bli holdt erstatningsansvarlig hvis det viser seg at han gjorde feil, uten at han har gjort noe som han kan klandres for? Er det m.a.o et objektivt ansvar?

Til dette er å svare at Høyesterett bare klart har statuert objektivt ansvar i ett tilfelle, nemlig i forbindelse med frihetsberøvelse på Reitgjerdet. Det er en del grensetilfelle og de lærde strides nok om det er et visst objektivt ansvar. Men den store hovedregel er at det må være begått feil, hvis det skal statueres et erstatningsansvar.

Det er i denne sammenheng nærliggende å trekke inn et prinsipielt tilsvarende problemkompleks, nemlig nødsdisposisjoner over vassdrag. Her bestemmer vresl. § 40, første ledd at vassdragsmyndigheten kan gi pålegg til enhver tiltakshaver *når forholdene i et vassdrag skaper en særskilt og uvanlig fare for mennesker, miljø eller eiendom*. Det kan også gis pålegg om tiltak på fremmed eiendom *"for å verne mennesker, miljø eller eiendom mot en særskilt fare for alvorlig skade. Iverksettes slike tiltak på en eiendom som ikke er truet, har eieren rett til erstatning etter reglene for nødhandlinger*. Som vi ser er dette i kvalifisert grad skjønnsmessige forvaltningsdisposisjoner.

Storflommen over Østlandet i juni 1995 medførte at NVE's sentrale og lokale ledelse besluttet å åpne flomverket i Heradsbygd. Dette gjorde stor skade, og medførte rettssak. Heradsbygdingene påsto at åpningen skjedde for å redde Kirkenær og dempe flommen nedstrøms i Glomma. Retten bedømte saken etter skadeserstatningsloven av 1969, § 1-4. Etter denne bestemmelse er det ikke nok at det foreligger et "redningsmotiv"; det må også foreligge et "ofringsforsett". I dette ligger at den som gjorde vedtaket, var fullt klar over at det var tale om å ofre B for å redde A. Men herredsretten fant ikke dette bevist, og saken kom ikke videre opp i domstolssystemet. Retten fant det heller ikke bevist at NVE hadde opptrådt uaktsomt i den særdeles labile og uklare situasjon som forelå på åpningstidspunktet. NVE hadde gode grunner for sitt vedtak. Det var da ikke uaktsomt, selv om det bare etter noen timer viste seg at åpningen hadde vært unødvendig.

Mao: Hvis forvaltningsmyndigheten skjønner så godt den kan og tar alle tilgjengelige og relevante opplysninger med i betraktningen, kan skjønnet ikke anses uaktsomt. Annerledes hvis man har lagt vekt på forhold som man burde ansett irrelevante, mens man har sett bort fra forhold som klarligvis hadde noe vesentlig med saken å gjøre. Forvaltningsmyndighetens valg av fornuftige eller ufornuftige argumenter for avgjørelsen kan altså være av større betydning enn hvordan det hele endte; dét ville i alle fall vært et lotteri.

Det er altså i seg selv ikke uaktsomt å ta feil av utviklingen i en uforutsigbar situasjon.

Avgjørelser av denne art er gjenstand for domstolsprøvelse, fullt ut. Dette følger av vresl. § 40, hvor det står i 3. ledd :

*"Vassdragsmyndigheten kan om nødvendig iverksette tiltak på fremmed eiendom for å verne mennesker, miljø, eller eiendom moten særskilt fare for alvorlig skade. Iverksettes slike tiltak på en eiendom som ikke er truet, har eieren rett til erstatning etter reglene om ansvar for nødhandlinger."*

I skadeserstatningslovens § 1-4 :

*"Skadevolder plikter å erstatte skade han lovlig har voldt for å avverge en truende fare."*

## 2.7 Forurensning

Forurensningslovens § 11 gir forurensningsmyndigheten hjemmel for å tillate forurensende tiltak. Men overbygningen for slike tillatelser er fl § 1 om at lovens

formål er å verne det ytre miljø mot forurensning og § 7 som setter et generelt forbud mot forurensning dersom det ikke er gitt tillatelse etter § 11. Loven har et omfattende nettverk av forskrifter og administrative tiltak av mange slag, og det benyttes i stor grad fysisk eller kjemisk målbare størrelser som avgjør det tillatte. Da blir det mindre tilbake til det rene skjønn. Men noe blir tilbake. Noen eksempler fra min egen praksis:

Forurensningsloven omfatter som kjent også støy og rystelser, jf. l. 13.03.81 § 6.2. Hvis et skipsverft av en noenlunde tidsmessig størrelse ikke kan medføre en del støy, lar det seg ikke opprettholde. Regulerings- og konsesjonsmyndighetene må vurdere skade mot fordel, en særdeles skjønnsmessig og vanskelig avgjørelse. Kanskje blir resultatet at en langsom prosess med tillatt oppbygging av boligområder rundt verftet medfører at verftet må nedlegge eller blir pålagt innbygging, noe som i dagens situasjon er økonomisk umulig å forrente.

Hvis en treforedlingsbedrift må bygge 27 km lang avløpstunnell til havet for å få drive videre, kan det vise seg at bedriften bukker under selv om det offentlige yter respektable bidrag til finansiering.

Det er klart at slike avgjørelser innebærer et økonomisk og politisk skjønn av betydelig størrelsesorden. Vi hørte innledningsvis at det skal mye til, før domstolene blander seg opp i slike skjønn, hvis bare begrunnelsen er noenlunde vettug og saksbehandlingen er i orden.

En viktig komponent i dagens bilde er det internasjonale regelverk, som ofte medfører nye og selvstendige begrensninger for anlegg og virksomhet, samtidig som det også ofte utelukker skjønn. Etter Avløpsdirektivet 91/271 EF er det i forskriftsverket overlatt til det enkelte land å utarbeide lister over spesielt følsomme områder. Det kan bety mye til eller fra å få sin kommune inn i eller ut av en slik liste.

Miljøverndepartementet har i 1998 rapportert til ESA (EØS' overvåkingsorgan) at området fra svenskegrensen til Lindesnes er følsomt område, og i tillegg til dette Grimstadfjorden, Glommavassdraget og Haldensvassdragets nedbørfelt.

I utarbeidelsen av en slik liste må det nødvendigvis brukes skjønn. Men heller ikke dette skjønnet kan overprøves av domstolene. Her må det sannsynligvis ganske graverende saksbehandlingsfeil til, før de berørte kan få omgjort eller opphevet listen.

Forskriftsverket om slam og om animalske biprodukter har prinsipielt mye tilfelles med de forskriftene jeg nå har vært innom, og jeg går ikke nærmere inn på dette.



## 2.8 Skjønnsmessige avgjørelser om stengning av virksomhet ut fra helsemessige hensyn.

Her er vi i et rettsfelt som byr på både dramatik og store innebygde motsetninger mellom forvaltningsmyndighet og berørte private interesser, særlig næringsdrivende.

Innledningsvis vil jeg nevne at hjemmel for inngrep i form av stansning av virksomhet, tvangsmulkt m.v. har man i samtlige nevnte regler, knyttet til manglende oppfyllelse av plikter og krav i drikkevann- og næringsmiddelovgivning.

Jeg vil her trekke frem ett eksempel som er kjent for mange her, nemlig Dalland-saken fra Kristiansand. Jeg synes den er en god illustrasjon.

Lillian Dalland drev "Ringveien Kjøkken Spisebar og Kiosk" i Vågsbygd ved Kristiansand fra 1968. Mat som ble servert i spisebaren og levert fra kjøkkenet de siste dagene av april 1993 medførte at mange mennesker ble infisert med det såkalt "Norwalk-virus". Dette virus medfører kvalme, oppkast og diaré i 2 –3 dager. Næringsmiddeltilsynet i Vest-Agder besluttet 4. mai 1993 å stenge virksomheten inntil videre. Det ble gjort med hjemmel i forskrift av 08.juli 1983 om produksjon av næringsmidler m.v., § 24. Denne bestemmelse gir hjemmel for å forby virksomhet som medfører fare for forgiftning.

Samtidig med stengingen gikk Næringsmiddeltilsynet ut med en pressemelding hvor det bl.a ble sagt at dets laboratorieprøver viste svært dårlige resultater for enkelte matretter *"og avslører svikt i de hygieniske rutinene ved Ringveien Kjøkken."* Tilsynet anså det sannsynlig at sykdomsutbruddene *"skyldes virus som er overført via maten. Den vanligste smitteveien for slike virus er overføring via avføring fra syke personer."* Lokalavisen Fedrelandsvennen gjenga dette slik . *"Næringsmiddeltilsynets laboranter mener at smitten er ført videre som følge av dårlig hygiene etter toalettbesøk."*

Etablisementet var stengt inntil 13. mai 1993, altså i 9 dager, men både stengningen og publisiteten omkring saken medførte naturlig nok en katastrofal nedgang i publikumssøkningen til gatekjøkkenet. Fra november 1992 hadde Kristiansand kommune i gang arbeid med utbedring av kloakknett i området. Lillian Dalland hevdet at det måtte være i forbindelse med disse arbeidene at det hadde vært ført kloakkvann inn i drikkevanngrøften. Vann- og kloakkledningene lå i det aktuelle område i samme grøft. Dalland gikk til sak

både mot kommunen og næringsmiddeltilsynet. Kristiansand kommune erkjente objektivt ansvar, dersom det ble bevist at det var det kommunale kloakkvannet som hadde forårsaket skaden. Næringsmiddeltilsynet hevdet at en bare ville være ansvarlig dersom det var utvist uaktsomhet, og mente at en hadde opptrådt så aktsomt som mulig etter forholdene.

Byretten frifant både kommunen og tilsynet. Dalland gikk til lagmannsretten, som dømte kommunen, men frifant tilsynet. Kommunen benektet at man overhodet hadde hatt anleggsarbeid i området i det kritiske tidsrom, men de som hadde jobbet på stedet husket lite og ingenting, og de kommunale timelister var blitt rutinemessig makulert. Lagmannsretten trodde mer på en rekke vitner fra nabolaget som kunne bekrefte at det hadde foregått arbeider i den kritiske periode. Det ble også gjort funn av store mengder colibakterier i råkostsalater og ferske grønnsaker, som rutinemessig ble skylt i vann, mens det ikke var colibakterier i mer lettbederverlige varer som påleggsvarer, middagsretter o.l. Dommen gjaldt bare ansvaret prinsipielt. Erstatningens størrelse ble fastlagt senere i en ny rettssak mellom Dalland og kommunens ansvarsforsikringsselskap, til 2,4 mill. Erstatning for fremtidig inntektstap ble ikke gitt.

Næringsmiddeltilsynet ble som sagt frifunnet av lagmannsretten.. Ansvar kunne bare bygges på uaktsomhet, og tilsynet hadde ikke opptrådt uaktsomt. Retten var enig med tilsynet i at dets handlemåte måtte *"bedømmes ut fra situasjonen slik den var på de aktuelle tidspunktene, og ikke slik som den fremstår nå. Dette følger uten videre av at det er et uaktsomhetsansvar det er spørsmål om."* Stengningsvedtaket var etter rettens oppfatning *"nærmest uunngåelig konsekvens av at det var konstatert et stort antall matforgiftninger forårsaket av mat som skrev seg fra Ringveien Kjøkken, og uten at det var nærmere klarlagt hva årsaken til forgiftningen var."*

Lagmannsretten var mer i tvil om pressemeldingen. Men det sto ikke noe positivt galt i pressemeldingen, og "Fevennens" journalistiske utlegning kunne tilsynet ikke lastes for. Muligheten for at virussmitten kunne være overført gjennom kloakkinn sug, *"synes ikke å ha vært tenkt på av noen på tidspunktet for pressemeldingen, 14. mai 1993. Den ble først tatt opp av Lillian Dalland i brev til Kristiansand kommune noen dager senere, 18. mai 1993.*

Jeg tar meg ikke tid til å kommentere domfellelsen av kommunen. For vårt emne er den bakgrunnsstoff, men det må være lov å si at domfellelsen var som fortjent.

Men i frifinnelsen av tilsynet er vi midt i diskusjonen om ansvaret ved skjønnsmessige forvaltningsavgjørelser. Og her finner vi igjen en del elementer fra flomsaken i Heradsbygd:

1. Skadelidte her Lillian Dalland som hadde fått stengt butikken midlertidig - har bevisbyrden mht om det var utvist uaktsomhet fra helsetilsynet. Mao : Hvis det er tvil, kommer tvilen det offentlige til gode.
2. Aktsomhetsvurderingen går på situasjonen den
3. gang skaden oppsto, ikke slik den fortoner seg i dag. Altså :Etterpåkløkskap er ingen kløkskap.
4. Det viste seg at tilsynet tok helt feil. Men dette er ikke avgjørende. Det avgjørende er **overveielene**. Var de uaktsomme, etter det man den gang visste ?

Personlig er jeg enig i lagmannsrettens syn på stengningen, men ikke i avgjørelsen om presse-meldingen. Der syns jeg at tilsynet kunne vært noe mer forsiktig. Her er jeg enig med Dallands advokat:

*"Det er tale om inngrep med stor skadeevne overfor den som rammes, hvilket tilsier en streng aktsomhetsnorm."*

Pressemeldingen var knusende, nettopp fordi den kom fra tilsynet. Burde man ikke ha ventet med de siste, drepene tiradene, til årsakssammenhengen var helt sikker ? Det hadde vært nok å si det som står i første setning, om hva som var konstatert, og så ventet litt med konklusjonene. Ytringsfrihet er vel og bra, men her var det en dom, ingen ytring.

3. Det offentlige ansvar ved skjønnsmessige forretnings- avgjørelser på vegne av stat eller kommune.

3.1 Dette får i våre dager stadig større aktualitet; etter hvert som nye tjenester settes ut på anbud og hvor de næringsdrivende konkurrerer på harde livet om å få jobben, oppstår spørsmålet om ansvar.

Også her skal jeg velge meg en "pilot-avgjørelse", nemlig HRD i Rt. 1998 s. 1398, Møre og Romsdal fylkeskommune mot Torghatten Trafikkselskap AS. Her satte fylkeskommunen konsesjon og offentlig tilskudd ut på anbud, og tildelte det hele til et fylkeskommunalt selskap som fra før var konsesjonshaver. En konkurrerende anbyder - Torghatten Trafikkselskap - hadde et lavere anbud,

men ble likevel avvist. Trafikkselskapet gikk til sak, fikk medhold i at tildelingen var ugyldig og fikk erstatning.

Høyesterett slår for det første fast at det her dreier seg om offentlig myndighetsutøvelse, fordi vedtaket om å gi konsesjon er et enkeltvedtak etter samferdselslovens § 3 nr. 1.

Men dette var ikke en rent offentligrettslig myndighetsutøvelse :

*” - - når fylkeskommunen benytter anbud for å kunne redusere de offentlige tilskuddene, kan også de krav som stilles til partene i anbudsretten ha en viss betydning. Dette innebærer bl a at anbudsformen begrenser hvilke hensyn fylkeskommunen kan legge vekt så ved avgjørelsen, noe som fører til at domstolene i større grad kan prøve vedtaket.”*

Forskriften om anbud i lokal rutetransport angir uttømmende hvilke hensyn det skal legges vekt på. *”Om mulig skal de endatil prioriteres.”*

Førstvoterende fortsetter :

Spørsmålet blir etter dette om lavt prioriterte hensyn er tillagt for stor vekt og om det er lagt vekt på hensyn som det ikke var adgang til å vektlegge. I tilfelle blir spørsmålet om dette må føre til at vedtaket kjennes ugyldig.

Høyesterett gjennomgår så temmelig nådeløst dokumentgrunnlag og saksutvikling, og finner at det er akkurat sånn det er. De lavt prioriterte hensyn er prioritert for høyt og det er samtidig tatt hensyn som må anses utenforliggende. Samtidig konstaterer Høyesterett helt klart årsakssammenheng ; førstvoterende sier :

*”Mitt syn er videre at dersom dette ikke hadde skjedd, ville Torghatten blitt tildelt anbudet.”*

Spørsmålet om objektivt ansvar for det offentlige blir ikke avgjort; førstvoterende uttaler:

*”Slik denne sak ligger an finner jeg ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om i hvilken utstrekning det offentlige er erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag. Med de feil jeg har påvist i beslutningsgrunnlaget, må det etter min mening være klart at fylkeskommunen er erstatningsansvarlig.”*

Og videre :

*”Erstatningsutmålingen i denne saken må ta utgangspunkt i hvilket overskudd Torghatten ville ha oppnådd om selskapet hadde fått konsesjonen, og kravet kan ikke begrenses til de utgiftene selskapet hadde til å få utarbeidet anbudet.”*

Fylkeskommunen tapte altså saken fullstendig, vedtaket om å tildele konsesjonen og kontrakten ble kjent ugyldig og fylkeskommunen ble pålagt et erstatningsansvar på 1 ¾ million kroner samt 0,5 mill i saksomkostninger.

Konklusjon :

1. Overveielsene, elementene i den skjønnsmessige avgjørelse om å tildele konsesjon var avgjørende.
2. I noen grad var det tatt utenforliggende hensyn. Det er et forhold som alltid kan vurderes i domstolsprøvingen. Men det ble også lagt stor vekt på at ting som skulle vært hensyntatt, ikke var tatt i betraktning.
3. Høyesterett anså seg altså berettiget til å prøve den faktiske vurdering ut fra forskriftsverket, som bestemte helt konkrete forhold tatt i betraktning og prioritert. Når fylkesutvalget da nærmest hadde prioritert omvendt, ble vedtaket kjent ugyldig.

### 3.2. Erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Forskjellen mellom negativ og positiv kontraktsinteresse er så stor at jeg må si litt om den. I anbudssammenheng kan dette ha ganske enorm betydning.

Den negative kontraktsinteresse innebærer at den forsmådde anbyder får dekket sine utgifter ved å utarbeide anbudet, altså erstatning for bortkastet tid og innsats. Dette kan i store saker bli betydelige beløp. Likevel er det av mindre betydning i forhold til den positive kontraktsinteresse, som stiller anbyderen i samme økonomiske situasjon som om han hadde fått jobben. For en mangemillioners kontrakt kan dette bli store penger.

Når jeg i et siste avsnitt peker på dette, er det fordi en forholdsvis ny dom i HR – Rt. 2001 s. 1962, dom av 30. august 2001 – innvarsler en ny og skjerpet linje fra Høyesteretts side. Også denne saken gjaldt Møre og Romsdal fylkeskommune, som skulle etablere et psykiatrisk senter ved Sentralsjukehuset i Møre og Romsdal. Det ble innbudt 3 grupperinger av arkitektkontorer til å delta i konkurransen, og resultatet ble at arkitektkontoret Tom Ottar – hvor 3 av medlemmene var fra Ålesund og 1 fra Oslo – vant

konkurransen. Den nærmeste konkurrent – arkitektsamarbeidet Nucleus – gikk til sak og vant både i lagmannsretten og Høyesterett og fikk tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteresse. Høyesterett la en viss vekt på at andre land i EØS-området erstatter den positive kontraktsinteresse, og viste særlig til Sverige, Danmark og Tyskland. Fylkeskommunen hadde prosedert på at det for en byggherre ofte kan være vanskelige valg, at byggherren må ta et valg og uansett risikerer søksmål fra den eller de som ikke får oppdraget. Erstatning for den positive kontraktsinteresse kan innebære beløp som ikke står i rimelig forhold til den feil som er gjort.

Høyesterett var enig i dette, men mente at en kan møte innvendingene ved å ha strenge vilkår for å erstatte den positive kontraktsinteresse. Det bør være et rom for feil ved vurdering av anbud, og derfor må utgangspunktet være at det er begått vesentlige feil. *"I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgjevaren er å leggje til last."*

Det må også skje en tilstramming av beviskravet for årsakssammenheng. *"Det må krevjast at anbydar med klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar."*

I denne konkrete saken kom Høyesterett til at alle de skjerpede vilkår var oppfylt. Det var gjort vesentlige og klare feil, som *"ikkje har å gjera med vurdering av vanskelege faktiske tilhøve eller med eit vanskeleg regelverk."*

I dette ligger at riktignok er **ansvarfølgene** skjerpet, men samtidig er **ansvarsvilkårene** også til en viss grad skjerpet. Høyesterett synes å mene at en ville ha veket tilbake for et så alvorlig ansvar, dersom utfallet for eksempel skyldtes "vanskelege faktiske tilhøve" eller "eit vanskeleg regelverk."

Jeg tilføyer at dette ikke kan oppfattes som en generell absolusjon fra Høyesteretts side. Anbudsretten er temmelig spesiell, og det som legges til grunn her, kan ikke overføres til vanlig erstatningsrett.

#### 4. Avsluttende bemerkninger.

Det vi nå har vært igjennom, er et omfattende og vanskelig juridisk problemområde med mange avskygninger. Det er lett å miste oversikten.

Jeg vil nå – med risiko for å miste min juridiske dyd – trekke opp noen få hovedlinjer. Dette er elementer som

jeg allerede har berørt, men som jeg likevel synes det er riktig å stresse til slutt.

For det første:

1. Myndighetene har et betydelig ansvar for skjønnsmessige avgjørelser, og domstolskontrollen er en realitet etter norsk rett.
2. Uansett hvor skjønnsmessig avgjørelsesetemaet er formulert, vil det alltid være mulig å angripe en avgjørelse som er usaklig, urimelig eller gjort ut fra utenforliggende hensyn.
3. Ut over dette er det loven som bestemmer i hvilken utstrekning domstolene skal kunne kontrollere skjønnsmessige avgjørelser. Jo mer politiske vurderinger, desto mindre domstolskontroll.
4. Der hvor kontrollen er etablert, vil domstolene ved å stramme til kravet til begrunnelse, kunne tilsidesette avgjørelser som de finner uforstandige.
5. Det er ingen automatikk i at det offentlige får erstatningsansvar fordi om en avgjørelse er satt tilside som ugyldig. Det må foreligge økonomisk tap, årsakssammenheng og rettsstrid.
6. Stat og kommune har et objektivt ansvar for feil, begått av deres tjenestemenn.
7. Hvis vedtak settes tilside som vilkårlige eller klart urimelige, har Høyesterett ikke uttrykkelig drøftet om dette var uaktsomt, men pålagt ansvar.
8. Hvis ingen er å bebreide, kan ansvar bare pålegges på objektivt grunnlag. Dette er bare gjort i helt spesielle tilfelle.

--oo0oo--

